

AUTORITARISMO JUDICIAL: DISCUSSÕES ACERCA DOS POSSÍVEIS IMPACTOS DO ATIVISMO JUDICIAL NO CASO “BOATE KISS” AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Filipe Mateus Cruz Pereira¹

Resumo

Há muito se discute no direito pátrio acerca da crescente proatividade exercida por parte do Poder Judiciário, a qual, funcionando como verdadeira faca de dois gumes, divide opiniões no bojo da comunidade jurídica, uma vez que, de um lado, promove uma célere adaptação do Direito às evoluções e modificações sociais, sendo capaz de suprir as omissões legislativas em assuntos essenciais à população, enquanto do outro se torna uma potente arma para a arbitrariedade, consubstanciada na violação de direitos fundamentais, não só ao arrepio da lei, como da própria Constituição Federal, assim como não somente por juízes e Tribunais ordinários, como pela própria Corte Suprema, cenário este configurador do que se compreende atualmente por “ditadura do Poder Judiciário”, vislumbrado em inúmeros episódios na praxe forense, notadamente naqueles com maior repercussão midiática, onde a busca pelo protagonismo se mostra capaz de retorcer o ordenamento jurídico – incluindo a própria Carta Magna - ao seu bel prazer, conforme ocorrido no caso “Boate Kiss”, em que o ativismo judicial arbitrário alcançou um patamar nunca antes visto no Estado Democrático de Direito, rememorando um não tão distante período ditatorial.

Palavras-chave: Ativismo Judicial; Supremo Tribunal Federal; Direitos Fundamentais; Boate Kiss.

¹ Pós-graduando em Ciências Criminais na Faculdade Baiana de Direito; Graduado em Direito pelo Centro Universitário Jorge Amado; Advogado (licenciado); Assessor Técnico-Jurídico de Promotoria no Ministério Público do Estado da Bahia.

Abstract

There has been a long debate in Brazilian law about the increasing proactivity exercised by the Judiciary, which, functioning as a true double-edged sword, divides opinions within the legal community, since, on the one hand, it promotes a rapid adaptation of the Law to social evolution and changes, being able to supply legislative omissions in essential matters for the population, while on the other hand it becomes a powerful weapon for arbitrariness, embodied in the violation of fundamental rights, not only contrary to the law, but also to the Constitution itself, as well as not only by ordinary judges and Courts, but also by the Supreme Court itself, a scenario that configures what is currently understood by "dictatorship of the Judiciary", glimpsed in numerous episodes in forensic practice, notably in those with greater media repercussion, where the pursuit for protagonism proves capable of twisting the legal system - including the Magna Carta itself - to its desire, as occurred in the "Boate Kiss" case, in which arbitrary judicial activism reached a level never seen before in the Democratic State of Law, remembering a not-so-distant dictatorial period.

Keywords: Judicial Activism; Federal Court of Justice; Fundamental Rights; Kiss Nightclub.

Introdução

Em diversos países ao redor do globo, notadamente naqueles em que o Poder Judiciário dispõe de maior capacidade de atingir e modificar a realidade da sociedade em que se vê inserida, as discussões acerca do que se compreende por “ativismo judicial” têm se tornado cada vez mais frequentes e intensas.

Isto se deve ao fato de que, inegável tem sido o exercício da chamada “jurisdição expansiva”, ou seja, aquela cujo fundamento direciona-se para além da norma jurídica posta, com o fito – ao menos em tese - de promover uma atividade judicante mais eficiente, condizente com a realidade e “justa”, funcionando como uma consequência natural do pós-positivismo, haja vista a incapacidade sistemática do legislador em regulamentar as novidades sociais em tempo hábil.

No Brasil, principalmente nas últimas décadas, apercebe-se um colossal aumento no exercício do ativismo judicial, principalmente - mas não só - por parte das Cortes Superiores, nas mais variadas searas do fenômeno jurídico, fator que, conquanto vise, por um lado, sanar as discrepâncias hermenêuticas naturais referentes a determinadas temáticas, se mostra capaz, por outro, de promover gravíssima insegurança jurídica aos seus jurisdicionados.

Se tornou cada vez mais comum, na prática forense, deparar-se com turmas ou câmaras, de um mesmo Tribunal, inclusive – e principalmente - no âmbito do próprio Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, em que a compreensão formada acerca de determinada matéria seja diametralmente oposta a de outras, lançando toda a comunidade jurídica num mar de insegurança, uma vez que transmite-se a ideia de que a atividade jurisdicional não se pauta mais em normas jurídicas – sejam elas princípios ou regras -, mas sim em normas oriundas do imaginário de cada magistrado ou grupos de magistrados.

Considerando tal cenário, assim como o fato de que determinadas searas regem direitos fundamentais mais sensíveis do que outras, tal como no âmbito penal e processual penal, onde a liberdade, a reputação, a dignidade, ou até mesmo a integridade física, podem ser atingidas de maneira extrema, imperiosa se mostra a necessidade de discutir até que ponto considera-se legítima a discricionariedade do julgador no exercício de seu mister, obstando, deste modo, qualquer agir que ponha

em cheque normas constitucionais e infraconstitucionais, principalmente as que disponham sobre direitos e garantias fundamentais.

Para tanto, almeja o presente trabalho, por meio de um corte epistemológico dirigido ao caso “Boate Kiss”, em que novas e perigosas condutas oriundas do Poder Judiciário viram-se perpetradas, promover a devida e necessária reflexão acerca dos possíveis impactos que tais medidas podem causar em toda a ordem jurídica pátria, principalmente no que concerne aos direitos e garantias previstos na Carta Magna.

O caso objeto da presente análise, dada a repercussão que ganhara em razão do número de mortos e feridos, desaguou num polêmico e conturbado julgamento no âmbito do Tribunal de Júri, cujo resultado foi capaz de estremecer a presidência da Suprema Corte, de onde se partiu gravíssimo ativismo judicial, cuja semelhança rememoram os obscuros anos de exceção e cuja atenção da comunidade jurídica se faz imprescindível, em razão dos possíveis riscos que tal precedente pode gerar.

Portando, através de revisão bibliográfica, doutrinária e jurisprudencial, percorrerá o presente trabalho pela temática do ativismo judicial, sem o intento de exauri-lo, assim como pelo processo evolucionar dos direitos fundamentais no Brasil, com fim de, ao debruçar-se sobre o caso concreto ora citado, tornar possível a discussão acerca dos riscos que o evento neste ocorrido poderá causar ao fenômeno jurídico pátrio.

1. Ativismo judicial

1.1. Primeira manifestação histórica relevante

O que se compreende por “ativismo judicial” atualmente, expressão esta cujo conceito logo se fará presente, dada a complexidade que carrega, integra a atividade jurisdicional há alguns séculos, sendo alvo de elogios em determinados momentos, assim como de críticas noutros.

Para esclarecimento de sua origem, necessário se faz voltarmos nossa atenção aos Estados Unidos, local este que funcionou como o nascedouro da sua manifestação, seguida da criação da expressão, assim como das energéticas discussões acerca do tema, tendo como pontapé inicial o emblemático caso *Marbury versus Madison*, julgamento que presenteou a comunidade jurídica com uma série de inovações, principalmente no que tange à temática do controle de constitucionalidade, lá compreendida como *Judicial Review* e, no caso do presente estudo, com as primeiras impressões do que venha a ser o ativismo judicial².

O notório julgamento, caracterizado pela doutrina como sendo a “pré-história do ativismo judicial”³ - uma vez que se dera antes mesmo da criação do termo -, foi realizado pelo juiz John Marshall em 1803, quando William Marbury impetrou um *writ of mandamus* diretamente perante a Suprema Corte norte americana em face do então Secretário de Estado, James Madison, visando lhe fosse garantido os poderes de Juiz de Paz do Distrito de Columbia, para o qual havia sido nomeado pelo presidente John Adams ao final de seu mandato, uma vez que, Thomas Jefferson, sucessor deste, havia ordenado que Madison negasse a investidura de Marbury⁴.

Para tanto, se valeu Marbury da Seção 13 do *Judiciary Act* de 1789, a qual havia conferido à *Supreme Court* a competência originária para julgamento de *mandamus* contra autoridades públicas, hipótese em que se enquadrava Madison⁵.

² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2012, p. 18.

³ Ibidem, p. 26.

⁴ CASAGRANDE, Cássio Luís; TIBÚRCIO, Dalton Robert. Marbury v. Madison: uma decisão política de manter a Corte fora da política. Belo Horizonte: A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, 2019, n. 76, p. 208-209.

⁵ CAMPOS, op. cit., p. 38.

Em sede de julgamento, pode-se aferir sua divisão em dois grandes blocos, sendo o primeiro no qual se deu o julgamento de mérito, compreendendo a Corte que assistia razão à *Marbury*, uma vez que sua nomeação encontrava-se em perfeito estado jurídico, restando configurado o seu direito à posse⁶.

O segundo, por sua vez, considerado o mais emblemático, consistiu no *Judicial Review* que resultou, em verdadeiro exercício de ativismo judicial, na declaração de inconstitucionalidade da referida Seção 13 do *Judiciary Act* de 1789, afirmando, numa interpretação expansiva da Constituição – visto que, por ser sintética, não traz maiores detalhes acerca do judiciário federal –, não possuir a *Supreme Court* competência originária para promover o controle dos atos das altas autoridades governamentais⁷.

Para tanto, vemos que:

Marshall extraiu a possibilidade de a Corte declarar a inconstitucionalidade de uma lei editada pelo Congresso da noção de superioridade e de normatividade da Constituição. A Constituição, por ser superior, deve prevalecer sobre as leis que lhes são contrárias. Por outro lado, a Constituição, por ser norma jurídica, deve ser aplicada ao caso sujeito à apreciação do juiz. A superioridade da Constituição, por sua vez, decorreria da adoção de uma Constituição escrita e de um Governo limitado. A decisão da Corte invocou, ainda, como fundamento para a judicial review, o juramento dos juizes de obedecerem à Constituição.⁸

Deste modo, resta evidente como *Marbury versus Madison* foi indubitavelmente o cerne para muitas discussões inovadoras, dentre elas, acerca do que se entende por ativismo judicial, o qual, apesar de sequer ser uma expressão existente à época, foi a manifestação patente de uma atividade jurisdicional para além do legalismo-positivista vigente, tornando possível um exercício interpretativo capaz de influir na ordem jurídica e social na qual se inseria, promovendo, nesta hipótese, uma verdadeira evolução no fenômeno jurídico.

⁶ CASAGRANDE, Cássio Luís; TIBÚRCIO, Dalton Robert. *Marbury v. Madison: uma decisão política de manter a Corte fora da política*. Belo Horizonte: A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, 2019, n. 76, p. 210.

⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2012, p. 39.

⁸ CASAGRANDE; TIBÚRCIO, op. cit., p. 212.

Tal episódio mostra, como também será explanado em breve, que o exercício do ativismo judicial configura poderosa arma de cunho político-jurídico, a qual, a depender do ideais daqueles que a possuem, poderá ser utilizada como verdadeira ferramenta de progresso, assim como de retrocesso, hipóteses de que dispõe a história de incontáveis exemplos, inclusive no direito pátrio.

1.2. Origem terminológica

Conquanto manifestações de ativismo judicial tenham ocorrido há alguns séculos, conforme demonstrado anteriormente, é robusta a doutrina no sentido de que a origem do termo somente veio a lume em 1947, através do historiador norte americano, Arthur Schlesinger Jr., no artigo “*The Supreme Court: 1947*”, publicado na edição nº 1 da revista *Fortune*, em janeiro daquele ano⁹.

No artigo, Schlesinger vislumbra o ativismo judicial como uma ferramenta a ser utilizada em prol do bem-estar político-social, uma vez que conferia ao magistrado a flexibilidade no raciocínio jurídico necessária ao alcance de melhores soluções para casos concretos, diferentemente daqueles juízes rotulados pelo autor como *champions of self-restraint* ou “campeões do autocomedimento¹⁰ ou autorrestrição¹¹”, os quais carregavam consigo a compreensão de que não caberia ao judiciário ir além dos limites estabelecidos pelo ordenamento, fato que, segundo Keenan D. Kmiec, ao comentar o citado artigo, não passaria de mera ilusão imaginar que o ato de julgar seria munido de objetividade¹².

Para Schlesinger, portanto, o juiz ativista é aquele que substitui a chamada “vontade do legislador” com o fim de atuar ativamente em prol dos direitos que hoje consideramos como fundamentais, notadamente no que concerne ao direito das minorias, ainda que para tanto promovesse o judiciário alterações sólidas no

⁹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2012, p. 31.

¹⁰ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. São Paulo: Revista Direito GV, 2012, p. 39.

¹¹ CAMPOS, op. cit., p. 32.

¹² TEIXEIRA, op. cit.

ordenamento¹³, fato vastamente vislumbrado na atualidade do fenômeno jurídico brasileiro.

Contudo, apesar de Schlesinger ver, à época, o ativismo judicial como uma possibilidade de juízes atuarem com altruísmo na promoção de direitos essenciais à sociedade, resta-se evidente, como já afirmado, tratar-se de uma poderosa arma que, em tribunais ao redor de todo o globo, se fez capaz de não só, de fato, promover uma evolução na abordagem jurídica de temas com relevâncias imensuráveis, como também de causar diversos retrocessos e abusos pautados em interesses duvidosos de tribunais e/ou magistrados.

Tal paradoxo se faz cristalinamente visível no direito pátrio quando, por exemplo, vemos como diuturnamente o Supremo Tribunal Federal retorce o ordenamento por meio de uma jurisprudência volátil e causadora de extrema insegurança jurídica, garantindo, por vezes, vitoriosos avanços jurídicos – dignos de congratulações, ressalte-se -, assim como obscuros e teratológicos retrocessos, notadamente no âmbito material e processual da seara penal, fatores tais que exigem da comunidade jurídica cada vez mais atenção e preocupação quanto aos limites – se é que existem – do exercício do ativismo judicial no Brasil.

Por fim, imprescindível é trazer ao bojo do presente trabalho um conceito que melhor englobe a aplicabilidade contemporânea do que venha a ser, de fato, ativismo judicial, o que se faz por meio de Carlos Alexandre de Azevedo Campos, que brilhantemente mostrou-se capaz de desenvolvê-lo com precisão cirúrgica, dispondo que:

[...] entendo o ativismo judicial como o exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos, que: (a) deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais; (b) responde aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos; (c) se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias.¹⁴

¹³ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2012, p. 32.

¹⁴ Ibidem, p. 152.

1.3. Ativismo judicial no Brasil

No que diz respeito ao Brasil, aduz a doutrina de peso que, com o advento da Constituição Federal de 1988, o Poder Judiciário, principalmente o Supremo Tribunal Federal, adquiriu evidente relevância perante o cenário nacional, de cunho não somente jurídico, como também político, tornando-se capaz de promover, com maior intensidade, o cumprimento da Carta Magna e demais disposições normativas, inclusive perante os demais poderes da república¹⁵.

Deste modo, torna-se possível aferir, nas últimas décadas, inúmeros casos em que o Supremo, valendo-se de um ativismo judicial, promoveu julgamentos capazes de atingir substancialmente a realidade social, seja para fins progressistas, seja para fins de retrocesso.

Neste sentido, observamos que:

Inúmeros são os exemplos de ativismo judicial no cenário atual do país. Dentre eles pode-se citar o reconhecimento da união estável entre os homossexuais (ADI nº 4.277/DF e ADPF nº 132/RJ, rel. min. Ayres Britto, julgamento em 5/5/2011), o aborto nos casos de fetos anencefálicos (ADPF nº 54, rel. min. Marco Aurélio, julgamento em 11/4/2012), a constitucionalidade para as pesquisas em células-tronco embrionárias (ADI nº 3.510, rel. min. Ayres Britto, julgamento em 29/5/2008), e várias outras decisões emblemáticas em que o Poder Judiciário saiu de sua esfera de julgador e, mesmo podendo se utilizar da norma posta, discricionariamente decidiu inovar no ordenamento pátrio, criando, assim, uma solução que não estava descrita legislativamente.¹⁶

Seguindo o mesmo caminho lógico, alerta a doutrina para o risco que tal ativismo carrega, uma vez tratar-se de espécie de carta branca para que o Poder Judiciário, diante da omissão ou ineficiência dos Poderes Executivo e Legislativo, diga o destino da nação, tendo em vista que, diferentemente destes, não foram os juízes, tampouco os ministros das Cortes Superiores eleitos democraticamente pelo povo, fato de acabaria por violar inúmeros princípios fundamentais, como do Estado

¹⁵ DIAS, Lucas Albuquerque. *Ativismo judicial: aspectos históricos e conceituais*, 2016. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/47213/ativismo-judicial-aspectos-historicos-e-conceituais>>. Acesso em: 06 de jan. 2022.

¹⁶ GOMES, Magno Federici; CABRAL, Ana Luiza Novais. *O ativismo norte-americano e brasileiro: características, paralelo, sustentabilidade e influência das decisões ativistas estadunidenses no direito pátrio*. Rio Grande do Sul: Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da Unijuí, 2019, p. 105.

Democrático de Direito, da separação de poderes, assim como da própria segurança jurídica.

Com base no exposto, compreende-se que:

[...] O déficit democrático do Judiciário no enfrentamento dos assuntos de maior gravidade enfraquece a legitimidade do Estado como agente de promoção da paz social e do desenvolvimento humano, pois as escolhas políticas fundamentais, quando feitas pelo Judiciário, não possuem a representatividade popular necessária e, em consequência, não podem ser cobradas pelo próprio povo, como ocorre, por exemplo, com o “juízo pelas urnas” ao qual os membros de cargos eletivos do Executivo e do Legislativo são submetidos, no mínimo, a cada quatro anos.¹⁷

Parte da doutrina ressalta ainda a naturalidade com que o Supremo Tribunal Federal passou a efetuar o controle de constitucionalidade de leis e, principalmente, de emendas constitucionais, por meio de suas variadas modalidades (interpretação conforme; declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto etc.), em hipóteses que não se evidencia afronta constitucional direta, tampouco superação da mera dúvida razoável, fato que muitos consideram verdadeira afronta à separação de poderes¹⁸.

Sobre o tema, discorre Carlos Campos sobre o que chama de “ativismo judicial antidialógico”, afirmando que:

A interpretação constitucional não pode ser encarada como uma tarefa exclusiva do Supremo Tribunal Federal. A Corte pode ter a última palavra sobre um caso particular, mas não necessariamente acerca da questão constitucional mais ampla que governa o caso. A definição dessa questão mais ampla deve ser o resultado de uma “construção coordenada” entre os poderes, i.e., de um processo dialógico. O respeito ao espaço dos demais poderes torna a atuação do Tribunal mais legítima e agrega valor ao processo de construção dos significados da Constituição. Comportamento diverso representará uma forma de ativismo aprioristicamente ilegítimo: o ativismo judicial antidialógico.¹⁹

¹⁷ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. São Paulo: Revista Direito GV, 2012, p. 50.

¹⁸ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2012, p. 307.

¹⁹ Ibidem, p. 320.

Com base no exposto, conquanto disponha a Corte Suprema de brilhantes julgados realizados em verdadeiro ativismo, incontáveis também são aqueles em que o fez de maneira questionável, tal como trazido pelo supracitado autor, a título de exemplo, ao mencionar o julgamento da ADI nº 2.797/DF, em que o Supremo declarou a inconstitucionalidade da Lei nº 10.628/2002, que incluía no CPP a manutenção do foro por prerrogativa de função ainda que o inquérito ou a ação penal fossem instaurados após a cessação do exercício da função, tão somente porque contrariava interpretação anterior da Corte sobre a matéria, sob o argumento do Ministro Sepúlveda Pertence, em síntese, de que caberia somente àquele Tribunal a interpretação da Constituição, o que fora rechaçado pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, os quais invocaram o fato de caber também ao Legislativo tal mister, uma vez que o próprio ato de legislar envolve a interpretação da Carta Magna²⁰.

Este exemplo, assim como muitos outros fáceis de encontrar na jurisprudência da Corte Suprema, demonstram como a aceção do ativismo judicial possui dupla vertente, positiva e negativa, e como esta é extremamente perigosa para o Estado Democrático de Direito, uma vez que inimaginável é o alcance do dano que poderá ser causado.

Mais à frente, será apresentado gravíssimo posicionamento adotado pelo presidente do Supremo diante do notório caso “Boate Kiss”, o qual causou perplexidade na comunidade jurídica, uma vez que põe em risco uma das mais valiosas garantias constitucionalmente previstas.

2. Direitos e garantias fundamentais

2.1. Noções gerais e direcionamentos metodológicos

A noção que se possui acerca do que consistem os direitos fundamentais advém originalmente, segundo a doutrina, das lições do brilhante jurista alemão Robert Alexy, em sua obra *Teoria dos direitos fundamentais*²¹, onde busca o autor

²⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2012, p. 321/322.

²¹ GORZONI, Paula. Entre o princípio e a regra: teoria dos direitos fundamentais. São Paulo, SciELO – Scientific Eletronic Library Online, 2009, p. 273.

debruçar-se acerca da temática, fazendo inclusive a clássica distinção entre as espécies normativas, quais sejam, princípios e regras.

Entretanto, primeiramente se mostra necessária uma apresentação do que, de fato, sejam direitos fundamentais, o que o fazemos por meio de conceito simples e prático trazido pelo magistrado Alexandre Guimarães Gavião Pinto:

[...] os direitos fundamentais representam o núcleo inviolável de uma sociedade política, com vistas a garantir a dignidade da pessoa humana, razão pela qual não devem ser reconhecidos apenas formalmente, mas efetivados materialmente e de forma rotineira pelo Poder Público.

Constituem [...] legítimas prerrogativas que, em um dado momento histórico, concretizam as exigências de liberdade, igualdade e dignidade dos seres humanos, assegurando ao homem uma digna convivência, livre e isonômica.²²

Nesta senda, Alexy divide a compreensão da norma jurídica em duas grandes espécies, quais sejam, princípios e regras. No que tange ao primeiro, afirma o autor tratar-se do que chama de “mandamentos de otimização”, configurando normas que transmitem direitos cuja observância deverá se dar na maior medida possível no caso concreto. Quanto ao segundo, por sua vez, dispõe que são “mandamentos definitivos”, normas que observam a regra do “tudo ou nada”, ou seja, sua observância ocorrerá, ou não, no caso concreto, não havendo se falar em meio-termo²³.

Isto serve para demonstrar, portanto, que os direitos fundamentais possuem diversas formas de manifestação no fenômeno jurídico, manifestando-se sob a forma de princípios – principalmente através da Carta Magna –, dispendo de alta abstração normativa, como também por meio de regras – notadamente quando o legislador infraconstitucional busca traçar parâmetros mínimos para exercício daquele direito -, tornando possível – ou almejando tornar -, desta forma, seu exercício cada vez mais plástico na prática forense.

²² PINTO, Alexandre Guimarães Gavião. Direitos fundamentais: legítimas prerrogativas de liberdade, igualdade e dignidade. Rio de Janeiro: Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ, 2009, p. 126.

²³ GORZONI, Paula. Entre o princípio e a regra: teoria dos direitos fundamentais. São Paulo, SciELO – Scientific Eletronic Library Online, 2009, p. 274.

Tais direitos visam, deste modo, garantir aspectos básicos, essenciais e, até mesmo, inerente aos seres humanos, abarcando desde aspectos voltados às liberdades individuais, aspectos políticos, sociais, além de uma infinidade de outros, diretamente voltados à vida humana moderna, como forma de promover o exercício de uma vida digna ao ser humano²⁴.

Como bem discorre o então Ministro do STF, Alexandre de Moraes, a doutrina moderna subdivide os direitos fundamentais em três principais gerações/dimensões, as quais decorrem de determinados períodos históricos e tutelam direitos fundamentais específicos, somando-se uns aos outros como um verdadeiro processo evolutivo²⁵.

Neste sentido, observa-se que os direitos de primeira geração/dimensão, considerados como direitos civis e políticos, oriundos do fenômeno histórico da Revolução Francesa, compreendem as liberdades chamadas clássicas, negativas ou formais, uma vez que impõem ao Estado o dever de se abster de imiscuir-se na vida dos indivíduos, colocando em evidência o princípio da liberdade. Os direitos de segunda geração/dimensão, por sua vez, classificados como direitos econômicos, sociais e culturais, são as verdadeiras liberdades positivas, reais ou concretas, visto que impõe ao Estado o dever de agir com o fim de garantir condições mínimas e dignas para o exercício dos direitos sociais, como o direito à educação, saúde, trabalho etc., colocando em evidência os direitos à igualdade. Por fim, os direitos de terceira geração/dimensão correspondem aos direitos ditos difusos, coletivos e individuais homogêneos, como o direito do consumidor, direitos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, dentre outros, pondo em evidência os direitos à fraternidade²⁶.

²⁴ ALMEIDA, Leonardo Monteiro Credo de. Direitos fundamentais e a democracia agonística: considerações jurídicas sobre a teoria política de Chantal Mouffe. Rio de Janeiro: Revista Direito e Praxis, 2019, p. 960.

²⁵ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 2003, p. 46.

²⁶ Ibidem, p. 46/47.

Por sua vez, no que concerne às chamadas garantias fundamentais, observa-se possuir estas um condão majoritariamente instrumental/processual, como forma impor – caso devido concretamente – o cumprimento de determinados direitos fundamentais, estes cuja característica primordial volta-se, em regra, ao direito material²⁷.

Dispõe ainda Ingo Sarlet acerca da existência dos chamados “direitos-garantia”, consubstanciados nas conhecidas ações constitucionais, tais como o mandado de segurança, habeas corpus, habeas data, mandado de injunção, dentre outros²⁸.

Portanto, com base na compreensão geral ora exposta, imprescindível é, para delimitação precisa do presente trabalho, o necessário aprofundamento em três direitos e garantias fundamentais cuja conexão com a temática do ativismo judicial e dos seus possíveis riscos provenientes do quanto ocorrido no caso “Boate Kiss” virá a ser feito logo em seguida, quais sejam: Estado Democrático de Direito, Liberdade de locomoção e Habeas Corpus.

2.2. Estado Democrático de Direito

As discussões acerca do que se compreende por Estado Democrático de Direito revestem-se, em verdade, de considerável complexidade, cujo nascedouro remonta a séculos passados, perpassando pelo entendimento dos três elementos que o compõe, quais sejam, Estado, Democracia e Direito. Contudo, visto não ser o objetivo do presente trabalho exaurir a temática, será adotada uma abordagem objetiva e de fácil compreensão, tornando possível o alcance do objetivo visado ao final da obra.

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Conceito de direitos e garantias fundamentais. São Paulo: Enciclopédia jurídica da PUC-SP, Tomo Direito Administrativo e Constitucional, ed. 1, 2017, disponível em: < <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/67/edicao-1/conceito-de-direitos-e-garantias-fundamentais>>. Acesso em: 08 de jan. 2022.

²⁸ Ibidem.

O ponto de partida objetivamente estipulado se dá a partir da concepção doutrinária do *Estado de Direito*, originada na Alemanha nos idos de 1813, surgida como mais uma resposta da burguesia contra o absolutismo, cujo fundamento pautava-se na submissão do governante ao ordenamento jurídico, este cuja composição normativa seria oriunda da vontade do povo, sem imiscuir-se, contudo, nas liberdades individuais – Estado liberal²⁹.

Em resumo, afirma a doutrina que “[na] prática, o Estado de Direito é o que decorre das Revoluções Burguesas, caracterizando os Direitos Fundamentais de primeira dimensão, marcados, pois, por uma passividade do Estado”³⁰.

Com base nesta ideia, interessante observação faz Enio Moraes da Silva:

Não se pode deixar de registrar, neste ponto, que das revoluções burguesas do século XVIII não nasceu a democracia, mas delas se originou, isto sim, o governo representativo, conceito mais restrito do que o de democracia, considerando que a participação popular no governo daquele período restou bastante limitada.³¹

Deste modo, denota-se que, conquanto se falasse em submissão do governante ao princípio da legalidade, cujo objeto dizia-se manifestação da vontade do povo, não se observava, na prática, qualquer indício de manifestação democrática, uma vez que a participação da massa popular era praticamente ínfima, o que resultava basicamente em mera manutenção de poder pelos seus detentores.

Por sua vez, considerando a ruína do Estado de Direito em sua manifestação liberal, visto que intensa foi a desigualdade social gerada pela passividade do poder público, iniciou-se um processo evolutivo ao final do século XIX e início do século XX que culminou no chamado Estado Social, cuja abordagem intervencionista – diferentemente da figura anterior -, visava garantir a observância de direitos básicos à sociedade, notadamente os direitos econômicos, sociais e culturais³².

²⁹ SILVA, Enio Moraes da. O estado democrático de direito. Brasília: Revista de informação legislativa, 2005, p. 218.

³⁰ SIQUEIRA, Alessandro Marques de. Estado democrático de direito, 2008. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12155/estado-democratico-de-direito>>. Acesso em: 10 de jan. 2022.

³¹ SILVA, op. cit., p. 219.

³² Ibidem, p. 222.

Contudo, assim como o Estado Liberal, o Estado Social não conseguiu alcançar a essencialidade de seus objetivos, principalmente no que concerne à promoção da efetiva participação democrática no processo político³³, uma vez que estados autoritários passaram a se utilizar de questões sociais como forma de se promover e impor suas vontades, sem observância – evidente – dos anseios do povo.

Diante de tal cenário, surge, portanto, o Estado Democrático de Direito, como uma tentativa de combater os antidemocráticos “estados sociais”, por meio de - dentre outros - mecanismos institucionais de controle do poder político³⁴.

Na mesma linha, vemos que:

O Estado Democrático de Direito vem calcado não apenas na obediência em seu âmbito de atuação à legalidade, mas também e principalmente, na existência da necessidade de legitimidade de suas decisões, legitimidade esta que só é alcançada quando respaldada pela vontade do povo, o que se dá mediante a participação na formação da vontade estatal, individualmente, ou por meio de organizações sociais ou profissionais. Isto porque é a participação que proporciona à população a oportunidade de manifestar livremente, sem restrições, sua própria vontade.³⁵

Tal princípio traz a *lume*, portanto, uma nova perspectiva de condução da vida política, em que o povo – ao menos em tese – deixa de ser mero espectador e passa a se ver inserido no próprio cerne do fenômeno, indo desde o processo de candidatura e eleição, perpassando por participações no processo legislativo (plebiscito, referendo e iniciativa popular), até à possibilidade de uso de procedimentos de remoção de agentes políticos eleitos (impeachment), ferramentas tais que buscam garantir, cada vez mais, a legitimidade daqueles que ocupam cargos de elevada importância na condução da coisa pública.

³³ BRADBURY, Leonardo Cacau Santos La. Estados liberal, social e democrático de direito: noções, afinidades e fundamentos, 2006. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/9241/estados-liberal-social-e-democratico-de-direito>>. Acesso em: 10 de jan. 2022.

³⁴ SILVA, Enio Moraes da. O estado democrático de direito. Brasília: Revista de informação legislativa do Senado Federal, 2005, p. 225.

³⁵ KAMMER, Iris. Considerações sobre o estado democrático de direito e os fundamentos da República Federativa do Brasil. São Paulo: Biblioteca Digital da Assembleia Legislativa de São Paulo, 2003, p. 2.

No Brasil, temos com a Constituição Federal de 1988 a primeira manifestação do Estado Democrático de Direito, fato cuja relevância se mostra evidente na história do país, uma vez que consagra-se símbolo da superação de um período de exceção vivido com o golpe militar ocorrido em 1964, fazendo questão o Constituinte de mencioná-lo em pleno art. 1º da Carta Magna, afirmando que “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em **Estado Democrático de Direito** e tem como fundamentos [...]”³⁶ (grifei).

Por fim, fez também constar o Legislador Máximo, no parágrafo único do mesmo art. 1º, que “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”³⁷, ressaltando, desta forma, o caráter democrático que regeria a vida política no Brasil, de modo que não só o estado-legislador, como também o estado-administração e o estado-juiz – em certa medida -, como forma de garantirem sua legitimidade, veem-se agora limitados a agir dentro dos parâmetros estipulados pela Norma Suprema, em frontal observância do princípio democrático, promovendo, assim, a tão sonhada justiça social almejada pela maioria excluída³⁸.

2.3. Liberdade de locomoção

A liberdade de locomoção, desdobramento do direito à liberdade, trata-se de direito inerente à própria condição humana, sendo muitas vezes equiparado, em nível de importância, ao direito à vida, além de ocupar, consoante há muito consolidado nos estudos acerca da temática, a primeira geração/dimensão de direitos fundamentais, esta que trata do exercício dos direitos civis e políticos, em que as liberdades individuais se veem postas em evidência e impõem à figura estatal a abstenção de ingerências exacerbadas.

³⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, artigo 1º, *caput*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 de jan. 2022.

³⁷ *Ibidem*, artigo 1º, parágrafo único.

³⁸ MORAES, Ricardo Quartim. A evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente. Brasília: Revista de Informação Legislativa do Senado Federal, 2014, p. 280.

Neste sentido:

A primeira geração de direitos situa-se na primeira metade do século XIX e corresponde aos direitos e liberdades de caráter individual, como, por exemplo, a liberdade de religião e de consciência, a liberdade de circulação e de expressão, o direito de propriedade e da inviolabilidade do domicílio. A característica comum de todos estes direitos é a de protegerem o indivíduo contra o arbítrio ou abuso do Estado.³⁹

Os direitos relacionados às liberdades individuais, portanto, possuem como marco histórico de sua manifestação positivada, os movimentos revolucionários burgueses ocorridos na França no final do século XVIII, dentre os quais ressalta-se a Revolução Francesa, em 1789, cujo resultado culminou na elaboração da chamada *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, em que inúmeros direitos de primeira geração/dimensão viram-se arrolados, dentre os quais o direito à propriedade, segurança, resistência à opressão, assim como o direito à liberdade, que se vê manifestado pelas suas diversas facetas, como a liberdade de locomoção, de pensamento, opinião, crença, dentre outros⁴⁰.

No Brasil, temos com a “*Constituição Política do Império do Brasil de 1824*” a primeira manifestação oficial, em nível constitucional, tanto do direito à liberdade, ao dispor no *caput* de seu art. 179 que “A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império [...]”, assim como da própria liberdade de locomoção, consoante inciso VI do mesmo dispositivo, trazendo que “Qualquer [um] póde conservar-se, ou sahir do Império, como lhe convenha, levando consigo os seus bens, guardados os Regulamentos policiaes, e salvo o prejuizo de terceiro”⁴¹.

³⁹ LOBATO, Anderson Cavalcante. O reconhecimento e as garantias constitucionais dos direitos fundamentais. Brasília: Revista de informação legislativa do Senado Federal, 1996, p. 89.

⁴⁰ CARVELLI, Urbano; SCHOLL, Sandra. Evolução histórica dos direitos fundamentais: da Antiguidade até as primeiras importantes declarações nacionais de direitos. Brasília: Revista de informação legislativa do Senado Federal, 2011, p. 182.

⁴¹ BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil de 1824. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 11 de jan. 2022.

Com a Constituição Cidadã de 1988, por sua vez, buscou o Constituinte aprofundar-se ainda mais na temática, primeiramente trazendo tais disposições para o início do corpo normativo – diferentemente das Cartas anteriores -, bem como prevendo extenso rol de direitos e garantias fundamentais, consoante se denota do famoso artigo 5º, o qual atualmente conta com 78 incisos, assim como dos demais que integram o Título II⁴².

Ainda no citado artigo 5º, é possível observar a imprescindibilidade do direito à liberdade na ordem constitucional vigente, uma vez que o Legislador Máximo o fez constar já no *caput* do dispositivo, o qual considerado verdadeiro emblema dos direitos e garantias fundamentais no direito brasileiro, dispondo que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, **à liberdade**, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”. (grifei)

Ademais, a liberdade de locomoção propriamente dita se viu expressamente prevista no inciso XV do dispositivo ora discutido, aduzindo o Constituinte que “é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”.

Entretanto, assim como os demais direitos fundamentais dispostos no ordenamento, não goza o direito à liberdade de locomoção de manifestação absoluta, sendo possível a sua privação, contanto que observado o devido processo legal (art. 5º, inciso LIV), assim como a existência de ordem escrita e fundamentada da autoridade competente (art. 5º, inciso LXI), sob pena de ser considerada arbitrária e, portanto, ilegal.

Seguindo a mesma linha, André Ramos Tavares afirma que:

[...] por não ser direito absoluto, encontra limitação nos demais direitos consagrados. Nesse sentido, o Direito de Propriedade constitui limite à ampla liberdade de locomoção. No Direito Penal, os inúmeros casos de ilícitos autorizam a retirada de seus autores — ainda que provisoriamente e sem provas cabais da respectiva autoria delitual — da liberdade que aqui se analisa. Para tanto, não poderia deixar de haver previsão também de ordem constitucional, que se encontra no inciso XLVI do art. 5º, ao prever as penas a serem adotadas pela lei, elencando, dentre outras, a privação ou restrição da liberdade. Acrescentem-se, ainda, todas as normas constitucionais que adotam

⁴² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 de jan. 2022

valores dignos de tutela penal. A lei infraconstitucional só está autorizada a suprimir — em tese — a liberdade do cidadão por força da conjugação desses dois pressupostos: pena e valor previstos constitucionalmente.⁴³

Deste modo, resta evidente o quão importante é o exercício do direito à liberdade – notadamente a liberdade de locomoção – para a própria vida humana, importância tal que se vê espelhada nas inúmeras espécies de manifestação deste direito previstas na Carta Magna, assim como nas ferramentas – remédios - aptas a tutelá-las, dentre as quais será destacado, para fins de alcance do objetivo do presente trabalho, o *Habeas Corpus*.

2.4. Habeas Corpus

Conquanto existam inúmeras passagens históricas que digam respeito ao uso de uma ferramenta jurídica ou até sociocultural cujo fim primordial fosse fazer cessar a restrição indevida da liberdade de alguém, será estabelecido no presente trabalho, com o fim de se evitar um regresso *ad infinitum*, o período da assinatura da Magna Carta de 1215 como recorte histórico ideal, a partir do qual serão analisados os fatos que deram ensejo à figura do *Habeas Corpus* existente atualmente.

Durante o século XIII, a Inglaterra viveu um período de extrema arbitrariedade por parte do rei João Sem Terra, tais como aumentos abusivos de impostos, prisões sem fundamento, além de represálias aos seus opositores. Tal cenário, portanto, impulsionou os barões da época a impor ao citado rei a assinatura de uma carta responsável por limitar o exercício até então desmedido de seus poderes, pondo em evidência inúmeros direitos condizentes às liberdades individuais, assim como o direito ao devido processo legal (*due process of law*), motivo pelo qual até hoje é símbolo de grande vitória no que tange aos direitos fundamentais⁴⁴.

⁴³ TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 653.

⁴⁴ CARDOSO, Antônio Manoel Bandeira. A Magna Carta: conceituação e antecedentes. Brasília: Brasília: Revista de informação legislativa do Senado Federal, 1986.

Séculos após, mergulha novamente a Inglaterra em escândalos envolvendo violações de direitos humanos fundamentais por parte de abusos oriundos da monarquia, o que mais uma vez enseja em novel conquista jurídica para a época.

Neste sentido:

[...] O exacerbamento do poder ocasiona, novamente, despautérios por parte do governo real. Novamente Carlos I e seu conselho, antes de serem depostos, usam de seu poder de prisão sem justificativa legal [...] Portanto, com a revolução que retirou o poder de Carlos I foi estatuído o Habeas Corpus Act (1640); efetivaram-se regras processuais cimentando a garantia e, além do mais, estatuiu multa e responsabilização, se o ofendido sofresse prejuízo, ao juiz ou oficial que não cumprisse o estabelecido⁴⁵.

Em 1679, por sua vez, com novos embates envolvendo a monarquia absolutista inglesa, se vê o Habeas Corpus Act reforçado, ganhando destaque naquele ordenamento, assim como adquirindo os contornos atuais que a ferramenta possui. Sem embargo, temos em 1816 mais uma reforma ao instituto, a qual ampliou o alcance de seu antecessor, possibilitando o seu uso agora também ao âmbito cível e administrativo⁴⁶.

No Brasil, diferentemente do que ocorre atualmente, não logrou a figura do Habeas Corpus posição constitucional imediata, haja que a Carta Imperial de 1824 sequer o mencionou, nascendo o instituto no ordenamento pátrio somente com o Código de Processo Criminal do Império de 1832, em seus arts. 340 a 355.

Sobre o tema, dispõe a aludida norma processual que:

Art. 340. Todo o cidadão que entender, que elle ou outrem soffre uma prisão ou constrangimento illegal, em sua liberdade, tem direito de pedir uma ordem de - Habeas-Corpus - em seu favor⁴⁷.

⁴⁵ MASSAÚ, Guilherme Camargo. A história do habeas corpus no direito brasileiro e português. Vitória: Revista Ágora, 2008, p. 09/10.

⁴⁶ Ibidem, p. 10/11.

⁴⁷ BRASIL. Lei de 29 de novembro de 1832: Promulga o Codigo do Processo Criminal de primeira instancia com disposição provisoria ácerca da administração da Justiça Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-29-11-1832.htm>. Acesso em: 12 de jan. 2022.

A Lei nº 2.033/1871, em seguida, trouxe ao direito brasileiro, em seu art. 18, novéis aprofundamentos no exercício do direito ao Habeas Corpus, dentre os quais pode-se citar a possibilidade de sua impetração preventiva por aquele que ainda não tinha sido privado ilegalmente de sua liberdade, mas que encontrava-se na iminência de sê-lo, assim como a previsão do cabimento de recurso à uma autoridade superior quando da negativa de ordem por parte de uma autoridade inferior⁴⁸.

Foi somente com a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891 que o instituto do Habeas Corpus adquiriu feição constitucional no ordenamento pátrio, com previsão no art. 61, item 1º e no art. 72, § 22.

Neste sentido, rogam as normas:

Art. 61 - As decisões dos Juízes ou Tribunais dos Estados nas matérias de sua competência porão termo aos processos e às questões, salvo quanto a:

1º) habeas corpus.

Art. 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes:

§ 22. Dar-se-ha o habeas-corporis sempre que alguém soffrer ou se achar em imminente perigo de soffrer violencia por meio de prisão ou constrangimento illegal em sua liberdade de locomoção⁴⁹.

Desde então, tornou-se comum a previsão do remédio constitucional nas constituições sucessoras, incluindo nos regimes autoritários de 1937 e 1964, conquanto não houvesse sua observância prática em razão das arbitrariedades perpetradas.

Contudo, impende registrar que durante o período de exceção vivido no Brasil a partir de 1964, sofreu o imprescindível instituto, mais precisamente em 1968, com severa restrição por parte do chamado Ato Institucional nº 5, outorgado pelo general

⁴⁸ BRASIL. Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871. Altera diferentes disposições da Legislação Judiciária.

⁴⁹ BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 12 de jan. de 2022.

Costa e Silva, servindo como mais uma ferramenta utilizada com o fim de legitimar as atrocidades praticadas na época⁵⁰.

Com o ressurgimento da democracia no Brasil e com a promulgação da Constituição Cidadã de 1988, se viu o direito ao Habeas Corpus elevado à condição de verdadeiro direito fundamental, fazendo-se constar em seu art. 5º, inciso LXVIII, dispondo que:

Art. 5º, LXVIII - conceder-se-á "habeas-corpus" sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.

Deste modo, resta evidente quão áspera foi a luta da humanidade para lograr a conquista do Habeas Corpus, direito fundamental este capaz de tutelar o direito à liberdade – notadamente a liberdade de locomoção -, considerado um dos bens jurídicos mais importantes e inerentes ao exercício da vida digna, que incontáveis vezes se torna alvo de afrontas daqueles que exercem o poder com ímpeto autoritarista, vendo-se, portanto, como de inquestionável preciosidade a ser tutelada pelo povo, bem como e principalmente por aqueles inseridos na praxe forense, tais como advogados, delegados, defensores públicos, promotores de justiça, juízes e, principalmente, pelos ministros das cortes superiores, com destaque para o Supremo Tribunal Federal.

3. Caso “boate Kiss”

3.1. Breve síntese fática e processual

Em dezembro de 2021, o notório fatídico que culminou no caso “boate Kiss” ganhou mais uma vez a atenção do povo brasileiro - e principalmente da comunidade jurídica -, após 8 anos de seu acontecimento, num julgamento perante o tribunal do júri que foi capaz de abalar todas as balizas do direito constitucional, penal e processual penal, assim como da ética, moral e até da fé, chegando ao ponto de estremecer a cadeira do presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Luiz Fux.

⁵⁰ D'ARAUJO, Maria Celina. O AI-5. Disponível em: <<https://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/FatosImagens/AI5>>. Acesso em: 12 de jan. 2022.

Deu-se o episódio em questão em janeiro de 2013, no município de Santa Maria/RS, quando na boate Kiss foi sediada a festa “Agromerados”, organizada por estudantes dos cursos de agronomia, medicina veterinária, zootecnia e afins, contando com a participação, dentre outras atrações, da banda “Gurizada Fandangueira”⁵¹.

Ocorre que, durante a sua apresentação, tentou a citada banda executar alguns efeitos pirotécnicos, de modo que ao disparar um dos artefatos, fora atingida a espuma acústica situada no teto da boate, dando início imediato a um incêndio, que rapidamente se espalhou.

Em razão do pouco espaço do estabelecimento e da superlotação de pessoas no local, instantaneamente iniciou-se o caos e desespero por salvação, de modo que, pisoteando-se uns aos outros, buscavam os frequentadores da boate – que em sua maioria, naquele dia, eram estudantes – fugir das chamas, sem que, contudo, as portas do local fossem capazes de permitir tamanha evasão de maneira célere e em tais condições.

Como resultado, mais de 240 pessoas vieram a óbito e mais de 600 foram gravemente feridas⁵² em razão de queimaduras e asfixia decorrente da fumaça inalada, fato que atraiu a comoção de todo o país.

Para alcance da responsabilidade criminal pela tragédia causada, viram-se processados os sócios da boate Kiss, Elissandro Callegaro Spohr e Mauro Londero Hoffmann, o vocalista da Banda “Gurizada Fandangueira”, Marcelo de Jesus dos Santos e o produtor musical Luciano Bonilha Leão, pela prática de homicídio simples doloso (consumado e tentado), que após desaforamento, passou a tramitar na comarca de Porto Alegre/RS, em processo tombado sob o nº 001/2.20.0047171-0.

Após extenso e cansativo transcurso processual, foram os réus pronunciados em 27 de julho de 2016, dando-se início, após as interposições dos recursos cabíveis, à fase de julgamento pelo júri, realizada no mês de dezembro de 2021.

⁵¹Festa que acabou em tragédia reunia universitários em Santa Maria. G1, Rio Grande do Sul, 27 de jan. 2013. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2013/01/festa-que-acabou-em-tragedia-reunia-universitarios-em-santa-maria.html>>. Acesso em: 13 de jan. 2022.

⁵²O caso. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/novo/caso-kiss/>>. Acesso em: 13 de jan. 2022.

Esta fase, marcada por incontáveis escândalos, mostrou-se capaz de deixar a maior parte da comunidade jurídica boquiaberta em razão da falta de decoro e das teses utilizadas, dentre as quais impende citar o agir hostil por parte dos membros do Ministério Público do Rio Grande do Sul, Lúcia Helena de Lima Callegari e David Medina da Silva, em face das vítimas e do próprio juiz, Orlando Faccini Neto; a tentativa de forçar, literalmente aos berros, a infundada tese do dolo eventual com o fim de galgar a condenação dos réus, contrariando toda a construção doutrinária amplamente estabelecida sobre o assunto, dentre as quais inclui-se obra do próprio promotor atuante no caso; violações do direito ao silêncio, dentre outros.

Lado outro, conquanto hercúlea atividade defensiva exercida pelos advogados dos réus, se fez possível vislumbrar que o princípio da plenitude da defesa no tribunal do júri (art. 5º, inciso XXXVIII, a, da CRFB/88) ultrapassa até mesmo as fronteiras da metafísica, ao ver-se a defesa de Marcelo de Jesus dos Santos, vocalista da banda que segurou o artefato pirotécnico, exibindo um vídeo de uma carta psicografada por um jovem que morreu na boate Kiss⁵³.

Deste modo, após 10 dias longos de julgamento, decidiram os membros do Conselho de Sentença pela condenação dos réus, sendo imputada a pena de reclusão de 22 anos e 6 meses a Elissandro Callegaro Spohr; 19 anos e 6 meses a Mauro Londero Hoffmann; 18 anos a Marcelo de Jesus dos Santos e 18 anos a Luciano Bonilha Leão, com imediato recolhimento à prisão⁵⁴.

Contudo, a despeito da existência da determinação de imediata execução da sentença, assim não se fez em decorrência de decisão liminar proferida pela 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em sede de *Habeas Corpus* preventivo nº 70085490795 (0062632-23.2021.8.21.7000) impetrado pela defesa.

⁵³ Defesa de réus da Boate Kiss usou mensagem psicografada de vítimas de incêndio. Portal Viu!, 11 de dez. 2021. Disponível em: <<https://www.portalviu.com.br/brasil/defesa-de-reus-da-boate-kiss-usou-mensagem-psicografada-de-vitimas-de-incendio>>. Acesso em: 13 de jan. 2022.

⁵⁴ RIO GRANDE DO SUL. 1ª Vara do Júri do Foro Central. Sentença. Processo nº 001/2.20.0047171-0. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2021/12/B2D28CB95C2B9B_sentenca-caso-kiss.pdf>. Acesso em: 13 de jan. 2022.

Foi a partir de então que o tormentoso caso passou a estarrecer toda a comunidade jurídica em um nível que rememora verdadeiramente os sombrios tempos inquisitoriais e ditatoriais vividos no Brasil, de modo que a busca pela condenação criminal dos réus, imbuída de autoritarismo e sede de fama, foram capazes de causar gravíssimas violações ao direito posto, lançando-se a insegurança jurídica ao ápice e causando aos operadores do direito a evidente preocupação quanto ao rumo que atitudes tais poderão causar ao ordenamento vigente, notadamente aos direitos fundamentais constitucionalmente previstos.

3.2. O Autoritarismo judicial do Supremo Tribunal Federal e o risco aos direitos fundamentais

Estando diante do impedimento ao imediato recolhimento dos condenados à prisão em razão de liminar conferida em sede de *Habeas Corpus* preventivo pela 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que agora caminhava para análise de mérito pelo colegiado, o Ministério Público do Rio Grande do Sul, burlando frontalmente a processualística penal, ingressou com a medida cautelar nº 1.504/RS, diretamente perante o Supremo Tribunal Federal, com o fim de ver suspensa a liminar conferida, violando evidentemente o duplo grau de jurisdição, por meio de flagrante supressão de instância, assim como o próprio sistema recursal, por utilizar-se de ferramenta como substitutiva de recurso próprio, sem mencionar a afronta ao devido processo legal, além da própria Constituição Federal.

Considerando o que estaria por vir, se faz possível até considerar que de todos os males evidenciados até então no processo ora discutido, este foi o menor deles, ao levar-se em consideração que o direito de petição propriamente dito, assim como o princípio da inafastabilidade da jurisdição, possuem uma ampla possibilidade de exercício, ainda que, no final das contas, seja considerado como incabível, uma vez que cabe ao judiciário o dever de analisar a consonância do pleito aos ditames constitucionais e legais, e assim proferir sua decisão, ainda que seja pela extinção do feito sem análise de mérito, fato este que seria o esperado da Suprema Corte, notadamente por ter sido elevada à condição de “guardiã da Constituição”.

Contudo, não foi este cenário lógico vislumbrado pela comunidade jurídica, uma vez que o Presidente do Supremo, Ministro Luiz Fux, num surto de celeridade, proferiu decisão deferindo o pedido ministerial, de modo a suspender não só a liminar que conferiu a ordem de Habeas Corpus, como também “eventual” concessão no vindouro julgamento do mérito por parte do colegiado, sob o subterfúgio de pautar-se no §7º do art. 4º da Lei 8.437/92 – legislação infraconstitucional, ressalte-se - violando flagrantemente a Constituição Federal, a quem caberia principalmente ao Presidente da corte tutelar, por cercear um dos remédios de maior imprescindibilidade no ordenamento vigente, tal como ventilado no curso do presente trabalho.

Em sua decisão, afirmou o Ministro:

Ex positis, nos termos do art. 4º, §§ 8º e 9º, da Lei nº 8.437/1992, e ratificando a liminar anteriormente proferida nestes autos, DEFIRO o pedido formulado pelo Ministério Público, **para sustar os efeitos de eventual concessão do Habeas Corpus nº 70085490795 pela Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**, reiterando a determinação de cumprimento imediato das penas atribuídas aos réus Elissandro Callegaro Spohr, Mauro Londero Hoffmann, Marcelo de Jesus dos Santos e Luciano Augusto Bonilha Leão.⁵⁵ (grifei)

A decisão ora exposta, conquanto possua meras 4 laudas, goza de um potencial lesivo imensurável, funcionando como um verdadeiro espelho que reflete uma série de feições da Corte Suprema que são dignas de alerta pela comunidade jurídica, visto que põe em xeque não só o remédio constitucional e demais direitos fundamentais atingidos, assim como a noção que se tem de segurança jurídica e a própria Constituição Federal, configurando vertente tóxica de um ativismo judicial – ou autoritarismo judicial – o que contraria a própria razão de ser da corte.

Cerceamentos de tal natureza, advindos de um Tribunal Superior em detrimento de Tribunal inferior, capazes de alcançar até mesmo um “eventual” proferimento de decisão em determinado sentido, ou seja, com efeitos para um futuro que sequer sabe se existirá, além de abalar a própria estrutura do Poder Judiciário e o exercício da magistratura em si, rememora o temor dos tempos de exceção vividos no Brasil, principalmente com o não tão distante regime militar, em que ocupantes de

⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão da medida cautelar na suspensão de liminar 1.504/RS. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/fux-invalida-eventual-decisao-tj-rs.pdf>>. Acesso em: 14 de jan. 2022.

cargos de poder pautaram-se em normas e interpretações vazias com o fim de legitimar práticas autoritaristas, cenário este cuja fagulha de se vislumbra com o episódio ora discutido, haja vista a insegurança de que, agora, nem mesmo o futuro estaria isento de tamanhas afrontas.

Conclusão

Em vista de todo o repertório fático e teórico exposto no presente trabalho, se fez possível vislumbrar, de um lado, a importância que o ativismo judicial possui para a evolução do fenômeno jurídico como um todo, principalmente quando se observa que muitos dos institutos atualmente utilizados decorrem de conquistas oriundas de tais práticas, assim como, de maneira diametralmente oposta, dos potenciais riscos de retrocesso contra estas mesmas conquistas, ocorrendo principalmente quando o ativismo se vê imbuído de interesses políticos ou pessoais, hipótese que, conquanto não saber-se as razões concretas de sua ocorrência, pôde ser minimamente vislumbrada na decisão do presidente do Supremo Tribunal Federal no caso “boate Kiss”, tornando conclusivo que, a despeito de ser um modo imprescindível de exercício da judicatura, medidas de controle por parte de outros poderes precisam ser impostas, como forma de assim garantir o necessário equilíbrio na separação dos poderes e impedir qualquer atentado contra direitos fundamentais arduamente conquistados.