

O acesso à justiça e o racismo: uma análise do julgamento do habeas corpus 208.240/SP no Supremo Tribunal Federal

Access to justice and racism: an analysis of the habeas corpus 208.240/SP trial in the Supreme Court of Brazil

Flaviane Montalvão Siqueira* 
Lívia Kim Philipovsky Shroeder Reis** 

Resumo: Busca-se apresentar os discursos proferidos no julgamento do HC 208.240/SP, que debateu o perfilamento racial no Supremo Tribunal Federal, analisando como as narrativas dialogam com uma perspectiva crítica de acesso à justiça e racismo, estabelecidas pelas autoras Zafallon, Pires, Flauzina e Alves. Objetiva-se investigar se, à semelhança do anotado pelas pesquisadoras, também se identifica no julgamento realizado padrões de “blindagem judicial”, definidos por Zafallon, e de “colonialidade da justiça” reportados em Pires, Flauzina e Alves. Descreve-se o caso concreto; o marco legal e jurisprudencial estabelecido como premissa ao julgamento; o parecer da Vice Procuradora Geral da República e os votos dos Ministros. Analisam-se aspectos gerais e específicos do julgamento, correlacionando-os com os conceitos de racismo reverso; racismo por denegação; mito da democracia racial; pacto narcísico; colonialidade da justiça e blindagem judicial. Conclui-se que é possível identificar mais semelhanças que diferenças, em comparação às perspectivas indicadas pelas autoras mencionadas no referencial teórico. Identifica-se, contudo, um diferencial relevante no julgamento do HC 208.240/SP: a existência de vozes dissonantes da maioria, que buscaram contrapor-se ao discurso hegemônico, baseando-se em conceitos mais contextualizados quanto à forma peculiar de atuar do racismo no Brasil. Sinaliza-se para a expectativa de um aprimoramento à democratização da justiça criminal ante a oportunidade de o Supremo Tribunal manifestar-se novamente quanto ao tema, no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 973, que versa sobre o reconhecimento do estado de violação sistemática dos direitos fundamentais da população negra do país.
Palavras-chave: Acesso à Justiça, racismo, busca pessoal, perfilamento racial, colonialismo jurídico.

Abstract: This paper presents the discourses from the trial of HC 208.240/SP, which debated racial profiling in the Supreme Court of Brazil. It analyzes how the narratives dialogue with a critical perspective of access to justice and racism, established by the authors Zafallon, Pires, Flauzina and Alves. The aim is to investigate whether patterns of “judicial shielding”, defined by Zafallon, and “coloniality of justice” reported in Pires, Flauzina and Alves are identified in the trial. The specific case, the legal and jurisprudential framework, the opinion of the “Vice Procuradora Geral da República” and the votes of the Ministers are described. Aspects of the trial are analyzed, correlating them with concepts of reverse racism; racism by denial; myth of racial democracy; narcissistic pact; coloniality of justice and judicial shielding. It concludes that more similarities than differences can be identified, compared to the perspectives indicated by the authors. However, a relevant differential is identified in the trial: the existence of dissenting voices from the majority, who sought to oppose the hegemonic discourse, based on more contextualized concepts regarding the peculiar way of acting of racism in Brazil. It signals the expectation of an improvement to the democratization of criminal justice in view of the opportunity for the Supreme Court to express itself again on the subject, in the trial of the “Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 973”, which deals with the recognition of the state of systematic violation of the fundamental rights of the black population of the country.

Keywords: Access to Justice, racism, personal search, racial profiling, legal colonialism.

Recebido em: 02/08/2024
Aprovado em: 15/10/2024

Como citar este artigo:

SIQUEIRA, Flaviane Montalvão; REIS Lívia Kim Philipovsky Shroeder. O acesso à justiça e o racismo: uma análise do julgamento do habeas corpus 208.240/SP no Supremo Tribunal Federal. Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal, Brasília, vol. 6, n. 2, 2024, p. 135-159.

* Mestranda em Direito, Regulação e Políticas Públicas (PPMD/UnB). Analista Judiciária do Supremo Tribunal Federal.

* Mestranda em Direito, Regulação e Políticas Públicas pela Universidade de Brasília. Analista Judiciária do TJPR, atualmente cedida ao STF.

1 Introdução

O presente artigo parte de conceitos e definições de acesso e democratização à justiça criminal, para analisar, a partir desses filtros, os discursos proferidos no julgamento do *Habeas Corpus* 208.240/SP no Supremo Tribunal Federal, no qual se debateu práticas de perfilamento racial em atividades de policiamento.

Segundo conceito fornecido pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), o perfilamento racial consiste em

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 (CIDH, 2011 apud Alto Comissariado das Nações Unidas, 2020)

No trabalho, pretende-se responder à seguinte pergunta: os discursos e votos proferidos no HC 208.240/SP prestam-se ao aprimoramento do que se concebe por um sistema de justiça penal democrático?

Setorizou-se o artigo, para fins de melhor organização das ideias, da seguinte forma: (i) situa-se o marco teórico, referenciando as compreensões críticas de Luciana Zaffalon, Dina Alves, Ana Flauzina e Thula Pires acerca do acesso ao sistema de justiça criminal no Brasil; (ii) apresenta-se o caso concreto julgado no *Habeas Corpus* 208.240 pelo STF, descrevendo brevemente os discursos e votos proferidos e, (iii) finalmente, correlaciona-se o referencial teórico com o caso concreto, a fim de compreender como a teoria dialoga com a prática.

Para tal estudo, vale-se de uma sucinta revisão bibliográfica das obras selecionadas e, na sequência, uma análise qualitativa do julgamento realizado no HC 208.240, que tramitou no Supremo Tribunal Federal.

Convém advertir que foram selecionados, para o exame no presente artigo, apenas trechos compreendidos como relacionados com a temática de acesso à justiça e racismo, de modo que as conclusões delineadas representam apenas um recorte da complexa problemática que figura como pano de fundo (perfilamento racial).

Ainda assim, compreende-se que os discursos e discussões travadas constituem um excelente material para o debate e análise do acesso à justiça criminal no Brasil.

2 A democratização ao acesso à justiça e o racismo

O presente artigo toma como ponto de partida estudos que buscam compreender como julgamentos, discursos e manifestações do Poder Judiciário na área criminal contribuem para “aprofundar a democracia ou para impedir o aprofundamento democrático” (SANTOS, 2013, apud ZAFFALON, 2017).

Como adverte Boaventura de Souza Santos “em seu sentido mais amplo, a democracia é todo o processo de transformação de relações desiguais de poder em relações de autoridade partilhada” (SANTOS, 2016, apud ZAFFALON, 2017, p. 24) e disso decorre, por conseguinte, que atuação assimétrica ou enviesada no sistema penal debilita a matriz democrática.

Acessar à justiça é compreendido, para fins do presente estudo, como a possibilidade de obter uma resposta jurisdicional adequada, imparcial e isonômica, que proteja os cidadãos contra arbitrariedades.

Zaffalon (2017) explica que quando o sistema de justiça opera em prol do aprofundamento democrático, pode transformar relações de poder desigual, mitigando os efeitos da dominação por meio do controle estatal criminal. Em contrapartida, quando impede o aprofundamento democrático atua como um sistema voltado à proteção das elites, em distorção ao tratamento destinado às classes populares, resultando em uma dinâmica de luta de classes com características higienistas.

A conclusão da autora, em sua obra “Uma espiral elitista de afirmação corporativa: blindagens e criminalizações a partir do imbricamento das disputas do Sistema de Justiça paulista com as disputas da política convencional”, revela a adesão do Poder Judiciário daquele Estado à tendência global de um processo mais abrangente pelo qual as elites políticas e econômicas, embora declarem apoio à democracia, buscam isolar a formulação de políticas públicas das oscilações inerentes às disputas democráticas (HIRSCHL, 2014, apud ZAFFALON, 2017).

Após uma análise complexa, que leva em considerações fatores econômicos, corporativos, políticos e sociológicos conclui que “no Estado de São Paulo o Sistema de Justiça obstaculiza o aprofundamento democrático” (ZAFFALON, 2017, p. 323).

Nesse sentido, com base nesse recorte, interessa compreender em que medida o julgamento do HC 208.240 considerou a inclusão de diferentes perspectivas na solução do caso concreto, abrangendo grupos periféricos e historicamente marginalizados, e contribuindo assim para a concretização de um sistema de justiça democrático.

Ao enredo de atuação do Poder Judiciário compreendido em Zaffalon como replicador de “blindagens e criminalizações” entrelaça-se, na análise que se propõe, o componente racial, agregando-se por isso, ao referencial teórico, a “leitura amefricana⁴ da atuação do STF em casos envolvendo o sistema prisional brasileiro” (FLAUZINA; PIRES, 2020, p. 1215), realizada por Ana Flauzina e Thula Pires e a pesquisa empírica conduzida por Dina Alves na Penitenciária Feminina de Sant’ana, descrita no artigo “Rés negras, juízes brancos: Uma análise da interseccionalidade de gênero, raça e classe na produção da punição em uma prisão paulistana”.

O diálogo com a obra de Flauzina e Pires afigura-se relevante não somente pela semelhança do recorte que ora se propõe – também neste artigo analisa-se o impacto de decisão prolatada pelo STF – mas a fim de examinar se houve alguma alteração no viés dos fundamentos e discursos utilizados pelos atores processuais no julgamento do HC 208.240/SP.

Em “Supremo Tribunal Federal e a naturalização da barbárie” as autoras analisaram o julgamento da Ação de descumprimento de preceito fundamental 347 (estados de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro) e do HC 143.641/SP (HC coletivo em favor de mulheres mães e puérperas) e perceberam nas manifestações dos Ministros compreensões que se distanciam de um sistema penal democrático.

É assim que identificaram, no resultado do julgamento da ADPF 347, a incidência de processo de racismo por denegação, no qual se verifica a “convivência de institutos de igualdade jurídico-formal positivada e práticas institucionais genocidas contra corpos negros” (GONZALEZ, 1998 apud FLAUZINA; PIRES, 2020, p. 1213).

Além disso, segundo enunciaram, as manifestações do Supremo Tribunal Federal nesse julgamento, ao declarar o estado de coisas inconstitucional, mas pouco repercutir em providências práticas, demonstram a perpetuação do que identificam como “colonialismo jurídico” (FLAUZINA; PIRES, 2020). Para explicar esse ponto, as autoras traçaram um paralelo entre o julgamento realizado pelo Supremo e a Constituição de 1824 que, embora mantendo o regime escravocrata, passou a proibir o açoite. Para fins de comparação, consideram que também no julgamento da ADPF, “o STF reconhece o açoite que ocorre nas unidades prisionais, representado pelo estado de coisas inconstitucional, sem se dedicar às causas da sistemática violação de direitos que lá tomam assento” (FLAUZINA; PIRES, 2020, p. 1224).

Já no julgamento do HC 143.461/SP (HC coletivo de mães e puérperas) as autoras identificaram mediações relacionadas à manutenção de pacto narcísico no transcorrer do julgamento. O pacto narcísico remete à expressão cunhada em trabalho desenvolvido por Maria Aparecida Bueno, no qual se identifica “um acordo tácito entre brancos de não se reconhecerem como parte essencial das tensões raciais e do racismo no Brasil” (BUENO, 2002 apud FLAUZINA; PIRES, 2020, p. 1223).

Também na mesma toada, correlacionando estudos empíricos com o contexto histórico-cultural em que está imerso o racismo no Brasil, Dina Alves, busca com suas reflexões, a partir de pesquisa realizada em uma Penitenciária paulista “descentralizar (ou complexar) os estudos sobre as prisões, que têm privilegiado a perspectiva de classe social em detrimento de uma abordagem mais ampla e condizente com a realidade racial brasileira” (ALVES, 2017, p. 105).

À semelhança de Flauzina e Pires, reporta-se ao comportamento sistemático de “colonialidade da justiça” em julgamentos criminais realizados no Brasil. Segundo a autora, apesar da transição de colônia para república, as instituições de justiça penal na América Latina continuam a reproduzir e ecoar as relações sociais do regime escravocrata. Assim, mesmo na ausência de leis explicitamente racistas, a lei, por si só, não se configura como garantia de direitos, mas sim como punição para grupos historicamente marginalizados em termos de cidadania (ALVES, 2017).

O contexto histórico que edificou o sistema de justiça criminal no Brasil, tal como o concebemos hoje, é frequentemente explorado por ALVES, compreendido como ponto de inflexão para adequada e plena compreensão da envergadura do racismo em nossas instituições. Sob essa perspectiva, considera “o ordenamento jurídico brasileiro como uma (re)atualização da ordem escravocrata” (ALVES, 2017, p. 109).

Em sua conclusão, adverte que entender o legado do sistema de escravidão no Brasil como parte integrante do atual sistema penal pode ser um meio importante para democratizar a Justiça. Para ela, a igualdade formal preconizada pela Constituição Federal garante a todos direitos fundamentais e sociais de forma isonômica. No entanto, é fundamental que o Poder Judiciário reconheça a existência de racismo institucional, tendo em vista que, mesmo na igualdade formal, em que todos são considerados iguais perante a lei, existem mecanismos “invisíveis” de discriminação que tornam algumas pessoas menos iguais ou menos humanas, ou até mesmo não humanas (ALVES, 2017).

São sob este referencial teórico e com assento nas premissas e fundamentos debatidos por estas autoras é que se realizarão os exames e análises do presente artigo.

Situado o ponto de partida referencial, passa-se ao exame do caso concreto a ser explorado.

3 O julgamento no Supremo Tribunal Federal acerca da validade de busca pessoal assentada em perfilamento racial - HC 208.240/SP

O julgamento do HC 208.240/SP perdurou pouco mais de um ano e foi realizado de forma não contínua, em razão da quantidade de *amici curiae* a serem ouvidos, densidade de votos proferidos e pedido de vista que suspendeu o julgamento.

Foi desdobrado em quatro sessões de julgamento, que podem ser assim sintetizadas : (1) na primeira sessão, realizada em 01.03.2023, foi apresentado o relatório do caso, pelo Min. Relator, Edson Fachin, e foram proferidas as sustentações orais pela defesa do acusado, pelos *amici curiae* e pela Vice-Procuradora Geral da República; (2) na segunda sessão, em 02.03.2023, proferiu voto o Min. Relator, Edson Fachin, pela concessão da ordem e também os Ministros André Mendonça, Alexandre de Moraes e Dias Toffoli, os quais se manifestaram pela denegação da ordem; (3) na terceira sessão, em 08.03.2023, votou o Min. Nunes Marques, pela denegação a ordem, seguido de um pedido de vista pelo Min. Luiz Fux; (4) o julgamento foi retomado e finalizado na sessão de 11.04.2024, na qual o Min. Fux votou pela concessão da ordem, seguido do pronunciamento dos Ministros Flavio Dino e Cristiano Zanin que votaram para denegá-la e, finalmente, o Min. Roberto Barroso que também votou para conceder a ordem. Não votou a Min. Cármen Lúcia.

No ponto, merece esclarecimento a sequência não linear adotada na prolação dos votos. De acordo com o art. 135 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal “Concluído o debate oral, o Presidente tomará os votos do Relator, do Revisor, se houver, e dos outros Ministros, na ordem inversa de antiguidade”¹. Essa regra, contudo, foi mitigada no julgamento em análise, haja vista que três Ministros solicitaram e expuseram os seus votos antecipadamente, ou seja, em

¹ “Art. 135. Concluído o debate oral, o Presidente tomará os votos do Relator, do Revisor, se houver, e dos outros Ministros, na ordem inversa de antiguidade.

§ 1º Os Ministros poderão antecipar o voto se o Presidente autorizar.

§ 2º Encerrada a votação, o Presidente proclamará a decisão.

§ 3º Se o Relator for vencido, ficará designado o Revisor para redigir o acórdão.

§ 4º Se não houver Revisor, ou se este também ficar vencido, designar-se-á para redigir o acórdão o Ministro que houver proferido o primeiro voto prevalecente, ressalvado o disposto no art. 324, § 3º, deste Regimento” (BRASIL, 2023h).

ordem, que a rigor, não lhes correspondia. Os ministros Alexandre de Moraes e Dias Toffoli anteciparam seus votos na sessão realizada em 02.03.2023, e o Min. Roberto Barroso antecipou seu voto na sessão final de 11.04.2024.

Realizado o panorama inicial, perpassemos de forma mais detalhada o itinerário de julgamento, iniciando pelo contexto legal e fático em julgamento, e após, o exame do parecer e votos proferidos no caso em análise.

No Habeas Corpus 208.240/SP o Supremo Tribunal Federal analisou a validade de uma medida de busca pessoal², realizada por agentes policiais, sem autorização judicial, em um indivíduo negro, em virtude de uma situação por eles compreendida como “suspeita”.

A alegação da defesa do acusado, realizada pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, é de que o procedimento realizado pelos policiais teria se baseado em filtragem racial, pois a fundada suspeita que teria motivado a revista corporal e a apreensão da droga (1,53 gramas de cocaína) teria sido essencialmente a cor da pele (negra) do suspeito.

A par da discussão sobre a validade da busca pessoal, também se debateu, no julgamento, o alcance do artigo 244³ do Código de Processo Penal que admite a revista nas seguintes hipóteses: a) “no caso de prisão”; b) “quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos”; c) “quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar”.

Não há muita dúvida sobre o cabimento da medida após efetuada a prisão em flagrante ou preventiva (item “a”), tampouco em caso de deferimento de busca domiciliar (item “b”), já que o texto legal é bastante claro nessas hipóteses. Desse modo, a controvérsia sobre o alcance da norma repousou na segunda hipótese “quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos”.

Interessou aos julgadores debater a interpretação dada à exigência “fundada suspeita”; quais os limites deveriam ser observados, pela autoridade policial no caso concreto, com base nesse requisito; quais fundamentos e dados objetivos ou subjetivos podem ser considerados ao se decidir pela revista aos corpos, vestimentas e pertences pessoais de alguém.

Discutiu-se a validade da condenação de um indivíduo que, após ter sido surpreendido, com 1,53 gramas de droga, no bolso de suas vestimentas, foi, ao final, condenado pela prática do

² Tal procedimento é também popularmente conhecido como “baculejo”, “geral” ou “enquadro”.

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 papeis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar” (BRASIL, 1941).

delito de tráfico de drogas, à pena de 07 (sete) anos, 11 (onze) meses e 08 (oito) dias de reclusão, em regime fechado.

É importante salientar que nesses casos, consoante evolução jurisprudencial do STF sobre o tema⁴, o que se analisa para conceber a legalidade da busca, são os elementos que o policial tinha antes de decidir pela execução da medida. É, portanto, irrelevante para a análise da ação policial, o desenrolar subsequente dos eventos, seja a descoberta de drogas ou não, ou se o suspeito resistiu ou não à revista. O que se afere é o retrato estático anterior à diligência, perquirindo se, naquele cenário, havia ou não justa causa para a revista.

Após lido o relatório e ouvido diversos representantes da sociedade civil que deram contribuições ao exame da causa, o Ministério Público Federal e os Ministros do Supremo Tribunal Federal passaram ao caso propriamente dito, partindo do retrato estático extraído das próprias palavras dos policiais que, no boletim de ocorrência:

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 via 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 repentinamente e o motorista saiu do local, podendo afirmar que era um veículo de cor clara, uma vez que fixou sua atenção no indivíduo, até porque aquele local é conhecido ponto de tráfico de drogas e ainda nesta data, durante a madrugada e ainda pela manhã, houve a prisão de vários indivíduos traficando drogas naquele local; Que acabou abordando o indivíduo e o reconheceu por sempre estar naquela localidade sabendo que é um participante em crimes de tráfico naquele local; **Que em revista pessoal acabou localizando 5 pinos de cocaína que estavam no bolso da calça de moletom, sendo que no outro bolso da mesma vestimenta estavam R\$ 80,00; Que pode observar que no chão próximo havia vários pinos idênticos aos encontrados com o indivíduo**, só que com a queda no chão os mesmos acabaram se abrindo e vazando seu conteúdo, impossibilitando assim o recolhimento do conteúdo por

⁴ Este entendimento decorre de evolução jurisprudencial consolidada no Supremo Tribunal Federal, ocorrida a partir do julgamento do RE 603.616, j. 05/11/2015, no qual se estabeleceu o entendimento de que em medida de busca domiciliar realizada sem mandado judicial, a justa causa deveria ser aferida antes do ingresso e não posteriormente a ele, compreensão que se espalhou, na prática forense, para outras medidas invasivas realizadas sem autorização judicial, como é o caso da busca pessoal. A esse respeito, assim manifestou-se o Ministro Gilmar Mendes, no julgamento do RE 606.616 considerado *leading case* no tema: “A entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. (...) A proteção contra a busca arbitrária exige que a diligência seja avaliada com base no que se sabia antes de sua realização, não depois” (BRASIL, 2016).

se um pó muito fino e em quantidade que é impossível a arrecadação; Que em seguida conduziu o investigado até este plantão policial⁵.

Acima, propositadamente, além do motivo inicial da abordagem – tratar-se de uma pessoa negra – destacou-se trecho do relato que se refere às providências tomadas após a busca pessoal. Como antes já se advertiu, nenhum desses fundamentos, deveriam interessar ao exame processual, pois foram descobertos após a revista. Obviamente, sem sair da viatura, sem antes revistar o corpo e as vestes do indivíduo, não teria como o policial como descobrir os 5 (cinco) pinos de cocaína que estavam em seu bolso, nem os R\$ 80,00 (oitenta) reais que estavam em sua vestimenta; tampouco a droga que acabou caindo e vazando no chão.

Portanto, consolidando somente os motivos existentes antes da busca, extraem-se os seguintes argumentos mencionados pelos policiais ao justificar a busca no caso concreto: a) o avistamento que fizeram, de dentro da viatura, de uma em “cena típica de tráfico” praticada por um “indivíduo de cor negra”; b) o local em que o episódio ocorreu “conhecido ponto de tráfico” e a reação do acusado, considerada “suspeita”; c) a afirmação de que aquele indivíduo sempre estava “naquela localidade”.

Esses argumentos, na sequência do julgamento, foram primeiramente analisados pela Procuradoria Geral da República, que opinou pela denegação da ordem, não reconhecendo nulidade na ação policial.

Em suma, a Procuradora Lindôra Araújo manifestou-se pelo reconhecimento do racismo no Brasil, mas não anteviu ilegalidade no caso concreto. Na sua opinião, a abordagem no indivíduo não decorreu de sua cor de pele, mas sim de uma razão objetiva - estar em um conhecido ponto de tráfico -, enfatizando que o racismo é uma realidade presente em diversos países, não se limitando ao Brasil. Afirmou que o uso de drogas também é um problema generalizado, independentemente da cor da pessoa, sublinhando que a situação descrita no caso concreto sugeria que a pessoa não foi parada pela polícia por estar parada e ser negra, mas sim por estar envolvida com drogas.

É possível notar em seu pronunciamento mediações permeadas por uma confusão entre os conceitos de racismo e xenofobia, que serão mais bem exploradas no próximo tópico. Por ora, relevante a transcrição de trecho de sua manifestação oral:

⁵ O relato do policial foi transcrito no voto do relator do HC 208.240, Min. Edson Fachin (BRASIL, 2023b).

[...] Nós não estamos a julgar neste momento, um problema social, infelizmente. O racismo é uma coisa como nós ouvimos que existe, não temos como dizer que não dizer que não existe, ela existe assim como nós sofremos em outros países, como o Ministro citou os Estados Unidos, nos Estados Unidos nós também sofremos racismo, todos nós sofremos, chegamos em outros países, Portugal, sofremos racismo também todos os lugares, não é um privilégio do Brasil, existe em outros lugares. Mas não podemos esquecer que a droga é droga, que existem em todos e ela é prejudicial em qualquer lugar, não é porque a pessoa é de cor preta ou de cor branca que deverá ser isenta por isso, porque existe. Ela não teve outro trabalho? Eu não sei, mas ela existe. Este problema a gente não pode esquecer que existe, estava com droga e vendia a droga e ela não foi parada porque estava parada e era preta.⁶

Diametralmente oposto foi o entendimento do primeiro Ministro a votar, Edson Fachin, relator do caso.

No voto, o Min. Relator abordou a problemática do perfilamento racial nas abordagens policiais, sublinhando que a discriminação racial é uma prática que compromete a justiça e a igualdade. Asseverou que pessoas negras são frequentemente tratadas como traficantes, mesmo quando apreendidas com quantidades menores de drogas em comparação a pessoas brancas, as quais são vistas como usuárias. Tal disparidade evidenciaria a influência de estereótipos raciais nas decisões policiais, o que contraria os compromissos do Brasil com os direitos humanos e a eliminação da discriminação racial.

O Min. Fachin também ressaltou a importância de reconhecer que a atividade policial não deve ser guiada por preconceitos raciais, mas sim por evidências objetivas. Criticou a estrutura racista que permeia as instituições de segurança pública, afirmando que essa realidade afeta tanto as vítimas de discriminação quanto os próprios policiais. Enfatizou que a letalidade policial e a violência contra pessoas negras são questões que precisam ser enfrentadas de forma coletiva, envolvendo a sociedade, o sistema de justiça e as forças policiais.

O Ministro mencionou a necessidade de medidas concretas para combater o perfilamento racial, conforme recomendado por organismos internacionais, como a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, asseverando que a reflexão sobre a relação entre raça e segurança pública é essencial para a construção de um sistema mais justo e igualitário. Desse modo, defendeu que a busca feita pelos policiais deve ser realizada com base em justificativas claras e não em suposições raciais, reforçando que a cor da pele não deve ser um critério para a criminalização.

⁶ Manifestação oral da Procuradora Lindôra Araújo (BRASIL, 2023c, 1h 4 min 24 s).

Na compreensão do magistrado, por fim, restou nítido, no caso concreto, que a abordagem pessoal foi motivada pela cor da pele, circunstância que invalida a diligência e tudo que dela decorreu. As razões invocadas para a abordagem, segundo o Ministro Fachin, não se adequariam à exigência de “fundada razão” prevista no art. 244 do CPP, e por isso deveria se reconhecer a nulidade processual.

Na sequência votou o Min. André Mendonça que, inaugurando a divergência afirmou que, em sua compreensão, não restou demonstrado perfilamento racial no caso concreto. No ponto, mencionou que embora reconheça que o perfilamento racial é uma prática existente nas atividades dos órgãos de persecução criminal, no caso específico, as circunstâncias objetivas da abordagem, como a conduta suspeita do motorista do veículo, o local onde ocorreu a abordagem, bem como a evasão do indivíduo, justificaram a ação policial.

Além disso, argumentou que a presença de 5 pinos de cocaína encontrados com o acusado juntamente com dinheiro em espécie e a sua confissão informal reforçariam a conclusão de que ele estava envolvido em atividades de tráfico de drogas.

O Min. afirmou que, embora a defesa do acusado tenha alegado que ele era apenas um usuário de drogas, usuários frequentemente se envolvem em tráfico para sustentar seu vício.

Por fim, reafirmou a importância de se combater práticas de perfilamento racial, mas ressaltou que, no caso em questão, a atuação da polícia foi adequada e respaldada por evidências que demonstram a prática do delito.

Após, votou o min. Alexandre de Moraes, que concordando com a divergência inaugurada pelo Min. André Mendonça, também compreendeu que não houve abordagem discriminatória no caso concreto. Assentou ser necessário repelir o perfilamento racial, mas considerou que o HC 208.240/SP não seria um “bom caso” para aplicação da tese. Sua fundamentação centrou-se primordialmente no fato de ter sido o acusado surpreendido em um local conhecido como “ponto de tráfico” e no “modus operandi” utilizado.

Nesse momento, em que o Min. Alexandre de Moraes iniciou a discorrer sobre o local onde estava o acusado quando da ocorrência policial, o Min. Edson Fachin pediu a palavra, e travou-se interessante debate acerca da utilização do território como fundamento para autorizar a busca pessoal.

No diálogo entre os Ministros, o Min. Fachin tentou trazer à tona a questão do racismo estrutural e preconceito geográfico, elucidando como ele se manifesta em diferentes camadas sociais, questionando principalmente se havia razões objetivas para a busca policial em questão.

O Min. Alexandre de Moraes, por outro lado, insistiu que o *modus operandi* da venda de drogas é o mesmo, independentemente da raça ou classe social do indivíduo envolvido, argumentando que o procedimento policial é baseado no *modus operandi* e não na raça do indivíduo. Sustentou não haver nos autos provas de que a conduta da polícia seria diferente se os envolvidos na cena visualizada pela polícia fossem todos brancos⁷.

Após, votaram também para denegar a ordem, os Min. Toffoli e Nunes Marques, que repisaram os argumentos já referidos por seus pares e, ato contínuo, pediu vista dos autos o Min. Luiz Fux.

O julgamento retornou com o voto do Min. Luiz Fux, no qual discorreu sobre como o Constituinte impôs às instituições do país o compromisso de eliminar o racismo da sociedade, apoiando sua decisão em dispositivos constitucionais que caminham nesta direção. O Ministro enfatizou que ainda há uma distância grande do plano normativo-ideal para o plano prático-real.

Citando Silvio Almeida, sublinhou a importância de se entender o conceito de racismo estrutural, delimitando que o ato de se identificar uma prática racista, não significa imputar diretamente ao agente ou à instituição o dolo de cometer o delito de racismo, muito menos a detenção da consciência do agir baseado na raça.

Para ele, ficou claro, da leitura do auto de prisão em flagrante, que a primeira informação que chamou a atenção do policial na abordagem foi a cor da pele do indivíduo abordado.

O Ministro traz em seu voto, como objeto de direito comparado, o precedente da Suprema Corte dos Estados Unidos, *McClesky v. Kemp* (1987), no qual foram fixados balizamentos para caracterização do perfilamento racial naquele país. Por entender que foi constatado que a discriminação racial ocorreu no momento da abordagem policial, o Ministro votou acompanhando o Min. Relator Edson Fachin, a fim de conceder a ordem.

Votou também o Min. Flavio Dino, reiterando ser imprescindível repudiar o perfilamento racial, tanto do ponto de vista ético, quanto jurídico. Sublinhou que a questão das desigualdades presentes na sociedade brasileira, especialmente relacionadas à abjeta escravização negra e seus reflexos até os dias atuais, deve ser iluminada e para fazê-lo é preciso reconhecer as múltiplas desigualdades que ainda persistem.

Para o Min. Dino, todavia, no caso em questão, não havia elementos suficientes para afirmar que houve vício na operação policial que resultou nas condenações. No ponto, enfatiza a

⁷ Diálogo travado oralmente pelos Ministros Alexandre de Moraes e Edson Fachin (BRASIL, 2023g, 22min 10s).

importância de não se presumir a má conduta policial sem provas concretas, evitando-se, assim, tanto a canonização quanto a satanização das instituições policiais.

Além disso, asseverou a importância de não se generalizar o comportamento da polícia brasileira com base em critérios de perfilamento racial, ressaltando a complexidade do caso e a impossibilidade de realizar um revolvimento aprofundado de fatos e provas em sede de *habeas corpus* no STF. Sobre isso, afirma que a Suprema Corte não é um tribunal de fatos, mas sim é responsável por interpretar e aplicar o direito. Assim, o Min. Dino acompanhou a divergência e votou no sentido de se denegar o *habeas corpus*.

Após, votou o min. Cristiano Zanin, que iniciou seu voto parabenizando o Ministro Edson Fachin pela relevância do tema em discussão, mencionando a realização de encontros virtuais promovidos pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH) sobre o impacto do perfilamento racial no acesso à justiça no Brasil.

No voto, abordou também o conceito de perfilamento racial, ressaltando as preocupações relacionadas ao tema, especialmente em relação a pessoas pobres, negras e de baixa escolarização, lembrando que no julgamento do Recurso Extraordinário 635.659/SP, o então relator, Ministro Gilmar Mendes, externou sua preocupação, enfatizando que “o encarceramento indevido serve, muitas vezes, como porta de entrada para organizações e facções criminosas ligadas às drogas”.

Todavia, entendeu que no caso em análise existiam elementos que indicariam a suspeita fundamentada da prática de tráfico de drogas pelo paciente do *habeas corpus*, tais como a localização do suspeito em um ponto conhecido de venda de drogas, atitudes suspeitas antes e após avistar os policiais e elementos de prova colhidos após a revista pessoal. O Ministro ressaltou a objetividade das evidências relacionadas à abordagem policial, citando o depoimento de um policial que descreveu a situação em que o suspeito foi abordado.

Em conclusão, o Min. Zanin mencionou a importância de considerar os elementos objetivos e as circunstâncias específicas de cada caso ao analisar a legalidade das ações policiais e acompanhou a divergência inaugurada pelo Ministro André Mendonça pela denegação da ordem.

A seu turno, ao votar, o Min. Gilmar Mendes entendeu que no caso concreto verificaram-se uma combinação de vários fatores que, juntos, levantam fundadas suspeitas e, que ao seu ver, legitimam a abordagem. Tais fatores incluíram: o local conhecido como ponto de tráfico de drogas, no qual, inclusive, já haviam ocorrido outros flagrantes no mesmo dia; a dinâmica típica da negociação de mercadorias, com o paciente em pé trocando objetos com um carro parado; a mudança de semblante do paciente ao ver a polícia, seguida da dispensa de objetos; o veículo que

estava parado saindo do local repentinamente; e o fato de o paciente ser conhecido pelos policiais como participante do tráfico na localidade.

Desse modo, o Min. Gilmar Mendes acompanhou a divergência, para denegar a ordem.

Formada a maioria pela denegação da ordem, votou o Min. Luís Roberto Barroso.

O Ministro reafirmou em seu voto a observação feita pelo Ministro Luiz Fux, enfatizando que todos os fatores indiciários mencionados pela corrente divergente foram obtidos somente após a premissa de que se tratava de uma pessoa negra.

Além disso, prosseguiu afirmando que a prisão por 1,5 g de cocaína corrobora, em sua visão, o entendimento da existência, no caso concreto, de um perfilamento que, se não racial, é de toda forma social, pois a quantidade reduzida de droga apreendida deveria gerar a presunção de porte para consumo pessoal.

Sublinhou que a Constituição de 1988 proíbe o uso de provas obtidas por meios ilícitos. Além disso, ressalta que a fundada suspeita, critério disposto no art. 244 do Código de Processo Penal, não deve ser confundida com ilações, especialmente quando se considera a cor da pele. Para ele, no caso concreto, o elemento racial foi o fator preponderante para a busca pessoal e mitigação dos direitos fundamentais do suspeito, fato que deslegitima a atuação do Estado.

Demais disso, ressaltou a importância de parâmetros claros e objetivos para a atuação policial, para que sejam evitados abusos de poder. Criticou, também, a política de drogas que resulta no encarceramento de pessoas pobres da periferia com pequenas quantidades de drogas, afirmando que essa abordagem não traz benefícios para a sociedade e pode contribuir para o fortalecimento do crime organizado nos presídios.

Por fim, o Min. Barroso decidiu acompanhar a posição do Ministro Fachin para conceder a ordem de ofício no caso discutido.

Na sequência, o Min. Presidente anunciou o resultado de julgamento, declarando que a Suprema Corte, por maioria⁸, decidiu denegar a ordem, vencidos os Ministros Edson Fachin (Relator), Luiz Fux e Luís Roberto Barroso (Presidente).

Em seguida também anunciou que, conquanto formada maioria pela denegação da ordem no caso concreto, nos termos propostos pelo Min. Relator, foi votada e aprovada, à unanimidade, a seguinte tese de julgamento:

⁸ Acompanharam a divergência os Ministros Alexandre de Moraes, Dias Toffoli, Nunes Marques, Flávio Dino, Cristiano Zanin e Gilmar Mendes.

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.

A despeito de o Ministro Relator Edson Fachin ter restado vencido quanto ao mérito do *habeas corpus*, o Min. Presidente o elegeu como relator para o acórdão.

Quanto ao ponto, cumpre esclarecer que os artigos 38, II e 135, §3º e §4º⁹, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal preveem, respectivamente, que o Ministro Relator será substituído “pelo Ministro Designado para lavrar o acórdão, quando vencido no julgamento” e que, se vencido o Min. Relator, “designar-se-á para redigir o acórdão o Ministro que houver proferido o primeiro voto prevalecente”.

Não há, contudo, uma regulamentação específica que discipline eventual substituição de relatoria em caso de ter o Min. Relator restado vencido no mérito da impetração, mas vencedor na tese de julgamento, tal como ocorreu no caso concreto.

Ao que tudo indica, porém, compreendeu o Min. Presidente que na parte substancial do julgamento teria prevalecido o entendimento do Ministro Relator, e por tal razão, decidiu manter, nesses termos, sua Relatoria.

4 Blindagens e colonialidade do direito: a análise de alguns aspectos do HC 208.240/SP

As manifestações, votos e discussões travadas no HC 208.240/SP fornecem um enredo exemplar para compreender, na prática, como operam os meandros que sustentam a manutenção

⁹ “Art. 38. O Relator é substituído: [...] II – pelo Ministro designado para lavrar o acórdão, quando vencido no julgamento”;

“Art. 135. Concluído o debate oral, o Presidente tomará os votos do Relator, do Revisor, se houver, e dos outros Ministros, na ordem inversa de antiguidade.

[...]

§ 3º Se o Relator for vencido, ficará designado o Revisor para redigir o acórdão.

§ 4º Se não houver Revisor, ou se este também ficar vencido, designar-se-á para redigir o acórdão o Ministro que houver proferido o primeiro voto prevalecente, ressalvado o disposto no art. 324, § 3º, deste Regimento” (BRASIL, 2023h).

do racismo no Brasil e como se conformam, nos Tribunais, os enviesamentos que se convertem em parâmetros para a incidência do sistema de justiça criminal.

É importante notar, porém, que diversamente do que se verificou nos julgamentos examinados por Pires e Alves, nos quais reportou-se a uma uniformidade em prol do que cunharam as autoras com pacto narcísico da branquitude (BUENO, 2002 apud FLAUZINA; PIRES, 2020), no julgamento do HC 208.240/SP há uma singularidade: algumas vozes dissonantes buscam dar sentido diverso às pré-compreensões dos magistrados e lhes indicar a existência de mediações existentes em seus fundamentos.

Neste sentido, reveste-se de especial significância o voto do Min. Edson Fachin, relator do *habeas corpus*, que tece considerações contextualizadas do caso concreto, trazendo à luz uma perspectiva esclarecida sobre a forma de atuação do racismo estrutural no Brasil, e cotejando-a com as rotinas institucionalmente estabelecidas nas atividades de policiamento. Na mesma direção inclinaram-se os Ministros Luiz Fux e Roberto Barroso.

Nada obstante, o fato de terem sido vencidos, já que prevaleceu a divergência inaugurada pelo Min. André Mendonça, não poderia ser mais simbólico. Tal proceder indica a persistência do que Flauzina e Pires reportaram como a “forte identificação dos ministros com o status quo” comportamento “que inviabiliza a aplicação mais abrangente da norma” (FLAUZINA; PIRES, 2020, p. 1233). Tal modo de atuar é também descrito por Dina Alves como “colonialidade da justiça”.

Percebe-se, desse modo, um quadro semelhante ao reportado por Flauzina e Pires ao analisarem os resultados do julgamento da ADPF 347/RJ.

Em paralelo ao observado na ADPF 347, na qual os Ministros limitaram a “sinalizar uma superficial nota de discordância (...) sem que isso se converta na responsabilização dos órgãos públicos pelas violências e inconstitucionalidades que reproduzem e sustentam” (FLAUZINA; PIRES, 2020, p. 1224), no julgamento do HC 208.240/SP a maioria dos Ministros limita-se a afirmar que a prática de perfilamento racial é inaceitável, mas não tomam qualquer providência para atuar em algum caso concreto.

Nesse quadrante, alinha-se ainda a percepção de colonialidade da justiça e blindagem judicial, anotada pelas autoras do marco teórico referencial: (i) a redação final da tese de julgamento, que para angariar a unanimidade de todos os Ministros, incluiu outras formas de discriminação, que não estavam em julgamento e (ii) a manutenção de Relatoria do Ministro Edson Fachin, que a despeito de vencido no caso concreto, seguiu como redator para o acórdão.

Quanto ao primeiro ponto, importante esclarecer que o HC 208.240 não tangenciou a abordagem motivada por “sexo, orientação sexual e aparência física” e, portanto, a inclusão desses temas na tese acaba por deslocar uma discussão que deveria estar centrada no racismo. Tal proceder, ainda que realizado com o nobre objetivo de contemplar outros grupos minorizados, acaba por desvirtuar o debate, relativizando a importância do perfilamento realizada em razão da raça nas atividades policiais.

Segundo Farranha e Pereira (2020, p. 36) “o silenciamento racial foi estruturado não só a partir do tabu de uma sociedade que não queria discutir os efeitos da escravidão, mas igualmente a partir do Estado”.

É, de fato, difícil falar de racismo no Brasil. O incômodo em tratar do tema é percebido ao longo dos votos da corrente divergente. Buscaram os Ministros discorrer sobre quantidade de droga apreendida, território de tráfico, atitudes suspeitas, “*modus operandi*”, mas não falar de racismo.

Não há, nas poucas linhas que os votos vencedores dedicaram ao discorrer sobre a menção da cor de pele “negra”, reportada no boletim de ocorrência, o indispensável reconhecimento da forma peculiar como o racismo opera no Brasil¹⁰, e suas mediações ainda permeadas pelo mito da “democracia racial”.

Segundo Abdias Nascimento, a convivência harmoniosa entre pretos e brancos, com igualdade de oportunidades de existência, é considerada o motivo maior de orgulho nacional. Todavia, a expressão “democracia racial” no Brasil deve ser entendida como uma metáfora que descreve o racismo brasileiro, menos evidente que o dos Estados Unidos e não legalizado como o apartheid da África do Sul, mas eficazmente institucionalizado nos níveis oficiais de governo e difuso em todos os aspectos da sociedade brasileira (NASCIMENTO, 1978).

Assim, em linhas gerais, o que se percebeu no julgamento do HC 208.240 foi o reconhecimento de que o racismo é “algo que existe”, para repisar as palavras ditas pela Subprocuradora Geral da República, e, portanto, pode ser aprovado como “tese de julgamento”, mas não reconhecido no caso concreto.

Na mesma direção, e já adentrando ao segundo ponto anotado, a providência de manter a Relatoria do Ministro Edson Fachin, embora tenha restado vencido na tese de julgamento, sinaliza para um intuito de dar maior relevo ao conceito abstrato julgado, aprovado à unanimidade pela Corte, que ao julgamento do caso concreto.

Contudo, o caso concreto era tão ou mais importante que o julgamento da tese abstrata. O reconhecimento pela Suprema Corte da existência de um caso específico de perfilamento racial constituiria um parâmetro norteador para as instâncias antecedentes e ostentaria alta carga simbólica.

Nesse ponto, observa-se um paralelo ao que Zaffalon anota em sua pesquisa empírica, ao asseverar que os atos institucionais do Poder Judiciário revelam a convivência simultânea de uma “normalidade constitucional” ao lado de um estado de exceção permanente, que transforma cidadãos comuns em suspeito, e ignora o estigma de grupos e classes sociais.

Ademais, considerando a forma como atua o racismo à brasileira, altamente invisibilizado pelo pacto da democracia racial, convém refletir se algum dia chegará à Suprema Corte um “bom caso”, em que esteja configurada de forma evidente o perfilamento racial.

É notório que policiais não lavram autos de prisão em flagrante admitindo que a busca pessoal foi baseada no perfilamento racial. Os agentes, na maioria dos casos, sustentam que a busca foi realizada por outros motivos tais quais, a atitude suspeita, o local propício ao crime, dentre outros.

Exposto o panorama geral de julgamento, convém retomar dois aspectos já prefaciados em item anterior e que também se correlacionam com os conceitos de blindagens em Zafallon e “colonialidade da justiça” em Pires, Flauzina e Alves.

Primeiramente, cumpre aprofundar a análise quanto à manifestação da Subprocuradora Geral da República.

Como acima se demonstrou, em sua sustentação oral, é perceptível a confusão conceitual dos temas que busca tratar, pois em um primeiro momento equipara o racismo a “um problema social” e, na sequência, traça um paralelo entre o caso debatido e problemas que “todos” brasileiros sofreriam quando vão aos Estados Unidos e Portugal.

A comparação guarda afinidade com generalizações conhecidas e que se prestam a negar ou diminuir as violências relacionadas ao racismo, tangenciando a concepção de racismo reverso, assim compreendida como a prática na qual o objetivo é promover um entendimento equivalente do racismo, não apenas negando-o, mas também invertendo-o. Isso significa admitir que os sujeitos não-negros são alvo de ataques, discriminações e preconceitos com base na cor de sua pele (FONTOURA, 2021).

Tal visão, equivocada sob as premissas que a assentam, demonstra uma compreensão apartada das bases teóricas que corroboram a gênese e manutenção do racismo no Brasil, uma vez

que o racismo se estabelece como um sistema de dominação social, utilizando a raça como critério para distinguir os indivíduos.

Contrariamente à ideia de que os não-negros nunca foram dominados, o processo de colonização europeu ocorreu de maneira distinta. A escravização dos povos e a criação de filosofias que justificassem a violência contra os indivíduos contribuíram para desumanizar os sujeitos e dismantelar territórios. Essa política institucionalizada de construção de uma nação baseou-se na exploração e perpetuação das desigualdades (D'OCA, 2017 apud FONTOURA, 2021).

No ponto, Schwarcz (1993) destaca que existiu e ainda existe discriminação aos orientais, aos muçulmanos, aos judeus, aos ciganos e aos armênios. Todavia, não existe racismo contra os brancos enquanto categoria. Não há, assim, racismo estrutural e institucional contra a branquitude.

A menção à ocorrência do racismo em outros locais, no exterior, como que a distanciar o tema, em singularidade e importância no Brasil, também deixa entrever inconfessável incidência do processo cunhado por Lélia Gonzalez como racismo por denegação, também reportado na obra de Flauzina e Pires (2020), acima analisado.

Por derradeiro, convém explorar o argumento central utilizado pela corrente divergente ao denegar a ordem: a suspeita policial não decorreu da cor da pele e sim em razão do local da busca pessoal ser um “ponto de tráfico” e, também, pela “atitude suspeita” do acusado.

Como bem adverte Alves (2017, p. 106) “Uma perspectiva crítica de raça diria também que nossa posição social, nosso pertencimento racial e nossos privilégios múltiplos definem cidadãos puníveis e inocentes”.

Quanto a esse particular, observa-se na fundamentação condutora dos votos divergentes uma tentativa de objetivar o conceito de atitude suspeita e território, como se a menção a esses dados pudesse apagar o viés seletivo que decorre da abordagem a uma pessoa negra. Contudo, uma perspectiva atualizada de acesso à justiça também enxerga nestes pontos mediações importantes.

Nesse sentido, Wanderley (2017) observa que a tentativa de tornar objetivas razões que, em verdade, decorrem de convicções subjetivas, constitui mero artifício.

Quanto ao argumento “atitudes suspeitas”, Wanderley (2017) explica que o juízo de estranheza quanto a atitudes e ações ou a sensação de “não pertencimento” que embasa a suspeição decorrem, em verdade, de dados preconcebidos que nada tem de objetivo. Há a criação pretérita e

abstrata de um tipo ideal de suspeito: aquele indivíduo marginalizado e excluído que desperta medo e desconfiança, sendo considerado um risco para a convivência em locais públicos. Quando um indivíduo é percebido como não pertencente a determinado local, sua conduta pode ser interpretada como anormal.

Igualmente, verificou-se tal conduta quanto a tentativa de tornar objetiva a argumentação em torno dos territórios. A despeito do esforço, contudo, não há como considerar este argumento neutro, pois no contexto histórico brasileiro a classificação territorial sempre esteve atrelada ao racismo.

Theodoro (2022) explica que a segregação territorial da população negra embora pouco tratada por estudiosos do tema, constitui um dos principais motores de reprodução da sociedade desigual no Brasil. A apartação territorial, segundo o autor, constitui uma eficiente estratégia de exclusão, sendo possível identificar uma intrínseca relação entre racismo e território.

Desde a constituição das primeiras comunidades quilombolas, passando pela destituição das propriedades rurais com a Lei de Terras de 1850, até alcançar às políticas de higienização urbana, que no século XX, expulsaram os negros das áreas centrais das grandes cidades, a relação entre a distribuição espacial da cidade e o racismo sempre esteve presente. Regionalmente, e a despeito das inúmeras peculiaridades de um país de dimensões continentais, o autor exemplifica a situação dos alagados na Bahia, dos mocambos do Recife, das palafitas na Amazônia e das periferias de São Paulo, Belo Horizonte e outras cidades identificando em todas elas o mesmo padrão: o país de gigantescas áreas não teve espaço “suficiente” para os negros.

À vista desse quadro torna-se tormentoso considerar como objetivo o etiquetamento de um determinado território como “criminoso”¹⁰. Esse conceito foi inclusive explorado pelos votos vencidos no HC 208.240, os quais mencionaram ser impossível dissociar a presença massiva de população negra em zonas classificadas como “pontos de tráfico” ou “biqueiras” ao entendimento consolidado pelos agentes estatais - sem base empírica documentada - de que esses locais haveria uma maior incidência de tráfico de drogas, e não em imediações de boates e bairros de alto padrão (como mencionaram, respectivamente, o Min. Edson Fachin e o Min. Luiz Fux) ou perto de shoppings centers (para utilizar o exemplo dado pelo Min. Alexandre de Moraes).

¹⁰ Recente estudo conduzido pelo IPEA (GARCIA et. al., 2023) reforça a desconfiança quanto a utilização desse parâmetro, pois identificou “em se tratando de policiamento em domicílios no contexto da política de drogas, existe uma seletividade sociorracial e geográfica nas entradas em domicílio”, restando evidente, em termos numéricos, que os bairros ocupados por pessoas brancas estão significativamente menos sujeitos a incursões policiais domiciliares, em comparação aos bairros onde há maior representação de pessoas negras.

Assim, apesar de sugerir objetividade, a “atitude suspeita” e o “território suspeito” carregam consigo forte conteúdo de seletividade e estigmatização, constituindo o primeiro filtro do sistema penal.

Denota-se, portanto, sob os cinco aspectos analisados – (i) a redação final da tese de julgamento, incluindo outras formas de discriminação que não estavam em julgamento; (ii) manutenção de Relatoria do Ministro Edson Fachin, a despeito de vencido no caso concreto; (iii) manifestação do Ministério Público que flerta com o atuar do racismo reverso; (iv) utilização pela corrente divergente de argumentos supostamente objetivos - território e “atitude suspeita”- mas que, em verdade, também são mediados por filtros discriminatórios - verifica-se o mesmo viés de distanciamento da pauta racial e manutenção do status quo, em corroboração a colonialidade do sistema de justiça e as blindagens institucionais identificadas no marco teórico referencial.

5 Considerações finais

A tese fixada no julgamento do HC 208.240/SP marca o reconhecimento pela Suprema Corte de que a busca pessoal baseada em fundada suspeita não pode se basear em elementos indiciários subjetivos, não sendo lícita, portanto, a realização da medida com base na raça, sexo, orientação sexual, cor da pele ou aparência física, ou seja, qualquer tipo de perfilamento do indivíduo.

Todavia, em que pese o marco positivo da fixação da tese, é possível identificar mais semelhanças que diferenças, em comparações a outros padrões de julgamento criminais que abrangem grupos socialmente minorizados no Supremo Tribunal Federal, analisados no marco teórico.

Identificou-se um diferencial relevante no julgamento do HC 208.240/SP, relacionado à existência vozes dissonantes da maioria, identificadas nos votos dos Ministros Edson Fachin (relator do caso), Luiz Fux e Luís Roberto Barroso que buscaram contrapor-se ao discurso hegemônico, tendo eles se baseado em conceitos mais atuais quanto à forma peculiar de atuar do racismo no Brasil.

Contudo, o fato de o entendimento desses ministros não ter prevalecido corrobora o entendimento preliminar quanto à persistência do quadro de manutenção do status quo e pacto narcísico, identificado por Flauzina, Pires e Alves.

Ao longo da análise do parecer, voto, discursos e debates examinados no HC 208.240/SP denota-se a presença de diversos fundamentos, exemplos e narrativas que partem de generalizações, estigmatizando perfis e territórios; tangenciam o racismo reverso; encontram eloquência no mito da democracia racial e guardam forte identificação com a manutenção da condição social vigente.

Também merece especial atenção a narrativa adotada pela maioria dos Ministros, de, por um lado, reconhecer a existência de racismo e aderir, à tese de inadmissibilidade da adoção de perfilamento racial nas atividades dos agentes estatais, mas, por outro, negar a sua existência no caso concreto, ato que guarda correspondência com padrão já identificado na bibliografia referenciada como “colonialidade da justiça”.

O Supremo Tribunal Federal, no ponto, terá oportunidade de se manifestar em breve, no julgamento da ADPF 973, um litígio de natureza estrutural, sobre o reconhecimento do estado de violação sistemática dos direitos fundamentais da população negra do país. O relator do caso é o Min. Luiz Fux, que no HC 208.240, votou por reconhecer a existência de perfilamento racial no caso concreto.

A referida ação foi proposta por partidos políticos, os quais apontam ações e omissões do Estado que culminam na violação dos direitos constitucionais à vida, à segurança, à saúde e à alimentação digna da população negra. Alguns argumentos utilizados para a propositura da ação foram a alta letalidade de pessoas negras em decorrência da violência policial e o encarceramento massivo de jovens negros ocasionado pela política de drogas.

Já se percebe, assim, uma iniciativa, mesmo que incipiente, de esboçar conceitos, explicar teorias e debater mediações que permeiam as concepções judiciais relacionadas ao racismo, mas há ainda um evidente déficit no que se refere a sua aplicação nos casos concretos que são julgados no Supremo Tribunal Federal, o que se espera seja aprimoramento em um breve futuro.

Referências bibliográficas

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Comite para a Eliminação da Discriminação Racial*. CERF/V/GC/36. Recomendação Geral nº 36, 2020. Disponível em <https://acnudh.org/load/2020/12/CERD_C_GC_36_PORT_REV.pdf>. Acesso em 21 jul. 2023.

ALVES, Dina. Rés negras, juízes brancos: uma análise da interseccionalidade de gênero, raça e classe na produção da punição em uma prisão paulistana. *Revista CS*, Número 21, Enero - Abril, 2017.

AVELAR, Laís da Silva. “Sem nenhum alvará para entrar”: as Bases Comunitárias de Segurança e a radicalização da morte. In: FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro; PIRES, Thula Rafaela de Oliveira (orgs.). *Rebelião*. Brasília: Brado Negro, Nirema, p. 47-57, 2020.

BRASIL. *Decreto-Lei 3689 de 09 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Diário Oficial da União, Brasília, DF, 09 de outubro de 1941. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 21 jul. 2023.

BRASIL. *Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal*. Brasília, DF. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>>. Acesso em 29 de jul. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ, 2022. *Revista pessoal baseada em “atitude suspeita” é ilegal decide Sexta Turma*. Disponível em <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/20042022-Revista-pessoal-baseada-em-%E2%80%9Catitude-suspeita%E2%80%9D-e-ilegal--decide-Sexta-Turma.aspx>>. Acesso em 21. jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Regimento interno* [recurso eletrônico] / Supremo Tribunal Federal. – Brasília: STF, 2023h. 298 p.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Habeas Corpus 208.240/SP*. Relator: Min. Luiz Edson Fachin. STF, 2023. Disponível em <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6287873>> Acesso em 13 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Habeas Corpus 208.240/SP*. Relator: Min. Luiz Edson Fachin. Brasília, DF, 2 de março de 2023g. Pleno – Bloco 2 – Continuidade do julgamento sobre prova obtida após filtragem racial – 2/3/2023. Youtube, 2023f. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=G31B9xbQm2w>>. Acesso em 21 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário 603616*. 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 (...). Relator: Min. Gilmar Mendes. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 10 de maio de 2016. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur347757/false>>. Acesso em 21 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação de descumprimento de preceito fundamental 973*. Relator: Min. Luiz Fux. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6404537>>. Acesso em 13 de jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Habeas Corpus 208.240/SP*. Relator: Min. Luiz Edson Fachin. STF, 2023b. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/fux-vista-discute-racismo-abordagem1.pdf>> Acesso em 21 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Habeas Corpus 208.240*. Relator: Min. Luiz Edson Fachin. Brasília, DF, 2 de março de 2023c. Pleno – Bloco 2 – Validade de prova obtida

em busca pessoal baseada na cor da pele. Youtube, 2023c. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=0ydHeb9SjtI>> Acesso em 21 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Habeas Corpus 208.240/SP*. Relator: Min. Luiz Edson Fachin. STF, 2023d. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/fux-vista-discute-racismo-abordagem.pdf>> Acesso em 21 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Habeas Corpus 208.240/SP*. Relator: Min. Luiz Edson Fachin. Brasília, DF, 2 de março de 2023e. Pleno – Bloco 2 – Continuidade do julgamento sobre prova obtida após filtragem racial. Youtube, 2023e. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=aRjmoE5lCD0&t=41s>>. Acesso em 21 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Habeas Corpus 208.240/SP*. Relator: Min. Luiz Edson Fachin. Brasília, DF, 2 de março de 2023f. Pleno – Bloco 2 – Continuidade do julgamento sobre prova obtida após filtragem racial – 2/3/2023. Youtube, 2023f. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=G31B9xbQm2w>>. Acesso em 21 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário 635.659/SP*. Relator: Min. Gilmar Mendes, STF, 2024. Disponível em <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145>> Acesso em 23 de jul. 2024.

DOS SANTOS, Caroline Rocha. A raça e o urbano: controle das classes perigosas e gestão das formas de morar no Rio de Janeiro do século XXI. In: FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro; PIRES, Thula Rafaela de Oliveira (orgs.). *Rebelião*. Brasília: Brado Negro, Nirema, 2020.

FARRANHA, Ana Claudia; PEREIRA, Paulo Fernando S. Quem tem medo de democracia? Quem tem medo da questão racial?. In: *A democracia necessária e desejada*, 2020.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro; PIRES, Thula. Supremo Tribunal Federal e a naturalização da barbárie. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, Vol. 11, n. 02, 2020a.

FONTOURA, Julian Silveira Diogo de Ávila. Racismo Reverso: o porquê de sua não existência. *Revista Interterritórios – Revista de Educação da Universidade Federal de Pernambuco*. Caruaru, Vol. 11 n.13. 2021. Disponível em <<https://periodicos.ufpe.br/revistas/interterritorios/article/viewFile/250044/38038>>. Acesso em 21 jul. 2023.

GARCIA, Rafael de Deus; MARTINEZ, Victor Dantas de Maio; MACIEL, Natalia Cardoso Amorim; MACÊDO, Andréia de Oliveira; MACEDO, Hugo Homem; ARMSTRONG, Karolina Chacon; SOARES, Milena Karla. *Entrada em domicílio em caso de crimes de drogas: geolocalização e análise quantitativa de dados a partir de processos dos Tribunais da Justiça estadual brasileira*. Rio de Janeiro : Ipea, nov. 2023.

NASCIMENTO, Abdias do. *O Genocídio do Negro Brasileiro: processo de um racismo mascarado*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

RODAS, Sérgio. Pedido de vista suspende julgamento que discute racismo em abordagem policial. *Revista Consultor Jurídico - Conjur*, 2023. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2023-mar-08/fux-vista-discute-racismo-abordagem-policial>>. Acesso em 21 jul. 2023.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo das raças. Cientistas, instituições e questão racial no Brasil, 1870-1930*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

THEODORO, Mário. *A sociedade desigual: racismo e branquitude na formação do Brasil*. Rio de Janeiro: Zathar, 2022.

WANDERLEY, Gisela Aguiar. *Liberdade e suspeição no Estado de Direito: o poder policial de abordar e revistar e o controle judicial de validade da busca pessoal*. Dissertação: Mestrado em Direito, Estado e Constituição) – Universidade de Brasília, 2017.

ZAFALLON, Luciana. *Uma espiral elitista de afirmação corporativa: blindagens e criminalizações a partir do imbricamento das disputas do Sistema de Justiça paulista com as disputas da política convencionado*. Tese: Doutorado em Administração Pública e Governo – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, 2017.