

REFLEXÕES SOBRE A BUSCA PESSOAL: TENTATIVA DE SISTEMATIZAÇÃO RACIONAL DA MEDIDA⁴²¹

REFLECTIONS ABOUT THE STOP-AND-FRISK: ATTEMPT OF RATIONAL SYSTEMATIZATION OF THE MEASURE

Flávio Mirza

Professor Associado da UERJ e da UCP

Diogo Malan

Professor Adjunto da UERJ e Professor Associado da UFRJ

RESUMO: O presente artigo pretende analisar os critérios utilizados para a feitura de busca pessoal no Brasil. Para esse propósito, o trabalho analisa o Direito Processual Penal norte-americano. Isso, porque, tanto nos EUA quanto no Brasil, reina imprecisão conceitual acerca dos critérios de execução da medida. E, não raro, sua execução se pauta em viés racial. No final do trabalho, são propostas algumas soluções e medidas, com vistas a racionalizar uma medida tão invasiva.

PALAVRAS-CHAVE: Busca Pessoal; Critérios; Racismo; Sistematização.

ABSTRACT: This article intends to analyze the criteria used to carry out a personal search in Brazil. For that purpose, the work analyzes the North American Criminal Procedural Law. This is because, both in the USA and in Brazil,

conceptual imprecision reigns regarding the criteria for implementing the measure. And, not rarely, its execution is based on racial bias. At the end of the work, some solutions and measures are proposed, with a view to rationalizing such an invasive measure.

KEYWORDS: Personal Search; Criteria; Racismo; Systematization.

INTRODUÇÃO

Os artigos 240, § 2^o⁴²² e 244⁴²³, ambos do Código de Processo Penal (CPP), regulam a chamada busca pessoal.

O problema está na expressão “fundada suspeita”, presente em ambos os artigos, autorizadora das buscas pessoais.

Com efeito, o laconismo, bem como a tessitura aberta, de cariz

⁴²¹ Artigo recebido em 09/09/2024 e aprovado em 07/10/2024.

⁴²² Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal.

(*omissis*)

§ 2^o 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.

⁴²³ 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.

equivoco, sempre causou espécie, notadamente no aspecto que fundamenta a medida, concorde com a dicção dos sobreditos dispositivos.⁴²⁴

Essa imprecisão conceitual, aliada a caldo cultural autoritário, perfaz o caminho para buscas pessoais aleatórias/abusivas, não raro baseadas em caracteres como a classe social e/ou a cor da pele. Desnudando, por conseguinte, o racismo existente em nossa sociedade.

O objetivo do presente artigo é, estudando a busca pessoal no Brasil e nos EUA, incluindo seu viés racial-sociológico, buscar *standards* objetivos para que a medida não continue a se degenerar em instrumento abusivo.

Não estudaremos a busca domiciliar, que exige mandado, mesmo sabendo que, durante sua execução, pode haver uma busca pessoal, caso a autoridade policial suspeite que a pessoa que está na casa esteja, p. ex., ocultando drogas ou dinheiro consigo. Ou seja, ficaremos circunscritos aos artigos 240, § 2º e 244, do CPP, e ao denominado “*stop-and-frisk*” do direito norte-americano, que guarda aproximação com a medida pátria. Excluiremos, outrossim, as hipóteses em que há consentimento voluntário do

cidadão em se submeter à revista pessoal (tanto nos EUA quanto no Brasil).

1. BUSCA PESSOAL E “STOP-AND-FRISK” (BRASIL E EUA)

Há um quê de lugar comum na afirmação de que o Código de Processo Penal brasileiro é autoritário.

Em verdade, não poderia ser diferente, haja vista, em sua gênese, ter sido inspirado no *Codice Rocco* da Itália fascista de Benito Mussolini, bem como ter sido elaborado na vigência do Estado Novo, durante a ditadura Vargas.⁴²⁵

Diante disso, sua leitura, hodiernamente, precisa passar por dupla filtragem, a saber, convencional e constitucional.⁴²⁶ E, nessa dupla filtragem, o sobredito artigo não se sustenta. Isso, porque, como bem leciona Nereu Giacomolli, não mais se legitima uma aplicação isolada do Código de Processo Penal.⁴²⁷

O Título VII, Capítulo XI, sob a rubrica “Busca e Apreensão”, trata, em verdade, de duas situações distintas. Isso, porque pode haver busca sem apreensão, e a segunda sem, necessariamente, ter havido a primeira.⁴²⁸

⁴²⁴ Cleunice Pitombo aduz, com razão, que a fundada suspeita é uma expressão “(...) ambígua e oca” (PITOMBO, C. A. V. B. *Da busca e da apreensão no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 137).

⁴²⁵ A propósito, MALAN, D. R. *A sentença incongruente no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 1-13.

⁴²⁶ No sentido do texto, é a lição de Nereu Giacomolli: “Uma leitura convencional e constitucional do processo penal, a partir da constitucionalização dos direitos humanos, é um dos pilares a sustentar o processo humanitário” (GIACOMOLLI, N. J. *O devido*

processo penal: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa. 2ª. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 12).

⁴²⁷ Eis a sua lição: “Não mais encontram legitimidade o discurso e a argumentação dos juristas e dos sujeitos do processo quando arraigados no paradigma solitário e perfeito do arcabouço ordinário das regras do CPP, de sua validade pelo fato da existência, sem questionamentos constitucionais e convencionais” (GIACOMOLLI, N. J. *Op. cit.*, p. 13-14).

⁴²⁸ Por todos, veja-se, no sentido do texto, Cleunice A. Valentim Bastos Pitombo, com ampla citação de ordenamentos estrangeiros (PITOMBO, C. A. V. B. *Da*

Em verdade, Cleunice Pitombo, em obra de fôlego sobre o tema, chega a dizer, com razão, que é necessário desvincular a apreensão da busca.⁴²⁹

A busca pode ser pessoal ou domiciliar. A segunda exige mandado e a primeira não. Enquanto a busca domiciliar exige, como regra, autorização judicial, com expedição de mandado, após decisão fundamentada (ao menos em tese), a pessoal é pautada em mera suspeita. E, como se não bastasse, em regra, é realizada pelas forças policiais, nas ruas, sem controle ministerial e/ou judicial (*a priori*).⁴³⁰

Sua autorização, como se sabe, possui inquestionável imprecisão conceitual.

É de se repisar que, se durante busca domiciliar, a autoridade policial suspeitar que o indivíduo esconde algo em sua roupa, por exemplo, poderá proceder à busca pessoal.

Diante disso, haja vista a potencialidade para gerar desrespeito a direitos fundamentais, é necessário que a doutrina busque critérios racionais, a serem seguidos na consecução de medida assaz invasiva.

Entretanto, na falta deles, os Tribunais de Superposição (STJ e STF)⁴³¹ vêm se debruçando sobre o tema.

busca e da apreensão no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 88-91).

⁴²⁹ PITOMBO, C. A. V. B. *Op. cit.*, p. 91.

⁴³⁰ Em verdade, atribui-se ao executor (na maioria das vezes os policiais que estão em patrulhamento) a valoração do que seja a fundada suspeita (PITOMBO, C. A. V. B. *Op. cit.*, p. 137).

⁴³¹ Cândido Rangel Dinamarco utiliza a expressão “órgãos de superposição” (DINAMARCO, C. R. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 382).

⁴³² STJ, 6ª Turma, RHC 158.580-BA, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe 25.04.2022.

Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça tem afirmado, reiteradamente, que buscas pessoais, baseadas em fundadas suspeitas (conforme dicção dos artigos 240, § 2º e 244, ambos do Código de Processo Penal) precisam estar amparadas em critérios objetivos e justificados.⁴³² Isso ocorreu no julgamento do recurso ordinário em *habeas corpus* nº. 158.580-BA, verdadeiro *leading case*.⁴³³

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, está em julgamento o *habeas corpus* nº. 208.420-SP, impetrado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, em que se discute a validade de provas obtidas, após abordagem policial sem critério, ou melhor, baseada em filtragem racial.⁴³⁴

No que interessa ao presente estudo, vale destacar que o Ministro Edson Fachin se manifestou pela ilegalidade de medida de busca baseada na raça, cor da pele ou aparência física do suspeito.⁴³⁵

Diante desse cenário, cumpre refletir, de modo crítico, sobre tão intrincada *quaestio*.

Isso, porque, a toda evidência, buscas pessoais arbitrárias (não raro permeadas de racismo) não se enquadram na noção de Devido

⁴³³ No *habeas corpus* nº. 779.155-SP, seguiu-se na mesma linha. Ou seja, o relator, abeberando-se no RHC nº. 158.580-BA, aduziu que a busca pessoal teria ocorrido “(...) com base na alegação genérica de que o acusado foi visto saindo de um terreno baldio conhecido pelos policiais como ponto de tráfico de drogas e se pôs em fuga tão logo notou a presença dos policiais no local, demonstrando nervosismo e atitude suspeita” (STJ, 5ª Turma, HC 779.155-SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca).

⁴³⁴ STF, Pleno, HC 208.420-SP, Rel. Min. Edson Fachin.

⁴³⁵ *Ibidem*.

Processo Legal que pressupõe, ao fim e ao cabo, um *giusto processo*.⁴³⁶

Com efeito, a noção de Devido Processo Legal, petrificada no artigo 5º, LIV da Constituição da República, garante que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

A observância do *due process of law* impõe limites à atuação estatal na persecução, notadamente quando se está, como no caso da busca pessoal, a ferir liberdades públicas.

Nos EUA, a SCOTUS (abreviação de *Supreme Court of the United States*), na década de 60, sob a presidência do Chief Warren, promoveu o que se denominou de constitucionalização do Processo Penal norte-americano.⁴³⁷

Joel Samaha, autor de viés crítico, chamou esse período de “*due process revolution*”.⁴³⁸ O referido professor, da Universidade do Minnesota, aduziu que “(...) *this revolution tilted the balance of power toward process and individual rights*”.⁴³⁹

Evidentemente, houve críticas, pois muitos entenderam ter ocorrido um afrouxamento na repressão aos delitos, deixando as vítimas desprotegidas.⁴⁴⁰

Nada obstante, é incontroverso que essa constitucionalização espalhou as garantias fundamentais do processo para os Estados da federação.⁴⁴¹ E, ao devido processo legal da XIV Emenda, a SCOTUS passou a considerar incorporadas praticamente *todas* as garantias processuais penais específicas da Declaração de Direitos.⁴⁴²

Nessa toada, foram incorporados à XIV Emenda: (i) os limites às buscas e apreensões (IV Emenda); (ii) as proibições de dupla persecução penal pelo mesmo fato (*double jeopardy*) e autoincriminação compulsória (V Emenda); (iii) os direitos ao julgamento em prazo razoável, ao julgamento público, ao Tribunal do Júri imparcial, a ser informado da natureza e causa da acusação, ao confronto, à prova e à defesa técnica (VI Emenda); (iv) a proibição de punição cruel e incomum (VIII Emenda).⁴⁴³

No Brasil, o conteúdo normativo do devido processo legal proíbe, igualmente, dentre outras limitações, a realização de buscas pessoais desarrazoadas, pois sem base. Ou seja, pautadas em subjetivismos, não raro, eivados de cariz preconceituoso.

⁴³⁶ Acerca da noção de processo justo (*giusto processo*), veja-se: UBERTIS, G. Modelli processuali e giusto processo. In: _____. *Principi di procedura penale europea: Le regole del giusto processo*. Milano: Raffaello Cortina Editore, 2000. p. 1-9.

⁴³⁷ LAFAVE, W.; ISRAEL, J. H.; KING, N. J. *Criminal procedure*. 4th. ed. St. Paul: Thomson West, 2004, p. 44-101.

⁴³⁸ SAMAHA, J. *Criminal procedure*. 6th. ed. Belmont: Thomson Wadsworth, 2005, p. 9.

⁴³⁹ *Ibidem*.

⁴⁴⁰ *Ibidem*.

⁴⁴¹ LAFAVE, W.; ISRAEL, J. H.; KING, N. J. *Ibidem*.

⁴⁴² A única exceção é a exigência de acusação feita por um Tribunal do Júri de investigação (*grand jury*) para a

persecução penal de crimes *capitais* ou *infamantes* (V Emenda), que é inaplicável aos Estados Federados por força da decisão proferida pela Suprema Corte no caso *Hurtado v. California*.

⁴⁴³ Entretanto, a SCOTUS expressamente deixou de incorporar o direito à acusação (*indictment* ou *presentment*) feita por um Tribunal do Júri de investigação, ou *grand jury* (V Emenda). No que concerne ao direito ao julgamento por Conselho de Sentença, composto por cidadãos do Estado e Distrito da consumação do crime (VI Emenda), e a proibição de fiança e multa excessivas (VIII Emenda) não foram expressamente incorporados, nem afastados.

É lícito afirmar que o devido processo legal pressupõe um processo penal garantista.⁴⁴⁴ Ou seja, que respeite os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos e que tenha seu desfecho em prazo razoável.⁴⁴⁵

No plano convencional, a noção de *fair trial*, plasmada no artigo 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, encontra paralelo no artigo 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos,⁴⁴⁶ pressupõe o respeito aos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, submetidos ao Processo Penal.

Evidentemente, tais, delineados no plano convencional e constitucional, devem ser observados durante a fase das investigações preliminares (p.ex., investigação direta pelo Ministério Público, inquéritos policiais etc.). E, pelos agentes encarregados das agências de persecução, incluindo-se as forças policiais (tanto as que conduzem investigações quanto

aquelas que atuam no policiamento ostensivo).

No que diz respeito à busca pessoal, é correto afirmar que as forças policiais, que estão nas ruas, precisam dar o exemplo, sob pena de a população desacreditar em sua atuação. E, caso não o façam, é imperioso que o Poder Judiciário dê a resposta adequada, anulando elementos de prova, colhidos de modo arbitrário/autoritário.

Como sobredito alhures, a busca pessoal no Brasil possui enorme imprecisão conceitual, ficando, em verdade, ao alvedrio/arbítrio da autoridade que a realiza. E, infelizmente, pode se degenerar em abuso, que é crime, conforme leciona Espínola Filho.⁴⁴⁷

A doutrina, faz tempo, se debruça sobre o tema. E, anota a excepcionalidade da busca pessoal, como fez Câmara Leal,⁴⁴⁸ bem como sua extrema necessidade, ou seja, uma espécie de *ultima ratio*.⁴⁴⁹

⁴⁴⁴ Referimo-nos, aqui, à Filosofia Garantista ou Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli. Aduz o italiano que o modelo garantista, impõe parâmetros de racionalidade, de justiça e de legitimidade na intervenção penal (FERRAJOLI, L. *Diritto e ragione: Teoria del garantismo penale*. 7ª. ed. Roma: Laterza, 2002, p. 891).

⁴⁴⁵ Como o tempo, ou melhor, sua passagem, é inerente à noção de processo, não se está a sustentar um transcurso relâmpago, pois a defesa precisa de tempo para ser exercida. No sentido do texto, veja-se a lição de Aury Lopes e Gustavo Badaró: “Ressalte-se, porém, que o direito a um julgamento no prazo razoável não pode ser entendido, simplesmente, como o direito a um processo que busque a celeridade processual a qualquer custo. Ou seja, o processo no prazo razoável não é o processo em sua celeridade máxima. Para se respeitar o direito ao processo no prazo razoável, a busca de celeridade não pode violar outras garantias processuais como a ampla defesa e o direito de a defesa possuir o tempo necessário para seu exercício adequado” (LOPES JR., A.; BADARÓ, G. H. *Direito ao processo penal no prazo*

razoável. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 44).

⁴⁴⁶ O Decreto nº. 678, de novembro de 1992, promulgou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.

⁴⁴⁷ Adverte o processualista que, embora haja alguma discricionariedade na busca pessoal, não se a confunde com “(...) com o abuso e o excesso de poder, pelo qual responde, até criminalmente, a autoridade que se exorbita” (ESPÍNOLA FILHO, E. *Código de Processo Penal brasileiro anotado, vol. III*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960, p. 204).

⁴⁴⁸ Eis as suas palavras: “(...) dada a inviolabilidade da liberdade pessoal, a busca só poderá ser concedida em casos especiais, expressamente definidos em lei, e sem um legítimo motivo legal, devidamente comprovado, não se permite a busca e apreensão” (LEAL, A. L. C. *Comentários ao Código de Processo Penal brasileiro, vol. I*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942, p. 92).

⁴⁴⁹ Assim se manifestou João Mendes de Almeida Júnior: “(...) a regra, neste caso, é sempre a extrema

Hodiernamente, não é diferente.

Gustavo Badaró assevera, com razão, após criticar a fundada suspeita, que se está diante de uma situação a espelhar “(...) estado subjetivo, cuja demonstração não tem um referencial concreto seguro”.⁴⁵⁰

Em verdade, deixa-se, na prática, ao subjetivismo da autoridade (policia), que realiza a busca pessoal, a aferição, no caso concreto, da existência da “fundada suspeita”. E, evidentemente, pode se estar diante de ato arbitrário.⁴⁵¹

Trata-se de cânone equívoco, a legitimar critério subjetivo de execução da medida que, a toda evidência, tem o potencial de violar liberdades públicas.⁴⁵²

Nos EUA, como vimos, desde a década de 60, ao ensejo da constitucionalização do Processo Penal norte-americano, a SCOTUS impôs limites às buscas. Entretanto, por óbvio, não as vedou.

A questão fulcral encontra-se na proteção conferida pela IV Emenda,⁴⁵³ ou melhor, na interpretação dessa proteção. É dizer: em que situações o Estado está autorizado a invadir a esfera de direitos individuais dos cidadãos, realizando buscas (pessoais)?

necessidade, máxime nos casos que pedem a maior reserva e o emprego de meios intermediários que a decência e as suscetibilidades legítimas impõem” (ALMEIDA JÚNIOR, J. M. *O processo criminal brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 70).

⁴⁵⁰ BADARÓ, G. H. *Processo penal*. 7ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 516.

⁴⁵¹ No sentido do texto, PITOMBO, C. A. V. B. *Op. cit.*, p. 137.

⁴⁵² No sentido do texto, porém falando, mais especificamente, em eventual violação à intimidade, veja-se PITOMBO, C. A. V. B. *Op. cit.*, p. 128.

⁴⁵³ “The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be

Como anotam Ronald Jay Allen e outros, a IV Emenda “(...) *plays two key roles in the American legal order*”.⁴⁵⁴

O primeiro papel fundamental é o de proteção da privacidade e, o segundo, diz respeito não aos interesses tutelados, mas, sim, à regulação dos atores envolvidos. Ou seja, a proteção da IV Emenda aplica-se a todos os agentes governamentais, “(...) *but it is almost always enforced against police officers*”.⁴⁵⁵

Historicamente, há certo consenso, no sentido de que a IV Emenda teria se originado a partir de dois casos na Inglaterra e um nas colônias (atual EUA), mais precisamente na colônia de Massachusetts, no século XVIII.⁴⁵⁶

Como se nota, numa primeira mirada, a tessitura do texto em comento (IV Emenda) é aberta e imprecisa, ao condicionar as buscas à *probable cause*. Ou seja, a uma causa provável para tanto.

A rigor, é correto afirmar que a jurisprudência norte-americana sempre teve dificuldades em configurar/definir o conceito de *probable cause*.⁴⁵⁷

Ab initio, nos EUA, é preciso distinguir duas situações diferentes, a

violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized” (Amendment IV).

⁴⁵⁴ ALLEN, R. J.; HOFFMANN, J. L.; LIVINGSTON, D. A.; LEIPOLD, A. D.; MEARES, T. L. *Comprehensive criminal procedure*. 5th. ed. New York: Wolters Kluwer, 2020, p. 315.

⁴⁵⁵ *Ibidem*, p. 315 e ss.

⁴⁵⁶ ALLEN, R. J.; HOFFMANN, J. L.; LIVINGSTON, D. A.; LEIPOLD, A. D.; MEARES, T. L. *Op. cit.*, p. 316 e ss.

⁴⁵⁷ No sentido do texto, com ampla citação jurisprudencial sobre o tema, confira-se: ALLEN, R. J.; HOFFMANN, J. L.; LIVINGSTON, D. A.; LEIPOLD, A. D.; MEARES, T. L. *Ibidem*, p. 449-460.

saber: *i) stop-and-frisk* e *ii) busca com mandado judicial (search and warrant)*.

Como afirmado, nossa análise circunscrever-se-á à primeira situação (*stop-and-frisk*).

No primeiro caso, “*stop-and-frisk*”, caso um policial suspeite (*reasonable suspicion*) que um indivíduo esteve, está ou está prestes a se envolver em alguma atividade criminosa, pode pará-lo. E, caso suspeite que o cidadão é perigoso e/ou porta uma arma, pode revistá-lo. Tal deve ocorrer de modo rápido e nas partes exteriores da vestimenta do indivíduo.

Trata-se de prática, como bem disseram Ronald Jay Allen e outros, de contexto “(...) *very familiar to the criminal process – the street encounter between a police officer and a citizen*”.⁴⁵⁸

O caso paradigma, que suporta tal medida, foi julgado pela SCOTUS em 1968.

Trata-se do case *Terry v. Ohio*⁴⁵⁹, julgado em momento político conturbado, pois se estava em plena Guerra do Vietnã (1959–1975), da qual os EUA participaram, ativamente, entre os anos de 1965 e 1973. E, como se não bastasse, em 1968, houve considerável

onda de tumultos e revoltas em diversas cidades norte-americanas, incluindo-se a capital (Washington DC), pela morte de Martin Luther King (em 04 de abril de 1968, em Memphis, no Tennessee).

É importante mencionar que, tradicionalmente, na Inglaterra, os policiais e os chamados vigilantes (ou vigias), eram autorizados a prender quem estivesse caminhando à noite, em atitude suspeita. A rigor, qualquer pessoa poderia fazê-lo.⁴⁶⁰

Antes do sobredito julgamento (*Terry v. Ohio*), realizou-se, nos EUA, no final dos anos 1930 e início dos 1940, estudo sobre a maneira como as prisões eram realizadas.

A consequência foi a elaboração do *Uniform Arrest Act*, que dentre outras medidas, autorizava a polícia a parar uma pessoa, por período não superior a duas horas, desde que houvesse razoável suspeita de cometimento de crime.

Autorizava, outrossim, busca pessoal, caso o policial suspeitasse que o indivíduo portava armas.⁴⁶¹

Alguns Estados norte-americanos adotaram, em 1941, o *Uniform Arrest Act*, p. ex., New Hampshire, sendo seguidos, em 1951,

two of which were “questioning and detaining suspects” and “searching suspects for weapons” (Warner, 1942, p. 317). Section 2 of the Uniform Arrest Act provided: “A peace officer may stop any person abroad whom he has reasonable ground to suspect is committing, has committed or is about to commit a crime. The total period of detention provided for by this section shall not exceed two hours” (Warner, 1942, pp. 320–321). Additionally, Section 3 of the Act stated that an officer was permitted to conduct a “search for a dangerous weapon ... whenever he has reasonable ground to believe [a person stopped or detained for questioning] ... possesses a dangerous weapon” (Warner, 1942, p. 325)” (FRADELLA, H. F. e WHITE, M. D. Op. cit., p. 46-47).

⁴⁵⁸ *Ibidem*, p. 550.

⁴⁵⁹ 392 US 1 (1968).

⁴⁶⁰ FRADELLA, H. F.; WHITE, M. D. Reforming stop-and-frisk. *Criminology, Criminal Justice, Law & Society*, v. 18, n. 03, p. 45-65, 2017.

⁴⁶¹ “In 1939, the Interstate Commission on Crime authorized a study to examine how arrests were made across the United States. The study examined the feasibility of creating a model law that states could adopt to harmonize arrest practices across the country and to bring the actions of police into alignment with constitutional standards (Warner, 1942). Once drafted, that model law became known as the Uniform Arrest Act. Its provisions dealt with nine types of police-initiated contacts with citizens, the first

por Delaware.⁴⁶² Entretanto, outros Estados, posto que autorizando o *stop-and-frisk*, adotaram modelos diversos. Tal fato levou a variações consideráveis sobre os critérios que permitiriam a busca pessoal.⁴⁶³

Finalmente, em 1968, a SCOTUS proferiu três importantes julgamentos sobre o tema nos casos *Terry v. Ohio*, *Sibron v. New York*⁴⁶⁴ e *Peters v. New York*⁴⁶⁵ (os dois últimos complementares ao primeiro).

A SCOTUS procurou estabelecer parâmetros constitucionais, sob a égide da IV Emenda, legitimadores da busca pessoal, pela polícia. Ou seja, do ato de parar e revistar um cidadão.

Na conformidade do acima mencionado, o caso paradigma é o *Terry v. Ohio*.

Nele, o policial McFadden, um veterano (com 39 anos nas fileiras policiais, em Cincinnati), notou que dois indivíduos (Terry e Chilton) iam e voltavam, pela mesma rota, alternadamente, observando a mesma vitrine de uma joalheria. Fizeram esse movimento por 24 vezes (a questão fática é importante para o entendimento). Ao terminarem uma rota, juntavam-se a um terceiro indivíduo (Katz). E, conversavam. Ato contínuo, Katz saía rapidamente.

Vislumbrando *reasonable suspicion*, ou seja, suspeitando que praticariam um roubo, McFadden os

seguiu e, quando se juntaram a Katz a alguns quarteirões de distância, em frente a uma loja, o primeiro se identificou como policial, perguntando seus respectivos nomes. Eles murmuraram algumas palavras e McFadden revistou Terry, tendo encontrado uma arma que não conseguiu apreender. O policial ordenou, então, que os três entrassem numa loja. Ao revistar as roupas, McFadden encontrou, no bolso externo do sobretudo de Chilton, uma arma. Gize-se que ele só fez isso após perceber a arma. Os três foram então encaminhados à delegacia e acusados de portar/transportar armas escondidas (ilegalmente).

No caso (*Terry v. Ohio*), o ponto nodal decidido pela SCOTUS foi no sentido de que a parada (*stop*) de uma pessoa se justifica, sempre de modo apropriado e em condições apropriadas, diante de um comportamento possivelmente criminoso, mesmo que não haja razões para efetuar prisão (*probable cause to arrest*). E a posterior revista (*frisk*), não precisa estar amparada na certeza de que o revistado está armado. Seria necessário, tão somente, que, no caso concreto, um policial razoavelmente prudente supusesse que a sua segurança e/ou a de outros estivesse em risco.⁴⁶⁶

O ponto crucial do caso reside no fato da existência (ou não) de

protection of the police officer, where he has reason to believe that he is dealing with an armed and dangerous individual, regardless of whether he has probable cause to arrest the individual for a crime. The officer need not be absolutely certain that the individual is armed; the issue is whether a reasonably prudent man, in the circumstances, would be warranted in the belief that his safety or that of others was in danger”.

⁴⁶² *Ibidem*, p. 47.

⁴⁶³ *Ibidem*, p. 47.

⁴⁶⁴ 392 US 40 (1968).

⁴⁶⁵ 392 US 40 (1968).

⁴⁶⁶ Eis, a propósito, as palavras do Chief Justice Earl Warren: “There must be a narrowly drawn authority to permit a reasonable search for weapons for the

justificativa na ação, de parar e, posteriormente, revistar Terry, pelo policial (McFadden), violando seus direitos.

Trata-se de equação de hercúleo balanceamento e que, ao que parece, não foi balanceada.

Com efeito, os que são favoráveis aduzem que: *i*) há interesse estatal em investigar crimes e *ii*) o policial não sabe se a pessoa está armada (ou não), quando a aborda, e não seria aceitável que o policial, ou outra pessoa, viessem a ser vitimados (o que seria evitado, caso se realizasse a revista). Os partidários dessa corrente aduzem, evidentemente, que a ação do policial deveria ser justificada, mas não fornecem critérios. A rigor, fica ao talento do caso concreto.

Noutro giro, há crítica no sentido de que a *stop-and-frisk*, se realizada indiscriminadamente, pode: *i*) levar à violação sistemática das liberdades públicas e *ii*) degenerar-se em abuso policial, notadamente contra pretos e pobres.

O Manual da Polícia de Nova York, elaborado pós-*Terry v. Ohio* e seguindo suas diretrizes, aduz que um policial só pode parar um cidadão se houver suspeita razoável (“*reasonable suspicion*”) de que ele cometeu, ou está prestes a cometer, um crime. Não basta o mero palpite (“*hunch*”) de que a pessoa está fazendo algo errado. Ou seja, a medida invasiva deve estar

amparada em fatos específicos que a justifiquem.⁴⁶⁷

Segundo o Manual, mesmo que o policial receba delação anônima de que determinada pessoa porta uma arma, não poderá proceder ao *stop-and-frisk*, salvo se ele observar, por si mesmo, algum comportamento suspeito. Ou seja, as duas conjunturas (delação anônima e comportamento suspeito), por ele observadas, devem estar presentes.⁴⁶⁸

Interessante ressaltar que a revista não pode ser feita no corpo inteiro, pois “*It is only a self-protective procedure which is utilized to feel for weapons.*”⁴⁶⁹

Ainda segundo o Manual, quando a revista é concluída e os temores do policial são abrandados, ele não pode continuar a revista.⁴⁷⁰ Ou seja, o aspecto temporal é fator importante.

Nessa toada, no caso *Rodriguez v. United States* (de 2015)⁴⁷¹, a SCOTUS entendeu que houve excesso do policial, pois, após o *Terry stop*, ele colocou seu cão para cheirar/revistar o suspeito, excedendo o tempo razoável de parada. No caso, ao parar um suspeito num veículo o normal/típico seria: “*(...) such inquiries involve checking the driver’s license, determining whether there are outstanding warrants against the driver, and inspecting the automobile’s registration and proof of insurance*”. Segundo a decisão não unânime⁴⁷², que citou os precedentes *Caballes* e

⁴⁶⁷ KAMINS, B. *New York City Police Department patrol guide manual*. Charlottesville: LexisNexis, 2006, p. xxi.

⁴⁶⁸ *Ibidem*, p. xxi.

⁴⁶⁹ *Ibidem*, p. xxi.

⁴⁷⁰ *Ibidem*, p. xxi.

⁴⁷¹ 135 S. Ct. 1609 (2015).

⁴⁷² Frise-se que os *Justices* Anthony Kennedy e Samuel Alito discordaram. O *Justice* Alito, após defender a conduta do policial que, inclusive, esperou reforço para proceder ao *sniff dog*, disse que: “*It is unlikely to have any appreciable effect on the length of future traffic stops*”.

Johnson, porém demonstrando a diferença entre elas e o caso Rodriguez, um policial pode realizar verificações ao parar um indivíduo num veículo, mas por tempo razoável, à míngua da existência de suspeita razoável que justifique sua detenção.⁴⁷³

É importante mencionar que a possibilidade de revistar (*frisk*) um suspeito, não está ligada ao direito de pará-lo (*stop*). Ou seja, uma não decorre, automaticamente, da outra. É preciso que haja fundada suspeita de que o suspeito porta uma arma. A única exceção ocorre caso haja suspeita de que o indivíduo tenha cometido um crime violento.⁴⁷⁴

Note-se que nem estar na cena de um crime justifica, igualmente, uma revista, mesmo que o policial tenha, por exemplo, parado um indivíduo por ter cometido uma infração de trânsito, como explicitado acima.⁴⁷⁵

Desde o início dos anos 1980, sob o manto da IV Emenda e do *Terry case*, houve notável expansão das práticas de parar e revistar.

No Brasil, as revistas sempre se mostraram, igualmente, como práticas corriqueiras, notadamente entre os mais vulneráveis.

2. NA FALTA DE CRITÉRIOS, UM QUÊ DE RACISMO.

Ficou claro que ambos os modelos de busca pessoal (EUA e Brasil) carecem de critérios objetivos e claros. E, na falta deles, cresce a discricionariedade e o arbítrio.

Como bem assinalaram Vincent F. Sacco e Leslie W. Kennedy, “*The discretionary aspects of policing strongly affect which events will be targeted and acted on. No group is more influential than the police in designating crime events*”.⁴⁷⁶

A rigor, sempre que um fato, supostamente criminoso, chama a atenção das forças policiais, sua autoridade é invocada, visando a justificar sua intervenção. Nessa situação, certo grau de discricionariedade aparece.⁴⁷⁷ E, com a busca pessoal, isso não é diferente.

Lamentavelmente, a sociedade brasileira, de um modo geral, não acredita na polícia.⁴⁷⁸

Nos EUA, a situação não é muito diferente.

Ainda colônia inglesa, no século XVII, não havia uma polícia organizada.

⁴⁷³ Eis o trecho da decisão: “*An officer, in other words, may conduct certain unrelated checks during an otherwise lawful traffic stop. But contrary to Justice Alito’s suggestion, post, at 4, n. 2, he may not do so in a way that prolongs the stop, absent the reasonable suspicion ordinarily demanded to justify detaining an individual*”.

⁴⁷⁴ KAMINS, B. *Op. cit.*, p. xxii.

⁴⁷⁵ *Ibidem*, p. xxii.

⁴⁷⁶ SACCO, V. F.; KENNEDY, L. W. *The criminal event: An introduction to Criminology*. Belmont: Wadsworth Publishing Company, 1996, p. 28.

⁴⁷⁷ No sentido do texto, Sacco e Kennedy: “*When an event comes to their attention, the police may invoke*

a wide array of discretionary powers (for example, collecting evidence, investigating the claims of the victim(s), and arresting the offender or offenders). In short, the police have the power to “certify” an event as a crime by assessing the match between the event as they understand it and their working knowledge of what the law disallows” (*Op. cit.*, p. 29).

⁴⁷⁸ Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2013/11/05/confianca-na-policia-cai-proxima-a-de-partidos-no-pais.htm>. Acesso em: 25 de abr. 2023.

Havia, sim, dois sistemas de aplicação da lei.

O primeiro, em linhas gerais, era baseado no controle interno, dentro de uma pequena comunidade, onde todos se conheciam e/ou tinham grau de parentesco. Logo, seria fácil identificar e punir um criminoso. Esse sistema funcionou bem nos medievos, antes do crescimento populacional/urbanização nas cidades.

O segundo, de caráter suplementar, era baseado na “(...) *traditional English structure of local courts and government*.”.⁴⁷⁹ Nele, a aplicação das normas penais “(...) *was the duty of sheriffs and local constables, aided at their request by anyone within earshot of a call for assistance*.”.⁴⁸⁰

Os anos se passaram e a América do Norte colonial experimentou considerável avanço, passando de uma sociedade primitiva a uma complexa.

Evidentemente, nessa toada, surgiram os problemas da urbanização e do crescimento populacional.⁴⁸¹ Isso fez com que “*Law enforcement, like the law itself, became more formal and more in accord with English models*.”.⁴⁸²

No século XVIII, em 1776, houve a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, com a rebelião das antigas colônias inglesas.

Formou-se, então, uma nova nação, baseada nos princípios do Iluminismo.⁴⁸³ E, nessa linha, vieram novas maneiras de lutar contra os seculares problemas do sistema de administração da justiça criminal.⁴⁸⁴

Importante mencionar que o século XVIII foi um momento de desenvolvimento dos direitos processuais dos acusados, como, p. ex., o direito a não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*).⁴⁸⁵

Com a Independência, os últimos vestígios do controle britânico sobre o Direito norte-americano foram expurgados. Mas, o domínio britânico cobrou seu preço, e se observaram suspeitas/desconfianças na autoridade do Executivo (do governo).

A rigor, somente após 1789 se pode falar num efetivo governo nacional.

De todo modo, a reforma na seara penal, que caminhava a passos de cágado, era “(...) *an immediate need to protect the individual rights of the people against governmental oppression*.”.⁴⁸⁶

No final do século XIX/início do século XX, os EUA eram um País com grande parque industrial, urbanizado e densamente povoado. Isso incluía muitos imigrantes, cujos valores conflitavam com a cultura anglo-saxã protestante. Esse cenário produziu uma sensação de incerteza e desordem. Tal

⁴⁷⁹ JOHNSON, H. A.; WOLFE, N. T. *History of criminal justice*. 3rd ed. Cincinnati: Anderson Publishing, 2003, p. 123-129.

⁴⁸⁰ *Ibidem*, p. 126.

⁴⁸¹ Herbert Alan Johnson e Nancy Travis Wolfe aduzem: “*American colonial development in the seventeenth century was extraordinarily rapid, moving by 1700 from primitive settlement conditions to a complex society experiencing some of the ills of overpopulation and urbanization*” (*Op. cit.*, p. 130).

⁴⁸² JOHNSON, H. A.; WOLFE, N. T. *Op. cit.*, p. 131.

⁴⁸³ *Ibidem*, p. 154.

⁴⁸⁴ Relatam Nancy Travis Wolfe e Herbert Alan Johnson que: “*The new group of independent states and the federal government were soon to provide the world with ample cause to admire American ingenuity and inventiveness in dealing with the age-old problems of criminal justice*” (*Op. cit.*, p. 154).

⁴⁸⁵ *Ibidem*, p. 164.

⁴⁸⁶ *Ibidem*, p. 173.

fez com que se clamasse por uma intervenção governamental mais aguda na repressão aos delitos. Isso porque a população acreditava que havia uma epidemia de crimes.⁴⁸⁷

Essa agitação chegou ao ponto de fazer com que Samuel Untermyer, um prestigiado advogado, pedisse a abolição das IV e V Emendas da Constituição dos EUA.⁴⁸⁸

Criou-se, *in casu*, “(...) a tough law-and-order atmosphere and nourished a growing police that continued from the 1920s through the 1950s (Walker 1980)”.⁴⁸⁹

Ressalta Lewis R. Katz que a intrusão governamental na vida privada e os correlatos aspectos envolvendo más condutas policiais não datam de agora. Ao contrário, tem mais de duzentos anos, remontando ao fim do domínio britânico e à formação dos EUA.⁴⁹⁰

Alex Vitale faz interessante estudo histórico sobre a polícia, desde a escravidão até a modernidade, demonstrando que, mesmo com as reformas, o policiamento tem falhado na manutenção da segurança dos cidadãos.⁴⁹¹

Essa falha, infelizmente, atinge de modo mais impiedoso os pretos.

Com efeito, no início dos anos 90, em Los Angeles, quatro policiais brancos, que mataram um motorista preto (Rodney King, em 1991), foram absolvidos. Tal fato gerou a revolta de 1992, que vitimou 50 pessoas e deixou mais de 2.000 feridas.⁴⁹²

Recentemente, em maio de 2020, a morte de George Floyd desencadeou nova onda de reflexões e revolta.⁴⁹³

Jamelia Morgan critica a *Terry doctrine* e o uso de força excessivo pela polícia contra minorias, com ampla citação doutrinária, destacando a questão racial dentro do sistema de administração de justiça criminal dos EUA, notadamente no que diz respeito à atividade policial.⁴⁹⁴ Destacou, ainda, a ação discriminatória da polícia, com o uso de força excessiva, contra pessoas pobres e pretas, produzindo uma criminalização em massa dessa parcela da população.⁴⁹⁵

A autora destaca ainda que o viés racista e autoritário das forças policiais, contra os desfavorecidos e afro-americanos, é uma forma de controle social, na medida em que as pessoas suspeitas/perigosas seriam elas.⁴⁹⁶

⁴⁸⁷ No sentido do texto, SAMAHA, J. *Op. cit.*, p. 8.

⁴⁸⁸ *Ibidem*.

⁴⁸⁹ *Ibidem*.

⁴⁹⁰ KATZ, L. R. Reflections on search and seizure and illegally seized evidence in Canada and the United States. *Canada-United States Law Journal*, v. 3, p. 103-138, 1980.

⁴⁹¹ VITALE, Alex S. *The end of policing*. Nova York: Verso, 2017.

⁴⁹² Disponível em: <<https://www.cnn.com/2013/09/18/us/los-angeles-riots-fast-facts/index.html>>. Acesso em: 10 jul. 2022.

⁴⁹³ Disponível em: <<https://www.cnn.com/2021/05/23/health/george->

[floyd-death-anniversary-coping-wellness/index.html](https://www.cnn.com/2021/05/23/health/george-floyd-death-anniversary-coping-wellness/index.html)>. Acesso em: 10 jul. 2022.

⁴⁹⁴ MORGAN, J. Disability’s Fourth Amendment. *Columbia Law Review*, v. 122, n. 2, p. 489-580, 2022.

⁴⁹⁵ *Ibidem*, p. 496. Como se não bastasse, baseada no estudo de Devon Carbado, aduz: “Beyond this, critical race theorists have documented the manner in which policing and legal doctrine construct racialized suspicion while at the same time omitting consideration of the experiences of racial minorities as policed subjects in Fourth Amendment jurisprudence”. *Ibidem*, p. 497.

⁴⁹⁶ *Ibidem*, p. 511.

A toda evidência, a violência policial se faz mais presente contra a população pobre e preta.

Em interessante estudo sobre a polícia de Nova York, abrangendo o período de 1975 até 1996, mais precisamente sobre policiais que foram demitidos (ou aposentados/retirados) das fileiras policiais por má conduta, incluindo-se, aqui, a violência policial, James J. Fyfe e Robert Kane demonstram que os baixos números encontrados, devem-se, dentre outras razões, à dificuldade na prova de tais brutalidades.⁴⁹⁷

É importante repisar que a violência policial e a consequente desconfiança da população, notadamente os pretos e pobres, nas forças policiais, estão umbilicalmente ligadas à questão racial.

Nessa toada, atestam Sacco e Kennedy que “*In a study of police responses to interpersonal violence, Smith (1987) found that police officers are less likely to employ solutions in situations that involve African-American (...)*”.⁴⁹⁸ Ou seja, a polícia “lava as mãos”.

No Brasil, não é muito diferente.

É correto afirmar que o aparelho repressivo policial age de modo mais duro contra a população preta e pobre. E isso inclui a busca pessoal.

Na obra “Bala perdida: A violência policial no Brasil e os desafios para sua superação” essa situação é muito bem retratada.⁴⁹⁹

Mas, por que isso ocorre?

Pensamos que duas ordens de fatores, umbilicalmente ligados, podem ajudar a explicar.

O primeiro seria o racismo, existente tanto nos EUA quanto aqui, em *terrae brasilis*.

O racismo é, em apertada definição, a discriminação, o preconceito e a exclusão social de pessoas com base na cor de sua pele.⁵⁰⁰ E, deita suas raízes desde muito tempo.

Como bem assevera Djamilia Ribeiro, logo na introdução do seu “Pequeno manual antirracista”, “(...) É fundamental trazer a perspectiva histórica e começar pela relação entre escravidão e racismo, mapeando suas consequências”.⁵⁰¹

A autora aduz, com razão, que a Constituição do Império (de 1824) garantia a educação para todos, mas os pretos escravos não a podiam frequentar.⁵⁰²

Na segunda metade do século XX, Florestan Fernandes conduziu importante estudo em que concluiu que, ainda nos anos de 1970, a população negra estava submetida a importante exclusão social, iniciada pós-abolição.

⁴⁹⁷ Disponível em: <<https://www.ojp.gov/pdffiles1/nij/grants/215795.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2022.

⁴⁹⁸ Sacco e Kennedy, *Op. cit.*, p. 65.

⁴⁹⁹ KUCINSKI, B. *et alii*. *Bala perdida: A violência policial no Brasil e os desafios para sua superação*. São Paulo: Boitempo, 2015.

⁵⁰⁰ Silvio Almeida define o racismo como “(...) uma forma sistemática de discriminação que tem a raça como fundamento, e que se manifesta por meio de

práticas conscientes ou inconscientes que culminaram em desvantagens ou privilégios para indivíduos, a depender do grupo racial ao qual pertencam” (ALMEIDA, S. L. *O que é racismo estrutural*. Belo Horizonte: Letramento, 2018, p. 25).

⁵⁰¹ RIBEIRO, D. *Pequeno manual antirracista*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 9.

⁵⁰² *Ibidem*.

E, imbricada a essa exclusão, vem o racismo.

Com bem salienta Silvio Luiz de Almeida, o racismo possui cariz sistêmico. Ou seja, não é um ato discriminatório apenas (ou um conjunto deles), como, p. ex., uma abordagem policial de um preto. Trata-se, em verdade, “(...) de um processo em que condições de subalternidade e de privilégio que se distribuem entre grupos raciais se reproduzem nos âmbitos da política, da economia e das relações cotidianas”.⁵⁰³

Evidentemente, numa sociedade racista as instituições, que materializam a estrutura social vigente também o serão.⁵⁰⁴ E não seria diferente com a polícia, enquanto instituição.

O segundo reside no fato de que a cultura⁵⁰⁵ policial ainda está impregnada de forte cariz autoritário.

Com efeito, Alex Vitale aduz que a cultura policial, nos EUA, apresenta forte componente racial. Eis as suas palavras: “*This form of policing is based on a mindset that people of color commit more crime and therefore must be subjected to harsher police tactics.*”.⁵⁰⁶

⁵⁰³ ALMEIDA, S. *Op. cit.*, p. 27.

⁵⁰⁴ *Idem*, p. 36.

⁵⁰⁵ Há diversos conceitos de cultura. A propósito, veja-se: “(...) it (culture) denotes an historically transmitted pattern of meanings embodied in symbols, a system of inherent conceptions expressed in symbolic forms by means of which men communicate, perpetuate, and develop their knowledge about and attitudes toward life” (GEERTZ, C. *The interpretation of cultures: Selected essays*. New York: Basic Books, 1973, p. 12). Ou, como diz Edgar Schein: “*The culture of a group can now be defined as a pattern of shared basic assumptions that the group learned as it solved its problems of external adaption and internal integration, that has worked well enough to be considered valid and, therefore, to be taught to new members as the*

No mesmo sentido, em interessante trabalho monográfico, com ampla colheita de dados, Eugene A. Paoline demonstra que tanto os policiais que estão na rua quanto os que estão em trabalhos de supervisão, ou seja, administrativos, se valem desse caldo cultural para legitimar o uso da força.⁵⁰⁷

No Brasil, os dados sobre a violência policial contra a população preta são expressivos.⁵⁰⁸

Em importante estudo, a Rede de Observatórios de Segurança, após mapear diversos estados brasileiros, concluiu que a população preta é o principal alvo da polícia.⁵⁰⁹

3. CRITÉRIOS PARA A REALIZAÇÃO DA BUSCA PESSOAL: NAS PEGADAS DE UMA TENTATIVA DE SISTEMATIZAÇÃO.

É correto afirmar, a essa altura, que tanto no Brasil quanto nos EUA, não há critérios precisos e/ou seguros para se determinar quando um indivíduo pode ter seus direitos violados por uma busca pessoal.

Com efeito, nos EUA, para que se conduza “(...) a search or a seizure within the meaning of the Fourth Amendment is

correct way to perceive, think, and feel in relation to those problems” (SCHEIN, E. H. *Organizational culture and leadership*. San Francisco: Josey Bass Publishers, 1992, p. 12).

⁵⁰⁶ VITALE, A. *Op. cit.*, p. 08.

⁵⁰⁷ PAOLINE, E. A. *Attitudes of police: Implications for police culture*. Ann Arbor: UMI, 2000, p. 197.

⁵⁰⁸ Disponível em: <<https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2021/11/20/negros-tem-4-vezes-mais-chance-de-sofrer-violencia-policial-do-que-brancos-nas-abordagens.ghtml>>. Acesso em: 23 abr. 2023.

⁵⁰⁹ Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/brasil/estudo-revela-que-pessoas-negras-sao-principal-alvo-da-policia/>>. Acesso em: 23 abr. 2023.

probable cause.”⁵¹⁰ Ou seja, exige-se causa provável que é um *standard* probatório impeditivo (ao menos em tese) de arbitrios.

Entretanto, em *Terry v. Ohio* a SCOTUS, entendendo haver intervenções menos invasivas do que uma busca completa (p. ex., parar um veículo suspeito), criou o *standard* da suspeita razoável (*reasonable suspicion*). Nas palavras de Worrall, “(...) *something below probable cause but above a hunch*”.⁵¹¹

Nada mais nebuloso.

Ronald Jay Allen e outros, coonestando opinião majoritária, lecionam que no *Terry case* não se estabeleceu o padrão da suspeita razoável para aplicação em outros casos. E, que, assim como a *probable cause* (da IV Emenda), a suspeita razoável não tem precisão conceitual.

Os casos deveriam, então, ser decididos considerando todas as circunstâncias relativas aos *cases* que envolvam a IV Emenda.⁵¹² Ou seja, caso a caso.

No Brasil, nada muito distante.

Isso porque a fundada suspeita tem sido usada de modo arbitrário, a justificar buscas exploratórias baseadas, não raro, na cor da pele.

Nada mais racista.

Aliás, manifestação inequívoca de racismo estrutural.⁵¹³

Sob o aspecto prático, a primeira solução que se pode alvitar é o uso de câmeras pelos policiais, medida já existente nos EUA e alguns Estados brasileiros.

O próprio Superior Tribunal de Justiça defendeu seu uso, ao ensejo do julgamento do HC nº. 598.051-SP.⁵¹⁴

Mas, não é só.

O ideal seria que cada policial, antes de fazer uma abordagem, justificasse, para que ficasse gravado/filmado, quais fatos concretos ensejaram sua suspeita.

Assim, por exemplo, a suspeita teria se dado pelo fato de os vidros de determinado carro serem escuros, e/ou os ocupantes do veículo não os terem aberto e acendido a luz interna, ou, ainda, o veículo, a princípio, por avarias, não estaria em condições de trafegar.

Gize-se que são apenas exemplos.

Entretanto, o mais importante seria o policial deixar registrado o motivo de sua suspeição. E, como se não bastasse, que a abordagem fosse realizada de modo condizente com os direitos humanos. Ou seja, educadamente.

Isso poderia contribuir para resgatar a confiança da população nas forças policiais.

Sob o viés social e racial, o problema é mais complexo. Isso,

⁵¹⁰ WORRALL, J. L. *Criminal procedure: From first contact to appeal*. 3rd ed. New Jersey: Pearson, 2010, p. 86.

⁵¹¹ *Ibidem*, p. 87.

⁵¹² Eis a lição: “*Though the majority opinion in Terry never used the phrase, “reasonable suspicion” has come to define the legal standard applied to Terry-style encounters. Like the probable cause standard, the “reasonable” or “articulable suspicion” standard*

has never been given a precise definition. It is yet another of those “consider-all-the-circumstances” inquires found throughout Fourth Amendment case law” (ALLEN, R. J.; HOFFMANN, J. L.; LIVINGSTON, D. A.; LEIPOLD, A. D.; MEARES, T. L. *Op. cit.*, p. 571).

⁵¹³ Sobre o racismo estrutural, por todos, ALMEIDA, S. L. *Op. cit.*, p. 36-40.

⁵¹⁴ STJ, 6ª Turma, HC 598.051-SP, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe 15.03.2021.

porque, não raro, o preconceito é velado e/ou negado.

Como dizia Oscar Chase, o processo é um fenômeno cultural.⁵¹⁵

Tal afirmação pode ser estendida para a persecução penal como um todo, em que a busca pessoal é um incidente que pode ocorrer. E mudar a cultura é algo demorado e leva tempo. Anos de cultura autoritária não desaparecerão com uma canetada.

Seria necessária uma educação de todos, haja vista ser a polícia um reflexo da sociedade, que enfatizasse a necessidade de conferir eficácia concreta aos direitos e garantias fundamentais.

Nessa linha, os direitos humanos não podem ser usados, aqui e acolá, como alegorias, a adornar discursos vazios, justificadores de práticas autoritárias.

Entretanto, tal política, baseada na dignidade da pessoa humana e no primado dos direitos fundamentais, haveria de recuperar a confiança da sociedade na polícia.

Isso, porque os suspeitos, passíveis de busca pessoal (*stop-and-frisk*), não seriam, tão somente, os pretos e pobres.

Manifestando-se como *amicus curiae* no *Terry case*, a NAACP Legal Defense Fund advertiu para o risco de se legitimar a *stop-and-frisk* de modo indiscriminado, pois poderiam aumentar os casos de violência policial, notadamente entre os mais desfavorecidos e os pretos.

Alfim, “*Speaking bluntly, we believe that what the ghetto does not need is more stop and frisk*”.⁵¹⁶

Aliás, tal problema (sobre quem seriam os suspeitos) não passou despercebido pelo Chief Warren, ao ensejo do julgamento do caso *Terry v. Ohio*.⁵¹⁷

Gize-se, nessa toada, a posição do Justice Douglas que, após discordar da diferenciação realizada (entre *probable cause* e *reasonable suspicion*), afirmou que, em verdade, o que houve foi uma busca sem mandado. E, portanto, medida inconstitucional, à luz da IV Emenda.

A manifestação aduz ainda que, ao fim e ao cabo, o policial teria mais poder que um Juiz. E que coonestar a ação de McFadden seria um passo rumo ao totalitarismo.⁵¹⁸

É de se esperar, pois, que as buscas pessoais não mais sejam

⁵¹⁵ Ensina Oscar G. Chase que a maneira pela qual se resolvem os conflitos (e o processo penal é uma delas) é “(...) *the result of conscious and unconscious choices that are made within the constraints of the knowledge, beliefs, and social structure available to it*” (CHASE, O. G. *Law, culture, and ritual: Disputing systems in cross-cultural context*. New York: New York University Press, 2005, p. 1). Nessa toada, é, pois, correto afirmar que a busca pessoal, enquanto instrumento da persecução penal, também está submetida, como dissemos, a condicionantes culturais.

⁵¹⁶ MEARES, T. The law and social science of stop and frisk. *Annual Review of Law and Social Science*, v. 10, p. 335-352, 2014.

⁵¹⁷ Eis as suas palavras: “*We would be less than candid if we did not acknowledge that this question thrusts to the fore difficult and troublesome issues regarding a sensitive area of police activity—issues which have never before been squarely presented to this Court. Reflective of the tensions involved are the practical and constitutional arguments pressed with great vigor on both sides of the public debate over the power of the police to “stop and frisk”—as it is sometimes euphemistically termed— suspicious persons*”.

⁵¹⁸ “*To give the police greater power than a magistrate is to take a long step down the totalitarian path. Perhaps such a step is desirable to cope with modern forms of lawlessness. But if it is taken, it should be the*

focadas na população preta e que possuam critérios mais objetivos e verificáveis (via câmeras instaladas nas vestes dos policiais).

REFERÊNCIAS

- ALLEN, R. J.; HOFFMANN, J. L.; LIVINGSTON, D. A.; LEIPOLD, A. D.; MEARES, T. L. *Comprehensive criminal procedure*. 5rd ed. New York: Wolters Kluwer, 2020.
- ALMEIDA JÚNIOR, J. M. *O processo criminal brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.
- ALMEIDA, S.L. *O que é racismo estrutural*. Belo Horizonte: Letramento, 2018.
- BADARÓ, G. H. *Processo Penal*. 7^a. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.
- CHASE, O. G. *Law, culture, and ritual: Disputing systems in cross-cultural context*, New York: New York University Press, 2005.
- DINAMARCO, C. R. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I. São Paulo: Malheiros, 2001.
- ESPÍNOLA FILHO, E. *Código de Processo Penal Brasileiro anotado*, vol. III. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960.
- FERRAJOLI, L. *Diritto e ragione: Teoria del garantismo penale*. 7^a ed. Roma: Laterza, 2002.
- FRADELLA, H. F.; WHITE, M. D. Reforming stop-and-frisk. *Criminology, Criminal Justice, Law & Society*, v. 18, n. 3, p. 45–65, 2017.
- GEERTZ, C. *The interpretation of cultures: Selected essays*. New York: Basic Books, 1973.
- GIACOMOLLI, N. J. *O devido processo penal: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa*. 2^a. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- JOHNSON, H. A.; WOLFE, N. T. *History of criminal justice*. 3rd. ed. Cincinnati: Anderson publishing, 2003.
- KAMINS, B. *New York City Police Department patrol guide manual*. Charlottesville: LexisNexis, 2006.
- KATZ, L. R. *Reflections on search and seizure and illegally seized evidence in Canada and the United States*. *Canada-United States Law Journal*, v. 3, p. 103-138, 1980.
- LAFAVE, W.; ISRAEL, J. H.; KING, N. J. *Criminal procedure*. 4th. ed. St. Paul: Thomson West, 2004.
- LEAL, A. L. C. *Comentários ao Código de Processo Penal Brasileiro*, vol. I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942.
- LOPES JR., A.; BADARÓ, G. H. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. 2^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- MALAN, Diogo Rudge. *A sentença incongruente no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- MEARES, T. The law and social science of stop and frisk. *Annual Review of Law and Social Science*, v. 10, p. 335-352, 2014.
- MORGAN, J. Disability's Fourth Amendment. *Columbia Law*

deliberate choice of the people through a constitutional amendment". Interessante notar que o Justice William O. Douglas até admite que se adote o

padrão sugerido pela SCOTUS, de menor proteção aos direitos individuais, mas que isso deveria vir do povo, via emenda constitucional.

- Review. Vol. 122, n. 2, p. 489-580, 2022.
- PAOLINE, E. A. *Attitudes of police: Implications for police culture*. Ann Arbor: UMI, 2000.
- PITOMBO, C. A. V. B. *Da busca e da apreensão no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- RIBEIRO, D. *Pequeno manual antirracista*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.
- SACCO, V. F.; KENNEDY, L. W. *The criminal event: An introduction to Criminology*. Belmont: Wadsworth Publishing Company, 1996.
- SAMAH, J. *Criminal procedure*. 6th. ed. Belmont: Thomson Wadsworth, 2005.
- SCHEIN, E. H. *Organizational culture and leadership*. San Francisco: Josey Bass Publishers, 1992.
- UBERTIS, G. Modelli processuali e giusto processo. In: _____. *Principi di procedura penale europea: Le regole del giusto processo*. Milano: Raffaello Cortina Editore, 2000.
- VITALE, A. S. *The end of policing*. New York: Verso, 2017.
- WORRALL, J. L. *Criminal procedure: From first contact to appeal*. 3rd ed. New Jersey: Pearson, 2010.