

COMMON LAW À BRASILEIRA: A INFLUÊNCIA NORMATIVA DOS PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO

BRAZILIAN WAY OF COMMON LAW: THE NORMATIVE INFLUENCE OF PRECEDENTS IN BRAZILIAN LAW

Italo Roberto Fuhrmann¹

Karine Darós Silveira²

Matheus Gallarreta Zubiaurre Lemos³

RESUMO

O presente texto tem como objetivo precípua auxiliar o profissional da advocacia nesta nova dinâmica processual estruturada nos enunciados de súmulas e orientações jurisprudenciais. Com a entrada em vigor do novo CPC e com o atual posicionamento do STF concernente à matéria, tornou-se imprescindível o conhecimento adequado da eficácia normativa das orientações jurisprudenciais para o desempenho eficaz do advogado. Na primeira parte do artigo, analisa-se a eficácia da súmula vinculante nº 56 do STF no que alude à progressão de regime no sistema prisional brasileiro. Na segunda parte do texto, é analisado o sistema das súmulas na Justiça do trabalho, designadamente o critério legal que diz respeito à correspondência do enunciado com a lei, considerando a entrada em vigor da chamada “reforma trabalhista”.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Sumular; *Common Law*; Advocacia brasileira.

ABSTRACT

The mainly purpose of this text is to assist the legal professional in the new procedural dynamic structured by the precedents and jurisprudential guidelines in Brazil. From the implementation of the new Civil Procedural Code, and with the current position of the Brazilian Supreme Court concerning the matter, it became essential to lawyers to have appropriate knowledge about the operation of the jurisprudential guidelines. In the first part of the article, we analyze the effectiveness of the binding precedent number 56 of the Supreme Court that refers to the progression of regime in the Brazilian prison system. In the second part of the text, the system of precedents in the Labor Court is analyzed, namely the legal criteria inserted by the Law nº 13.467/2017 that require the jurisprudential guideline a legal correspondence

KEYWORDS: Jurisprudential Guidance; Common Law; Brazilian Advocacy.

¹ Advogado. Professor de Direito Constitucional. Mestre em Direito Público (PUCRS). Coordenador do Grupo de Estudos em Direito Constitucional da ESA/OAB-RS.

² Advogada. Membro do Grupo de Estudos em Direito Constitucional da ESA/RS.

³ Advogado. Membro do Grupo de Estudos em Direito Constitucional da ESA/RS.

INTRODUÇÃO

O sistema jurídico brasileiro passa por uma etapa de reconceituação de suas fontes de validade. Outrora, a lei era a mais importante fonte de legitimação jurídica para os atos do Poder Judiciário, consubstanciando o primado da representação democrática mediante a atividade parlamentar. Ao juiz da causa caberia tão somente interpretar o dispositivo legal através de variados métodos de hermenêutica que pudessem auxiliar na resolução mais adequada do caso concreto⁴. Nada obstante, a parêmia da subsunção silogística do fato à norma legal ainda era, até pouco tempo atrás, o princípio regente. Pouco a pouco, por uma necessidade prática de realização da segurança jurídica e da isonomia entre os litigantes, designadamente em um contexto de judicialização excessiva e de incremento das demandas de massa, o Direito brasileiro foi incorporando elementos de valorização da jurisprudência, como autêntica fonte normativa, à semelhança do assim chamado *common law*, sistema judicial há muito tempo estudado na academia brasileira (ROSAS, 2012).

A nova lei de regência instrumental do Direito brasileiro, o Código de Processo Civil de 2015, é prova de que, entre nós, as orientações jurisprudenciais colegiadas já fazem parte do rol de fontes primárias de Direito vinculativo. Neste alusivo, cabe ao advogado arrostar conscienciosamente esse novo desafio profissional a partir da valorização da jurisprudência, inclusive em termos de equiparação à lei.

O assim cognominado Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) traz para a dinâmica forense dos Tribunais (TJs e TRFs) maior previsibilidade, isonomia e segurança jurídica. A partir da identificação de um caso-amostra, cujo objeto da contenda seja semelhante à de casos reiterados no Tribunal, torna-se lícito ao órgão jurisdicional colegiado o julgamento por amostragem, aplicando da mesma forma a resolução do caso paradigma aos demais casos análogos. Não se trata pura e simplesmente de reduzir as demandas que tramitam no judiciário brasileiro, embora isso seja uma decorrência lógica, mas de dar maior segurança jurídica aos jurisdicionados, bem como garantir a aplicação isonômica do Direito, contribuindo para uma maior pacificação social e elevação do senso comunitário de justiça.

Por sua vez, o Incidente de Assunção de Competência surge como mecanismo apto a colmatar a lacuna para casos que, apesar da relevância jurídica e social, não são repetitivos.

⁴ Os quatro métodos clássicos de interpretação judicial foram elaborados por Friedrich Carl von Savigny (1779-1861), e podem ser sumamente identificados como gramatical, histórico, teleológico e sistemático. Peter Häberle aduz a esses o método de direito comparado como meio científico (dialético) de apreensão do sentido (mais) correto da norma.

Neste particular, caso haja uma questão jurídica relevante e controvertida em sede de recurso, reexame necessário ou ação de competência originária, o relator deverá remeter o processo ao órgão colegiado com competência regimental para a fixação da tese (CÂMARA, 2017, p. 458 e ss). No que concerne à sua eficácia vinculativa, o juiz deverá, sob pena de nulidade por ausência de motivação, fundamentar a aplicação da tese fixada pelo Tribunal no caso concreto, não bastando a sua simples reprodução nos autos, concedendo às partes, entretanto, a oportunidade de manifestação processual para comprovar a sua eventual inaplicação ao caso concreto *distinguishing* ou a sua superação por outro entendimento jurisprudencial *overruling*.

No que tange ao sistema de precedentes vinculativos no âmbito do Supremo Tribunal Federal, algumas ponderações se fazem necessárias. Desde o ano de 2006, há no Brasil regulação legislativa para a edição das chamadas “súmulas vinculantes”⁵. Tais enunciados sumulares vinculam todos os órgãos jurisdicionais, bem como toda a estrutura da Administração Pública direta e indireta. Neste particular, caso haja algum desrespeito à tese fixada, o advogado deverá lançar mão da *Reclamação Constitucional*, diretamente no Órgão Supremo, a fim de manter íntegra a jurisprudência constitucional. O Supremo Tribunal Federal, em recentes arestos, tem se posicionado em prol do respeito à padronização decisória, ao princípio da colegialidade e à estabilização jurisprudencial, utilizando também para este fito os julgados da Corte em sede de repercussão geral⁶.

Este artigo tem como objetivo auxiliar o advogado em sua prática cotidiana nos fóruns brasileiros. Não visa, destarte, ser um texto acadêmico, de jaez doutrinário, mas sim um texto de apoio técnico, apto a solucionar obstáculos enfrentados no dia-a-dia do operador do Direito. O texto foi dividido em duas partes, para além desta apresentação. Inicialmente, o tema abordado pela advogada Karine Darós retrata o cenário da aplicação do enunciado da Súmula vinculante nº 56 do STF no contexto do cumprimento das penas face a ausência de condições estruturais para a progressão do regime prisional. Na sequência, o advogado Matheus Lemos expõe com percuciência a nova sistemática da edição de súmulas na justiça do trabalho, a partir da aprovação da lei 13.467/17, a chamada “Reforma Trabalhista”.

O presente texto é produto de instigantes reflexões e debates realizados no âmbito do grupo de estudos em Direito constitucional da Escola Superior de Advocacia da OAB/RS, por mim coordenado desde o ano de 2016. O tema do Direito sumular e da eficácia vinculativa dos precedentes judiciais foi pauta dos encontros do segundo semestre do ano de 2017, cujas reuniões ocorreram às quintas-feiras, em semanas intercaladas. O incremento significativo de

⁵ Lei 11.417/06.

⁶ HC 152752, min. Rel. Edson Fachin, julgado aos 04 de abril de 2018.

enunciados sumulares pelos Tribunais brasileiros, de julgamentos em recursos repetitivos e da utilização reiterada de decisões com repercussão geral na formação da atual jurisprudência do STF são elementos que indicam uma alteração profunda de perspectiva para a atuação profissional no judiciário brasileiro, fazendo com que a compreensão escoreta acerca do tema Direito sumular seja imprescindível para o exercício da advocacia. Esperamos que seja do proveito prático dos advogados gaúchos e que estimule futuras reflexões sobre o tema.

1 A PROGRESSÃO DE REGIME NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: O CASO DA SÚMULA Nº 56⁷

Em 29 de junho de 2016, o Supremo Tribunal Federal aprovou em plenário a Súmula Vinculante n.º 56 que trata sobre o local de cumprimento de pena. A súmula assim estabeleceu: “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS”⁸.

O caso paradigma para a aprovação da súmula foi o julgamento do Recurso Extraordinário n.º 641.320 do Estado do Rio Grande do Sul. Este recurso foi interposto pelo Ministério Público contra decisão da Quinta Turma Criminal do Tribunal de Justiça – RS que deu parcial provimento a um recurso de apelação, mantendo a condenação de um réu em 5 anos e 4 meses de reclusão, pelo cometimento do crime previsto no artigo 157⁹, parágrafo 2º, inciso II do Código Penal e estabeleceu prisão domiciliar para o condenado por haver falta de vagas em estabelecimento prisional destinado ao cumprimento de pena no regime semiaberto.

⁷ Texto escrito pela advogada Karine Darós Silveira, membro do Grupo de Estudo em Direito Constitucional da ESA/RS.

⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante n. 56*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=3352>> Acesso em: 15 de abril de 2018.

⁹ Art. 157 - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência: Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa. § 2º A pena aumenta-se de 1/3 (um terço) até metade: II - se há o concurso de duas ou mais pessoas; BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>. Acesso em: 15 de abril 2018.

Em seus argumentos o órgão ministerial alegou que a decisão violaria o artigo 1º, inciso III¹⁰ e o artigo 5º, incisos II, XLVI e LXV¹¹, ambos da Constituição da República, uma vez que a impossibilidade material do Estado em prover todas as exigências legais existentes na Lei de Execução Penal para instituir estabelecimento prisional destinado ao regime semiaberto não autorizaria, por si só, a concessão de prisão domiciliar pelo Poder Judiciário, visto que a hipótese não estaria prevista em lei. Também alegou a desproporcionalidade entre a reprovabilidade da conduta do agente e a sanção aplicada.

A Defensoria Pública solicitou a manutenção do julgado, ao passo que segundo esta a decisão *a quo* teria apenas interpretado a legislação à luz dos princípios constitucionais da individualização e proporcionalidade da pena.

A repercussão geral do caso foi reconhecida pela inexistência de estabelecimentos adequados para o cumprimento de penas privativas de liberdade no regime aberto e semiaberto e pelas consequências advindas da falta de vagas. Gilmar Mendes, ministro relator, analisou o caso sob as seguintes perspectivas: situação da execução penal, mais especificamente do regime aberto e semiaberto, com base no relatório de 2014 realizado pelo DEPEN¹² – Departamento Penitenciário Nacional; inexistência de estabelecimento adequado para cumprimento das penas em regime aberto e semiaberto e a possibilidade de manutenção do apenado em regime mais gravoso; consequências decorrentes do direito do condenado a não cumprir pena em um estabelecimento destinado ao regime mais gravoso.

A discussão já estava sendo travada em sede estadual, cuja posição jurisprudencial dominante no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul era de determinar o cumprimento de pena em regime menos gravoso quando o Estado não oferece vagas no regime adequado ao cumprimento de pena que atenda a todos os requisitos da Lei de Execução Penal. Pode-se verificar tal posicionamento conforme as seguintes jurisprudências:

¹⁰ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana; BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 15 de abril 2018.

¹¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária; BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 15 de abril 2018.

¹²BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN* – Junho de 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/relatorio-depen-versao-web.pdf>> Acesso em: 15 de abril de 2018

EXECUÇÃO. PRISÃO DOMICILIAR. APENADO NO REGIME ABERTO. POSSIBILIDADE. A questão já foi submetida à consideração do Primeiro Grupo Criminal que decidiu: "É possível ser concedida a prisão domiciliar ao apenado que está no regime aberto quando verificada a falta de vagas em estabelecimento adequado ao regime. Precedentes. A avaliação da existência de vagas, adequação do regime prisional e/ou da conveniência do deferimento da prisão domiciliar, quando não verificada a sua impossibilidade, é mais conveniente ao Juízo da Execução, que conhece o sistema carcerário da sua jurisdição." DECISÃO: Agravo ministerial desprovido, por maioria. (Agravo Nº 70068180991, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sylvio Baptista Neto, Julgado em 09/03/2016).

AGRAVO EM EXECUÇÃO MINISTERIAL. DECISÃO HOSTILIZADA QUE DEFERE PRISÃO DOMICILIAR MEDIANTE CONDIÇÕES. PEDIDO DE REFORMA, PARA QUE O APENADO SEJA POSTO EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL DO REGIME SEMIABERTO. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO FORA DAS HIPÓTESES ELENCADAS PELO ARTIGO 117 DA LEI 7.210/1984. PRECEDENTES DO STF, DO STJ E DA TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL DO TJ/RS. HIPÓTESE QUE JUSTIFICA A ESPECIAL CONCESSÃO. Na esteira da jurisprudência firmada nos Tribunais Superiores, ao reconhecerem o direito ao cumprimento de pena em prisão domiciliar quando não haja vaga em estabelecimentos adequados ao regime em que se encontra o apenado ou a regimes mais favoráveis, construiu-se o entendimento de que a falta de vagas, sempre, remete a essa forma de cumprimento da pena (prisão domiciliar). No caso concreto, a ilustre Juíza de Direito anota que não há vagas suficientes para abrigar todos os condenados do regime semiaberto nos estabelecimentos prisionais disponíveis. Esse é o motivo de conceder prisão domiciliar a alguns apenados e não a todos. Assim, não se trata de escolher arbitrariamente quem irá permanecer cumprindo pena em casa prisional e quem irá se beneficiar com a prisão domiciliar. É juízo a ser formado no caso concreto. É possível e adequado o juiz da execução fazer uma distinção entre eles. Devido à excepcionalidade da medida, a decisão deve ser fundamentada de modo razoável, segundo um juízo de conveniência que atenda a uma política de redução de danos, liberando os apenados com mérito subjetivo favorável de modo a abrir vaga para os sentenciados com mérito subjetivo desfavorável. Então, a concessão era possível, e se revela adequada no caso concreto, razão pela qual a decisão vai mantida. RECURSO DESPROVIDO. (Agravo Nº 70067333146, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Batista Marques Tovo, Julgado em 25/02/2016).

Acerca da fundamentação para o estabelecimento da súmula vinculante 56, o Ministro Relator do Caso Gilmar Mendes reconheceu em seu voto que a execução penal brasileira não está funcionando como deveria e que um dos primeiros problemas que acarretam esse mal funcionamento é a falta de vagas no regime aberto e semiaberto. Para embasar essa posição, o Ministro se utilizou dos dados de 2014 disponibilizados pelo Departamento Penitenciário que demonstravam que as vagas destinadas ao cumprimento de pena nesses regimes estão muito aquém da demanda nacional, bem como não havia uma distribuição uniforme no território.

Na época da divulgação dos dados pelo Departamento Penitenciário Nacional havia oitenta e nove mil, seiscentos e trinta e nove pessoas cumprindo pena no regime semiaberto, embora houvessem apenas sessenta e sete mil, duzentas e noventa e seis vagas. E o mesmo problema ocorria no regime aberto que contava com quinze mil e trinta e seis pessoas presas para seis mil, novecentas e cinquenta e duas vagas. Dados que não levaram em conta as pessoas

que cumpriam pena no regime domiciliar. O último relatório divulgado pelo Departamento Penitenciário Nacional em 2017¹³ demonstra que essa realidade não teve grandes modificações. O presente caso está ligado diretamente às garantias constitucionais da individualização da pena e da legalidade, dispositivos previstos respectivamente no artigo 5º, inciso XLVI e inciso XXXIX¹⁴ da Constituição Federal, claramente violados com a manutenção do apenado em regime mais gravoso.

A garantia da individualização da pena tem caráter normativo, ou seja, é dever do legislador conferir densidade normativa adequada à ela, mas há a permissão de conformação razoavelmente ampla (DONATI, 2018).

O Código Penal prevê a possibilidade de cumprimento de pena no regime fechado, no semiaberto e no aberto, conforme disposto no artigo 33¹⁵. Este dispositivo estabelece também que o regime de cumprimento de pena será fixado com base no tipo da pena – reclusão ou detenção -, no tempo de pena e na culpabilidade (BOSCHI, 2013, p. 283).

Durante o cumprimento da pena cominada em concreto, a Lei de Execução Penal, artigo 112¹⁶, estabelece a possibilidade de o apenado progredir de regime se constatado bom

¹³BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN* – Junho de 2016. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-enitenciaras-2016/relatorio_2016_22111.pdf> Acesso em: 15 de abril de 2018

¹⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos; XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 15 de abril 2018.

¹⁵ Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. § 1º - Considera-se: a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média; b) regime semiaberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado. § 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado; b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto; c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto. § 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código. § 4º O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais. BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 15 de abril 2018.

¹⁶ Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão. BRASIL. *Lei de Execução Penal*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210compilado.htm>. Acesso em: 15 de abril 2018.

comportamento carcerário, assim como o artigo 83¹⁷ do Código Penal estabelece a possibilidade de livramento condicional (BOSCHI, 2013, p. 283).

É notório que o sistema de progressão de regime adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro é a principal forma de concretização do princípio da individualização da pena consagrado constitucionalmente. Portanto, afronta diretamente esse princípio a manutenção de um apenado em regime fechado quando a condenação fora em regime aberto ou semiaberto.

No sentido de firmar o direito à individualização da pena o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o regime integralmente fechado (AGUIAR JÚNIOR, 2013, p. 16-18) previsto na Lei dos Crimes Hediondos, Lei n.º 8.072/90, no julgamento do Habeas Corpus 82.959¹⁸, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, em 23 de fevereiro de 2006.

A violação do princípio da legalidade também é verificada de forma clara a partir do momento em que há a manutenção de apenados em regime de cumprimento de pena mais gravoso do que o estabelecido para o caso concreto, visto que, como relatado, a legislação brasileira apresenta um sistema progressivo de cumprimento de pena. É direito do condenado cumprir pena em um regime compatível com o título condenatório. A sua manutenção em regime mais gravoso seria uma forma de excesso de execução.

Nas próprias palavras do Ministro Gilmar Mendes:

Não se nega que o Estado tem o dever de proteção aos bens jurídicos penalmente relevantes. A proteção à integridade da pessoa e a seu patrimônio contra agressões injustas está na raiz da própria ideia de estado constitucional. Em suma, o Estado tem o dever de proteger os direitos fundamentais contra agressões injustas de terceiros, como corolário do direito à segurança (art. 5º). No entanto, a execução de penas

¹⁷ Art. 83 - O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que: I - cumprida mais de um terço da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes; II - cumprida mais da metade se o condenado for reincidente em crime doloso; III - comprovado comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto; IV - tenha reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração; V - cumpridos mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, tráfico de pessoas e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza. Parágrafo único - Para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento ficará também subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir. BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>. Acesso em: 15 de abril 2018.

¹⁸PENA – REGIME DE CUMPRIMENTO – PROGRESSÃO – RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento de pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA – CRIMES HEDIONDOS REGIME DE CUMPRIMENTO – PROGRESSÃO – ÓBICE – ARTIGO 2º, §1º, DA LEI Nº 8.072/90 – INCOSTITUCIONALIDADE – EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena – artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal – a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, §1º, da Lei nº 8.072/90. (STF – HC: 82.959 SP, Relator: Marco Aurélio, Data de Julgamento: 23 de fevereiro de 2006, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 01-09-20066 PP-00018 EMENT VOL-02245-03 PP-00510)

corporais em nome da segurança pública só se justifica com a observância de estrita legalidade. Regras claras e prévias são indispensáveis. Permitir que o Estado execute a pena de forma deliberadamente excessiva seria negar não só o princípio da legalidade, mas a própria dignidade humana dos condenados – art. 1º, III. Por mais grave que seja o crime, a condenação não retira a humanidade da pessoa condenada. Ainda que privados de liberdade e dos direitos políticos, os condenados não se tornam simples objetos de direito, mas persistem em sua imanente condição de sujeitos de direitos. A Constituição chega a ser expletiva nesse ponto, ao afirmar o direito à integridade física e moral dos presos (art. 5º, XLIX). Disso concluo que não se pode ponderar o interesse da segurança pública com os direitos à individualização da pena e à legalidade, sem se desconsiderar que os presos também são pessoas, dotadas de imanente dignidade. Dessa forma, não será a ponderação de princípios que autorizará o Estado a deixar de cumprir a lei que confere direitos aos condenados durante a execução das penas. Na medida em que os regimes existem, resta ao Estado disponibilizar vagas em estabelecimentos penais adequados à execução da pena no regime adequado¹⁹.

Nesse sentido, o Ministro Gilmar Mendes entendeu que é dever do Estado garantir aos detentos a possibilidade de ressocialização, sendo incompatível a manutenção da pessoa condenada como inimiga da sociedade. Bem como, entende que cabe ao poder público apresentar uma solução para a falta de vagas nos regimes prisionais, seja melhorando a administração das vagas existentes, seja aumentando o número de vagas.

Em seu voto o relator propôs, até que a situação seja resolvida, as seguintes medidas: saída antecipada; liberdade eletronicamente monitorada; penas restritivas de direito e/ou estudo. A adoção de tais medidas depende do consentimento do apenado e a manutenção das medidas diversas aceitas dependerão da observância das regras disciplinares a serem fiscalizadas pelo órgão de execução penal.

Assim, pelo exposto, depreende-se que a súmula vinculante 56, nos moldes em que foi editada, surge como um mecanismo de proteção e reafirmação dos direitos individuais limitando o poder punitivo estatal.

2 AS SÚMULAS NO DIREITO DO TRABALHO: ANÁLISE A PARTIR DA CHAMADA “REFORMA TRABALHISTA”²⁰

A partir de agora, intenta-se tecer algumas considerações acerca do §2º introduzido no art. 8ª da Consolidação das Leis do Trabalho, pela Lei 13.467/2017, comumente denominada de Reforma Trabalhista.

¹⁹ STJ – RE: 641.320 RG, Relator: Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 16 de junho de 2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-162 DIVULG 23-08-2011 PUBLIC 24-08-2011 EMENT VOL-02572-03 PP-00474

²⁰ Texto escrito pelo advogado Matheus Gallarreta Zubiaurre Lemos, membro do Grupo de estudos em Direito constitucional da ESA/RS.

Inicialmente, vale lembrar a lição de Miguel Reale de que a tarefa da jurisprudência é árdua e complexa, oferecendo graduações que visam atingir soluções unitárias, graças às quais o Direito se aprimora, mas, às vezes, também sofre a crise de exegeses irregulares, deturpadas, que só o tempo logra corrigir. Porém, segundo o autor, após vários pré-julgados, abre-se uma clareira de uniformização da jurisprudência (REALE, 2002).

A edição de súmulas, por sua vez, consiste em uma maneira de uniformizar a jurisprudência. Atualmente, é profícua a produção de súmulas e orientações jurisprudenciais pelos tribunais. Diante de supostas situações em que os tribunais passariam a editar súmulas sem correspondência legal, o Congresso Nacional editou a Lei nº 13.467/2017, que introduziu no art. 8º da CLT um parágrafo, que contém o seguinte texto:

§ 2º Súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei.²¹

Em leitura apressada, parece que, a partir da entrada em vigor da lei que inovou o ordenamento jurídico, as súmulas e orientações jurisprudenciais que passarem a ser editadas deverão ter correspondência com o texto da lei. Nesse sentido, caso não houvesse previsão na lei de um determinado direito ou uma dada obrigação, os tribunais deveriam evitar julgar em sentido contrário.

Contudo, a questão não é simples como parece. Há questões que envolvem o caso consideravelmente mais profundas do que o texto aparentemente impõe. Por exemplo, não fica claro se o dispositivo supostamente exige a correspondência com o texto legal para suposta validade de dada súmula, ou se estaria exigindo correspondência com a norma jurídica propriamente dita. São questões como essa que se pretende analisar, passando-se a ocupar-se delas a partir de agora.

Para entender o alcance e sentido de norma que determina a necessária observância da lei para a criação de súmulas ou enunciados normativos, é necessário, em um primeiro momento, estabelecer a distinção entre o texto legal e a norma.

Conforme ensina Canotilho (CANOTILHO, 1993), o texto é o sinal linguístico, e a norma é o que se revela quando da interpretação. Já Eros Grau ensina que as disposições são dotadas de um significado a elas atribuído pelos que operaram no interior do procedimento legislativo, sendo, porém, importante distinguir o significado atribuído às disposições por quem

²¹ BRASIL. Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 7 dez. 2017

as elabora e os significados expressados pelas normas, que são os revelados somente mediante a interpretação, na medida em que as disposições são transformadas em normas (GRAU, 2017).

Segundo Eros Grau, uma norma jurídica é produzida para cada caso. Para o autor, a linguagem jurídica é ambígua e imprecisa, necessitando de interpretação, sendo a interpretação e a aplicação a mesma coisa (GRAU, 2017).

Considerando, pois, a necessidade de interpretação da norma, a questão envolvendo o dispositivo inserido na Consolidação das Leis do Trabalho pela Lei 13.467/2017 deve ser analisada com cuidado, sob pena de violar-se, inclusive, os postulados mais caros da República, como a independência dos poderes e o próprio Estado Democrático de Direito.

Por essa razão, Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado lecionam que a interpretação das regras deve-se fazer a partir de seu aparente sentido literal, porém o sentido próprio da regra jurídica está determinado também pelo sentido da norma de Direito (regra e princípio jurídicos), sendo que esse sentido se encontra por intermédio do manejo científico dos métodos de exegese jurídica denominados métodos lógico-racional, sistemático e teleológico. Uma dessas técnicas consagradas de interpretação lógico-sistemática e teleológica consiste na interpretação em conformidade com a Constituição da República – ou em conformidade com certo(s) princípio(s) constitucional(ais) –, a par da interpretação em conformidade com determinado(s) diploma(s) normativo(s) internacional(ais) imperativo(s) no Brasil (DELGADO, 2017, p. 295).

Importante, também, ter em mente que o direito não pode ser interpretado em tiras. Segundo Eros Grau, por isso que a interpretação do direito é interpretação do direito e não interpretação de textos isolados. A interpretação da lei é sempre interpretação não de uma lei ou de uma norma singular, mas de uma lei ou de uma norma considerada em relação à posição que ocupa no todo do ordenamento jurídico. Portanto, o que é interpretado é o ordenamento inteiro; dentro dele, também o texto singular (GRAU, 2017).

Assim, forçoso concluir que é necessário que o Magistrado interprete o texto legal antes de decidir o caso concreto que é posto sob sua apreciação. E, quando o fizer, não interpretará somente o texto legal, devendo considerar todo o ordenamento jurídico em que o dispositivo cuja aplicação se pretende está inserido.

Hodiernamente, é cediço o entendimento de que as normas devem ter compatibilidade com a Constituição Federal. Para o Ministro Luis Roberto Barroso, o ordenamento jurídico é um sistema. Um sistema pressupõe ordem e unidade, devendo suas partes conviver de maneira harmoniosa. A quebra dessa harmonia deverá deflagrar mecanismos de correção destinados a

restabelecê-la, notadamente quando não houver compatibilidade entre uma lei ou qualquer ato normativo infraconstitucional e a Constituição (BARROSO, 2016).

Assim, quando o julgador se deparar com lei inconstitucional, não deve aplicá-la. Caso contrário, estar-se-á perpetrando ato legislativo infraconstitucional carente de validade, o que não pode ser admitido no Estado Democrático de Direito. Trata-se de adequação das normas à Constituição Federal, que consiste em atividade do Poder Judiciário. Na verdade, trata-se de obrigação do Juízo, consistindo em verdadeiro poder-dever.

Considerando isso, há autores que advogam a total inconstitucionalidade no dispositivo citado, porque este ceifa possibilidades já amplamente reconhecidas aos magistrados no exercício da Jurisdição (SCHIAVI, 2017).

Contudo, há outros que entendem, como leitura mais adequada, interpretar o dispositivo mediante outro viés. No caso, em não se podendo – conforme ensina a Ciência do Direito e a Hermenêutica Jurídica – interpretar a regra legal de maneira a atingir um resultado interpretativo absurdo, o novo preceito do art. 8º, § 2º, da CLT apenas enfatizaria que a Justiça do Trabalho deve interpretar as regras jurídicas mediante o manejo adequado dos critérios científicos da Hermenêutica Jurídica. Assim, não caberia ao Poder Judiciário, evidentemente, em sua dinâmica interpretativa, diminuir, de maneira arbitrária, irracional e inadequada, direitos previstos em lei; nem caberia a ele, de maneira irracional, arbitrária e inadequada, criar obrigações não previstas em lei. Isso não quer dizer, é claro, que ele não deva exercer a sua função judicial, mediante o manejo ponderado e razoável das técnicas científicas da Hermenêutica Jurídica, tais como os métodos de interpretação denominados de lógico-racional, sistemático e teleológico, cumprindo também, no que for pertinente, as denominadas interpretações extensivas, restritivas e/ou literais (DELGADO, 2017, p. 295).

Desta forma, a interpretação do art. 8º, §2º da CLT deve ocorrer conforme a Constituição, assim como qualquer norma da denominada reforma trabalhista. O dispositivo, na verdade, não limita a atividade jurisdicional, tampouco determina que o intérprete deva proceder seu mister interpretando somente de maneira literal as normas. A melhor interpretação para o artigo é aquela que entende a necessidade de aplicá-lo em conformidade com a Constituição Federal, o que, dessa forma, serve para evitar eventuais abusos e intransigências por parte dos intérpretes. Não há, assim, alteração legislativa no sentido de impor vedação legal à atividade interpretativa dos tribunais, que podem continuar editando suas súmulas e orientações jurisprudenciais utilizando o método interpretativo que melhor entenderem, sem se basearem somente na chamada interpretação literal.

CONCLUSÃO

A segurança jurídica, alçada a direito fundamental pela Constituição de 1988, assume um novo espectro legal de proteção e efetivação prática desde a entrada em vigor do novo CPC. Na qualidade de legislação instrumental comum, a mesma se aplica, de forma subsidiária e suplementar, a todos os nichos do ordenamento jurídico brasileiro. A nova sistemática confere suma importância à cognominada “padronização decisória” no Direito brasileiro, no afã de atribuir juridicidade autêntica aos princípios fundamentais da isonomia, da segurança, do devido processo legal e da própria justiça material do caso concreto. Neste prisma específico, entretanto, o próprio postulado da razoável duração do processo adquire nova dinâmica e um poderoso impulso normativo.

Com o presente texto, analisamos a atual situação do uso dos precedentes judiciais no Direito brasileiro, com destaque para as decisões sumuladas dos Tribunais de superposição. Constatamos que, na seara penal, as decisões do Supremo Tribunal Federal vêm conformando, ao lado das regulamentações infraconstitucionais, a forma de execução das penas, em especial no que tange ao direito do apenado à progressão de regime. No que alude ao Direito laboral, especialmente face a designada “Reforma Trabalhista”, verificaram-se novas tendências de aplicação do Direito sumular, sobretudo quando não houver fundamento legal para restrições de direitos ou imposição de obrigações.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *Aplicação da Pena*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das Penas e seus Critérios de Aplicação*. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BRASIL. *Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943*. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm>. Acesso em: 7 dez. 2017.

_____. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>.

_____. *Departamento Penitenciário Nacional*. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – Junho de 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/relatorio-depen-versao-web.pdf>>

_____. *Departamento Penitenciário Nacional*. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – Junho de 2016. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-enitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>

_____. *Lei de Execução Penal*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210compilado.htm>.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante n. 56*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=3352>> Acesso em: 15 de abril de 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Atlas/GEN, 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. 8ª reimp. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

DELGADO, Mauricio Godinho. *A reforma trabalhista no brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017, p. 295.

GRAU, Eros. *Por que tenho medo de juízes: (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)* 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSAS, Roberto. *Direito Sumular*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SCHIAVI, Mauro. *A reforma trabalhista e o processo do trabalho: aspectos processuais da Lei n. 13.467/17*. 1. ed. São Paulo: LTr, 2017.

STJ – RE: 641.320 RG, Relator: Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 16 de junho de 2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-162 DIVULG 23-08-2011 PUBLIC 24-08-2011 EMENT VOL-02572-03 PP-00474.