

A SUPRESSÃO DA GARANTIA DO HABEAS CORPUS NO CASO KISS

SUPPRESSION OF THE HABEAS CORPUS WARRANTY IN THE KISS CASE

Theuan Carvalho Gomes

Mestre em Direito pela UNESP. Advogado.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3035298744987504>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7294-1315>

theuan@gmail.com

Resumo: A tragédia da Boate *Kiss* ganhou repercussão nacional e, no último mês de dezembro, foi julgada no Tribunal do Júri. Todavia, a principal controvérsia que decorreu do julgamento veio justamente do Supremo Tribunal Federal. No último dia 16 de dezembro, o Ministro **Luiz Fux**, a bem da verdade, impediu que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul concedesse *Habeas Corpus* aos acusados. No limite, houve supressão da garantia do *Habeas Corpus*. Se mantida tal decisão pelo plenário, todavia, o Brasil poderá ser condenado no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Diante desse quadro, à luz da Constituição Federal, evidencia-se o fundamental papel que o Plenário do Supremo desempenhará no julgamento do caso concreto.

Palavras-chave: *Habeas Corpus* – Garantias Constitucionais – Boate *Kiss*.

Abstract: The tragedy of the Kiss Nightclub gained national repercussion and, last December, it was judged at the Jury Court. However, the main controversy that arose from the trial came precisely from the Supreme Court. On December 16th, Justice **Luiz Fux**, as a matter of fact, prevented the Court of Justice of Rio Grande do Sul from granting *Habeas Corpus* to the accused. In the limit, there was suppression of the guarantee of *Habeas Corpus*. If such decision is upheld by the Supreme Court, however, Brazil could be condemned in the Inter-American System of Human Rights. In view of this situation, in the light of the Federal Constitution, the fundamental role that the Plenary of the Supreme Court will play in the judgment of the specific case is evident.

Keywords: *Habeas Corpus* – Constitutional Guarantees – Nightclub *Kiss*.

Avolumam-se e intensificam-se os ataques à garantia constitucional do *Habeas Corpus*. Exemplo emblemático é o caso da Boate *Kiss*. A comunidade jurídica acompanhou de perto o julgamento dos acusados pelo triste incêndio de Santa Maria. Muito embora estivesse sendo julgado pelo Tribunal do Júri de Porto Alegre, a maior questão jurídica do caso decorreu justamente de uma decisão vinda do Supremo Tribunal Federal.

Liminarmente, num expediente de questionável – para não dizer vedada – aplicação ao Processo Penal, o Ministro Presidente do STF acabou por suspender o direito de *HC* aos acusados pelo incêndio na *Kiss*. Tal decisão, contudo, viola a Constituição Federal e a própria tradição jurisprudencial de nossa Suprema Corte em matéria de *HC*. Se mantida pelo Plenário, esse precedente permitirá que o Brasil possa ser condenado no Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Realmente, a tradição do STF em matéria de *HC* é histórica e inequívoca.

Foi por meio do *HC* que o STF julgou inconstitucional a vedação de progressão de regime inicialmente prevista na Lei 8.072/1990 (*HC* 69.657-1/SP); garantiu que os acusados sejam informados do direito ao silêncio (*HC* 78.108-1/SP); reconheceu que a defesa tem o direito de sustentar oralmente depois do Ministério Público quando o recurso for da acusação (*HC* 87.926/SP).

Foi por meio do *HC* que o STF declarou a inconstitucionalidade da interrupção voluntária da gravidez até o terceiro mês de gestação (*HC* 124.306/RJ); determinou a conversão para prisão domiciliar

de gestantes, lactantes, mães de crianças até 12 anos e deficientes em todo território nacional que estivessem em prisão provisória (*HC* 143.641/RJ); reconheceu que a importação de sementes de maconha não tipifica o crime do tráfico de drogas (*HC* 144.161/SP).

Foi por meio do *HC* que o STF assegurou a ordem de apresentação dos memoriais entre delatores e delatados (*HC* 157.627/PR); garantiu que ninguém poderá ser preso apenas com base na palavra de delator premiado (*HC* 169.119/RJ); mandou soltar preso por furtar dois frascos de shampoo (*HC* 188.467/SP); determinou a progressão antecipada ao regime aberto a quem estava exposto ao novo coronavírus em prisão superlotada e possuísse alguma comorbidade (*HC* 188.820/DF).

É possível citar muitos outros precedentes diante das inúmeras decisões importantes que o STF sempre proferiu nos julgamentos de *HC*. Quando se fala em *HC*, de fato, “estamos a falar de algo que é a própria história do Supremo, que é a história da liberdade e a história do *Habeas Corpus*” (BRASIL, 2018, p. 50).¹

E isso não é assim por acaso. Como nos lembra o Min. **Celso de Mello**, “foi no Supremo Tribunal Federal que se iniciou, sob a égide da Constituição republicana de 1891, o processo de construção jurisprudencial da doutrina brasileira do ‘*Habeas Corpus*’, que teve, nesta Corte, como seus principais formuladores, os eminentes Ministros **Pedro Lessa** e **Enéas Galvão**” (BRASIL, 2012, p. 13).²

Todavia, quando julgou a medida cautelar nos autos da suspensão de liminar 1.504, ainda em 14 de dezembro de 2021, o Min. **Luiz Fux** decidiu “suspender os efeitos da decisão proferida nos autos

do *Habeas Corpus* 70085490795 (0062632- 23.2021.8.21.7000), pela Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul" (BRASIL, 2021, p. 7). Já aí a garantia do *HC* estava ferida de morte, pois o direito de ir e vir dos pacientes foi simplesmente subtraído sem a observância do sistema recursal e do devido processo legal.

Mas a pá de cal que sepultou a garantia do *HC* veio mesmo em 16 de dezembro, no apagar das luzes do ano judiciário de 2021, quando o eminente Min. **Luiz Fux** deferiu pedido ministerial "para sustar os efeitos de eventual concessão do *HC* 70085490795 pela Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul" (BRASIL, 2021, p. 3).

Vale ressaltar que não havia fato novo que impelisse qualquer revisão da liminar que havia sido concedida há menos de 48 horas. A notícia era apenas de que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul estava exercendo seu papel constitucional (art. 5º, XXXV, CR) ao julgar o mérito do *writ* lá impetrado, mas ainda sem resultado definitivo. Mesmo assim, o eminente Min. **Luiz Fux** impediu que o Tribunal gaúcho prestasse a jurisdição no caso concreto porque cassou eventual concessão da ordem antes mesmo dela existir. Em outras palavras: suprimiu-se a garantia do *HC* para os acusados pelo incêndio da Boate *Kíss*, ao menos por enquanto.

A militância³ contra o *HC* sempre existiu, conforme já nos alertava **Rui Barbosa**, ainda em 22 de janeiro de 1915, em seu seminal discurso no Senado da República: "não é de hoje, Sr. Presidente, que os homens da força do que se exageraram na autoridade, que os espíritos revessos às garantias liberais reagem contra a ordem de *Habeas Corpus*, buscando pôr inteiramente fora do seu alcance o abuso de poder" (BARBOSA, 1915, p. 89).

O art. 10 do Ato Institucional nº 5 – de triste memória – suspendia a garantia do *HC* "apenas" nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular. Em que pese seu conteúdo abjeto, nem mesmo o AI-5 foi capaz de suspender a garantia do *HC*, por exemplo, em casos de homicídio comuns julgados pelo Tribunal do Júri.

Bem por isso é que **Arnaldo Malheiros Filho** (2007), depois de tanto testemunhar a militância sófrega contra o *HC* – ironicamente – clamava pela volta do AI-5, pois "nem mesmo a ditadura militar, com todo o seu aparato autoritário e antijurídico, chegou a propor a 'limitação' do *Habeas Corpus* a 'situações muito pontuais', chegou a proibir aos réus o direito de recorrer."

Realmente, difícil não concordar com o saudoso criminalista: "quem quer amputar o *Habeas Corpus* e proibir os recursos quer que certas violências contra o indivíduo não tenham remédio, valendo sempre a vontade do Estado, ainda que representado por um juiz. Socorro! Quero o AI-5 de volta, pois ele não chegou a tanto." (MALHEIROS FILHO, 2007).

A novidade e a surpresa, na espécie, decorrem dessa militância contra a concessão do *HC*, em alguma medida, vir de dentro do próprio STF, por meio de seu Ministro Presidente, que "sustou" a concessão do *writ* a quem foi obrigado a iniciar o cumprimento de pena ainda em primeiro grau, antes do trânsito em julgado ou do julgamento qualquer apelo, portanto.

Do modo como lançadas, a bem da verdade, as decisões do Min. **Luiz Fux** vão de encontro com a história, tradição e jurisprudência do Supremo Tribunal em matéria de *HC*.

Mas não é só. O Brasil, por meio do Decreto Legislativo 89/1998, reconheceu a jurisdição contenciosa obrigatória da Corte

Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). De fato, "a jurisdição para julgar pretensões violações em face do Pacto de São José foi admitida, até o momento por 21 Estados (inclusive o Brasil), entre os 23 contratantes do Pacto" (RAMOS, 2010, p. 552).

A possibilidade de sanção contra o Brasil, no caso *Kíss*, justifica-se pelos próprios precedentes da Corte IDH. Se tais decisões forem confirmadas, há risco de o Brasil ser condenado pela Corte IDH por violação aos artigos 25.1 e 7.6 c/c art. 27.2, todos da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) (Pacto de São José da Costa Rica). Há mais de 30 anos, por meio da Opinião Consultiva 8/1987, a Corte IDH foi questionada sobre a (im)possibilidade de suspensão da garantia do *HC* pelos Estados Partes da Convenção Americana. Eis a consulta:

¿El recurso de hábeas corpus, cuyo fundamento jurídico se encuentra en los artículos 7.6 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es una de las garantías judiciales que, de acuerdo a la parte final del párrafo 2 del artículo 27 e esa Convención, no puede suspenderse por un Estado Parte de la citada Convención Americana? (CORTE IDH, 1987, p. 3).

Na conclusão, a Opinião Consultiva 8/1987, a Corte Interamericana assentou que:

los procedimientos jurídicos consagrados en los artículos 25.1 y 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no pueden ser suspendidos conforme al artículo 27.2 de la misma, porque constituyen garantías judiciales indispensables para proteger derechos y libertades que tampoco pueden suspenderse según la misma disposición. (CORTE IDH, 1987).

De "amplíssimo cabimento" (BADARÓ, 2017, p. 408), como sabido, o *HC* é a garantia que tutela o direito de ir e vir. É nessa linha que a Corte IDH concluiu pela impossibilidade de suspender a garantia do *HC* por ser ele meio eficaz para assegurar o direito à liberdade de locomoção:

Las garantías sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho. Como los Estados Partes tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona, también tienen la de proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías (art. 1.1), vale decir, de los medios idóneos para que los derechos y libertades sean efectivos en toda circunstancia (CORTE IDH, 1987, § 25, p. 9).

E essa posição encontra eco na jurisprudência contenciosa da Corte IDH. No caso *Loayza Tamayo v. Peru*, por exemplo, a Corte reafirmou que a garantia do *HC* sequer poderia ser suspensa nas hipóteses do artigo 27.2 da CADH, isto é, o *HC* não pode ser suspenso nem mesmo em estado de exceção, de sítio ou de emergência (cf. artigo 27.1 e 27.2, CADH), pois "*los procedimientos de hábeas corpus y de amparo son de aquellas garantías judiciales indispensables para la protección de varios derechos cuya suspensión está vedada por el Artículo 27.2.*" (CORTE IDH, 1987, p. 27).

Já no caso *Suárez Rosero v. Ecuador*, depois de 14 meses sem julgamento de um *HC* porque o acusado estava "incomunicável", a Corte Interamericana reconheceu a violação dos artigos 7.6 e 25 da CADH (CORTE IDH, 1997, § 61-66, p. 19-20). Sim, pois "o direito de *Habeas Corpus* deve ser garantido a todo momento a um detido, ainda que se encontre sob condições excepcionais de incomunicabilidade legalmente decretada" (CORTE IDH, 1997, § 61-66, p. 19-20). A Corte IDH mais uma vez decidiu que "o direito estabelecido no artigo 7.6 da Convenção Americana não se cumpre com a existência formal dos recursos que regulamenta. Estes recursos devem ser eficazes, pois seu propósito, segundo o mesmo artigo 7.6, é obter uma decisão

sem demora 'sobre a legalidade [da] prisão ou [da] detenção' e, caso estas forem ilegais, a obtenção, também sem demora, de uma ordem de liberdade" (CORTE IDH, 1997, § 61-66, p. 19-20).

Também assim no caso *Lópes Álvarez v. Honduras*, em que a Corte IDH reconheceu a violação da garantia do *Habeas Corpus* porque "Corte de Apelações de La Ceiba decidiu 'que este recurso era inadmissível [...] por ser improcedente'" (CORTE IDH, 2006, § 87-99, p. 39-40). Na oportunidade, a Corte IDH reafirmou que "a análise de um recurso judicial que ataca a legalidade da privação de liberdade, por parte da autoridade competente, não pode se reduzir a uma mera formalidade, mas deve examinar as razões invocadas pelo demandante e se manifestar expressamente sobre elas, em conformidade com os parâmetros estabelecidos pela Convenção Americana" (CORTE IDH, 2006, § 87-99, p. 39-40).

Realmente, a mera previsão formal da garantia do *HC* nada significa se, no caso concreto, inexistir efetividade ao instrumento libertatório, como se pode ver na jurisprudência interamericana. Daí porque potencialmente violado o art. 5º, LXVIII, CR, quando o eminente Min. **Luiz Fux** sustou eventual ou futura concessão do mérito do *HC* impetrado em favor de um dos acusados pelo incêndio da *Kíss* no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Essa violação, à luz do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, significa riscos de condenação do Brasil caso nosso Poder Judiciário não restabeleça a garantia do *HC* no caso *Kíss*.

O outrora remédio heroico, como se vê, restou amesquinhado, reduzido, amortizado, tolhido, neutralizado, abatido, paralisado, impedido, cancelado... proibido! Não por acaso, dois réus do caso *Kíss* imediatamente acionaram a Comissão Interamericana de Direitos Humanos contra o Brasil em decorrência das decisões do vindas do STF.

O caso de Elissandro Spohr, inclusive, já foi atuado na Comissão

Interamericana como Medida Cautelar 1173-21 e atualmente está "em estudo". Vê-se, por aí, que, a qualquer momento, uma medida cautelar poderá ser concedida pela Comissão contra o Brasil em decorrência do caso *Kíss*. Passados mais de 90 dias desde a concessão da medida cautelar, todavia, a mencionada suspensão de liminar não andou mais em nossa Suprema Corte.

O *HC* sempre foi e precisa continuar sendo o esteio da Democracia. Sobretudo em "tempos estranhos" – para usarmos uma expressão consagrada pelo Min. **Marco Aurélio**. Negar o direito de *HC* a quem quer que seja significa negar a própria história de nosso STF, conforme visto acima.

O caso é mesmo de se reestabelecer imediatamente a garantia do *HC* aos acusados pelo incêndio da Boate *Kíss*, determinando-se o imediato cumprimento do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e, assim, garantir a liberdade dos acusados, nos termos do art. 5º, LXVIII c/c art. 647, CPP. Se isso não acontecer, é certo que há chances de que o Brasil sofra sanções no Sistema Interamericano de Direitos Humanos (Comissão e Corte) por possível violação aos artigos 25.1 e 7.6 c/c art. 27.2 do Pacto de São José da Costa Rica (CADH). Essa mera possibilidade, com efeito, já transforma o processo subjetivo do caso *Kíss* num julgamento de repercussão e interesse de toda a comunidade jurídica.

Fundamental para desatar esse nó, entretanto, é a liberação do caso para julgamento em Plenário, o que depende, justamente, da discricionariedade do Ministro Presidente.

Urge que o STF se reencontre com sua jurisprudência e sua história. O *HC* vem sofrendo duros e reiterados golpes, mas o papel daqueles que estão comprometidos com os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 segue sendo bastante claro.

"O HC SEMPRE FOI E
PRECISA CONTINUAR
SENDO O ESTEIO
DA DEMOCRACIA.
SOBRETUDO EM
'TEMPOS ESTRANHOS'
– PARA USARMOS
UMA EXPRESSÃO
CONSAGRADA PELO
MIN. MARCO AURÉLIO."

Notas

- 1 Trecho do voto da Min. Cármen Lúcia.
- 2 Trecho do voto do Min. Celso de Mello.
- 3 Exemplo recente, com efeito, foi o malfadado pacote "Dez Medidas Contra a

Corrupção", capitaneado pela Força-Tarefa da lava-jato de Curitiba. Disponível em: https://dezmedidas.mpf.mp.br/campanha/documentos/medidas-anticorrupcao_versao-2015-06-25.pdf, p. 37 e ss.

Referências

BADARÓ, Gustavo. *Manual dos recursos penais*, São Paulo, Saraiva, 2017.
BARBOSA, Rui. *O habeas-corpus. Obras Completas de Rui Barbosa*, Rio de Janeiro, MEC/ Fundação Casa de Rui Barbosa, 1981. v. 42, tomo II, 1915.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-Corpus* nº 110.118/MS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, red. p/ ac. Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, DJe 8 ago. 2012.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-Corpus* nº 152.752/PR, Rel. Min. Edson Fachin, Plenário, J. 22 mar. 2018.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Suspensão da Liminar 1.504*. Rel. Min. Luiz Fux, dec. mon, 14 dez. 2021.
CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTE IDH). *Opinião Consultiva OC-8/87*, de 30 de janeiro de 1987. O *Habeas Corpus* face a suspensão de garantia (arts. 27.2, 25.1 e 7.6). Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_08_esp.pdf Acesso em: 20 dez. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTE IDH). *Caso Suárez Ro- sero v. Equador*, sentença de mérito de 12 de novembro de 1997. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/36b15a58a41a220027b36a1b165182f6.pdf> Acesso em: 20 dez. 2021.
CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTE IDH). *Caso Lópes Álvarez v. Honduras*, Sentença de mérito, Reparações e Custas, de 1º de fevereiro de 2006. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/1fd1d4af1569a345e-837bd0ce47ce9d9.pdf> Acesso em: 20 dez. 2021.
MALHEIROS FILHO, Arnaldo. Que saudade do AI-5! *Folha de S. Paulo*, 21 ago. 2007. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz2108200709.htm> Acesso em: 20 dez. 2021.
RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

Recebido em: 06.04.2022 - Aprovado em: 09.06.2022 - Versão final: 12.07.2022