



**DEVER DE COERÊNCIA *PRO FUTURO* E AS DECISÕES DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL: O *HABEAS CORPUS* 126.292/SP E SEUS POSSÍVEIS
DESDOBRAMENTOS**

Duty of coherence “pro futuro” and the decisions by Supreme Court of Brazil: the “Habeas Corpus” 126.292/SP and its the possibles developments.

Thiago de Oliveira Vargas¹

Luiz Magno Pinto Bastos Júnior²

RESUMO

O presente ensaio objetiva fomentar o debate acerca da decisão judicial. Abordar-se-á decisão do Supremo Tribunal Federal proferida em *habeas corpus* que possibilitou a execução imediata da sentença penal condenatória a partir de decisão de segunda instância que confirme a condenação. Tomando-se por base os fundamentos determinantes àquele *decisum*, nomeadamente quanto ao sentido que se atribuiu a *trânsito em julgado*, buscar-se-á vislumbrar possíveis efeitos que a compreensão do Supremo Tribunal Federal poderá gerar em esferas distintas haja vista que a Constituição Federal vezes outras faz remissão ao mesmo instituto jurídico. Premissas de base do estudo serão as teorias de Ronald Dworkin e Lenio Streck. Demonstrar-se-á que esse voluntarismo acarreta reflexos que uma coerência mínima para o futuro exige. Ou bem a decisão judicial respeita a coerência e a integridade do Direito e a história institucional forjada pela comunidade jurídica, ou bem aceita os desdobramentos que possivelmente advenham do decidir discricionário que ignora o próprio texto como se ele sequer existisse. O que não parece possível é a defesa das duas posições.

PALAVRAS-CHAVE: Decisão judicial. Constituição Federal. Coerência. Integridade. Direito.

¹ Mestrando em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu - PPCJ da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Professor da Faculdade de Direito Guilherme Guimbala - FGG, cuja mantenedora é a Associação Catarinense de Ensino - ACE no período de 07/03/2013 a 06/08/2014. Advogado militante na área do Direito Público, com ênfase no Direito Tributário. Procurador do Município de Joinville. E-mail: rafadir2000@yahoo.com.br.

² Pós-doutor em Direitos Humanos (McGill University) e Doutor em Direito Público (UFSC). Advogado e Professor de Direito Constitucional, Direitos Humanos e Direito Eleitoral da Universidade do Vale do Itajaí. E-mail: lmagno@univali.br.



ABSTRACT

This essay aims to stimulate debate about the court decision. Address shall be the decision of the Supreme Court handed down in *habeas corpus* which enabled the immediate execution of the criminal judgment condemnatory from second instance decision. Taking as a basis the determinants to that *decisum* fundamentals, particularly as to the meaning that was attributed to *res judicata*, will be sought to glimpse the possible effects that the understanding of the Supreme Court may generate different spheres because the Federal Constitution reference several times the same legal institute. The basic assumptions of this essay are the theories of Ronald Dworkin and Lenio Streck.

It will demonstrate that this discretionary decision entails reflections that a minimum coherence to the future will require. Either the court decision respect the coherence and integrity of the Law and institutional history forged by the legal community, or well accepted developments possibly arising out of discretionary decision that ignores the text itself as if it even existed. What does not seem possible is the defense of the two positions.

KEYWORDS: Judicial Decision. Constitucion. Coherence. Integrity. Law.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* 126.292/SP: do pano de fundo. 2. Do dever de coerência das decisões judiciais e a integridade do Direito: revisitando (mui rapidamente e no que pertine ao tema) Ronald Dworkin e Lenio Streck. 3. Do possível desdobramento da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* 126.292/SP: coerência *pro futuro*. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente estudo objetiva debater um dos temas que mais tem ocupado as discussões acadêmicas na última quadra do desenvolvimento jurídico, a saber: a teoria da decisão judicial.

Para tanto, utilizar-se-á de decisão há não muito proferida pelo Supremo Tribunal Federal mediante a qual se admitiu a execução imediata da sentença penal condenatória mesmo na pendência de recurso junto aos tribunais superiores a significar, portanto, ausente o implemento do trânsito em julgado. A tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal se deu no



âmbito do julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP no qual se buscou definir a extensão da garantia constitucional ínsita ao artigo 5º, LVII, da Constituição Federal³.

Tomando-se por base os fundamentos determinantes àquele *decisum*, nomeadamente quanto ao sentido que se atribuiu a trânsito em julgado, buscar-se-á vislumbrar possíveis efeitos que a compreensão do Supremo Tribunal Federal poderá gerar em esferas distintas haja vista que a Constituição Federal vezes outras faz remissão ao mesmo instituto jurídico.

Premissas teóricas do estudo que ora se apresenta serão a coerência e a integridade do Direito na concepção das teorias de Ronald Dworkin e Lenio Streck autores os quais, como se sabe, professam uma posição pós-positivista de cunho substancialista.

Estruturar-se-á o artigo em três partes: Da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* 126.292/SP: do pano de fundo; Do dever de coerência das decisões judiciais e a integridade do direito: revisitando (mui rapidamente e no que pertine ao tema) Ronald Dworkin e Lenio Streck; e, Do possível desdobramento da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* 126.292/SP: coerência *pro futuro*.

Utilizar-se-á para a consecução dos objetivos pretendidos o método indutivo a partir da revisão bibliográfica e dos conceitos operacionais.

É chegado o momento de se iniciar a exposição sem, todavia, ter a pretensão de exaurir a matéria objetivando-se, com o ensaio, servir de contributo à discussão deste instigante tema.

1. DA DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO *HABEAS CORPUS* 126.292/SP: DO PANO DE FUNDO.

³ Oportuno esclarecer que a redação do presente artigo se deu ainda na pendência do julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n.s 43 e 44 pelo Supremo Tribunal Federal as quais têm por objeto idêntica matéria, ou seja, aferir a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal que espelha, em índole legal, o que já contemplado na Constituição Federal (art. 5º, LVII). Ao tempo da redação do ensaio, o julgamento contava, no tocante à medida cautelar postulada, apenas com o voto do Min. Marco Aurélio, relator, concedendo a cautelar por vislumbrar presentes os requisitos.



Em 15/01/2105 aportou no Supremo Tribunal Federal o *Habeas Corpus* n. 126.292, proveniente do Estado de São Paulo, impetrado contra decisão do Ministro Francisco Falcão, do Superior Tribunal de Justiça, o qual, no *Habeas Corpus* n. 313.021, houve por bem indeferir o pedido de liminar formulado pelo paciente no sentido de suspender a ordem de prisão contra ele expedida pelo Tribunal de Justiça ao negar provimento a recurso deduzido por sua defesa.⁴

Para se manter fiel aos fatos sem, todavia, empreender um relato minucioso, a sentença condenatória prolatada pelo juízo havia assegurado ao paciente o direito de recorrer em liberdade; já o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao negar provimento à irresignação recursal da defesa, fez expedir, ato contínuo, mandado de prisão contra o réu a consubstanciar execução provisória da sentença ocasionando, primeiro, a impetração de *Habeas Corpus* no Superior Tribunal de Justiça e, em vista do indeferimento da liminar requestada, no Supremo Tribunal Federal.

A questão debatida – sem se ingressar na discussão de cunho, para se dizer pouco, processual-defensiva acerca do cabimento ou não da medida intentada –, residia em estabelecer o alcance da garantia constitucional de índole fundamental prevista no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal segundo a qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

À questão somava-se, outrossim, o fato de a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ter se posicionado, quando da apreciação do *Habeas Corpus* 84.078/MG⁵, pela impossibilidade de execução provisória da sentença penal condenatória, em reverência àquela garantia.

Distribuída a ação ao Ministro Teori Albino Zavascki, após a superação do possível óbice relativo ao conhecimento, em 05/02/2015, Sua Excelência deferiu a liminar pleiteada

⁴ TJSP, Apelação Criminal n. 0009715-92.2010.8.26.0268.

⁵ STF, HC n. 84.078, Relator: Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe-035 Divulg. 25/022010, Public. 26/02/2010. Decisão disponível no repertório de jurisprudência da corte em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>



pelo paciente para “suspender a prisão preventiva decretada [...] nos autos da Apelação Criminal 0009715-92.2010.8.26.0268, do TJ-SP”.

Pautado para julgamento perante a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal em 15/12/2015, entendeu-se apropriado, dada a relevância da matéria, afetar a questão ao Tribunal Pleno, medida esta cuja adoção foi levada a efeito.

Em 17 de fevereiro de 2016 o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos – vencidos os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski –, denegou a ordem pleiteada pelo paciente no *writ*, revogando a liminar adrede concedida pelo Ministro Teori Albino Zavascki, relator, estabelecendo a seguinte tese: A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

Não se ingressará, nesse estudo, na avaliação pormenorizada e integral da decisão, restringindo-se o campo de análise às razões determinantes do pronunciamento exarado pelo Supremo Tribunal Federal que desaguaram na tese firmada pela corrente majoritária formada pelos Ministros Teori Albino Zavascki, Edson Fachin, Luis Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia Antunes Rocha e Gilmar Mendes.⁶

Como antecipado, o Supremo Tribunal Federal entendeu, por maioria, que não viola a garantia fundamental disposta no inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal a execução da sentença penal condenatória a despeito de não operacionalizado o trânsito em julgado, ou seja, mesmo que pendentes de apreciação recursos junto aos tribunais superiores.

Segundo o Ministro Teori Albino Zavascki, relator, “com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 180: “Na fundamentação da Corte, será necessário investigar a maneira como os pontos de direito foram relacionados com as alegações das partes e com os fatos. Os pontos de direito que realmente importam são aqueles que, não apenas lembrados pela Corte, são relacionados com os fatos de forma a se constituírem na base para a solução do caso”.



causa” porquanto, conforme as razões por ele sustentadas, “Os recursos ainda cabíveis para instâncias extraordinárias do STJ e do STF – recurso especial e extraordinário – têm, como se sabe, âmbito de cognição estrito à matéria de direito” e, destarte, “os recursos de natureza extraordinária não têm por finalidade específica examinar a justiça ou injustiça de sentenças em casos concretos. Destinam-se, precipuamente, à preservação da higidez do sistema normativo”. E conclui Sua Excelência que “Não se mostra arbitrária, mas inteiramente justificável, a possibilidade de o julgador determinar o imediato início do cumprimento da pena, inclusive com restrição da liberdade do condenado, após firmada a responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias”.

Primeiro a endossar o posicionamento adotado pelo relator, o Min. Edson Fachin, após empreender uma ode ao papel que ele reputa caber ao Supremo Tribunal Federal, fez consignar que a “finalidade que a Constituição persegue não é outorgar uma terceira ou quarta chance para a revisão de um pronunciamento jurisdicional com o qual o sucumbente não se conforma e considera injusto” atribuindo aos tribunais superiores – Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal – a função de “estabilizadores, uniformizadores e pacificadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional”.

E conclui Sua Excelência:

Sabem todos que o trânsito em julgado, no sistema recursal brasileiro, depende em algum momento da inércia da parte sucumbente. Há sempre um recurso oponível a uma decisão, por mais incabível que seja, por mais estapafúrdias que sejam as razões recursais invocadas. Os mecanismos legais destinados a repelir recursos meramente protelatórios são ainda muito incipientes.

Se pudéssemos dar à regra do art. 5º, LVII, da CF caráter absoluto, teríamos de admitir, no limite, que a execução da pena privativa de liberdade só poderia operar-se quando o réu se conformasse com sua sorte e deixasse de opor novos embargos declaratórios. Isso significaria dizer que a execução da pena privativa de liberdade estaria condicionada à concordância do apenado.

Palmilhou a mesma trilha o Ministro Luis Roberto Barroso o qual, em longa exposição e depois de defender uma linha, diga-se, pragmática, entendeu que a posição a ser adotada pelo Supremo Tribunal Federal, sugerida pelo Ministro Teori Albino Zavascki, representaria prestígio à própria corte “cujo acesso se deve dar em situações efetivamente extraordinárias”, não podendo ela ser transmudar, segundo Sua Excelência, “em tribunal ordinário de revisão,



nem deve ter seu tempo e recursos escassos desperdiçados com a necessidade de proferir decisões em recursos nitidamente inadmissíveis e protelatórios”. Invocando excerto de voto proferido pela ex-Ministra Ellen Gracie no *Habeas Corpus* 86.886 onde Sua Excelência averbou que “em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Suprema Corte”, o Ministro Luis Roberto Barroso aderiu à tese do relator por três ordens de ideias, quais sejam: (i) a condenação de primeiro grau mantida em recurso de apelação inverte a presunção de inocência, pois, qualquer acusado em processo criminal tem direito a dois graus de jurisdição sendo esse o seu devido processo legal marco a partir do qual a presunção de não culpabilidade é desfeita; (ii) o Recurso Extraordinário não se destina a investigar o acerto ou desacerto da decisão, nem a reestudar os fatos nem a reapreciar a prova, porquanto concebido para discussão somente de alguma questão de direito, seja perante o Supremo Tribunal Federal (questão constitucional), seja no Superior Tribunal de Justiça (questão infraconstitucional), restando a materialidade e a autoria demonstrados no primeiro e segundo graus de jurisdição; e, (iii) a impossibilidade de execução imediata de uma decisão condenatória de segundo grau fomenta a interposição sucessiva de recursos protelatórios o que não é alguma coisa que se queira estimular.⁷

Importa consignar, outrossim, excerto das razões apresentadas pelo Min. Luiz Fux para quem a “coisa julgada está intimamente vinculada à ideia da imutabilidade da decisão. Coisa julgada significa a imutabilidade da decisão ou a indiscutibilidade de alguns capítulos da decisão”, a concluir que “a força normativa da Constituição [...] está em que a presunção de inocência cessa a partir do momento em que se comprova a culpabilidade do agente, máxime, em segundo grau de jurisdição, encerrando um julgamento impassível de ser modificado pelos Tribunais Superiores”.

⁷ A síntese das três ordens de ideias do Ministro Luis Roberto Barroso foi extraída, além do voto escrito adjudicado ao processo, daquele por ele oralmente articulado na sessão de julgamento cujo acesso pode ser feito em <https://www.youtube.com/watch?v=581ZjGsJmCA>, a partir de 2h:07min:40s até 2h:22min:08s.



A Ministra Cármen Lúcia, na mesma senda, entendeu que “o que a Constituição determina é a não culpa definitiva antes do trânsito, e não a não condenação [...], se em duas instâncias já foi assim considerado, nos termos inclusive das normas internacionais de Direitos Humanos”.

À derradeira, o Ministro Gilmar Mendes, revendo posição por ele defendida no *Habeas Corpus* 84.078/MG, fundamenta sua compreensão na circunstância de que “esgotadas as instâncias ordinárias com a condenação à pena privativa de liberdade não substituída, tem-se uma declaração, com considerável força de que o réu é culpado e a sua prisão necessária” e, portanto, “nesse estágio, é compatível com a presunção de não culpabilidade determinar o cumprimento das penas, ainda que penderem recursos”.

O Supremo Tribunal Federal, dessarte, entendeu ser possível a imediata execução de sentença penal condenatória fundamentalmente por três razões: (i) os Recursos Extraordinários – gênero no qual se inserem o Recurso Especial e o Recurso Extraordinário, *stricto sensu* –, são inaptos à (re)aprecepção de fatos e provas e, portanto, têm âmbito de cognição restrito às questões de direito não ostentando, em regra, efeito suspensivo, mas, apenas, devolutivo; (ii) em razão destas características, a leitura de trânsito em julgado deve ser feita no sentido de contemplar dois graus de jurisdição, excluindo-se, assim, tanto o Superior Tribunal de Justiça como o Supremo Tribunal Federal sendo possível e constitucionalmente permitida a imediata execução da sentença penal condenatória; (iii) a leitura até então feita pelo próprio Supremo Tribunal Federal da garantia disposta no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal representaria fomento à interposição infundável de recursos protelatórios a enfraquecer os objetivos perseguidos pelo Direito Penal e Processual Penal, sobretudo em relação à resposta deles esperada pela sociedade.

Esse o pano de fundo.



2. DO DEVER DE COERÊNCIA DAS DECISÕES JUDICIAIS E A INTEGRIDADE DO DIREITO: REVISITANDO (MUI RAPIDAMENTE E NO QUE PERTINE AO TEMA) RONALD DWORKIN E LENIO STRECK.

Inicia-se o presente tópico a enunciar algo que parece fundamental à ideia de Direito: deve ele ser íntegro e as decisões judiciais, portanto, coerentes.

Difícil conceber o Direito de forma diversa, ou seja, como algo fragmentado, com decisões díspares a consubstanciar incoerência que gera, inevitavelmente, insegurança. A própria ideia de um Direito incoerente, inseguro e fragmentado representa rematada contradição porquanto o Direito pressupõe, ao contrário, coerência, segurança e integridade.

Sob essa perspectiva – além de outras, evidentemente –, Ronald Dworkin propugnou uma teoria liberal marcadamente construtivista, sem, contudo, consentir com o uso de juízos pessoais, discricionariedades ou mesmo voluntarismos por parte do intérprete para a resolução do caso concreto. Em absoluto.

Entendia o jusfilósofo norte-americano que o Direito é uma prática social interpretativa e, portanto, poder-se-á compreendê-la como um romance em cadeia pelo qual o romancista deverá manter a história ao mesmo tempo em que tenta dar a ela, pelo seu capítulo, a melhor interpretação possível para o futuro sem, todavia, descaracterizar a obra. O empreendimento dos romancistas tenciona elaborar uma obra única, estruturada, mesmo que levada a efeito pelas mãos de diferentes autores; deverão eles evitar a elaboração de um livro de contos, *v.g.*, porquanto estarão vinculados – e por isso são responsáveis – por desenvolver o romance a partir do capítulo recebido e observados os demais até então escritos.⁸

Realmente, o intérprete deverá estar conformado à história institucional do Direito da comunidade jurídica da qual é parte não podendo, para guardar coerência e mantê-la íntegra,

⁸ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 276.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luís Carlos Borges. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, pp. 236-237.



ignorá-la para, a partir de sua compreensão interpretativa, inaugurar um momento novo como se não houvesse o ontem, mas, somente o hoje.

Isso não significa dizer, contudo, que o ontem governará o hoje. Em absoluto. Significa, apenas, que a historicidade institucional do Direito da comunidade jurídica deve ser prestigiada até porque é nela e por ela que se formaram – e se formam – os princípios estruturadores da moral política desta mesma comunidade jurídica.⁹ Em uma afirmação: a história é avanço, mas também – e, sobretudo, – continuidade.

Fausto Santos de Moraes, trazendo a questão para o âmbito da decisão judicial especificamente considerada, afirma que

um juiz que vai decidir determinado caso (difícil) deve recorrer àquilo que já foi produzido, para que a sua decisão guarde coerência ao sistema jurídico como um todo. A noção de romance em cadeia nada mais seria que exigir do intérprete/jurista conhecer a prática em que se insere (romance) para, somente assim, fazendo parte dela, saber aquilo que é importante e não pode ser abandonado na sua interpretação.¹⁰

Orlando Luiz Zanon Junior assevera que essa nota característica do Direito tenciona “equilibrar a coerência com, de um lado, os fundamentos subjacentes às Decisões pretéritas e, de outro, a flexibilidade com a construção do futuro da comunidade, articulando os parâmetros de justiça, equidade e integridade”.¹¹

Destarte, o Direito, conforme Ronald Dworkin, “exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção”.¹² Como corolário, Ronald Dworkin preconizava o sistema normativo como uma teia sem falhas, sem remendos, ou seja,

⁹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 291: “O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas. Esse estilo de deliberação judicial respeita a ambição que a integridade assume, a ambição de ser uma comunidade de princípios”.

¹⁰ MORAIS, Fausto Santos de. *A proporcionalidade como princípio epocal do direito: o (des)velamento da discricionariedade judicial a partir da perspectiva da nova crítica do direito*. 2010. 218 p. Dissertação (mestrado). Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Orientação: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck. p. 114.

¹¹ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. *Curso de filosofia jurídica*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 238.

¹² DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 264.



coerente, íntegra (inconsútil), caracterizado pelos padrões de julgamento exurgidos ao longo da história institucional do Direito de uma dada comunidade jurídica.¹³

Também adepto de uma corrente do pensamento jurídico com pretensão pós-positivista, Lenio Streck endossa a concepção de Ronald Dworkin relativa ao ponto.

Realmente, propõe o jurista gaúcho uma teoria de feição substancialista caracterizada pela coerência e integridade, qualidades imanentes ao Direito, conceito fundamentalmente interpretativo. Em sua *Crítica Hermenêutica do Direito*, defende que

A coerência assegura a igualdade, isto é, que os diversos casos terão a igual consideração por parte do Poder Judiciário. Isso somente pode ser alcançado através de um holismo interpretativo, constituído a partir de uma circularidade hermenêutica. Coerência significa igualdade de apreciação do caso e igualdade de tratamento. Coerência também quer dizer “jogo limpo”.

[...]

A integridade exige que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito, constituindo uma garantia contra arbitrariedades interpretativas; coloca efetivos freios, através dessas comunidades de princípios, às atitudes solipsistas-voluntaristas.¹⁴

A integridade e a coerência do Direito, segundo Lenio Streck, são, aliadas a outras, condições de possibilidade para se encontrar a resposta adequada (à Constituição) a qual, segundo o jurista gaúcho, é um direito fundamental do cidadão.¹⁵

¹³ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. *Curso de filosofia jurídica*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 248: “Diferentemente, no cenário representado pela presente construção teórica pós-positivista, o magistrado deve ter em perspectiva um Ordenamento Jurídico íntegro, como uma trama não consútil, na qual sua Decisão guarda uma relação de coerência com aquelas tomadas anteriormente, sob a forma de soluções que representam uma nova parcela do tecido jurídico”.

¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 62.

¹⁵ Nesse ponto a *Crítica Hermenêutica do Direito* difere da concepção preconizada por Ronald Dworkin que defendia a possibilidade de se encontrar *uma única resposta correta* para o caso concreto. Lenio Streck defende que, embora não seja possível encontrar *uma única resposta correta*, pode-se alcançar *a resposta adequada* ao caso concreto que seria, para ele, aquela que respeita a integridade e coerência institucional do Direito em ordem a refutar a tão combatida discricionariedade alinhando-se, ademais, à Constituição Federal considerado o Estado Democrático de Direito.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 363 : “A resposta correta é, pois, *applicatio* (superada, portanto, a cisão – metafísica – do ato interpretativo em conhecimento, interpretação e aplicação). Isto porque a interpretação do direito é um ato de ‘integração’, cuja base é o círculo hermenêutico (o todo deve ser entendido pela parte, e a parte só adquire sentido pelo todo), sendo que o sentido hermeneuticamente adequado (correto) se obtém das concretas decisões por essa integração coerente na prática jurídica, assumindo especial importância a autoridade da tradição (que



E essas características (ou qualidades) imanentes à ideia de Direito, tal como concebida por Ronald Dworkin e Lenio Streck, foram recentemente positivadas pelo ordenamento jurídico brasileiro na Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, veiculadora do Código de Processo Civil. No artigo 926 deste diploma normativo fez-se constar, de forma expressa, por imperativo legal, portanto, que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

Resta saber se o fato de ter havido a positivação do dever de coerência será suficiente a obstar o trato muitas vezes descompromissado e marcadamente discricionário – quando não arbitrário – que é – vem sendo – dado à decisão do caso concreto pelos operadores do direito, com especial ênfase àqueles que têm por imposição de ofício o exercício da jurisdição.¹⁶

Revisitadas mui brevemente as teorias de Ronald Dworkin e Lenio Streck – no que pertinentes ao tema – cumpre na sequência apresentar possível desdobramento da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP haja vista o dever de coerência que reclama, no tocante à questão, e a considerar o posicionamento adotado, como também as razões que o sustém, idêntica interpretação.

3. DO POSSÍVEL DESDOBRAMENTO DA DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO *HABEAS CORPUS* 126.292/SP: COERÊNCIA *PRO FUTURO*.

não aprisiona, mas funciona como condição de possibilidade). E – registre-se – a tradição não depende da vontade ou da discricionariedade do intérprete”.

¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 156: “Por isso, afirmo convictamente que, apesar dos avanços proporcionados pelo CPC/2015, em uma luta que travei para incluir a coerência e a integridade como parâmetros decisórios, é paradoxal que o art. 489 mantenha, ao lado de uma série de requisitos criados para a sentença (§1º), a ponderação, pelos motivos que já expus nesta obra”.



Aqui chegados, faz-se necessário expor um dos possíveis desdobramentos que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal abordada no item 1 do presente ensaio poderá gerar, considerada uma coerência mínima *pro futuro*.

O Supremo Tribunal Federal ao analisar a extensão da garantia disposta no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal considerou a ela não ofensiva a possibilidade de se executar a sentença penal condenatória mesmo na pendência de recurso junto aos tribunais superiores. Firmou a compreensão de que a leitura do texto constitucional, nomeadamente da expressão dele ínsita trânsito em julgado abrange, somente, a primeira e a segunda instâncias haja vista que os recursos extraordinários *lato sensu* – Recurso Especial e Recurso Extraordinário – por não portarem efeito suspensivo estão à ilharga do que se pode compreender como decisão final transitada em julgado para fins de aplicação daquele preceito.

Pode-se concluir, portanto, que o Supremo Tribunal Federal acabou por flexibilizar a garantia constitucional disposta no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal considerado o sentido que atribuiu a trânsito em julgado.

Muito bem.

Tomando-se esta premissa como norte, revela-se acertado afirmar que o mesmo sentido deva ser atribuído à expressão trânsito em julgado constante em outros dispositivos constitucionais podendo-se citar, *v.g.*, o artigo 100, §5º, segundo o qual:

Art. 100 – Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

[...]

§5º – É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos, oriundos de *sentenças transitadas em julgado*, constantes de precatórios judiciais apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente.

[...]



Cediço que as condenações judiciais impostas à Fazenda Pública somente são passíveis de execução pelo credor depois de ter havido o trânsito em julgado, porquanto o texto normativo fala em sentenças transitadas em julgado. Nesse passo, de todos conhecido o longo, tortuoso e acidentado caminho a ser percorrido pelo credor até que aquele evento jurídico-processual ocorra, haja vista a miríade de medidas judiciais e recursos apresentados pela Fazenda Pública intermediada, evidentemente, por seus procuradores (advogados).

Até que a sentença transite em julgado não raro o credor já está a aguardar demasiadamente e, não infrequente, quem acaba por auferir o proveito efetivo da decisão condenatória são seus descendentes, dado o seu falecimento pelo transcurso indelével do tempo.

Ocorre que também na esfera cível os recursos extraordinários *lato sensu* – Recurso Especial e Recurso Extraordinário – não portam efeito suspensivo em regra, mas, somente, efeito devolutivo.¹⁷ Se assim o é, força convir que trânsito em julgado, também nessa hipótese, deve ser compreendido como abrangente, apenas, da primeira e segunda instâncias estando à margem os tribunais superiores.

Dessarte, havendo condenação da Fazenda Pública em primeira instância e sendo esta confirmada pelo Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal – seja pelo desprovemento de recurso voluntário, seja por idêntica decisão quando da apreciação de remessa necessária –, e possível ao credor, a seu juízo, promover a execução antecipada da sentença a despeito da possível interposição de recursos aos tribunais superiores pela Fazenda Pública.

E isso porque, para além de inexistir efeito suspensivo, tais recursos, de acordo com a tese firmada pela corrente vencedora do Supremo Tribunal Federal já aqui versada, “têm, como se sabe, âmbito de cognição estrito à matéria de direito” e, destarte, “não têm por

¹⁷ Cf. artigo 1.029, §5º, do Código de Processo Civil, bem como o revogado artigo 27, §2º, da Lei n. 8.038/90 (revogado pelo artigo 1.072, IV, da Lei n. 13.105/15, esclareça-se).



finalidade específica examinar a justiça ou injustiça de sentenças em casos concretos”, destinando-se, primordialmente, “à preservação da higidez do sistema normativo”.¹⁸

Do mesmo modo pode-se dizer, ainda segundo a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, que a “finalidade que a Constituição persegue não é outorgar uma terceira ou quarta chance para a revisão de um pronunciamento jurisdicional com o qual o sucumbente não se conforma e considera injusto”, sendo de todos cediço que “o trânsito em julgado, no sistema recursal brasileiro, depende em algum momento da inércia da parte sucumbente”, e não raro constatar haver, em regra, sempre “um recurso oponível a uma decisão, por mais incabível que seja, por mais estapafúrdias que sejam as razões recursais invocadas” e são “os mecanismos legais destinados a repelir recursos meramente protelatórios [...] ainda muito incipientes”.¹⁹

A coisa julgada, derivada do trânsito em julgado da decisão, portanto, “está intimamente vinculada à ideia da imutabilidade da decisão. Coisa julgada significa a imutabilidade da decisão ou a indiscutibilidade de alguns capítulos da decisão”, cujo marco temporal de aperfeiçoamento remonta à confirmação, em segunda instância, da sentença condenatória haja vista que tal julgamento será “impassível de ser modificado pelos Tribunais Superiores”.²⁰

Diga-se, ademais, que a compreensão ora defendida, coerente com a decisão do Supremo Tribunal Federal, está estruturada, sobretudo, em três ordens de ideias: (i) a condenação de primeiro grau mantida em recurso de apelação ou em apreciação de remessa necessária estabelece um grau de verossimilhança inquestionável em relação, também, à obrigação/responsabilidade da Fazenda Pública; (ii) o Recurso Extraordinário e o Recurso Especial não se destinam a investigar o acerto ou desacerto da decisão, nem a reestudar os fatos nem a reapreciar a prova, porquanto concebidos para discussão somente de alguma

¹⁸ Excertos do voto proferido pelo Min. Teori Albino Zavascki, relator do *Habeas Corpus* 126.292/SP, cuja reprodução também fora feita no item 1 do ensaio.

¹⁹ Excertos do voto proferido pelo Min. Edson Fachin no *Habeas Corpus* 126.292/SP, cuja reprodução também fora feita no item 1 do ensaio.

²⁰ Excertos do voto proferido pelo Min. Luiz Fux no *Habeas Corpus* 126.292/SP, cuja reprodução também fora feita no item 1 do ensaio.



questão de direito, seja perante o Supremo Tribunal Federal (questão constitucional), seja no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (questão infraconstitucional), restando a obrigação/responsabilidade da Fazenda Pública demonstrados na primeira e segunda instâncias; e, (iii) a impossibilidade de execução imediata de uma decisão condenatória de segunda instância fomenta a interposição sucessiva de recursos protelatórios o que, convenhasse, não é alguma coisa que se queira estimular.²¹

A adoção de tal posicionamento representaria a abolição da inglória obrigação de os advogados públicos – categoria que merece todo o respeito e admiração, pontue-se com sinceridade – interporem, apenas por dever de ofício, um recurso atrás do outro e a conjecturar medidas processuais com o objetivo de protelar, o mais possível, o trânsito em julgado da decisão condenatória e, assim, o pagamento de condenação imposta à Fazenda Pública. Esse é um destino ingrato a qualquer profissional. É um papel, todavia, cumprido pelos advogados públicos e uma obrigação por eles levada a efeito em vista do sistema engendrado. O entendimento aqui apresentado, nos moldes da decisão do Supremo Tribunal Federal, dispensaria os advogados públicos de interporem recursos meramente procrastinatórios, destarte.²²

Lado outro, constata-se que a norma derivada do artigo 100, §5º, da Constituição Federal, a exemplo daquela contida no art. 5º, LVII, do mesmo Diploma Magno, tal como implementada/interpretada, não encontra ressonância na sociedade brasileira a qual não suporta mais ver-se vilipendiada pelo Estado (Fazenda Pública), mormente quando este é devedor.

Essa dissintonia social é caracterizada pela previsão que os pagamentos devidos pela Fazenda Pública são devidos apenas quando do implemento do trânsito em julgado e, ao mesmo tempo, pela conduta de se tentar, o mais possível, que ele não ocorra a frustrar o

²¹ As três ordens de ideias apresentadas baseiam-se naquelas articuladas pelo Ministro Luis Roberto Barroso no voto oral e escrito proferido no *Habeas Corpus* 126.292/SP, conforme exposto no item 1 do ensaio.

²² O parágrafo é baseado no voto oral do Min. Luis Roberto Barroso em sentido similar considerada, contudo, a categoria dos advogados criminais.



cidadão cujo direito foi reconhecido pelo Poder Judiciário. E isso porque, “sabemos que é possível, depois da decisão de apelação, portanto, na esfera ainda da jurisdição ordinária, termos o recurso especial, o recurso extraordinário, esses sucessivos recursos, já com objetivo, embargos de declaração, destinados a fundamentalmente elidir o trânsito em julgado e a bloquear a efetividade das decisões”.²³

Se se pudesse dar à regra do artigo 100, §5º da Constituição Federal caráter absoluto – como tem sido feito até então tanto pela Fazenda Pública, quanto pelo Poder Judiciário, no mais das vezes generoso com seus pedidos, medidas e recursos –, ter-se-ia que admitir, no limite dessa compreensão, que a execução da sentença condenatória proferida em desfavor da Fazenda Pública só se viabilizaria quando ela mesma, a Fazenda Pública, se conformasse com a sua sorte, abrindo mão de possível recurso ou medida processual. Significaria dizer, de outro modo, que a execução da sentença condenatória proferida em desfavor da Fazenda Pública estaria condicionada à sua concordância.²⁴

Poder-se-ia, presente esse cenário, concluir pela existência de algo, para dizer pouco, extravagante no sistema jurídico pátrio em relação à Fazenda Pública a não ecoar, evidentemente, na sociedade brasileira. Sob essa perspectiva, Patrícia Perrone Campos Mello disserta que “a incongruência social alude a uma relação de incompatibilidade entre as normas jurídicas e os *standards* sociais; corresponde a um vínculo negativo entre as decisões judiciais e as expectativas dos cidadãos”.²⁵

Nenhum cidadão aceita mais aguardar por 10, 15, 20 anos o desfecho de uma ação movida contra o Estado (Fazenda Pública), representado pelo trânsito em julgado, quando tanto na primeira como na segunda instância já obteve uma decisão favorável ao seu pleito.

²³ Excerto do voto proferido pelo Min. Gilmar Mendes no *Habeas Corpus* 126.292/SP.

²⁴ Adaptação feita pelo autor de excertos do voto proferido pelo Min. Edson Fachin no *Habeas Corpus* 126.292/SP, cuja reprodução também fora feita no item I do ensaio.

²⁵ CAMPOS MELLO, Patrícia Perrone. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 233.



Ora, se o Supremo Tribunal Federal admitiu a flexibilização do *trânsito em julgado* para firmar posicionamento pela não vulneração da garantia disposta no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal a cancelar a possibilidade de execução imediata da sentença penal condenatória quando da decisão em segunda instância, deve-se compreender do mesmo modo em se tratando de questão cujos efeitos são meramente patrimoniais e que não dizem de perto, imediatamente, com a dignidade da pessoa humana tal como a liberdade o diz.

Se o Supremo Tribunal Federal, partindo de um grau zero de sentido²⁶, irá, *sponte propria* e ignorando a coerência e a integridade do Direito, mormente de sua história institucional em relação ao instituto do trânsito em julgado, atribuir esse sentido àquele instituto, então deverá manter o mínimo de coerência *pro futuro*, ainda que assuma uma posição manifestamente pragmática.²⁷ Deverá admitir, no limite, da mesma forma, que o trânsito em julgado, presente condenação imposta à Fazenda Pública, cingir-se-á somente a primeira e segunda instâncias sendo possível a execução imediata da sentença condenatória e a consequente inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos constantes de precatórios judiciais.

CONCLUSÃO

Na primeira parte do presente trabalho foi analisada, no que pertinente ao tema proposto, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal quando da apreciação do *Habeas Corpus* 126.292/SP. Neste, como exposto, o posicionamento formado pela maioria

²⁶ Expressão cunhada por Lenio Streck e por ele utilizada na sua *Crítica Hermenêutica do Direito*, v.g.: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 249: “Para a hermenêutica, o *princípio da proporcionalidade* é como uma metáfora, isto é, um modo de explicar que cada interpretação – que nunca pode ser solipsista – deve obedecer a uma reconstrução integrativa do direito, para evitar interpretações discricionárias/arbitrárias sustentadas em uma espécie de ‘grau zero de sentido’, que, sob o manto do caso concreto, tenham a estabelecer sentidos para quem ou para além da Constituição”.

²⁷ A referência, aqui, é à Teoria Pragmática capitaneada por Richard Allen Posner.



dos ministros foi no sentido de estabelecer a seguinte tese: A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

Da corrente majoritária – formada pelos Ministros Teori Albino Zavascki (relator); Edson Fachin; Luis Roberto Barroso; Luiz Fux; Dias Toffoli; Cármen Lúcia Antunes Rocha e Gilmar Mendes – extraíram-se os fundamentos determinantes à compreensão sintetizada na tese supra com ênfase ao sentido atribuído pelo Supremo Tribunal Federal a trânsito em julgado, constante no texto constitucional explicitador da garantia fundamental então sob exame.

Na segunda parte incursionou-se a uma revisitação – mui brevemente – às teorias formuladas por Ronald Dworkin e Lenio Streck objetivando relacioná-las com o tema proposto especialmente no tocante às características (ou qualidades) que estes autores atribuem ao Direito, a saber: a coerência e a integridade. Esta, correspondente ao respeito que se deve ter à história institucional do Direito forjada pela comunidade jurídica; aquela pela igual apreciação que casos idênticos devem merecer (*fair play*), algo relacionado, também, à própria ideia de integridade.

Já na terceira parte procurou-se estabelecer um critério de coerência *pro futuro* para o Supremo Tribunal Federal tomando-se por base, especificamente, as razões determinantes que o levaram a decidir pela possibilidade de execução imediata da sentença penal condenatória ainda que pendente recurso junto aos tribunais superiores e, portanto, ausente o trânsito em julgado. A ideia proposta, considerados tais fundamentos, foi estabelecer que a compreensão atribuída a trânsito em julgado no julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP deve ser a mesma, presente mínima coerência, para todos os dispositivos constitucionais que o tragam insito em seu relato textual.

Assim, *v.g.*, a compreensão do artigo 100, §5º, da Constituição Federal deve ser no sentido de o credor estar autorizado a proceder à execução imediata da sentença condenatória



proferida em desfavor da Fazenda Pública mesmo que se encontre pendente de exame recurso junto aos tribunais superiores bastando, para o implemento do trânsito em julgado, decisão de segunda instância.

Os mesmo fundamentos que servem de apoio à tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal para flexibilizar a garantia constitucional constante no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal servem (devem servir) para legitimar a execução provisória de sentença condenatória proferida em desfavor da Fazenda Pública.

Se o Supremo Tribunal Federal, partindo de um grau zero de sentido, irá, *sponte propria* e ignorando a coerência e integridade do Direito, dizer, ele, o que trânsito em julgado representa a partir do julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP, então deverá manter o mínimo de coerência *pro futuro* admitindo-se, da mesma forma, que o trânsito em julgado, presente condenação imposta à Fazenda Pública, cingir-se-á somente a primeira e segunda instâncias de modo a possibilitar a execução imediata da sentença condenatória e a consequente inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos constantes de precatórios judiciais.

Ou isso, ou se respeite a integridade e coerência do Direito e, sobretudo, o que formado ao longo do tempo pela comunidade jurídica acerca do significado atribuível ao instituto trânsito em julgado, cingindo-se, ademais, ao perímetro intransponível do texto constitucional o qual, nunca é demasiado (re)lembrar, é fruto de um concerto democrático da sociedade brasileira.

A exposição que ora se encaminha para o final parece demonstrar e, portanto, dar razão à admoestação feita pelo Ministro Marco Aurélio quando proferiu seu voto no já referido *Habeas Corpus* 126.292/SP. Sua Excelência, depois de vaticinar que não via uma tarde feliz, em termos jurisdicionais, na vida do Supremo Tribunal Federal, assentou que “quando



avancamos, extravasamos os limites que são próprios ao Judiciário, como que se lança um bumerangue e este pode retornar e vir à nossa testa”.²⁸

A compreensão proposta neste ensaio é o primeiro bumerangue (quem sabe de alguns) que está a retornar à testa do Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.

BRASIL. Lei n. 8.038, de 28 de maio de 1990. Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em *Habeas Corpus* n. 126.292/SP, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, DJe 16/05/2016. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>

CAMPOS MELLO, Patrícia Perrone. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

²⁸ Excerto do voto proferido pelo Min. Marco Aurélio no *Habeas Corpus* 126.292/SP.



DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MORAIS, Fausto Santos de. *A proporcionalidade como princípio epocal do direito: o (des)velamento da discricionariedade judicial a partir da perspectiva da nova crítica do direito*. 2010. 218 p. Dissertação (mestrado). Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Orientação: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck.

STRECK, Lenio Luiz. *Compreender direito: desvelando as obviedades do discurso jurídico*. Vol. I. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. *Curso de filosofia jurídica*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. *Teoria complexa do direito*. 2 ed. Curitiba: Editora Primas, 2015.

