

pragmatism, Dworkin's theory of "Law as Integrity" aims to be recognized as the theoretical proposal that can be compared the most to constitutional democracy. Based on such premises, we analyzed the trial of *habeas corpus* 152.752 in favor of the former president Luiz Inácio Lula da Silva, in order to evaluate if the Ministers' decisions met the coherence and integrity standards demanded in judicial sentences. The research technique was monographic and the approaching method was dialectical.

KEYWORDS: Dworkin. Integrity. Coherence. Decision. Chain Novel.

1 INTRODUÇÃO

A Democracia Constitucional no Brasil está atingindo um estágio de amadurecimento que leva à superação de antigos valores e dogmas característicos de uma visão positivista clássica, que privilegiava a aplicação rigorosa da norma, e nos casos de aparente lacuna normativa permitia um elevado grau de discricionariedade do julgador.

Importa questionar, no entanto, se a discricionariedade judicial, presente não só na visão positivista clássica, mas também no pragmatismo, seria em alguma medida compatível com a democracia constitucional.

Parte-se da premissa de que o Direito deve ser visualizado como um todo íntegro e coerente, e assim deve ser interpretado e aplicado. Nessa perspectiva, haveria sempre uma resposta correta para o caso analisado, a qual deve ser febrilmente buscada pelo julgador, a quem cabe demonstrar o caminho utilizado para atingi-la, por meio da fundamentação de sua decisão.

Dentro desse contexto, pretende-se nesse artigo analisar o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do *habeas corpus* 152.752-PR, impetrado em favor do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, em que foi julgada a possibilidade de execução provisória da pena, ainda que pendentes recursos perante os tribunais superiores.

As temáticas da execução provisória da pena e do Princípio da Presunção de Inocência, no entanto, não serão objeto de análise direta. O que se busca é avaliar se os posicionamentos dos ministros atenderam a padrões de coerência e integridade exigíveis para as decisões judiciais. Ou seja, há maior preocupação com o caminho utilizado, e descrito na fundamentação do voto

Alexandre de Castro Coura | Aloyr Dias Lacerda

e nas manifestações durante o julgamento, do que propriamente a conclusão a que chegaram acerca do tema de fundo do *habeas corpus*.

Para realizar tal análise, e diante da extensão dos votos dos ministros, optou-se por realizar um corte e avaliar apenas os votos e manifestações mais representativos da questão da coerência e integridade da decisão judicial, que são aqueles proferidos pelos ministros Rosa Weber e Marco Aurélio Mello.

Buscou-se enfrentar alguns problemas, embora certamente sem a pretensão de esgotá-los, tais como: A discricionariedade judicial é compatível com a democracia constitucional? De que maneira o conceito de direito como integridade de Ronald Dworkin, para além do positivismo e do pragmatismo, pode contribuir para o exercício da jurisdição no Brasil? Além dessas questões, que compõem o pano de fundo teórico, também se pretende perquirir se o julgamento do *habeas corpus* impetrado em favor do ex-Presidente Lula atendeu a padrões de coerência e integridade pelos ministros ao proferirem os seus votos.

Com a finalidade de responder a tais questionamentos, inicialmente será feita a exposição da proposta de Ronald Dworkin do “Direito como Integridade”, para em seguida analisar a exigência de coerência e integridade nas decisões judiciais.

2 O DIREITO COMO INTEGRIDADE SEGUNDO RONALD DWORKIN

Ronald Dworkin desenvolve sua teoria do direito como integridade em contraposição ao pragmatismo e ao convencionalismo, tendo como premissa que a argumentação jurídica deve buscar a melhor interpretação moral possível das práticas sociais.

No entanto, para que o direito possa se desenvolver como um empreendimento interpretativo é preciso que haja um consenso inicial na comunidade sobre quais práticas são consideradas práticas jurídicas, a fim de que todos os intérpretes possam partir de um mesmo dado. É necessário, portanto, um acordo pré-interpretativo entre os membros de uma mesma comunidade jurídica, e ele é contingente e local (DWORKIN, 2014).

Alexandre de Castro Coura | Aloyr Dias Lacerda

Nesse prisma, é preciso compreender a diferenciação proposta por Dworkin entre conceitos e concepções de direito. Para tanto, ele recorre uma metáfora do tronco de árvore e os seus ramos. O conceito seria representado pelo “tronco” da árvore, ou seja, a prática social sobre a qual incide a argumentação, o núcleo do discurso jurídico. Os ramos, por sua vez, seriam as diversas concepções ou visões sobre esse conceito (SGARBI, 2006).

Assim como não se pode imaginar os ramos da árvore sem o tronco, não é possível estabelecer um discurso jurídico sem que haja um consenso acerca do conceito comum sobre o qual é feito o debate. Em resumo: é preciso que esteja claro para todos qual o objeto do discurso, a partir do qual são elaborados os argumentos relativos às diversas concepções de direito. Stephen Guest (2010, p. 39) é bastante claro ao expor essa distinção entre conceito e concepção:

A ideia é esta. As pessoas podem ter concepções diferentes de alguma coisa e podem discutir umas com as outras, e muitas vezes discutem, sobre qual concepção é a melhor. Você observará a evidente analogia com as interpretações rivais de uma “coisa”. No contexto das concepções, esta “coisa” é o “conceito” e é constituída por um nível de abstração a respeito do qual há uma concordância quanto a um conjunto distinto de ideias, e é empregada em todas as interpretações. Uma concepção, por outro lado, incorporará certa controvérsia que, segundo Dworkin, encontra-se “latente” no conceito.

Assim, Dworkin defende que, partindo de um mesmo conceito de direito, é possível haver diversas concepções, que não são essencialmente certas ou erradas, mas adequadas ou não para um determinado modelo de sociedade.

Ele analisa as concepções do convencionalismo e do pragmatismo, trazendo a proposta de sua concepção do direito como integridade, que seria a mais coerente com um modelo de sociedade liberal e democrática.

Para iniciar a discussão entre as diversas concepções de direito, Dworkin (2014) propõe que o conceito de direito se baseia na justificação do uso da força pelo Estado. Ele seria, assim, um conjunto de direitos e responsabilidades, que decorre de decisões tomadas no passado e que legitimam a coerção estatal. Com base nesse conceito, desenvolvem-se as concepções convencionalista, pragmática e do direito como integridade.

Alexandre de Castro Coura | Aloyr Dias Lacerda

A primeira concepção analisada, o convencionalismo, é assim definida: “O direito é o direito. Não é o que os juízes pensam ser, mas aquilo que realmente é. Sua tarefa é aplicá-lo, não modificá-lo para adequá-lo à sua própria ética ou política” (DWORKIN, 2014, p. 141).

Para o convencionalismo, os direitos seriam somente aqueles explicitamente previstos nas decisões do passado, tomadas por alguma das fontes estatais autorizadas. Ele busca a concretização do ideal da previsibilidade.

O grande problema dessa concepção de direito reside nas situações em que não há uma convenção estabelecida. Nesse caso, ou simplesmente se negaria o direito pleiteado, por ausência de uma convenção prévia, ou se abriria a possibilidade de utilização da discricionariedade em sentido forte, ou seja, por não estar vinculado a nenhuma convenção, o juiz poderia “criar” o direito no caso concreto, com a grave consequência de que tal “criação” teria uma aplicação em caráter retroativo (uma vez que o direito “criado” para aquele caso ainda não existia) (COURA & AZEVEDO, 2014).

A outra concepção de direito analisada por Dworkin (2014, p. 185), o pragmatismo, é assim por ele definida:

O pragmático adota uma atitude cética com relação ao pressuposto que acreditamos estar personificado no conceito de direito: nega que as decisões políticas do passado, por si sós, ofereçam qualquer justificativa para o uso ou não do poder coercitivo do Estado. Ele encontra a justificativa necessária à coerção na justiça, na eficiência ou em alguma outra virtude contemporânea da própria decisão coercitiva, como e quando ela é tomada por juízes, e acrescenta que a coerência com qualquer decisão legislativa ou judicial anterior não contribui, em princípio, para a justiça ou a virtude de qualquer decisão atual. Se os juízes se deixarem guiar por esse conselho, acredita ele, então a menos que cometam grandes erros, a coerção que impõem tornará o futuro da comunidade mais promissor, liberado da mão morta do passado e do fetiche da coerência pela coerência.

O pragmatismo, portanto, defende que o uso da coerção estatal não pode ser justificado meramente por decisões jurídicas ou políticas do passado. Ao contrário, a melhor decisão a ser tomada é aquela que redunde em impactos positivos para a comunidade.

Assim, diferente do convencionalismo que, preocupado com a segurança e previsibilidade, possui o olhar preponderantemente voltado para o passado, o pragmatismo direciona sua visão para o futuro, e o direito é um instrumento de construção desse futuro.

Alexandre de Castro Coura | Aloyr Dias Lacerda

O juiz adepto do modelo pragmático ainda utilizaria expressamente as convenções em sua decisão, mas isso seria apenas um tipo de estratégia por ele utilizada. Ele manteria as decisões do passado por entender que no longo prazo a previsibilidade seria um bem da comunidade digno de ser protegido. No entanto, ele “nega que as pessoas tenham quaisquer direitos; adota o ponto de vista de que elas nunca terão direito àquilo que seria pior para a comunidade apenas porque alguma legislação assim o estabeleceu, ou porque uma longa fileira de juízes decidiu que outras pessoas tinham tal direito” (DWORKIN, 2014, p. 186).

Por conseguinte, nos casos rotineiros as convenções seriam normalmente aplicadas, de modo estratégico, pelo pragmatismo. Nos casos difíceis, no entanto, elas poderiam ser olvidadas em prol de uma decisão que, na concepção daquele juiz, melhor atendesse aos novos rumos exigidos pela sociedade. Assim,

O pragmático dará ao passado toda a atenção exigida por uma boa estratégia. Ele aceita os direitos “como se” com esse espírito, e por razões de estratégia tomará basicamente as mesmas decisões que um convencionalista tomaria quando as leis são claras ou os precedentes bem definidos e decisivos. Rejeitará aquilo que um convencionalista aceita como direito apenas em casos especiais, quando uma lei for velha e ultrapassada, por exemplo, ou quando um conjunto de precedentes for considerado injusto ou ineficiente, e é difícil ver o que então se perde em termos de valor. Ele rejeita, é verdade, a própria ideia de coerência de princípio como algo importante em si mesmo. (DWORKIN, 2014, p. 197).

Analisando o convencionalismo e o pragmatismo, é possível constatar similitudes que tornam tais concepções bastante problemáticas para um modelo de sociedade liberal e democrática.

Nos chamados “casos fáceis ou rotineiros”, em ambas as concepções, aplica-se a convenção. No convencionalismo por ser esse o modelo, que busca garantir segurança e previsibilidade na tomada de decisões. No pragmatismo, por uma questão de estratégia, que tratam aqueles casos “como se” os indivíduos tivessem realmente direitos, mas na verdade a convenção é utilizada apenas de modo estratégico, por se revelar adequada à comunidade para a resolução de casos rotineiros, em que não são necessárias grandes indagações por parte do intérprete e aplicador do direito.

O problema surge diante dos “casos difíceis” (*hard cases*). São situações em que a convenção não estabelece de modo claro a decisão mais adequada a ser tomada, e se localizam em uma zona de penumbra ou incerteza no sistema normativo, o que demanda do aplicador do direito um esforço de interpretação considerável para a tomada de decisão.

Alexandre de Castro Coura | Aloyr Dias Lacerda

O convencionalismo propõe a utilização da discricionariedade em sentido forte nesse caso, dotando o aplicador do direito de amplos poderes para decidir da maneira que reputar mais adequada, uma vez que não existe convenção expressa definindo a questão. Note-se que exatamente diante das questões mais importantes e polêmicas essa concepção, que se funda na segurança e previsibilidade, assume um caráter de absoluta incerteza, em razão da ampla discricionariedade que possuiria o juiz para decidir o caso concreto.

O pragmatismo, da mesma forma, também faz uso da discricionariedade em sentido forte, pois essa é a regra nessa concepção do direito, que baseia suas decisões de forma utilitarista, negando que os indivíduos possuam direitos que devam ser respeitados, quando em conflito com o bem-estar da comunidade.

Essas concepções de direito são incompatíveis com uma sociedade liberal e democrática porque: 1) violam direitos individuais e 2) possuem um déficit democrático em seu processo de aplicação do direito.

A violação dos direitos ocorre no convencionalismo porque o juiz é dotado, nos casos difíceis, de uma discricionariedade ampla, desrespeitando direitos que podem ser extraídos da lógica do sistema jurídico, quando encarado em sua integridade, embora não previstos de maneira expressa em uma convenção¹⁴. No pragmatismo, porque sequer consideram os direitos dos indivíduos, em nome de um difuso conceito de bem-estar coletivo. Assim, os direitos deixam de ser encarados como trunfos¹⁵ em face de metas sociais abrangentes, perdendo a importante característica de proteção contramajoritária.

O déficit democrático no processo de aplicação do direito ocorreria porque os juízes, como agentes públicos não eleitos, não deveriam ser responsáveis pela criação de leis, por lhes faltar legitimidade e responsabilidade perante o eleitorado como ocorre com os legisladores.

¹⁴ “Em minha argumentação, afirmarei que, mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa. O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente” (DWORKIN, 2010, p. 127).

¹⁵ A concepção de direitos como trunfos é abordada por Dworkin de maneira ampla em seu livro *Levando os Direitos a Sério*. Em linhas gerais, a principal função do direito seria garantir ao indivíduo uma esfera de proteção inviolável, mesmo diante de metas coletivas. Eles seriam “trunfos” em relação aos quais deveriam ceder quaisquer interesses majoritários, salvo em situações excepcionais e devidamente justificadas.

Alexandre de Castro Coura | Aloyr Dias Lacerda

Ademais, o juiz, ao criar uma lei para um caso concreto que lhe é apresentado, na verdade dá a essa lei, recém-criada, uma aplicação retroativa, de modo que a parte perdedora receberá uma punição, não pela violação de algum dever preestabelecido, mas por ter violado um novo dever, criado pelo juiz após o fato (DWORKIN, 2010)¹⁶.

Como alternativa às concepções convencionalista e pragmática do direito, Dworkin propõe o “Direito como integridade”.

Em sua concepção, a política comum compartilha com a política utópica (que propõe os requisitos para a constituição de um Estado ideal), certos ideais de estrutura política imparcial, de uma justa distribuição de recursos e oportunidades, e de um processo equitativo. Ele denomina tais ideais de virtudes da equidade, da justiça e do devido processo legal adjetivo. A equidade se relaciona com procedimentos de distribuição do poder político de maneira adequada (métodos de escolha de governantes e de tornar suas decisões sensíveis ao eleitorado). A virtude da justiça se refere às decisões a serem tomadas pelas instituições políticas (legisladores, juízes e outras autoridades), de modo a garantir a distribuição adequada de recursos e a proteção das liberdades civis. O processo legal adjetivo, por sua vez, consiste na adoção de procedimentos de julgamento dos cidadãos que garantam um maior grau de exatidão nas decisões, por meio da análise de provas e de mecanismos de correção e revisão, bem como que observem o respeito aos direitos processuais das partes envolvidas no processo (DWORKIN, 2014).

A tais virtudes Dworkin acrescenta uma quarta, por ele denominada de virtude da integridade política. Ela só pode ser compreendida, no entanto, se também entendermos o raciocínio da “personificação da comunidade”.

A ideia é simples. A comunidade é encarada como se fosse um indivíduo, com defeitos e qualidades, e a virtude da integridade pode ser compreendida da mesma maneira como

¹⁶ Sobre o tema, reforça Lenio Streck (2010, p. 93-94): “Na verdade, o ‘drama’ da discricionariedade que critico reside no fato de que *esta transforma os juízes em legisladores*. E, para além disso, esse ‘poder discricionário’ propicia a ‘criação’ do próprio objeto de ‘conhecimento’, típica manifestação do positivismo. Ou seja, a razão humana passa a ser a ‘fonte iluminadora’ do significado de tudo o que pode ser enunciado sobre a realidade”.

Alexandre de Castro Coura | Aloyr Dias Lacerda

identificamos uma pessoa íntegra, ou seja, que respeita determinados valores e é coerente em suas atitudes.

Segundo Dworkin (2014), essa lógica da personificação da comunidade explica o senso de responsabilidade coletiva dos povos. Alemães não nascidos na época do nazismo ainda sentem vergonha das atrocidades praticadas por tal regime, e norte-americanos brancos que não herdaram bens de escravocratas sentem-se responsáveis para com negros descendentes de escravos, por sua condição social atual. Da mesma forma, nossas autoridades políticas agem em nome de uma comunidade da qual somos todos membros, e quando elas agem indevidamente, com corrupção ou injustiça, brota um sentimento de vergonha e ultraje nos cidadãos, fruto de uma culpa coletiva que tem como pano de fundo a noção de uma responsabilidade por todos compartilhada.

Assim, a personificação da comunidade nos leva a visualizá-la como um sujeito distinto, que possui valores e princípios próprios, os quais devem ser observados por todos os seus membros, mas que não se confundem com os valores e princípios de cada um deles, quando individualmente considerados. Nesse sentido, Dworkin (2014, p. 202) esclarece:

A integridade torna-se um ideal político quando exigimos o mesmo do Estado ou da comunidade considerados como agentes morais, quando insistimos em que o Estado aja segundo um conjunto único e coerente de princípios mesmo quando seus cidadãos estão divididos quanto à natureza exata dos princípios de justiça e equidade corretos. Tanto no caso individual quanto no político, admitimos a possibilidade de reconhecer que os atos das outras pessoas expressam uma concepção de equidade, justiça ou decência mesmo quando nós próprios não endossamos tal concepção. Essa capacidade é uma parte importante de nossa capacidade mais geral de tratar os outros com respeito, sendo, portanto, um requisito prévio de civilização.

Portanto, mesmo diante de uma sociedade marcada pelo multiculturalismo e pela pluralidade de ideias, é possível reconhecer a existência de um conjunto coerente de princípios que direciona a atuação do Estado para a consecução de seus objetivos.

Essa coerência na atuação estatal garante estabilidade às relações intersubjetivas, permitindo aos cidadãos pautarem suas condutas com base em uma expectativa de que não haverá uma mudança repentina de rumo pelos agentes do Estado, sem que haja um motivo relevante e devidamente fundamentado.

Dworkin analisa três modelos de comunidade política, cada um com suas características próprias, e que descreveria as atitudes que os seus membros adotariam, de forma consciente, caso assumissem a concepção de comunidade expressa pelo modelo (DWORKIN, 2014).

Alexandre de Castro Coura | Aloyr Dias Lacerda

O primeiro trata de uma associação como um acidente de fato na história e geografia, admitindo que seus membros chegariam a acordos sobre a divisão das tarefas nessa sociedade, os quais seriam mantidos enquanto fossem benéficos para todos, não havendo nenhuma outra razão que pudesse garantir sua estabilidade.

O segundo modelo de comunidade, chamado “modelo de regras”, pressupõe que seus membros obedeceriam às regras estabelecidas e aceitas previamente, através do processo político de negociação, apenas por uma questão de obrigação, mas o conteúdo de tais regras esgotaria o seu compromisso social. A concepção convencionalista do Direito possui nítida relação com esse modelo de comunidade.

O terceiro modelo, continua Dworkin, é aquele que melhor atenderia à concepção do Direito como integridade, e é denominado de comunidade de princípios. Esse modelo concorda com o modelo de regras no sentido da necessidade de regras criadas por um acordo político, mas vai além, pois admite que elas estão embasadas em princípios subjacentes comuns, e não em mera negociação estratégica no campo político.

Dworkin sustenta que essa concepção de uma comunidade governada por princípios comuns que subjazem ao sistema de regras levaria os seus membros a se comportarem de uma forma fraterna, respeitando o sentimento de equidade e justiça vigentes em sua comunidade, e admitindo que a “exigência de integridade pressupõe que cada pessoa é tão digna quanto qualquer outra, que cada uma deve ser tratada com o mesmo interesse, de acordo com uma concepção coerente do que isso significa” (DWORKIN, 2014, p. 257).

A ideia de igualdade entre os membros de uma comunidade é bastante forte na obra de Dworkin, que propõe um “Liberalismo Igualitário”. A análise de tal concepção, amplamente debatida em vários artigos reunidos no livro *Virtude Soberana*, escapa aos limites deste artigo, mas é preciso ter em mente que desde os seus primeiros escritos, e de modo especial no *Império do Direito*, a noção de integridade está relacionada de forma direta à de igualdade de tratamento entre os cidadãos.

Alexandre de Castro Coura | Aloyr Dias Lacerda

Segundo Stephen Guest (2010, p. 60), a concepção de moralidade política aponta no sentido de que “o Estado deve, por meio das suas leis, assim como por outros meios, tratar as pessoas como iguais. Essa ideia é a força que, através da ideia de comunidade, impele a integridade”. Existe, portanto, uma íntima correlação entre integridade na criação e aplicação do direito e o tratamento dos cidadãos como iguais. Na elaboração das leis, é preciso haver uma sólida justificação política para estabelecer um tratamento diferenciado a grupos e setores.

Do mesmo modo, exige-se coerência no julgamento dos membros da comunidade, que nutrem uma justa expectativa de que suas causas serão decididas com base em leis e precedentes comuns, os quais normalmente levarão a um tratamento igualitário por parte do Poder Judiciário, que deverá chegar a uma mesma resposta (correta), quando não houver uma relevante razão fática ou jurídica que justifique o contrário.

Conforme já assinalado, a exigência de integridade se aplica tanto no âmbito da legislação como da decisão judicial. Assim esclarece Dworkin (2014, p. 261):

Estabeleci uma distinção entre duas formas de integridade ao arrolar dois princípios: a integridade na legislação e a integridade na deliberação judicial. A primeira restringe aquilo que nossos legisladores e outros partícipes de criação do direito podem fazer corretamente ao expandir ou alterar nossas normas públicas. A segunda requer que, até onde seja possível, nossos juízes tratem nosso atual sistema de normas públicas como se este expressasse e respeitasse um conjunto coerente de princípios e, com esse fim, que interpretem essas normas de modo a descobrir normas implícitas entre e sob as normas explícitas.

Interessa ao presente artigo uma análise mais detida da exigência da integridade na decisão judicial, para além dos pressupostos do convencionalismo e do pragmatismo. Nesse sentido, deve-se ter em mente que a aplicação da norma jurídica exige uma coerência de princípio que, embora leve em conta os precedentes históricos, neles não se esgota. Igualmente, não é possível extrair o sentido da norma apenas com base em uma percepção subjetiva do bem coletivo.

Existe uma linha principiológica condutora da interpretação da norma jurídica, a qual se inicia no passado, e não pode ser ignorada. No entanto, essa linha condutora representa um ponto de partida, e não de chegada, devendo direcionar o intérprete para a extração de um sentido normativo que possa espelhar “a prática jurídica sob sua melhor luz”. Nesse sentido, salienta Dworkin (2014, p. 274):

Alexandre de Castro Coura | Aloyr Dias Lacerda

O direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram (às vezes incluindo, como veremos, o que disseram) em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado. O direito como integridade deplora o mecanismo do antigo ponto de vista de que “lei é lei”, bem como o cinismo do novo “realismo”. Considera esses dois pontos de vista como enraizados na mesma falsa dicotomia entre encontrar e inventar a lei.

A melhor maneira de compreender o processo de aplicação do direito dentro dessa concepção de integridade é através de um gênero literário artificial proposto por Dworkin, denominado *Romance em Cadeia*.

Ele sustenta que a literatura pode ser um poderoso instrumento para auxiliar a compreensão do Direito e incrementar mecanismos de interpretação dos textos jurídicos. A proposta é a seguinte:

Suponha que um grupo de romancistas seja contratado para um determinado projeto e jogue dados para definir a ordem do jogo. O de número mais baixo escreve o capítulo de abertura de um romance, que ele depois manda para o número seguinte, o qual acrescenta um capítulo, com a compreensão de que está acrescentando um capítulo a esse romance, não começando outro, e, depois, manda os dois capítulos para o número seguinte, e assim por diante. Ora, cada romancista, a não ser o primeiro, tem a dupla responsabilidade de interpretar e criar, pois precisa ler tudo o que foi feito antes para estabelecer, no sentido interpretativista, o que é o romance criado até então (DWORKIN, 2005, p. 235-236).

Assim, cada romancista assume a condição de intérprete da história já produzida até então, e possui o dever de lhe dar continuidade, da maneira mais coerente possível. Não pode iniciar uma nova história, e toda mudança drástica de rumo exigirá uma explicação racional que a justifique, o que torna mais difícil o afastamento da linha de argumentação desenvolvida pelos romancistas anteriores. Dworkin ressalta que esse exercício literário é similar ao processo de decisão de casos difíceis no Direito, de modo que:

Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como um parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele *deve* interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção. Portanto, deve determinar, segundo seu próprio julgamento, o motivo das decisões anteriores, qual realmente é, tomado como um todo, o propósito ou o tema da prática até então (DWORKIN, 2005, p. 238).

Portanto, “o dever de um juiz é interpretar a história jurídica que encontra, não inventar uma história melhor” (DWORKIN, 2005, p. 240). Esse projeto literário é testado em sua efetividade ao ser submetido às dimensões de adequação e de justificação.

Alexandre de Castro Coura | Aloyr Dias Lacerda

Segundo Rafael Lazzarotto Simioni (2014), a dimensão da adequação exige que o juiz não adote nenhuma interpretação extravagante em sua decisão. Ao contrário, ela deve ser elaborada de modo a apreender a maior parte do que já foi produzido, e sob a melhor luz possível. É preciso, portanto, que seja garantida a continuidade coerente do projeto jurídico desenvolvido em torno da questão difícil. A dimensão da justificação, por sua vez, estabelece que dentre as várias leituras interpretativas possíveis para a decisão jurídica, deve ser escolhida aquela que permita uma melhor integração e justificativa política e moral do projeto. Ele conclui: “a decisão jurídica é sempre uma nova decisão, mas ao mesmo tempo é uma continuidade histórica do projeto jurídico já iniciado e para o qual ela deve se manter coerente, deve procurar revelar o seu melhor valor e justificá-lo do melhor modo possível do ponto de vista da moral política” (SIMIONI, 2014, p. 385).

Esse é o papel do juiz ao decidir um caso difícil: atuar como um romancista de um jogo literário, incumbindo de dar uma continuidade coerente à história que vem sendo desenvolvida. Não que seja totalmente vedada uma mudança de rumos. Mas isso exigiria que fossem respeitadas as dimensões da adequação e da justificação, não sendo suficiente uma decisão solipsista do romancista, ainda que fundamentada.

3 A EXIGÊNCIA DE INTEGRIDADE E COERÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

No paradigma do Estado Democrático de Direito, em que o poder se concentra nas mãos do povo, que o exerce diretamente ou por meio de representantes eleitos, torna-se pertinente o questionamento, formulado por Lenio Streck (2013) de como é possível que juízes, não eleitos pelo voto popular, possam anular ou controlar a aplicação de leis elaboradas por representantes eleitos pelo povo? A questão não é tão simples como pode parecer à primeira vista, e provoca inúmeros debates relacionados à própria legitimidade do exercício da função jurisdicional¹⁷, em especial quando se fala em jurisdição constitucional.

¹⁷ Sobre essa questão, é oportuna a observação de André Galvão Vasconcelos de Almeida (2018, p. 204): “Além disso, embora seja louvável a utilização de mecanismos de abertura do processo decisório na busca por maior “legitimidade democrática” das decisões judiciais, como é o caso da atuação do *amicus curiae* e da possibilidade da instauração audiências públicas, tais mecanismos apenas atenuam o problema da ausência de legitimidade de algumas decisões judiciais, deixando latente uma disfuncionalidade institucional que atinge todos os atores envolvidos na concretização do direito no ordenamento jurídico brasileiro. O aumento de protagonismo judicial se mostra inversamente proporcional ao enfraquecimento dos demais poderes, sobretudo do poder legislativo, e evidencia uma nítida perda de participação popular na tomada de decisões importantes para construção de uma

Alexandre de Castro Coura | Aloyr Dias Lacerda

A repartição do Poder é necessária ao seu exercício, conforme clássica doutrina de Locke e Montesquieu. Além disso, além de não ser possível prescindir de qualquer dos Poderes da República, é certo que o controle democrático de sua atuação é fundamental para o equilíbrio e harmonia no desempenho dos papéis destinados a cada um deles.

No entanto, percebe-se atualmente no Brasil uma tensão entre a jurisdição e a legislação, que se torna clara nas críticas formuladas em relação ao chamado *ativismo judicial*. Embora não sejam todas as críticas fundadas (eis que cabe ao Poder Judiciário efetivar os direitos fundamentais previstos na Constituição, mesmo de forma contramajoritária, se preciso for), de fato, é preciso se precaver contra o agigantamento de qualquer dos Poderes.

Nesse sentido, oportuna é a advertência de Ingeborg Maus (2000, p. 187), de que “quando a Justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social — controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática”¹⁸.

Em países de democracia tardia, como a brasileira, existe sempre o risco de que um dos Poderes da República busque um indevido protagonismo em relação aos outros. Seja por considerar que as funções dos demais não estão sendo desempenhados a contento, seja pelo argumento de que sua atuação representa o atual “anseio da sociedade”, é possível que um deles ceda à tentação de desempenhar o papel de “superego” dos cidadãos e demais Poderes.

Salutar, portanto, é a permanente vigilância da atuação mútua, devendo ser mantido o compromisso do equilíbrio no desempenho das funções acometidas a cada um dos Poderes pela Constituição Federal. Não se pode perder de vista que os agentes estatais nada mais são do que *longa manus* do verdadeiro detentor do poder – o povo – e sua função é implementar a

democracia participativa. É de ressaltar, ainda, o esvaziamento do efeito pedagógico exercido por essa disfuncionalidade não apenas na relação entre Estado e Sociedade, mas também na relação entre as próprias instituições que compõem o corpus do nosso Estado Constitucional Democrático de Direito”.

¹⁸ Ingeborg Maus (2000) faz tal advertência no momento em que dirige uma crítica a Dworkin, argumentando que considerar perspectivas morais e princípios jurídicos como imanentes ao conceito de Direito, mesmo quando não encontram apoio em texto legal, poderia levar a um decisionismo judicial encoberto pela moral, em razão da extrema generalidade do conceito de moral em relação às normas jurídicas, bem como na indeterminada relação entre a moral atribuída ao Direito e as convicções morais empíricas de uma sociedade. Acerca de tal crítica, responde Lenio Streck (2013, p. 120), em defesa de Dworkin, que ela “é evidentemente indevida, bastando, para tanto, examinar a tese da resposta correta por ele defendida, essencialmente antirrelativista e antidiscionária. Nesse ponto, Maus aponta sua artilharia para o lugar errado”.

Alexandre de Castro Coura | Aloyr Dias Lacerda

vontade popular, expressa na Constituição Federal e detalhada por meio das normas jurídicas infraconstitucionais.

Ocorre que, para a efetivação dos direitos previstos na Constituição Federal, no caso dos Poderes Executivo e Legislativo – e embora seus membros não possam se afastar dos parâmetros já traçados pela Constituição - existe uma ampla discricionariedade em sua atuação, respaldada pela legitimidade conferida pelo voto popular, o que não acontece com o Poder Judiciário.

Assim, pode-se afirmar que por não terem a legitimidade proporcionada pelo voto, não é possível aceitar uma atuação discricionária dos membros do Poder Judiciário. Com base nessa premissa, as decisões judiciais devem aplicar o Direito observando padrões de coerência e integridade, as quais serão objeto de controle por meio da análise de sua fundamentação.

Torna-se claro, portanto, por que existe um dispositivo constitucional específico para garantir a necessidade de fundamentação das decisões judiciais (artigo 93, IX, CF) e não existe tal previsão em relação aos demais poderes. É que no caso do Poder Judiciário, a legitimidade de sua atuação não decorre da chancela do voto, mas deve ser demonstrada de forma racional no caso concreto. Assim, enquanto os membros dos demais Poderes “escolhem” a maneira de atuar¹⁹, os juízes, ao contrário, “decidem”:

É preciso deixar claro que existe uma diferença entre *Decisão* e *Escolha*. Quero dizer que a decisão – no caso, a decisão jurídica – *não pode ser entendida como um ato em que o juiz, diante de várias possibilidades possíveis para a solução de um caso concreto, escolhe aquela que lhe parece mais adequada*. Com efeito, *decidir não é sinônimo de escolher*. (...) Em outras palavras, a escolha é sempre parcial. Há no direito uma palavra técnica para se referir à escolha: *discricionariedade* e, quiçá (ou na maioria das vezes), *arbitrariedade*. Portanto, quando um jurista diz que “o juiz possui poder discricionário” para resolver os “casos difíceis”, o que quer afirmar é que, diante de várias possibilidades de solução do caso, o juiz pode escolher aquela que melhor lhe convier...! (...) Portanto, e isso é definitivo, *a decisão jurídica não se apresenta como um processo de escolha do julgador das diversas possibilidades de solução da demanda*. Ela se dá como um processo em que o julgador deve estruturar sua interpretação – como a melhor, a mais adequada – de acordo com o sentido do direito projetado pela comunidade política” (STRECK, 2010, p. 105-106).

¹⁹ Conforme já foi ressaltado anteriormente, no entanto, é preciso deixar claro que essa “escolha política” não é totalmente livre, pois no Estado Democrático de Direito toda atuação dos agentes públicos, discricionária ou não, deve ser pautada pelos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico-constitucional, considerado em sua integridade.

Alexandre de Castro Coura | Aloyr Dias Lacerda

Portanto, retomando o questionamento inicial do capítulo, é possível responder que a legitimidade da atuação judicial decorre da aplicação racional, íntegra e coerente das normas jurídicas, demonstrada no caso concreto por meio da fundamentação da decisão.

No Estado Democrático de Direito não há espaço para discricionariedade na atuação dos juízes. O Direito deve ser aplicado como integridade e de forma coerente com os precedentes judiciais, e não de forma solipsista, com base naquilo que o juiz “acredita ser o correto ou melhor para a comunidade”, tal como defende o pragmatismo. Sobre a importância dessa tomada de consciência, esclarecem Américo Bedê Freire Júnior e Alexandre Coura (2013, p. 693):

Não é fácil limitar a si mesmo, mas o juiz deve reconhecer os limites de sua interpretação e aceitar que nem todas as suas legítimas compreensões do mundo serão validadas pelo direito. É fundamental reconhecer a diferença entre o que o direito deveria ser para aquilo que o direito realmente é (naquele instante do caso), não se pode, a pretexto de fundamentar ou argumentar, admitir que o direito seja aquilo que o julgador quer que ele seja, pois há uma distinção entre o juiz e o direito²⁰.

Desse raciocínio decorre a conclusão de que não cabe ao juiz “escolher” a melhor resposta ao caso concreto, fundamentando-a posteriormente de acordo com as normas jurídicas. O raciocínio no processo de aplicação de direito, para ser legítimo, deve ser inverso.

É dizer: parte-se não do que o juiz “pensa” ser o mais correto, mas do que o ordenamento jurídico determina, considerando-o com base em padrões de coerência e integridade. Ou seja, existe previamente uma *resposta correta*²¹ para cada caso concreto, a qual deve ser buscada

²⁰ No mesmo sentido se posiciona Lenio Streck (2008, p. 287): “O grande dilema contemporâneo será, assim, o de construir as condições para evitar que a justiça constitucional (ou o poder dos juízes) se sobreponha ao próprio direito. Parece evidente lembrar que o direito não é – e não pode ser – aquilo que os tribunais dizem que é. E também parece evidente que o constitucionalismo não é incompatível com a democracia. Mas, se alguém deve dizer por último o sentido do direito no plano de sua aplicação cotidiana, e se isso assume contornos cada vez mais significativos em face do conteúdo principiológico e transformador da sociedade, trazidos pelas Constituições, torna-se necessário atribuir um novo papel à teoria jurídica”.

²¹ Parte-se da premissa, na esteira de Dworkin, de que efetivamente existe uma resposta correta no direito. No entanto, é preciso ter em mente que para alcançá-la seria preciso que o juiz possuísse atributos quase sobre-humanos, ou seja, que fosse um “Juiz Hércules”. Assim, a resposta correta deve ser encarada como “um ideal a ser atingido” com base em uma análise racional, íntegra e coerente do ordenamento jurídico. Existe uma resposta correta para cada caso concreto, a qual deve ser intensamente buscada pelo juiz, embora sem qualquer garantia de que será encontrada. Desse modo, a resposta correta não é um objetivo que deve ser necessariamente atingido, mas incansavelmente perseguido. Até porque, conforme adverte Manuel Atienza (2009), seria problemático, do ponto de vista epistemológico, como saber que foi efetivamente encontrada a resposta correta para um determinado caso em direito.

Alexandre de Castro Coura | Aloyr Dias Lacerda

pelo intérprete com todas as suas forças (daí a metáfora do *Juiz Hércules* proposta por Dworkin)²².

A “resposta correta” deve ser o objetivo a ser alcançado na análise de cada caso concreto analisado pelo juiz. Como orientação do caminho a ser percorrido para atingir essa resposta, convém destacar que existe atualmente disposição expressa no Código de Processo Civil, em seu artigo 926²³, determinando a obrigatoriedade da observância da estabilidade, integridade e coerência nas decisões judiciais, embora tal exigência pudesse ser extraída desde sempre da Constituição Federal.

Nesse ponto é preciso estabelecer uma diferenciação entre os conceitos de integridade e coerência, que não se confundem, embora intimamente relacionados²⁴. Lenio Streck (2016, p. 1186) é bastante didático a respeito:

a) *Coerência* liga-se à consistência lógica que o julgamento de casos semelhantes deve guardar entre si. Trata-se de um ajuste que as circunstâncias fáticas do caso deve guardar com os elementos normativos que o Direito impõe ao seu desdobramento; b) *Integridade* exige que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do Direito, numa perspectiva de ajuste de substância. De algum modo, a integridade refere-se a um freio ao estabelecimento de dois pesos e duas medidas nas decisões judiciais, constituindo-se em uma garantia contra arbitrariedades interpretativas, vale dizer, coloca efetivos freios às atitudes solipsistas-voluntaristas.

O dever de coerência nos remete à necessidade de observância do que já foi decidido sobre o tema, em casos semelhantes, no passado (precedentes). O dever de integridade, por sua vez, exige do intérprete uma análise do direito como um todo (princípios e regras previstos na Constituição Federal e em normas infraconstitucionais, costumes, padrões de moralidade política, etc.), em busca da resposta correta para o caso analisado.

²² Dworkin propõe a metáfora de um juiz filósofo extremamente sábio que seria capaz de aplicar o direito como integridade. Esse juiz teria uma capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, atributos que lhe permitiriam atingir a resposta correta no direito (DWORKIN, 2010).

²³ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1º. Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. § 2º. Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

²⁴ DIDIER JR, PAULA BRAGA & RAFAEL OLIVEIRA (2016) ressaltam que os deveres de coerência e integridade são distintos, mas que formam um amálgama, sendo bem difícil compreender um sem o outro. Assim, eles propõem o termo “consistência” para designar o conjunto formado por *coerência* e *integridade*.

Alexandre de Castro Coura | Aloyr Dias Lacerda

É importante destacar, novamente, que o dever de integridade e coerência está intimamente relacionado à exigência da observância da igualdade de tratamento dos cidadãos. Conforme assinala Dworkin, ela é o principal valor de uma sociedade liberal e democrática, que estabelece suas relações como uma comunidade de princípios. Assim, todas as pessoas devem ser tratadas com a mesma dignidade e interesse, sem privilégios ou diferenciações casuísticas que não sejam justificáveis, do ponto de vista da moralidade política coletiva.

A integridade do direito pressupõe não somente uma análise atual, mas também um olhar para o que já foi decidido no passado (daí sua estreita vinculação com o dever de coerência), e os impactos da decisão no futuro, inclusive visualizando metas a serem atingidas e eventuais mudanças de rumo para adequação aos padrões sociais atuais.

Nesse ponto, é possível perceber de forma bastante clara como o dever de coerência e integridade nas decisões judiciais nos remete à metáfora do romance em cadeia proposta por Dworkin. Hércules não pode buscar a resposta correta de forma solipsista e discricionária. Ele deve analisar o que já foi feito, e esforçar-se para escrever o melhor capítulo possível para a história que se lhe apresenta naquele momento.

No entanto, quando se trata de uma decisão de um órgão colegiado, Hércules também não pode se esquecer de que ele não está sozinho. Há outros “Hércules” ao seu lado. O romance nesse caso passa a ser escrito por várias mãos, simultaneamente, e os romancistas devem chegar a um acordo racional sobre qual é o melhor capítulo a ser elaborado.

Como serão os padrões desse acordo (se há exigência de unanimidade ou de maioria entre os romancistas) depende das regras do jogo preestabelecidas, mas que devem ser respeitadas por todos. Assim, não é porque um dos romancistas não teve acolhida a sua concepção do que seria “o melhor capítulo a ser escrito naquele momento” que ele terá legitimidade para se desvincular do projeto e escrever sozinho o próximo capítulo, decidindo como continua o romance. Trata-se de uma obra coletiva, e isso não pode ser olvidado.

Alexandre de Castro Coura | Aloyr Dias Lacerda

4 UMA ANÁLISE DO JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS 152.752/PR PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOB A ÓTICA DA EXIGÊNCIA DE COERÊNCIA E INTEGRIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS

Na data de 04 de abril de 2018 o Supremo Tribunal Federal finalizou o julgamento histórico de um *habeas corpus* impetrado em favor do ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, cujo tema de fundo dizia respeito à definição do conteúdo e extensão do Princípio da Presunção de Inocência, mais especificamente o momento a partir do qual o réu poderia ser submetido à prisão em decorrência de sua condenação, se após o pronunciamento de um tribunal de segunda instância, ou apenas se esgotados todos os recursos cabíveis perante os tribunais superiores.

O julgamento, amplamente televisionado, tomou conta do país. Não em razão do tema, mas da pessoa julgada – um ex-Presidente da República com alta popularidade e que expressamente se atribuía a condição de pré-candidato ao pleito eleitoral de outubro de 2018, para novamente assumir o cargo de Presidente da República.

Nos dias que antecederam o julgamento, era comum o debate entre as pessoas comuns – não afeitas às discussões jurídicas – acerca do que seria “trânsito em julgado”, “presunção de inocência”, e outros conceitos jurídicos fluidos, sobre os quais não existe consenso a respeito de seu significado nem mesmo entre os teóricos.

Convém lembrar, no entanto, conforme já ressaltado na introdução, que o objetivo do presente artigo não é analisar o mérito da questão debatida no *habeas corpus*. Ou seja, não se pretende discutir se é legítimo ou não o início do imediato cumprimento da pena, após esgotado o julgamento pelos tribunais de segunda instância, ainda que pendentes recursos para os tribunais superiores.

O que se busca é analisar o posicionamento de alguns ministros durante o julgamento, mais especificamente alguns trechos das manifestações da Ministra Rosa Weber e do Ministro Marco Aurélio, sob a ótica da exigência da coerência e integridade das decisões judiciais.

Alexandre de Castro Coura | Aloyr Dias Lacerda

Preliminarmente, convém que seja feito um breve histórico do processo julgado pelo Supremo Tribunal Federal. O ex-Presidente Lula foi condenado pela Justiça Federal no Paraná, inicialmente a 9 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática dos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro, tendo tal pena sido posteriormente elevada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, atendendo a pleito do Ministério Público Federal, para 12 anos e 1 mês de reclusão, também no regime inicial fechado. Contra tal decisão, visando evitar o início da execução da pena, a defesa impetrou *habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça (HC 434.766/PR), o qual teve requerimento liminar indeferido pelo Min. Humberto Martins, no exercício da presidência daquele tribunal. Em seguida, foi impetrado novo *habeas corpus* (152.752-PR) dessa vez perante o Supremo Tribunal Federal, objeto de análise neste estudo.

Convém ressaltar, ainda, que desde a promulgação da Constituição Federal, os ministros do Supremo Tribunal Federal divergiram e adotaram posicionamentos distintos acerca do conteúdo e alcance do Princípio da Presunção de Inocência, ora admitindo a execução imediata da pena, ora exigindo o esgotamento de todos os recursos cabíveis para o início da execução penal.

No entanto, no ano de 2016 o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não fere o Princípio Constitucional da Presunção de Inocência. Instado a se manifestar, o STF se posicionou nesse sentido em três oportunidades naquele ano, nos julgamentos do HC 126.292²⁵, no ARE 964.246²⁶ e nas ADCs 43 e 44 (estas últimas, em sede cautelar)²⁷, consolidando sua jurisprudência sobre a questão.

²⁵ Ementa: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. 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. 2. Habeas corpus denegado. (HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016).

²⁶ Ementa: CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA. 1. Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, 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. 2. Recurso extraordinário a que se nega

Alexandre de Castro Coura | Aloyr Dias Lacerda

Todavia, algo relevante aconteceu no cenário jurídico e político brasileiro. Um ex-Presidente da República, com alta popularidade e se afirmando novamente candidato, havia sido condenado por um tribunal de segunda instância. Imediatamente surge a pergunta: será aplicado a ele o entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal? Poderia Lula ser preso?

Embora a resposta, do ponto de vista jurídico, pudesse parecer óbvia, não foi assim que ocorreu. Iniciou-se um intenso debate no país, politizando a matéria, e Ministros do Supremo Tribunal Federal passaram a indicar possível mudança de posicionamento sobre a questão.

Diante de tal quadro, aqueles que buscam entender o Direito segundo padrões de integridade e coerência, perplexos, passaram a se questionar: O que justificaria uma mudança na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre esse tema? Ou, sendo mais direto: o fato de ser Lula a pessoa julgada, justificaria essa mudança?

Importa ressaltar que não se busca com este artigo científico firmar posicionamento político sobre a questão. É dizer: não importa que seja Lula a pessoa julgada, ou qualquer outro político, de qualquer corrente ideológica, ou quem quer que seja. Não é isso que pode

provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria. (ARE 964246 RG, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 10/11/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-251 DIVULG 24-11-2016 PUBLIC 25-11-2016)

²⁷ Ementa: MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE APÓS O ESGOTAMENTO DO PRONUNCIAMENTO JUDICIAL EM SEGUNDO GRAU. COMPATIBILIDADE COM O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO HC 126.292. EFEITO MERAMENTE DEVOLUTIVO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAL. REGRA ESPECIAL ASSOCIADA À DISPOSIÇÃO GERAL DO ART. 283 DO CPP QUE CONDICIONA A EFICÁCIA DOS PROVIMENTOS JURISDICIONAIS CONDENATÓRIOS AO TRÂNSITO EM JULGADO. IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS GRAVOSA. INAPLICABILIDADE AOS PRECEDENTES JUDICIAIS. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA. 1. No julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP, a composição plenária do Supremo Tribunal Federal retomou orientação antes predominante na Corte e assentou a tese segundo a qual “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”. (...) 6. Declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, com interpretação conforme à Constituição, assentando que é coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação assentada em segundo grau de jurisdição, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível. 7. Medida cautelar indeferida. (ADC 43 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 05/10/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-043 DIVULG 06-03-2018 PUBLIC 07-03-2018).

Alexandre de Castro Coura | Aloyr Dias Lacerda

justificar o *overruling*²⁸, uma mudança no entendimento do tribunal sobre a questão, especialmente quando se trata do Supremo Tribunal Federal.

O Direito como Integridade pressupõe que todas as pessoas sejam tratadas com a mesma dignidade e interesse, sem privilégios ou diferenciações casuísticas. Todavia, o ardor do debate no STF sobre a questão deixou muito claro que o tema que estava sendo discutido ficou em segundo plano. O mais importante era quem estava sendo julgado. E isso não se pode admitir em um Estado Democrático de Direito.

Pensar o Direito como Integridade, prestigiando a igualdade entre os cidadãos, foi o caminho que preferiu trilhar a Ministra Rosa Weber, quando assentou em seu voto que, embora já tenha manifestado posicionamento diverso do precedente firmado, ela não poderia deixar de observá-lo. Em outras palavras, o dever de coerência e integridade impediria que a questão fosse novamente revisitada, apenas levando-se em consideração a pessoa que estava sendo julgada.

Os cidadãos necessitam de estabilidade em suas relações jurídicas, e a modificação do posicionamento de um tribunal não pode ficar à mercê de maiorias ocasionais entre os ministros. Há que se ter em mente que, firmado um precedente, é preciso uma razão relevante para sua superação, com todo o ônus argumentativo que isso acarreta. Não pode ser um simples “mudei de opinião”, sob pena de prestigiarmos a discricionariedade e o decisionismo em detrimento de uma postura íntegra e coerente na interpretação das normas jurídicas.

Essa visão do Direito, de todo elogiável, foi adotada no voto da Min. Rosa Weber, do qual transcrevo o seguinte trecho:

²⁸ “*Overruling* é a técnica através da qual um precedente perde a sua força vinculante e é substituído (*overruled*) por outro precedente. O próprio tribunal, que firmou o precedente pode abandoná-lo em julgamento futuro, caracterizando o *overruling*. (...) A possibilidade de mudança do entendimento é inerente ao sistema de precedentes judiciais. O dever de estabilidade da jurisprudência não impede a alteração do entendimento; *ele impede alteração injustificada desse entendimento*” (DIDIER JR, PAULA BRAGA & RAFAEL OLIVEIRA, 2016, p. 507-509). Necessário destacar, ainda, a observação de Eudes Regina Ferreira de Menezes (2017, p.129), no sentido de que o tribunal “ao substituir certo precedente por outro, este não pode ter efeito retroativo, uma vez que, mesmo que tal precedente esteja consolidado há anos, não se pode garantir que essa substituição tenha efeito retroativo. É necessário dar a ele um efeito somente *ex nunc*, ou seja, efeito prospectivo do *overruling*. Logo, os casos já firmados com fundamento em precedente anterior permanecem, em respeito ao princípio da segurança jurídica ou à proteção da confiança”.

Alexandre de Castro Coura | Aloyr Dias Lacerda

Assim, o fato de carecer o decisum proferido no regime repercussão geral de efeito vinculante em sentido estrito não é suficiente, na minha visão, para autorizar seja simplesmente dispensada a sua observância. Trata-se, no mínimo, de precedente da Corte que deve ser reconhecido, pelo menos, como ponto de partida, como indicador da forma de interpretar o Direito. A doutrina do precedente, hoje acolhida no art. 927 do Código de Processo Civil de 2015, estabelece um padrão de equidade e coerência normativa decisória – previsibilidade e fortalecimento da instituição – para o exercício da jurisdição. O respeito ao precedente judicial baseia-se na premissa fundamental de que decidir casos similares de modo semelhante integra o próprio conceito de justiça, na dimensão da equidade (...) a alteração de precedentes pelas Supremas Cortes observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios de segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia (...) Esse posicionamento orienta-se, a meu juízo, em compasso com a exortação de Ronald Dworkin, para quem o julgador, diante do caso concreto, não pode jamais abrir mão de buscar a resposta que preserve aquilo que ele chama de integridade do direito (the right answer thesis). (...) Colocadas tais premissas teóricas, e forte no que nelas explicitarei, destaco que, tendo integrado a corrente minoritária neste Plenário quanto ao tema de fundo, passei a adotar, nesta Suprema Corte e no exercício da jurisdição eleitoral, no TSE, a orientação hoje prevalecente, de modo a atender não só o dever de equidade que há de nortear, na minha visão, a prestação jurisdicional – tratar casos semelhantes de modo semelhante (treat like cases alike) – mas também, como sempre enfatizo, o princípio da colegialidade que, enquanto expressão da exigência de integridade da jurisprudência, é meio de atribuir autoridade e institucionalidade às decisões desta Casa” (BRASIL, 2018, p. 200-205).

Nota-se a preocupação da ministra em se respeitar os precedentes da própria Corte, de modo a garantir a equidade no tratamento dos cidadãos. É importante ressaltar que ela também argumentou em outro trecho de seu voto que é possível o tribunal modificar o seu posicionamento sobre o tema, e o plenário seria o *locus* adequado para tanto. Contudo, isso não poderia ocorrer na sede de um julgamento de *habeas corpus* – que poderia levar a um injustificável casuísmo.

Por outro lado, o Ministro Marco Aurélio Mello se posicionou de forma ardorosa contra a possibilidade do imediato cumprimento da pena antes de esgotados os recursos perante os tribunais superiores, e em diversas oportunidades, durante o julgamento, demonstrou irritação com o entendimento dos demais ministros, especialmente após a leitura do voto da Min. Rosa Weber.

O ponto a ser destacado (e criticado) não é o posicionamento do eminente ministro sobre o tema – que sequer é objeto de análise neste artigo – mas a maneira como se manifestou perante a Corte, quando informou que futuramente não respeitaria o precedente firmado, *in verbis*:

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Presidente, diria que há uma maioria temporária, porque, tendo em conta a ressalva de entendimento implementada pela ministra Rosa Weber, visando votar nas declaratórias, essa decisão não é, por enquanto, uma decisão definitiva do Supremo. Por isso vou continuar atuando como venho fazendo, afastando sempre a execução provisória, isso no campo individual, até que julgadas as declaratórias (BRASIL, 2018, p. 453).

Alexandre de Castro Coura | Aloyr Dias Lacerda

Sabe-se que o que restou definido naquele julgamento não possui efeito vinculante. No entanto, acima de tal efeito, há um dever imposto a todos os juízes (inclusive aos ministros do Supremo Tribunal Federal), de observarem a coerência e integridade nas decisões judiciais, e isso inclui, por óbvio, a observância dos precedentes.

Ademais, além do já citado artigo 926 do Código de Processo Civil, há previsão expressa no artigo 927, V, do mesmo diploma legal, determinando que os juízes e tribunais observem “a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados”.

O “decidir conforme a própria consciência” somente causa insegurança jurídica, pois a integridade e coerência no direito são substituídas pela discricionariedade do julgador, que pauta sua conduta, em regra, apenas pelo pragmatismo do que considera o mais correto.

Essa postura solipsista, ademais, é incompatível com a colegialidade, que deve informar a conduta dos membros de uma Corte, no sentido de que acima do próprio entendimento está a formação de um posicionamento institucional e coletivo. As vozes podem ser dissonantes durante o debate, mas o tribunal deve se manifestar, perante a sociedade e demais atores jurídicos, como uma só voz. Esse ponto também foi objeto de destaque pela Min. Rosa Weber em seu voto, e merece ser transcrito:

Como terceiro ponto, abordo o significado do princípio da colegialidade, na engenharia decisória da atividade jurisdicional, notadamente a desempenhada pelas Cortes Supremas, princípio este que há de ser bem compreendido. A colegialidade, como método decisório dos julgamentos em órgãos coletivos pelo qual o decidir se dá em conjunto, impõe, aos integrantes do grupo, da assembleia ou do tribunal, procedimento decisório distinto daquele a que submetido o juiz singular. Por funcionar como um colegiado, em um tribunal, a justificação da decisão judicial não se detém no raciocínio jurídico de um único juiz, avançando à fase da deliberação, na qual as manifestações individuais são postas em confronto e têm sua consistência e validade testadas, para, na etapa seguinte, proclamar-se resultado que expresse a opinião unânime ou majoritária do tribunal, enquanto voz e voto de um ente coletivo. A colegialidade, nesse enfoque, assume, em um primeiro olhar, estrutura procedimental marcada pela igualdade e liberdade dos julgadores no compartilhamento dos argumentos jurídicos a fim de compor uma racionalidade única, institucional, do tribunal, conquanto comporte, por óbvio, expressão de divergências. Em uma segunda dimensão, a colegialidade, quanto ao seu elemento funcional, exige a direta interação, por meio do respeito e confiança recíprocos, entre os membros do grupo para a formação da vontade coletiva, que não se perfectibiliza com a soma de várias vozes, e sim com a sua conjugação em uníssono, a voz da Corte para toda sociedade a conformar a ordem normativa constitucional. Em outras palavras, as vozes individuais vão cedendo em favor de uma voz institucional, objetiva, desvinculada das diversas interpretações jurídicas colocadas na mesa para deliberação. Essa compreensão tem sido endossada por expressivos doutrinadores brasileiros dedicados ao estudo do processo constitucional, dentre os quais lembram Luiz Guilherme Marinoni, Conrado Hubner Mendes e Virgílio Afonso da Silva. Nesse contexto normativo e institucional, reputo o princípio da colegialidade imprescindível (isto é, necessário e suficiente) para o sistema, porquanto a individualidade dentro do tribunal, no processo decisório, tem um momento delimitado, a partir do

Alexandre de Castro Coura | Aloyr Dias Lacerda

qual cede espaço para a razão institucional revelada no voto majoritário da Corte. (...) Em resumo, compartilho da visão de que os juízes, individualmente considerados, de uma Corte Constitucional estão a serviço de um propósito institucional (BRASIL, 2018, p. 197-198).

De fato, conforme bem ressaltou a Min. Rosa Weber, um juiz, quando atua como membro de um tribunal, pode defender o seu posicionamento de forma racional, mas também não deve perder de vista que acima de seu próprio entendimento está a formação de uma vontade institucional.

Em outras palavras, trata-se de um romance escrito a várias mãos, obra de autoria coletiva, e que não pode ser menosprezada por qualquer dos romancistas envolvidos no projeto.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho conclui pela obrigatoriedade da observância da coerência e integridade no processo decisório. Atingimos um patamar civilizatório em que não mais se admite a desigualdade no tratamento dos cidadãos, quando se encontrem em posições similares. Ou seja, ela somente é aceita se houver uma fundamentação racional e adequada que justifique o tratamento desigual.

Nesse contexto, a exigência de coerência e integridade nas decisões judiciais se traduz, em verdade, em uma garantia da igualdade, de que não haverá uma modificação de posicionamento do tribunal que seja motivada apenas por quem esteja sendo julgado.

Além disso, o respeito aos precedentes, e a exigência do ônus argumentativo diferenciado para sua superação, garante a estabilidade nas relações sociais e a segurança jurídica.

O julgamento do *habeas corpus* em favor do ex-Presidente Lula demonstrou um Supremo Tribunal Federal bastante dividido no que tange aos posicionamentos de seus membros sobre a questão do conteúdo e extensão do Princípio da Presunção de Inocência. No entanto, foi também uma oportunidade ímpar de transmitir a mensagem de que, para além das individualidades, se encontra uma visão do Direito que deve ser entendido e aplicado com coerência e integridade, que é a única forma compatível com a Democracia Constitucional Brasileira.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, André Galvão Vasconcelos de. Disfuncionalidade sistêmica e o problema da criação judicial do direito. RIOS Eletrônica - Revista Científica da Faculdade Sete de Setembro. a.12, n. 20 (Dez. 2018) Paulo Afonso, BA: FASETE, 2018. Disponível em: https://www.unirios.edu.br/revistarios/media/revistas/2018/20/disfuncionalidade_sistema_e_o_problema_da_criacao_judicial_do_direito.pdf. Acesso em 20-04-2020.

ATIENZA, Manuel. *Sobre la única respuesta correcta*. Revista Jurídicas. Vol. 6. N. 2. Manizales, Colômbia: jul-dez 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no HC 126292. Relator: ZAVASCKI, Teori. Publicado no DJe de 17-05-2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em 25-04-2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no ARE 964246. Relator: ZAVASCKI, Teori. Publicado no DJe de 25-11-2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12095503>. Acesso em 25-04-2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na ADC 43 MC. Relator p/ Acórdão: FACHIN, Edson. Publicado no DJe de 07-03-2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14452269>. Acesso em 25-04-2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no *Habeas Corpus* 152.752/PR. Relator: FACHIN, Edson. Publicado no DJ de 27-06-2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272>. Acesso em 27-04-2020.

COURA, Alexandre de Castro. AZEVEDO, Silvagner Andrade de. Indeterminação do direito e discricionariedade judicial: repensando a crise do positivismo jurídico a partir de Kelsen, Hart e Dworkin. *In* Direito, Política e Constituição – reflexões acerca da tensão entre constitucionalismo e democracia à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito. Alexandre de Castro Coura e Elda Coelho de Azevedo Bussinguer (coords.). Curitiba: Editora CRV, 2014.

_____. FREIRE JÚNIOR, Américo Bede. Existe uma resposta correta sobre o problema da resposta correta no direito? *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLV, Valparaíso, Chile, 2013, 2º semestre, pp. 681-695.

DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. V. 2. 11 ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. Tradução Luís Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

Alexandre de Castro Coura | Aloyr Dias Lacerda

_____. Levando os direitos a sério. Tradução Nelson Boeira. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. O império do direito. Tradução Jeferson Luiz Camargo. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

GUEST, Stephen. Ronald Dworkin. Tradução Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade – Sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. Martonio Lima e Paulo Alburquerque. Revista Novos Estudos. N. 58, novembro, 2000. Disponível em: <http://novosestudios.uol.com.br/produto/edicao-58/#59195f0755cd3>. Acesso em 18-03-2020.

MENEZES, Eudes Regina Ferreira de. Precedentes judiciais no novo Código de Processo Civil. RIOS Eletrônica – Revista Científica da Faculdade Sete de Setembro. a.11, n. 12 (Jul. 2017) Paulo Afonso, BA: FASETE, 2017. Disponível em: https://www.unirios.edu.br/revistarios/media/revistas/2017/12/precedentes_judiciais_no_codigo_de_processo_civil_de_2015.pdf. Acesso em 05-04-2020.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. A constituição (ainda) dirigente e o direito fundamental à obtenção de respostas corretas. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, vol. 1, n. 6. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2008, pp. 273-311.

_____. O que é isto – decido conforme minha consciência? 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

_____. Jurisdição constitucional e decisão jurídica. 3 ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. Art. 926. In: Comentários ao Código de Processo Civil. STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). São Paulo: Saraiva, 2016.