

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL

PAULO CÉSAR CORRÊA BORGES

RENATA ALMEIDA DA COSTA

SORAIA DA ROSA MENDES

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

C929

Criminologias e política criminal [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Paulo César Corrêa Borges, Renata Almeida Da Costa, Soraia da Rosa Mendes – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-214-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Criminologias. 3. Política Criminal.
I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL

Apresentação

Uma vez mais o Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito tem a satisfação de apresentar em forma de publicação uma coletânea de textos representativos de algumas das teses desenvolvidas em seu XXV Encontro Nacional que, em 2016, teve como tema “Direito e Desigualdades: diagnósticos e perspectivas para um Brasil justo”.

O encontro, realizado na Universidade de Brasília – UnB, em uma parceria com o Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, o Centro Universitário do Distrito Federal – UDF e a Universidade Católica de Brasília - UCB, ocorreu entre os dias 6 a 9 de julho e, como era de se esperar, foi mais um momento especialmente rico no qual estudantes e professores construíram um espaço privilegiado de integração de várias instituições de ensino.

Os vinte e quatro textos que seguem foram objeto de intensos debates no Grupo de Trabalho “Política Criminal e Criminologia”, refletindo a atualidade de questões que envolvem o tema objeto de nosso GT ao redor do qual estiveram pesquisadores/as de todas as partes do país e de diferentes níveis de formação.

De um modo muito particular gostaríamos de registrar que, dos vinte e sete trabalhos aprovados, vinte e quatro deles contaram com a participação feminina em abordagens referentes a temas que giraram desde, v.g., a violência sexual e justiça de transição até, também por exemplo, os elementos punitivos na pós-modernidade e o direito penal do inimigo. Ou seja, pesquisas de conteúdo relevante, de caráter inovador, com grande potencial de impacto na área, visto traduzirem reflexões capazes de influir na forma como devem ser compreendidas diferentes perspectivas político-criminais e criminológicas.

O intercâmbio de experiências durante o GT certamente representou um acréscimo importantíssimo ao pensamento jurídico e ao Conpedi, como um irradiador da produção de conhecimento que tem sido há longos anos. Sendo imprescindível, portanto, agradecer a todos e todas os e as participantes por suas contribuições, sem as quais o êxito do GT como um todo não seria possível.

Brasília, julho de 2016.

Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges – Universidade Estadual Paulista/UNESP

Profa. Dra. Renata Almeida Da Costa – Centro Universitário La Salle - UniLaSalle

Profa. Dra. Soraia da Rosa Mendes – Instituto de Direito Público/IDP

ABORDAGEM POLICIAL SOB SUSPEITA: FILTRAGEM RACIAL NA “STOP AND FRISK” E CONTROLE JUDICIAL DAS PRÁTICAS POLICIAIS A PARTIR DOS CASOS TERRY V. OHIO E FLOYD V. CITY OF NEW YORK

STOP AND FRISK UNDER SUSPICION: RACIAL PROFILING AND JUDICIAL SCRUTINY OF POLICE ACTION BASED ON TERRY V. OHIO AND FLOYD V. CITY OF NEW YORK

Gisela Aguiar Wanderley ¹

Resumo

O artigo analisa a filtragem racial na “stop and frisk” (abordagem e revista policial) a partir dos casos Terry v. Ohio (1968) e Floyd v. New York (2013). Apresentam-se as diretrizes do caso Terry e as discussões sobre a “stop and frisk” como instrumento de repressão criminal. Ainda, debate-se o reconhecimento da inconstitucionalidade da prática da “stop and frisk” pelo NYPD entre 2004-2012 no caso Floyd. Argumenta-se que a obstaculização da filtragem racial e do racismo institucional exige alterações não só das práticas policiais, mas também das práticas judiciais de controle da atividade policial e garantia dos direitos civis.

Palavras-chave: Abordagem policial, Filtragem racial, Racismo institucional, Aplicação seletiva da lei, Controle judicial da atividade policial, Criminalização secundária

Abstract/Resumen/Résumé

The paper analyses racial profiling in stop and frisk based on Terry v. Ohio (1968) and Floyd v. City of New York (2013). The defense of stop and frisk as a tool of crime repression and of war on drugs is debated. Floyd ruling is then analysed, in which it was acknowledged that NYPD has implemented unreasonable and racially directed stops and frisks between 2004 and 2012. It is argued that judicial scrutiny plays a central role towards the reduction of institutional racism reproduced by police.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Stop and frisk, Racial profiling, Institutional racism, Selective enforcement, Judicial scrutiny of police action, Secondary criminalization

¹ Mestranda em Direito pela Universidade de Brasília (UnB), graduada em Direito pela Universidade de Brasília (UnB)

Introdução

Ao longo dos últimos quatro anos, a mídia internacional tem noticiado o alastramento de manifestações populares nos Estados Unidos da América (EUA) em virtude de repetidos casos de violência policial contra negros no país. Um dos primeiros casos que suscitaram protestos remonta a 2012, quando ocorreu o homicídio do jovem Trayvon Martin por um vigilante particular¹, o qual deu ensejo, inclusive, à criação do movimento Black Lives Matter. Na sequência, a morte do jovem negro Michael Brown, causada por disparos de arma de fogo realizados por um policial branco², o homicídio de Eric Garner por um policial, assim como outros casos similares³, voltaram a reacender os debates em torno da violência policial contra os negros nos EUA, levando milhares às ruas. Em 2015, em um dos casos de maior repercussão, a morte de Freddie Gray causou manifestações comparadas aos protestos do movimento negro pelo assassinato de Martin Luther King em 1968⁴.

Nesse ínterim, também alcançaram as páginas principais de vários periódicos os casos de abordagens policiais desarrazoadas a negros ocorridas nos EUA. Destacam-se os casos de Brandon McKean (abordado por um policial quando caminhava com as mãos no bolso em um dia de frio, o que estaria “deixando as pessoas nervosas”⁵) e de Chris Lollie (abordado por uma policial quando esperava, em espaço público, pela saída de seus filhos da escola⁶). Ambos registraram em vídeo a abordagem abusiva, que suscitou perplexidade nas redes sociais.

Embora tenha sido inflamada de modo proeminente após tais seguidos casos de violência policial contra negros, a problemática concernente à legitimidade da abordagem policial não é novidade no cenário jurídico-político estadunidense. Com efeito, desde a ratificação da Quarta Emenda à Constituição⁷, a Suprema Corte estadunidense⁸ tem capitaneado

¹ Reportagem disponível em: <nytimes.com/2013/07/15/us/george-zimmerman-verdict-trayvon-martin.html?pagewanted=3&r=0&hp>. Acesso em: 3/12/15.

² Reportagem disponível em: <usnews.com/news/articles/2014/12/01/ferguson-protests-snarl-streets-across-the-country>. Acesso em: 3/12/15.

³ Reportagem disponível em <huffingtonpost.com/2014/09/09/police-killings-since-michael-brown_n_5788412.html> Acesso em: 16/12/15.

⁴ Reportagem disponível em <cnn.com/2015/04/22/us/baltimore-freddie-gray-what-we-know/index> Acesso em: 18/12/15.

⁵ Reportagem disponível em <independent.co.uk/news/world/americas/man-stopped-by-police-officer-for-walking-down-the-street-with-his-hands-in-his-pocket-while-it-was-snowing-9895635> Acesso em 18/12/15.

⁶ Reportagem disponível em <dailymail.co.uk/news/article-2737992/Shocking-video-shows-moment-father-28-Tased-cops-refusing-waiting-kids-school.html>. Acesso em: 3/12/15.

⁷ A Quarta Emenda integra a Bill of Rights (1791) e determina: “O direito das pessoas de estarem seguras em suas pessoas, casas, documentos e propriedades em face de buscas e apreensões desarrazoadas não deve ser violado, e nenhum mandado deve o infringir, exceto quando calcado em causa provável, fundamentado por juramento, e descritos particularmente o local a ser investigado e as pessoas ou coisas a serem apreendidas” (tradução livre).

⁸ No presente trabalho, as citações das decisões prolatadas pela Suprema Corte dos EUA e pelas demais cortes estadunidenses seguirão o padrão estadunidense, consistente em citar o nome do caso e a referência bibliográfica,

discussões sobre as condições de validade da abordagem policial, buscando determinar limites e prerrogativas dos órgãos de *law enforcement*⁹.

A Quarta Emenda à Constituição dos EUA, é oportuno esclarecer já de plano, garante a proteção do indivíduo em face de buscas, detenções e apreensões desarrazoadas, e determina, em síntese, que buscas e apreensões realizadas em face do indivíduo, tanto sobre sua pessoa (corpo), como sobre seu patrimônio (propriedade móvel e imóvel), requerem mandado prévio, fundado em causa provável (*probable cause*)¹⁰. O mandado deve ser expedido por autoridade independente e imparcial¹¹, ao passo que a causa provável está configurada quando os fatos conhecidos pelo policial são por si sós suficientes para garantir a um indivíduo de razoável cautela que um crime determinado está sendo cometido¹². Assim, a exigência de causa provável é compreendida como uma garantia contra o abuso de autoridade, seja esta policial ou judicial.

A interpretação conferida à Quarta Emenda, contudo, foi objeto de mudanças significativas conforme as mudanças sociais, políticas, econômicas e mesmo tecnológicas vivenciadas desde a sua ratificação. Assim, em 1968, no auge de reivindicações do movimento negro por direitos civis e de debates públicos sobre repressão criminal, a Suprema Corte definiu, no precedente *Terry v. Ohio*¹³, um específico tipo de abordagem policial, chamada *stop and frisk* – caracterizada, em síntese, como uma breve e superficial revista coercitiva das vestes de um indivíduo –, cuja execução não necessitaria nem de mandado prévio, nem de causa provável, mas sim de requisitos menos rígidos vinculados ao parâmetro geral de razoabilidade.

Por outro lado, quase meio século depois, em 2013, a juíza Shira Scheindlin, da Corte Federal de Manhattan, reconheceu, no julgamento da *class action* *Floyd, et al v. City of New York, et al*, que o modo como o New York Police Department (NYPD) executou a *stop and*

com o número do volume e o nome do repositório, seguido do número da página e do ano em que foi proferida a decisão, entre parênteses.

⁹ A expressão “*law enforcement*”, sem termo correlato na língua portuguesa, refere-se ao sistema organizado de promoção da obediência à lei, mediante a investigação e a punição daqueles que a violarem, envolvendo as cortes de justiça, órgãos de acusação, departamentos policiais, estabelecimentos prisionais, entre outros.

¹⁰ Esse entendimento, cristalizado na Constituição dos EUA pela aprovação da Quarta Emenda, integrante da Bill of Rights, já havia sido prestigiado tanto na Maryland Declaration of Rights (1776), em seu art. XXIII, quanto na The Virginia Declaration of Rights (1776), que proibiam de modo enfático a prática de concessão de mandados judiciais de busca e apreensão de caráter genérico e desprovidos de causa provável. No mesmo sentido: North Carolina Declaration of Rights (1776), art. XI; Pennsylvania Constitution (1776), art. X; Massachusetts Constitution (1780), pt. I, art. XIV.

¹¹ *Johnson v. United States* 333 U.S. 10 (1948)

¹² Trata-se da definição elaborada pela Suprema Corte no julgamento do caso *Brinegar v. United States*, em 1949: “Existe causa provável se os fatos e circunstâncias conhecidos pelo policial, ou dos quais ele possui informação verossímil e confiável, são suficientes por si só para garantir um homem de razoável cautela a crer que um crime está sendo cometido” (338 U.S. 160, tradução livre). Similar definição foi apresentada também nos seguintes precedentes: *Beck v. Ohio*, 379 U.S. 89 (1964); *Rios v. United States*, 346 U.S. 253 (1960); *Henry v. United States*, 361 U.S. 98, 1959. Sobre o tema, confira-se também *Stacey v. Emery*, 97 U. S. 642 (1878).

¹³ *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 30-31 (1968)

frisk entre 2004 e 2012 violou a Quarta e a Décima Quarta emendas à Constituição, haja vista a prática de inúmeras abordagens insuficientemente fundamentadas e, pior, racialmente direcionadas.

Nesse passo, analisam-se a seguir esses dois julgamentos, com o particular objetivo de contrastar as considerações referentes ao uso da filtragem racial (*racial profiling*) na prática da abordagem policial e às exigências fixadas com o fito de impedir ou reduzir o uso de tal técnica.

Assim, inicialmente, apresentam-se as diretrizes básicas fixadas no caso *Terry v. Ohio*, no qual a Suprema Corte definiu em que consiste uma *stop and frisk* e fixou os requisitos para a prática de tal medida. Em seguida, contextualiza-se a decisão proferida neste caso e apresenta-se um panorama de decisões subsequentes das cortes estadunidenses sobre o tema, nas quais foram sensivelmente flexibilizados os requisitos de validade de uma *stop and frisk*, em um contexto de crescente “medo da criminalidade” e de deflagração da chamada “guerra contra as drogas” (*war on drugs*). Nesse passo, destaca-se que a fragilização das condições de validade das abordagens policiais abre espaço para a filtragem racial e para o racismo institucional, por meio da reprodução de estigmas pelo aparato policial, os quais perpetuam a incidência discriminatória das ações do sistema de justiça criminal. Por fim, apresenta-se o julgamento do caso *Floyd, et al v. City of New York, et al*, no qual se reconheceu a inconstitucionalidade da prática da *stop and frisk* pelo NYPD entre 2004 e 2012 e no qual foram fixadas medidas (*remedies*) voltadas a impedir o uso da filtragem racial para a prática da abordagem policial. Ressalta-se, pois, ao cabo, que é possível estabelecer obstáculos e empecilhos ao uso da filtragem racial por meio do controle judicial da atividade policial, razão pela qual, diante da proliferação de abordagens policiais insuficientemente fundamentadas e racialmente direcionadas, é crucial indagar sobre a postura assumida pelo aparato jurisdicional.

1. O caso *Terry v. Ohio* (1968)

De acordo com o relatório dos fatos elaborado pelo *Chief Justice* Earl Warren no caso *Terry v. Ohio*, um agente policial à paisana (McFadden) observou que, em uma rua pública, dois indivíduos (Terry e Chilton) percorriam um idêntico trajeto, indo, voltando e fazendo pausas esporádicas para observar a janela de uma loja¹⁴. Os dois conversavam no fim de cada

¹⁴ Conforme se esclarecerá mais adiante, tais fatos são controversos ao se comparar os relatos do policial McFadden em momentos distintos, que ele apresenta uma memória vacilante quanto ao número de vezes que os suspeitos percorreram o trajeto e quanto à loja que observavam - inicialmente, alude a um escritório de venda de passagens aéreas e, posteriormente, a uma joalheria (Cf. KATZ, 2004; SALEEM, 1997; AMAR, 2005). A despeito da relevância de tais imprecisões, não nos deteremos a elas nesta apresentação introdutória do julgamento. Por ora,

“ciclo”, e, em um deles, encontraram-se com um terceiro indivíduo (Katz), que conversou algo com a dupla e logo saiu sorrateiramente. Assim, McFadden suspeitou (embora sem elementos suficientes para constituir causa provável) que um assalto à mão armada poderia ocorrer em breve. Então, quando os três já deixavam a rua, dirigindo-se para local incerto, McFadden aproximou-se deles, identificou-se como policial e perguntou-lhes os seus nomes. Um dos suspeitos, Terry, murmurou algo inaudível em resposta ao policial, o que motivou este a agarrá-lo e a proceder a uma revista no exterior das suas vestimentas. Sentindo uma arma no bolso do casaco de Terry, ele ordenou aos suspeitos que entrassem em uma loja próxima e levantassem as suas mãos, colocando-se contra a parede. O policial então removeu uma pistola da jaqueta de Terry e revistou o exterior das vestimentas dos outros dois suspeitos. Sentindo uma arma no casaco de um deles (Chilton), revistou o interior de suas vestimentas, apreendendo a pistola, e liberou o terceiro suspeito (Katz), que aparentemente não portava arma.

A partir de tais contornos fáticos, a Suprema Corte concluiu pela validade da abordagem policial, embora tenha reconhecido que McFadden agiu sem mandado prévio e sem causa provável. Para tanto, definiu um tipo de abordagem policial (*stop and frisk*), caracterizado como uma breve e superficial detenção e revista das vestes do indivíduo, limitada à procura por armas, em que os requisitos de mandado prévio e causa provável não seriam exigíveis¹⁵.

Nesse passo, ressaltando que a Quarta Emenda proíbe detenções e buscas desarrazoadas, a Suprema Corte decidiu que, para que um policial detenha (*stop*) um indivíduo no espaço público – ou seja, para que o aborde coercitivamente e o impeça de exercer sua liberdade ambulatorial –, o policial deve apresentar elementos objetivos que configurem suspeita razoável de que atividade criminosa possa estar em andamento¹⁶. A revista (*frisk*), por sua vez, é motivada pela imediata preocupação em relação à integridade física do policial e demais transeuntes e depende de elementos objetivos que indiquem que o suspeito está armado

opta-se por apresentar os fatos tais como reconhecidos no relatório fático da Corte, a fim de apresentar de modo claro as diretrizes jurídicas fixadas no precedente.

¹⁵ Durante a década de setenta, a maioria das cortes federais estadunidenses limitou o espectro de aplicabilidade das breves detenções desprovidas de causa provável. Assim, o uso de algemas, armas (*United States v. Strickler*^T, 1974; *United States v. McLemore*, 1978), detenções demoradas ou ordens para que os indivíduos se direcionassem a outro local, como a viaturas, caracterizavam elementos que excederiam o conceito de breve detenção. Além disso, o enquadramento da abordagem policial como uma prisão em flagrante a exigir causa provável, nos termos da Quarta Emenda, significaria, também, a custódia do indivíduo, atraindo a incidência da Quinta Emenda e a obrigatoriedade de que o policial esclareça ao indivíduo os seus direitos naquela situação, como estabeleceu a Suprema Corte no caso *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

¹⁶ No que toca à razoabilidade da suspeita, esclareceu-se, em similar raciocínio ao já efetuado no julgamento do caso *Carroll v. United States* (1925) em relação à causa provável, que a suspeita deve ser embasada em parâmetros objetivos, posteriormente confirmáveis por um juízo neutro, o qual deve aferir se os fatos narrados pelo policial seriam suficientes para garantir a um “homem de razoável cautela” que a ação a ser tomada era apropriada.

e é perigoso para o policial ou terceiros, razão pela qual deve limitar-se aos atos estritamente necessários para descobrir armas. A Corte concluiu, então, quanto ao caso concreto em apreço:

[...] [U]m policial pode, em circunstâncias apropriadas e de uma maneira apropriada, abordar uma pessoa a fim de investigar possível conduta criminoso, ainda que não haja causa provável para efetuar uma prisão. Foi esta legítima função investigativa que o policial McFadden desempenhava quando ele decidiu abordar o peticionante (Terry) e seus companheiros. [...].

No momento em que efetuou a revista do peticionante em busca de armas, o oficial McFadden possuía motivos razoáveis para crer que ele estava armado e era perigoso e que era necessária para a sua proteção e para a de outros a sua rápida intervenção, a fim de descobrir os fatos verdadeiros e neutralizar a ameaça de dano, se ela se concretizasse. O policial restringiu cuidadosamente a sua busca às ações apropriadas para descobrir os itens que ele procurava.¹⁷

A partir desse entendimento, fixou-se então uma regra de cunho geral:

[S]e um policial observa uma conduta não usual, a qual o conduz a razoavelmente concluir, à luz de sua experiência, que atividade delitiva pode estar em andamento e que a pessoa com a qual ele está lidando pode estar armada e ser atualmente perigosa, e se no curso da investigação desse comportamento ele se identifica como policial e faz questionamentos razoáveis, e se nada nos estágios iniciais da abordagem servem para afastar o seu receio razoável pela sua segurança ou de outros, então ele está legitimado a, para a sua própria proteção e para a proteção dos outros presentes na área, a conduzir uma busca cuidadosamente limitada às vestes exteriores dessa pessoa, com o fito de descobrir armas que possam ser usadas para atacá-lo. Uma busca desse gênero é uma busca razoável sob a Quarta Emenda, e quaisquer armas apreendidas podem ser utilizadas como prova contra a pessoa da qual elas foram retiradas.¹⁸

Nesse julgamento, um voto dissidente foi proferido pelo *Justice Douglas*, que entendeu que permitir uma busca e apreensão por mera “suspeita razoável” implicaria conferir ao policial poderes maiores que aqueles conferidos aos próprios magistrados (os quais somente poderiam conceder mandados de busca com base em causa provável, e nunca com base em “suspeita razoável”). Assim, opinou que tal flexibilização de requisitos significaria uma opção por um caminho totalitário, em que a repressão ao crime é encetada em detrimento dos direitos individuais, e votou no sentido de que os policiais somente poderiam efetuar detenções e buscas sem mandado quando os fatos conhecidos configurassem causa provável.

Feita tal apresentação, note-se que o precedente *Terry v. Ohio* é comumente interpretado como uma reação da Suprema Corte às críticas recebidas pelo entendimento fixado poucos anos antes no caso *Mapp v. Ohio* (1961). Neste, a Corte reconheceu que a infringência à Quarta Emenda deveria acarretar a exclusão das provas obtidas ilicitamente do processo

¹⁷ *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 22, 30 (1968), tradução livre.

¹⁸ *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 30-31 (1968), tradução livre.

(*exclusionary rule*), seja este instaurado perante corte federal ou perante corte estadual¹⁹. Esse precedente, então, foi alvo de duras críticas, pois se entendia que prejudicava a repressão criminal, já que a exclusão das provas ilícitas poderia ensejar a absolvição de culpados.

Tal debate, registre-se, disseminou-se para além do ambiente estritamente jurídico: o sistema criminal estadunidense e a Suprema Corte foram temas constantes nos debates que precederam as eleições presidenciais de 1968, em que se elegeu o republicano Richard Nixon. Nesse contexto, a repercussão do precedente Mapp foi tão intensa que nas ruas apareceram cartazes pedindo o *impeachment* do então presidente da Corte, Earl Warren (KATZ, 2004)²⁰. A decisão proferida em Terry v. Ohio, portanto, é compreendida como uma compensação ao entendimento fixado em Mapp, uma vez que fixou um tipo de abordagem policial em que não seriam exigíveis os requisitos do mandado prévio e da causa provável, previstos na Quarta Emenda, o que dificultaria a declaração de ilicitude e, por conseguinte, a exclusão das provas obtidas a partir da abordagem.

Por outro lado, conforme registra Adina Schwartz (1995), o caso Terry v. Ohio foi apreciado pela Suprema Corte em um período em que havia não só um crescente medo da criminalidade, mas também intensos debates sobre discriminação racial e protestos do movimento negro em prol de direitos civis²¹.

O tema referente ao abuso do poder policial em face de minorias raciais chegou a ser diretamente endereçado no caso Terry. Não obstante, a Corte observou que não analisaria a adequação em abstrato da abordagem do policial, mas apenas a admissibilidade das provas obtidas a partir dessa abordagem. Assim, estabelecida essa limitação, a Corte sublinhou que a exclusão das provas obtidas a partir de abordagens desarrazoadas não seria uma solução efetiva para o problema das violações sistemáticas dos direitos civis dos negros pelo aparato policial, pois a simples declaração da ilegalidade da busca, com a consequente exclusão das provas obtidas no âmbito do processo penal, seria ineficiente para combater a discriminação racial pelo aparato policial, que se manifesta de variadas maneiras e em abordagens com finalidades

¹⁹ Desde o julgamento do caso Weeks v. United States (232 U.S. 383, 1914), até o julgamento do caso Mapp v. Ohio 367 U.S. 643 (1961), somente se aplicava a *exclusionary rule* aos casos submetidos às cortes federais. Cf. Wolf v. Colorado 338 U.S. 25 (1949).

²⁰ Interessante salientar que esse movimento político contrário ao posicionamento assumido pela Corte presidida por Earl Warren foi posteriormente intensificado, em virtude da decisão proferida no caso Roe v. Wade (410 U.S. 113), em 1973, na qual se declarou a constitucionalidade do aborto, que suscitou uma insurgência popular que, dessa vez, privilegiava valores morais em detrimento de direitos individuais.

²¹ Assim, registra Schwartz (1995) que, em 1964, a doutrina da “lei e ordem” se tornou uma questão debatida pela primeira vez em uma campanha presidencial, em que o problema foi abordado sob a ótica do confronto entre forças da paz e forças do crime.

múltiplas. Ao mesmo tempo, ressaltou a Corte que uma aplicação excessiva ou demasiado rigorosa da *exclusionary rule* acabaria obstaculizando a repressão à criminalidade:

Um julgamento adequado dos casos em que a *exclusionary rule* é invocada demanda uma constante ciência de suas limitações. O generalizado abuso por parte de alguns integrantes do aparato policial, de que grupos minoritários, particularmente negros, frequentemente se queixam, não será impedido pela exclusão de qualquer prova de qualquer processo penal. Por outro lado, uma rígida e impensada aplicação da *exclusionary rule*, em um fútil protesto em face de práticas abusivas que ela jamais poderá efetivamente controlar, pode exigir um alto custo, consubstanciado em um incremento de delitos e na frustração dos esforços para prevenir crimes. Nenhuma opinião judicial pode compreender a imensa variedade dos encontros policiais, e nós somente podemos julgar os fatos do caso com que nos deparamos.²²

Nesse rumo, a Corte deixou de estabelecer qualquer exigência ou imposição direcionada a impedir ou reduzir a discriminação racial generalizada por parte do aparato policial no país e rejeitou, noutro giro, a possibilidade de aplicação mais rigorosa da *exclusionary rule* com o fito de desestimular tais abordagens policiais discriminatórias.

2. A *stop and frisk* como tática de repressão criminal e o uso da filtragem racial

Posteriormente ao julgamento do caso Terry, disseminaram-se opiniões favoráveis à difusão da prática do *stop and frisk* como medida de prevenção e repressão à criminalidade, e independentemente do caráter discriminatório por ela assumido. Nesse sentido são as manifestações, por exemplo, de James Q. Wilson²³ e Lawrence W. Sherman. Este, fundamentando-se em pesquisa empírica realizada em Kansas, aduziu que abordagens policiais estrategicamente realizadas em locais de alta criminalidade podem reduzir o cometimento de crimes com arma de fogo, ao aumentar a quantidade de apreensões de armas portadas ilegalmente (SHERMAN; SHAW; ROGAN, 1995). No entanto, Sherman desconsidera a quantidade de abordagens realizadas em pessoas inocentes e a desproporção entre negros inocentes e brancos inocentes abordados: para cada arma apreendida durante o experimento, pelo menos vinte e sete revistas foram realizadas em face de inocentes, os quais, em sua esmagadora maioria, eram negros (SCHWARTZ, 1995, p. 319-322).

²² Terry v. Ohio, 392 U.S. 14/15 (1968), tradução livre

²³ James Quinn Wilson, cientista político estadunidense, é coautor, juntamente com George Kelling, da *broken windows theory* (teoria das janelas quebradas), com cujas premissas parece coadunar-se a sua defesa intransigente da propagação da prática do *stop and frisk*. Segundo esta teoria, o Estado deve esforçar-se em manter e monitorar ostensivamente o espaço público urbano, preservando a sua ordem e harmonia, de modo a prevenir o vandalismo e, por conseguinte, a propensão de que pequenos delinquentes, com o tempo, passem a cometer crimes mais graves.

Por outro lado, no artigo *Just take away their guns*, publicado em março de 1994 na *The New York Times Magazine*, James Q. Wilson (1994) expõe dados acerca do uso de arma de fogo no país e alerta que o método mais efetivo de coibir o porte ilegal de armas de fogo²⁴ é por meio da prática generalizada de *stops and frisks* no espaço público. Em seu texto, o autor cita a decisão *Terry v. Ohio*, ressaltando que o policial pode abordar o indivíduo sempre que possuir uma suspeita razoável de que ele está armado e é perigoso, estando autorizado a revistá-lo e, encontrando uma arma, a retirá-la do interior das vestimentas do indivíduo abordado. Se a arma estiver sendo portada ilegalmente, o indivíduo pode ser preso em flagrante.

Wilson (1994) aponta, entretanto, que as abordagens são tornadas raras e insuficientes quando os policiais se confrontam com a preocupação de ver suas revistas serem futuramente invalidadas em função do não cumprimento de parâmetros constitucionais ou de verem-se acusados de terem cometido abuso de autoridade em face do indivíduo abordado. Tais circunstâncias, frisa Wilson, desencorajam as abordagens e contribuem para a ineficácia do controle de armas de fogo no país e, conseqüentemente – segundo a sua teoria das janelas quebradas (*broken windows theory*) – para o aumento geral da criminalidade no país.

Assim, Wilson (1994) propõe que, para que o risco de violação constitucional ou de configuração de abuso de autoridade seja reduzido, as revistas devem concentrar-se em indivíduos que estejam em liberdade provisória ou condicional e os policiais devem ser treinados para reconhecer as situações em que a abordagem é legítima. Para ele, o fato de que pessoas inocentes serão abordadas, e de que minorias étnicas provavelmente o serão mais frequentemente, é irrelevante, importando apenas a eficácia da medida para o objetivo traçado: diminuição da criminalidade por meio do controle do porte ilegal de armas de fogo. Para Sherman (1995), por outro lado, a indiferença não é absoluta, uma vez que este reconhece que uma disparidade racial evidente pode ensejar em uma tensão conflituosa entre a comunidade minoritária e o aparato policial. Assim, o problema é enfrentado pela perspectiva da ordem e da estabilidade social, sem nenhuma preocupação com a sistemática violação de direitos civis decorrente de práticas institucionalizadas de discriminação.

Nesse passo, é crucial notar que, embora a Suprema Corte tenha inicialmente indicado em *Terry v. Ohio* que a *stop and frisk* seria uma abordagem breve e pouco intrusiva, motivada

²⁴ É importante salientar que a regulação da posse de armas de fogo nos Estados Unidos da América varia em cada estado da federação. Em uns, exige-se que o cidadão possua licença ou permissão para a aquisição e porte de arma; em outros, exige-se o registro da arma perante delegacia de polícia ou outra agência de segurança pública. É comum, ainda, que, além das armas proibidas nacionalmente pelo *National Firearms Act* (1934), outros tipos de armas sejam proibidas em alguns estados, tais como alguns tipos de espingardas de repetição e de armas semiautomáticas frequentemente utilizadas em crimes praticados com violência à pessoa. Assim, tais critérios são aferíveis pelos policiais em suas revistas efetuadas no espaço público.

pela suspeita razoável da prática de uma infração penal e limitada pela busca por armas, tais parâmetros foram seguidamente flexibilizados pelas cortes estadunidenses, sobretudo em casos que envolviam a repressão ao tráfico de drogas, no âmbito do que se convencionou denominar “guerra contra as drogas” (*war on drugs*), anunciada pelo presidente Richard Nixon (1969-1974) e especialmente intensificada por Ronald Reagan (1981-1989).

Assim, a exceção à exigência de mandado e causa provável, reservada no julgamento do caso Terry a abordagens breves e superficiais, foi sendo paulatinamente aplicada a detenções mais longas e a intervenções policiais mais ostensivas e intrusivas (SALEEM, 1997), especialmente em operações contra o tráfico, nas quais a intensidade das intervenções era frequentemente caracterizada por detenções mediante ampla força policial, imobilizações, armas e algemas²⁵. Com isso, a própria definição de *stop and frisk* tornou-se nebulosa.

Essa flexibilização acabou por agravar, em especial, o problema relativo à filtragem racial (*racial profiling*), em virtude da comum associação entre a questão do tráfico de drogas e da chamada criminalidade urbana e a população negra²⁶, percebida como a fonte do problema. No ponto, cumpre sublinhar que, a partir da segunda metade do século XX, regimes jurídico-políticos formalmente racistas foram desmantelados em toda a sociedade ocidental e, em vários níveis, o racismo foi extirpado dos códigos formais e procedimentos do poder estatal. Entretanto, embora tenha se tornado consensual a assertiva de que a cidadania e os direitos dela decorrentes independem de raça, práticas racistas continuaram se manifestando nas relações privadas e mesmo nas práticas institucionais das agências estatais. Apagaram-se, pois, as formas explicitamente legalizadas de racismo, mas não as rotinas coercitivas e intimidantes empreendidas, sobretudo, pelos aparatos de poder policial e punitivo (AMAR, 2005).

Sob essas novas circunstâncias, os policiais passam a se identificar como gestores tecnocratas de risco responsáveis por lidar com espaços e populações perigosas e por identificar nas marcas de diferença social sinais de suspeita, subversão ou inimizade. Assim, fundindo gestão de risco, ocupação militar do espaço público e análise visual-comportamental, cria-se uma cultura policial orientada pelo propósito de identificação atuarial de tipos sociais mais ou menos suspeitos, o qual dá ensejo então a novas formas de filtragem (*profiling*) (AMAR, 2005).

A esse respeito, ressalta-se que a forma racial de filtragem possui uma dupla faceta:

²⁵ Confirmam-se, ilustrativamente: *United States v. Saffeeles*, 510 U.S. 801 (1993) – algemas; *United States v. Clipper*, 973 F.2d 944 (D.C. Cir. 1992) – armas apontadas; *United States v. Esieke*, 940 F.2d 29 (2d Cir. 1991) – algemas nos braços e pernas.

²⁶ No particular, ressalta Saleem (1997) que era pensamento corrente entre os estadunidenses a noção de que os negros e pobres careceriam do suporte moral e da estrutura familiar necessárias para que se transformem em membros produtivos da sociedade, razão pela qual sucumbiriam ao mercado ilícito de entorpecentes

[O] “filtramento racial” de hoje emergiu na problemática interseção dos legados de duas formas de racismo institucional: filtramento psicológico que tipificava minorias raciais e de classe como “criminosos desorganizados” propensos à violência, e um novo tipo de filtramento financeiro e atuarial, voltado para a proteção de consumidores e propriedades, e que tipifica as populações de risco ou perigosas que são identificadas com o medo e como ameaça aos circuitos do consumo e dos lucros das propriedades corporativas. (AMAR, 2005, p. 238)

Nesse sentido, Amar (2005) elucida que uma compreensão técnico-profissional da atuação policial tende a inserir a abordagem policial como um ato orientado pela identificação de fatores de risco, cuja detecção justificaria quantificar e catalogar etnicidades, culturas, diferenças, realidades demográficas e variações comportamentais nos contextos urbanos, a fim de decantar os distintos níveis de risco, suspeita e perigo existentes nas distintas situações com as quais o policial se depara. Esse processo de mensuração do risco justificaria distintos níveis de suspeita e afastaria a responsabilidade das polícias pela criminalização racial, pois o perfil do suspeito decorreria de uma compilação tecnicizada dos fatores de risco do indivíduo. No entanto, ressalta Amar que, quando se contemplam as práticas encetadas a partir de tais perfis, não se constata a coerção de um “indivíduo não-racial de alto risco”, mas sim se revela uma rotina de dominação institucional racista, mas assim não identificada.

Assim, conforme destaca Saleem (1997), a maioria dos estadunidenses – independentemente de raça –, quando recebe um pedido para imaginar um criminoso, irá imaginar um homem negro. Nessa trilha, passou a se aduzir que a violação aos direitos desses indivíduos se justificaria pela necessidade de se combater o crime e de se vencer a guerra contra as drogas. Com isso, a percepção do problema das drogas e da criminalidade por tal ótica discriminatória passou a induzir à fragilização dos direitos civis da população negra.

Por outro lado, no particular, considerando ainda o déficit de representação política do grupo dos negros nas instituições jurídicas e políticas da sociedade civil estadunidense²⁷, note-se que os membros do Poder Legislativo, responsáveis pela elaboração das leis penais, costumam enxergar-se mais frequentemente como potenciais vítimas de um crime, e não como suspeitos (DRIPPS, 1993), de modo que os interesses daquelas, e não destes, tende a ser inicialmente considerado pelos legisladores²⁸. Nesse contexto, é forçoso constatar que o

²⁷ Um exemplo dessa conjuntura é dado pelo fato de que, na 113ª composição do Senado estadunidense, eleita em 2012, pela primeira vez, dois negros ocupam cadeiras na casa, composta de 100 (cem) senadores. Por outro lado, também na Suprema Corte estadunidense manifesta-se essa disparidade: o primeiro negro a ser nomeado para compor a Corte foi Thurgood Marshall, em 1967, e o segundo, Clarence Thomas, em 1991, como o sucessor do próprio Marshall, evidenciando o predomínio de brancos no mais alto tribunal estadunidense.

²⁸ Não só o déficit de representação dos negros contribui para tal resultado, mas também um déficit de empatia dos brancos em relação aos negros. Um estudo feito pelos psicólogos Matteo Forgiarini, Marcello Gallucci e Angelo

enfraquecimento do controle judicial da atividade policial conduz à fragilização dos direitos de suspeitos e acusados, a qual redundou, ao cabo, na debilitação dos direitos de grupos minoritários, discriminados e deficitariamente representados no sistema político²⁹.

Assim, o tratamento despreocupado conferido à questão da discriminação racial no caso *Terry v. Ohio* acabou por viabilizar o agravamento do problema da filtragem racial nas décadas seguintes. Deveras, a compreensão da *stop and frisk* como tática de repressão criminal resultou no aumento progressivo do uso dessa medida pelos policiais em patrulha, ao mesmo tempo em que a associação discriminatória do problema de criminalidade/drogas à população negra levou à incidência prioritária da *stop and frisk* sobre os negros (MARGESON, 2014).

No ponto, note-se que a própria configuração da “suspeita razoável” passou a ser reconhecida pelas cortes a partir de fundamentos questionáveis, em precedentes calcados em uma nítida cegueira racial³⁰. No caso *United States v. Brignoni-Ponce*³¹, por exemplo, a Suprema Corte admitiu que a raça do indivíduo como um fator para a formação de uma suspeita razoável, desde que não fosse o único. Mais tarde, no caso *Whren v. United States*³², por sua vez, aduziu-se que qualquer tênue justificativa (tal como, na espécie, uma infração leve de trânsito), quando somada à raça, legitimaria a *stop and frisk*, afastando a alegação de racismo. Por outro lado, fixou-se, também, que características pessoais, dissociadas da atividade concreta do suspeito, poderiam caracterizar a suspeita razoável, o que foi feito de modo proeminente em relação aos atributos pessoais associados a traficantes e usuários de substâncias entorpecentes³³.

Com isso, as condições de validade das abordagens policiais no espaço público tornaram-se nebulosas e imprecisas, fragilizando a efetividade dos direitos constitucionais em

Maravita (2011), ao realizar um experimento em que um indivíduo deveria mensurar o grau de dor que outro indivíduo (cuja foto lhe era mostrada) sofria em determinada situação (desde deixar xampu cair nos olhos até ter um dedo do pé arrancado), constatou que brancos sentem empatia menor pela dor que os negros sofriam em relação à que os brancos sofriam. Idêntica conclusão foi alcançada em estudo em que se analisou o tempo que se estimava ser necessário para a recuperação de jogadores contundidos: geralmente, as pessoas assumiam que os negros se recuperariam mais rápido, por sentirem menos dor. Cf. TRAWALTER; HOFFMAN; WAYTZ, 2012.

²⁹ Destaque-se também a influência do preconceito racial em relação às agências judiciais, dados os reiterados diagnósticos a respeito de “tendências de juízos diversificados conforme a posição social dos acusados” (BARATTA, 2011, p. 177). Assim, tendências discriminatórias também se manifestam entre os juízes e demais agentes envolvidos na aplicação da lei penal, inclusive policiais.

³⁰ Cegueira racial seria a “maneira como as instituições negam a existência de práticas raciais ao reenquadrar as realidades raciais dentro dos discursos ‘neutros’ tecnoprofissionais” (AMAR, 2005, p. 231/232).

³¹ 422 U.S. 873 (1975)

³² 517 U.S. 806 (1996)

³³ A respeito, veja-se: *United States v. Sokolow* 490 U.S. 1/10 (1989). Para além dessa concepção, no caso *United States v. Martinez-Fuerte*, 428 U.S. 543 (1976), a própria necessidade de demonstração da suspeita razoável foi abandonada, pois tida como “impraticável” na situação analisada, de revistas em locais predeterminados e fixos, como em aduanas (*checkpoint stops*). No caso, entendeu-se que basta para a abordagem a mera constatação da aparência racial dos suspeitos (supostos mexicanos), que no caso significaria um fator geográfico, e não meramente racial. Para justificar essa posição, a Suprema Corte fez menção a um balanceamento entre o interesse público e as garantias individuais, em que o primeiro possuiria prevalência.

face de intervenções policiais arbitrárias e abusivas, visto que a sua validade se tornou maleável e confusa, suscetível de inúmeras interpretações conflitantes. Nesse passo, a amplitude desmesurada dos fundamentos que permitiriam a prática de uma *stop and frisk* resultou no uso disseminado dessa medida e na sua incidência prioritária sobre minorias raciais, o que encetou continuados debates sobre o uso da filtragem racial (*racial profiling*) para a prática da medida.

Um ato especialmente representativo da filtragem racial, quando esta começou a ser tematizada nos EUA, foi a detenção e a revista de motoristas negros, ironicamente referida como uma detenção pelo crime de “dirigir sendo negro” (*driving while black*). Trata-se, contudo, de uma esfera limitada do assédio policial, prioritariamente incidente sobre as camadas sociais intermediárias e sobre uma conduta eminentemente individual e atomística. Assim, com o protagonismo reassumido pelos movimentos negros na centralidade dos debates públicos, a filtragem racial passou a ser também associada à prática da *stop and frisk*, abordagem policial desempenhada em especial no espaço público, no qual há não só o deslocamento atomísticos de indivíduos, mas também interações relacionais e expressões políticas individuais e coletivas e nos quais são intensas as referidas percepções de grupos sociais como “fatores de risco” que atraem a atenção da cultura policial dominante.

Assim, a filtragem racial tem sido comumente associada à prática da *stop and frisk* motivada pela raça e por uma vaga suspeita de que a pessoa esteja tendo um comportamento delitivo (AMAR, 2005). Nesse passo, é crucial compreender que a imprecisão das condições de validade da *stop and frisk*, especialmente no que se refere à objetividade e à razoabilidade da suspeita, abre espaço para buscas racialmente enviesadas e implica a acentuação do problema da filtragem racial, o que se torna ainda mais dramático em virtude da já referida associação feita entre o problema das drogas e da criminalidade e a população negra (SALEEM, 1997). Deveras, se inexistente controle judicial sobre os fundamentos para a prática de uma abordagem policial, deixados ao talante da interpretação subjetiva da autoridade policial, potencializa-se o risco de que tais práticas sejam amparadas em considerações arbitrárias e discriminatórias, que reproduzem estigmas e contribuem para a seletividade do sistema criminal. Assim, abre-se espaço para que a abordagem policial seja realizada por meios racialmente tendenciosos para identificar, deter e revistar suspeitos (filtragem racial) (AMAR, 2005).

No limite, a falta de regulamentação clara e extensiva gera o descontrole da atuação estatal e abre espaço para o racismo institucional, entendido como um conjunto de práticas discriminatórias que, conquanto não explicitadas em lei ou codificadas na política, são reproduzidas (independentemente de intenção) no cotidiano das instituições públicas,

alastrando-se nas rotinas, administrações, normas, hábitos e práticas profissionais de instituições de educação, controle social, tecnociência e cultura (AMAR, 2005).

Quanto ao particular, é elucidativo perceber que é atos de imposição de conduta podem ser “baseados em regras inventadas no momento unicamente para justificar o ato. Algumas das atividades informais e extralegais de policiais recaem nessa categoria” (BECKER, 2008, p. 140)³⁴. Assim, ainda que a raça seja o fator determinante para a percepção do caráter suspeito/desviante da conduta e para a correlata abordagem policial, elementos diversos serão arguidos pelo agente policial como ensejadores de sua intervenção, mesmo porque a interferência da raça em sua percepção da realidade pode se dar inconscientemente, e não intencionalmente.

Noutro giro, ressalta-se que, uma vez incorporado o racismo institucional às práticas policiais, “as cifras sobre prisão e condenação não são, em absoluto, um reflexo das ‘subculturas’ criminogênicas de negros e minorias, mas espelham, isto sim, as atividades de aplicação da lei e as escolhas políticas das instituições que são o Estado, a polícia e a justiça criminal” (AMAR, 2005, p. 264). Assim, a filtragem racial em relação à identificação de suspeitos é central em relação à criminalização secundária e ao *selective enforcement* (aplicação seletiva da lei)³⁵ e delimita a esfera de incidência das ações do sistema de justiça criminal.

Daí a necessidade de que a intervenção policial seja necessariamente embasada em elementos objetivos que se vinculem razoavelmente à prática de conduta criminal e que garantam que a abordagem não se motiva por critérios raciais, mas por elementos objetivos e tangíveis que efetivamente indiquem a prática de infração penal e exijam a imediata intervenção policial. Do contrário, aceitando-se a prática da *stop and frisk* com base em fundamentos frágeis e nebulosos, abre-se espaço para o uso discriminatório da medida, ainda que o uso da raça como um fundamento para a intervenção não seja expressamente admitido.

Nesse passo, a excessiva maleabilidade das condições de validade da intervenção policial apresenta-se particularmente problemática em sociedades com históricos de discriminação, opressão e repressão contra determinados grupos e categorias sociais. Com efeito, a admissão de fundamentos vagos e imprecisos para a prática de intervenções policiais

³⁴ Becker, um dos expoentes da teoria interacionista do desvio, ressalta que o caráter desviante de um ato é determinado pelo modo como se reage a ele (2008, p. 24), constatação que pode se aplicar também ao caráter suspeito de um ato.

³⁵ O processo de criminalização, para Zaffaroni (2003), é composto pela fase de criminalização primária (consistente na tipificação em abstrato de crimes na lei penal) e pela fase de criminalização secundária (consistente na efetiva aplicação da lei penal sobre ações e pessoas concretas pelas agências do sistema penal, entre as quais se destacam as agências policiais). O processo de criminalização secundária evoca a questão da aplicação/imposição seletiva da lei (*selective enforcement*, cf. MUNIZ, 2012) e também a questão da vulnerabilidade de determinados sujeitos, que são preferencialmente visados pelas ações do aparato de controle.

dificulta o controle de suas condições de validade, viabiliza a filtragem racial e, no limite, permite a difusão do racismo institucional.

3. O caso Floyd, *et al* v. City of New York, *et al* (2013)

O homicídio do jovem Trayvon Martin, em fevereiro de 2012, reacendeu o debate sobre o uso da filtragem racial contra negros nos EUA. Martin, adolescente negro de 17 anos, foi assassinado em via pública, atingido por um disparo de arma de fogo realizado por George Zimmerman, vigilante particular. Pouco antes de abordar o jovem, Zimmerman telefonou ao Departamento de Polícia de Sanford, alegando que Martin lhe parecia um indivíduo perigoso: “Este cara parece não estar fazendo algo bom, deve estar drogado ou algo assim. Está chovendo e ele só está andando, observando... Olhando todas as casas...”. Antes que os policiais chegassem ao local, Zimmerman saiu de seu veículo e abordou Martin. Após um confronto violento, seguiu-se o disparo fatal, após o qual se descobriu que o jovem estava desarmado e carregava consigo apenas uma sacola com caramelos e um chá gelado. Zimmerman foi absolvido pelo júri, que acolheu a tese de legítima defesa³⁶.

A respeito do caso, é curioso observar que a percepção do comportamento do garoto Trayvon Martin por parte de Zimmerman em muito se assemelha às impressões do policial McFadden no caso Terry, o qual aduziu que, ao observar Terry e Chilton (dois negros), “alguma coisa neles parecia errada”, embora ele não os conhecesse, tampouco tivesse recebido alguma informação a seu respeito³⁷. Ao ser perguntado a respeito do que efetivamente havia atraído a

³⁶ Sobre o caso, confira-se: http://www.nytimes.com/2013/07/15/us/george-zimmerman-verdict-trayvon-martin.html?pagewanted=3&_r=0&hp

O acolhimento da tese de legítima defesa, no caso, encontra-se alinhado às leis “stand your ground” (algo como “defenda seu território”), vigentes em vários estados estadunidenses (inclusive na Florida), e apeladas de leis “shoot first, ask questions later” (atire primeiro, pergunte depois). Essas leis preveem o “no duty to retreat” – a inexistência do dever de recuar ao perceber-se ameaçado –, que em 1921 foi declarado constitucional pela Suprema Corte estadunidense no julgamento do caso Brown v. United States (1921) (256 U.S. 335, 343), e baseiam-se na “castle doctrine”, segundo a qual o corpo do indivíduo é inviolável e qualquer ameaça à sua integridade física pode ser repelida: se houver uma razoável crença de estar sob ameaça, o indivíduo não tem a obrigação de recuar, mas sim o direito de agir em autodefesa, inclusive com o uso de força letal. O caráter racialmente enviesado da aplicação das referidas leis tem sido intensamente problematizado após a polêmica absolvição do vigilante Zimmerman. Em estudo conduzido pelos pesquisadores John Roman e Mitchell Downey, do Urban Institute Justice Police Center, concluiu-se que homicídios de negros por brancos são mais frequentemente considerados justificáveis que homicídios de brancos por negros. Confira-se: <http://blog.metrotrends.org/2012/03/stand-ground-laws-miscarriages-justice/>. Ao mesmo tempo, porém, os pais de Martin, da acusação e dos jurados, no sentido de que “esse caso não era sobre raça”, demonstrando que a questão da discriminação racial nos Estados Unidos ainda se encontra longe do amadurecimento. Sobre o caso, confira-se: http://www.nytimes.com/2013/07/16/opinion/zimmerman-prosecutors-duck-the-race-issue.html?pagewanted=all&_r=0;

³⁷ Consoante se registrou na decisão, o policial McFadden justificou sua intervenção nos seguintes termos: “I would stand and watch people or walk and watch people at many intervals of the day [...]. Now, in this case, when

sua atenção, McFadden respondeu: “eu realmente não sei”. Colhido o seu depoimento, expressou incerteza quanto ao número de vezes que cada suspeito havia se dirigido à loja que o policial julgava que poderia ser assaltada, e não soube precisar sequer a loja que efetivamente estava sendo observada pelos suspeitos – inicialmente, havia se referido a um escritório de venda de passagens aéreas e, posteriormente, a uma joalheria³⁸.

Tais imprecisões, contudo, passaram ao largo da análise da Suprema Corte, que nem sequer as mencionou no relatório fático do caso. Assim, como visto, a questão da filtragem racial chegou a ser tangenciada no caso Terry, pois a Corte encarou, mas não enfrentou o problema: embora tenha reconhecido que as polícias encetam práticas discriminatórias sistemáticas em relação aos negros, eximiu-se de conferir uma resposta à questão, limitando-se a rejeitar a aplicação mais rigorosa da *exclusionary rule* em função do problema.

Em virtude da brecha aberta por esse precedente, significativamente agravada por precedentes posteriores que expandiram desmesuradamente o poder policial de detenção e revista de indivíduos no espaço público, têm sido então recorrentes as reclamações por abordagens policiais discriminatórias em face da população negra, as quais podem então evoluir para casos mais graves de abuso de poder e violência letal. Assim, um dos principais focos de reivindicação dos movimentos negros – tal como o Black Lives Matter, criado após a morte de Martin – refere-se à criação de mecanismos voltados à superação do racismo institucional³⁹, o que passa, necessariamente, pela intensificação do controle sobre a filtragem racial na prática de *stops and frisks*, as quais constituem um primeiro estágio da incidência do sistema de justiça criminal e são assim centrais ao processo de criminalização secundária.

Tal questão foi então submetida a escrutínio judicial na *class action* Floyd, *et al.* v. City of New York, *et al.*⁴⁰, na qual se aduziu que o NYPD realizou abordagens insuficientemente fundamentadas, em violação à Quarta Emenda, e racialmente direcionadas, em violação à Décima Quarta Emenda, razão pela qual requereram reformas na prática de *stops and frisks* pelo NYPD, a fim de serem conformadas a tais dispositivos constitucionais.

Após um julgamento que durou nove semanas, a demanda foi sentenciada em agosto de 2013 pela juíza federal Shira Scheindlin, da Corte Federal de Manhattan. Na decisão,

I looked over, they didn't look right to me at the time” (“Eu costumava parar e observar as pessoas, ou caminhar e observar as pessoas, durante vários períodos do dia. [...] Mas, nesse caso, quando eu os olhei, eles não pareciam corretos para mim no momento” – tradução livre).

³⁸ Tais dados foram extraídos do depoimento prestado em juízo pelo policial McFadden, referido nos julgamentos John W. Terry v. State of Ohio e Chilton v. State of Ohio, examinados pela Corte estadual de Ohio. No entanto, na análise do caso pela Suprema Corte, não se atentou a tais detalhes. Cf. KATZ, 2004.

³⁹ Confira-se: <http://blacklivesmatter.com/about/>

⁴⁰ Floyd, *et al.* v. City of New York, *et al.* 959 F. Supp. 2d 540 (2013).

Disponível em: <http://www.nysd.uscourts.gov/cases/show.php?db=special&id=317> Acesso em 15/3/2016

destacou-se que, entre janeiro de 2004 e junho de 2012, os policiais do NYPD abordaram coercitivamente (*stopped*) mais de 4,4 milhões de pessoas – em sua maioria negros e hispânicos – e revistaram (*frisked*) as vestes e bolsos de mais de 2 milhões dessas pessoas (52%).

A partir dos dados do próprio NYPD, constatou-se que 88% das pessoas abordadas foram liberadas sem acusação formal e que apenas 1,5% das pessoas revistadas possuíam armas. Por outro lado, destacou-se que 52% das 4,4 milhões de pessoas abordadas eram negras, 31% hispânicas e 10% brancas, ao passo que a população nova-iorquina é 23% negra, 29% hispânica e 33% branca. Além disso, notou-se que em 23% das abordagens de negros, em 24% de hispânicos e em 17% de brancos, os policiais registraram ter usado a força contra o indivíduo abordado. Armas foram apreendidas em 1% das abordagens de negros, em 1,1% de hispânicos e em 1,4% de brancos, e outro tipo de material ilícito foi apreendido em 1,8% das abordagens de negros, em 1,7% das abordagens de hispânicos e em 2,3% das abordagens de brancos. Por fim, notou-se que o número de abordagens por ano subiu acentuadamente entre 2004 e 2011: de 341.000 para 686.000, ao passo que, entre 2004 e 2009, o percentual de abordagens em que o policial não foi capaz de definir um crime específico sob suspeita subiu de 1% para 36%.

Nesse contexto, a decisão reconheceu não apenas a fragilidade dos fundamentos utilizados pelos policiais para fundamentar as abordagens, mas também o fato de que essas abordagens possuíam um nítido direcionamento racial. Nesse contexto, a juíza identificou sistemática violação à Quarta Emenda e, ainda, à garantia de proteção igualitária (*equal protection clause*), constante da Décima Quarta Emenda⁴¹. Ademais, em contraposição ao tratamento despreocupado conferido ao tema no caso *Terry v. Ohio*, prolatou uma decisão em apartado⁴² na qual determinou uma série de medidas (*remedies*) a serem tomadas pelo NYPD a fim de conformar a prática da *stop and frisk* à Constituição e inviabilizar a filtragem racial.

Para tanto, a juíza esclareceu de início os fundamentos que autorizam uma abordagem (*stop*) e uma revista (*frisk*), bem como os caracteres que distinguem uma da outra:

A fim de realizar uma abordagem (*stop*), o policial deve possuir uma suspeita razoável e individualizada de que a pessoa abordada cometeu, está cometendo ou está prestes a cometer um crime. O policial deve ser capaz de articular fatos que estabeleçam um nível mínimo de justificação objetiva para a realização da abordagem, o que significa mais do que uma rudimentar e genérica suspeita ou intuição [...]. Para proceder de

⁴¹ Décima Quarta Emenda à Constituição dos EUA (1868), seção 1: “Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas portanto à sua jurisdição, são cidadãs dos Estados Unidos e do Estado em que residam. Nenhum Estado elaborará ou aplicará nenhuma lei que viole os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem privará nenhum Estado nenhuma pessoa de sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal; nem negará a nenhuma pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis.” (tradução livre).

⁴² Disponível em: <https://ia801902.us.archive.org/28/items/750414-floyd-v-city-of-ny-remedial/750414-floyd-v-city-of-ny-remedial.pdf> Acesso em 15/3/2016

uma abordagem (*stop*) a uma revista (*frisk*), o policial deve ter a suspeita razoável de que a pessoa abordada está armada e é perigosa. A finalidade de uma revista não é descobrir provas de um crime, mas sim permitir ao policial efetuar a sua investigação sem medo de violência. Portanto, a revista deve ser estritamente delimitada àquilo que é necessário para descobrir armas que poderiam lesionar o policial ou terceiros.⁴³

Além disso, ressaltou-se que a percepção⁴⁴ de “movimentos furtivos” não basta para ensejar uma abordagem: deve-se descrever a natureza dos “movimentos furtivos” a fim de ser possível aferir se efetivamente indicam razoavelmente a prática de crime. A presença em “área de alta criminalidade”⁴⁵ ou descrição genérica compatível (tal como apenas gênero e raça) com a de um suspeito procurado tampouco bastam:

“Movimentos furtivos” são um fundamento insuficiente para uma *stop and frisk* se o policial não consegue articular nada mais específico sobre a natureza suspeita do movimento. O mesmo raciocínio se aplica a uma “área de alta criminalidade” (*high crime area*). Ademais, nenhuma pessoa deve ser abordada exclusivamente porque corresponde a uma descrição vaga ou genérica – tal como “homem jovem negro de 18 a 24 anos” – sem maiores detalhes ou indícios de confiabilidade.

Na sequência, a juíza ressaltou que o NYPD mantém duas políticas em relação à filtragem racial na prática da *stop and frisk*: uma política escrita que requer suspeita razoável para a abordagem, e outra política não escrita que encoraja abordagens “nas pessoas certas, no momento certo, no local certo”. Esta última teria desencadeado incidência desproporcional de abordagens sobre negros e hispânicos, em situações em que não seriam abordados se fossem brancos, com base em fundamentos menos consistentes e com maior uso da força.

Assim, a magistrada determinou as seguintes medidas ao NYPD: 1) revisão das políticas e do treinamento no que toca à *stop and frisk* e à filtragem racial a fim de conformar-se à Constituição dos EUA e às leis nova-iorquinas; 2) revisão do formulário “*stop, question and frisk report worksheet*” (formulário UF-250), notadamente por meio da: (I) inclusão de seção de narrativa em que o policial deve registrar o motivo (*basis*) para a abordagem (*stop*); (II) inclusão de explicação em apartado do motivo para a revista (*frisk*); (III) simplificação e melhoria do sistema objetivo de *checkbox* (no qual o policial identifica a situação em uma opção previamente apontada no formulário), já em uso pelo NYPD; 3) reforma do sistema de

⁴³ *Floyd, et al. v. City of New York, et al.* 959 F. Supp. 2d 540 (2013), tradução livre. Tais determinações remetem à decisão proferida pela Suprema Corte no caso *Terry v. Ohio*, bem como às previsões específicas da legislação nova-iorquina (constantes da Seção 140.50 do *Criminal Procedure Law* de Nova Iorque) e às decisões proferidas pela Corte de Apelações de Nova Iorque.

⁴⁴ A Suprema Corte já decidiu que uma *stop and frisk* não pode ser feita a partir de denúncia anônima sem elementos que lhe confirmem confiabilidade e verossimilhança. *Florida v. J.L.* 529 US 266 (2000).

⁴⁵ Nesse sentido já se pronunciou a Suprema Corte dos EUA no caso *Illinois v. Wardlow*, 528 U.S. 119 (2000).

supervisão, monitoramento e disciplinamento, incluindo: (I) supervisão hierárquica da constitucionalidade das abordagens; (II) alterações no processo de imposição de disciplina aos policiais; e (III) monitoramento e investigação das reclamações dos civis sobre o uso da filtragem racial pelo NYPD; 4) utilização de câmeras nas vestes dos policiais em patrulha, em projeto com duração de um ano, em um *precint* por bairro (mais precisamente, no *precint* em que tiver ocorrido o maior número de abordagens desde 2012).

As medidas determinadas pela magistrada seguem-se, pois, à contundente verificação de práticas de filtragem racial por parte do NYPD e contrastam com o tratamento conferido ao tema pela Suprema Corte no caso Terry, em que o reconhecimento da discriminação racial sistemática pelas polícias estadunidenses foi acompanhada apenas da rejeição da aplicação da *exclusionary rule* como solução para o problema. Constata-se, pois, que tais medidas foram impostas com o objetivo de reduzir o uso da filtragem racial para a prática da *stop and frisk*, as quais não se reduzem apenas à vedação da abordagem motivada exclusivamente pela raça, mas envolvem, em especial, a rejeição da abordagem feita com base em considerações vagas quanto à atitude do indivíduo abordado, suficientes para ocultar o direcionamento racial.

A decisão, em face da qual o prefeito nova-iorquino Bill de Blasio optou por não recorrer, ainda produz recentes efeitos. Assim, em fevereiro de 2015, o NYPD editou, em atenção à decisão prolatada, um memorando⁴⁶ em que, entre outras providências, apresentam-se instruções aos policiais, em três tópicos: (1) “o que é uma abordagem?”, (2) “quando uma abordagem pode ser realizada?” e (3) “quando uma revista pode ser realizada?”.

Nesse contexto, conquanto ainda seja necessário aferir os efeitos que serão produzidos pela decisão, trata-se de uma relevante tentativa de conformar as práticas policiais à proibição constitucional de buscas, detenções e apreensões desarrazoadas constante da Quarta Emenda e, mais, à exigência constitucional de proteção igualitária (*equal protection clause*) constante da Décima Quarta Emenda. O devido cumprimento de tais preceitos constitucionais, contudo, exige maior cautela não só por parte dos policiais, mas também do aparato jurisdicional, responsável por fiscalizar e controlar a atividade policial e garantir a efetividade dos direitos civis de suspeitos e acusados em face da ação dos órgãos incumbidos do *law enforcement*.

Conclusão

⁴⁶ Finest Message: Court-ordered changes to NYPD practices and policies related to stops and frisks. Disponível em: <http://www.scribd.com/doc/257669291/Stop-and-Frisk-Memo> Acesso em 15/3/2016

A partir do cotejo entre os casos *Terry v. Ohio* (1968) e *Floyd, et al v. City of New York, et al* (2013), pode-se constatar que o controle judicial de validade da abordagem policial pode trilhar diferentes caminhos em relação ao problema da filtragem racial, que se mostra nevrálgica aos processos de criminalização secundária e de aplicação seletiva da lei (*selective enforcement*).

No caso *Terry v. Ohio*, a Suprema Corte, aparentemente preocupada em conferir à sociedade uma resposta em relação ao entendimento fixado anos antes no caso *Mapp*, ampliou o poder policial de detenção e revista de indivíduos no espaço público. Fixaram-se, na ocasião, requisitos autônomos para a detenção (*stop*) e para a revista (*frisk*), com o objetivo de delimitar as circunstâncias em que tais intervenções seriam admissíveis. Tais requisitos foram, contudo, facilmente flexibilizados pelas cortes estadunidenses nas décadas subsequentes, a partir de um nítido véu de cegueira racial. A questão do racismo institucional, por sua vez, como visto, chegou a ser registrada pela Corte no caso *Terry*, mas foi acompanhada de uma negação da responsabilidade do Poder Judiciário em relação ao problema, a ser resolvido por outras vias institucionais, sob o fundamento de que a exclusão das provas ilícitas no âmbito do processo penal não seria solução suficiente e teria o inconveniente de obstaculizar a repressão criminal. Nesse contexto, conferiu-se amplo espaço para a filtragem racial na prática de *stops and frisks*.

No caso *Floyd v. City of New York*, por sua vez, a julgadora municiou-se de dados estatísticos e de estudos de caso para concluir que o NYPD praticou *stops and frisks* com base em fundamentos vagos e imprecisos, o que possuía uma implicação direta em termos raciais, haja vista que as estatísticas da própria corporação evidenciavam a incidência desproporcional das abordagens em relação a negros e hispânicos. Nessa decisão, assim, reconhece-se o amplo espaço para o uso da filtragem racial nas abordagens e revistas, ainda que a raça raramente seja erigida como fundamento exclusivo para a intervenção policial. Nesse passo, determinaram-se variadas medidas (*remedies*) a fim de obstaculizar o uso da filtragem racial e conformar a prática da *stop and frisk* às disposições da Quarta e da Décima Quarta emendas à Constituição.

A decisão do caso *Floyd* constitui, portanto, um importante rompimento com o histórico de condescendência das cortes estadunidenses com abordagens policiais racialmente enviesadas e validadas a partir de fundamentos vagos e imprecisos. Nesse passo, em contraste com o evasivo tratamento conferido ao tema no caso *Terry*, essa recente decisão evidencia as amplas possibilidades de resposta judicial ao problema da filtragem racial na prática da *stop and frisk*, bem como lança luz sobre a responsabilidade das agências judiciais sobre o racismo institucional diariamente reproduzido pelo aparato policial.

Referências bibliográficas

- AMAR, Paul. Táticas e termos da luta contra o racismo institucional nos setores de polícia e de segurança. In: RAMOS, SILVIA; MUSUMECI, LEONARDA (Org.). *Elemento suspeito: abordagem policial e discriminação na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 6ª. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BECKER, Howard. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- DRIPPS, Donald. Criminal procedure, footnote four and the theory of public choice; or why don't legislatures give a damn about the right of the accused? *Syracuse Law Review*, v. 44, 1993.
- FORGIARINI, Matteo; GALLUCCI, Marcello; MARAVITA, Angelo. Racism and the empathy for pain on our skin. *Front. Psychology*, v. 2, n. 108, 2011.
- KATZ, Lewis. Terry v. Ohio at thirty-five: a revisionist view. *Mississippi Law Journal*, v. 47, 2004.
- MARGESON, William. Bringing the gavel down on stops and frisks: the equitable regulation of police power. *American Criminal Law Review*, v. 51, p. 739–772, 2014.
- MUNIZ, Jacqueline de Oliveira. *Discrecionalidad policial y aplicación selectiva de la ley en democracia*. Caracas: Universidad Nacional Experimental de la Seguridad (UNES), 2012.
- SALEEM, Omar. The Age of Unreason: the impact of reasonableness, increased police force, and colorblindness on Terry “stop and frisk”. *Oklahoma Law Review*, v. 50, n. 4, 1997.
- SCHWARTZ, Adina. “Just Take Away Their Guns”: The Hidden Racism of Terry v. Ohio. *Fordham Urban Law Journal*, v. 23, n. 2, p. 317–376, 1995.
- SHERMAN, Lawrence W.; SHAW, James W.; ROGAN, Dennis P. The Kansas City Gun Experiment. In: TRAVIS, JEREMY (Org.). *National Institute of Justice: Research in Brief*. U.S. Department of Justice: Office of Justice Programs, 1995.
- TRAWALTER, Sophie; HOFFMAN, Kelly M.; WAYTZ, Adam. Racial Bias in Perceptions of Others’ Pain. *PLoS One*, n. 7(11): e48546, 2012. Disponível em: <<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3498378/>>. Acesso em: 6/12/2015.
- WILSON, James Q. Just take away their guns. *The New York Times*, 1994. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/1994/03/20/magazine/just-take-away-their-guns.html?pagewanted=all&src=pm>>. Acesso em: 18/3/2016.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Direito penal brasileiro I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.