



UMA RELEITURA DO ARTIGO 170-A DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL A PARTIR DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO *HABEAS CORPUS* 126.292/SP: DEVER DE COERÊNCIA NO TRATO DAS CATEGORIAS E INSTITUTOS JURÍDICOS.

*Betina Treiger Gruppenmacher**
*Thiago de Oliveira Vargas**

Resumo

O presente ensaio objetiva debater a decisão judicial, especialmente quanto à coerência no trato do Direito, em geral, e de seus institutos e categorias, em particular. Abordar-se-á pronunciamento do Supremo Tribunal Federal proferido 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 ao trânsito em julgado, far-se-á uma releitura do artigo 170-A do Código Tributário Nacional. A premissa de base do estudo serão as teorias de Ronald Dworkin, Lenio Streck, Robert Alexy e Neil MacCormick relativamente ao tema e, especialmente, quanto à coerência no e do Direito, notadamente no trato de seus institutos e categorias. Embora haja debate sobre o papel que a coerência desempenha na justificação jurídica, há consenso em representá-la, ao menos, como elemento importante, o que não pode ser desconsiderado.

Palavras-chave

Direito. Decisão judicial. Coerência. Institutos/Categorias.

A RE-READING OF ARTICLE 170-A OF THE BRAZILIAN TAX CODE FROM THE DECISION OF THE SUPREME COURT OF BRAZIL IN *HABEAS CORPUS* 126.292/SP: Duty of coherence in the treatment of categories and legal institutes.

* *Visiting Scholar* pela Universidade de Miami. Pós-Doutora pela Universidade de Lisboa. Doutora em Direito Tributário pela Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós-graduada pela Universidade de Salamanca, na Espanha, e pela Universidade Austral, na Argentina. Professora Associada dos cursos de graduação e pós-graduação (mestrado e doutorado) em Direito Tributário da Universidade Federal do Paraná. Autora das obras “Eficácia e aplicabilidade das limitações constitucionais ao poder de tributar” e “Tratados internacionais em matéria tributária e ordem interna”. Coordenadora das obras “Cooperativas e Tributação” e “Direito Tributário e o Novo Código Civil” e “Tributação: Democracia e Liberdade”. Co-autora da obra: Novos Horizontes da Tributação. Um diálogo Luso-Brasileiro. Advogada.

* Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI/SC. Advogado militante na área do Direito Público, com ênfase no Direito Tributário. Procurador do Município de Joinville.

Abstract

This essay aims at discussing the judicial decision, especially regarding coherence in the treatment of Law in general, and of its institutes and categories, in particular. A decision of the Supreme Court of Brazil rendered in writs of *habeas corpus* will be addressed, which enabled the immediate execution of the conviction of a criminal offense following a decision of the second instance confirming the conviction. On the basis of the grounds for that decision, in particular as to the meaning attributed to a final and unappealable decision, the article 170-A of the Brazilian Tax Code will be re-read. The basic premise of the study will be the theories of Ronald Dworkin, Lenio Streck, Robert Alexy and Neil MacCormick on the subject and especially on the coherence in Law, notably in the treatment of their institutes and categories. Although there is debate about the role of coherence in legal justification, there is a consensus that it represents at least one important element that cannot be disregarded.

Keywords:

Law. Judicial Decision. Coherence. Institutes/Categories.

1 INTRODUÇÃO

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

Para tanto, utilizar-se-á de decisão 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 norma e a extensão da garantia constitucional ínsita ao artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.¹

Tomando-se por base os fundamentos determinantes àquele *decisum*, nomeadamente quanto ao sentido que se atribuiu à categoria/instituto trânsito em julgado, far-se-á uma releitura do artigo 170-A, acrescentado pela Lei Complementar n. 104, de 2001, ao Código Tributário Nacional.

A premissa do estudo que ora se apresenta será o dever de coerência no trato do Direito, em geral, e de suas categorias/institutos, em particular, buscando-se apoio nas compreensões teóricas – no que é concernente ao tema e com consciência das nuances de cada qual – de autores como Ronald Dworkin e Lenio Streck, os quais, como se sabe, professam uma posição de cunho substancialista, bem como de Robert Alexy e Neil MacCormick, que, diferentemente, propugnam uma vertente procedimentalista.

¹ Oportuno esclarecer que a redação do presente artigo se deu ainda na pendência da finalização do julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n.º 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 é contemplado na Constituição Federal (art. 5º, inciso LVII). Ao tempo da redação do ensaio, o julgamento aguardava inclusão na pauta pela presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministra Cármen Lúcia, após o plenário ter indeferido o referendo à medida cautelar adrede concedida, de forma unipessoal, pelo relator, Ministro Marco Aurélio. Vencidos no julgamento da ratificação da cautelar, além do relator, os Ministros Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello e, em parte, Dias Toffoli.

Nada obstante, ambas as linhas pertencerem à concepção conhecida como pós-positivista.

Estruturar-se-á o artigo em três partes, a saber: (i) da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* 126.292/SP: do pano de fundo; (ii) do dever de coerência no trato das categorias e institutos jurídicos: revisitando (muito rapidamente e no que concerne ao tema) Ronald Dworkin, Lenio Streck, Robert Alexy e Neil MacCormick; e, (iii) uma releitura possível do art. 170-A do Código Tributário Nacional a partir da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* 126.292/SP.

Objetiva-se, com o presente ensaio, contribuir à discussão deste instigante tema que diz respeito a um dos elementos essenciais do Direito e, especialmente, da decisão judicial: a coerência. Temática esta que, segundo Amalia Amaya, “han ocupado un lugar central en la filosofía del derecho contemporânea”.²

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

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

Em 15/01/2105, aportou no Supremo Tribunal Federal o *Habeas Corpus* n. 126.292, proveniente do Estado de São Paulo, impetrado contra a decisão do Ministro Francisco Falcão, do Superior Tribunal de Justiça, que indeferiu o pedido de liminar formulado pelo paciente no *Habeas Corpus* n. 313.021, no sentido de suspender a ordem de prisão, expedida pelo Tribunal de Justiça, decorrente do não provimento do recurso deduzido por sua defesa.³

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 mandado de prisão contra o réu, a consubstanciar execução provisória da sentença, ocasionando a impetração de *Habeas Corpus* no Superior Tribunal de Justiça e, em vista do indeferimento da liminar, a impetração de novo *Habeas Corpus* no Supremo Tribunal Federal.

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

² AMAYA, Amalia. La Coherencia en el Derecho. In: **DOXA**, Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 35, p. 59-90, 2012. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/la-coherencia-en-el-derecho/>>. Acesso em: 10/01/2018.

³ TJSP, Apelação Criminal n. 0009715-92.2010.8.26.0268.

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/MG,⁴ pela impossibilidade de execução provisória da sentença penal condenatória, em reverência àquela garantia.

Distribuído o *habeas* ao Ministro Teori Zavascki, após a superação do possível óbice relativo ao conhecimento, em 05/02/2015, deferiu-se a liminar pleiteada pelo paciente para “suspender a prisão preventiva decretada [...] nos autos da Apelação Criminal 0009715-92.2010.8.26.0268, do TJ-SP”.

No 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 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 Zavascki, Edson Fachin, Luis Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes – para, depois, relacioná-las propriamente ao objeto de estudo ora proposto.

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 estar sedimentado o trânsito em julgado, ou seja, mesmo que a apreciação de recurso esteja pendente junto aos tribunais superiores.

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

⁴ 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>>. Acesso em 05/01/2018.

O primeiro a endossar o posicionamento adotado pelo relator foi o Ministro Edson Fachin, que, 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 concluiu:

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 esta-pafúrdias 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.

Trilhou o mesmo caminho 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 Zavascki, representaria prestígio à própria corte, “cujo acesso se deve dar em situações efetivamente extraordinárias”, não podendo ela se transmutar, ainda segundo sua compreensão, “em tribunal ordinário de revisão, nem ter seu tempo e recursos escassos desperdiçados com a necessidade de proferir decisões em recursos nitidamente inadmissíveis e protelatórios”. Invocando excerto do voto proferido pela ex-Ministra Ellen Gracie no *Habeas Corpus* 86.886, 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”, aderindo 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 e 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.⁵

Importa consignar, outrossim, excerto das razões apresentadas pelo Ministro 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”.

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 pendentes recursos”.

O Supremo Tribunal Federal, destarte, 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)apreciação de fatos e provas e, portanto, têm âmbito de cognição restrito às questões de direito, não ostentando, em regra, efeito suspensivo, 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, inciso 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 é o pano de fundo.

⁵ A síntese das três ordens de ideias do Ministro Luis Roberto Barroso foi extraída, além do voto escrito adjudicado ao processo, daquele pela autoridade oralmente articulado na sessão de julgamento, cujo acesso pode ser feito em: <<https://www.youtube.com/watch?v=581ZjGsJmCA>>. Acesso em: 05/01/2018.

3 DO DEVER DE COERÊNCIA NO TRATO DAS CATEGORIAS E INSTITUTOS JURÍDICOS: REVISITANDO (MUITO RAPIDAMENTE E NO QUE PERTINE AO TEMA) RONALD DWORKIN, LENIO STRECK, ROBERT ALEXY E NEIL MACCORMICK

Inicia-se o presente tópico enunciando-se algo que parece fundamental à ideia de Direito: deve ele ser íntegro, daí decorrendo a necessidade – a rigor, um dever – de conferir coerência também quando do trato das categorias e institutos jurídicos.

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

A coerência, desse modo, representa elemento ínsito à racionalidade do ordenamento/sistema jurídico, pois é assaz complicado pretender a defesa da obrigatoriedade de observância das normas caso estas se mostrem incompatíveis, considerando-se o conjunto normativo que compõe dado ordenamento/sistema jurídico. Com Fernando Andreoni Vasconcellos, pode-se dizer que a coerência é necessária à “concepção de que o sistema/ordenamento tem que fazer sentido como um todo, como uma condição da própria inteligibilidade do direito, algo essencial para essa área do conhecimento que pretende orientar as condutas/ações”.⁶

A coerência, assim, está relacionada à necessidade de que as normas, precedentes, categorias e institutos jurídicos façam sentido no todo do ordenamento/sistema para que deste modo se possa alcançar a almejada segurança jurídica, um dos objetivos principais – senão o principal – do Direito.

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 *jusfilosofo* 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-lhe, pelo seu capítulo, a melhor interpretação possível para o futuro; sem, todavia, descharacterizar 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.⁷

Realmente, o intérprete deverá estar conformado à história institucional do Direito da comunidade jurídica da qual é parte, não podendo, com vistas a guardar coe-

⁶ VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. **Interpretação do Direito Tributário**: entre a coerência e a consistência. Curitiba: Juruá, 2014. p. 68.

⁷ 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. p. 236-237.

rência e mantê-la íntegra, 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.⁸ Em uma afirmação: a história é avanço, mas também – e, sobretudo, – é 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.⁹

Dessarte, 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”.¹⁰

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

Deveras, 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.¹¹

⁸ 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”.

⁹ 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.

¹⁰ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 264.

¹¹ STRECK, Lenio Luiz. *Lições de Crítica Hermenêutica do Direito*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 62.

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.¹²

De outro lado, mesmo autores adeptos da chamada corrente procedimentalista pós-positivista (relembrando que Ronald Dworkin e Lenio Streck integram a vertente substancialista), ainda que com alguma nota distintiva, também conferem redobrada importância à coerência do ordenamento/sistema jurídico.

Nesse sentido, Robert Alexy propugna a coerência como pressuposto fundamental da racionalidade do decidir e fundamentar jurídico, valendo lembrar que, para o autor, a fundamentação do discurso jurídico – caso especial do discurso prático geral – é imprescindível à higidez de sua teoria da argumentação, observadas as regras do procedimento discursivo por ele preconizadas. Dito de modo diverso, a fundamentação está inelutavelmente irmanada à coerência, pois “a justiça exige o encaixamento da fundamentação jurídica em um sistema tão coerente quanto possível”.¹³ Logo ela (a fundamentação):

[...] exige, de um lado, o estabelecimento de construções de pensamento tão coerente quanto possível e, nesse sentido, tão perfeito quanto possível. Do outro, ela pede um processo de argumentação tão racional quanto possível, que visa à formação de um consenso racional. O que isso significa pode ser exposto em uma teoria do discurso racional.¹⁴

Também adepto de uma linha pós-positivista de feição procedimentalista, Neil MacCormick é um dos autores cuja referência, em se tratando de coerência, não pode ser esquecida, pois o *jusfilosofo* escocês é, segundo Amalia Amaya, “pionero em los estudios acerca de la coherencia y la justificación jurídica” sendo “uno de los pocos teóricos del derecho que han examinado el papel que juega la coherencia tanto en relación a la justificación de los enunciados fácticos como normativos en el derecho”.¹⁵

Para MacCormick, a justificação – pressuposto inerente à racionalidade de uma decisão judicial –, especialmente em se tratando dos – por ele denominados – casos exemplares, desdobrar-se-á em uma justificação de primeiro nível (ou interna) e, ainda, outra de segundo nível (ou externa). Interessa-nos, para os fins do presente estudo, a justificação de segundo nível (ou externa).

E isso porque um dos seus elementos será, precisamente, a coerência entendida mais do que a não contradição das normas pertencentes a um dado ordenamento/sistema jurídico (esse elemento será a coesão), porquanto pressuporá um passo

¹² Nesse ponto, a Crítica Hermenêutica do Direito (CDH) 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 considerando-se o Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 363.

¹³ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução: Luís Afonso Heck. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 129.

¹⁴ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução: Luís Afonso Heck. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 130.

¹⁵ AMAYA, Amalia. La Coherencia en el Derecho. In: **DOXA**, Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 35, p. 59-90, 2012. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/la-coherencia-en-el-derecho/>>. Acesso em: 11/01/2018.

além, ou seja, dirá respeito a uma série de princípios (ou valores), os quais, em conjunto, estruturarão este ordenamento/sistema jurídico para que, assim, suas inúmeras normas façam sentido se consideradas em conjunto. É dizer que a justificação a partir da coerência objetiva, na concepção de MacCormick, por meio dos princípios (ou valores), instituir um ordenamento/sistema que, no todo, faz sentido nada obstante às suas inúmeras ramificações.¹⁶

Nesse plano de ideias, para Amalia Amaya, a concepção teórica de MacCormick, considerada a justificação a partir da coerência (normativa, ressalte-se), “es la propiedad de un conjunto de normas que pueden ser explicadas en base a una serie de principios generales que delinear una forma de vida satisfactoria”, podendo-se concluir que, “según MacCormick, la coherencia es un valor esencial en el derecho en cuanto que contribuye de manera importante a realizar los ideales de justicia formal”.¹⁷

Logo, pelo que até aqui foi exposto, parece não remanescer dúvida sobre a importância que a coerência desempenha na integridade e racionalidade do Direito, em geral, e em um ordenamento/sistema jurídico, em particular.

E assim o é, porquanto atua a coerência de maneira relevante na justificação/argumentação jurídica, seja considerada a partir de uma teoria coerentista “forte” (a exemplo da propugnada por Ronald Dworkin), seja de uma “fraca” (como a cunhada por Neil MacCormick).

De outro passo, de alguma forma, parece que essa característica (ou qualidade) à ideia mesma de Direito foi recentemente positivada pelo ordenamento/sistema 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 que é – vem sendo – conferido à decisão do caso concreto pelos operadores do direito, com especial ênfase àqueles que têm por imposição de ofício o exercício da jurisdição.

Revisitadas muito brevemente as teorias de Ronald Dworkin, Lenio Streck, Robert Alexy e Neil MacCormick no que são pertinentes ao tema proposto, cumpre, na sequência, apresentar uma releitura possível do art. 170-A do Código Tributário Nacional, a partir da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no *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 sustêm, idêntica interpretação-aplicação.

¹⁶ MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. Tradução: Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 197-253/347.

¹⁷ AMAYA, Amalia. La Coherencia en el Derecho. In: DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 35, p. 59-90, 2012. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/la-coherencia-en-el-derecho/>>. Acesso em: 13/01/2018.

4 UMA RELEITURA POSSÍVEL DO ART. 170-A DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL A PARTIR DA DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO *HABEAS CORPUS* 126.292/SP

Em face do que até aqui foi exposto, faz-se necessário demonstrar um dos possíveis desdobramentos que a decisão do Supremo Tribunal Federal, abordada no item 1 do presente ensaio poderá gerar, considerada uma coerência mínima do Direito, em geral, e da interpretação-aplicação de seus institutos e categorias, em particular.

Trata-se de uma releitura do artigo 170-A do Código Tributário Nacional, o qual, inserido por meio da Lei Complementar n. 104, de 2001,¹⁸ obteve, de forma expressa, a compensação antes do implemento do trânsito em julgado da decisão judicial, que reconhece o direito do sujeito passivo em ver-se ressarcido pelo Estado/Fazenda Pública daquilo que indevidamente foi-lhe exigido via imposição tributária.

Especificamente considerada a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal aqui examinada, cabe lembrar que o tribunal, ao analisar o significado e a extensão da garantia disposta no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, considerou, para esta decisão, não ofensiva a possibilidade de se executar a sentença penal condenatória mesmo na pendência de recurso junto aos tribunais superiores.

Firmou-se e formou-se a compreensão, portanto, de que a leitura do texto constitucional, nomeadamente da categoria/instituto 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 margem do que se pode compreender como decisão final transitada em julgado para fins de aplicação daquele preceito de cariz fundamental.

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

Assim, tomando-se a compreensão do Supremo Tribunal Federal sobre o significado da categoria/instituto trânsito em julgado, revela-se acertado afirmar, por coerência de interpretação-aplicação, que este sentido deva ser atribuído à expressão *trânsito em julgado* constante de outros dispositivos constitucionais como, *v.g.*, o artigo 100, § 5º, da Constituição Federal,¹⁹ como também de preceitos legais, a exemplo do artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

E isso porque, conforme Fernando Andreoni Vasconcellos, pode-se afirmar que:

No direito positivo, as palavras utilizadas pelo legislador devem possuir aquilo que Peczenik chama de universalidade (*universality*), considerada condição necessária para a coerência, uma vez que o uso de conceitos deve designar todas as coisas pertencentes a determinada classe, e não somente objetos individuais.

¹⁸ Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial (artigo acrescentado pela Lei Complementar n. 104, de 10/01/2001 (D.O.U de 11/01/2001).

¹⁹ Sobre essa extensão de significado específica: VARGAS, Thiago de Oliveira; BASTOS JÚNIOR, Luiz Magno Pinto. Dever de Coerência *Pro Futuro* e as Decisões do Supremo Tribunal Federal: o *habeas corpus* 126.292/SP e seus possíveis desdobramentos. In: *E-Civitas* – Revista Científica do Curso de Direito do UNIBH, Belo Horizonte, Volume IX, n. 02, dez/2016. Disponível em: <http://revistas.unibh.br/index.php/dcjpg/issue/view/124> Acesso em: 13/01/2018.

A exigência de coerência no tratamento das categorias jurídicas é um corolário da igualdade, na lei e na aplicação da lei, para assegurar inteligibilidade, previsibilidade e calculabilidade na interpretação/criação do direito. A coerência impõe, também, que as categorias jurídicas sejam desenvolvidas pela doutrina [e pela jurisprudência, acrescente-se] em termos universalistas, ou seja, para todas as áreas do direito, salvo quando o objeto não o permita.²⁰

É cediço que as condenações judiciais impostas à Fazenda Pública, no tocante à necessidade de devolução do tributo pago indevidamente pelo sujeito passivo, somente são passíveis de aproveitamento, via compensação, depois de ter havido o trânsito em julgado, tendo em vista a redação do artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

É notório o longo, tortuoso e acidentado caminho a ser percorrido pelo sujeito passivo até que se implemente aquele evento jurídico-constitucional-processual, haja vista a miríade de medidas judiciais e recursos que são apresentados pela Fazenda Pública com o objetivo de evitar ou, não o conseguindo, ao menos adiar o quanto possível a certificação do trânsito em julgado. Tal circunstância protraí no tempo o momento a partir do qual será reconhecida a possibilidade de o sujeito passivo se apropriar/reaver o que pagou indevidamente a título de tributo, especialmente pela compensação (o que gera uma “perda” de arrecadação ao erário).

A não consolidação do trânsito em julgado, por outro lado, tem fundamentado, em muitos casos, o argumento da inexistência de ofensa à segurança jurídica e à proteção da confiança, sobretudo, quando o Supremo Tribunal Federal decide alterar seu entendimento em prejuízo ao sujeito passivo.

Nessa última hipótese, o argumento fazendário é que não há ofensa à segurança jurídica quando inexistente decisão definitiva sobre determinada matéria, inexistindo confiança a ser protegida caso o sujeito passivo tenha se pautado em decisões do Supremo Tribunal Federal não transitadas em julgado.

O caso mais emblemático no qual essa argumentação foi utilizada, lamentavelmente com sucesso, diz respeito ao julgamento do RE n. 353.657/PR,²¹ que cuidou da possibilidade de creditamento pelas entradas (aquisições) de insumos tributados à alíquota zero (0%) ou não tributados (NT) relativamente ao IPI – Imposto sobre Produtos Industrializados.

Nesse caso paradigmático, como a Fazenda Nacional não havia deixado transitar em julgado os anteriores pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal sobre o tema – que reconheciam a possibilidade de creditamento –, entendeu-se que a alteração do posicionamento da Corte não representava atentado à segurança jurídica e à confiança do jurisdicionado que confiou naqueles julgados, creditando-se do imposto nos termos por eles autorizados, inexistindo, assim, razão à pretendida modulação dos efeitos temporais da decisão proposta, de ofício, mediante questão de ordem, pelo Ministro Ricardo Lewandowski.

²⁰ VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. **Interpretação do Direito Tributário**: entre a coerência e a consistência. Curitiba: Juruá, 2014. p. 115.

²¹ STF, RE 353.657, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 25/06/2007, DJe-041 Divulg 06-03-2008 Public 07-03-2008.

Tal entendimento legitima atuação protelatória da Fazenda Pública, tendente a prorrogar no tempo o trânsito em julgado das decisões contrárias aos seus interesses, com vistas a uma possível reversão de entendimento do Supremo Tribunal Federal (incluído o Superior Tribunal de Justiça). Para tanto, basta continuar a discutir, sempre.

Ocorre que também na esfera cível os recursos extraordinários *lato sensu* não portam efeito suspensivo em regra, mas somente o devolutivo.²² Se assim o é, força convir que o trânsito em julgado se opera, também, nessa hipótese, superados os julgamentos em primeira e segunda instâncias, independentemente do julgamento dos tribunais superiores.

Destarte, havendo condenação da Fazenda Pública em primeira instância e sendo esta confirmada por Tribunal intermediário estadual ou federal – seja pelo desprovemento de recurso voluntário, seja por idêntica decisão quando da apreciação de remessa necessária –, torna-se viável ao sujeito passivo promover a compensação do indébito reconhecido nas respectivas decisões judiciais, a despeito de eventual interposição de recursos pela Fazenda Pública.

E isso porque, segundo a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, 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 constata-se haver, em regra, sempre “um recurso oponível a uma decisão, por mais incabível que seja, por mais estapafúrdias que sejam as razões recursais invocadas”.²³

Ademais, 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, restando a obrigação/responsabilidade da Fazenda Pública demonstradas 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 é de todo indesejável.²⁴

De igual modo, 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, recursos sucessivos e a conjecturar medidas processuais com o objetivo de protelar, tan-

²² 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).

²³ Excertos do voto proferido pelo Min. Edson Fachin no *Habeas Corpus* 126.292/SP, cuja reprodução também fora feita no item 1 do ensaio.

²⁴ 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.

to quanto possível, o trânsito em julgado da decisão condenatória e, assim, a repetição do indébito pelo sujeito passivo.

O entendimento aqui apresentado, nos moldes da decisão do Supremo Tribunal Federal, dispensaria os advogados públicos de interporem recursos meramente procrastinatórios, destarte.²⁵

Por outro lado, constata-se que a norma derivada do artigo 170-A do Código Tributário Nacional, tal como implementada/interpretada, não encontra ressonância nos anseios da sociedade brasileira, a qual não tolera mais o pagamento de tributos indevidos e as dificuldades impostas por decisões judiciais com cunho eminentemente político de proteção aos cofres públicos. É certo que o Estado brasileiro é muito eficiente em cobrar tributos, mas de todo ineficiente em devolver aquilo que cobrou indevidamente, o que, a par de caracterizar confisco, acaba por premiar o mal pagador.

Essa inconformidade é caracterizada pela previsão de que a compensação do indébito só pode ser levada a cabo após o trânsito em julgado, o que acaba por frustrar o direito do sujeito passivo que já foi reconhecido pelo Poder Judiciário. Na dicção do Ministro Gilmar Mendes, “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”.²⁶

A se admitir o caráter absoluto da regra veiculada pelo artigo 170-A do Código Tributário Nacional, na linha do que vem sendo decidido pelo Poder Judiciário – no mais das vezes generoso com os pedidos, medidas e recursos fazendários –, ter-se-ia que reconhecer, no limite, que a compensação do indébito tributário só se viabilizaria quando a própria Fazenda Pública se conformasse com a sua sorte, abrindo mão de possível recurso ou medida processual. Significaria dizer, de outro modo, que a compensação do indébito judicialmente reconhecido estaria condicionada à concordância da Fazenda Pública.²⁷

Não se admite, no atual momento histórico, que o sujeito passivo, que pagou tributo reconhecidamente indevido, aguarde por 10, 15, 20 anos, ou mais, o trânsito em julgado de ação movida para recuperar referidos valores, quando, tanto em primeiro ou segundo grau de jurisdição, já obteve uma decisão favorável ao seu pleito.

Se o Supremo Tribunal Federal admitiu a flexibilização do trânsito em julgado para firmar e formar posicionamento pela não vulneração da garantia disposta no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal a cancelar a possibilidade de execução imediata da sentença penal condenatória, quando da decisão em segundo grau de jurisdição, é possível estender tal entendimento às questões cujos efeitos são meramente patrimoniais e que não dizem de perto, imediatamente, com a dignidade da pessoa humana, tal como a liberdade o diz.

²⁵ O parágrafo é baseado no voto oral do Min. Luis Roberto Barroso em sentido similar, considerada, contudo, a categoria dos advogados criminais.

²⁶ Excerto do voto proferido pelo Min. Gilmar Mendes no *Habeas Corpus* 126.292/SP.

²⁷ 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 1 do ensaio.

Se o Supremo Tribunal Federal, partindo de um grau zero de sentido,²⁸ irá, *spon- te propria* e ignorando a coerência e a integridade do Direito, mormente de sua histó- ria institucional em relação ao instituto/categoria trânsito em julgado, atribuir-lhe esse sentido, então deverá manter o mínimo de coerência, ainda que assuma uma posição manifestamente pragmática.²⁹

E assim deve ser, pois

[...] o ato de classificação possui um cunho criativo, no entanto, a partir do momento em que se definem parâmetros com pretensão de universalidade, não se pode adequá-los a cada momento. Em última análise, se a doutrina [e a jurisprudência, acrescente-se] pretende desenvolver classificações univer- salistas, não pode existir um conceito de validade ou nulidade para o direito civil, outro para o direito penal, outro ainda para o direito constitucional, assim como não se pode aceitar como correta, por exemplo, a determinação de um cunho exclusivamente declaratório (retroativo/*ex tunc*) para certa classe de decisões, mas, conforme o caso, estas teriam efeitos *pro futuro/ex nunc*. Diante de um impasse dessa natureza, ou a classificação está incorre- ta/inadequada, ou o objeto que se pretende classificar não pode ser catego- rizado em termos universais.³⁰

Logo, há de se admitir, no limite, de forma coerente, que o direito à repetição do indébito por meio de compensação, na forma do artigo 170-A do Código Tributário Nacional, opera-se após decisão nesse sentido dos tribunais intermediários estaduais ou federais.

5 CONCLUSÃO

Na primeira parte do presente estudo, foi analisada, no que diz respeito ao tema proposto, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal quando da apreciação do *Habeas Corpus* 126.292/SP. Como exposto, o posicionamento firmado pela maioria 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 recur- so especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presun- ção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

Da corrente majoritária – formada pelos Ministros Teori Zavascki (relator); Ed- son Fachin; Luis Roberto Barroso; Luiz Fux; Dias Toffoli; Cármen Lúcia e Gilmar Mendes – extraíram-se os fundamentos determinantes à compreensão sintetizada na tese supra com ênfase ao sentido atribuído à categoria/ instituto trânsito em julgado,

²⁸ 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 discricioná- rias/arbítrárias sustentadas em uma espécie de ‘grau zero de sentido’, que, sob o manto do caso con- creto, tendam a estabelecer sentidos para alguém ou para além da Constituição”.

²⁹ A referência, aqui, é à Teoria Pragmática capitaneada por Richard Allen Posner.

³⁰ VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. O conteúdo e alcance da decisão de inconstitucionalidade. In: MARINONI, Luiz Guilherme. **A força dos Precedentes**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 272.

constante no texto constitucional explicitador da garantia fundamental então examinada pelo Supremo Tribunal Federal.

Na segunda parte, incursionou-se breve revisão às teorias formuladas por Ronald Dworkin, Lenio Streck, Robert Alexy e Neil MacCormick, objetivando relacioná-las com o tema proposto, especialmente no tocante à importância que estes autores – respeitadas as diferentes concepções teóricas professadas por cada qual – atribuem a alguns elementos inerentes ao Direito e à decisão judicial, especificamente no tocante à coerência, pressuposto comum a todos, em que pese os distintos enfoques. Nada obstante a essa distinção, é certo que “la mayoría de los filósofos del derecho están de acuerdo en que la coherencia es, al menos, un ingrediente importante en la justificación jurídica”.³¹

Já na terceira parte, fez-se uma releitura do artigo 170-A do Código Tributário Nacional, tomando-se por base, especificamente, as razões determinantes que levaram o Supremo Tribunal Federal a decidir pela possibilidade de execução imediata da sentença penal condenatória, ainda que haja pendente recurso junto aos tribunais superiores e, portanto, não esteja acobertada pelo “manto da coisa julgada”. A ideia proposta, considerados tais fundamentos, foi estabelecer que a compreensão atribuída ao trânsito em julgado no julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP deve ser a mesma, presente mínima coerência, para todos os dispositivos constitucionais e legais que o tragam ínsito em seu relato textual, a exemplo do artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

Assim, *v.g.*, a compreensão do referido preceito legal deve ser no sentido de o sujeito passivo estar autorizado a proceder à compensação do indébito reconhecido em decisão judicial, mesmo que se encontre pendente de exame recurso junto aos tribunais superiores, bastando, para tanto, decisão em segundo grau de jurisdição reconhecendo tal direito.

Os mesmos fundamentos que servem de apoio à tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal para flexibilizar a garantia constitucional constante no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal devem legitimar a compensação do indébito reconhecido judicialmente 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, admitindo, da mesma forma, o trânsito em julgado de decisão judicial de primeiro e segundo grau de jurisdição que reconhece o pagamento indevido de tributos, de modo a possibilitar, tal como predica o texto normativo do artigo 170-A do Código Tributário Nacional, a compensação de tributos devidos com o que foi indevidamente pago.

Ou isso, ou que se respeite a coerência e a integridade do Direito e, sobretudo, o que foi formado ao longo do tempo pela comunidade jurídica acerca do significado atribuível à categoria/instituto trânsito em julgado, cingindo-se, ademais, ao períme-

³¹ AMAYA, Amalia. La Coherencia en el Derecho. In: DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 35, p. 59-90, 2012. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/la-coherencia-en-el-derecho/>>. Acesso em: 13/01/2018.

tro intransponível do texto constitucional, o qual, nunca é demasiado (re)lembrar, é fruto de 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. Depois de vaticinar que não via uma tarde feliz, em termos jurisdicionais, na vida do Supremo Tribunal Federal, assentou o Ministro Marco Aurélio que, “quando avançamos, extravasamos os limites que são próprios ao Judiciário, como que se lança um bumerangue e este pode retornar e vir à nossa testa”.³²

A compreensão proposta neste ensaio é um dos (muitos) bumerangues que está a retornar à testa do Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução: Luís Afonso Heck. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

AMAYA, Amalia. La Coherencia en el Derecho. In: **DOXA**, Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 35, p. 59-90, 2012. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/la-coherencia-en-el-derecho/>>. Acesso em: 10/01/2018.

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

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

_____. **Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Código Tributário Nacional.

_____. 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>>. Acesso em: 05/01/2018.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Uma Questão de Princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. Tradução: Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Força dos Precedentes**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

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.

³² Excerto do voto proferido pelo Min. Marco Aurélio no *Habeas Corpus* 126.292/SP.

_____. **Verdade e Consenso:** constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. **Interpretação do Direito Tributário:** entre a coerência e a consistência. Curitiba: Juruá, 2014.

Submetido em: 06 mar. 2018. Aceito em: 21 set. 2018.