



INSTITUTO BRASILIENSE
DE DIREITO PÚBLICO

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO
ESCOLA DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO

GABRIELA FONSECA DE MELO

FORMAÇÃO E APLICAÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL:

A TENSÃO ENTRE O STF E O TST NO CASO DE RESPONSABILIDADE
SUBSIDIÁRIA DE ENTE PÚBLICO EM RELAÇÃO DE TERCEIRIZAÇÃO

BRASÍLIA

2020

GABRIELA FONSECA DE MELO

FORMAÇÃO E APLICAÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL:

**A TENSÃO ENTRE O STF E O TST NO CASO DE RESPONSABILIDADE
SUBSIDIÁRIA DE ENTE PÚBLICO EM RELAÇÃO DE TERCEIRIZAÇÃO**

Dissertação de Mestrado desenvolvida, sob a orientação
do Prof. Fábio Lima Quintas apresentada para obtenção do
Título de Mestre em Direito.

Linha de pesquisa: Jurisdição Constitucional.

BRASÍLIA

2020

GABRIELA FONSECA DE MELO

FORMAÇÃO E APLICAÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL:

**A TENSÃO ENTRE O STF E O TST NO CASO DE RESPONSABILIDADE
SUBSIDIÁRIA DE ENTE PÚBLICO EM RELAÇÃO DE TERCEIRIZAÇÃO**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Constitucional do IDP, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Brasília, _____, de _____, de 2020.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Fábio Lima Quintas
Orientador

Prof. Fernando Hugo Rabello Miranda
Membro Externo

Prof. Luciana Silva Garcia
Membro Interno

RESUMO

A presente pesquisa tem como escopo apresentar melhorias para a prática decisória, diante da tensão existente entre a formação e aplicação do precedente judicial. Isso implica buscar uma metodologia decisória adequada à formulação da *ratio decidendi* de modo a alcançar efetivamente a segurança jurídica, igualdade perante as decisões e a unidade do direito. Para auxiliar nessa análise, o objeto central de investigação pauta-se na seguinte indagação: como o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Tribunal Superior do Trabalho (TST) compreendem a *ratio decidendi* no caso da responsabilidade subsidiária de ente público em relação de terceirização – tema debatido no julgamento da ADC n. 16-DF e do RE n. 760.931-DF? E numa nova vertente de investigação: como o STF vem decidindo, após proferida as referidas decisões, à luz do que vem decidindo o TST? A metodologia empregada para responder a essas indagações foi a pesquisa empírica qualitativa de conteúdo. O percurso de análise segue os seguintes objetivos específicos: investigar a importância e o funcionamento do sistema de precedentes no direito brasileiro, a partir da compreensão do que seja *ratio decidendi* e averiguar a compreensão do STF e do TST sobre o que seja *ratio decidendi* no caso da ADC/16 e do RE-760.931/DF, com base em um exame empírico-analítico sobre decisões do STF e do TST (ADC16 e RE760.931/DF), notadamente quanto à análise de conteúdo. Como resultados finais, constatou-se que: 1) o STF tem o seu próprio modelo de decidir sem sintonia com o modelo de precedente obrigatório desenvolvido pelo *common law*; 2) as decisões não foram construídas com um mínimo de racionalidade – considerando o processo argumentativo, debate efetivo, questões processuais fundamentais não observadas; 3) existência de tensão entre o TST e o STF quanto à compreensão dos julgados – divergência horizontal e vertical.

PALAVRAS-CHAVE: Precedentes. STF. TST. Terceirização trabalhista. Responsabilidade subsidiária.

ABSTRACT

The present research aims to present improvements to the decision-making practice, in view of the existing tension between the formation and application of the judicial precedent. This implies looking for a decision-making methodology appropriate to the formulation of the *ratio decidendi* in order to effectively achieve legal certainty, equality over decisions and the unity of law. To assist in this analysis, the central object of investigation is guided by the following question: how the Supremo Tribunal Federal (STF) and the Tribunal Superior do Trabalho (TST) understand the *ratio decidendi* in the case of subsidiary responsibility of a public entity in relation to outsourcing - a topic discussed in the judgment of ADC n. 16-DF and RE n. 760.931-DF? And in a new aspect of research: how has the STF been deciding, after making these decisions, in light of what the TST has been deciding? The methodology used to answer these questions was the qualitative empirical research of content. The analysis path follows the following specific objectives: to investigate the importance and functioning of the precedent system in Brazilian law, based on the understanding of what *ratio decidendi* is and to ascertain the understanding of the STF and TST on what is *ratio decidendi* in the case of ADC / 16 and RE-760.931 / DF, based on an empirical-analytical examination of decisions by the STF and TST (ADC16 and RE760.931 / DF), notably regarding content analysis. As final results, it was found that: 1) the STF has its own model of deciding out of step with the mandatory precedent model developed by the common law; 2) the decisions were not made with a minimum of rationality - considering the argumentative process, effective debate, fundamental procedural issues not observed; 3) existence of tension between the TST and the STF regarding the understanding of the judges - horizontal and vertical divergence.

KEYWORDS: Precedents. Supremo Tribunal Federal (STF). Tribunal Superior do Trabalho (TST). labor outsourcing. subsidiary liability.

À memória do meu adorável avô
Raymundo Nonato Fernandes da Fonseca
– presença de qualidade em minha vida.
Representou a continuidade da tradição, a
saudável mudança e os valores
permanentes.

AGRADECIMENTOS

Quando se chega a esta etapa importante do agradecimento, para-se um pouco e o olhar se volta para trás, como se faz com o precedente obrigatório. E assim procedo: penso em tudo e todos os que me fizeram mover até aqui. São tantas experiências significativas, envoltas por lindas pessoas, que os meus olhos não se intimidam e apenas marejam um pouco, para, em seguida, dar continuidade...

Parafraseando nosso poeta, Vinicius de Moraes, no Soneto do Amigo, diante dos descompassos da vida, eis que surge um amigo e “ressurge noutro, o velho amigo”. E como se sabe, a pesquisa de mestrado, ainda que seja envolvente, nos absorve e nos exige muito além das nossas forças, nos mantém solitários e centrados naquilo que importa à pesquisa. Mas, apesar da sensação de ter estado no meu pequenino mundo e sozinha, em realidade apareceram “amigos-anjos”, que foram o meu porto seguro e a minha alegria durante essa caminhada, fazendo com que o “espelho da minha alma se multiplicasse”.

Então, o sentimento de gratidão que agora me envolve se multiplica para alcançar cada um que faz parte dessa jornada acadêmica.

Não sou nada sem a divina centelha que me matura, inspira e me regenera a cada novo dia: sou grata a Ele, ao Senhor das Esferas, que, embora invisível, sempre senti a presença do seu amor em minha vida. Esse amor me moveu a ter um encontro com o jurista brasileiro, Luiz Guilherme Marinoni, que se tornou marco teórico importante da minha pesquisa. Sou imensamente grata, pois me incentivou a ingressar no mestrado do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) e não se descuidou de transmitir apoio e confirmação intelectual. Tenho-lhe estima e profunda gratidão!

Agradeço de coração à doce amiga Paula Pessoa Pereira, que esteve sempre presente a ouvir as minhas preocupações e angústias e mostrar os segredos da academia, diante dos desafios que se descortinavam pela frente. Você foi uma especial força propulsora, Paulinha. Gratidão!

Igualmente, desejo agradecer aos “amigos-anjos” que contribuíram à minha inserção no mundo acadêmico e ao meu crescimento intelectual: Agatha Costa Ribeiro, Raphael Miziara, Thereza Christina Nahas, Carolina Azevedo de Almeida, Liliane Vieira, Marcelo Costa, Daniel Mitidiero, Sérgio Arenhart, Marco Félix Jobim, Paulo Henrique Lucon, Luiz R. Wambier, Ingo Sarlet, Gabrielle Bezerra, Estefânia Maria de Queiroz Barboza, Augusto Jorge Cury, João

Trindade Cavalcante Filho, Rafael Silveira e Silva, Elisabetta Silvestri, Ilton Norberto Robl Filho, Osmar Paixão, Antonio Gidi e Ricardo Alexandre da Silva.

Sou imensamente grata a minha querida amiga e colega de mestrado Yara Camelo, pela fiel amizade e indicação do Professor Fábio Lima Quintas para ser orientador da minha dissertação, a quem, em especial, guardo profundo sentimento de gratidão. Sempre terei na lembrança sua presença marcante e de qualidade, orientando-me, sanando as minhas dúvidas, desafiando-me gentilmente em sala de aula e me tirando da zona de conforto com as tarefas árduas que me passava. Sinto-me privilegiada, Professor Fábio, por ser sua orientanda e grata pela confiança e por ter partilhado dos seus conhecimentos jurídicos, da sua sabedoria, inteligência e perspicácia.

Meus sinceros agradecimentos aos examinadores da banca de qualificação, Luciana Silva Garcia e Fernando Hugo Rabello Miranda, que trouxeram inigualáveis sugestões e contribuíram para o surgimento de novos *insights*. Da mesma forma, agradeço ao pesquisador assistente do IDP, André Augusto G. Ferraço, por sua pontualidade e gentileza em auxiliar com tudo o que precisei para o aperfeiçoamento final da dissertação. Igualmente, direciono o meu sentimento de gratidão à revisora final, Luciana Ferreira, que, com seu primor, deu luz e beleza estética à dissertação.

Gratidão aos meus professores do IDP, especialmente, ao Coordenador do mestrado, João Paulo Bachur, que me acolheu de forma humanizada e gentil e esteve sempre presente auxiliando em todas as questões acadêmicas. Gratidão, Professor Bachur! Agradeço, igualmente, aos colaboradores da instituição, especialmente, Fernando Rios e Matheus Souza. Também, agradeço aos meus colegas de mestrado que contribuíram para o meu crescimento humano e intelectual.

Agradeço profundamente ao meu chefe, o Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello, por sua generosidade em me acolher no seu gabinete, pelo incentivo ao meu crescimento intelectual e profissional e pela confiança. Agradeço também aos novos colegas de gabinete – que hoje são meus amigos queridos –, por me transmitirem alegria, carinho e paz em tempos de solidão acadêmica.

A minha gratidão se estende às minhas linhagens paterna e materna, porque carrego a força daqueles que vieram antes de mim e sou um pouco de cada um que as integra: Melo, Alves, Calazans, Fonseca, Fernandes, Fontes, Silveira e Campos.

Por fim, guardo um sentimento de gratidão todo especial pelo meu núcleo familiar – o meu alicerce. Agradeço imensamente aos meus queridos e inestimáveis pais, Marcos Antônio de Melo e Ione Maria Fonseca de Melo, zeladores amorosos dos meus sonhos, projetos e da minha paz. Agradeço aos meus amados irmãos, Daniela Fonseca de Melo Britto e João Marcos Fonseca de Melo, por alegrarem o meu cotidiano e torcerem pelo meu sucesso em todas as áreas da minha vida. Agradeço aos meus cunhados que já são meus irmãos de coração, Renato Teixeira Britto (*in memoriam*) e Juliana Britto Melo. Agradeço aos meus sobrinhos, Yasmin Fonseca de Melo Britto e Marcos Gabriel Fonseca Britto Melo pela presença amorosa e alegria contagiante. Igualmente, agradeço aos meus queridos “English parents” John Peters e Viv Peters pelas cartinhas e presença musical, fazendo-me “viajar” um pouco para as Ilhas Britânicas.

“Onde o Direito é fielmente observado, o Estado de Direito se estabelece; e as sociedades que vivem sob ele desfrutam de grandes benefícios em comparação com os que não vivem sob tal regime. O Estado de Direito é uma condição possível de ser alcançada por governos humanos. Entre os valores que ele assegura nenhum é mais importante do que a certeza jurídica, exceto talvez aqueles que os acompanham [se lhe assemelham], segurança de expectativas jurídicas e proteção do cidadão contra interferências arbitrárias dos governos e seus agentes. Para uma sociedade que alcança certeza e segurança jurídicas, seus cidadãos podem viver vidas autônomas em circunstâncias de confiança mútua”.

Neil MacCormick

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 - Compreensão do TST sobre o acórdão da ADC n. 16-DF	110
Quadro 2 - Compreensão do TST sobre o acórdão do RE n. 760.931-DF	114
Quadro 3 - Reclamações constitucionais analisadas monocraticamente – 1ª Turma	131
Quadro 4 - Reclamações constitucionais analisadas monocraticamente – 2ª Turma	132
Quadro 5 - Agravos regimentais em reclamações constitucionais – STF – 2019 – 1ª Turma	133
Quadro 6 - Agravos regimentais em reclamações constitucionais – STF – 2019 – 2ª Turma	134

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
CAPÍTULO 1 - ESTÍMULO À CULTURA DE PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS NA CONTEMPORANEIDADE JURÍDICA BRASILEIRA.....	20
1.1 Compreensão das bases históricas do surgimento do precedente vinculante: algumas linhas iniciais	20
1.2 O precedente obrigatório no contexto brasileiro: da sua oscilação à definitiva vinculação	25
1.3 A cultura do precedente obrigatório.....	34
1.4 A busca de modelos mínimos de racionalidade: por uma composição argumentativa plausível em casos simples e complexos.....	38
CAPÍTULO 2 - A FORMAÇÃO E A APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS	48
2.1 A contribuição do <i>common law</i> à compreensão da <i>ratio decidendi</i> e do <i>modus operandi</i> do <i>stare decisis</i> : considerações iniciais.....	48
2.2 Vinculação ao precedente nos sistemas jurídicos do <i>common law</i>	50
2.3 O sistema jurídico brasileiro aderente às exigências do constitucionalismo.....	56
2.4 Instituto da <i>ratio decidendi</i> : localização e quórum deliberativo à vinculação do precedente	61
2.5 Instituto da <i>ratio decidendi</i> : elementos constitutivos essenciais ao funcionamento do <i>stare decisis</i>	65
2.6 <i>Obiter dictum</i> e a sua eficácia persuasiva	72
CAPÍTULO 3 - O CASO DA TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA – JULGAMENTOS DA ADC N. 16 E DO RE N. 760.931 PELO STF.....	76
3.1 Considerações iniciais.....	76
3.2 Pesquisa analítica de conteúdo qualitativa dos votos dos ministros do STF no julgamento da ADC n. 16-DF e do RE n. 760.931-DF	78
3.3 Retrospectiva histórica acerca da ADC n. 16-DF e do RE n. 760.931-DF	79
3.4 Investigação descritiva dos votos dos ministros do STF no julgamento da ADC n. 16-DF	85
3.5 Inferências acerca do julgamento da ADC n. 16-DF	88
3.6 Investigação descritiva dos votos dos ministros do STF no julgamento do RE n. 760.931-DF	94
3.7 Inferências acerca do julgamento do RE n. 760.931-DF.....	99

CAPÍTULO 4 - COMO O STF E O TST ENTENDEM OS PRECEDENTES FORMADOS NA ADC N. 16 E NO RE N. 760.931: UMA PESQUISA EMPÍRICA QUALITATIVA	108
4.1 Considerações iniciais	108
4.2 Investigação descritiva acerca da compreensão do TST sobre o acórdão da ADC n. 16-DF ...	109
4.3 Inferências acerca da compreensão do TST sobre a decisão da ADC n. 16-DF	112
4.4 Investigação descritiva acerca da compreensão do TST no tocante ao acórdão relativo ao RE n. 760.931-DF	113
4.5 Inferências acerca da compreensão do TST quanto à decisão do RE n. 760.931-DF no concernente ao ônus da prova.....	116
4.6 Descrição e análise de decisões do TST em juízo de retratação	119
4.7 Inferências sobre as decisões do TST em juízo de retratação	127
4.8 Descrição de decisões do STF em reclamações constitucionais após o julgamento do RE n. 760.931-DF	130
4.9 Inferências acerca das decisões do STF em reclamações constitucionais, após o julgamento do RE n. 760.931-DF	135
CONCLUSÃO	148
REFERÊNCIAS	155
LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA	163
ANEXO I.....	186
ANEXO II.....	190
ANEXO III.....	198
ANEXO IV.....	200
ANEXO V	202
ANEXO VI.....	235

INTRODUÇÃO

No atual contexto jurídico brasileiro, percebe-se certa abertura a uma cultura de precedentes judiciais. Já existe um arsenal de discussões doutrinárias em torno da formação e aplicação de precedentes, a predominar a linha de entender que o precedente resolverá todos os problemas judiciais, especialmente, quanto à quantidade de processos.

Tendo em conta esse aspecto, esta pesquisadora pensou em trilhar um caminho diferente, sem se desvencilhar desse tema tão instigante e valioso e em voga no Brasil. Então, buscou-se redirecionar o tema para a pesquisa empírica qualitativa e, com o olhar voltado para um caso concreto, averiguar se a doutrina do *stare decisis* foi absorvida pelo direito brasileiro e verificar a percepção das cortes sobre o precedente judicial – não de modo abstrato e teórico, mas de maneira prática.

Isso porque, em casos sensíveis, é possível saber se o Brasil realmente está levando a sério a obrigatoriedade de seguir precedentes. É fácil seguir o precedente quando o caso não gera divergências, não sendo necessário aos juízes lutar para fazer prevalecer seu próprio posicionamento. Mas quando se deparam com casos sensíveis, os rumos, por vezes, se distanciam do pretendido com a doutrina de precedente obrigatório, encampada por uma diversidade de escritores juristas, numa vastidão de livros.

Optou-se, assim, por pesquisar o caso da responsabilidade subsidiária do ente público em relação de terceirização trabalhista. Um caso sensível à sociedade e à cadeia econômica, cuja escolha se justifica pela relevância do tema que mobilizou a sociedade brasileira e a própria comunidade justrabalhista, trazendo tensão e expectativas, acompanhadas de boas justificativas das partes envolvidas.

No fenômeno da terceirização, existe a insatisfação por parte da Administração Pública (contratante), pois sempre se sentiu atingida em seu patrimônio financeiro, ao servir de “banco de custeio” gratuito aos terceirizados. Bastava a empresa contratada não pagar as verbas trabalhistas que a contratante era condenada a responder em seu lugar.

Por outra banda, os direitos trabalhistas são de natureza alimentar, pertencentes a trabalhadores que se enquadram numa posição desprestigiada na pirâmide social. Muitas vezes, não possuem outra fonte de renda, ficando na total dependência contraprestativa, sem saber se os serviços prestados serão correspondidos ou frustrados. Isso porque é frequente o desaparecimento de empresas (contratadas) do mercado de trabalho ou mesmo porque rotineiramente não cumprem com as obrigações laborais junto aos empregados terceirizados.

Nesse passo, o presente estudo tem como objetivo maior trazer à tona a elucidação quanto aos contornos metodológicos a circunscreverem a *ratio decidendi*, a fim de alcançar a sua adequada formação e demonstrar como, na prática judiciária, vem sendo a sua operacionalização. Tem o intuito, pois, de discernir os fatores que impedem obter-se a segurança jurídica, igualdade perante as decisões e a unidade do direito. Com isso, incrementar melhorias diante da tensão existente entre a formação e aplicação do precedente judicial.

Partindo da premissa de que a história sinaliza a caminhada de mudanças em torno do sistema jurídico predominante em determinado país,¹ é de se notar que, a despeito de o *stare decisis* ter sido concebido com vigor nos países de *common law* – como a Inglaterra, Estados Unidos e Canadá –, os países filiados ao *civil law* não deixaram de perceber essa doutrina. Considerando os seus próprios delineamentos sistemáticos, os tribunais constitucionais ou de última instância dos países da Europa Continental e alguns latino-americanos – por exemplo, a Alemanha e o Brasil –, perfilham, a partir de suas próprias particularidades, a ideia de respeito aos precedentes ao exercerem o controle jurisdicional de constitucionalidade de leis e atos normativos.

O Brasil encampou os modelos de controle jurisdicional de constitucionalidade difuso, exercido de modo incidental, e abstrato, pela via principal. Influenciado pelos Estados Unidos, veio a adotar, a partir da Constituição de 1891, o sistema concreto de *judicial review* – consistente em deferir aos juízes e tribunais, numa situação concreta, realizar a fiscalização da lei (em sentido lato). Esse sistema foi introduzido na Constituição de 1934, em que possibilitou a suspensão pelo Senado Federal da execução das leis ou de atos declarados inconstitucionais, com o intuito de conferir força vinculante às decisões judiciais da forma como ocorria com o sistema norte-americano – Rui Barbosa foi precursor da implantação desse sistema no nosso país.²

Outrossim, com inspiração nas ideias de Kelsen e com amparo na Constituição Austríaca de 1920, o Brasil, mediante a Emenda Constitucional n. 16/1965, introduziu, no ordenamento jurídico brasileiro, a fiscalização abstrata da constitucionalidade, mediante a

¹ É certo que a evolução histórico-social, tanto nos países de *common law* como nos de *civil law*, indica que, com o tempo, os métodos de atuação judicial, de edição de leis e os procedimentos judiciais se modificaram. Já há notícia, por exemplo, de que, no direito britânico, existe uma gama de leis detalhadas regulando serviços públicos, como água, gás, luz e telecomunicações (SILVA, 2005, p. 168). Daí a fala de MacCormick (2005, p. 144) no sentido de não ser possível afirmar a existência de um sistema puro de direito jurisprudencial. Igualmente, os países de sistema continental, como o Brasil, já assimilaram a função criativa do juiz para densificar os textos legais de conteúdo aberto.

² “Reincido, e reincidirei, quantas vezes haja de oppor-me, em juízo, à aplicação de actos inconstitucionaes; porque o regimen americano não converteu a justiça em segunda instancia do poder legislativo: consagrou apenas a doutrina da precedente da lei soberana à lei subalterna, uma vez averiguada pelo juiz a divergência entre as duas: *iter discordantia concilia praeponitur sententia e jus quod est majoris autorictas*” (BARBOSA, 1932, p. 268).

representação de inconstitucionalidade de atos normativos federais e estaduais. Conserva-se sob o poder do Tribunal Constitucional – concentra-se nele – a fiscalização da norma pela via principal, também com a mesma finalidade de imprimir força normativa obrigatória às decisões judiciais.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal (STF) guarda especial importância entre nós. Isso porque se encontra numa posição de destaque na ordem jurídica brasileira a atuar como órgão de revisão de última instância de questões constitucionais, oriundas de casos concretos (controle concreto), e de definidor, em controle abstrato, da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de leis e atos normativos.

Estando no vértice da pirâmide orgânica jurisdicional, a Suprema Corte brasileira guarda também a função de orientar os demais órgãos jurisdicionais e a própria sociedade e de definir o sentido do direito mediante precedentes adequadamente justificados. Por isso, o STF assume tamanha responsabilidade no que toca à segurança, estabilidade e unidade do direito, de modo a contribuir à previsibilidade e confiança do jurisdicionado.

Note-se, por outra banda, que essa responsabilidade leva a sociedade a realizar o controle sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal, por meio de sua participação democrática, emitindo criticamente sua própria opinião. Assim, é possível garantir, como alerta TARUFFO (2006, p. 355-356), o controle democrático sobre a administração da justiça.

É na dimensão do sistema de controle de constitucionalidade exercido pela nossa Corte Suprema que o presente trabalho se centrará e, muito em particular, nos efeitos das decisões na ação direta de constitucionalidade e no recurso extraordinário.

A ação direta de constitucionalidade (art. 102, I, “a”, da Constituição) – via utilizada no controle abstrato – tem o propósito de dar oportunidade ao STF para legitimar a lei criada pelo parlamento, ou seja, afirmar a sua constitucionalidade (ou infirmá-la, se for o caso) e, assim, imprimir certeza quanto a essa condição. A definição da (in)constitucionalidade da norma pelo STF, com efeitos *erga omnes* e vinculante (art. 102, § 2º, da Constituição), tem importância na medida em que visa transmitir coerência e estabilidade do direito e confiança na ordem jurídica, além de otimizar o desenvolvimento das relações jurídicas.

Por sua vez, o recurso extraordinário, previsto no art. 102, III, da Constituição, é a via utilizada de modo incidental em processo destinado a dirimir relação conflituosa *in concreto*. O seu uso se perfaz em caso de não haver mais recurso a impugnar decisão perante o tribunal, como prescreve a Súmula n. 281 do STF. Além disso, não cabe discutir matéria fático-probatória, apenas se discute se a aplicação do direito está em conformidade com os fatos (Súmula n. 279 do STF).

Para o conhecimento do recurso extraordinário, é necessário que a questão constitucional decidida tenha sido prequestionada, ou seja, tenha sido expressamente abordada na decisão recorrida, não sendo suficiente a indicação da norma violada que, inclusive, pode ser até dispensada.³ Ademais, a Emenda Constitucional n. 45/2004 adicionou ao texto constitucional (art. 102, § 3º) mais um requisito de admissibilidade, qual seja: a repercussão geral, a servir de filtro recursal, em que se atribui ao STF o poder de selecionar casos para julgar.

No tocante aos efeitos a serem produzidos em sede de recurso extraordinário, perceber-se-á, durante o labor da pesquisa, que, em razão da posição privilegiada do STF no sistema brasileiro de distribuição de justiça, com sua função de garantidor da Constituição Federal e orientador de toda jurisdição, a eficácia tende a ser a mesma da produzida na ação declaratória de constitucionalidade: uma eficácia obrigatória e transcendente a obrigar a própria Corte Suprema e os demais tribunais.

Dáí decorre a dimensão do precedente e a importância da sua adequada formação. Ao pensar no precedente, surgem algumas indagações. O que realmente vincula numa decisão? Como uma decisão judicial pode transmutar em precedente a fim de vincular casos semelhantes que porventura surjam com a ideia de universalidade? Basta firmar uma tese jurídica para ter a decisão como universal? O que é preciso fazer para a decisão assumir a qualidade de precedente? Como é a prática do STF quanto à formação da *ratio decidendi* a orientar outros juízos e tribunais? Qual a leitura que o Tribunal Superior do Trabalho (TST) – também objeto de estudo da presente pesquisa – faz sobre a decisão advinda da Suprema Corte? E, nessa mesma sequência de investigação, qual a leitura que o STF faz, após proferida sua própria decisão, à luz do que o TST vem decidindo?

A pesquisa é fruto dessas indagações, que, por conseguinte, geraram a pretensão – obviamente, não exauriente – de desvelar o instituto da *ratio decidendi*:⁴ o seu sentido, a sua importância, os seus elementos constitutivos e a compreensão que se tem sobre ela pela jurisdição constitucional. Esse trabalho será desenvolvido, não apenas mediante abordagem teórico-doutrinária, mas, acima de tudo, a partir da sua conjugação com a prática operacional

³ “I. Recurso extraordinário. Prequestionamento: irrelevância da ausência de menção dos dispositivos constitucionais atinentes aos temas versados. 1. O prequestionamento para o recurso extraordinário não reclama que o preceito constitucional invocado pelo recorrente tenha sido explicitamente referido pelo acórdão, mas, sim, que este tenha versado inequivocamente a matéria objeto da norma que nele se contenha” (STF, Pleno, RE 141.788/CE, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 18.6.1993). No mesmo sentido: STF, Pleno, RE 128.519/DF, rel. Min. Marco Aurélio, DJU 8.3.1991; STF, 2ª T., AgIn-AgRg 254.903/MG, rel. Min. Celso de Mello, DJU 9.3.2001.

⁴ A expressão não é uniforme, tanto na semântica como no vocábulo em si. Na Inglaterra, o seu uso é mais comum. Nos Estados Unidos, utiliza-se o vocábulo “*holding*”. Neste estudo, trataremos como *ratio decidendi* e aprofundaremos oportunamente o seu sentido.

para uma melhor visualização dos aspectos a distinguirem a teoria da situação *in concreto*. Com isso, serão traçados caminhos de elucidação à busca de melhorias e otimização para a prática judiciária, a fim de possibilitar o alcance – pelo menos, aproximar-se – da segurança jurídica, igualdade e unidade do direito.

Assim, estudar-se-ão duas emblemáticas decisões (ADC n. 16-DF e RE n. 760.931-DF), sendo que a última acabou por englobar a primeira – uma espécie de decisão substituta da primeira –, cujo tema central é a responsabilidade subsidiária do ente público em relação de terceirização trabalhista.

Oportunamente, será realizado um exame percuciente das referidas decisões, cujo recorte envolve a investigação metodológica da *ratio decidendi* – uma abordagem teórica à luz do aspecto fático-concreto, sem, contudo, fazer percurso investigativo da teoria hermenêutico-argumentativa, embora em alguns momentos ela possa se fazer presente.

Desse modo, o estudo terá essencialmente um exame empírico-analítico⁵ de conteúdo das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal quando dos julgamentos da ADC n. 16-DF e do RE n. 760.931-DF. Vale dizer: procura-se investigar como, na prática judiciária, está sendo formada e compreendida a *ratio decidendi* – se é que ela está sendo formada – e tecer uma análise sobre a tensão existente entre a sua formação e a sua aplicação.

Em sequência, averiguar-se-á a compreensão do Tribunal Superior do Trabalho sobre as decisões formadas pela Corte Suprema. Há duas razões para isso: primeiro, a matéria questionada que levou à produção das referidas decisões é oriunda da Corte Trabalhista; segundo, o STF, por ser uma corte guardiã e intérprete final da Constituição Federal, é dotado da função precípua de orientar toda a jurisdição brasileira.

Disso decorre a importância de verificar a visão do TST, principalmente porque se trata de corte colegiada, integrada por magistrados que naturalmente podem adotar uma linha de pensar diferente, de modo a impossibilitar, com as decisões díspares, o atingimento da segurança jurídica e da estabilidade do direito. Essa particularidade também será objeto de análise para se ter uma dimensão aprofundada das consequências negativas que a Corte Suprema pode gerar quando não elabora, de modo compreensivo e adequado, a sua decisão.

Diante dos objetivos ora traçados, optou-se por construir cinco capítulos para o presente trabalho. No primeiro capítulo, serão abordadas as bases históricas do surgimento do precedente judicial, o seu tratamento no contexto brasileiro até os dias atuais e a questão da racionalidade em casos simples e complexos.

⁵ Saliente-se que o exame sobre a decisão – incluindo os votos – não significa afrontar de modo pessoal os ministros ou o tribunal, mas uma forma de auxiliar a perceber o que pode ser mudado para a melhoria da jurisdição.

No segundo capítulo, abordar-se-á a contribuição do *common law* no tocante à doutrina do *stare decisis*, do constitucionalismo ao sistema jurídico brasileiro e dos institutos da *ratio decidendi* e da *obiter dictum*.

No terceiro capítulo, a pesquisa terá um enfoque empírico-analítico de conteúdo dos votos proferidos pelos ministros do STF nos julgamentos da ADC n. 16-DF e do RE n. 760.931-DF. Será apresentado relatório descritivo com a delimitação dos principais aspectos problemáticos discutidos nos julgados. Após cada relatório, far-se-ão inferências quanto à prática jurisdicional realizada pela Corte Suprema, compreendendo, numa perspectiva crítica, o exame sobre a linha argumentativa dos ministros. O objetivo é averiguar se há ou não pontos de convergência entre o que efetivamente se realiza e o que a doutrina do *stare decisis* prega.

Por último, no quarto capítulo, a pesquisa empírica qualitativa, com viés na *técnica de levantamento*, abarcará análise de conteúdo dos julgados das Turmas do TST relacionadas às decisões sobre a ADC n. 16 e o RE n. 760.931, incluindo aquelas decorrentes de juízo de retratação. O objetivo é investigar a compreensão do TST sobre os referidos julgados emanados da Corte Suprema e buscar saber se existe ou não recalcitrância e problemas cognitivos referentes à prova em si e/ou à distribuição do ônus da prova. Essas situações são importantes para saber o nível de aceitação acerca da ideia de seguir o precedente – no viés operacionalizado pelo STF.

Igualmente, averiguar-se-ão decisões proferidas em reclamações constitucionais, derivadas da Justiça do Trabalho, as quais foram proferidas após o julgamento do RE n. 760.931, com o fito de saber se o STF continua alinhado com o referido julgado e com as argumentações lá externadas. Nesse sentido, será possível verificar se a Corte Suprema se apresenta recalcitrante, já que ela se compõe de duas turmas, integradas por ministros que opinaram, quando daquele julgamento, de modo contrário ao resultado final. Ato contínuo, averiguar-se-á se foi realizada alguma estratégia que se desvia do sistema processual constitucional – em fase de reclamação – para tentar resolver questão meritória não assentada quando da análise da aludida decisão. E daí se formular a seguinte indagação: o modelo operacionalizado pela Corte Suprema funciona ou não?

A partir desse trabalho empírico, em que se testa a dogmática desenvolvida nos capítulos iniciais, verificar-se-á se as decisões do STF guardam o mínimo de racionalidade para poder transmutar-se em precedentes. É inútil falar em vinculação do precedente – de modo horizontal e vertical – se a decisão não é bem formulada a partir de um modelo operacional de decidir coerente e que preze pela racionalidade interna.

Por isso, antes de vincular, é preciso pensar na coerência e na integridade intradecisão. Isso porque o modo como a decisão é construída é que definirá se ela trará segurança jurídica, estabilidade e unidade ao sistema jurídico. A vinculação é apenas o último passo – não menos importante – para fechar o ciclo decisório. Se não percorrer os passos preliminares para construir uma decisão racional, descritiva e prescritiva em sua natureza, ainda que vinculativa, certamente ocorrerá o desmonte do sistema, já que a justiça formal – a atrair o postulado da igualdade – não se efetivará em sua plenitude.

Nesse contexto, a presente investigação sobre as decisões proferidas pelo STF, no caso da responsabilidade do ente público em relação de terceirização, resultou em algumas constatações: 1) o STF tem o seu próprio modelo de decidir sem sintonia com o modelo de precedente obrigatório desenvolvido pelo *common law*; 2) as decisões não foram construídas com um mínimo de racionalidade – considerando o processo argumentativo, debate efetivo, questões processuais fundamentais não observadas; 3) existência de tensão entre o TST e o STF quanto à compreensão dos julgados – divergência horizontal e vertical.

CAPÍTULO 1 - ESTÍMULO À CULTURA DE PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS NA CONTEMPORANEIDADE JURÍDICA BRASILEIRA

(...) a compreensão e a existência do direito passam pela norma, pelo intérprete e pela prática social em que se desenvolve, talvez seja possível enriquecer o entendimento sobre a função do direito e da lei, bem como dos órgãos incumbidos de dar-lhes tratamento, no funcionamento regular do Estado Democrático de Direito, cuja legitimidade para o exercício do poder governamental exige a lei (a evidenciar a separação entre as instâncias política e jurídica), mas não se encerra nela.

Fábio Lima Quintas, 2014.

1.1 Compreensão das bases históricas do surgimento do precedente vinculante: algumas linhas iniciais

A história das experiências jurídicas iniciais na Europa demonstra existir um tronco comum: a organização de estruturas locais mediante normas costumeiras – o direito costumeiro construído a partir dos assentamentos e das necessidades locais. Igualmente, quanto às ilhas britânicas⁶ e à península ibérica,⁷ constata-se identidade na influência do antigo direito canônico oriundo de Roma nessas regiões.⁸

Bem assim, é possível afirmar que a decisão judicial e a ideia de sua vinculação como precedente tiveram espaço para circulação nessas regiões. Não obstante a construção e a estruturação metodológica que o particularizam num universo próprio de cada região, é fato histórico que o precedente teve passagem na Inglaterra (DAVI, 2014, p. 357-364) e na península ibérica.⁹

É possível sustentar essas assertivas com as palavras de Lobingier (1946, p. 955-956) no sentido de que é um equívoco pensar que o *stare decisis* é peculiar ao sistema anglicano. Muito ao contrário, o “princípio é inerente a todo sistema legal”, ao menos “em seu estágio

⁶ Quanto à Inglaterra, ver a história do direito costumeiro – documentado em “The Anglo-Saxon Doms (anos 560-975 d.C.)” – e a influência romano-cristã (séculos V-X) até a introdução do direito comum direcionado a todo o povo inglês, substituindo os costumes locais, mediante a conquista realizada por Guilherme da Normandia em 1066. MEDIEVAL SOURCEBOOK. *The anglo-saxon Doms*. Disponível em: <https://sourcebooks.fordham.edu/source/560-975doms.asp#Laws%20of%20King%20Edgar>. Acesso em: 21 jun. 2020); DAVID, 2014, p. 356-357 e 359; YORKE, 1990; ALBUQUERQUE, 2017, p. 3-21; ALBUQUERQUE, 2014, p. 1-13.

⁷ Em relação a Portugal e Espanha, ver como sucedeu o direito costumeiro em: CRUZ E TUCCI, 2004, p. 120.

⁸ Com mais aprofundamento: LOPES, 2011, p. 68-77.

⁹ Na era medieval, em Portugal e Espanha, o precedente era denominado, respectivamente, como *façanha* e *facienda* ou *fazaña* – com origem na palavra *hazaña*, cujo significado é memorável e, portanto, com valor de precedente (CRUZ E TUCCI, 2004, p. 120-121).

primitivo, pois a forma mais antiga da lei é costume, e o 'núcleo do costume' é precedente, não necessariamente judicial, mas algo tão autoritário quanto".¹⁰

Porém, extrai-se, da literatura histórico-jurídica, que o estabelecimento do Direito inglês (*common law*) vem caracterizado por uma forma indutiva de tratamento do caso jurídico (*case to case*). Além disso, há o cuidado de observar as decisões proferidas anteriormente relacionadas a casos essencialmente idênticos; ainda que de forma ilustrativa, essa cultura de conferir atenção às decisões anteriores vinha arraigada nas origens do *common law*.

A preocupação do jurista inglês era com os aspectos processuais – *remedies preced law*. Sua atenção maior estava voltada para os fatos e as provas do caso concreto. Não havia – pelo menos até o século XIX – interesse pelo direito material e pelo alcance da justiça na resolução do conflito.¹¹ O juiz inglês não passava por uma formação acadêmico-universitária, ele era um prático do Direito, que se baseava na experiência de cada caso que se lhe apresentava para exame.¹² As regras e os princípios iam sendo formulados na prática cotidiana de julgamento (*case-law*).¹³

Conforme Marinoni (2016, p. 24-25), no início de sua formação, o *common law* envolvia costumes gerais (costumes estabelecidos e regras máximas estabelecidas), costumes particulares de algumas partes do reino, bem como os observados apenas em algumas cortes e jurisdições. Esses costumes eram observados entre os *englishmen*, e o juiz os declarava em suas decisões – daí porque se afirma que a decisão judicial tinha natureza declaratória.¹⁴

¹⁰ Tradução livre. No idioma original: "The prevailing notion that stare decisis is peculiar to the Anglican Legal System is quite provincial and far from correct. On the contrary, the principle is inherent in every legal system, at least in its primitive stage; for the earliest form of law is custom, and the 'core of custom' is precedent, not necessarily judicial, but something quite as authoritative".

¹¹ As crônicas judiciárias (*Year Books*) informam sobre o direito inglês de 1290 a 1536, voltado especificamente ao processo, omitindo, em grande parte, a solução meritória do litígio. Hoje, as decisões judiciárias estão compiladas na coleção *English Reports* que substitui as antigas crônicas judiciárias (DAVID, 2014, p. 365 e 376).

¹² O curso de direito foi instituído em Oxford em 1758 e, em Cambridge, por volta do ano de 1800. Os juristas ingleses foram tradicionalmente formados pela prática e sua atenção era voltada para as questões de processo e prova, "só lentamente se volta para as regras do direito substantivo" (DAVID, 2014, p. 369-370, 385-387 e 404-406).

¹³ No século XIII, BRACON (1922, p. 38), já afirmava sobre o procedimento do juiz medieval com atenção aos casos similares julgados: "Se emergir algo novo e incomum, e não ter sido um costume do reino, mas se casos similares ocorressem, o juiz deve julgar da mesma forma, é uma boa oportunidade para proceder a partir de um caso similar a outro similar. Mas se não houver precedente ou se o caso for de difícil julgamento ou contenha obscuridade, o caso deverá ser levado para julgamento perante a Magna Curia". Tradução livre. No idioma original: "Si autem aliqua nova et inconsueta emergerint et quae prius usitata non fuerint in regno, si tamen similia evenerint per simile iudicentur, cum bona sit occasio a similibus procedere ad similia. Si autem talia prius numquam evenerint, et obscurum et difficile sit eorum iudicium, tunc ponantur iudicia usque ad magnam curiam ut ibi per consilium curiae terminentur".

¹⁴ Essa natureza declaratória se fazia presente também "quando a decisão se baseava em anterior precedente judicial. Se os precedentes se destinam a desenvolver o *common law*, decisões iguais sobre um ponto de direito significariam, igualmente, *common law*. Para a teoria em análise, o juiz estava limitado a declarar o direito fixado nos precedentes. A sua autoridade não lhe dava poder para criar um novo direito, mas apenas para manter e declarar um direito já conhecido" (MARINONI, 2016, p. 24-25).

Outrossim, o professor britânico de História do Direito inglês, da Universidade de Londres, Plucknett (1948, p. 324), assevera:

Originalmente, o *common law* significou apenas o costume dos tribunais reais, a regular rotina desenvolvida na administração da justiça, a qual ficou conhecida e se estabeleceu e, portanto, serviu de base para que as pessoas pudessem prever com alguma certeza as decisões futuras dos tribunais. O crescimento de tal costume depende, em certa medida, do hábito de seguir precedentes, embora seja mais do que provável que esse desenvolvimento tenha ocorrido inconscientemente. Desde os primeiros tempos, portanto, os tribunais reais sempre tiveram algum tipo de consideração por decisões anteriores, embora a princípio, sem dúvida, isso fosse baseado no desejo de prevenir problemas. Não havia necessidade de considerar uma questão de novo se tivesse sido decidido recentemente. (...) Isso não significa que houvesse algo no século XII que se assemelhasse ao princípio moderno de precedente (*stare decisis*); havia apenas uma tendência para estabelecer um procedimento, e talvez adotar alguns princípios substantivos que, juntos, constituíam o costume do tribunal.¹⁵

Nesse sentido, pode-se afirmar que Roma não conseguiu dominar, em termos jurídicos, a Inglaterra, embora haja notícia da influência cristanizadora vinda de lá pelo Papa Gregório. Isso ocorreu entre os anos 871-899 d.C., quando o monge inglês Bede¹⁶ ficou responsável por repassar os ensinamentos eclesiásticos ao povo anglo-saxão, desenvolvendo coerência grupal, com balizas à unidade espiritual e político-social. Conseguiu, assim, alcançar, no período inicial anglo-saxão, a unidade e a identidade do povo inglês. De fato, o Direito inglês é *sui generis* e, ao mesmo tempo, autóctone – fundado na prática experimental diária.

Já na península ibérica,¹⁷ cravou-se a concepção intelectualizada do Direito advinda de Roma. Apreciava-se o caso em litígio por meio do método dedutivo e do raciocínio lógico. O trato das questões jurídicas se voltava para a introdução de direitos e deveres, mediante tipificação e de maneira geral e abstrata, em leis e códigos. O jurista não levava em consideração

¹⁵ Tradução livre. No idioma original: “The common law in its ultimate origin was merely the custom of the King’s courts; the regular routine which they developed in the administration of justice became settled and known, and therefore served as the basis upon which people could forecast with some certainty the future decisions of the courts. The growth of such a custom depends to some extent upon the habit of following precedents, although it is more than likely that this development took place quite unconsciously. From earliest times, therefore, the royal courts have always had some sort of regard for previous decisions, although at first, no doubt, this was based upon a desire to save trouble. There was no need to consider a question again if it had recently been decided; and the whole principle underlying the Court of Common Pleas, which, as we have seen, was a court of limited and delegated jurisdiction, must have encouraged it to develop a routine in handling its business. This does not mean that there was anything in the twelfth century even faintly resembling the modern principle of precedent; there was merely a tendency to establish a procedure, and perhaps to adopt a few substantive principles which, taken together, constituted the custom of the court”.

¹⁶ Com Bede, construiu-se a unidade e a identidade do povo inglês, quando intitula os anglos e saxões como *gens anglorum – English people* (povo inglês). Ver YORKE, 1990, p. 22; YORKE, 2008, p. 15-30; BEDE, 731 d.C.; ALBUQUERQUE, 2012, p. 38-51.

¹⁷ É formada por Gibraltar, Portugal, Espanha, Andorra e uma pequena fração do território da França nas vertentes ocidentais e norte dos Pirenéus, até ao local onde o istmo está situado. Disponível: https://pt.wikipedia.org/wiki/Pen%C3%ADnsula_Ib%C3%A9rica. Acesso em: 21 jun. 2020.

os elementos factuais a pormenorizarem os casos julgados. Limitava-se “a subsumir o caso concreto no caso-tipo: apenas se a situação concreta não se encaixava entre aquelas já tipificadas é que o jurista deveria individuar um caso novo, por meio de um procedimento assemelhado ao de qualquer intérprete que deva colmatar a lacuna da lei” (CRUZ E TUCCI, 2004, p. 184). Assim, acabou por predominar, nas regiões da península ibérica, a tradição *civil law* ou direito romano-continental.

De forma sintética, extrai-se da pesquisa histórica de Vacca (2007, p. 1) sobre a tradição romana do direito jurisprudencial que, embora o método jurisprudencial se voltasse para a solução de casos em busca das *rationes decidendi* utilizadas para decisões concretas, não se conhece “a atividade prática dos juristas, exceto os seus trabalhos científicos”. Mesmo na literatura problemática, em que se percebe o tratamento de casos reais, “a exposição é quase sempre reduzida para fins de transmissão, em forma literária, da *ratio decidendi* utilizada para solução de um caso único ou de vários casos semelhantes”. Para esses casos, o jurista se limita a citar soluções anteriores, concordar ou não, muitas vezes sem oferecer razões adicionais.¹⁸ Isso, obviamente, leva a se distanciar das peculiaridades da tradição inglesa.

¹⁸ Essa forma de “conservação e transmissão dos resultados da atividade prática torna complexo reconstruir o procedimento heurístico e argumentativo em relação à solução do único caso concreto e, portanto, identificar o valor das *rationes decidendi* usadas anteriormente em casos semelhantes. Esse tipo de literatura indica o uso racional das soluções previamente identificadas – assim, por óbvio, é um método diferente daquele conservado e transmitido pelo *Case Law* anglo-saxônico” (VACCA, 2007, p. 2). Completo teor no idioma original: “E’ indubbio che nella rappresentazione del metodo giurisprudenziale romano, e nella successiva percezione dei suoi risultati ha avuto un peso determinante la circostanza che le soluzioni dei giuristi e le rationes decidendi utilizzate per le decisioni concrete sono state tramandate al mondo moderno con la mediazione di un doppio filtro. In primo luogo, noi non conosciamo l’attività pratica dei giuristi se non attraverso le loro opere scientifiche, e anche nella letteratura problematica in cui è più immediatamente percepibile il collegamento con la trattazione dei casi reali, l’esposizione è quasi sempre ridotta - ai fini della trasmissione in forma letteraria della ratio decidendi utilizzata per la soluzione di un singolo caso o di più casi simili - all’astrazione di una soluzione rappresentata per casi-tipo, rapportabile quindi alla decisione di tutti i casi con elementi qualificanti simili; l’argomentazione non si svolge, in genere, nel confronto esplicito fra i fatti caratterizzanti i precedenti casi simili e quelli caratterizzanti il casus specifico, ma mediante semplice citazione di soluzioni precedenti, rispetto alle quali spesso il giurista si limita ad esprimere il suo assenso o dissenso, talvolta senza motivare ulteriormente. Non vi è dubbio che questo tipo di conservazione e trasmissione dei risultati dell’attività pratica rispondente rende estremamente complesso ricostruire il procedimento euristico e argomentativo in relazione alla soluzione del singolo caso concreto, e quindi individuare il valore delle rationes decidendi precedentemente utilizzate nei casi simili in rapporto alla soluzione dei nuovi casi. Tuttavia, come vedremo, questo tipo di letteratura problematica indica chiaramente modalità di utilizzazione razionale delle soluzioni precedentemente individuate, che – pure ovviamente differenti dalle modalità di conservazione e trasmissione proprie del *Case Law* anglossassone, e quindi dai meccanismi di utilizzazione successiva delle sentenze proprie dello stesso – implicano la formazione di un diritto casistico nel senso di un diritto in cui la soluzione implica l’argomentazione ‘da caso a caso’. In secondo luogo, nella valutazione, soprattutto da parte di alcuni giuristi continentali, del diritto giurisprudenziale romano come diritto in cui, nonostante la costruzione argomentativa casistica, prevale una logica assiomatica tesa verso la formulazione di regole ‘prescrittive’ ordinate in un sistema unitario, ha indubbiamente avuto un peso determinante la Compilazione giustiniana, che, pur non riuscendo a trasformare le formulazioni delle soluzioni giurisprudenziali in norme generali, in quanto ciò avrebbe comportato l’alterazione radicale della struttura argomentativa delle opere utilizzate, ha consegnato alla scienza giuridica europea un’insieme di enunciazioni staccate dal loro contesto argomentativo originario e ricomposte in un corpus unitario. Le opere, che erano state composte dai giuristi per dar conto delle soluzioni scientificamente individuate in relazione agli elementi qualificanti dei casi sino a quel

Portanto, o direito jurisprudencial como uma lei em que, apesar da construção argumentativa dos casos, prevalece uma lógica axiomática voltada à formulação de regras prescritivas ordenadas em um sistema unitário. Ao fim e ao cabo, representou o que se tem até hoje em certos países de tradição *civil law*, um modelo de “sistema regulatório fechado e exaustivo modificável apenas pela intervenção normativa do imperador, o único legislador e intérprete” (VACCA, 2007, p. 2).

A tradição lusitana, igualmente, tem como ponto de partida o direito consuetudinário – os costumes locais predominavam sobre a lei – no período imperial de D. Afonso III. Mais tarde, ao mesmo tempo em que surgem as Ordenações (Afonsinas, Manuelinas e Filipinas), acompanhadas de um Direito mais geral que consuetudinário, forma-se “uma jurisprudência normativa advinda dos julgamentos do Tribunal da Côrte, que foi implantando o uso dos assentos no Direito Português” (AZEVEDO, 1968, p. 118).

O objetivo dos assentos era justamente tornar aquele Direito unificado. Havendo qualquer dúvida quanto à interpretação da ordenação, os desembargadores utilizavam os assentos para dirimi-la junto ao Regedor. Uma vez dirimida a dúvida, firmava-se por assento mediante a Lei da Boa Razão, dando-lhe força de lei; lembrando-se que, antes da introdução desta Lei, os assentos não possuíam caráter normativo (AZEVEDO, 1968, p. 119-120).

Entretanto, a norma do art. 2º do Código Civil de 1967 veio atribuir força obrigatória geral aos assentos, reconhecendo-lhes caráter prescritivo e imperativo, equiparando-os às fontes de direito. Isso provocou o questionamento quanto à sua validade constitucional, em face do art. 115º, n. 5, da Constituição portuguesa. Em 1993, o referido dispositivo legal foi declarado inconstitucional – tanto em controle concreto de constitucionalidade (Acórdão n. 810/1993), como em fiscalização abstrata (Acórdão n. 743/1996) –, na parte em que “atribui aos tribunais competência para fixar doutrina com força obrigatória geral” (Acórdão n. 743/1996, p. 1998).¹⁹

momento analizzati, e tuttavia aperte pur sempre alla novità di responsi che, in rapporto a situazioni ‘differenti’ da quelle già tipizzate, individuassero nuove soluzioni in coerenza della medesima ratio generale, vennero infatti utilizzate dai commissari giustiniani per rappresentare un sistema normativo chiuso ed esaustivo, modificabile solo dall’intervento normativo dell’imperatore, unico legislatore ed interprete” (VACCA, 2007, p. 1-2).

¹⁹ O assento “fixa uma das várias interpretações possíveis da lei (assentos interpretativos), como nos casos em que preenche uma lacuna do sistema e cria a norma correspondente, para depois fazer aplicação dela ao caso concreto (assentos integrativos). Por via do assento interpretativo a norma visada sofre ‘profunda recomposição: é uma nova norma, deste modo recomposta, que passa a existir no direito positivo’ (...) verificando-se como que uma fusão entre a norma interpretada e aquela que, a final, o assento acaba por modular e redefinir. O assento não opera em termos de traduzir uma reconstrução entre uma norma existente e a norma que nele se institui, representando antes uma norma inteiramente original, que preenche uma lacuna do sistema em conformidade com as regras gerais da integração da lei definidas no art. 10º do Código Civil. Deste modo, sendo função dos assentos interpretar ou integrar autenticamente as leis, a norma que lhes atribui força obrigatória geral não pode deixar de incorrer em colisão com o art. 115º, n. 5º, da Constituição” (Acórdão n. 743/1996, p. 1996).

1.2 O precedente obrigatório no contexto brasileiro: da sua oscilação à definitiva vinculação

Particularmente, o Brasil foi influenciado pelo *civil law* vindo de Portugal, que trouxe às terras brasileiras a concepção da lei como a principal fonte do direito. Porém, veio acompanhada dos assentos portugueses – enunciados judiciais contendo força normativa vinculativa, com o intuito de solver dúvidas interpretativas extraídas das normas, a fim de lhe conferir uniformidade. Essa circunstância leva a confirmar certa influência do instituto do precedente vinculativo no Brasil desde a origem da fase colonizadora portuguesa. Essa fase da história perdurou até a República (CRUZ E TUCCI, 2004, p. 128-147 e 233-234) e serviu como base aos prejudgados e súmulas.

Posteriormente, por influência dos Estados Unidos e da Áustria, o Brasil adota, respectivamente, o controle jurisdicional de constitucionalidade difuso (com a Carta Republicana de 1891), exercido de modo incidental, e o abstrato (com a Constituição de 1946), realizado pela via principal. Tanto um como o outro trazem a ideia de vincular decisões judiciais proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Têm a finalidade de exercer o controle nomofilático sobre a distribuição da justiça pelos órgãos jurisdicionais inferiores, conservando a autoridade e a uniformidade na interpretação e aplicação da Constituição Federal, e perduram até os nossos dias.

Não obstante, nota-se que o Brasil sempre esteve envolto por uma ambiência jurídica oscilante em termos de observância de certa interpretação decisória no sentido de evitar divergências interpretativas. Uma parte dos juristas e operadores da lei enlevava o precedente judicial (chamava-se prejudgado)²⁰ a subsidiar a interpretação da legislação, e a outra parte acreditava na liberdade decisória para não estagnar a evolução do próprio Direito.

Há notícia, em vários momentos da história brasileira, da intenção de introduzir técnicas processuais em que os tribunais pudessem assimilar a ideia de observância de decisões anteriores. E quando fossem contraditórias, que se firmasse, no âmbito das cortes, um entendimento comum vigorante, evitando divergência entre os julgados.

²⁰ O mecanismo do prejudgado foi editado pelo Decreto n. 16.273, de 20 de dezembro de 1923. Logo depois, foi extinto e restabelecido com o Decreto n. 19.408, de 18 de novembro de 1930. Ver com mais detalhes as “idas e vindas” do prejudgado em CRUZ E TUCCI, 2004, p. 237-240.

A Lei n. 319, de 25 de novembro de 1936, foi um exemplo. Ela tentou fazer vigorar no país essa ideia, mas sem sucesso. Outro exemplo foi o § 1º do art. 902 da Consolidação das Leis do Trabalho, que dispunha sobre a obrigatoriedade dos órgãos judiciários trabalhistas de respeitar o prejudgado.

O prejudgado trabalhista constituía regra decisória geral e abstrata sobre matéria controvertida a ser observada em casos futuros por toda jurisdição trabalhista subordinada ao Tribunal Superior do Trabalho. Porém, também não vingou. A Lei n. 7.033, de 5 de outubro de 1982, revogou o prejudgado trabalhista.

De fato, a nossa tradição histórica resistiu à introdução do sistema de precedentes na jurisdição brasileira. Só excepcionalmente, o Poder Judiciário, com expressa autorização constitucional, poderia criar regras genéricas e abstratas de aplicação *ad futurum*; porém a tese fixada previamente não teria potencial de ser aplicada em outro caso substancialmente semelhante àquele julgado anteriormente. Assim, já se pronunciava Barbosa Moreira (2002, p. 6): a tese jurídica fixada previamente “só predetermina a decisão que se profira *in specie*”, porém é desprovida de força “para evitar que, noutro caso, a idênticos esquemas de fato se venha a aplicar tese diversa”.

Como dito, o Brasil adotou os modelos de controle jurisdicional de constitucionalidade difuso, exercido de modo incidental, e concentrado (ou abstrato), pela via principal. Foi influenciado pelos Estados Unidos, vindo a adotar, a partir da Constituição de 1891, o controle concreto de *judicial review*, em que se defere aos juízes e tribunais, numa situação litigiosa, o controle da lei (*lato sensu*). Igualmente, teve influência da Áustria, com a Constituição Austríaca de 1920 e as ideias kelsenianas, vindo também a aderir à fiscalização abstrata, a qual foi introduzida no nosso sistema mediante a Emenda Constitucional n. 16/1965.

O controle incidental possui natureza concreta e lida com direitos subjetivos suscitados pelos litigantes em determinada demanda. Ao surgir, incidentalmente, alguma questão constitucional, esta acaba por configurar pressuposto decisório, ou seja, constitui premissa necessária à solução do caso concreto. No curso do processo, por exemplo, argui-se a inconstitucionalidade de lei e, por não ser possível adentrar no mérito sem antes apreciar a lei, o juiz deverá resolver primeiramente a questão constitucional – trata-se de prejudicial²¹ à resolução do litígio.

²¹ Advirta-se que, com o novo CPC/2015, a questão prejudicial deve compor a coisa julgada. É o que dispõe o item I, § 1º, do art. 503: “(...) O disposto no *caput* aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentalmente no processo, se: I - dessa resolução depender o julgamento do mérito (...)”. Vê-se que o dispositivo da decisão relacionada à questão prejudicial “não estará do ponto de vista formal, na parte final da sentença. Localizar-se-á, em regra, entremeadado na motivação do ato decisório. A coisa julgada material, em tal

Assim, os sujeitos processuais invocam leis ou atos normativos para dar voz aos seus respectivos posicionamentos, e a validade dessas normas dependerá de estarem ou não em conformidade com a Constituição Federal. Por isso, o resultado do litígio fica na dependência do reconhecimento da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma pelo juiz.

Em outras palavras, o reconhecimento da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma não é o objeto final do processo, mas o direito subjetivo questionado no pleito fica à espera de sua análise (*stand by*). Por fim, o controle incidental é desempenhado difusamente no exercício rotineiro da jurisdição por juízes e tribunais na apreciação dos casos concretos.²²

Já o controle concentrado, de regra, é feito de modo abstrato, sempre pela via principal. Não há um direito subjetivo a ser pleiteado, tampouco sujeitos processuais litigando por uma causa concreta – volta-se exclusivamente à análise da constitucionalidade da norma, que é premissa para a resolução do caso. Ele pressupõe exame da constitucionalidade da norma em abstrato e se concentra num “único órgão ou por um número limitado de órgãos criados especificamente para esse fim ou tendo nessa atividade a função principal” (BARROSO, 2012, p. 41). Normalmente a corte constitucional realiza essa tarefa de fiscalização abstrata da constitucionalidade. No Brasil, cumpre ao Supremo Tribunal Federal a tarefa de fiscalização da constitucionalidade da norma.²³

Partindo das premissas ora alinhadas, e para o propósito desta pesquisa, serão analisados estritamente os efeitos da sentença constitucional na ação direta de constitucionalidade e no recurso extraordinário. Nesse passo, segue-se à indagação de como funciona a vinculação decisória na jurisdição constitucional brasileira. Ela de fato existe? Como é realizada? Para o STF, o que vincula?

Essas indagações são importantes, pois, diante da existência de uma corte de vértice, a expressão da vontade do colegiado sobre o sentido do direito prevalecerá como norma-guia à sociedade. Isso quer dizer que, além da função de resolver conflitos (*resolution of disputes*) – levando em conta todo o processo evolutivo que se deu em torno da aplicação e interpretação da lei –,²⁴ os tribunais de vértice exercem outra função social de grande relevo: a de

hipótese, irá se estender não apenas ao dispositivo atinente à questão principal, mas, igualmente, àquele que resolveu, expressa e incidentalmente, a questão prejudicial” (CRUZ E TUCCI, 2016, v. 8, p. 193).

²² “Qualquer caso judicial pode obrigar o juiz de primeiro grau de jurisdição ou o tribunal, a partir de decisão da maioria absoluta dos membros do seu Plenário ou Órgão Especial, a deixar de aplicar determinada norma por considerá-la inconstitucional. Deixar de aplicar lei inconstitucional é inerente ao poder de decidir, ou seja, ao poder jurisdicional” (MARINONI, 2013, p. 895).

²³ Só excepcionalmente, o controle concentrado pode ter natureza concreta, como ocorre com o mandado de injunção, em que se leva à suprema corte uma questão de inconstitucionalidade por omissão (objeto da ação) a ser aferida tendo em conta a situação pessoal (concreta) do demandante (MARINONI, 2013, p. 858).

²⁴ Mitidiero (2016, p. 58-59) aborda a evolução da teoria interpretativa.

desenvolvimento do direito ou enriquecimento das normas jurídicas (*enrichment of the supply of legal rules*), com o fim de orientar os cidadãos para que estes possam se guiar com segurança e se planejar perante a vida em sociedade.

Nesse passo, a função de conferir unidade ao Direito,²⁵ própria de uma corte constitucional, tem relação intrínseca com a vinculação das decisões judiciais. É da própria natureza de uma corte, que se encontra no ápice da estrutura orgânica judiciária e que tem como competência a guarda da Constituição, a vinculação decisória. Por isso se diz que “a força normativa da Constituição a todos vincula e a todos submete”.²⁶ Não haveria, pois, a necessidade de normatizar a eficácia vinculante em texto de lei, já que uma corte constitucional pressupõe vinculatidade decisória – esta lhe é inerente,²⁷ por ser “uma decorrência absolutamente natural dos precedentes da Suprema Corte” (MARINONI, 2013, p. 830). Essa vinculatidade decisória tem a função de fazer consolidar a jurisdição constitucional, ou seja, a sua essência institucional. Sem essa vinculação, não há como atingir certa previsibilidade e estabilidade, ainda que temporária.²⁸

Mesmo possuindo uma corte nesses moldes, os nossos órgãos judiciários – e o próprio STF – por muito tempo deixaram de lado essa função nomofilática. No entanto, a busca por previsibilidade e estabilidade decisória por parte da comunidade jurídica se fez sempre presente ao longo dos anos.

Em 1993, o legislador constituinte resolveu instituir, mediante a Emenda Constitucional n. 3, a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (art. 102, I, da Constituição Federal), cujas decisões definitivas de mérito possuem eficácia contra todos (*erga omnes*) e efeito vinculante, em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração

²⁵ Silva (1999, p. 159-160) muito bem se pronunciou no sentido de que “a moderna função dos tribunais supremos há de ser a de um instrumento voltado para o futuro, que vise à unidade do Direito, não à uniformidade da jurisprudência dos respectivos tribunais”.

²⁶ “Juram cumprir e fazer cumprir a Constituição as autoridades do Poder Judiciário, do Poder Executivo e do Poder Legislativo, mas o dever de seguir fielmente os seus preceitos é também das pessoas e entidades privadas. Comete-se inconstitucionalidade não apenas editando normas incompatíveis com a Constituição, mas também por atos individuais ou por omissões a ela contrários” (ZAVASCKI, 2017, p. 19).

²⁷ No mesmo sentido, MENDES (1999, p. 9): “o efeito vinculante da decisão está intimamente vinculado à própria natureza da jurisdição constitucional em um dado Estado democrático e à função de guardião da Constituição desempenhada pelo Tribunal”. Em sentido contrário, LEAL (2006, p. 114): “O efeito vinculante, contudo, não constitui elemento imanente à ideia de Estado de Direito ou de determinado modelo de jurisdição constitucional. Ao contrário, configura instituto de natureza complementar, *estranho ao sistema*, que não se faz presente em vários ordenamentos que contemplam mecanismos de controle abstrato de constitucionalidade”.

²⁸ Uma vez alteradas as circunstâncias fáticas, o STF estará autorizado a mudar a sua compreensão constitucional sobre determinada matéria, ou seja, havendo alteração do sentido da norma declarada constitucional, é possível decretar a inconstitucionalidade do dispositivo questionado, mas sempre de modo fundamentado. Vale dizer: a força vinculante das sentenças constitucionais é imbuída da cláusula *rebus sic stantibus*, até que seus pressupostos fático-jurídicos sejam supervenientemente modificados. O sentido da estabilidade se rege nessa dimensão. Não se pode asserir que a imutabilidade do conteúdo da norma jurisdicional seja *ad aeternum*.

Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (art. 102, § 2º, da Constituição Federal).

Em 1999, o legislador ordinário estabeleceu, mediante a Lei n. 9.868, a eficácia contra todos e efeito vinculante na declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, incluindo a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, que alcança os órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal (Parágrafo único do art. 28).²⁹

Assim, os efeitos *erga omnes* e vinculante se encontram normatizados, embora se saiba que a sentença constitucional é dotada de força de lei. Vale dizer: é detentora de efeitos *erga omnes* (contra todos), irradiantes aos destinatários do *decisum* normativo, e também significa que “todos os juízes e tribunais, inclusive o STF, estão vinculados ao pronunciamento judicial”.³⁰ Isso implica dizer que não é possível o tribunal, em novo processo, proferir decisão dissonante da que foi proferida antes. Trata-se de regra geral relacionada aos efeitos da sentença em sentido amplo.³¹

Por isso, frise-se, não haveria necessidade de se explicitar o efeito vinculante por meio de texto legal, haja vista a concepção de que a sua existência é naturalmente advinda de uma sentença de corte de vértice. Não obstante tal doutrina, o fato é que o efeito vinculante foi normatizado com o intuito de trazer um *plus* quanto ao conceito de efeito geral, de modo a deixar evidente que

o efeito vinculante confere ao julgado uma força obrigatória qualificada em relação a supervenientes atos administrativos ou judiciais, com a consequência processual de assegurar, em caso de recalcitrância a utilização de um mecanismo executivo próprio – a reclamação – para impor o seu cumprimento (ZAVASCKI, 2017, p. 66).

²⁹ Essa disposição legal foi questionada na Reclamação n. 1.880 (AgRg e QO), cuja decisão foi no sentido de que todos os que fossem alcançados por decisões contrárias ao entendimento sedimentado pelo STF no julgamento meritório proferido em ação direta de inconstitucionalidade teriam legitimidade para propor reclamação e, assim, o Parágrafo único do art. 28 da Lei n. 9.868/1999 foi considerado constitucional (STF-Rcl. 1880 AgR/SP – São Paulo. AG. REG. Na RECLAMAÇÃO. Relator: Min. Maurício Corrêa. DJ 19/3/2004. Tribunal Pleno).

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC-1 - Distrito Federal**. Relator Min. Moreira Alves. DJ 1/12/1993. Tribunal Pleno. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=881>. Acesso em: 12 mar. 2020.

³¹ “A decisão do Supremo Tribunal Federal produz coisa julgada oponível *erga omnes*, estendendo seus efeitos para além das partes (no sentido formal) residentes na relação processual objetiva (...). Em face da coisa julgada (oponível *erga omnes*) que a ela adere, a decisão de rejeição ou de pronúncia da inconstitucionalidade deve ser respeitada pelo próprio Supremo Tribunal Federal e pelos demais órgãos integrantes do Judiciário” (CLÈVE, 2000, p. 240).

Ademais, quando se fala em ações no controle abstrato, há de se ter em conta a questão em torno do termo “*a quo*”, sendo importante distinguir a eficácia normativa da sentença relativa à declaração de nulidade ou validade da norma e o efeito vinculante da declaração judicial da sua validade ou nulidade (ZAVASCKI, 2017, p. 66).

Conforme Zavascki (2017, p. 67), a declaração de constitucionalidade detém efeito *ex tunc*, quando “se reconhece a validade da norma desde a sua edição”, bem assim acontece com a declaração de inconstitucionalidade. Já não se pode falar, contudo, que o efeito vinculante nessas ações ocorra desde a origem da norma. Isso porque o efeito vinculante está relacionado com os efeitos executórios da sentença (eficácia executiva) – decorre da própria sentença, ao contrário da eficácia normativa da declaração que deriva da validade ou invalidade da norma examinada. Embora o efeito vinculante seja *ex tunc*, o seu termo inicial se dá com a sentença que declarou a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade, e não com a vigência da norma, ou seja, a partir da data da publicação do acórdão do STF no Diário Oficial (art. 28 da Lei n. 9.868/1999) (ZAVASCKI, 2017, p. 67-68).

Com relação ao recurso extraordinário, foi instituído, mediante Emenda Constitucional n. 45/2004, o sistema de súmula vinculante. Essa emenda foi responsável por incluir, no texto constitucional, o art. 103-A, o qual prevê a possibilidade de o STF editar súmula com caráter obrigatório e vinculante direcionado a todas as instâncias do Poder Judiciário e para a integralidade dos órgãos da Administração Pública direta e indireta. Eis o que dispõe a aludida norma:

O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de **dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional**, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá **efeito vinculante** em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei (grifos nossos).

Extrai-se da norma que, somente após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, será possível aprovar súmula com efeito vinculante. Isso significa que a primeira decisão que se julga acerca de determinada questão constitucional não é hábil à aprovação de súmula vinculante e, por isso mesmo, não é possível vislumbrar-se a decisão como precedente obrigatório. Em outras palavras, uma decisão deliberada pelo Pleno do STF não vincula o próprio tribunal e os demais tribunais e juízes, isso só ocorrerá apenas quando for aprovada súmula vinculante.³²

³² Marinoni (2013, p. 934) sustenta que, muitas vezes, não é possível extrair a *ratio decidendi*, por ainda não estar clara e daí a razão da exigência de se considerar uma diversidade de decisões a fim de que se possa individualizá-

Entretanto, já se nota certa evolução na prática jurisdicional no sentido de adotar, de modo automático e incidentalmente, os efeitos *erga omnes* e vinculantes na declaração inconstitucional de lei, sem precisar da utilização do art. 97 da Constituição Federal, o qual dispõe sobre a necessidade de, em plenário, formar-se maioria absoluta para declarar inconstitucional lei ou ato normativo do Poder Público.

Isso ocorre porque a natureza do controle de constitucionalidade – tanto abstrato como difuso –, no concernente às suas finalidades e aos seus procedimentos, é a mesma, “não mais parece legitimar a distinção quanto aos efeitos das decisões proferidas no controle direto e no controle incidental” (MENDES, 2004, p. 164).

Essa circunstância se deu na decisão proferida pela 1ª Turma do STF no julgamento do RE n. 190.728:³³ por maioria de votos (vencido o Min. Celso de Mello), dispensou-se o encaminhamento da questão constitucional ao Plenário do Tribunal, “desde que o Supremo Tribunal já se tenha pronunciado sobre a inconstitucionalidade da lei questionada” (MENDES; BRANCO, 2018, p. 1.277).

Nesse processo evolutivo quanto aos efeitos no controle incidental, colhe-se também caso interessante em que o STF declarou a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 9.055/1995, o qual regravava a utilização e a comercialização da variedade crisotila do amianto. Esta lei permitia a produção de materiais contendo amianto, contrariando a disposição da Lei n. 3.579/2001, do Estado do Rio de Janeiro.

Então, o Plenário do STF abraçou o entendimento de valorização da vida, tendo em vista que, conforme consenso científico, o amianto é comprovadamente cancerígeno. Assim, ao mesmo tempo em que houve a declaração de constitucionalidade da Lei n. 3.579/2001, nas ADIs 3.406/RJ e 3.470/RJ, o STF declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 9.055/95, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.³⁴

la. “Foi para tais situações que o constituinte derivado estabeleceu, no art. 103-A da CF, o procedimento para a criação de súmula com efeito vinculante. Quando a *ratio decidendi* ressaí de forma cristalina da decisão, a súmula é absolutamente desnecessária. Mas, quando existem decisões de natureza complexa e obscura, deve-se editar súmula para restar precisada a *ratio decidendi*”.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 190.728**. Rel. Min. Ilmar Galvão. DJ de 30/5/1997. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1613511>. Acesso em: 28 set. 2019.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3470**. Rel. Min. Rosa Weber. DJE de 1/2/2019. p. 4. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339388378&ext=.pdf>. Acesso em: 28 set. 2019.

Percebe-se, portanto, a evolução do controle de constitucionalidade tendente

a equiparar, praticamente os efeitos das decisões proferidas nos processos de controle abstrato e concreto. A decisão do Supremo Tribunal Federal (...) antecipa o efeito vinculante de seus julgados em matéria de controle de constitucionalidade incidental, permitindo que o órgão fracionário se desvincule do dever de observância da decisão do Pleno ou do Órgão Especial do Tribunal a que se encontra vinculado (MENDES; BRANCO, 2018, p. 1.277).

Assim sendo, o Supremo Tribunal Federal demonstra avançar na doutrina vinculante, quando declara a lei ou o ato normativo inconstitucional (ou constitucional) de forma autônoma e *incidenter tantum*.

À luz dessas considerações relacionadas à eficácia *erga omnes* e ao efeito vinculante, retomam-se as indagações essenciais ao presente estudo. Em se tratando de jurisdição constitucional brasileira, a vinculação do precedente existe? Se sim, como se realiza? Para o STF, o que realmente vincula? Quais as implicações dessa vinculação?

Antes de responder a essas indagações, é preciso dizer que a sentença constitucional brasileira se estrutura com o *relatório* (descrição dos fatos) – normalmente, essa descrição é realizada no corpo do voto de cada ministro –, os *fundamentos* – também compondo o próprio voto – e o *dispositivo*, que é o resultado – encontra-se na ata final do julgamento.

A vinculação decisória pode alcançar a parte dispositiva ou transcendê-la, abarcando também os fundamentos essenciais da decisão (a *ratio decidendi*). Quais as implicações?

O alcance da vinculação no julgamento de uma corte de vértice leva a certas implicações relacionadas ao comportamento do Poder Legislativo e dos demais órgãos judiciários. Quando a vinculação ocorre apenas com relação ao dispositivo, não tem como pôr fim à recalitrância legislativa e judiciária, já que a decisão que declara inconstitucional a norma X não alcançará a lei Y que contém conteúdo idêntico àquele declarado inconstitucional. Esta será objeto de questionamento numa nova ação. Isso significa dizer que o Legislativo poderá deixar de aplicar o diploma legal considerado inconstitucional, bastando editar novo diploma que mantenha o *status* normativo viciado pela inconstitucionalidade até que haja nova arguição de inconstitucionalidade e, por consequência, novo julgamento. Isso porque o *dispositivo* está restrito ao julgamento da lei X.

Já a decisão cuja vinculação alcança os fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) que justificaram a inconstitucionalidade da lei X é hábil a invalidar a lei que contenha o mesmo teor da lei X. Vale dizer: os fundamentos determinantes da lei X alcançam as leis que contenham o mesmo teor considerado inconstitucional.³⁵

Da mesma forma, o Judiciário poderá proceder de modo recalcitrante à jurisdição constitucional, ao seguir a linha de alcance apenas do dispositivo. Isso implicará que órgãos judiciais sejam estimulados a manipular os julgados, acabando por desviar da orientação da corte constitucional.

Por outro lado, quando a vinculação tem alcance nos fundamentos determinantes, isso faz com que o Judiciário fique preso ao entendimento substancial da suprema corte, sem que haja a manipulação decisória nos casos com a mesma hipótese fático-jurídica.

Se, por exemplo, a lei X é declarada constitucional, e considerando que só vincula o resultado do *decisum* e não os fundamentos, será mais fácil afastar sua aplicação, bastando trazer novas razões que justifiquem essa não aplicabilidade, a despeito de se tratar de situação jurídica que levaria à sua incidência. O mesmo aconteceria em controle concreto de constitucionalidade, quando o caso *sub judice* fosse idêntico àquele já julgado. Se não houver vinculação aos fundamentos decisórios, é possível a ocorrência de maior manipulação do julgador para se afastar do precedente firmado.³⁶

Essa questão em torno dos efeitos vinculativos da decisão, a transcender a parte dispositiva alcançando os fundamentos determinantes, já foi objeto de discussão no STF, por ocasião do julgamento da Reclamação n. 1.987-0-DF,³⁷ cujo precedente foi considerado *leading*

³⁵ Se, por exemplo, a lei X é inconstitucional, porque rege matéria de competência da União, o mesmo fundamento servirá para invalidar as leis Y, W, Z editadas pelos Estados de Pernambuco, de Sergipe e Alagoas, cuja matéria seja de competência da União. Leal (2006, p. 102-111) realizou estudo de direito comparado para investigar a recalcitrância do Judiciário, do Legislativo e do Executivo quanto às decisões da jurisdição constitucional, citando, inclusive, exemplos concretos de ocorrências. Em sua pesquisa, verificou que esses entes buscam mecanismos e expedientes reativos para superar tais decisões.

³⁶ Cumpre lembrar o ocorrido no julgado da Recl. 1987-0-DF – que acabou sendo considerado *leading case* da tese de transcendência dos motivos determinantes. O TRT/10ªR determinou ordem de sequestro por falta de pagamento de precatório expedido contra Fundação Educacional do Distrito Federal, utilizando como fundamento a Emenda Constitucional n. 30, que deu nova redação ao art. 100 da Constituição e ao art. 78, § 4º, do ADCT, sem que esta norma tivesse alterado o entendimento já sedimentado de que só se autoriza o sequestro de verbas públicas destinadas a satisfazer verbas alimentares se houver preterição da ordem de precedência. Essa mesma situação jurídica já havia sido apreciada na Recl. 1.862, da relatoria do Ministro Maurício Corrêa, cujo entendimento se manteve. Vê-se, nesse caso, que o juízo a *quo* tentou driblar, por meio de justificação, a exegese já firmada.

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recl. 1987-0-DF**. Rel. Min. Maurício Corrêa. DJe de 1/10/2003. Tribunal Pleno. Tratava-se de questão envolvendo ausência de pagamento de créditos trabalhistas em que se observou a exegese constitucional propugnada na ADI-1.662-SP, cujo entendimento é de que “tratando-se de débitos trabalhistas, de evidente natureza alimentar, somente se admite saque forçado de verbas públicas na hipótese de comprovada preterição do direito de precedência. (...). Não há dúvida, portanto, de que o Tribunal, no julgamento de mérito da ADI-1.662-SP, decidiu que a superveniência da EC 30/00 não trouxe qualquer alteração à disciplina dos sequestros no âmbito trabalhistas (...). Se assim é, qualquer ato, administrativo ou judicial, que determine o

case do tema. Em sua decisão, o Ministro Maurício Côrrea entendeu se tratar de caso que justificaria transcender a parte dispositiva para alcançar os motivos determinantes “da decisão e dos princípios por ela consagrados”, já que os fundamentos “resultantes da interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades”, a contribuir para o “desenvolvimento da ordem constitucional”.³⁸

Porém, outros julgados mais recentes demonstram que a tese que vem prevalecendo é a que entende que a porção vinculante da decisão engloba a parte dispositiva do acórdão, sem alcançar os motivos determinantes.³⁹ Ver-se-á, por ocasião da pesquisa empírica, a investigação desta questão.

1.3 A cultura do precedente obrigatório

Nos dias atuais, o Brasil passa por um momento em que as demandas se inovam a cada dia, em razão das questões mais complexas que surgem. Muitas vezes, ganham uma dimensão política e moral de grande relevo, levando os tribunais à sobrecarga com recursos e outras medidas processuais, que, às vezes, sequer guardam pertinência com suas finalidades específicas;⁴⁰ porém, ainda assim, são recebidos pela Corte Suprema, que os flexibiliza de algum modo, mesmo havendo desvirtuamento finalístico. Isso também acaba sendo uma das razões para o não esvaziamento recursal.

Desde as mudanças paradigmáticas ocorridas – naturalmente de forma gradual – quanto às funções do Legislativo e do Judiciário, houve um aumento expressivo nas demandas judiciais. Isso porque o Legislativo, ao passar a editar normas de conteúdo aberto (cláusulas gerais), por não ser possível alcançar toda e qualquer situação jurídica – tendo em vista a complexidade das questões existenciais, o aumento da tecnologia, a globalização, entre outros

sequestro de verbas públicas, em desacordo com a única hipótese prevista no artigo 100 da Constituição, revela-se contrário ao julgado e desafia a autoridade da decisão de mérito tomada na ação direta em referência, sendo passível, pois, de ser impugnado pela via da reclamação” (p. 57-60).

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recl. 1987-0-DF**. Rel. Min. Maurício Côrrea. DJe de 1/10/2003. p. 52 da ementa. Os Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes e Cezar Peluso seguiram essa mesma linha de entendimento.

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recl. 37.683 Ag.REG-RS**. Rel. Min. Alexandre de Moraes. DJe de 9/3/2020; **Recl. 21.986**. Rel. Ministro Ricardo Lewandowski. 2ª Turma. DJe de 6/12/2016; **Recl. 4.454 AgR**. Rel. Ministro Roberto Barroso. 1ª Turma. DJe de 17/3/2015.

⁴⁰ Exemplo da reclamação constitucional no STF, a qual possui natureza de ação que visa preservar a competência de tribunal, garantir a autoridade de suas decisões e a eficácia dos precedentes das Cortes Supremas e da jurisprudência vinculante das Cortes de Justiça. Porém, percebe-se, com frequência, o uso da reclamação como recurso, e o STF tem flexibilizado no sentido de acolhê-la, adentrando na situação meritória que já havia sido resolvida anteriormente. Isso será visto neste estudo, com clareza, por ocasião da pesquisa empírica.

–, levou o Judiciário a assumir também nova função, a de intérprete-criador, a extrair o sentido e o alcance do texto legal ou constitucional a partir das peculiaridades factuais do caso.

Nesse contexto, o resultado foi que o juiz passou a ter maior liberdade decisória, seguindo a sua convicção e linha de pensar próprias. Nessa dinâmica, é possível que o juiz, ao interpretar o texto legal, extraia um sentido que pode ser diferente do de outro julgador – é da natureza do ser humano ter o seu próprio ponto de vista⁴¹ acerca de certa matéria e assim divergir dos demais juízes. Isso é virtuoso e compõe a essência da democracia!

É factível ter pluralidade de respostas ou justificativas para a mesma questão jurídica, mas não é possível encontrar segurança jurídica quando há impasse indefinidamente, sem se chegar, em consenso, a um termo. É importante, para a comunidade como um todo, o atingimento de uma solução comum, mesmo que a resposta não seja a melhor, mas que seja a mais adequada e racional naquele específico momento social.

Por um lado, ter um raciocínio próprio é positivo quando se pensa na construção do direito a agregar valor às questões jurídicas. Por outro lado, quando se pensa em casos cujo substrato fático essencial seja idêntico, a situação se torna delicada, porquanto as decisões apresentar-se-ão díspares. Isso ocasiona a situação calamitosa de insegurança jurídica, desigualdade e injustiça, já que os jurisdicionados não terão acesso a um julgamento equivalente a decisões de casos semelhantes. Sempre ficarão com aquela expectativa duvidosa, sem nunca saber como será o desfecho de um conflito a ser dirimido.

As consequências negativas já se mostram patentes, especialmente quando se percebe a falta de confiança da sociedade em relação ao Poder Judiciário e a perda de sua credibilidade, tornando-o enfraquecido e sem postura resolutória efetiva quanto à administração da justiça.

Naturalmente, isso desencadeia um processo de reflexão profundo não só no âmbito do Poder Judiciário, mas também na academia jurídica. Os pesquisadores jurídicos têm se debruçado para encontrar caminhos de solução, não apenas na pesquisa científica, mas, sobretudo, na empírica. Os dados e fatos dos casos problemáticos recorrentes têm indicado certa direção, como, por exemplo, a criação de diversos métodos e institutos introduzidos no novel Código de Processo Civil de 2015, com o objetivo, entre outros, de aplacar o excesso de

⁴¹ Obviamente, entenda-se que aqui não se está a dizer que o magistrado deva agir ao seu bel prazer, muito ao contrário, deverá a sua interpretação se pautar sempre pelo texto constitucional – trata-se de uma interpretação vinculativa. É certo que há, com as cláusulas gerais, uma margem de discricionariedade amplificada e, na mesma toada, o grau de subjetividade também aumenta, até porque o intérprete, muitas vezes, deverá levar em consideração a moralidade política – defendida, inclusive, por Dworkin (2014, p. 251-260): “uma interpretação de nossa própria cultura política, e não uma moral e política abstrata e atemporal”. Por isso, há de se ter em conta o problema da legitimidade da decisão judicial, que deve estar atrelada a uma justificação rigorosa e clara. Nesse sentido, Marinoni alerta para a exigência de “aprofundamento de critérios capazes de garantir o controle das decisões judiciais” (MARINONI, 2013).

demandas judiciais equivalentes que se repetem e são julgadas de modo completamente diferente.

Inclusive, os arts. 926 e 927 do CPC/2015 trazem a proposta de estímulo à cultura de precedentes obrigatórios. Como escrito alhures, o Brasil se distanciou da ideia de observar decisões anteriores relativas a casos semelhantes e, assim, até hoje não se construiu uma base sólida nesse sentido. Em direção oposta, a Inglaterra concebeu, com naturalidade, a ideia de pensar no passado decisório em casos assemelhados – essa prática existe desde a formação do *common law*, é inerente à sua história. Para o jurista inglês, essa prática é muito natural. Não foi necessária sua normatização para incutir na sociedade esse espírito de ter o pensamento voltado às decisões anteriores. Faz parte da cultura dos países de *common law*⁴² respeitar precedentes judiciais.

O Brasil trilhou um caminho diferente; entre conceber e não conceber o precedente obrigatório, acabou por se afastar dele. Hoje, vê-se na necessidade, por razões circunstanciais, de fazer internalizar o instituto do *stare decisis* mediante norma escrita.

Como se sabe, há uma premissa básica para a cultura se enraizar em determinada região: o tempo. Nada se constrói e se fixa se não decorrer de um processo histórico e temporal razoavelmente longo. Na Inglaterra, a importância conferida às decisões passadas correspondentes a casos semelhantes foi construída praticamente por toda a sua vida, *from the origin of the common law*.

Jobim (2016, p. 32-34), ao discorrer sobre o pensamento de diversos escritores acerca da cultura e do tempo, concebe, conclusivamente, a historicidade como “condição básica da cultura”, no “transpassar do tempo”. Isso porque o tempo é visto numa dimensão numérica – trata-se do seu próprio transcorrer –, enquanto a historicidade é o acervo valorativo agregado, no tempo, à sociedade ou ao homem pensado singularmente. A história se alia ao tempo e, quando este se faz longo, algo de valor é construído e se penetra, fixa-se.

A despeito de o direito brasileiro não ter sido configurado historicamente com o *stare decisis*, este instituto hoje vem sendo exaltado pelo legislador ordinário e tem sido foco de estudos e pesquisas. A maior parte da academia jurídica o tem concebido como uma possibilidade positiva de adequação jurídica, pois a conjuntura brasileira está propícia à sua recepção. Vale dizer: o contexto jurídico-social clama por estabilidade e uniformidade jurídica

⁴² Os Estados Unidos foram colonizados pelos ingleses e, por isso, tiveram forte influência do *common law* britânico, a despeito de terem se distanciado dessa tradição jurídica. O Canadá foi colonizado simultaneamente pelos franceses e ingleses; por isso, o seu sistema jurídico guarda peculiaridades, mas faz parte da sua cultura jurídica a ideia de precedentes obrigatórios, em especial, no norte do Canadá e na região da Columbia britânica (CRUZ E TUCCI, 2004, p. 165-170).

e, portanto, torna-se oportuna a tentativa de adequar, com as circunstâncias do momento, a doutrina do *stare decisis* ao nosso ordenamento jurídico, ainda que sob um viés abrigado.

Com o CPC/2015, percebe-se que a intenção do legislador foi justamente criar uma cultura de precedentes, ao privilegiar a doutrina do *stare decisis*, quando elabora uma estrutura normativa contendo conceitos da *common law* – integridade, coerência e estabilidade (art. 926) –, e a determinação para que os juízes e tribunais observem decisões que tenham efeitos vinculantes (art. 927). Deixa-se evidente que os tribunais devem observar os seus próprios precedentes (*stare decisis* horizontal, art. 926), e os juízes e tribunais a eles vinculados têm o dever de observância às decisões advindas das cortes de vértice (*stare decisis* vertical, art. 927).

Nessa medida, levam-se em conta três premissas básicas: dar importância ao que já foi julgado (dever de considerar), dever de interpretar de modo equivalente (uniformidade na interpretação) e dever de aplicar o precedente ou a jurisprudência vinculante (MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 63). Isso significa que a maior preocupação do legislador é tornar costumeira a prática judicial de observância aos precedentes.

Essa é a guinada da atual sistemática jurídica brasileira. Por óbvio, a cultura do *stare decisis* não ocorre rapidamente, precisa de tempo para sua familiarização e assimilação até o ponto de se tornar um costume. Os operadores do direito não foram formados nessa cultura e, por isso, a lei se desponta como um mecanismo de incorporação de novos métodos, não costumeiros, já que, nesse caso, a lei ordena que se faça algo, e todos que estão sob o seu âmbito de incidência lhe devem obediência.

Por não haver, no Brasil, o costume de observar precedente judicial estreado na análise criteriosa de distinção de casos é que o legislador também oportunizou a utilização da reclamação (art. 988, IV, do CPC/2015), com o propósito de conferir maior absorção, pelo magistrado, desse novo modo de julgar.

Isso porque a reclamação funciona como uma espécie de consequência jurídica ou, nos moldes de Bobbio (2005, p. 159-165), “sanção” como forma de aumentar a eficácia das regras institucionalizadas. Segundo o jurista italiano, o pensamento contemporâneo para a sanção é regulação do comportamento, bem como reação ao comportamento contrário. Serve como estímulo à obediência do indivíduo que resiste à norma jurídica, além de fazer com que a igualdade de tratamento esteja presente.

1.4 A busca de modelos mínimos de racionalidade: por uma composição argumentativa plausível em casos simples e complexos

Como visto, o ordenamento jurídico brasileiro vem concebendo a doutrina do *stare decisis* – principalmente com o novel Código de Processo Civil – como uma forma de resolver a problemática relacionada, especialmente, à gestão processual e, por consequência, de acelerar a produção judiciária; tem, pois, um enfoque quantitativo

Nesta pesquisa, porém, a investigação se centra na fundamentação dos nossos tribunais de vértice, ou seja, busca-se averiguar, mediante pesquisa empírica qualitativa, a dinâmica de construção argumentativa realizada pelas nossas cortes constitucionais (STF e TST) para saber como é a prática decisória e se esta transmite o mínimo de racionalidade. Por isso, a pesquisa tem um viés qualitativo.

Como o tribunal de vértice tem a tarefa de padronizar decisões, a fim de orientar não só os tribunais e jurisdicionados, mas toda a sociedade, tornar-se necessário conhecer o instrumental teórico acerca da doutrina do *stare decisis*, a ser demonstrada oportunamente no Capítulo 2. Isso porque é com essa cultura de precedentes obrigatórios que estamos atualmente a lidar, ainda que o modelo decisório firmado pela nossa jurisdição constitucional venha, em certos aspectos, a se distinguir de outros modelos.⁴³

Esta pesquisa contribui no sentido de fornecer subsídios para incrementar o procedimento argumentativo com o mínimo de racionalidade. Por certo, não existe um sistema totalmente perfeito, a imperfeição constitui centro da humanidade, é-lhe inerente, e as cortes são compostas por seres humanos. Mas acredita-se ser possível entregar a prestação jurisdicional de forma qualitativa, a partir de uma justificação coerente, ordenada e sistemática.

⁴³ Rodriguez (2013, p. 63) entende que o direito no Brasil não deve ter “a tradição estrangeira como modelo normativo. O Brasil faz parte da tradição do direito ocidental, mas seu direito tem características próprias que devem ser compreendidas em sua configuração específica”. Penso, como ele, quando entende que devemos perscrutar a configuração do nosso direito tal como se apresenta, porém não chego a ser radical a ponto de afastar de modo estanque outras contribuições, ainda que alienígenas, para o desenvolvimento do direito brasileiro. Sou mais propensa a pensar no atingimento de um ponto de equilíbrio, pois, a bem da verdade, em toda estrutura jurídica há centros de ligação. Por isso, aprender com o direito estrangeiro e adaptar no que for adequado ao Brasil – tendo o cuidado de estarmos tratando de uma diversidade de “Brasis” – é fundamental. O equilíbrio é essencial na adoção de práticas e procedimentos jurídicos que sejam consentâneos com a realidade fática em que a sociedade está inserida. Já dizia Siddhartha Gautama (Buda) que há de se buscar “caminhar o caminho do meio” (expressão utilizada para descrever o caráter do *Nobre Caminho Óctuplo* descoberto por Buda e que leva à libertação. Hoje, essa expressão é muito utilizada no mundo ocidental para se referir ao equilíbrio, ao caminho da moderação, sem extremismo). No mais, não se admite, em concordância com Rodriguez, um modelo jurisdicional autoritário a gerar injustiças, desigualdades e sofrimentos.

Rodriguez (2013, p. 148-149), numa linha que se aproxima desta pesquisa, foca o seu estudo na racionalidade do raciocínio jurídico empreendido pelas cortes.⁴⁴ É necessário haver “modelos de racionalidade judicial que orientem o raciocínio dos órgãos judiciais, além de pressuporem um determinado desenho da separação dos poderes, elemento central do conceito de estado de direito”. Defende que é preciso identificar a “zona de autarquia” – “um espaço institucional em que as decisões são tomadas sem que se possa identificar um padrão de racionalidade qualquer, ou seja, em que as decisões são tomadas num espaço vazio de justificação”. Ela se caracteriza “quando não se possa identificar nenhuma justificação racional, nenhum conjunto de regras que organize a fundamentação da decisão tomada” (RODRIGUEZ, 2013, p. 172).

A proposta da presente pesquisa, por excelência, é justamente buscar demonstrar a possibilidade de legitimação democrática mediante “um modelo de justificação que leve em conta os argumentos apresentados e os aceite ou refute num discurso racional”⁴⁵ (RODRIGUEZ, 2013, p. 162).

Inclusive, o jurista brasileiro transmite o seu diagnóstico de que o STF se mostra “textualista”, “opinativo” e “personalista”, com decisões desprovidas de “fundamentação sistemática e racional”, embora já existam pesquisas demonstrando que a Corte vem modificando o seu comportamento, “ao dar destaque a alguns casos que provavelmente serão tratados no futuro como 'leading cases', ainda que não organize seus votos em um texto coerente” (RODRIGUEZ, 2013, p. 107-108/228). Essa situação será investigada mais adiante neste estudo, ou seja, o *modus operandi* argumentativo do STF apresentado ao público.

Em seu estudo, Rodriguez (2013, p. 170-172) explana que há vários modelos de racionalidade atuando simultaneamente, o que é natural num Estado Democrático de Direito, “a pluralidade é característica do direito contemporâneo”. Porém, essa pluralidade, de certo modo, dificulta a necessária “estabilização temporária de desenhos institucionais e modelos de racionalidade judicial”, a permitir que “indivíduos e grupos cheguem a compromissos temporários”.

⁴⁴ É preciso justificar o raciocínio. Não é suficiente apresentar raciocínio estruturado, por exemplo, dessa forma: se afirmo que o ônus é do empregado, justamente para servir de estímulo às empresas privadas contratarem com a administração pública, logo deve o empregado provar a culpa *in vigilando* (se o meu desejo é “X”, logo devo realizar “X”). Esse raciocínio é desprovido de justificação plausível e, por isso, não há nele racionalidade. Comumente, vê-se esse tipo de estrutura de raciocínio no Judiciário brasileiro.

⁴⁵ Garcia (2017, p. 177) enfatiza a importância de se exigir dos juízes e promotores um debate voltado a “uma racionalidade jurídica distinta, com o uso de uma argumentação não personalista e não opinativa, uma racionalidade na qual a prevalência dos Direitos Humanos seja central em sua realização”.

Existe a racionalidade buscada mediante atuação do juiz textualista, que se limita a aplicar o texto da lei de modo literal. Pressupõe, pois, uma determinada visão de racionalidade com um prisma voltado para a dogmática formalista, levando em conta a segurança jurídica encontrada nas cláusulas fechadas e a separação absoluta de poderes – “veículo de uma determinada concepção de estado de direito”, que se distancia da axiologia (RODRIGUEZ, 2013, p. 137/206).

Outro modelo de racionalidade tem relação com o juiz não formalista, que pensa analiticamente nos casos concretos e nas mudanças sociais para poder criar normas. Nesse modelo, a norma não se limita ao texto legal. Não se pode pensar em racionalidade jurídica como “a aplicação de dogmas definidos pelo sistema político aos casos concretos. A aplicação é um processo de parte das normas, ou melhor, do material jurídico à disposição do magistrado, mas não se define pela subsunção” (RODRIGUEZ, 2013, p. 145).

Nesse passo, a sua proposta é reformular o conceito de segurança jurídica kelseniano como existência de uma única decisão para cada caso concreto, a partir de cláusulas normativas fechadas – firmado no modelo subsuntivo em que se emprega uma operação lógico-formal –, para ir ao encontro de um novo modelo, pautado na justificação. Isso porque os juízes continuarão a estabelecer exceções diante dos casos concretos a fim de evitar injustiças. Por isso, a solução seria a reformulação da segurança jurídica a partir do Direito vigente – que se perfaz em inúmeras cláusulas abertas nos textos legislativos e com a presença, no atual Estado de Direito, do juiz criativo (RODRIGUEZ, 2013, p. 202-208/225).

Nesse sentido, Rodriguez defende o abandono do “padrão tecnocrático na atuação judicial em favor de um modelo de racionalidade aberto à deliberação”, na perspectiva de que, diante da “indeterminação essencial do direito contemporâneo”, torna-se necessário discutir o controle das decisões (RODRIGUEZ, 2013, p. 182).

Então, quanto ao procedimento decisório, é possível criar regras processuais hábeis a impor constrangimentos institucionais sobre as decisões dos juízes, a fim de contribuir para o seu controle. Consistem em “limites impostos à atuação jurisdicional”, corporificando-se “em desenhos institucionais cuja execução pretende ter algum efeito sobre a congruência das decisões tomadas pelos órgãos decisórios”. Exemplo disso é o instituto do duplo grau de jurisdição e julgamento no formato de juiz singular ou colegiado (RODRIGUEZ, 2013, p. 170).

A outra forma de controle sobre a decisão do juiz seria a introdução de mecanismo processual a impor determinado ônus argumentativo ao intérprete. Por exemplo, “eventual imposição coercitiva de modelo de justificação mediante lei ou por meio de sua positivação em decisões jurisdicionais reiteradas”. Seria um modelo de justificação judicial homogêneo; trata-

se de padronizar o raciocínio jurisdicional para controlar a racionalidade dos juízes (RODRIGUEZ, 2013, p. 157-158/170).

Isso porque, da mesma forma que não é possível ficar eternamente sem definição de uma resposta mais razoável para o caso – já que não se questiona a existência de diversidade de respostas –, é defensável a necessidade de homogeneizar o padrão de justificação. É fácil se deparar também com uma pluralidade de modelos hermenêuticos em disputa, podendo igualmente provocar insegurança jurídica. Essas questões levam a pensar no problema do controle das decisões judiciais, a fim de melhor lidar com a indeterminação e a instabilidade do direito contemporâneo (RODRIGUEZ, 2013, p. 74/165/170).

A proposta, nesta pesquisa, é buscar *modelos mínimos de racionalidade de modo argumentativo* a partir do caso que se apresenta ao intérprete. Não há como separar o modelo formalista do criativo; os dois coexistem, ainda que num estado democrático de direito composto de complexidades e mutações. Um modelo não exclui o outro. Os dois devem ter convivência harmoniosa. Isso porque, para determinados casos mais simples, ainda que poucos, será necessário o uso do modelo mais aproximado do formalista. Mas isso não significa asserir que esteja o juiz isento de buscar um raciocínio jurídico a demonstrar argumentação condizente com aquele caso.

Assim, busca-se investigar o processo argumentativo na jurisdição constitucional, se há a criação de uma exceção ou se extrai do texto legal, contendo cláusulas avaliativas, um sentido normativo de modo a elaborar uma nova regra de direito. Ou, se de outra parte, está o juiz a aplicar de modo adequado a regra jurídica ao caso sob análise (subsunção), sem necessitar de um trabalho hermenêutico laborioso.

O primeiro passo do magistrado, quando está diante de um caso, é averiguar que tipo de caso está a tratar: um caso simples (*easy case*), que não envolva questão política ou moral nem necessite de profundo trabalho hermenêutico, mas que exista e seja acompanhado da devida argumentação para demonstrar ao jurisdicionado o porquê de estar a adotar a lei X e não a Y,⁴⁶ ou um caso complexo (*hard case*), imbuído de cláusulas abertas ou de questões envoltas de moralidade política para as quais tenha que se ter uma interpretação mais sofisticada, buscando, na espécie fática, uma resposta adequada para solucionar o problema jurídico. Num e noutro caso, exige-se o debate racional para a obtenção de consenso quanto à resposta jurídica mais

⁴⁶ Esta pesquisadora acredita que todo o caso é submetido à interpretação. Ainda que vá aplicar de modo subsuntivo a regra jurídica, deve haver uma reflexão sobre ela e, portanto, uma interpretação e seguir um padrão argumentativo em que explique o porquê de estar adotando aquele texto legal e não outro – que pode ser não tão exigente ou aquele que exige um labor mais sofisticado para buscar na situação fática, na história, moralidade política, entre outras técnicas oferecidas pela teoria do direito e pela hermenêutica, um resultado adequado e racional.

adequada naquele momento específico da história, lembrando apenas que a discussão jurídica não para por aí, prolonga-se no tempo, não finda jamais.

Assim, é preciso num primeiro momento perscrutar o caso para saber se se trata de um *easy case* ou de um *hard case*. É raro, nos dias atuais, se deparar com um caso simples, mas não é impossível.

Note-se que, num Estado de Direito, há de se considerar que a regência da legalidade *lato sensu* transmite tranquilidade e uma sensação de que as instituições estão em ordem e em funcionamento normal. Além disso, demonstra que a vida em sociedade caminha num curso ordenado e com certa segurança de expectativas, em que as pessoas conseguem se relacionar sem se conflitar. Isso porque se submetem a normas jurídicas de conduta sistematicamente organizadas em sua comunidade. O Direito, em essência, consiste justamente nisto: uma “ordem normativa institucional” imprescindível para que as pessoas se orientem a partir de um Estado de Direito que abarca “um corpo [conjunto] de normas ordenado e sistemático” (MACCORMICK, 2005, p. 2).

Tendo isso como ponto de partida, é dizer que não se pode também ser ortodoxo na criação somente de cláusulas abertas. É fundamental a existência de textos normativos fechados. Essas normas (abertas e fechadas) devem coexistir e conviver harmoniosamente dentro de um contexto social mutável. Por isso, esta pesquisadora é adepta do equilíbrio, da ordenação e da coerência,⁴⁷ partindo do pressuposto de que a discussão argumentativa racional deve existir intra e extradecisão em qualquer caso jurídico, seja simples ou complexo.

Schauer (1985, p. 414-416) assevera que os casos fáceis são normalmente aqueles cujos resultados legais são óbvios. Ele indaga: “o que torna um caso simples?”. E explica: não havendo características de casos difíceis, será considerado um caso simples. Trabalha com a exclusão, apesar de não constituir a única abordagem. Leciona que uma linguagem vaga, ambígua ou de difícil compreensão da regra gera um caso difícil. Por outro lado, um caso que parece linguisticamente fácil pode ser difícil se o resultado anunciado pela linguagem for inconsistente com o propósito da regra. Igualmente, uma norma que contenha uma linguagem clara, direta e de fácil compreensão pode criar, por fatores de cunho moral, social e político, um

⁴⁷ Na mesma linha de Bankowski; MacCormick; Morawski; Miguel (2016, p. 487), defende-se ser a coerência um elemento-chave tanto do ponto de vista atribuído à interpretação da lei dentro de um sistema global, como quando vislumbrada na compreensão de tratar o precedente como vinculante, atribuindo a ele força normativa. Para eles, a coerência constitui a “própria essência da ordem jurídica racional, assim como é definitiva para a ideia de discurso racional”.

caso difícil.⁴⁸ Assim, é possível definir um caso fácil quando ausentes essas peculiaridades que tornam o caso difícil.⁴⁹

Schauer (1985, p. 414) ilustra casos simples, quando, por exemplo, não se nega ao réu criminal o direito de ser representado por advogado qualificado, e quando aquele a suceder “à presidência em caso de morte do presidente é o vice-presidente, e não o secretário do Interior, o congressista de Wyoming ou o zagueiro dos Philadelphia Eagles”.

Citam-se, no contexto do direito brasileiro, alguns exemplos de casos simples em que o texto normativo esteja bem claro, sem demandar perscrutar além da hipótese do texto e o fato que lhe sucede: a prisão só pode ser determinada por autoridade competente, que é o Judiciário – somente ele pode determinar a prisão e ninguém mais –; e se ela for ilegal, será relaxada pela mesma autoridade judiciária.⁵⁰

Colhe-se, ainda, um caso julgado no Tribunal Superior do Trabalho, em que se aplicou, por subsunção, dispositivo legal. O empregador interpôs recurso de revista sustentando ausência de credencial sindical à concessão de benefício da gratuidade de justiça. O relator

⁴⁸ Exemplo de uma situação jurídica aparentemente simples é o caso emblemático da ADPF-132/RJ – convertida em ADI-4277, cujo relator foi o Ministro Carlos Ayres Britto. O objeto de análise foi o art. 1.723 do Código Civil. O STF, em decisão unânime, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, reconheceu a união homoafetiva como união estável, para fins de proteção do Estado (fins sucessórios, previdenciários). Assim, o STF equiparou-a à família. Nesse caso, foram discutidos dois dispositivos normativos: os arts. 1.723 do Código Civil e 223, § 3º, da Constituição Federal, que possuem praticamente o mesmo conteúdo de reconhecer como “entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher”. Nota-se clareza e precisão no conteúdo dos referidos dispositivos quando se afirma que somente constitui família a união entre o homem e a mulher. Porém, a linha de pensamento dos julgadores estava voltada para o contexto social em que se verificam relacionamentos de homoafetividade há muito tempo sem proteção jurídica. São, hoje, consideradas minorias. E uma das funções do Poder Judiciário é a proteção contramajoritária. Nery Junior e Abboud (2017, p. 266-269) sustentam que “a função contramajoritária do Judiciário criou o sistema de controle necessário para a proteção da democracia contra os excessos cometidos pela própria maioria”. Por isso, pode-se afirmar que “os direitos fundamentais possuem duas funções principais: limitação do Poder Público e proteção contra formação de eventuais maiorias dispostas a suprimir ou mitigar algum direito fundamental”. Essa função contramajoritária do direito fundamental resguarda a “força normativa da Constituição e a preservação do princípio da dignidade da pessoa humana”.

⁴⁹ Schauer (1985, p. 416) dá muita importância à linguística e defende a tese de que “a linguagem é um fator significativo e muitas vezes subestimado na produção de casos fáceis. Não estou afirmando que apenas a linguagem pode gerar casos fáceis. Vários outros fenômenos legais, culturais e históricos podem criar esses entendimentos compartilhados que esclarecerão uma regulamentação, um estatuto ou uma disposição constitucional linguisticamente vaga. E, como a taxonomia anterior de casos difíceis foi projetada para demonstrar, a linguagem sozinha é insuficiente para gerar um caso fácil. Nenhuma destas qualificações, no entanto, é inconsistente com a minha alegação central de que a linguagem é significativamente importante na produção de casos fáceis – que a linguagem pode e frequentemente fala com uma voz suficientemente clara de tal forma que as próprias normas linguisticamente articuladas deixam pouca dúvida sobre quais resultados são consistentes com esse comando”. Tradução livre. No idioma original: “my thesis here is that language is a significant and often underappreciated factor in the production of easy cases. I am *not* claiming that only language can generate easy cases. Various other legal, cultural, and historical phenomena can create those shared understandings that will clarify a linguistically vague regulation, statute, or constitutional provision. And, as the foregoing taxonomy of hard cases was designed to demonstrate, language alone is insufficient to generate an easy case. Neither of these qualifications, however, is inconsistent with my central claim that language is significantly important in producing easy cases-that language can and frequently does speak with a sufficiently clear voice such that linguistically articulated norms themselves leave little doubt as to which results are consistent with that command”.

⁵⁰ Art. 5º, LIII e LXV, da Constituição Federal.

Ministro Augusto César Leite de Carvalho, em seu voto, afastou as alegações de violação dos arts. 14 da Lei n. 5.584/1970 e 5º, § 1º, da Lei n. 1.060/1950, e de contrariedade à Orientação Jurisprudencial n. 304 da SBDI-1 do TST. Argumentou que a credencial sindical está restrita ao pedido de honorários de advogado, na forma como dispõem o art. 14 da Lei n. 5.584/1970 e a Orientação Jurisprudencial n. 304 da SBDI-1, e que o art. 5º, § 1º, da Lei n. 1.060/1950 não faz menção à ausência de credencial sindical. E finalizou a questão, afirmando que “o Tribunal, por subsunção, aplicou corretamente o art. 790, § 3º, da CLT”.⁵¹

Como se pode perceber, trata-se de um *easy case*, no qual foi aplicada a disposição clara e inequívoca de ser facultado aos membros julgadores de qualquer instância conceder o benefício da justiça gratuita. Note-se que aqui não houve trabalho hermenêutico sofisticado, em que se valora alguma questão de cunho moral ou político. O magistrado apenas afastou as alegações suscitadas pela parte, porquanto os dispositivos legais levantados não abordam a questão da credencial sindical, e, ao final, fez incidir o dispositivo legal pertinente à espécie de modo justificado. Note-se ter havido um raciocínio jurídico fundamentado, ainda que não sofisticado, para se chegar ao resultado aplicativo da norma.

Diante desse contexto, torna-se necessário que o magistrado tenha sensibilidade para perceber com que tipo de caso está a lidar (simples ou complexo) e escolher adequadamente a metodologia decisória a ser empregada. Porque, se estiver diante de um caso simples, não terá muito sobre o que elucubrar, apenas deverá aplicar o tipo normativo adequado à espécie (subsunção). Mas, repise-se, acompanhado da devida argumentação, a fim de mostrar publicamente que empreendeu um raciocínio jurídico para chegar à conclusão de que aquele dispositivo legal se adequa – pelo menos naquele momento histórico-social – à espécie jurídica.

Entretanto, ao tratar de um *hard case*, é razoável o emprego de método hermenêutico indutivo, em que se possa laborar empiricamente o caso para dele extrair os elementos substanciais e determinantes que darão os contornos decisórios. Assim o fazendo, o juiz deverá argumentar numa dimensão concreta e clara, a fim de demonstrar plausibilidade em suas razões, de modo a tornar a decisão universalizável, prestigiando assim a justiça formal, a possibilitar o seu alcance para casos assemelhados.

⁵¹ Eis a ementa: “(...) **BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA.** O Regional, por subsunção, aplicou corretamente o artigo 790, § 3º, da CLT, *verbis*: “É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ou declararem, sob as penas da lei, que não estão em condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família”. Recurso de revista não conhecido. (...)”. (TST-RR-16100-23.2009.5.15.0050, Relator Ministro Augusto César Leite de Carvalho, 6ª Turma, DEJT de 19/5/2017).

Nesse passo, faz-se necessário adotar uma metodologia decisória objetiva e descritiva,⁵² marcada pelo interesse nos fatos relevantes e em dados empíricos, numa dimensão hermenêutica que preze pela coerência. Quando existe uma compreensão do que se passa na totalidade das situações vivenciadas na sociedade, é possível o juiz ter maior facilidade para encontrar um resultado mais coerente com a questão que lhe é posta à análise.

Bankowski; MacCormick; Morawski; Miguel (2016, p. 487-488), sustentam que

uma fundamentação similar para a força normativa do precedente envolve valores constitucional e político-morais fundamentais. A manutenção, pelas cortes, da uniformidade na lei, na sua interpretação e aplicação, de caso para caso pode ser considerada um requisito a garantir o estado de direito; pois estes são ideais que exigem o tratamento igualitário dos indivíduos no sentido de igualdade formal perante a lei. Isso seria um engano se a lei estivesse sujeita a interpretações variadas caso a caso, pois seria apenas nominalmente a mesma lei aplicada a casos diferentes com características essencialmente similares entre si. Assim, a uniformidade do direito é uma parte fundamental da igualdade de tratamento de casos essencialmente semelhantes, isto é, casos que se qualificam como semelhantes sob uma interpretação dada (e estável) da lei.⁵³

Desse modo, o juiz estará habilitado para fundamentar a decisão mediante argumentos plausíveis. É possível, até mesmo, avaliar as consequências do resultado de sua decisão, o que o leva a demonstrar ao jurisdicionado o verdadeiro sentido de justiça. E, em caso de não lhe ser favorável tal resultado, é certo que surja um sentimento de conformação.

Esse método, inclusive, é o proposto pelo novel Código de Processo Civil, em seu art. 489, § 1º, II,⁵⁴ quando dispõe não ser permitido ao magistrado se restringir a empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem emitir uma explicação concreta do motivo. Há de descrever motivadamente esse conceito jurídico abstrato de modo a lhe imprimir sentido e alcance, e isso só é possível a partir da situação factual discutida. Significa relacionar esse conceito com os elementos fáticos determinantes, a conferir-lhe real sentido, de modo a torná-lo visivelmente concretizável. Destrincha-se a experiência jurídica, identificando os elementos necessários para

⁵² No Capítulo 2, haverá o aprofundamento, a partir de Stone (1959, p. 600), sobre a descritibilidade e a prescritibilidade da *ratio decidendi*.

⁵³ Tradução livre, cujo teor original assim segue: “A similar rationale for the normative force of precedent concerns fundamental constitutional and politico-moral values. That courts maintain uniformity in law and in its interpretation and application from case to case can be considered a requirement for securing the rule of law; for these are ideals that demand the equal treatment of individuals in the sense of formal equality before the law. This would be a sham if the law were subject to varying interpretation from case to case, for it would only be nominally the same law that applied to different cases with essentially similar features among themselves. Thus uniformity of law is an essential part of equality of treatment of essentially similar cases, that is, cases which qualify as similar under a given (and stable) interpretation of the law”.

⁵⁴ Art. 489, § 1º, II, do CPC/2015: “São elementos essenciais da sentença: (...) Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...) empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso”.

estabelecer o liame com o conceito jurídico. Com isso, emite-se uma motivação concreta, ou seja, especifica-se a razão de estar empregando aquele conceito.

Não basta, por exemplo, aduzir que o trabalho deve ser respeitado em razão da dignidade da pessoa humana, sem aventar os elementos envoltos naquele caso concreto que dão os contornos para dizer que determinado trabalho atrai o postulado da dignidade.

Igualmente, os conteúdos dos arts. 20 e 21 da Lei n. 13.655/2018,⁵⁵ regulamentados pelo Decreto n. 9830 de 10 de junho de 2019, corroboram tal proposta metodológica. Vale dizer: quando o magistrado se utilizar de conceitos abstratos e indeterminados, deverá ofertar uma fundamentação concreta, explícita e consequencialista da situação jurídica.

Destarte, é interessante que os magistrados, em casos complexos – envolvendo especialmente direitos fundamentais –, adotem técnicas hermenêuticas sofisticadas. Estas abarcam valoração empírica e interpretação lógico-argumentativa, em que se busca atribuir ao texto da lei o seu sentido, a partir da “opção interpretativa” a ser “justificada”⁵⁶ (MARINONI, 2016, p. 76) ainda que inexista “uma única resposta correta para todo e qualquer problema interpretativo” (MITIDIERO, 2013, p. 58). Acredita-se sim na resposta adequada e coerente com a espécie jurídica, cuja justificação tenha potencial de universalização, ou seja, que possa ser replicada em outro caso com as mesmas particularidades.

Martins-Costa (1998, p. 10), nessa mesma linha, defende que o desbordamento do caso concreto se dá porque, pela “reiteração dos casos” e “reafirmação, no tempo, da *ratio decidendi* dos julgados, especificar-se-á não só o sentido da cláusula geral, mas a exata dimensão da sua normatividade”. Assim, o juiz se torna a boca da lei, não porque repete a “fala do legislador”, mas “porque atribui a sua voz à dicção legislativa, tornando-a, enfim e então, audível em todo o seu múltiplo e variável alcance”.

⁵⁵ “Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas”; “Art. 21. “A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas”.

⁵⁶ Marinoni (2016, p. 75-76) leciona que, quanto à evolução da teoria da interpretação, “o intérprete valora e decide entre um dos resultados interpretativos possíveis. A norma, portanto, não está implícita no texto legal, ou seja, não antecede à interpretação, mas dela deriva. A norma, enquanto decisão judicial, é reconstrutiva a partir de elementos textuais e extratextuais da ordem jurídica. Para tanto, o juiz valora, seja ao eleger determinada diretiva interpretativa, seja ao optar por um dos resultados da atividade-interpretação (...). A opção interpretativa deve ser justificada mediante argumentos racionalmente aceitáveis. A decisão deixa de se situar no local da procura do ‘sentido exato da lei’ e passa a ocupar o lugar da justificativa das opções interpretativas, ou seja, da racionalidade da interpretação. O direito, então, é interpretação e prática argumentativa e, assim, a decisão ganha autonomia em relação à lei”.

Um dos maiores desafios do julgador está na fundamentação, porque é a partir dela que o jurisdicionado e toda sociedade terão a oportunidade de compreender a razão de estar sendo concedido ou não o “bem da vida”. Se esta fundamentação é desprovida de concretude, lógica, clareza e precisão, no sentido de que “a exteriorização das razões de decidir revela (...) o prisma pelo qual o juiz interpretou a lei e os fatos da causa” (CRUZ E TUCCI, 2016, v. 8, p. 102), não há como asserir sua legitimidade e efetividade decisória, por lhe faltarem requisitos essenciais que contribuam para sua universalização.⁵⁷

Dessa forma, quando se trata de laborar hermeneuticamente com cláusulas gerais, especialmente, com princípios, é importante fazer desaguar na formulação de uma regra jurídica. Isso porque os princípios, por emitirem valores, diretrizes, direção, possuem menor grau de concreção, a requerer do operador jurídico um trabalho hermenêutico que envolva os elementos dos casos a fim de transformar esses princípios em algo concreto, palpável para o jurisdicionado.

Assim, o trabalho hermenêutico em torno de princípios leva à formulação de uma regra jurídica (razão definitiva), detentora de um modal deôntico.⁵⁸ Isso porque o princípio vai operar no plano em geral, mais abstrato e, quando se aplica ao caso, alcança-se uma razão que para aquele caso se torna definitiva. Por isso, é necessário conferir concretude ao princípio – bem assim, a todo conteúdo normativo aberto – a fim de se tornar uma regra universalizável.

A partir desse caminho, é possível atingir “modelos mínimos de racionalidade”. Quer dizer que, “em um caso, o juiz é chamado a definir o que não foi decidido pelo legislador e, no outro, tem poder para negar validade às regras legais em face da Constituição ou mesmo para conformá-las às normas constitucionais”. Contudo, quando aplica determinada regra, ele é impulsionado a “valorar e decidir ou optar”, num e noutro caso, “um raciocínio argumentativo dotado de racionalidade. Só a argumentação racional constitui justificativa aceitável” às opções decisórias. (MARINONI, 2014, p. 68)

⁵⁷ “O fundamento do uso dos precedentes é constituído pelo princípio da universalidade, a exigência que é própria a toda concepção da justiça, enquanto concepção formal, de tratar de igual maneira ao igual” (ALEXY, 2017, p. 259).

⁵⁸ As regras, segundo Alexy (2011, p. 91-108), “são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. (...) Se uma regra é uma razão para um determinado juízo concreto – o que ocorre quando ela é válida, aplicável e infensa a exceções – então, ela é uma regra definitiva”.

CAPÍTULO 2 - A FORMAÇÃO E A APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS

(...) a identificação da “ratio decidendi” sempre foi buscada em dois pontos, um especialmente preocupado com a identificação dos fatos do caso, já que a ratio seria a decisão a respeito deles, e outro com as razões que embasam a conclusão.

Luiz Guilherme Marinoni, 2016.

2.1 A contribuição do *common law* à compreensão da *ratio decidendi* e do *modus operandi* do *stare decisis*: considerações iniciais

Em total concordância com MacCormick (2005, p. 12), destaca-se que as sociedades civilizadas possuem o Estado de Direito como um sinal de virtude. Tanto os países de tradição *civil law* como os de *common law* e os que, atualmente, abarcam as peculiaridades inerentes a essas duas tradições são detentores dessa grande virtude. Isso porque é por meio do Direito que a sociedade pode ser moldada para a obtenção de certa segurança, autonomia e dignidade.

Por isso, almeja-se para o sistema jurídico – concebido como a integralidade de um corpo de regras de valores, condutas e procedimentos técnico-jurídicos e programáticos – o alcance da coerência, da previsibilidade, da igualdade de tratamento. O seu fim último reside no cidadão que precisa planejar-se para o futuro e ter uma vida de qualidade, além de receber a necessária proteção contra arbitrariedades de quem quer que seja.

Assim, a existência de regras de direito (*rule of law*) instituídas por alguma autoridade leva uma nação a ser organizada, gerida e conduzida ao bem-estar-social. Porém, não há só as regras comumente faladas, como a lei, os tratados, o texto constitucional, há também os precedentes judiciais. Estes também formam um corpo de regras que fazem sentido quando vislumbradas de modo holístico e em sintonia com as demais regras do sistema jurídico, daí a razão de se exigir do Poder Judiciário: a busca constante pela coerência e consistência das decisões judiciais.

Nesse mesmo sentido, MacCormick (2005, p. 12) externa que

os sistemas jurídicos compreendem, entre outras coisas, um vasto corpo de regras enunciadas por autoridade. Estas são frequentemente apoiadas por um grande corpo de precedentes cuidadosamente registrados nos relatórios de decisões judiciais, e com discussões jurídico-doutrinárias dos princípios e valores explorados nos precedentes e implícitos na legislação.⁵⁹

Atualmente, o Brasil caminha, com velocidade, para absorver a ideia de que esse corpo de regras, composto de precedentes judiciais, seja considerado fonte de direito e que lhe seja conferida a devida importância dentro de um contexto social contemporâneo repleto de complexidade.

Vislumbra-se um cenário brasileiro em que se torna viável aderir a esse “nível mais profundo de institucionalização” (QUINTAS, p. 2014, p. 37),⁶⁰ a abranger “duas práticas normativas vinculadas: uma que autoriza a elaboração de regras e outra que as faça cumprir”, advertindo-se que “a existência de uma instância decisória não acaba com a complexidade do direito, pois novas questões sempre surgirão da elaboração de regras explícitas voltadas a lidar com questões antigas”.

Pode-se dizer que o primeiro passo foi dado com a Emenda Constitucional n. 3/1993, a qual instituiu o efeito vinculante às decisões judiciais proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações declaratórias de constitucionalidade. Em seguida, vieram as Leis n.ºs 9.868 e 9.882, ambas de 1999, que ampliaram sua aplicação às decisões proferidas em qualquer processo de controle concentrado de constitucionalidade. Após, surgiu a Emenda Constitucional n. 45/2004, que estende esse efeito para o controle de constitucionalidade difuso, mediante súmula vinculante. Mais recentemente, houve a edição do Código de Processo Civil de 2015, que vem sedimentar essa perspectiva quanto ao precedente vinculativo ser considerado fonte de direito, não fazendo mais sentido discutir se a jurisprudência é ou não fonte de direito.⁶¹

⁵⁹ No idioma original: “legal systems do comprise, among other things, a large body of authoritatively enunciated rules. These are often backed up with a great body of carefully recorded precedents in the reports of judicial decisions, and with legal-doctrinal discussions of the principles and values explored in the precedents and implicit in legislation”.

⁶⁰ O jurista Quintas (2014, p. 36), em sua obra, realiza uma reflexão, a partir do pensamento de MacCormick, quanto ao direito como instituição de modo restrito e amplo (e profundo). De modo restrito, implica designar “institucional a realidade social formada por um sistema de regras dentro do qual regras são criadas (...), é um conjunto de regras que estabelece as condições de produção, regulação e término das normas”. Já no sentido mais amplo e profundo, as instituições “são entes que dispõem de meios de (i) instituir novas regras e de repelir antigas, (ii) verificar a execução de regras que foram estabelecidas validamente, (iii) promover a declaração acerca do cumprimento das regras (trata-se da *adjudication*, que tem um elemento declarativo e impositivo), o que é feito geralmente a partir de um corpo de precedentes já estabelecidos”.

⁶¹ Neste ponto, inclusive, cumpre anotar que, nas sociedades modernas, o papel do Judiciário não se restringe à aplicação do direito, mas também à criação do direito mediante decisão judicial e, enquanto fonte de produção normativa, é que suscitará uma maior ou menor vinculação aos precedentes judiciais.

Nessa perspectiva, a contribuição do *common law* a ser compreendida se refere à prática de como formular uma decisão para que ela se transmude em precedente judicial, nos moldes da justiça formal, a servir de modelo para casos semelhantes. Assim, também, faz-se necessário descobrir a *ratio decidendi* do precedente formado, a fim de conceber o verdadeiro sentido da vinculação.

Isso porque a ideia de vinculação, como ressaltado linhas atrás, existe desde os primórdios tanto nos países de *common law* quanto nos de *civil law*. Porém, com relação a estes, a história demonstra inexistir qualquer critério metodológico a embasar e justificar a vinculação, que é vista de modo genérico, sem sustentação empírico-teórica e ocorria sempre de forma oscilante, sem firme propósito.

Por isso, pode-se afirmar que somente os anglo-saxões foram os que realmente se aprofundaram no trabalho de formação do precedente judicial. Tanto é assim que a própria doutrina anglo-americana diverge quanto à concepção da *ratio*, além de levar em conta a existência de um processo evolutivo de aprimoramento no próprio *Case Law*.⁶² Portanto, o presente capítulo se volta para essa questão de formação e aplicação do precedente, a partir da doutrina do *common law*.

Para fechar essas linhas iniciais, cumpre salientar que a pesquisa se direciona a contribuir para a evolução do estudo jurídico brasileiro sobre este relevante tema, diante dos desafios e dificuldades com que o próprio Judiciário se depara em face das complexas demandas que se descortinam na sociedade. Desse modo, não há qualquer pretensão de exaurimento do tema. Serão estudados aspectos essenciais da matéria a fim de, lá na frente, ser possível enfrentar, de modo analítico, decisões emblemáticas e, em voga, formuladas pela nossa Corte Suprema.

2.2 Vinculação ao precedente nos sistemas jurídicos do *common law*

O Judiciário necessita de cortes de precedentes, pois, ao mesmo tempo em que solucionam novas fontes de litígio que surgem numa sociedade complexa, podem contribuir para a elaboração de normas jurídicas – o direito legislado se mostra ineficiente, não consegue

⁶² Obviamente, alguns países de tradição *civil law* alcançaram certa evolução – embora tardia – quanto ao trato com a questão. A Alemanha é um exemplo clássico. Apesar de possuir um ordenamento jurídico vinculado à família *civil law*, aderiu, mediante lei, à doutrina anglo-saxã de vinculação dos precedentes judiciais (SILVA, 2005, p. 142 e 153-155).

alcançar a velocidade com que os novos casos ocorrem –, fazendo com que o direito evolua e se desenvolva.

Uma corte de precedentes tem relação intrínseca com o *stare decisis*, expressão latina (*stare decisis et non quieta movere*) que significa em termos jurídicos: manter-se fiel ao precedente judicial ou aos fatos relevantes e às razões determinantes que formaram o precedente.

Equivocadamente, muitos entendem *stare decisis* como sendo *common law* ou derivado unicamente deste. Não é bem assim. Como visto no primeiro capítulo, o *stare decisis*, ou vinculação da decisão a outra passada, tem origem comum tanto no sistema *civil law* como no *common law*, embora haja uma variação de tempo e espaço.

Marinoni alerta para essa questão, ao afirmar não se poder confundir *common law* com *stare decisis*. O primeiro compreende

os costumes gerais que determinavam o comportamento dos *Englishmen*, existiu por vários séculos *sem stare decisis e rule of precedente*. (...) o *stare decisis* constitui apenas um elemento do moderno *common law*, que também não se confunde com o *common law* de tempos imemoriais ou com os costumes gerais, natureza secular, que dirigiam o comportamento do *Englishmen* (Marinoni, 2016, p. 29-31).

Há uma gama de benefícios de cunho consequencialista levantados pelos teóricos clássicos, quando se adota o *stare decisis*:

permite ao sistema legal usufruir as vantagens da previsibilidade na ordenação da conduta das pessoas, promove a necessária percepção de que a lei é estável, evita as frustrações de legítimas expectativas quanto aos direitos e deveres dos membros da coletividade, reduz o custo econômico e aumenta a eficiência do sistema judicial e, inclusive, preserva o princípio da separação de poderes por impedir uma desordenada e abusiva discricionariedade judicial na criação de normas, reforçando o *judicial restraint* (SILVA, 2005, p. 151).

Hoje, com mais vigor, a comunidade jurídica brasileira busca, na prática judiciária, alcançar os três pilares inerentes à doutrina do *stare decisis* a constituírem benefícios deontológicos para o sistema como um todo: coerência, igualdade e integridade. Tanto é assim que a marca do novel CPC/2015 é justamente deixar clara a importância da aplicação dessa doutrina (art. 927)⁶³ – ainda que na forma normatizada –, dando relevo a esses pilares (art. 926, *caput*).⁶⁴

⁶³ Art. 927. “Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados”.

⁶⁴ Art. 926. “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

Assim, antes de ingressar no estudo dos elementos fundamentais da vinculação e do que poderia ser aproveitado na sistemática brasileira de formulação de decisões, torna-se essencial compreender a prática decisória e o funcionamento do instituto do *stare decisis* no sistema jurídico do *common law*.

Da mesma forma como ocorre no sistema brasileiro, no sistema de origem anglo-saxã, o Estado-juiz se encarrega de solucionar o litígio apresentado pelos sujeitos processuais – a específica pretensão resistida –, pacificando a relação jurídica mediante o instituto da coisa julgada, a impedir que o processo se perpetue. A finalidade deste instituto é evitar o revolvimento das questões já debatidas. Nessa situação, a jurisdição exerce a função privada, como expressou Silvestri (2001, p. 106).⁶⁵

Porém, para a jurisdição anglo-saxã, essa função não basta, é preciso pensar na decisão como precedente judicial. Para isso, a decisão tem que ser formulada de modo a que se preste a servir de modelo ou paradigma para futuros casos que abarquem a mesma premissa fática do caso anteriormente julgado. Em outras palavras: a decisão deve ser dotada da qualidade de precedente, ou seja, apresentar todos os elementos que a tornam um precedente.

No Dicionário Cambridge, o vocábulo “precedente” significa: “uma decisão sobre um particular caso jurídico que torna provável que outros casos semelhantes sejam decididos de igual forma”.⁶⁶ Já o Dicionário Oxford conceitua o termo com maior tecnicidade como “uma ação ou decisão oficial que tem acontecido (aconteceu) no passado e que é vista como um exemplo ou uma regra a ser seguida em uma situação semelhante mais tarde”.⁶⁷

Obviamente, numa perspectiva objetiva – sem mencionar os detalhes metodológicos interpretativos da vinculação –, é possível asserir que a decisão judicial enuncia um princípio de direito ou regra de direito (*rule of law*) que será considerado e apreciado na resolução de casos futuros semelhantes.

Nas palavras de RE (1994, p. 282), “o precedente (...) é um ponto de partida. Diz que o caso decidido estabelece um princípio, e ele é na verdade um *principium*, um começo, na verdadeira acepção etimológica da palavra”.

⁶⁵ Silvestri (2001, p. 106) entende que há duas funções a serem atribuídas à Corte Suprema: a pública e a privada. Nesta, o papel exercido pela Corte é de “obter decisão ‘correta’ das disputas” – correção da decisão no sentido de realizar a justiça no caso concreto; naquela, é de garante de um interesse maior que consiste na unidade do direito positivo e na realização do princípio da igualdade na aplicação da norma jurídica.

⁶⁶ No idioma original: “a decision about a particular legal case that makes it likely that other similar cases will be decided in the same way”. Disponível em: <https://dictionary.cambridge.org/pt/>. Acesso em: 24 ago. 2019.

⁶⁷ No idioma original: “an official action or decision that has happened in the past and that is seen as an example or a rule to be followed in a similar situation later”. Disponível em: <https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/us/>. Acesso em: 24 ago. 2019.

Assim o fazendo, a decisão judicial transcenderá do espaço de particularidade *inter partes* para atuar além delas, projetando-se para solucionar casos futuros, desde que contenham a mesma situação fática abordada no caso já decidido. Nos dizeres de MacCormick (2005, p. 78), a decisão se universaliza, porquanto deve se alinhar “ao Estado de Direito que enfatiza seu caráter universalista e, portanto, igualitário”. Com isso, fixada a regra de direito, esta ficará intacta sem submeter a nova apreciação.

Essa dinâmica constitui o próprio princípio do *stare decisis*, estabelecido e aceito de modo uniforme nas jurisdições anglo-saxãs desde o final do século XIX (MARINONI, 2016, p. 29). Buscam-se “não apenas os padrões de congruência social e consistência sistêmica, mas também o padrão de estabilidade doutrinária” (EISENBERG, 1988, p. 49) a atingir uma “razão de justiça”. Isso porque, ao “tratar igualmente casos iguais e diferentemente casos distintos, então novos casos que tenham semelhanças relevantes com decisões anteriores devem (*prima facie*, pelo menos) ser decididos da mesma maneira ou análoga aos casos previamente decididos [passados]” (MACCORMICK, 2005, p. 143).

Assim sendo, para a jurisdição anglo-saxã, sob a doutrina do *stare decisis*,

um tribunal está vinculado por seus próprios precedentes e os dos tribunais superiores em sua própria jurisdição. No entanto, os tribunais também seguem a prática do raciocínio de outras fontes doutrinárias, como precedentes decididos pelos tribunais coordenados em suas próprias jurisdições, precedentes de outras jurisdições e fontes secundárias, como comentários (EISENBERG, 1988, p. 49).

Cumprido anotar, por fim, ser tranquilo o entendimento de que, na tradição *common law*, os “precedentes são reconhecidos como uma fonte da qual deriva um certo tipo de direito, o direito jurisprudencial (*case law*)”. Porém, há de se atentar que, em nossa contemporaneidade, não há mais o puro *case law*.⁶⁸

Desse modo, não faz sentido a abordagem de que os sistemas *common law* e *civil law* estão se aproximando.⁶⁹ Inclusive, no nosso entendimento, essa argumentação é frágil diante da interpretação do que se extrai da história no sentido de que os sistemas derivam de um tronco comum, haja vista o direito costumeiro agregado a um sistema legislativo (ainda que discreto), com o intuito de imprimir ordenação e estruturação às regiões ou tribos.

⁶⁸ No idioma original: “Precedents are acknowledged as a source from which a certain kind of law is derived, namely case law. For present times, at least, the caveat must be added that, even in the countries of the 'common law', pure case law is quite rare. Much case law now takes the form of glosses upon statute law” (MACCORMICK, 2005, p. 144).

⁶⁹ Explica-se com mais acréscimo: o meu entendimento é de que os sistemas *civil law* e *common law* sempre foram próximos. Porém, pode-se dizer que, em certo momento da história, a aproximação tenha ocorrido com maior intensidade. Mas não da maneira como muitos juristas analisam de que não existia aproximação e, de repente, os dois sistemas começaram a se aproximar.

Em realidade, a distinção entre os dois sistemas consiste no fato de que os países de *common law* concebiam a legislação de modo diferente dos países de *civil law*. Estes buscavam atingir a certeza jurídica mediante a legislação, a fim de obter previsibilidade e segurança jurídica. A lei tinha que abarcar todo e qualquer caso concreto, e o juiz tinha que julgar adstrito ao que estava descrito na lei, nem mais nem menos. Com a evolução, hoje os países de *civil law* já buscam adaptar o *common law* à perspectiva do *stare decisis* em suas jurisdições.

No *common law*, por sua vez, a legislação não tinha essa dimensão. Num primeiro momento,⁷⁰ teve a função de ordenar as práticas de conduta do *englishman*, instituir, entre outros comandos, regras relativas à posse de terras e à herança. Num segundo momento,⁷¹ serviu para frear o arbítrio do monarca, pois a trilha era essencialmente julgar os casos concretos como se apresentavam, considerando os fatos ali delineados, e a interpretação do juiz se fazia a partir deles para compor uma regra geral e abstrata (método indutivo). Nas demais fases evolutivas, a legislação se apresenta com a perspectiva de alinhar mecanismos de proteção de benefícios sociais e direitos humanos e regras de cunho administrativo-procedimentais e processuais.

Na verdade, a legislação ganhou posição de destaque no sistema jurídico inglês, tendo em vista a necessidade de conformação às exigências sociais contemporâneas e aos compromissos internacionais. No entanto, continua sendo uma fonte secundária do direito. A lei, em seu sentido lato, em regra, continua fazendo a sua função de corrigir princípios do *common law*, não se devendo buscar aí os próprios princípios do direito, mas somente soluções que possam retificar os princípios estabelecidos nos precedentes judiciais. Certamente, as leis serão aplicadas pelos juízes, mas sua aplicação deve ser excepcional, de modo restritivo (*exceptio est strictissimae interpretationis*) (DAVI, 2014, p. 434).

Diante desse prisma, não é correto asserir que o sistema jurídico inglês não dialoga com o sistema legislado apenas pelo fato de ter como diretriz o *common law* em sua estrutura contemporânea, vislumbrada na concepção de obrigatoriedade de observar os precedentes (*stare decisis*), quando eles ainda são coerentes e se conformam com as circunstâncias da

⁷⁰ Exemplo de legislação no período inicial anglo-saxão: **The Anglo-Saxon Dooms**. Disponível em: <https://sourcebooks.fordham.edu/source/560-975dooms.asp#Laws%20of%20King%20Edgar>. Acesso em: 20 nov. 2018.

⁷¹ O direito inglês passa a ter como instrumentos essenciais as decisões judiciais – *Law Reports* de 1865 – e a legislação – enciclopédia das *Laws of England*, sob a direção de Lorde Halsbury, regras internalizadas no direito inglês pela Magna Carta de 1215 –, considerando-se que os arts. 1, 9 e 29 ainda vigoram no corpo legislativo inglês, *Bill of Rights* de 1689, consagrando a supremacia do Parlamento, os direitos fundamentais insertos na *Petition of Right* de 1628. Ver DAVI, 2014, p. 378; COMPARATO, 2015, p. 91; DICEY, 1915, p. 36-37.

sociedade moderna.⁷² O que se deve pensar é que, no *common law*, o sentido conferido à lei, o seu significado, bem como a atuação dos juízes,⁷³ até certo tempo, se distanciaram da concepção empregada nos países de *civil law*.

Enfim, nas lúcidas palavras de Marinoni (2016, p. 46): “(...) se alguma diferença há, no que diz respeito aos Códigos, entre o *civil law* e *common law*, tal distinção está no valor ou na ideologia subjacente à ideia de Código”.⁷⁴

⁷² Segundo Souza (2013, p. 91-92), nos Estados Unidos, a regra do *stare decisis* é mais flexível do que na Inglaterra. “Em verdade, mesmo em se tratando de um precedente *a priori* obrigatório, os tribunais americanos não se consideram estritamente obrigados a segui-lo se ele não prima pela correção e razoabilidade (...). As diferenças existentes são, mais uma vez, plenamente justificáveis. Primeiramente, o número de precedentes nos Estados Unidos, acerca de qualquer matéria, é bem maior. Um desenvolvido sistema de Justiça Federal, ao lado de dezenas de sistemas estaduais, faz com que se tenham comumente precedentes contraditórios. E isso dá aos juízes muitas vezes, a possibilidade de escolha do precedente mais adequado. Em segundo lugar, a rápida expansão econômica americana implica constantes mudanças políticas e sociais e isso sugere, comparando-se com a gradual evolução da Inglaterra, que estrita adoção da doutrina do *stare decisis* seja mais difícil e problemática. Por derradeiro, as questões constitucionais têm um papel bem mais preponderante nos Estados Unidos. Como se sabe, a interpretação do Direito constitucional – Direito eminentemente político – deve ser caracterizada pela flexibilidade. E essa flexibilidade, quando da aplicação dos precedentes judiciais constitucionais, necessariamente contamina as outras áreas do Direito”. Ver também: FARNSWORTH, 1963, 62-69.

⁷³ A história deixa bem evidente a diferenciação de atuação dos juízes nos sistemas de *common law* e *civil law*, em especial, o que se sucedeu no direito francês pós-revolucionário. Bem explica Marinoni (2016, p. 47-48): “Na Inglaterra, ao contrário do que ocorreu na França, os juízes não só constituíram uma força progressista preocupada em proteger o indivíduo e em pôr freios no abuso do governo, como ainda desempenharam papel importante para a centralização do poder e para a superação do feudalismo. Naquele país, a unificação do poder se deu de forma razoavelmente rápida, com a eliminação da jurisdição feudal e de outras jurisdições paralelas. E os juízes colaboraram para esta unificação, afirmando o direito de ancestral tradição na nação, sem qualquer necessidade de rejeição à tradição jurídica do passado. A Revolução Francesa, porém, procurou criar um direito que fosse capaz de eliminar o passado e as tradições até então herdadas de outros povos, mediante não só o esquecimento do direito francês antigo, como também da negação da autoridade do *ius commune*. O direito comum havia de ser substituído pelo direito nacional e esse tinha que ser claro e completo para não permitir qualquer interferência judicial. Não havia como confiar nos juízes, que até pouco tempo estavam ao lado dos senhores feudais e mantendo forte oposição à centralização do poder. Significa dizer que, além da rejeição do direito comum e da necessidade de instituição de um direito novo, foi imprescindível a subordinação do juiz ao Parlamento. O direito contraria com um grave e insuportável obstáculo caso fosse entregue nas mãos dos magistrados. Ou melhor, havia bom motivo para não dar aos juízes o poder de interpretar as normas traçadas pelos ‘representantes do povo’. As histórias do poder no *common law* e *civil law* foram as responsáveis pelas diferentes funções atribuídas aos juízes desses sistemas jurídicos”.

⁷⁴ Marinoni (2016, p. 46) leciona que no “*common law*, os Códigos não têm a pretensão de fechar os espaços para o juiz pensar; portanto, não se preocupam em ter todas as regras capazes de solucionar os casos conflituosos. Isso porque, neste sistema, jamais se acreditou ou se teve a necessidade de acreditar que poderia existir um Código que eliminasse a possibilidade de o juiz interpretar a lei. Nunca se pensou em negar ao juiz desta tradição o poder de interpretar a lei”.

2.3 O sistema jurídico brasileiro aderente às exigências do constitucionalismo

Como visto alhures, nos dias atuais, a essência do *common law* ainda permanece intacta no sentido de conceber a *legal rule* como composição de uma regra geral e abstrata, extraída do elenco factual do caso concreto e que somente será realmente assim definida – pelo método indutivo –, após a manifestação judicial sobre tal comando.

Por isso, tem uma dimensão de generalidade reduzida em comparação com a regra de direito concebida no sistema jurídico continental, a qual produz solução abrangente e sistemática. Neste, a “norma jurídica constitui um comando geral e abstrato, que se propõe a abranger, em sua moldura, uma variedade de casos futuros. A sua aplicação firma-se em um raciocínio dedutivo, que parte do comando geral para regular a situação particular” (MELLO; BARROSO, 2016, p. 12).

Entretanto, o sistema *civil law* também teve o seu momento de transformação em termos de concepção do direito posto e da função jurisdicional, quando o princípio da legalidade aderiu a um novo sentido ao abarcar uma dimensão substancial. Ferrajoli (2001, p. 53) faz alusão a uma “segunda revolução”, em contraposição àquela firmada com a clássica supremacia da lei, em que esta era vislumbrada apenas formalmente. Com o processo de constitucionalização – que se descortinou, especialmente, com as duas Grandes Guerras –,⁷⁵ a lei passa o seu posto de supremacia para a constituição, devendo se conformar inteiramente aos direitos fundamentais nela expressos. Como explana Ferrajoli:

El constitucionalismo, tal como resulta de la positivización de los derechos fundamentales como límites y vínculos sustanciales a la legislación positiva, corresponde a una segunda revolución en la naturaleza del derecho que se traduce en una alteración interna del paradigma positivista clásico. Si la primera revolución se expresó mediante la afirmación de la omnipotencia del legislador, es decir, del principio de mera legalidad (o de legalidad formal) como norma de reconocimiento de la existencia de las normas, esta segunda revolución se ha realizado con la afirmación del que podemos llamar *principio de estricta legalidad* (o de *legalidad sustancial*). O sea, con el sometimiento también de la ley a vínculos ya no sólo formales sino sustanciales impuestos por los principios y los derechos fundamentales contenidos en las constituciones (Ferrajoli, 2001, p. 53).

⁷⁵ Com maior aprofundamento sobre o processo histórico de transformação do Estado liberal em Estado constitucional-social em: MELO, 2015, p. 71-82.

A criação de tribunais constitucionais⁷⁶ em territórios europeus e a inserção do controle de constitucionalidade de lei comprovam essa “segunda revolução” a que alude Ferrajoli.

Por outra banda, notar-se-á que o papel do juiz do *civil law* – e nisto, poder-se-ia aceitar certa aproximação ao *common law* – desbordou-se para alcançar a função criativa do juiz, não ficando adstrito à aplicação literal da lei –⁷⁷ e, raríssimas vezes, interpretativa ou explicativa.⁷⁸ Isso significa dizer que o magistrado passou a criar normas jurídicas a partir do caso concreto.

Destarte, após o processo de constitucionalização dos Estados, que se deu efetivamente entre os séculos XIX e XX, a concepção de Estado liberal e da lei sofre um processo de decadência. Segundo Bonavides (2005, p. 231), esse processo vem documentado com a Constituição de Weimar, quando se pensa em princípios constitucionais a se volverem basicamente para a sociedade e não para o indivíduo visto de forma isolada. Nesse momento, a intenção mesmo é de que o Estado se reconcilie com a sociedade.

Com os Estados sociais mais consolidados, os direitos fundamentais passam a exigir prestações positivas. Assim, o Estado, além de proteger a liberdade do indivíduo, presta-lhe proteção contra interferências oriundas de particulares ou do próprio Poder Público. E essa tutela ocorre no âmbito dos três poderes: Legislativo, Judiciário e Executivo.

Canotilho (1993, p. 543) explica que os direitos originários a prestações existem quando, “a partir da garantia constitucional de certos direitos”, há o reconhecimento simultâneo do dever do Estado de criar “pressupostos materiais” necessários ao “exercício efectivo desses direitos e a faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos”.

Nessa perspectiva, os direitos fundamentais surgem com a função axiológica de direcionar os órgãos estatais a partir da sua eficácia irradiante, de modo a fornecer diretrizes para aplicar e interpretar o direito infraconstitucional – interpretar conforme esses mesmos direitos. Consoante Sarlet (2011, p. 143), “constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição”, detentoras de eficácia para “todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos”.

⁷⁶ Excepcionalmente, países que adotaram, de forma absoluta, a separação dos poderes. Até 2010, a França não tratava da constitucionalidade das leis em vigor. Só em 1/3/2010, o Conselho Constitucional criou, para casos excepcionais, a fiscalização da constitucionalidade para qualquer interessado discutir, em processo judicial, disposição legislativa a violar direitos e liberdades garantidos pela Constituição. O Conselho Constitucional é chamado a se pronunciar, mediante reenvio do Conselho de Estado ou do Tribunal de Cassação, com prazo de três meses (EUROPEAN JUSTICE. **Tribunais Especializados – França**. Disponível em: https://e-justice.europa.eu/content_specialised_courts-19-fr-maximizeMS-pt.do?member=1. Acesso em: 27 ago. 2019).

⁷⁷ Até a ocorrência mais assentada do Estado social constitucionalista, a lei imperava e o juiz a aplicava literalmente, sem qualquer trabalho hermenêutico e sem considerar os aspectos fáticos do caso. A lei era concebida de forma genérica, abstrata e universal e direcionada ao homem tratado de maneira formalmente igual, sem relevar as especificidades de cada um.

⁷⁸ Com relação à evolução histórica da aplicação e interpretação da lei, ver LOPES, 2016, p. 205-208.

Os direitos fundamentais⁷⁹ guardam uma perspectiva objetivo-valorativa, a transmitir uma ordem dirigida (eficácia dirigente) para direcionar a atuação do magistrado. Dessa maneira, esses direitos não são vislumbrados de forma isolada, de modo a que haja – como na visão clássica liberal do direito – uma norma determinando uma coação de não interferência na autonomia do sujeito. Vale dizer: existem relações dos seres humanos entre si. Toda adequação jurídica deve estar voltada ao ser humano, às suas necessidades (BARZOTTO, 2005, p. 47-50).

Barboza (2014, p. 140) aprofunda-se ao externar que, nesses direitos fundamentais, reside uma moralidade política,⁸⁰ já que “em certas sociedades plurais e multiculturais” existe certo “dissenso moral acerca de relevantes fatos da vida” – como aborto, união civil entre homossexuais e pena de morte. Esse dissenso dificulta identificar, no seio constitucional, o modo pelo qual esses direitos fundamentais justificarão as decisões a emitirem “um padrão único a ser aceito por toda a comunidade”.

Assevera a constitucionalista que, embora exista um consenso mínimo, no campo normativo constitucional, quando da positivação dos princípios e direitos fundamentais – como a liberdade, igualdade, dignidade –, não existe concordância quanto “às implicações desses direitos nas situações concretas” (BARBOZA, 2014, p. 140). Quer dizer: todos estão assentes de que esses direitos devam ser almejados, a dificuldade está em encontrar consenso quanto ao seu significado e alcance. Por isso, há a necessidade de identificar os elementos essenciais à formação desse sentido e alcance.

Então, a partir da mutação social, a tradição *civil law* passou a encampar, em suas codificações constitucionais e legais, as denominadas cláusulas gerais, cujas características são os conteúdos normativos abertos, vagos e indeterminados.⁸¹ Isso torna impossível, em se tratando, por exemplo, de direitos fundamentais, separar de forma absoluta o direito da política,

⁷⁹ Cumpre anotar que a nomenclatura “direitos fundamentais” tem em vista uma perspectiva nacional – são os direitos humanos constitucionalizados, enquanto “direitos humanos” guarda uma dimensão internacionalista.

⁸⁰ A moralidade política é aquela que reflete os valores observados por determinada comunidade, como um “código universal de conduta”, numa dimensão normativa a orientá-la, mesmo porque “o poder político é um poder jurídico” e, por isso, “não pode ser negada a jurisdicionalização de questões políticas” (QUINTAS, 2014, p. 43-48 e 61). Não se está a falar em política partidária e interesses partidários, mas sim em princípios e valores consensualmente vigorantes numa comunidade, a despeito de os partidos políticos terem foco na defesa de determinados valores que comungam com os de seu eleitorado.

⁸¹ Quanto a esse ponto, Mitidiero (2013, p. 55) explica: “Os textos são potencialmente equívocos por várias razões. Dentre elas, a ambiguidade, a complexidade, a implicabilidade, a superabilidade e a abrangibilidade dos enunciados textuais. Os enunciados são ambíguos, porque apresentam duas ou mais opiniões de significado. São complexos, porque podem exprimir duas ou mais normas ao mesmo tempo. Por vezes, pode existir dúvida a respeito da existência de um nexo de implicação entre os enunciados, da superabilidade ou não do enunciado – isto é, se ele está sujeito ou não a exceções implícitas – e da abrangência da disposição – se taxativa ou meramente exemplificativa. Em todos esses casos, o texto pode revelar-se equívoco e é necessário individualizar, valorar e escolher entre duas ou mais opções de significado a fim de obter-se uma norma”.

haja vista a existência de fatores ideológicos, advindos da própria estratificação social, que podem influenciar no momento da produção decisória.

Isso significa que, muitas vezes, não há como o juiz, ao decidir, evitar a presença de elementos de cunho moral e ideológico, especialmente quando está a tratar de casos envolvendo direitos fundamentais. Desse modo, o juiz passou, em seu trabalho hermenêutico, a traduzir demandas com elementos políticos para uma abordagem jurídica.⁸²

Marinoni (2016, p. 66), ao versar sobre a evolução do processo civil desde o Estado liberal clássico, em que vigorava o princípio da tipicidade das formas processuais, até a nossa contemporaneidade, afirma que hoje, para preenchimento dos conceitos indeterminados, se percebe uma dilatação do poder do juiz para criar técnicas processuais. A razão disso é que a lei em si não pode vinculá-las “às necessidades de direito material nem desenhar tantos procedimentos quantos forem as situações substanciais carentes de tutela”. Além do mais, “o legislador não pode antever todas as necessidades de direito material, uma vez que estas não apenas se transformam diariamente, como assumem contornos variados conforme os casos concretos”.⁸³

Nessa trilha, o juiz, imbuído de seu poder-dever de tutelar direitos, assume agora a obrigação de identificar as necessidades e peculiaridades de direito material envolvendo o caso concreto.

É justamente nesse cenário jurídico que o Brasil se insere como membro da família *civil law*, mas com feição mais moderna e consentânea com as exigências constitucionais. Isso porque a jurisdição constitucional se efetiva desde a primeira até a última instância. O juiz de primeiro grau, ao julgar um caso concreto, em que a lei apreciada esteja em desconformidade com o texto constitucional, tem o poder de negá-la, de lhe conferir sentido mediante técnicas de interpretação conforme e de declaração parcial de nulidade e de suprir omissão do Legislativo,⁸⁴ dando efetividade aos direitos fundamentais.

⁸² Cabe aqui um alerta: “é certo entender que, por mais que o direito deva estar comprometido com a Justiça (e com a visão de Justiça que prevaleça em determinada comunidade), as práticas sociais modernas não permitem a redução ou a assimilação do Direito à ideia de Justiça” (QUINTAS, 2014, p. 31).

⁸³ Exemplo de Marinoni (2016, p. 66): “os arts. 536 e 537 do CPC/2015 demonstram uma abertura no conteúdo permitindo ao juiz à “construção do modelo processual adequado à natureza da tutela específica almejada”.

⁸⁴ Marinoni (2016, p. 72-73) leciona que, quando se constata ausência de lei, ou seja, o legislador não edita norma a tutelar o direito fundamental – este ofende o direito fundamental na função mandamental de tutela –, então, cabe ao juiz controlar a suficiência desta tutela, de modo a satisfazer as exigências mínimas na sua eficiência. Na mesma toada, Canaris (2009, p. 138-139) expõe que “a proibição da insuficiência não coincide com o dever de proteção, mas tem, antes, uma função autônoma relativamente a este. Pois trata-se de dois percursos argumentativos distintos, pelos quais, em primeiro lugar, se existe, de todo, um dever de proteção, e, depois, em que termos deve ser realizado pelo direito ordinário sem descer abaixo do mínimo de proteção jurídico-constitucionalmente exigido. No controle de insuficiência trata-se, por conseguinte, de garantir que a proteção satisfaça as exigências mínimas na sua eficiência”.

Assim, o ordenamento jurídico brasileiro, ao outorgar o controle de constitucionalidade ao juiz de primeira instância e ao Supremo Tribunal Federal, abre espaço para que se adote um trabalho judicial voltado ao sistema de precedentes judiciais. Na medida em que é possível à Suprema Corte brasileira atuar na construção das normas jurídicas ou na fiscalização legal, exige-se que haja coerência em todo o sistema – tanto intra como extradecisão –,⁸⁵ a fim de promover igualdade, segurança jurídica e o desenvolvimento do direito.

Desse modo, o direito brasileiro contemporâneo contempla uma nova perspectiva da função jurisdicional, assimilada com o processo de constitucionalização, e a transmutação do conceito de direito, em que este pode ser construído, não por iniciativa do legislador, mas pelo próprio juiz. Este labora hermeneuticamente de modo a particularizar a situação concreta, extraíndo os aspectos fáticos relevantes, para montar uma norma geral ou universal.⁸⁶ Vale dizer: parte-se do particular para alcançar a universalização do direito, podendo-se defender certa similaridade com a função desempenhada pelo *decision-maker* do *common law*.

Então, indaga-se: como, no âmbito do direito brasileiro, o juiz constrói essa norma jurídica para o caso concreto quando não existe uma norma geral ou esta é dissonante dos princípios de justiça e das normas de direitos fundamentais?

Para se chegar à resposta a esse questionamento, será necessário percorrer alguns conceitos essenciais à construção da norma jurídica pelo julgador, bem como modelos teóricos de extração da *ratio decidendi* – aquilo que torna a norma jurídica vinculativa.

⁸⁵ Imprimir coerência “extradecisão” significa respeitar um sistema de competência jurisdicional que envolve a ideia de hierarquia, mas não se confunde com independência e autonomia. Pode, ainda, guardar o sentido de existir um processo dialógico coerente empreendido entre os ministros ou entre estes e outros órgãos institucionais. Portanto, a doutrina de precedente judicial traz essa perspectiva.

⁸⁶ Cumpre lembrar que, na teoria kelseniana, as funções jurisdicional e legislativa eram claramente distintas: para a primeira, não era permitido ao juiz criar normas gerais, apenas individuais, que equivaleriam sempre à sentença. O juiz apenas aplicava a lei ao caso concreto (subsunção), pois para Kelsen (2013, p. 150-153), a norma individual (sentença) somente poderia ser justificada por uma norma geral e, por isso, ela simplesmente era aplicada e não criada. Já a função legislativa tinha uma característica criadora, porém não poderia o legislador desviar do texto constitucional. Afirma Kelsen (2013, p. 150-153): “O órgão legislativo se considera na realidade um livre criador do direito, e não um órgão de aplicação do direito, vinculado à Constituição (...), a legislação é subordinada à Constituição exatamente como a jurisdição e a administração o são à legislação, e, que, por conseguinte, o postulado da constitucionalidade das leis é, teórica e tecnicamente, absolutamente idêntico ao postulado da legalidade da jurisdição e da administração. (...). Tanto quanto se possa distingui-las, a diferença entre função jurisdicional e função legislativa consiste antes de mais nada em que esta cria normas gerais, enquanto aquela cria unicamente normas individuais”. Quando Kelsen (2013, p. 150-153) externa que anular uma lei é estabelecer uma norma geral, ainda assim, ele defende que a anulação de uma lei por um tribunal competente “se produz essencialmente como aplicação das normas da Constituição”.

2.4 Instituto da *ratio decidendi*: localização e quórum deliberativo à vinculação do precedente

Para a compreensão da mecânica de construção do precedente, é de suma importância esclarecer, neste início, que decisão judicial não se confunde com precedente.

Marshall (2016, p. 503) aduz que o termo “precedente” possui vários sentidos em sua aplicação. Às vezes,

é aplicado sem reflexão ou análise a um corpo de decisões prévias supostamente relevantes (geralmente reunidas e citadas por advogados de ambos os lados em um *common law case*). Em segundo lugar, o “precedente” pode ser usado como uma descrição do resultado ou o próprio resultado de uma decisão específica que se pensa ser significativa. Terceiro, o termo pode ser usado para declarar/afirmar uma regra mais ampla do que a decisão em um caso particular que é aventado para justificar ou ilustrar. (...) A discussão sobre a natureza vinculante do precedente está focada primeiramente no segundo e terceiro desses usos.⁸⁷

Partindo da demonstração de Marshall sobre o que pode ser considerado precedente, a decisão judicial só se tornará precedente quando envolva de determinadas características que a particularizam de modo a poder ser utilizada como paradigma, orientando os juízes e jurisdicionados. Portanto, nem toda decisão se transmuta em precedente.

Ademais, só é possível falar em sistema de precedentes com a formação da *ratio decidendi*, que será tratada com profundidade mais adiante. Se esta não for bem formulada, bem delimitada, a decisão fica como decisão apenas, falta-lhe a qualidade de um precedente – ele não se forma – e não servirá de padrão decisório vinculativo para casos semelhantes que porventura surjam, o intitulado *stare decisis* ou precedente obrigatório.

O segundo ponto fundamental a ser dito é que o elemento a vincular a decisão não se situa no dispositivo, mas “na essência das razões apresentadas para justificá-la”⁸⁸ (MARINONI, 2016, p. 186). Isso porque o dispositivo constitui justamente o resultado do caso concreto *inter partes* – ele se volta especificamente à relação litigiosa, para sua concretude.

⁸⁷ No idioma original: “The term ‘precedent’ itself has a number of applications. In the first place, it is sometimes applied without further thought or analysis to a body of allegedly relevant prior decisions (typically gathered together and cited by counsel on both sides in a common law case). Secondly, ‘precedent’ can be used as a description of the result or outcome of a particular decision that is thought to be of some significance. Thirdly, the term may be used to state a wider rule that the decision in a particular case is alleged to instantiate or illustrate (...). Discussion of the binding nature of precedent has focused primarily on the second and third of these usages”.

⁸⁸ Marshall (2016, p. 507) afirma: “Para descobrir a formulação ou extensão correta do princípio, é preciso examinar as razões apresentadas pelos tribunais superiores para justificar a sustentação ou anulação das decisões dos tribunais inferiores”. No idioma original: “To discover the correct formulation or extension of the principle one must examine the reasons given by superior courts to justify upholding or overruling the decisions of inferior courts”. No mesmo sentido: CÂMARA, 2018, p. 268; MACCORMICK, 1987, p. 153-182.

Tanto é assim que, quando se fala em coisa julgada, está-se a pensar na indiscutibilidade e imutabilidade da parte dispositiva da sentença e, por isso, somente tem importância para as partes e não para terceiros alheios ao processo. Em outras palavras, não influencia de modo a beneficiar ou prejudicar terceiros. Já em relação ao precedente judicial, pensa-se no alcance da totalidade social, não se restringe aos sujeitos processuais. Tem um alcance maior e geral⁸⁹ de modo a projetar-se perante todos os membros da sociedade – eficácia geral. Isso porque a premissa básica do precedente é de que todos têm o direito de ser tratados de modo igual perante as decisões, só assim é possível atingir um sistema de justiça imparcial.

Quanto a esse ponto, Marinoni (2018, p. 353-354) explica a diferença entre a doutrina do precedente e a coisa julgada:

A teoria do precedente é fundada em plano totalmente diverso do da teoria da coisa julgada. **No que tange à coisa julgada, sempre foi reconhecido, tanto no âmbito do *common law* quanto no do *civil law*, que ninguém pode ser prejudicado por decisão proferida em processo de que não pôde participar.** Isso porque a decisão, ao significar positivamente de poder para pôr fim a um litígio, não pode encontrar legitimação a distância da participação daqueles que estão envolvidos no conflito de interesses, especificamente ao impor prejuízo a um dos litigantes.

(...)

Portanto, se a lógica da coisa julgada não permite pensar em prejuízo a quem não teve oportunidade de discutir, **o precedente se afasta desta lógica na proporção em que diz respeito a todos os membros da sociedade e não às partes de um conflito.** Esta é a inescusável e, na verdade, evidente razão pela qual **os efeitos do precedente, ao contrário dos efeitos da coisa julgada sobre questão, projetam-se contra todos, nada tendo a ver com partes e não partes** (grifos nossos).

Então, quando se pensa em precedente judicial, deve-se ter um olhar voltado para os fundamentos da decisão – é

nas normas adscritas, encontradas na fundamentação que o juiz dá à sua decisão, que se deve buscar as regras que podem servir como paradigmas para resolver casos futuros [MacCormick 1987:155]. A ausência dessas razões ou sua superação por outras consideradas mais fortes em uma argumentação imparcial afeta a aplicação e, em casos mais graves, a própria validade da norma adscrita produzida pelo Judiciário. É na motivação ou fundamentação das sentenças judiciais que as regras jurisprudenciais devem ser encontradas [Bernal Pulido 2005:211]⁹⁰ (BUSTAMANTE, 2012, p. 271).

⁸⁹ Apesar de MacCormick (2005, p. 94) tecer diferenciação quanto aos termos “universal X particular” e “geral X específico”, no sentido de que o primeiro grupo se apresenta numa dimensão lógica (“propriedades lógicas”), enquanto o segundo grupo relaciona-se com a quantidade (“propriedades quantitativas”), neste trabalho os termos “universal e geral” serão utilizados com o mesmo sentido de alcance do todo, bem como “particular e específico” terão o mesmo sentido do caso em sua especificidade/particularidade.

⁹⁰ As normas “adscritas” ou “atribuídas” são normas que não estão estabelecidas no texto constitucional, porém são atribuídas às normas diretamente dispostas na Constituição. Alexy (2011, p. 69-74, 77 e 83) denomina de “normas de direito fundamental estabelecidas diretamente pelo texto constitucional e normas de direito

O terceiro ponto fundamental trata-se do fato de que tão somente os órgãos colegiados estão habilitados para produzir precedente vinculativo. Além disso, a decisão judicial só gera efeito vinculativo se, pelo menos, houver maioria de votos formados para o acórdão. Nas palavras de Marinoni (2015, p. 37): “a *ratio decidendi* enquanto significado que revela o sentido de um texto legal ou mesmo constitui regra editada pela Corte para resolver um caso, em princípio pode ser formada pela maioria do colegiado”.

Essa é a regra adotada pelo clássico *common law*. Este não admite uma *ratio decidendi* sem a aprovação da maioria dos membros da corte. É o que se constata com a assertiva de Wambaugh (1892, p. 23):

Se o tribunal for dividido igualmente, o caso não terá autoridade como precedente. Se o tribunal estiver dividido em absoluto, a força do caso será enfraquecida mesmo na mesma jurisdição. Costuma-se dizer que a força de uma opinião divergente enfraquece o caso. Isso é verdade, se o raciocínio do juiz dissidente for realmente mais forte do que o raciocínio da maioria do tribunal; mas se o raciocínio da minoria é razoavelmente atendido pela maioria, a presença de fortes opiniões divergentes mostra que o caso foi considerado minuciosamente e, portanto, deve ser concedido para fortalecer o caso como autoridade.⁹¹

Igualmente, Montrose (1954, p. 130) já anunciava: “This is that in a five judge court ‘there is **no ratio decidendi** of the court unless at least **three judges** propound the **same ratio decidendi**’”⁹² (grifos nossos).

Infelizmente, não se verifica esse procedimento no Judiciário brasileiro. Percebe-se, na prática judiciária, a soma das conclusões dos votos, de sorte que o entendimento majoritário tem como premissa a conclusão vencedora, ou seja, a maioria vota em determinada conclusão. Assim, o processo de tomada de decisão brasileiro acontece nos moldes do modelo *seriatim*, em que se agrega uma diversidade de votos individuais, contendo a opinião de cada juiz.

fundamental atribuídas”. Elas são criadas pelo juiz ou legislador, a especificar um determinado direito fundamental.

⁹¹ No idioma original: “If the court is divided equally, the case has no authority as precedent. If the court is divided at all, the force of the case is weakened even in the same jurisdiction. It is often said that the strength of a dissenting opinion weakens the case. This is true, if the reasoning of the dissenting judge is really stronger than the reasoning of the majority of the court; but if the reasoning of the minority is fairly met by the majority, the presence of strong dissenting opinions shows that the case was considered thoroughly and accordingly ought to be conceded to strengthen the case as an authority”.

⁹² Tradução livre: “Isto é que numa corte com cinco juízes não há *ratio decidendi* da corte a não ser que, pelo menos, três juízes pronunciem a mesma *ratio decidendi*”.

Vale (2015, p. 115) corrobora essa assertiva em sua tese de doutorado, quando aborda o modelo de decisão *seriatim*:

Em contraste com o modelo de decisão *per curiam*, que privilegia a apresentação do resultado da deliberação como 'opinião do tribunal' em texto único, o modelo de decisão *seriatim* se caracteriza pela produção de um agregado das posições individuais de cada membro do colegiado, cujos votos são expostos 'em série' em um texto composto – aí está o significado do termo em latim *seriatim*. Nos tribunais que adotam esse modelo, a deliberação comumente não se desenvolve com o objetivo de produzir um texto final com única *ratio decidendi* que possa representar a posição institucional da Corte (unívoca e impessoal), mas como uma proclamação sucessiva das decisões individuais dos membros do tribunal, normalmente precedidas de um discurso que cada juiz tem o direito de realizar, seja através de um texto escrito por ele preparado previamente ou por meio da improvisação oral, para apresentar publicamente sua própria argumentação e seu julgamento individual do caso. O resultado da deliberação é apresentado em texto composto pelos diversos votos e suas respectivas *ratio decidendi*, tornando bastante complicada em algumas ocasiões a tarefa de definir com precisão o fundamento determinante da decisão do tribunal, a qual normalmente pode ser realizada pela extração do 'mínimo comum' entre os distintos argumentos individuais.⁹³

Nessa toada, há casos em que se alcança decisão unânime, mas, ainda assim, os votos dos respectivos membros são diferentes.

Destarte, os componentes de uma corte constitucional devem adotar o critério da universalização como parte do seu diálogo argumentativo. Isso implica que os magistrados devem interagir entre si de modo a expor seus discursos jurídicos, tanto quando expõem o raciocínio jurídico no voto como quando o exteriorizam mediante diálogo com os pares, ou seja, o diálogo argumentativo deve ser intra e extradecisão, considerando que o “processo, como espaço institucionalizado para a realização do diálogo jurídico (...) assenta-se na premissa de um discurso racional e não na reflexão isolada de um só sujeito”⁹⁴ (PEREIRA, 2014, p. 105).

Em realidade, essa prática da Corte Suprema brasileira precisa ser repensada para se buscar uma mudança efetiva. Isso porque, se a *ratio decidendi* expressa o sentido do direito, é necessário que a Corte entre em consenso para defini-la de modo claro. Caso contrário, resolver-se-á o litígio – a questão específica do recurso será solucionada –, ou seja, far-se-á justiça *inter partes*, porém não se atingirá a justiça formal, uma vez que não se formou o precedente judicial que serviria para casos semelhantes.

⁹³ Ver também: SILVA, 2013.

⁹⁴ Pereira (2014, p. 104-105), baseando-se em MacCormick, muito bem expõe esse critério universal da decisão: “é sempre sobre um caso concreto, pois colhe deste os fatos e argumentos relevantes, mas as razões que a justificam, por se fundamentar em normas jurídicas e por ser uma autêntica regra, devem ser universalizáveis (...)” e, desse modo, a “razão justificadora deve ser aplicável igualmente em outro caso que satisfaça as mesmas qualificações e circunstâncias, porque se a justificação aplicada no caso A não puder ser aplicada no caso semelhante B é porque foi arbitrária e parcial”.

Nesse mesmo sentido, Bustamante (2012, p. 272) assere não ser possível falar em precedente sobre “normas (gerais) adscritas”, a constituírem “premissas normativas por cada um dos juízes da maioria”, mas é possível falar em “decisão comum constante de norma individual”, correspondente “aos fatos do caso e às conclusões adotadas”. Somente existe um precedente da corte concernente “às questões que foram objeto de consenso dos seus membros”.

Portanto, sem a formação de unívoca *ratio decidendi* pela maioria – e não uma diversidade de *rationes decidendi* acompanhadas de um resultado⁹⁵ (BUSTAMANTE, 2012, p. 272) –, a decisão não transmuda em precedente e não poderá ser replicada, de forma universal, em outros casos semelhantes. Por consequência, prejudica a sua função de promover a igualdade e a estabilidade do direito.⁹⁶

2.5 Instituto da *ratio decidendi*: elementos constitutivos essenciais ao funcionamento do *stare decisis*

Até este momento, foram tratados alguns aspectos essenciais à vinculação do precedente: a localização da *ratio decidendi* – ela não se encontra no dispositivo, mas na fundamentação – e a composição majoritária do colegiado com a compreensão de deliberar produção de uma unívoca *ratio decidendi* a representar o posicionamento da corte.

No presente item, a proposta é realizar um aprofundamento dos elementos que integram a *ratio decidendi* e como ela é identificada.

Sabe-se que há uma diversidade de concepções conceituais que descrevem as características da *ratio decidendi* escritas, especialmente, por parte de juristas do *common law*.⁹⁷

⁹⁵ Lá na frente, ver-se-á a possibilidade de ter várias *rationes decidendi* (*ratios*, *rationes* ou *racionales*), porém a que formará o precedente será aquela (ou aquelas) para qual houve consenso da maioria. A univocidade implica a existência de consenso. Poderá haver fundamentação forte, mas sem consenso, o que equivale a não formação da *ratio decidendi* à vinculação. Em outras palavras, quando se fala em *ratio decidendi* unívoca implica dizer que se trata da norma adscrita (criada) ou regra jurídica produzida pelo tribunal a representar o seu posicionamento em consenso da maioria e que pode conter dois ou mais fundamentos compartilhados, discutidos e individualizados também pela maioria. Não equivale a pensar na teoria positivista do *common law*, em que se pensa numa unívoca *ratio* para o caso, sem levar em consideração os fundamentos – o elemento vinculante era apenas o “ato de autoridade” (BUSTAMANTE, 2012, p. 253).

⁹⁶ Conforme Marinoni (2016, p. 293), “num julgamento pode haver maioria em relação ao resultado ou ao provimento do recurso, mas não existir maioria quanto aos fundamentos que determinaram o resultado. Ou seja, dois ou mais fundamentos podem ter sustentado o resultado ou o provimento do recurso, sem com que nenhum deles tenha sido compartilhado pela maioria dos membros do colegiado. Se no primeiro caso há resolução do recurso, no segundo resta clara a impossibilidade de elaboração de precedente. Significa que nem toda decisão recursal leva a um precedente. Ora, o precedente diz respeito ao fundamento ou à questão que solucionada pelo colegiado, determina o resultado do recurso”.

⁹⁷ “Do considerável corpo da literatura do *common law* devotada para este assunto no século passado e das observações menos estruturadas encontradas nas opiniões judiciais, surgiram um número de teses, nem todas compatíveis quanto à caracterização da *ratio decidendi*” (MARSHALL, 2016, p. 506).

Nesta dissertação, far-se-á uma escolha da concepção conceitual e da metodologia operacional empregada para a descoberta da *ratio* mais adequadas ao sistema jurídico brasileiro e que melhor se coadunem com a compreensão de como poderia ser a deliberação judicial brasileira. A finalidade é de que o direito – pelo menos – aproxime-se de uma estabilidade e previsibilidade mais palpável e duradoura, mas não estacionária.

Stone (1959, p. 600) explica que o termo “*ratio decidendi*” abarca o processo de raciocínio pelo qual a decisão foi tomada (*ratio decidendi* descritiva) e a própria identificação e delimitação do raciocínio que um tribunal posterior deverá seguir (*ratio decidendi* prescritiva ou obrigatória)⁹⁸ – trata-se de um princípio jurídico ou um *point of law* estabelecido pela corte, a servir de elemento de autoridade. De maneira descritiva, importa explicar o raciocínio do tribunal à sua conclusão, com base em investigações sociológicas, históricas e até mesmo psicológicas (STONE, 1959, p. 600).

Afirma o jurista inglês que existem duas abordagens: a primeira é a do “observador”, que descreve e explica “como as decisões presentes estão relacionadas a decisões anteriores”; a segunda estabelece, tendo como ponto de partida a conduta das cortes, “os limites dentro dos quais, por uma questão de direito, uma decisão anterior prescreve uma regra vinculativa para decisões posteriores” (STONE, 1959, p. 602).

Nas palavras de Duxbury (2008, p. 67-68), *ratio decidendi* pode significar a razão para a decisão (*reason for the decision*) ou a razão de decidir (*reason for deciding*). No entanto, com relação ao raciocínio judicial a que alude Stone – em *ratio decidendi* prescritiva –, alerte-se não se poder deduzir que a *ratio decidendi* de um caso seja o raciocínio judicial. Este, na verdade, pode ser parte integrante da *ratio*, mas esta, em si, vai além do próprio raciocínio e, em muitos casos, haverá raciocínio judicial que não integra a *ratio*, mas a *obiter dicta*,⁹⁹ ou seja, trata-se de elemento não essencial à decisão.¹⁰⁰

Partindo da premissa de que o juiz deve realizar inicialmente um trabalho investigativo descritivo, há de se verificar a “série de episódios” do caso e separar (selecionar) as características do evento que são essenciais, a fim de serem incluídas em sua descrição.

⁹⁸ No idioma original: “*ratio decidendi* which describes the process of reasoning by which decision was reached (the 'descriptive' *ratio decidendi*), and that which identifies and delimits the reasoning which a later court is bound to follow (the 'prescriptive' or 'binding' *ratio decidendi*)”.)”. Tradução livre: *ratio decidendi* que descreve o processo de raciocínio através do qual a decisão foi alcançada (a *ratio decidendi* 'descritiva'), e aquela que identifica e delimita a justificação que um tribunal posterior está obrigado a seguir (a *ratio decidendi* 'prescritiva' ou 'obrigatória).

⁹⁹ No idioma original: “*Ratio decidendi* can mean either ‘reason for the decision’ or ‘reason for deciding’. It should not be inferred from this that the *ratio decidendi* of a case must be the judicial reasoning. Judicial reasoning may be integral to the ratio, but the ratio itself is more than the reasoning, and within many cases there will be judicial reasoning that constitutes not part of the ratio, but *obiter dicta*”.

¹⁰⁰ *Obiter dicta* será estudada com maior aprofundamento no próximo item.

Nesse sentido, Marshall (2016, p. 506) admite, diante da assertiva de que a “*ratio decidendi* se relaciona com os fatos do caso em questão e continua por ser estabelecida”,¹⁰¹ ser possível haver “ambivalências que podem ser resolvidas se se considerar que o problema conceitual de definir [identificar] a *ratio decidendi* do caso vem frequentemente acompanhado do problema prático de decidir onde a evidência para isso pode ser melhor buscada”¹⁰² (MARSHALL, 2016, p. 513-514). Assim, afirma que, às vezes, acontece de a *ratio* de um caso particular ser resolvida somente depois de um número de casos similares ter sido considerado judicialmente e quando as decisões muito amplas ou restritivas forem corrigidas pela reconsideração subsequente no contexto de uma série de decisões semelhantes¹⁰³ (MARSHALL, 2016, p. 514).

Diante desse espectro, saliente-se que os fatos não se repetem – nunca são os mesmos nos casos que surgem –, até porque cada caso tem suas próprias peculiaridades, a despeito de serem identificadas na mesma classe ou espécie.¹⁰⁴ Assim, quando se fala em fatos similares, significa dizer que estão enquadrados numa mesma categoria, dando sinal de haver “relevantes semelhanças ou identidade essencial entre os casos”¹⁰⁵ (MITIDIERO, 2016, p. 117) a exigir uma mesma solução (*treat like cases alike*).

Igualmente, para identificar a *ratio decidendi*, não basta buscar os fatos relevantes. MacCormick (2005, p. 152) explica a importância que existe nas alegações das partes. O magistrado deve estar bem atento ao conteúdo dos recursos, sendo necessário enfrentar “todos os principais argumentos relacionados à questão de direito” (MARINONI, 2016, p. 157) e

¹⁰¹ A propósito, quando se fala dos aspectos factuais, é necessário deixar registrado o método Goodhart (1930, p. 161-183), que foi muito utilizado em épocas remotas e que propunha que a *ratio decidendi* fosse determinada por meio da verificação dos fatos fundamentais ou materiais, e a decisão era baseada neles, seguindo o princípio “like cases be treated alike”. Embora a contribuição de Goodhart, certo é que, como afirmou Duxbury (2008, p. 83), “fórmulas para determinar a *ratio decidendi* do caso tendem a parecer um tanto estagnadas hoje”. Diante disso, a presente pesquisa vai além dos fatos tidos como relevantes à formação da *ratio decidendi* e, portanto, não será abordado o método de Goodhart.

¹⁰² No idioma original: “Some of this ambivalence may be resolved if we consider that the conceptual problem of defining the *ratio decidendi* of a case has often been run together with the practical problem of deciding where the evidence for it can most usefully be sought”.

¹⁰³ No idioma original: “Whilst it would be absurd to define the ratio of a case as being the ruling of a future court, it may be plausible to say that the ratio of a particular case turns out to be can sometimes be settled only after a number of similar cases have received judicial consideration and when rulings that too broad or too restrictive have been corrected by subsequent reconsideration in the context of a series of similar decisions”.

¹⁰⁴ É em razão disso que Marinoni (2016, p. 165) assevera que o método fático (adotado por Goodhart) é mais restritivo do que o método normativo.

¹⁰⁵ Exemplo dado pela doutrina do *common law*, e mesmo pelos estudiosos brasileiros: casos emblemáticos *MacPherson v. Buick Motor Company* e *Donoghue v. Stevenson*. O primeiro caso foi julgado em New York Court of Appeals, em 1916, e o segundo na House of Lords, em 1932. O primeiro caso foi utilizado como paradigma para julgar o segundo, porém note-se que não se exigiu a integralidade da identidade dos fatos, o que, na realidade, interessou para usar o precedente no segundo caso foi a presença do núcleo comum de fatos jurídicos essenciais entre os casos comparados; vale dizer: existiu uma categoria de fatos relevantes necessária a que pudesse enquadrar o precedente. Ver com detalhes esse caso em: MITIDIERO, 2016, p. 117-119.

emitir suficiência de conclusões a justificar se as reivindicações e contestações procedem ou não, “a não ser que a decisão sobre uma alegação anule a outra” (MACCORMICK, 2005, p. 153).

Isso porque uma decisão que se mostre justificável deve se posicionar quanto

à relevância de qualquer proposição aventada na qualidade de proposição jurídica por qualquer uma das partes ou quanto à interpretação de tal proposição, ou quanto à classificação ou avaliação adequadas dos fatos à luz dos conceitos ou categorias descritivos ou avaliativos envolvidos na proposição dada. Uma decisão desse tipo deve ser logicamente universal ou pelo menos deve ser em termos razoavelmente universalizáveis; e deve estar aberta a justificativas posteriores em termos de argumentos sobre conseqüências, consistência e coerência (MACCORMICK, 2005, p. 152).¹⁰⁶

Por isso, Marinoni (2016, p. 164-165) sinteticamente assevera que, para a identificação da *ratio decidendi*, é essencial se preocupar com dois pontos: um que tem relação com os “fatos do caso, já que a *ratio* seria a decisão a respeito deles, e outro com as razões que embasam a conclusão, ou seja, com as razões que anunciam a regra que dá solução ao caso”.

Em razão disso, o demandante deve se preocupar em precisar suas insurgências, as quais devem “estar fundamentadas tanto sobre proposições jurídicas que justificam certos julgamentos à luz de atos, fatos e circunstâncias, quanto sobre proposições particulares descrevendo a ocorrência dos atos, fatos e circunstâncias relevantes” (MACCORMICK, 2005, p. 152). Por outra banda, cumpre ao demandado “contestar a proposição geral, ou sua interpretação, ou negar os fatos alegados” (MACCORMICK, 2005, p. 152).

Diante desse contexto, é de se perceber que a *ratio decidendi* implica também tratar a questão de direito, sustentar um fundamento por maioria e interpretar a lei, não se limitando, a afirmá-la de modo literal, além de precisar, por vezes, de uma quantidade razoável de decisões para ser definitivamente definida. Nessa perspectiva, “é possível dizer que o precedente é a primeira decisão que, ao menos por maioria, decide a questão de direito ou é a decisão que, igualmente ao menos por maioria, definitivamente a delinea, deixando-a cristalina”¹⁰⁷ (MARINONI, 2016, p. 157).

¹⁰⁶ No idioma original: “A justifiable decision of the legal dispute has to make a ruling on the issues in contention between the parties as to the relevancy of any proposition adduced as a proposition of law by either party or as to the interpretation of such a proposition, or as to the proper classification or evaluation of facts in the light of the descriptive or evaluative concepts or categories involved in the given proposition. A ruling of this kind must be logically universal or at least must be in terms which are reasonably universalizable; and it must be open to ulterior justification in terms of arguments about consequences, and about consistency and coherence”.

¹⁰⁷ Diferentemente, Theodoro Júnior; Nunes; Bahia; Pedron (2015, p. 346) defendem que “uma decisão não nasce como se precedente fosse; são os juízes de casos futuros que, instados a se manifestarem sobre decisões passadas, poderiam invocar tais decisões na qualidade de precedentes”.

Assim sendo, não há dúvidas de que a corte que primeiro pega o caso para analisar é a que define a *ratio decidendi*, porém a corte subsequente não fica isenta de emitir sua compreensão sobre ela quando em contato com situação semelhante. Imagine-se que, se fosse o contrário, estabelecer-se-ia “um efeito retroativo, não desejável e admissível quando se têm em conta a segurança jurídica e a previsibilidade” (MARINONI, 2016, p. 166).

Outro passo fundamental para ir ao encontro da *ratio decidendi*, quando o precedente já está formado e o juiz se depara com determinado caso, é o raciocínio por analogia¹⁰⁸ a fim de verificar se aquele precedente se aplica ao caso sob análise. É quando muitos afirmam estar *interpretando* o precedente para ver se ele se adequa ao caso que surge. Trata-se, ao fim e ao cabo, da aplicação da técnica do *distinguishing*.¹⁰⁹

Considerando, assim, a essência do que se deve buscar para uma *ratio decidendi* aqui abordada, faz-se opção pelo conceito de MacCormick (2005, p. 153), agregando-se a ele todo o raciocínio empregado pelos demais juristas quanto à busca da “*ratio decidendi* descritiva” (Stone) a envolver o trabalho intelectual de colheita de dados empíricos, da historicidade, elementos psíquicos (se existir essa possibilidade), dos eventos fáticos relevantes do caso, de interpretação da lei – não bastando a leitura literal – e dos princípios, com a formação de consenso por maioria:

Uma *ratio decidendi* é uma justificação expressa ou implícita dada por um juiz e que é suficiente para resolver um ponto de direito [questão jurídica] posta pelos argumentos das partes, sendo uma questão sobre a qual uma resolução era necessária para justificação (ou uma das justificações alternativas) da decisão no caso (MACCORMICK, 2005, p. 153).¹¹⁰

Portanto, é possível ir ao encontro de uma *ratio decidendi*, porém há de se indagar – seria útil o próprio magistrado se perguntar – da sua porção. O que é que realmente vincula a tornar a decisão um precedente? Essa indagação é de suma importância ao nosso estudo, pois o *common law* evoluiu e, com ele, a própria concepção do que seja vinculante na porção encontrada da *ratio decidendi*.

Se for se pensar na teoria clássica do precedente judicial, à luz da matriz positivista, somente valeriam como precedentes “aquelas decisões que formam a parte dispositiva da

¹⁰⁸ Duxbury (2008, p. 59) afirma: “Case-law, we might say, unlike statute law, tends to be analogized rather than interpreted”. Tradução livre: “o Direito jurisprudencial, podemos dizer, diferentemente do Direito legislado, tende a ser analógico, ao invés de interpretado”.

¹⁰⁹ “O *distinguishing* revela a demonstração entre as diferenças fáticas entre os casos ou a demonstração de que a *ratio* do precedente não se amolda ao caso sob julgamento, uma vez que os fatos de um e outro são diversos” (MARINONI, 2016, p. 230).

¹¹⁰ No idioma original: “A *ratio decidendi* is a ruling expressly or impliedly given by a judge which is sufficient to settle a point of law put in issue by the parties arguments in a case, being a point on which a ruling was necessary to his/her justification (or one of his/her alternative justifications) of the decision in the case”.

decisão judicial” (BUSTAMANTE, 2012, p. 274). Porém, com a concepção de normatividade constitucional envolvendo direitos fundamentais, a teoria clássica se tornou enfraquecida.

Hoje é adequado pensar que, dentro dessa porção a envolver a *ratio decidendi*, é possível haver uma pluralidade de *rationes decidendi* em um mesmo caso concreto. Em razão disso, é difícil conceber que apenas a formulação de uma regra ou princípio abarque a dimensão global do caso concreto, como na situação de extrair o *holding* do dispositivo, como quis a teoria clássica.

Nesse sentido, Bustamante (2012, p. 271) externa que há *ratio decidendi* não somente quando existe decisão quanto a certa “questão pontual acerca das consequências do caso particular – tal x deve fazer A”, mas também quando o tribunal estabelece, de modo claro e justificado, uma “regra geral” que abarque “além de x, os indivíduos y, z e outros que se achem na mesma situação. Assim, é possível falar em “pluralidade de *rationes decidendi* em um mesmo caso concreto”.¹¹¹

Sabendo-se que os elementos necessários à formação da *ratio decidendi* se encontram nas razões judiciais, para o direito contemporâneo, é certo dizer que “apenas os fundamentos da decisão merecem reconhecimento e acatamento com força vinculativa” (RE, 1994, 283).

Clève (2000, p. 267) colocou muito bem a questão de a vinculatividade alcançar os fundamentos determinantes à luz da evolução das cortes constitucionais e sob o prisma da normatividade constitucional:

A complexidade das questões constitucionais que emergem no contexto da sociedade técnica organizada, por meio de uma Constituição compromissória, para compor um Estado socialmente comprometido, exige, evidentemente, o desenvolvimento pelas Cortes Constitucionais, de novas técnicas de decisão. É necessário, porém, que referidas decisões sejam acatadas pelos demais órgãos da magistratura. Parece ser inevitável conferir-se às apontadas decisões uma eficácia vinculante que se **estenda para além da parte dispositiva, alcançando também a fundamentação da sentença** (grifos nossos).

Os fundamentos não só auxiliam a extrair a(s) regra(s) ou princípio(s) explícito(s) ou implícito(s), mas também guardam autoridade vinculativa, até porque a *ratio* emerge dos próprios fundamentos. Entretanto, saliente-se ser de suma importância a individualização dos motivos determinantes. A fim de deixar a *ratio decidendi* cristalina, é essencial realizar o isolamento dos motivos que determinarão a *ratio* vinculativa ou a decisão universal.

¹¹¹ Em sequência, Bustamante (2012, p. 271-272) alude ao pensamento de Giorgio de Nova: “Seria errôneo, uma vez individualizada uma *ratio decidendi*, necessária e suficiente para a decisão, crer que os outros princípios enunciados na sentença sejam *obiter dicta*. Tais outros princípios podem ser não necessários, mas suficientes para a decisão: e serão, portanto, *rationes decidendi* ulteriores em relação à primeira”. No mesmo sentido de poder haver uma multiplicidade de *rationes*: MACCORMICK, 2005, p. 153.

Por isso, interessa averiguar se o motivo é suficiente à decisão. Se sim, deve ele ser “individualizado na fundamentação”, mostrando-se como “premissa sem a qual não se chegaria à específica decisão” (MARINONI, 2016, p. 208). O motivo determinante é aquele imprescindível à decisão, em razão de sua essencialidade. Infere-se daí que essa será a *ratio decidendi* a vincular outras decisões cujos casos se assemelhem ao caso precedente.

Nessa toada, é possível se deparar com vários motivos – ou *rationes* – suficientes ao *decisum*,¹¹² os quais devem ser individualizados e devidamente debatidos para constituírem *ratio* vinculativa – a *ratio decidendi* a ser deliberada por maioria. Além de ser suficiente, o motivo deve ser “individualizado na fundamentação” (MARINONI, 2016, p. 208) para se tornar motivo determinante.

Isso porque, se um dos motivos suficientes não for adequadamente debatido, examinado e individualizado pelo colegiado, não poderá “ser tomado como motivo determinante ou como *ratio decidendi* para efeito de vinculação de outros órgãos judiciários” e “acaba não adquirindo tal natureza” (MARINONI, 2016, p. 209) e prejudicando a doutrina do *stare decisis*.

Há de se ter a preocupação de “cristalizar, mediante precedente, a solução de dada questão jurídica versada no caso”, não há maiores problemas em afirmar a qualidade de *ratio decidendi* às várias *rationes* que sejam suficientes à solução do caso (MARINONI, 2016, p. 176).

Assim, a *ratio* vinculativa é aquela a envolver, de modo translúcido, os motivos determinantes – extraídos dos fatos essenciais e de determinado raciocínio judicial a levar em conta uma metodologia sistêmico-inclusiva¹¹³ que possuam o consenso da maioria; por certo, emergirá um precedente.

Considerados, por fim, os passos para encontrar a *ratio decidendi* e a sua vinculatividade, cumpre agora ingressar na abordagem do seu reverso, a saber: *obiter dictum*.

¹¹² Aqui cabe uma advertência: quando há, por exemplo, duas *rationes*, cada uma delas “é considerada suficiente para se chegar à solução do caso. Não se pensa em duas *rationes*, portanto, quando há decisões contrapostas, ou melhor, uma decisão favorável ao vencido e outra ao vencedor. Para que haja duas *rationes*, ambas devem ser capazes de propiciar idêntico resultado, isto é, decisão que beneficia o autor ou decisão que beneficia o réu” (MARINONI, 2016, p. 173).

¹¹³ Trata-se de uma indicação de metodologia hermenêutica do ponto de vista holístico-inclusivo em que é possível englobar postulados e métodos que possam conviver harmoniosamente.

2.6 *Obiter dictum* e a sua eficácia persuasiva

Quando o juiz investiga o caso, separa tudo o que é essencial e necessário daquilo que não é importante ou não tem relação com a questão discutida ou com os fatos fundamentais da causa. E, como visto, a *ratio decidendi* é fruto dessa investigação a constituir a fração fundamental do *decisum* habilitada à vinculação.

Igualmente, no decorrer da investigação, são notadas muitas passagens desnecessárias nas *opinions* judiciais, porquanto desconectadas dos fatos relevantes ou mesmo sem significado ao desfecho da decisão.¹¹⁴ Justamente, a *obiter dictum* consiste nas questões não essenciais, é o reverso da *ratio decidendi*.

Duxbury (2008, p. 68) externa que, quanto às opiniões judiciais, há uma diversidade de formas para o surgimento das passagens (*obiter*):

elas podem ser desnecessárias ao resultado, ou desconectadas dos fatos do caso ou direcionadas a um ponto que nenhuma das partes procurou argumentar - e podem ter sido formuladas pelo juiz com menos cuidado ou seriedade do que teria sido o caso se a passagem fizesse parte do motivo da decisão.

É interessante que esse procedimento de investigação seja acompanhado de indagações, a saber: há ou não há necessidade de enfrentar determinada questão? Existe conexão com os fatos relevantes? Tem relação com os principais argumentos das partes? Ou como indagou, por exclusão, Mello (2008, p. 125): “há alguma parte da motivação que poderia ser excluída desde logo da interferência sobre o desfecho de novas demandas”.

Certamente, existem determinadas questões que são irrelevantes ou periféricas, não havendo necessidade de serem examinadas para se atingir o resultado da decisão, ou mesmo não têm sequer ligação com as arguições das partes. Portanto, essas questões são consideradas *obiter dicta*.

¹¹⁴ “Algumas partes de uma *opinion* não são formalmente vinculantes como precedente. Isso é verdade acerca dos fundamentos de uma Corte que não sejam necessários à solução da questão específica apresentada a julgamento. Essa terminologia é chamada *dicta* e é geralmente não vinculante. Como mencionado, *dicta* são normalmente definidas simplesmente como declarações presentes na *opinion*, 'não necessárias' à decisão da Corte sobre a questão ou as questões”. No idioma original: “Some parts of an opinion are not formally binding as precedent. This is true of the views or opinions of the court which are not necessary to the resolution of the specific issue before the court. This language is called 'dicta' and it is generally not binding. As indicated, dicta are usually defined simply as statements in the opinion 'not necessary' to the court's decision on the issue or issues” (SUMMERS, 2016, p. 384).

Entretanto, há situações em que uma *obiter dictum* pode surtir efeito persuasivo, em decorrência do seu grau de relação com o caso tratado.¹¹⁵ Dá-se, pois, a ela um certo peso.¹¹⁶ Nesse sentido, Marshall (2016, p. 515) afirma que, apesar de haver proposições que não fazem parte da *ratio*, essa asserção negativa pode mascarar um número de maneiras diferentes em que a *judicial dictum* pode estar relacionada à *holding* em um caso particular. Então, o jurista indica quatro situações em que uma *opinion* como ponto de direito pode ser:

- 1) Irrelevante para a disposição de um caso ou qualquer outra questão jurídica importante;
- 2) Relevante para a disposição do caso mas não necessária para a *holding*;
- 3) Relevante para alguma questão acessória no caso em questão;
- 4) Relevante para a disposição de uma questão importante que pode surgir em outros casos.

Destarte, a importância atribuída à *dicta* pode ser diferente a depender da situação levantada. De acordo com sua relevância ou força persuasiva, poderá o tribunal subsequente devotar-lhe maior atenção.

Para melhor compreensão, busca-se o exemplo dado por Marinoni no caso “*The Minister of Health v. The King ex parte Yaffe*” submetido à Câmara dos Lordes. Nesse caso, buscava-se a anulação de uma ordem do Ministro da Saúde, e foram apresentadas duas questões de defesa: a primeira tratava-se da alegação de incompetência da Corte para examinar a validade da ordem, e a segunda sustentava a validade da ordem, porquanto havia autorização da *Housing Act, 1925* (MARINONI, 2016, p. 170).

A *House of Lords*,¹¹⁷ com relação à primeira questão, julgou, em votação unânime, contra o Ministro. Com relação à segunda questão, julgou, por quatro votos a um, em seu favor. Intuitivamente, percebe-se que a segunda questão se trata verdadeiramente de *ratio decidendi*. Entretanto, houve dúvida com relação à primeira questão (MARINONI, 2016, p. 170).

Note-se que poderia ser dado ganho de causa, sem a análise da primeira questão, já que se sabia da autorização da ordem ministerial conferida pela *Housing Act, 1925*. Contudo, é de se ver que a primeira questão teria de constituir antecedente lógico ao raciocínio judicial. Trata-se de ponto essencial (ou questão prejudicial), a ser analisada pela corte a fim de que pudesse

¹¹⁵ “Juristas e juízes do *Common Law* ocasionalmente tentaram acumular distinções sobre a distinção básica entre *ratio-obiter* – argumentando que um caso pode conter uma ‘*holding*’ que é mais persuasiva do que uma *ratio decidendi* e que pode haver ‘*judicial dicta*’ que sejam menos persuasivas que *rationes decidendi*, mas mais persuasivo do que qualquer *obiter dictum*” (DUXBURY, 2008, p. 68).

¹¹⁶ Marinoni (2016, p. 169) afirma: “há questões que nada têm a ver com o caso que está sendo julgado e questões que, embora necessitem ser apreciadas para se chegar à decisão, têm íntima relação com o caso *sub judice*. De outra parte, algumas questões podem ter sido enfrentadas de forma aprofundada pela Corte e, além disso, acolhidas à unanimidade pelos juízes”.

¹¹⁷ Atualmente, a *Supreme Court of the United Kingdom* assumiu as funções judiciais da *House of Lords*.

adentrar no mérito. Como Marinoni (2016, p. 170-171) afirmou, usando as palavras de Rupert Cross: “*as questões não eram independentes, mas interdependentes*. Se a primeira questão é um antecedente necessário ao julgamento da segunda em *The Minister of Health*, a ausência de necessidade não poderia ser invocada para se negar à resolução da primeira a qualidade de *ratio decidendi*”¹¹⁸ (grifos nossos).

Portanto, neste caso, nota-se que a primeira questão é *ratio decidendi* e não *obiter dictum*, já que não se tratava de uma “passagem” independentemente da situação em concreto. Ela estava intrinsecamente vinculada à questão meritória e, por isso, referia-se a um aspecto essencial ao deslinde do litígio. Sem a sua resolução, não se poderia alcançar o desfecho do caso.

Diferentemente aconteceu no caso *Perry v. Kendrick’s Transport*. Neste também havia duas questões. Uma se referia à impossibilidade de indenização por injúrias pessoais com base no caso *Rylands v. Fletcher*. Outra se tratava de ser possível suscitar, na contestação ou no recurso do réu, que um estranho provocou o dano. A decisão, com fundamento na primeira ou segunda questão, favoreceria o réu. A Corte decidiu pela possibilidade de indenização por injúrias pessoais com base no caso *Rylands v. Fletcher* favorecendo, assim, o autor-apelado. Já com relação à segunda questão, decidiu por favorecer o réu-apelante, que teve ganho de causa (MARINONI, 2016, p. 169).

Como se vê, neste último caso, as questões são independentes uma da outra, porém foram profundamente discutidas e, apesar de a primeira não ser essencial ao deslinde da segunda, ambas estavam intimamente vinculadas ao caso em si. Uma foi decidida em favor do apelado, e outra em favor do apelante. A primeira, embora tenha sido favorável ao autor-apelado, não influenciaria no resultado do caso, ou seja, não estaria intrinsecamente ligada à segunda questão, de modo a ser imprescindível a sua resolução (MARINONI, 2016, p. 169-170).

Por isso, a primeira questão é *obiter dictum*, porém com qualidade próxima a *ratio decidendi*, porquanto, além de ter sido bastante debatida pela corte, estava estreitamente presa ao caso *sub judice*, podendo, assim, ser chamada de *obiter dictum persuasiva*. Já a segunda questão é essencial e, portanto, compõe a *ratio decidendi*.

Por derradeiro, como foi visto anteriormente, as *obiter dicta* se referem a “passagens” na *opinion* que são irrelevantes e não necessitam de qualquer exame, até mesmo menção. Nas palavras de Marinoni (2016, p. 171), elas acabam “representando excesso de argumentação”.

¹¹⁸ Ver também: CROSS; HARRIS, 1991, 81-83.

No entanto, o *obiter dictum* que se aproxima da *ratio decidendi*, a despeito de não ser dotado do efeito obrigatório, possui efeito persuasivo, quando a questão é bem debatida e é essencial ao deslinde do próprio caso. Ela, no futuro, poderá ser considerada para a discussão pelo tribunal subsequente.

CAPÍTULO 3 - O CASO DA TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA – JULGAMENTOS DA ADC N. 16 E DO RE N. 760.931 PELO STF

(...) o reconhecimento de que é intrínseco em todo ato de interpretação certo grau de criatividade – ou, o que vem a dar no mesmo, de um elemento de discricionariedade e assim de escolha –, não deve ser confundido com a afirmação de total liberdade do intérprete. Discricionariedade não quer dizer necessariamente arbitrariedade, e o juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador livre de vínculos. Na verdade, todo sistema jurídico civilizado procurou estabelecer e aplicar certos limites à liberdade judicial, tanto processuais quanto substanciais.

Mauro Cappelletti, 1992.

3.1 Considerações iniciais

Em 2011, a terceirização trabalhista era o tema em voga no Brasil, embora, até os dias atuais, ainda não tenha findado o seu debate, o que demonstra a sua relevância. Ao mesmo tempo em que corria o julgamento da ADC n. 16 no STF, iniciava-se a primeira audiência pública da história justralhista no TST, cujo intuito era ouvir certos ramos profissionais para a compreensão do fenômeno, mediante colheita de dados técnicos. Para alguns especialistas, a terceirização traz vantagens e, para outros, desvantagens, no que toca aos dois lados da moeda: o desenvolvimento econômico, a envolver dinâmicas de custo e produção, e as condições existenciais do empregado terceirizado e seus direitos trabalhistas.

Por muitos anos, o TST teve todo o domínio do enfrentamento jurídico relacionado à terceirização, especialmente quando, com a edição da Súmula n. 331, fez incidir a responsabilidade, de modo automático e subsidiário, ao ente público (contratante), presumindo-se a sua ausência fiscalizatória referente ao contrato triangular. Isso porque os empregados terceirizados não recebiam a sua contraprestação pelo trabalho realizado, por parte das empresas contratadas, que sumiam repentinamente ao perceber que não dariam conta de pagar as verbas trabalhistas¹¹⁹ ou, se não sumiam, tornavam-se eternas devedoras pelas suas obrigações juslaborais.

¹¹⁹ Recomenda-se a leitura da interessante pesquisa empírica realizada *in loco* pelo jurista e defensor árduo dos terceirizados, Souto Maior, que aborda todos os aspectos inerentes à contratação e às condições desfavoráveis nas quais se inserem os empregados contratados pela Universidade de São Paulo (USP): MAIOR, Souto. Carta Aberta aos “Terceirizados” e à Comunidade Jurídica. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná**, n. 10, v. 1, p. 53-73, ago. 2012. Numa situação particular, a Câmara dos Deputados, insatisfeita com o sumiço da empresa terceirizada Visual, a qual deixou empregados sem salários, muito menos, justificativa, ingressou na Justiça Trabalhista para pedir a prestadora de serviços a devolução aos cofres públicos de uma quantia razoavelmente grande relacionada às rescisões contratuais e aos encargos trabalhistas que foram repassados diretamente aos terceirizados: TORRES, Izabele. Câmara vai ao TST contra

Assim, o STF deixou para a Corte Superior Trabalhista a última palavra quanto à resolução das problemáticas jurídicas relacionadas à terceirização. Todos os recursos ingressados na Corte Suprema não prosseguiram simplesmente porque, no seu entender, versavam matéria de natureza infraconstitucional.

Entretanto, o ingresso da ADC n. 16 – anos depois, do RE n. 760.931 – deu voz e visibilidade ao tema, fazendo com que o STF refletisse sobre a questão que acirrava paixões nos defensores do interesse público e naqueles voltados ao interesse social. Passou, então, a prestar mais atenção ao que estava ocorrendo na seara justralhista e resolveu acolher a ação para discutir, com mais tempo, o tema.

Esse julgamento mexeu com os ânimos da comunidade jurídico-trabalhista e da sociedade em geral e já começa a apresentar impactos socioeconômicos em diversos graus. Isso leva a pensar se realmente o STF conseguiu pacificar a questão de modo a refletir positivamente tanto para a Administração Pública como para os empregados. Será que houve efetivamente o equacionamento uniforme da terceirização para as relações envolvidas? Será que o conflito de interesses foi apaziguado para ambas as partes?

As indagações acima são de suma importância, porque uma decisão vinculante advinda do STF repercute nas relações triangulares futuras a interferir em vidas humanas. O que nos parece é que o resultado decisório beneficiou apenas a Administração Pública, que economizou milhões aos cofres públicos. Em contrapartida, os empregados terceirizados se encontram desamparados, em total vazio, sem receber as verbas devidas – e, à evidência, jamais as receberão.¹²⁰ A partir dessa constatação, indaga-se: vale a pena, do ponto de vista do empregado terceirizado, ingressar nesse tipo de contratação triangular?

A crise que se instaura – provavelmente será patente com os anos vindouros – é a seguinte: existe uma necessidade real, por parte da Administração Pública, de captação de empregados terceirizados para a realização de tarefas específicas nos órgãos públicos. Porém, é possível que ocorra o seu natural esvaziamento, pois dificilmente pessoas especializadas em determinados afazeres irão se relacionar contratualmente com empresas prestadoras de serviços, por medo de passar anos trabalhando e, ao final, não receberem nada em troca. Isso

terceirizada. **Correio Braziliense**. Blog Servidor Público Federal. 31 de maio de 2011. Disponível em: <https://servidorpublicofederal.blogspot.com/2011/05/camara-vai-ao-tst-contratada-terceirizada.html?m=0>. Acesso em: 4 jun. 2020.

¹²⁰ Algumas evidências sobre essa situação já eram noticiadas em jornais de grande circulação. O Correio Braziliense exemplifica com alguns casos, como em fevereiro de 2013, quatro empresas deram calote em empregados da Prestacional Construtora e Serviços Ltda. que prestavam serviços à Universidade de Brasília (UnB). Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2013/02/06/interna_cidadesdf,348228/quatro-empresas-deram-calote-em-funcionarios-terceirizados-da-unb.shtml. Acesso em: 4 jun. 2020.

leva a pensar que o destino da terceirização trabalhista pode ser a sua extinção do mundo jurídico, obviamente se algo não for remediado, mediante lei ou introdução do instituto jurídico no seio constitucional, por emenda constitucional.

A questão é tão notória e séria que, em 2014, foi criada a Lei Distrital n. 5.319,¹²¹ dispondo sobre a obrigatoriedade de inscrição no Cadastro Fiscal do Distrito Federal de empresas prestadoras de serviços como requisito à participação em licitações do Governo do Distrito Federal (GDF). Isso porque têm sido frequentes os golpes aplicados por essas empresas contra os empregados terceirizados que prestam serviços em órgãos públicos.

Percebe-se, em termos de dinâmica de julgamento – como ficará claro nas linhas seguintes –, o enfrentamento da questão de modo parcial. O STF não direcionou os sujeitos envolvidos – as partes do contrato e os órgãos judiciários – a partir de uma análise consequencial dos fatores problemáticos subjacentes ao contrato de terceirização em que a Administração Pública participa.

Note-se, por último, que uma decisão, imbuída de natureza vinculante, visa influenciar condutas futuras, ou seja, orientar a sociedade e os próprios operadores jurídicos, a fim de se estruturarem da melhor forma possível para ninguém sair perdendo. Na realidade, as decisões do STF deixaram a desejar e, como se verá mais adiante, não se criou uma regra de julgamento coerente e pacificadora a transmitir segurança e estabilidade jurídicas.

3.2 Pesquisa analítica de conteúdo qualitativa dos votos dos ministros do STF no julgamento da ADC n. 16-DF e do RE n. 760.931-DF

Sabe-se que, em consonância com a realidade que se descortina ao longo do tempo, num processo contínuo de mudanças sociopolíticas e econômicas, cada país adere a determinado sistema jurídico. Muitas vezes, o sistema sofre adaptações – a despeito das boas intenções das autoridades legais responsáveis –, abrindo campo à infidelidade doutrinária que se propõe a adotar. Como resultado, tem-se um “costuramento de retalhos”, que dificulta o alcance de efetividade decisória, em termos de coerência e consistência. Obviamente, essa circunstância impossibilita desaguar verdadeiramente no maior desiderato da jurisdição: a justiça substancial e formal, a transmitir igualdade, segurança jurídica e estabilidade.

¹²¹ A lei é de autoria do Deputado Roberio Negreiros (PSD). “Art. 1º. O contribuinte do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS, ainda que imune ou isento, cuja sede ou matriz econômica seja estabelecida em outra unidade da federação, sem filial no Distrito Federal, mas que, por força de contrato, convênio ou termo, vise à prestação de serviços no Distrito Federal, em caráter permanente ou temporário, fica obrigado a inscrever-se no Cadastro Fiscal do Distrito Federal – CF/DF”.

Nessa perspectiva, buscar-se-á realizar análise de conteúdo de duas decisões da Suprema Corte brasileira inter-relacionadas e de mesmo tema: responsabilidade subsidiária do ente público em casos de terceirização. Com essas decisões, pretende-se mostrar a ideia de como é concebida a doutrina de aplicação de precedentes e como essa doutrina está sendo absorvida pela Suprema Corte brasileira.

Nesse passo, serão colhidos indicadores que demonstrem a possível disparidade (ou não) entre a operação para formular precedentes vinculantes realizada pelo Supremo Tribunal Federal e o que a doutrina do *stare decisis* ensina. Assim, lançam-se indagações. Como o STF decide? Como chegou àquelas decisões? Qual o caminho trilhado para chegar àquelas decisões? É possível extrair a *ratio decidendi* das decisões sob análise? Como construiu a *ratio decidendi*? Será que esta efetivamente existe, considerando o seu sentido original? Há ou não há equivalência com o que prega o *common law*?

Em resposta a essas indagações e com o objetivo direcionado a colher dados das referidas decisões para mostrar o caminho percorrido pelo STF, far-se-á, a partir dos indicadores, um diálogo interativo entre a doutrina já dissertada nas linhas antecedentes e o *modus operandi* da Suprema Corte. Vale dizer: o nosso objetivo é buscar, mediante diálogo comparativo-descritivo, identificar possíveis indicadores de dissonância ou sintonia entre o procedimento judicial empreendido pelo STF e a doutrina do *stare decisis*.

3.3 Retrospectiva histórica acerca da ADC n. 16-DF e do RE n. 760.931-DF

No âmbito do setor público, modelos globalizantes que buscam a redução ou o enxugamento de organizações ou estruturas produtivas são atrativos à diminuição de custos de mão de obra e produção, especialização e operacionalização de serviços, no sentido de alçar incrementos de bens e serviços (economia de escala).

O modelo utilizado no Brasil é a subcontratação ou terceirização, que pode ser classificada, segundo Carvalho (2016, p. 163), como integral e parcial. A primeira se dá com o fornecimento de mão de obra pela empresa subcontratada, que assegura a execução dos serviços da forma ajustada e também exerce o poder diretivo – às vezes mediante prepostos – sobre os trabalhadores cedidos. A segunda ocorre quando o tomador de serviços é quem exerce o “poder de comando sobre a prestação de trabalho desenvolvida pelos empregados da empresa subcontratada”. Com a terceirização, a empresa tomadora consegue incrementar a especialização e a produção, reduzindo custos e a própria máquina administrativa.

Têm-se notícia de que, no Brasil, a primeira previsão legislativa sobre intermediação de empregados para prestação de serviços surgiu com a Lei n. 6.019/1974, a qual trata do trabalho temporário. Porém, como se sabe, o fenômeno da terceirização não parou de crescer no país, especialmente no âmbito privado e fora das hipóteses legais – sem qualquer regulação normativo-trabalhista –, e a tendência, enfim, foi de contínua ampliação.

Em 1986, o TST editou, mediante a Resolução n. 4/1986, a Súmula n. 256, cujo enunciado destinava-se a limitar as hipóteses de terceirização em seara privatista, no sentido de que seria ilegal a contratação triangular se não fosse dentro dos ditames ofertados pelas Leis n.s 6.019/1974 e 7.102/1983.

Entretanto, em 1993, a Corte Máxima Trabalhista, resolveu revisar a Súmula n. 256 e editou a Súmula n. 331, como uma forma de afastar, de modo restritivo, o reconhecimento do vínculo de emprego em contratações interpostas, ou seja, distanciando-se da Lei n. 6.019/1974, a qual dispõe que a inobservância dos requisitos da figura do trabalho temporário gera vínculo empregatício (MIRANDA, 2016, p. 1473).

Desse modo, o TST criou uma “categoria de prestação de serviços”, sem “respaldo na legislação social, jurídica e econômica”. Assim, estabeleceu limite material ao proibir a contratação triangular em atividades-fim. Caso não se observasse o limite material, o “trabalhador fornecido, empregado da empresa contratada, constituiria vínculo direto com a empresa tomadora. Quanto à responsabilidade, fixou que a empresa contratante seria subsidiariamente responsável pelos créditos trabalhistas inadimplidos pela empresa contratada” (MIRANDA, 2016, p. 1474).

O fato é que as práticas de terceirização irregulares – a não observância das obrigações legais pelo contratado e do dever fiscalizatório pelo contratante – prejudicavam os empregados, que trabalhavam sem receber a contraprestação devida, e levavam à ocorrência de verdadeiro enriquecimento ilícito. Essa dinâmica se estendeu à Administração Pública, que também se tornou negligente quanto à fiscalização do contrato administrativo (arts. 58, III, 67, caput e § 1º, 77, 78 e 87 da Lei n. 8.666/90). De modo reiterado, os casos de inadimplência do contratado e de ausência de fiscalização por parte do ente público começaram a chegar ao Tribunal Superior do Trabalho.

Em razão disso, no ano 2000, o Recurso de Revista n. 297751-31.1996.5.04.5555 foi afetado para fins de uniformização de jurisprudência. O Relator Ministro Milton de Moura França suscitou o incidente de uniformização jurisprudencial, com fulcro nos arts. 476 do CPC/1973 e 235 do RITST, pois já se constatava divergência jurisprudencial acerca da

aplicabilidade do art. 71, *caput* e § 1º da Lei n. 8.666/1993, em face do conteúdo do item IV da Súmula n. 331 do TST, que, até então, se voltava apenas para empresas privadas.

Assim, resolveu-se, a partir do incidente, dar nova redação ao referido verbete, incluindo a Administração Pública para responder subsidiariamente quando inadimplente o empregador-contratado, desde que tivesse participado da relação processual e constasse também do título judicial. Ou seja, bastava a constatação da não correspondência salarial ao serviço prestado por parte do real empregador (o contratado) para que a entidade pública (a contratante) se tornasse automaticamente responsável.

A insatisfação da Administração Pública quanto ao item IV da Súmula n. 331 se manteve viva, até que, em 2011, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Constitucionalidade n. 16, acolheu a controvérsia judicial existente sobre a higidez do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993.¹²² Declarou-o constitucional, por sua disposição evidente, ao estatuir que a inadimplência do contratado pelos encargos trabalhistas não transfere à entidade pública a responsabilidade pelo pagamento. Também afastou, por inadequação, a tese de responsabilidade objetiva.

Nessa decisão, a Suprema Corte ponderou ainda, a respeito do postulado da moralidade, ser aplicável a responsabilidade subjetiva à Administração Pública. Quer dizer: se não houver comprovação, nos autos, de que ela não exigiu do contratado o cumprimento das condições contratuais licitatórias e deixou de fiscalizá-las no decorrer da execução contratual, deverá responder subsidiariamente, por culpa *in vigilando*, pelas dívidas trabalhistas.

Assim, deixou assente a seguinte tese de ser constitucional o art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993: não cabe “a transferência automática da responsabilidade subsidiária ao ente público, quanto aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato à administração pública”.

¹²² “Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato. § 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis”.

Desse modo, o STF, ao julgar a ADC n. 16, entendeu pela constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei 8.666/1993, por maioria, em acórdão assim ementado:

RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contratante. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art. 71, § 1º, da Lei federal n. 8.666/1993. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal n. 8.666, de 26 de junho de 1993, com redação dada pela Lei n. 9.032, de 1995.

Desse julgamento participaram os Ministros Cezar Peluso, Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Carlos Ayres Britto, tendo votado com o relator, Ministro Cezar Peluso, os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia, ficando vencido o Ministro Carlos Ayres Britto.

Com essa decisão, a alta Corte Trabalhista providenciou a introdução do item V na Súmula n. 331, consolidando-se o posicionamento de ser o ente público responsável subsidiariamente quando evidenciada sua culpa na ausência de fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais assumidas pela empresa intermediadora de serviços.

Nessa ordem, delineiam-se os contornos do novel item V da Súmula n. 331 do TST:

Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

Logo em seguida à alteração sumular, uma quantidade desmedida de recursos chegou ao TST. Muitos deles suscitavam a questão relacionada com o ônus probatório recair sobre o ente público, tomador de serviço, ou sobre o reclamante quanto à fiscalização no cumprimento do contrato durante a execução dos serviços.

A entidade pública lançava o seu fundamento no sentido de que quem alega o fato – ausência de fiscalização – é o empregado e, por isso, deve prová-lo, tudo em conformidade com os arts. 818 da CLT e 373, I, do CPC/2015.

O Tribunal Superior do Trabalho, em sua maioria, não acolheu a referida pretensão recursal, a partir do entendimento de que compete à Administração Pública o ônus de provar a fiscalização, com base nos seguintes fundamentos: 1) a existência de fiscalização do contrato é fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reclamante; 2) a obrigação de fiscalizar a execução do contrato decorre da lei (arts. 58, III, e 67 da Lei 8.666/1993); e 3) não se pode exigir do trabalhador a prova de fato negativo ou que apresente documentos aos quais não tem acesso, em respeito ao princípio da aptidão para a prova, porquanto exigir do empregado provas que estão em poder do empregador é o mesmo que aplicar a prova diabólica.

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal não logrou tratar a questão de forma uniforme. A Primeira Turma tendeu a se direcionar no sentido de que a distribuição do ônus da prova não foi objeto de discussão na ADC n. 16-DF.¹²³ Já a Segunda Turma, em posição oposta, enveredou-se para abordar o ônus da prova afirmando que é do empregado o ônus de demonstrar o descumprimento dos deveres de fiscalização por parte da entidade pública, tomadora de serviços.¹²⁴

Diante da avalanche de recursos e reclamações,¹²⁵ gerando insegurança jurídica e incerteza, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 30/3/2017, afetou o Recurso Extraordinário n. 760.931-DF (tema 246), julgando-o, com repercussão geral, cuja decisão vem confirmar o entendimento lançado na ADC n. 16, a qual proíbe a responsabilização automática da Administração Pública, sem que haja prova inequívoca da conduta omissiva ou comissiva relacionada à fiscalização contratual.

¹²³ Rcl 19564 ED, Rel. Min. Roberto Barroso, 1ª Turma, DJE-171 Divulgado em 15/8/2016, Publicado em 16/8/2016; Rcl 13253 AgR-segundo, Rel. Min. Rosa Weber, 1ª Turma, DJE-029 Divulgado em 16/2/2016, Publicado em 17/2/2016. Republicação: DJE-038 Divulgado em 29/2/2016, Publicado em 1/3/2016.

¹²⁴ Rcl 22273 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJE-029, Divulgado em 16/2/2016, Publicado em 17/2/2016; Rcl 16671 AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, 2ª Turma, Divulgado em 31/7/2015, Publicado em 3/8/2015.

¹²⁵ Pronunciamento da relatora Ministra Rosa Weber em seu voto: “E, nesse enfoque de multiplicação de controvérsias e de processos – são 50 mil processos sustados, fora um número ainda superior de processos em andamento, versando sobre esse mesmo tema –, é que me animo a enfrentar a matéria com o encaminhamento que vou propor. Confesso a Vossas Excelências que, para mim, com ressalva das questões já pacificadas na Corte, a matéria é infraconstitucional. Quem haveria de dizer como deveriam ser resolvidas, na minha visão, é o Tribunal Superior do Trabalho, assim como em outros processos que aqui enfrentamos, sobretudo de natureza previdenciária, eu me manifestei no sentido de que a última palavra deveria ser do STJ, e não, com todo respeito, do Supremo Tribunal Federal” (STF-RE 760.931/DF, DJE de 12/9/2017. *Antecipação ao voto*, p. 25). Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341030529&ext=.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2019.

Desse modo, o STF, ao julgar a RE n. 760.931, por maioria, conheceu em parte do recurso extraordinário e, na parte conhecida, deu-lhe provimento, em acórdão assim ementado:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA COM REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO DO TRABALHO. TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SÚMULA 331, IV E V, DO TST. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 71, § 1º, DA LEI N. 8.666/1993. TERCEIRIZAÇÃO COMO MECANISMO ESSENCIAL PARA A PRESERVAÇÃO DE POSTOS DE TRABALHO E ATENDIMENTO DAS DEMANDAS DOS CIDADÃOS. HISTÓRICO CIENTÍFICO. LITERATURA: ECONOMIA E ADMINISTRAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO. RESPEITO ÀS ESCOLHAS LEGÍTIMAS DO LEGISLADOR. PRECEDENTE: ADC 16. EFEITOS VINCULANTES. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO EM CASOS SEMELHANTES. 1. A dicotomia entre “atividade-fim” e “atividade-meio” é imprecisa, artificial e ignora a dinâmica da economia moderna, caracterizada pela especialização e divisão de tarefas com vistas à maior eficiência possível, de modo que frequentemente o produto ou serviço final comercializado por uma entidade comercial é fabricado ou prestado por agente distinto, sendo também comum a mutação constante do objeto social das empresas para atender a necessidades da sociedade, como revelam as mais valiosas empresas do mundo. É que a doutrina no campo econômico é uníssona no sentido de que as “Firmas mudaram o escopo de suas atividades, tipicamente reconcentrando em seus negócios principais e terceirizando muitas das atividades que previamente consideravam como centrais” (ROBERTS, John. *The Modern Firm: Organizational Design for Performance and Growth*. Oxford: Oxford University Press, 2007). 2. A cisão de atividades entre pessoas jurídicas distintas não revela qualquer intuito fraudulento, consubstanciando estratégia, garantida pelos artigos 1º, IV, e 170 da Constituição brasileira, de configuração das empresas, incorporada à Administração Pública por imperativo de eficiência (art. 37, *caput*, CRFB), para fazer frente às exigências dos consumidores e cidadãos em geral, justamente porque a perda de eficiência representa ameaça à sobrevivência da empresa e ao emprego dos trabalhadores. 3. Histórico científico: Ronald H. Coase, “*The Nature of The Firm*”, *Economica* (new series), Vol. 4, Issue 16, p. 386-405, 1937. O objetivo de uma organização empresarial é o de reproduzir a distribuição de fatores sob competição atomística dentro da firma, apenas fazendo sentido a produção de um bem ou serviço internamente em sua estrutura quando os custos disso não ultrapassarem os custos de obtenção perante terceiros no mercado, estes denominados “custos de transação”, método segundo o qual firma e sociedade desfrutam de maior produção e menor desperdício. 4. A Teoria da Administração qualifica a terceirização (*outsourcing*) como modelo organizacional de desintegração vertical, destinado ao alcance de ganhos de performance por meio da transferência para outros do fornecimento de bens e serviços anteriormente providos pela própria firma, a fim de que esta se concentre somente naquelas atividades em que pode gerar o maior valor, adotando a função de “arquiteto vertical” ou “organizador da cadeia de valor”. 5. A terceirização apresenta os seguintes benefícios: (i) aprimoramento de tarefas pelo aprendizado especializado; (ii) economias de escala e de escopo; (iii) redução da complexidade organizacional; (iv) redução de problemas de cálculo e atribuição, facilitando a provisão de incentivos mais fortes a empregados; (v) precificação mais precisa de custos e maior transparência; (vi) estímulo à competição de fornecedores externos; (vii) maior facilidade de adaptação a necessidades de modificações estruturais; (viii) eliminação de problemas de possíveis excessos de produção; (ix) maior eficiência pelo fim de subsídios cruzados entre departamentos com desempenhos diferentes; (x) redução dos custos iniciais de entrada no mercado, facilitando o surgimento de novos concorrentes;

(xi) superação de eventuais limitações de acesso a tecnologias ou matérias-primas; (xii) menor alavancagem operacional, diminuindo a exposição da companhia a riscos e oscilações de balanço, pela redução de seus custos fixos; (xiii) maior flexibilidade para adaptação ao mercado; (xiv) não comprometimento de recursos que poderiam ser utilizados em setores estratégicos; (xv) diminuição da possibilidade de falhas de um setor se comunicarem a outros; e (xv) melhor adaptação a diferentes requerimentos de administração, know-how e estrutura, para setores e atividades distintas. 6. A Administração Pública, pautada pelo dever de eficiência (art. 37, *caput*, da Constituição), deve empregar as soluções de mercado adequadas à prestação de serviços de excelência à população com os recursos disponíveis, mormente quando demonstrado, pela teoria e pela prática internacional, que a terceirização não importa precarização às condições dos trabalhadores. 7. O art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993, ao definir que a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, representa legítima escolha do legislador, máxime porque a Lei n. 9.032/95 incluiu no dispositivo exceção à regra de não responsabilização com referência a encargos trabalhistas. 8. Constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993 já reconhecida por esta Corte em caráter *erga omnes* e vinculante: ADC 16, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 24/11/2010. 9. Recurso Extraordinário parcialmente conhecido e, na parte admitida, julgado procedente para fixar a seguinte tese para casos semelhantes: “O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993”.

Desse julgamento participaram as Ministras Rosa Weber (Relatora) e Cármen Lúcia, os Ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello, Luiz Fux, Marco Aurélio, Gilmar Mendes e Dias Toffoli; vencidos Rosa Weber, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello.

Mais adiante, serão analisados os votos deliberados pelos respectivos ministros da Suprema Corte brasileira a partir da proposta inicial de buscar indicadores a demonstrarem ou não a prática da doutrina do *stare decisis*.

3.4 Investigação descritiva dos votos dos ministros do STF no julgamento da ADC n. 16-DF¹²⁶

Esta seção visa mostrar o caminho trilhado por cada ministro em seus votos para demonstrar o seu raciocínio jurídico e a sua fundamentação (caso exista) quanto à análise de admissibilidade da ADC n. 16 e do seu mérito. Ainda, estarão, no Anexo I, alguns elementos mais detalhados da pesquisa para fornecer maiores informações ao leitor.

¹²⁶ STF-ADC 16/DF, Ministro Relator Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJE de 9/9/2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>. Acesso em: 26 dez. 2019.

O Ministro Cezar Peluso foi o relator do processo na ação declaratória, movida pelo Governador do Distrito Federal, cuja pretensão era conferir validade ao art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993, conforme a Constituição Federal. Em seu voto, julgou pela ausência de interesse processual e considerou o autor carecedor de ação. Isso porque verificou que a petição inicial não foi instruída com o pressuposto da relevante controvérsia judicial, mediante demonstração em causa ou causas onde foi exercido o controle difuso de constitucionalidade. Porém, superou a questão processual e julgou procedente a ação, por não ter dúvida quanto à constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993.

Já o Ministro Marco Aurélio concebe de modo relativo a demonstração inequívoca de controvérsia judicial. Entende ter ocorrido uma “declaração branca de inconstitucionalidade” da Lei de Licitação. Defende que a questão deve ser enfrentada, tendo em vista o interesse não ser só do Distrito Federal, mas também de entidades da Federação que articularam a matéria como terceiras no processo. Afasta a ortodoxia nesse tema, sob pena de perpetuar o entendimento prevalecente e porque não cabe ação direta de inconstitucionalidade contra verbete do TST, além de evitar suplantação de verbete sobre dispositivo legal emanado do Congresso Nacional. Assim, admitiu a ação direta de constitucionalidade.

Por sua vez, a Ministra Cármen Lúcia afirma que o art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993, é objeto da ação a se revestir de “atributos de generalidade, impessoalidade e abstratividade”. Por isso, é passível de controle concentrado de constitucionalidade. Porém, há de se verificar se a norma foi posta em dúvida quanto à presunção de constitucionalidade. Considera que, *in casu*, o autor seria carecedor de ação. Porém, apesar da deficiência de instrução da petição inicial, entendeu que o processamento de inúmeras Reclamações no Supremo, “fundadas na premissa de que o julgamento do IJU originário da redação atual da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho importou em declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei n. 8666/1993, evidencia a configuração de controvérsia que põe em risco a presunção de constitucionalidade dessa norma” (p. 31). Assim, conhece da ação e passa a analisar o mérito, afirmando que, para declarar ou não a constitucionalidade de determinado dispositivo, é preciso afastar a incerteza jurídica sobre sua validade.

Afirma que o art. 71, *caput*, § 1º, da Lei n. 8.666/1993 regulamenta expressamente o art. 37, XXI, da Constituição Federal. Quando houver contratação da Administração Pública de obras e serviços, mediante licitação, o inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere a responsabilidade ao ente estatal contratante pelo seu pagamento quando este não tiver atuado com inadimplência. O referido dispositivo legal fixa os limites da responsabilidade contratual do ente estatal na relação contratual firmada, quando

estabelece a incumbência exclusiva à empresa contratada quanto ao pagamento das obrigações trabalhistas dos empregados a ela vinculados.

Afasta a possibilidade de fazer incidir o art. 37, § 6º, da Constituição Federal, haja vista que a responsabilidade do ente público exige a existência de dano advindo de ato comissivo ou omissivo de agente público que atue nessa qualidade – não é essa a situação disciplinada pelo art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993. Aquela se trata de responsabilidade de natureza extracontratual (objetiva e patrimonial) enquanto a do dispositivo legal se refere à responsabilidade contratual (subjéctiva) decorrente do contrato de trabalho dos empregados de empresa contratada pela entidade pública – não integrante da Administração Pública que comete o ato ilícito. Por isso, não há comunicabilidade entre essas duas responsabilidades; não ocorre, portanto, a assunção da responsabilidade objetiva estatal, sem a comprovação de culpa. O TST, ao aplicar o art. 37, § 6º, da Constituição, estava, em realidade, ofendendo o próprio texto constitucional.

Defende, pois, a taxatividade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993. Afirma que é categórico ao afastar a responsabilidade do Poder Público, quando tomada a mão de obra mediante empresa interposta prestadora de serviços. Se a Justiça do Trabalho afasta a norma – não a aplica –, teria que afastar a norma por inconstitucionalidade, caso contrário, seria descumprimento de lei.

Ainda, afirma que o TST sedimentou jurisprudência tendo como parâmetro o art. 2º da CLT e o art. 37, § 6º, da Constituição Federal, sem que tenha instaurado incidente de inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993. E o incidente de uniformização de jurisprudência realizado pela Corte Superior do Trabalho não é o mesmo que o incidente de inconstitucionalidade – aquela Corte afastou o preceito (art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993), sem cogitar da pecha de inconstitucionalidade.

Por outro lado, assevera que a Administração Pública tem como evitar o inadimplemento obrigacional trabalhista por parte das empresas contratadas. Isso porque, quando do processo licitatório, o ente público contratante tem o dever de exigir o cumprimento das condições de habilitação (jurídica, técnica, econômico-financeira e fiscal) e de fiscalizá-las durante a execução do contrato. Diante do descumprimento desse dever, a responsabilidade subsidiária não será automática, já que é impossível gerar vínculo empregatício entre pessoa estatal e o empregado da empresa particular. Portanto, firmou seu posicionamento no sentido de que o art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993, não isenta a Administração Pública de obedecer aos princípios da legalidade e da moralidade administrativa. Diante desses fundamentos, votou no sentido de declarar a constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/1993.

O Ministro Gilmar Mendes entendeu que o problema está no fato de que a Justiça do Trabalho vinha aceitando irrestritamente a responsabilidade do ente público, podendo-se afirmar que, com a Súmula n. 331, IV, do TST, acabou por revogar a própria norma legal, sem declará-la inconstitucional. Julgou, enfim, procedente a ação direta de constitucionalidade.

Já o Ministro Ricardo Lewandowski considera a matéria de natureza infraconstitucional, pois se decide em um caso concreto (se há culpa ou não). Apesar disso, considerou que o impacto da questão ultrapassou o seu conhecimento para adentrar no mérito, declarando constitucional o referido dispositivo legal.

O voto do Ministro Carlos Ayres Britto apresentou uma linha de pensar distinta. Ao contrário dos demais ministros, defendeu o reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei de Licitações, tornando improcedente a ação direta de constitucionalidade.

Já o Ministro Celso de Mello votou pelo conhecimento da ação declaratória de constitucionalidade, por entender estar configurada a existência de controvérsia judicial relevante sobre a legitimidade constitucional do § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/1993 – “situação de grave incerteza” a envolver a sua validade. Julgou procedente a ação declaratória de constitucionalidade.

Por derradeiro, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, sob a presidência do Ministro Cezar Peluso (relator do acórdão), julgou, em sua maioria, procedente a ação direta de constitucionalidade, vencido o Ministro Carlos Ayres Britto.

3.5 Inferências acerca do julgamento da ADC n. 16-DF

Inicialmente, cumpre salientar que, para o desenvolvimento do exame da descrição dos votos dos ministros, foi adotada a linha de análise de conteúdo de BARDIN (1995, p. 42), em que se emprega a técnica de colheita de palavras que indicam/transmitem significações e representações acerca de determinada abordagem ou mensagem pretendida.

Assim, serão destacados em negrito indicadores a permitirem inferências sobre o objeto de estudo referente aos itens 3.5 e 3.7: saber se o STF segue a doutrina do *stare decisis*.

Para melhor visualização do leitor, em algumas passagens dos itens 3.5 e 3.7, estarão destacados em negrito os nomes dos ministros e palavras representativas do caso e/ou do método decisório do *common law*.

Para o presente item e para o item 3.7, foram escolhidos três aspectos essenciais a fim de conduzir a pesquisadora na busca de indicadores que mostrem estar o STF seguindo a

doutrina do *stare decisis* ou não: 1) principais argumentos da parte; 2) debate dos motivos determinantes (individualização na fundamentação), dividido em: a) questão processual; e b) questão meritória; 3) formação de maioria.

1) Principais argumentos da parte

O autor da ADC n. 16 pretende que seja conferida validade ao art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993, conforme a Constituição Federal. Questiona que o referido dispositivo legal não tem sido respeitado pela Justiça do Trabalho e que o TST editou súmula para responsabilizar a Administração Pública, contrariamente ao texto legal. Afirma que essa circunstância acaba por ofender princípios basilares: legalidade, liberdade, ampla acessibilidade nas licitações públicas e responsabilidade do Estado mediante risco administrativo (arts. 5º, II, e 37, *caput* e XXI, e § 6º, da Constituição).

Note-se que, nesse tipo de ação, há apenas um sujeito processual requerendo a declaração de constitucionalidade, já que não existe controvérsia judicial. À luz do que foi visto no Capítulo 2, item 2.5, é necessário que o instrumento processual seja composto da insurgência pretendida de modo fundamentado, para que o juiz possa discernir qual linha de raciocínio irá percorrer. Assim, a ação deve conter proposições essenciais para dar subsídio à análise do magistrado. É necessário que esse procedimento seja realizado não só nos sistemas de *common law*, mas também nos de *civil law*.

2) Debate dos motivos determinantes (exame e individualização na fundamentação) e formação de maioria de votos

a) Questão processual

O debate inicial girou em torno de saber se o demandante é ou não é carecedor de ação. Para o relator do caso, **Ministro Cezar Peluso**, a petição não foi instruída com o pressuposto da relevante controvérsia judicial – requisito de admissão da ação direta de constitucionalidade e que a parte deve demonstrar, conforme exige o art. 14, III, da Lei n. 9.868/1999. A razão reside em que essa ação visa preservar a presunção de constitucionalidade da norma e, por isso, os legitimados devem demonstrar controvérsia judicial que esteja pondo em risco essa presunção.

Trata-se de **questão processual necessária** (questão prejudicial) para que a Corte possa analisar o mérito. Como visto, na linha ensinada por Rupert Cross e Marinoni (Capítulo 2, item 2.6), em casos como este, as questões de processo e mérito são interdependentes. Assim, a questão processual, por ser antecedente necessário ao julgamento da segunda questão, deve ser tratada como *ratio decidendi*, ou seja, não constituindo uma *obiter dictum*, faria parte da *ratio*. Sem a resolução da questão processual – por ser necessária – não seria possível ir ao encontro da resolução meritória.

A **Ministra Cármen Lúcia** ultrapassou o vício formal referente à questão processual, pois junto com as informações prestadas pelo Ministro do TST encontrava-se a transcrição do acórdão que originou a Súmula n. 331 (TST-IUJ-RR-297.751/1996). Esse acórdão foi considerado elemento essencial para fazer superar o vício formal do recorrente, além das diversas reclamações constitucionais – colhidas pela própria Ministra e transcritas em seu voto. Nelas, questiona-se a aplicação do item IV da Súmula n. 331 do TST, em face da Súmula Vinculante n. 10 do STF, sob o fundamento de que a decisão no IUJ-RR-297.751/1996 importou em declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/1993.

Em sua concepção, a referida decisão e as reclamações constitucionais são elementos que demonstram a **controvérsia judicial** a pôr risco à presunção de constitucionalidade do referido dispositivo legal, ainda que o ônus de comprovar o requisito formal incumba **exclusivamente** ao demandante (art. 14, III, da Lei n. 9.868/1999).

No aspecto, entende que o uso da ação direta de constitucionalidade deve ser destinado aos casos em que haja dúvida fundada sobre a conformação da lei ou do ato normativo federal com a Constituição. Assim, cumpre ao STF exigir a demonstração de interesse de agir, por meio da comprovação de que juízes têm decidido contra a constitucionalidade da lei ou hajam negado a sua aplicação.¹²⁷

Inclusive, o STF já se pronunciou, na ADC n. 1-1/DF/1993, que a não demonstração de controvérsia entre Juízos e Cortes Judiciárias, sobre constitucionalidade da lei ou ato normativo federal, prejudica o prosseguimento da ação declaratória, pois a Corte não possui “função consultiva prévia” acerca da constitucionalidade da lei ou ato normativo federal, a fim de que os demais Poderes da República apliquem a norma (*apud* CLÈVE, 2000, p. 298-299).

Nessa toada, poder-se-ia pensar que a conduta da Ministra Cármen Lúcia, ao atuar em nome da parte para corrigir um vício formal se configuraria **decisão discricionária** e de cunho

¹²⁷ “A exemplo do que sucede na Alemanha, poderá ser exigível a demonstração de interesse de agir, mediante a comprovação de que Juízes têm decidido contra a constitucionalidade da lei, ou outras autoridades tenham negado sua aplicação” (GALLOTTI, 1993, 43).

ativista, quando, num tribunal de natureza jurisdicional objetiva, ultrapassa requisito fundamental estabelecido legalmente, a ser cumprido exclusivamente pelo autor da ação (art. 14, III, da Lei n. 9.868/1999).¹²⁸

Ademais, note-se que não houve um elenco de decisões divergentes, mas uma única decisão (TST-IUJ-RR-297.751/1996) e reclamações – que foram negadas pela própria Corte Suprema –,¹²⁹ questionando a referida decisão. Compreende-se daí um movimento evolutivo para conceber, em casos futuros, a mesma situação em que uma decisão da corte de vértice¹³⁰ pretende uniformizar determinada questão que vem sendo decidida de modo diversificado pelos juízos *a quo*. Porém em sua decisão uniformizadora nega o texto legal – ou seja, a sua aplicação –, sem lhe atribuir pecha de inconstitucionalidade. Vale dizer: basta uma decisão de corte de vértice (TST, STJ, por exemplo) nesses moldes para dar curso a uma ação direta e em que o próprio órgão deliberativo colabora para colher a referida prova.

Portanto, no que toca ao requisito do art. 14, III, da Lei n. 9.868/1999, será difícil, em casos futuros, não conceber o auxílio da Corte Suprema para legitimar a ação direta de constitucionalidade a ter o seu curso normal garantido.

¹²⁸ Abboud (2016, p. 551-552), ao discorrer sobre o respeito aos padrões legais e o “decisionismo”, traz um exemplo sobre a questão de ter sido flexibilizado pelo STF o requisito do prequestionamento de um recurso extraordinário, sob o fundamento de dar efetividade ao posicionamento do STF sobre questão constitucional, no julgamento do Agravo de Instrumento n. 375011 (Informativo STF/365). O jurista acredita que a democracia requer um “jogo limpo, perante o qual são claras – e predeterminadas – as regras”, não se podendo “admitir que o STF deixe o litigante à mercê do casuísmo”.

¹²⁹ Por exemplo, na Reclamação n. 6.969, a decisão (DJE 24/11/2008) da lavra do Ministro Cezar Peluso foi no seguinte sentido: “Não há, todavia, ofensa à súmula vinculante n. 10. É que a redação atual do item IV do Enunciado n. 331 do TST resultou do julgamento, por votação unânime do pleno daquele tribunal, do Incidente de Uniformização de Jurisprudência n. TST-IUJ-RR-297.751/1996, em sessão de 11/09/2000. Além disso, ainda que assim não fosse, o referido acórdão do pleno do TST e o item IV do Enunciado n. 331 daquele tribunal foram publicados em data anterior à vigência do enunciado da súmula vinculante n. 10 (DJE de 27/6/2008). É velha e aturada a jurisprudência desta Corte sobre a inadmissibilidade de reclamação, quando a decisão impugnada seja anterior a pronúncia do Supremo Tribunal Federal, revestida de eficácia vinculante”.

¹³⁰ Costuma-se afirmar que as cortes de vértice brasileiras são o STF e o STJ. Porém, é importante deixar claro que o TST deve fazer parte desse rol. Primeiro, essa corte está inserida no art. 92, II-A, da Constituição (incluído pela Emenda Constitucional n. 92 de 2016). Segundo, ela trata exclusivamente de questões constitucionais e federais na área do direito e processo do trabalho e, por isso mesmo, recebe recurso de natureza extraordinária ou excepcional (recurso de revista), semelhante à função do recurso especial e recurso extraordinário. Nessa mesma linha, é a doutrina de Marinoni e Mitidiero (2016, p. 237): “Se o julgamento deve ter lugar em uma Corte Suprema (entre nós, o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal Superior do Trabalho), é claro que se espera, a partir do julgamento do caso, uma adequada interpretação da Constituição ou do direito federal. Em outras palavras, sendo a Corte Suprema uma corte de interpretação e de precedentes, é necessário que exista um método de julgamento compatível com o atingimento de semelhantes finalidades”.

b) Questão meritória

A **Ministra Cármen Lúcia** e o **Ministro Carlos Ayres Britto** – embora de modo divergente, declarando a inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993 – foram os **únicos** a tecerem **argumentos** a dar suporte à constitucionalidade ou inconstitucionalidade do referido dispositivo legal. Os demais Ministros se pronunciaram de modo vago – sem demonstrar fundamentos determinantes –, concordando apenas com o entendimento de considerar constitucional a norma em análise. Trata-se, portanto, de um **indicador** de que a prática judicial brasileira não comunga com a doutrina do *common law*. Nesta, é necessário haver um debate firme pelo colegiado, acompanhado de fundamentos plausíveis.

Ao final, por **maioria de votos (5x1), individualmente** considerados, foi reconhecida a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993, e definida tese de não caber “transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato, à administração”. Ou seja, só com demonstração concreta da ausência de fiscalização por parte da Administração Pública é que se poderia transferir-lhe a responsabilidade subsidiária pelo pagamento dos créditos trabalhistas do empregado contratado. Caso contrário, fica a cargo da empresa-contratada a responsabilidade por esse pagamento. Esse aspecto constitui **indicador** a demonstrar que a jurisdição constitucional brasileira se distancia da doutrina estabelecida no *common law*. Nesta, busca-se a comunhão de maioria de votos a partir dos fundamentos determinantes. Na jurisdição brasileira, tem-se a maioria do resultado final.

Diante disso, verifica-se que a tese formada tem por base a questão de que o dispositivo legal questionado afirma peremptoriamente que só o contratado possui o dever de arcar com o pagamento dos encargos trabalhistas. Porém, não transfere essa responsabilidade à Administração Pública, e não aborda o fato de que ela não está livre de fiscalizar o contrato licitatório, a despeito de a própria Lei de Licitação, em outros dispositivos legais, atribuir-lhe obrigação fiscalizatória.

Não é demais dizer que um dos postulados do direito civil é que toda obrigação não satisfeita corresponde a uma responsabilidade pelo seu não cumprimento. Daí porque não ser possível concluir – a despeito da lacuna do dispositivo legal questionado – que a Administração Pública está completamente isenta de responder pelo não cumprimento de suas obrigações.

Uma vez que o art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993 é **lacunoso** – apesar de tratar de responsabilidade contratual, não faz menção ao dever de a Administração Pública fiscalizar e à consequência sobre a sua omissão (culpa *in vigilando*) –, foi necessário, na concepção da Corte

Suprema, deixar claro que não se transfere automaticamente a responsabilidade pelo pagamento dos créditos trabalhistas. É preciso, pois, haver **provas concretas** que evidenciem a omissão no seu dever fiscalizatório.

Em realidade, a intenção da Corte foi orientar a Justiça do Trabalho no sentido de que deve ter em vista a prova concreta de ausência de fiscalização para fazer incidir a responsabilidade subsidiária e evitar agir como dantes, em que atribuía tal responsabilidade por **mera inadimplência** do contratado. Assim, o objetivo do STF foi direcionar a Justiça Trabalhista no sentido de deixar claramente demonstrada na decisão tal prova.

Diante desse cenário, é possível afirmar, pensando em casos futuros, existir *ratio decidendi*, nos moldes da doutrina do *stare decisis*? A resposta é negativa. Inferese que a prática da jurisdição constitucional brasileira **não comunga** com a doutrina delineada na presente pesquisa. O que se percebe é apenas a busca de um resultado para a questão problemática que o recurso aventa.

Em muitos dos votos, não é possível extrair o trabalho intelectual em torno dos **motivos determinantes**. Verifica-se, enfim, uma soma de votos individualmente considerados e a concordância com o resultado final, que é o reconhecimento de que o art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993, é constitucional, ou seja, consentâneo com o Texto Constitucional.

Existe, portanto, um consenso em torno apenas da conclusão da maioria no tocante à constitucionalidade do referido dispositivo legal, que carrega uma tese orientadora de como esse dispositivo deve ser aplicado pela Justiça do Trabalho. Não há comunhão de fundamentos determinantes da qual se possa extrair um *point of law*, mas apenas, como externou Vale (2015, p. 115), uma “extração do 'mínimo comum' entre distintos argumentos” e declarações de consentimento com a declaração de constitucionalidade da norma.

Por derradeiro, a leitura que se faz é que se resolve uma “questão-problema” e se colhe um resultado consensualmente definido, mas não é possível asserir que existe uma única *ratio decidendi* a representar a posição da Corte sobre a situação proposta no feito. Como atualmente o precedente é obrigatório por força de lei (art. 927, I, do CPC/2015),¹³¹ extrai-se que a **vinculação** alcança o **dispositivo** que declara constitucional norma legal e **agrega tese** firmada. Vale dizer: há vinculação da tese e não dos fundamentos que, *in casu*, sequer efetivamente existiram de modo compartilhado.

No próximo tópico, dá-se prosseguimento à análise descritiva dos votos relativos ao RE n. 760.931.

¹³¹ Art. 927, I, do CPC/2015: “Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; (...)”.

3.6 Investigação descritiva dos votos dos ministros do STF no julgamento do RE n. 760.931-DF¹³²

Esta seção visa mostrar o caminho trilhado por cada ministro em seus votos para demonstrar o seu raciocínio jurídico e a sua fundamentação (caso exista) quanto à análise de admissibilidade da RE n. 760.931 e do seu mérito. Ainda, no Anexo II, constam alguns elementos mais detalhados da pesquisa para fornecer maiores informações ao leitor.

A relatora do acórdão, Ministra Rosa Weber, entende que a matéria é de índole infraconstitucional e quem deveria se pronunciar somente é o TST e não o STF. Frisa que, na ADC n. 16, não houve debate sobre a questão do ônus probatório relativamente aos aspectos configuradores da culpa a habilitar a responsabilidade subsidiária, muito menos, houve o estabelecimento de balizas ao juiz no tocante à apreciação da prova.

Afirma que o TST, em seu acórdão, aborda a questão de não ter havido fiscalização por parte do ente público, quando era do seu exclusivo *onus probandi*. Por sua vez, as razões recursais não estão habilitadas a afastar os motivos que levam a imputar o ente público pela responsabilização subsidiária. Assim, enfrenta a questão referente ao ônus da prova, tema suscitado em muitas reclamações.

Assevera que, apesar da presunção de legitimidade (atributo dos atos administrativos), isso não afasta a Administração Pública de demonstrar o cumprimento das obrigações legais. Portanto, essa presunção não tem o condão de desobrigar o ente público do seu encargo probatório, quando a norma legal lhe reservar o dever de guardar determinados documentos, como os relativos ao cumprimento dos deveres legais (art. 37 da Lei n. 9.784/1999).

Assim, o seu entendimento segue no sentido de que o Estado não é condenado automática e objetivamente, só com a averiguação concreta quanto ao descumprimento do dever legal de fiscalizar, gerando ofensa aos direitos trabalhistas dos terceirizados, é que se poderá falar em responsabilidade subsidiária.

Porém, adota a culpa presumida, inserida no contexto da responsabilidade subjetiva, possibilitando ao ente público, que detém os meios probatórios, demonstrar o atendimento do dever legal, a inexistência de negligência, imperícia ou imprudência e, ainda, que não agiu com culpa, pelo contrário, agiu em conformidade com determinações legais, especialmente, as previstas nos arts. 27, 29, IV e V, e 67 da Lei n. 8.666/1993.

¹³² STF-RE-760.931/DF, Ministra Relatora Rosa Weber, Redator do Acórdão: Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJE de 12/9/2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13589144>. Acesso em: 26 dez. 2019.

Ademais, abaliza-se nos princípios da aptidão para a prova, da cooperação, distribuição igualitária do ônus da prova a partir da especificidade do caso e da posição jurídica dos litigantes, subsumida na técnica processual da distribuição dinâmica do ônus da prova (art. 373, § 1º, do CPC/2015), moralidade e legalidade.

Desse modo, entende que a compreensão desenvolvida no acórdão recorrido está alinhada com a decisão do STF proferida na ADC n. 16. Assim, para aplicação da responsabilidade subjetiva, tem que se proceder a uma análise concreta da culpa do ente público e incumbe a este o ônus da prova de que fiscalizou a execução do contrato. Também, endossou as salvaguardas propostas pelo Ministro Luís Roberto Barroso. Assim, nega provimento ao recurso extraordinário.

O Ministro Edson Fachin assenta ponto importante não mencionado pela Ministra Rosa Weber: o fato de que, no recurso extraordinário da União, não se afirma ter havido efetiva fiscalização do cumprimento de obrigações trabalhistas, muito menos há discussão acerca de parâmetros que possam ser obedecidos para realizar adequada fiscalização. No recurso ordinário, a União apenas sustenta que a responsabilidade não é objetiva e automática. Na contestação, igualmente, defende apenas que não houve culpa *in vigilando*, porquanto não há norma que a obrigasse a fiscalizar suas contratadas.

Entende que a obrigação de fiscalizar as empresas contratadas é de meio e não de resultado.¹³³ A administração deve se obrigar a acompanhar, de modo adequado, a execução do contrato pela contratada, inclusive, o adimplemento das obrigações trabalhistas. Não cabe imputar ao Poder Público o ônus de evitar a ocorrência de irregularidades, quando o real empregador é quem deve fazê-lo. Uma interpretação oposta implicaria ter-lhe que aplicar responsabilidade automática por débitos trabalhistas das contratadas, ofendendo o art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993, entendimento já rejeitado pelo STF. Portanto, registra que só haverá culpa *in vigilando* e, por conseguinte, responsabilidade subsidiária, se o ente público for omissivo na fiscalização adequada do cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da contratada.

Sugere adoção da fiscalização por amostragem pela Administração, com o cuidado de que cada ente da Federação deve estruturar, em seu âmbito, sua própria modalidade, com suporte técnico de seu órgão de controle externo. Salienta que a proposta por amostragem está a serviço dos interesses dos trabalhadores, de modo a protegê-los e não o contrário. Isso porque

¹³³ A obrigação de meio acontece quando o devedor promete empregar seus conhecimentos técnicos para atingir certo resultado, porém não se responsabiliza por ele (não se questiona o resultado, apenas exige do devedor os meios adequados). Já a obrigação de resultado ocorre quando o devedor se exonera da obrigação somente com a finalidade a que se propôs alcançada (FARIAS; ROSENVALD, 2009, p. 280).

fixam critérios objetivos de fiscalização e medidas aptas a sanar o inadimplemento trabalhista pelas contratadas, beneficiando os interesses trabalhistas. Entretanto, registra não ser suficiente afastar, mediante fiscalização por amostragem, a responsabilidade do ente público. Sugere, assim, providências a serem adotadas pelo ente público (constantes do Anexo II).

Por último, sustenta que o ônus probatório pertence ao Poder Público. Este deve provar que realizou a fiscalização adequada e que tomou as medidas sugeridas para alcançar a sanção de eventuais irregularidades trabalhistas, sob pena de estar configurada a culpa *in vigilando*. Acredita ser desarrazoado atribuir ao empregado prova de fato negativo, ou seja, de não fiscalização, quando ele é o mais vulnerável na relação contratual, e é bem simples e fácil para o Poder Público conseguir a prova.

Assim, defende que a União não se desincumbiu do seu ônus probatório e, em seu recurso, nada foi abordado sobre a questão de ter fiscalizado a empresa contratada e, em contestação, apenas se limitou a afirmar a ausência de culpa *in vigilando*. Assim, nega provimento ao recurso extraordinário.

O Ministro Luís Roberto Barroso defende o fenômeno da terceirização por ser uma circunstância da vida moderna, necessária e legítima, considerando os valores expressos na livre iniciativa e na liberdade de contratação. Concorde com a Ministra Rosa Weber nos seguintes aspectos: 1) não cabe a transferência automática da responsabilidade subsidiária para a Administração Pública pelo descumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa terceirizada, ou seja, deve haver prova da sua culpa *in vigilando*; e, 2) cabe à Administração comprovar que fiscalizou adequadamente o cumprimento das obrigações laborais.

Detectou que, no recurso da União, não há afirmativa de que tenha efetivamente fiscalizado, tampouco há discussão acerca dos critérios a serem observados nessa fiscalização. A União aborda a questão em tese, mas não discorre sobre o fato de ter exercido qualquer tipo de fiscalização, ou seja, reconhece a não fiscalização. Se a União confessa não ter fiscalizado, e lhe for dado ganho de causa, será dada por violada a própria decisão da ADC n. 16, em que se entendeu que o art. 71, § 1º, é constitucional.

Tendo em vista que o entendimento quanto ao método fiscalizatório segue alinhado com a forma de pensar do Ministro Edson Fachin, o conteúdo de seus fundamentos encontra-se no Anexo II, sem deixar de analisá-los por ocasião das inferências. Diante disso, nega provimento ao recurso extraordinário.

Por sua vez, o Ministro Luiz Fux sustenta que a justificativa de que a Lei 9.032/1995, ao criar os §§ 1º e 2º do art. 71 da Lei 8.666/1993, estabelecendo, respectivamente, que a Administração Pública não é responsável pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas e

apenas responde solidariamente quanto aos encargos previdenciários, excluiu a responsabilidade quanto aos direitos trabalhistas. O espírito da referida lei (*mens legis*) foi justamente excluir a responsabilidade subsidiária.

Acredita que a Lei n. 9.032/1995 criou a responsabilidade solidária fiscal, o que não existia anteriormente. Se isso foi feito assim, e o § 1º estabelece ausência de responsabilidade subsidiária quanto aos encargos trabalhistas, é porque ela teve esse propósito de restringir a responsabilidade, caso contrário, ela teria posto a responsabilidade subsidiária. Foi uma escolha do legislador que deve ser preservada. Assim, ao defender uma linha interpretativa literal da lei, pretende limitar a jurisdição constitucional e política.

Portanto, atém-se à decisão da ADC n. 16 e a *ratio legis* da Lei n. 9.032/1995, que criou a responsabilidade solidária para encargos fiscais e previdenciários, sem criar responsabilidade subsidiária incidente ao contratante. Então, entende que a jurisdição constitucional deve se curvar à edição legislativa, pois houve, na verdade, “uma omissão eloquente” à criação da responsabilidade subsidiária. Assim, dá provimento ao recurso extraordinário.

O Ministro Ricardo Lewandowski entende ter restado comprovada a culpa da Administração Pública e que não há incompatibilidade com o que foi decidido na ADC n. 16, em que se afirmou a constitucionalidade do art. 71, § 6º, da Lei 8.666/1993. Defende que a fiscalização do ente público é ampla na concretização dos valores dispostos nos arts. 1º e 2º da Constituição, não se restringindo à execução de obras ou serviços, pagamentos de tributos, entre outros. O Estado tem o dever não só jurídico, mas moral de fazer com que os direitos trabalhistas e previdenciários sejam adimplidos pelas empresas contratantes. Ademais, concorda que o ônus da prova seja atribuído ao ente público, com os adicionamentos do Ministro Luís Roberto Barroso. Portanto, nega provimento ao recurso extraordinário.

O Ministro Marco Aurélio trilha no sentido de privilegiar o princípio da legalidade, em que a atuação do julgador deve estar vinculada ao direito positivo, cabendo-lhe observar a autocontenção. Defende que o arcabouço normativo estabelece a responsabilidade solidária para os débitos previdenciários, e não a subsidiária para os direitos trabalhistas.

Quanto ao ônus da prova, afirma existir uma presunção no art. 71 da Lei n. 8.666/1993 e, tendo expressamente estabelecido não haver responsabilidade atribuída à entidade pública quanto aos encargos trabalhistas, não é de sua incumbência a prova. Afirma que a exceção de inverter o ônus da prova serve apenas para a relação jurídica entre empregado e empregador, regida pela CLT, e não para Administração Pública. Acredita que hoje é diferente da década de 1940, em que o mercado era desequilibrado, com a oferta excessiva de mão de obra e a escassez

de empregos e, por isso, não deve imperar o instrumento protecionista ao trabalhador. Decide, pois, dar provimento ao recurso extraordinário.

O Ministro Celso de Mello acompanha integralmente o voto proferido pela Ministra Rosa Weber.

O Ministro Dias Toffoli apresenta voto particularizado, pois foi averiguar, na ata de audiência, o conteúdo da condenação, que lhe gerou preocupação com a grande quantidade de verbas pleiteadas e também com as reclamações que chegam ao STF. Perquiriu os documentos apresentados pela União, que demonstram a sua fiscalização sobre o contrato e os problemas de inadimplência da contratada desde janeiro de 2008. Verificou documentos acusando notificação da contratada, porém sem resposta, o que levou à rescisão unilateral do contrato. Mesmo assim, a Justiça do Trabalho, em sentença, responsabilizou subsidiariamente, com fundamento em culpa *in contraendo*, *in eligendo* e *in vigilando*. Portanto, dá provimento ao recurso extraordinário.

O Ministro Gilmar Mendes resolveu rever o seu voto e acompanhar integralmente os Ministros Luiz Fux, Marco Aurélio e Dias Toffoli.

A Ministra Cármen Lúcia afirma que a previsão da Lei n. 9.032/1995, alterando o § 2º do art. 71 da Lei n. 8.666/1993, restringiu a solidariedade entre a Administração Pública e o contratado, tão somente quanto aos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei n. 8.212/1991. Conclui que, da moldura fática apresentada no acórdão recorrido, não há demonstração dessa comprovação cabal da responsabilidade da Administração Pública pelo descumprimento da legislação trabalhista. A decisão contraria o decidido na ADC n. 16-DF. Assim, dá provimento ao recurso extraordinário.

Igualmente, o Ministro Alexandre de Moraes afirma que, com relação às verbas devidas por terceiros, o art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993, estabelece a exoneração do Poder Público quanto à responsabilidade por pagamentos em caso de inadimplência do contratado, e o silêncio da Lei n. 9.032/1995 sobre essa questão confirma a regra legal que já existia anteriormente. Afirma que, se for inverter o ônus da prova em favor do trabalhador terceirizado, isso representará risco de desestímulo à colaboração da iniciativa privada com a Administração Pública, estratégia fundamental à modernização do Estado brasileiro.

Assim, defende que só a reiteração de ato comissivo ou omissivo do Estado é que levaria a uma responsabilidade subsidiária, ou seja, só com a prova de um comportamento sistematicamente negligente em relação ao trabalhador terceirizado, caberia a responsabilidade subsidiária da entidade pública, pois estaria agindo de modo conivente em sua omissão ou comissão.

Portanto, frisa ser necessária a prova de nexos causal entre a conduta comissiva ou omissiva do Poder Público e o dano sofrido pelo trabalhador. Caso não haja essa fixação expressa e clara pelo STF, estar-se-ão possibilitando diversas interpretações a levarem o afastamento do entendimento definitivo, exarado na decisão da ADC n. 16, e o surgimento de novas demandas com condenações por mero inadimplemento. Assim, dá provimento ao recurso extraordinário.

3.7 Inferências acerca do julgamento do RE n. 760.931-DF

1) Principais argumentos das partes

Por parte da União: o TST declarou a inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993, a despeito de já ter sido reconhecida a sua constitucionalidade pelo STF, quando do julgamento da ADC n. 16, a qual traz entendimento de proibir a responsabilização subsidiária do ente público, tomador dos serviços. Baseou-se no art. 37, § 6º, da Constituição, que trata da responsabilidade objetiva inaplicável ao ente público na presente situação. Ainda pontua que, somente quando comprovada a culpa *in vigilando*, poder-se-ia fazer incidir a responsabilidade subsidiária, mas não de modo presumido, afrontando o referido dispositivo legal. Acredita que o TST afrontou a decisão da ADC n. 16, ao afirmar que a União não fiscalizou o contrato quando era seu exclusivo *onus probandi*.

Não consta nos votos nenhum argumento da parte adversa.

Como lecionado por MacCormick (Capítulo 2, item 2.5), é necessário que os sujeitos processuais tragam suas alegações recursais, a fim de que o magistrado enfrente “todos os principais argumentos relacionados à questão de direito”.

2) Debate dos fatos relevantes e motivos determinantes (exame e individualização na fundamentação)

a) votos que negam provimento ao recurso extraordinário

Percebe-se que a análise da **Ministra Rosa Weber** sobre o caso foi profunda e, ao mesmo tempo técnica, abarcando premissas essenciais sobre questões aventadas na peça recursal. Afasta as alegações da parte a partir do que foi pronunciado no acórdão do TST, ao mesmo tempo em que discorre acerca de ponto nodal do caso – a regra de distribuição do ônus

probatório. A Ministra, pois, atém-se aos limites propugnados no recurso e no acórdão recorrido, estando, portanto, em conformidade com o sistema processualístico de qualquer regime democrático de direito.

Assim, defende caber à Administração Pública o **ônus de provar** que fiscalizou o contrato de prestação de serviços, ou seja, a conduta do contratado quanto aos seus deveres de pagamento dos créditos trabalhistas. **Fundamenta** na premissa de que a Administração Pública, uma vez que faz parte do liame licitatório, deve cumprir com os seus deveres legais, como dispõe o art. 67, *caput*, da Lei n. 8.666/1993, e não apenas se beneficiar do serviço prestado pelo empregado terceirizado.

Embora tenha presunção de legitimidade quanto aos atos administrativos, isso não significa que deve estar inerte quanto às suas obrigações legais de acompanhar e fiscalizar o contrato de prestação de serviços. Nesse ponto, traz a lume o princípio da **aptidão para a prova**, que leva à dinamização da regra do encargo probatório, segundo o **art. 373, § 1º, do CPC/2015**, até porque o ente público tem maiores condições de obtenção de provas. Inclusive, traz como fundamento analógico o art. 37 da Lei n. 9.784/1999, a estabelecer que, em caso de processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, o ente público está obrigado a obter documentos que servirão à instrução.

De resto, reitera o entendimento delimitado no acórdão da ADC n. 16, no sentido de que o Estado não é condenado automática e objetivamente, mas com a averiguação concreta quanto ao seu descumprimento do dever legal de fiscalizar; assim, é possível condená-lo a responder subsidiariamente em relação aos créditos trabalhistas. Porém, adota a culpa presumida num contexto de responsabilidade subjetiva, possibilitando ao ente público apresentar a prova de inexistência de negligência, imperícia ou imprudência e que não agiu com culpa.

Há, pois, **consistência e coerência** em seus fundamentos. Trata-se de uma decisão imbuída de fundamentos plausíveis, o que lhe confere racionalidade. Vislumbra-se **delimitação e individualização** – e de fácil compreensão – dos motivos determinantes. **Indica** alinhamento com a doutrina do *common law*.

Os **Ministros Edson Fachin e Luís Roberto Barroso** estão em sintonia com a exposição da Ministra Rosa Weber quanto ao **ônus probatório**. Também **fundamentam** na circunstância de que não se pode exigir do empregado a prova de fato negativo, já que se encontra em posição de vulnerabilidade na relação contratual e quando, para a Administração Pública, é fácil ir ao encontro da prova. Assim, deve ela provar que realizou a fiscalização adequada e que tomou as medidas sugeridas para alcançar a sanção de eventuais irregularidades trabalhistas, sob pena de estar configurada a culpa *in vigilando*.

Igualmente, esses dois Ministros acreditam que não há necessidade de fiscalizar 100% das obrigações trabalhistas. Sugerem o método por **amostragem** e a introdução de **providências e condutas** – detalhadas na descrição dos respectivos votos –, a serem tomadas pelo ente público que fez parte da relação jurídica. Para o Ministro Barroso, essas questões são *obiter dicta* e, uma vez comprovadamente postas em prática, afastam a responsabilidade subsidiária, por satisfazerem o dever de fiscalização. No mais, reiteram o entendimento lançado no julgamento da ADC n. 16 no sentido de que deve haver prova concreta quanto à ausência de fiscalização da entidade pública para poder responsabilizá-la subsidiariamente em culpa *in vigilando*; não devendo, por isso, fazer incidir a responsabilidade de modo automático.

Essas sugestões, quanto ao método por amostragem e às providências e condutas a serem tomadas pelo ente público, foram acatadas por todos os ministros que **negaram provimento** ao recurso extraordinário e pelo Ministro Luiz Fux, que afirmou que, se o resultado do *decisum* fosse no sentido de negar provimento, acataria as sugestões do Ministro Barroso para, pelo menos, saciar o seu “sentimento de justiça” (p. 224-225).

Vê-se que os votos dos Ministros Fachin e Barroso contêm **fundamentação consistente** e **coerente** com o que foi abordado no recurso e no acórdão recorrido, indo além do magistrado aplicador da norma preexistente. Esses ministros, como verdadeiros *lawmakers*, buscaram investigar a fundo a situação em volta da fiscalização, colhendo **dados empíricos** para compreender o que está por trás da dificuldade em torno do ato de fiscalizar (conhece-se a raiz do problema) e, com isso, buscar uma solução alternativa prática para solvê-la. Então, compreenderam que não há a possibilidade de 100% de fiscalização e, assim, encontraram um método razoável – já utilizado em outros órgãos –, que é a amostragem, e introduziram condutas a serem observadas pelo ente público. Isso, de certa forma, ordena a prática fiscalizatória. Note-se que essa linha de atuar é um **indicador** de que o modelo adotado no *common law* foi observado por esses dois ministros, consoante visto no item 2.5 do Capítulo 2.

Ressalte-se que, *in casu*, não há, no texto legal discutido, específicas formas de conduta dos órgãos públicos quanto à realização de fiscalização para o contrato de terceirização envolvendo créditos trabalhistas, tampouco método fiscalizatório a ser empreendido. Os dois ministros usaram, pois, da **criatividade judicial** tão abordada por Cappelletti (1993),¹³⁴ para

¹³⁴ Cappelletti (1993, p. 42) expõe que o Judiciário teve seu processo de evolução, passando a aceitar uma nova realidade, mais dinâmica e complexa, responsável por transformar a própria concepção do direito e a nova função do estado promotor de direitos e dar “a própria contribuição à tentativa do estado de tornar efetivos tais programas [sociais]” e fazer concretizar finalidades e princípios ínsitos da legislação do *welfare* (direitos sociais). Para o jurista italiano, vê-se a ocorrência de maior abertura à atuação do juiz – eleva-se o grau de discricionariedade quando se trata de direitos sociais –, pois “quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais”.

trazer meios razoáveis de solução, ainda que se considerem *opinions* a não integrarem a *ratio decidendi*. Trata-se de contribuições a serem levadas em conta pelos órgãos administrativos e judiciais, servindo até mesmo de conteúdo para diálogos institucionais futuros, como na hipótese de se pretender a sua inserção em dispositivo de lei.

Nesse ponto, poder-se-ia levantar dúvida se não se trata realmente de elemento que comporia uma *ratio decidendi* ou, ao menos, sugerir se tratar de *obiter dicta persuasiva*, consoante explanado no Capítulo 2, item 2.6. Isso porque, como afirmou o próprio Ministro Barroso, se o método (amostragem) e as condutas procedimentais a serem empregadas pelo ente público tiverem sido comprovadamente postos em prática, afastam a responsabilidade subsidiária, por satisfazerem o dever de fiscalização. Vale dizer: amostragem e condutas procedimentais constituem elementos que se interligam aos **elementos essenciais** da questão que integraria a *ratio decidendi* – fiscalização e responsabilidade subsidiária do ente público. São elementos criativos essenciais que facilitam encontrar a solução do problema jurídico relativo à prova fiscalizatória, além de contribuírem para a oferta de uma justiça processual e substancial mais equânime.

O **Ministro Ricardo Lewandowski** fundamenta, sinteticamente, mas com plausibilidade, tendo em vista que não se aparta do texto constitucional, até porque está a tratar de direito fundamental do trabalhador. Assim, sua **fundamentação** está em que o Estado tem responsabilidade ampla, em qualquer de suas ações e vertentes. Na medida em que fiscaliza, está concretizando os valores dispostos nos arts. 1º e 2º da Constituição. Ele tem o dever jurídico e moral de fazer com que os direitos trabalhistas sejam adimplidos pelas empresas contratantes. Quanto ao **ônus da prova**, ao afirmar apenas que, ao atribuir o ônus probatório à Administração Pública, está na linha do ocorrente na Justiça do Trabalho e do Direito do Consumidor, adota o raciocínio interpretativo dos ministros que entenderam atribuir o ônus da prova ao ente público. **Indica**, pois, sintonia com a doutrina do *common law*.

O **Ministro Celso de Mello** acompanha integralmente o voto proferido pela relatora, sem necessitar fundamentar mais, ou seja, acolhe, como seus, os **fundamentos** da Ministra Rosa Weber.

b) Votos que dão provimento ao recurso extraordinário

Os **Ministros Luiz Fux, Marco Aurélio, Alexandre de Moraes, Gilmar Mendes** e a **Ministra Cármen Lúcia** comungam do mesmo entendimento de que o espírito do texto legal (art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993) foi o de excluir a responsabilidade para o ente público. Se

o texto legal, em seu § 1º, não atribuiu a responsabilidade ao ente público e, logo no § 2º, o incluiu para que responda de forma solidária pelos encargos previdenciários, é porque a sua intenção foi de exclusão da responsabilidade subsidiária da Administração Pública em relação aos créditos trabalhistas. Então, fizeram uma **interpretação literal**¹³⁵ do referido dispositivo legal.

O **Ministro Alexandre de Moraes** registra que a reiteração de ato comissivo ou omissivo do Estado é que levaria à responsabilidade subsidiária, ou seja, deve ter um **comportamento sistemático** na conduta negligente em relação ao trabalhador terceirizado. Algo não abordado pelos demais ministros da Corte.

O **Ministro Dias Toffoli** afirma ter averiguado a **ata de audiência** e os **documentos** que comprovam a confissão da empresa terceirizada, o não comparecimento à audiência e a fiscalização da Administração sobre o contrato, e também que os problemas de inadimplência da contratada ocorrem desde 2008. A partir desse acervo fático-probatório, argumenta que o Juízo Trabalhista aplicou a responsabilidade objetiva à Administração Pública.

Quanto a esse aspecto, cumpre anotar que a doutrina e a jurisprudência pátrias exprimem que, em sede de jurisdição constitucional, o magistrado deve se ater aos fatos e provas consignados no acórdão recorrido e aos limites do conteúdo da peça recursal. Não é possível o reexame do conjunto fático-probatório em controle difuso de constitucionalidade, na forma do que prescreve a Súmula n. 279 do STF, de não ser cabível recurso extraordinário para reexaminar prova.¹³⁶

Por sua vez, a Constituição Federal, ao assegurar como garantia o direito ao processo (art. 5º, XXXV c/c LIV), consagrou a cláusula *due process of law*,¹³⁷ a qual abrange

¹³⁵ “Chama-se interpretação gramatical ou literal a que se realiza pela análise filológica do texto, a pesquisa do sentido pela observação da linguagem. O intérprete precisa a significação dos vocábulos, a sua colocação na frase, o uso de partículas e cláusulas, o emprego de expressões sinônimas. E, do estudo gramatical da forma como o legislador se expressou, extrai o pensamento, esclarece o texto, explica a lei, para torná-la aplicável” (PEREIRA, 1991, p. 138).

¹³⁶ “Não são recursos que se prestem meramente a corrigir injustiça da decisão derivada de inadequada reconstrução dos fatos da causa. Má apreciação de prova dá azo à interposição, por exemplo, de recurso de apelação, mas não à de recurso extraordinário ou especial. Por meio destes recursos não se pode, portanto, pleitear a revisão de matéria de fato (STF, Súmula 279; STJ, Súmula 7). Os tribunais superiores, ao julgarem recurso especial e recurso extraordinário, aceitam a versão dos fatos dada pelo juízo *a quo* (juízo que prolatou a decisão que se recorreu), para, a partir daí, examinarem o mérito do recurso, que consiste sempre, direta ou indiretamente, na alegação de ofensa à regra constitucional ou a dispositivo de lei federal” (WAMBIER; TALAMINI, 2018, p. 616-617).

¹³⁷ O devido processo legal (*law of the land, due course of Law ou due process of Law*) tem origem na Inglaterra, de 1215, com a Magna Carta ou “Carta da Liberdade”. Instituto criado para resolver a problemática quanto ao desrespeito, por parte do rei, sobre as prerrogativas dos barões feudais. Estes, motivados por insatisfação quanto ao procedimento da realeza, pressionaram o rei João Sem-Terra a assinar a Magna Carta, com o fim de limitar os poderes reais no tocante ao direito à vida, à liberdade e à propriedade. Assim foi feito, ao tornar dever de obediência “ao legítimo julgamento da lei do reino, aos usos e costumes da *common law*, como condição para, eventualmente, restringir os direitos dos barões”. (LASPRO, 1995, p. 82).

procedimentos e técnicas processuais idôneos e adequados às necessidades materiais dos casos concretos, o fácil acesso à justiça, a participação igualitária do autor e do réu – realizada pelo contraditório –, a participação do juiz em termos de compreender a estruturação instrumental e as necessidades substanciais e formais, referentes ao caso concreto e às partes, bem como o seu modo de lidar com o tempo do processo. Assim, a atuação do juiz deve estar em conformidade com as **regras do jogo processual** representadas pelo *due processo of law*.¹³⁸

Ora, quando os Ministros Fachin e Barroso asserem que, no recurso da União, não há afirmativa de que o ente público tenha efetivamente fiscalizado, eles estão a dizer que, se a União não afirma que fiscalizou e não demonstra ato direcionado à fiscalização, ela reconhece a não fiscalização por sua parte e, por isso, há uma **confissão** quanto à matéria de fato. Ao contrário do Ministro Dias Toffoli, esses dois ministros reconhecem a existência de regras processuais quanto à participação dos sujeitos processuais, as quais devem ser respeitadas.

Nessa dimensão, defronta-se com o instituto da **preclusão** – corolário do princípio da eventualidade –, que informa que a parte, desde o nascedouro do trâmite processual, deve ficar atenta ao momento certo de alegar os fatos, apresentar provas e levantar omissões judiciais. Não cabe ao juiz fazer o trabalho do recorrente, que possui instrumentos próprios, como, por exemplo, os embargos de declaração, para levantar o fato de haver documentos acusando a fiscalização. Se a parte não se manifestou sobre suas condutas fiscalizatórias, não é o juiz que o fará por ele.

Já afirmado alhures, para se alcançar decisão justificável, antes deve o magistrado restringir-se a prestar atenção ao conteúdo dos recursos e ao teor do acórdão recorrido. Como reprise do pensamento de MacCormick, há de se perseguir a virtude encontrada no Estado de Direito (*rule of law*).

Quanto à regra de distribuição do **ônus probatório**, apenas os **Ministros Marco Aurélio e Alexandre de Moraes** se pronunciaram no sentido de atribuir o ônus ao empregado. O primeiro assevera – **sem fundamentar** – que o texto legal exclui a responsabilidade da entidade pública, não sendo de sua incumbência a prova, e que a inversão do ônus da prova serve apenas à relação jurídica entre empregado e empregador, o ente público não faz parte desse liame. Também afirma não ser mais possível imperar o protecionismo ao trabalhador na atualidade, em que o mercado não é desequilibrado como na década de 1940. O segundo apenas

¹³⁸ Cappelletti (1993, p. 23-27) alerta para o fato de que, em todo ato de interpretar, há certo grau de *criatividade* e, por isso mesmo, de *discricionariedade* (e assim, de escolha), porém não significa confundir com *total liberdade* do intérprete. Isso porque discricionariedade está longe de ser *arbitrariedade*, já que o juiz, embora seja criador do direito, não está completamente livre de *vínculos*. Todo sistema jurídico civilizado estabeleceu certos *limites* à liberdade judicial, tanto *processuais* como *substanciais*.

aduz – *sem tecer fundamentos* – que se for atribuir o encargo probatório ao empregado, poderá colaborar para o desestímulo à contratação da iniciativa privada com a Administração Pública. Então, acabou por escolher atribuir tal ônus ao empregado.

Note-se, neste ponto, que a doutrina processual exige fundamentação plausível como forma de entregar a prestação jurisdicional completa – a exata prestação de contas à sociedade –, a fim de que os cidadãos possam fazer o controle da atuação jurisdicional. Decisão desprovida de fundamentação implica decisão irracional e arbitrária, porquanto se afirma o que acredita dever-ser – porque atende ao seu desejo interno –, mas não mostra a razão de ser do que se afirma.

Diante desse cenário, é fácil compreender que os Ministros do STF resolveram a questão entre o particular e a Administração Pública e fizeram coisa julgada à questão, entendendo ter havido fiscalização por parte do ente público, que foi absolvido da condenação de responsabilidade subsidiária pelo pagamento dos créditos trabalhistas. Votaram por **maioria (5x4)**, considerando apenas a **conclusão da decisão**. Mas olvidaram-se de solucionar questão fundamental referente à distribuição do ônus da prova, tendo em vista que os **ministros** que **deram provimento** ao recurso **sequer debateram** efetivamente sobre o tema. Trata-se, pois, de **indicador** de que não se está literalmente seguindo a doutrina do *common law*, já que, como visto no instrumental teórico (Capítulo 2, item 2.4), a formulação da *ratio decidendi* abrange o voto da maioria e os fundamentos determinantes, e não apenas a maioria do resultado do *decisum*.

Assim, não é possível defender a existência de *ratio decidendi* e, por consequência, uma decisão com qualidade de precedente, considerando que o que vincula é a *ratio*, localizada nos fundamentos e não no dispositivo sentencial.

Não obstante, o fato é que decisões, advindas de tribunal que tem por atribuição precípua a guarda da Constituição e a unidade do direito exigem vinculação. Esta se dá, ainda que em controle concreto de constitucionalidade, em que haja recurso extraordinário, com repercussão geral, cuja eficácia vinculante e efeito *erga omnes* das decisões de mérito ficariam na dependência de emissão de súmula vinculante.¹³⁹ Tanto deve ser assim que, se arguido, em controle difuso, incidente de inconstitucionalidade, os “órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário ou ao órgão especial a arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão”,¹⁴⁰ o que traduz a existência de eficácia vinculativa.

¹³⁹ No mesmo sentido: MANCUSO, 2016, p. 464; MARINONI, 2016, p. 298; MEDINA, 2018, p. 1313-1314.

¹⁴⁰ Art. 949, Parágrafo único, do CPC/2015.

Portanto, percebe-se o estabelecimento da obrigatoriedade de seguir precedente – ele existe –, bastando a Corte Suprema proferir decisão, e os demais tribunais e juízes a seguirem. Porém, o que obriga é a conclusão, o **dispositivo** agregado à **tese** firmada e não uma autêntica *ratio decidendi*, como acontece em países de *common law* e de *civil law* que adotam a doutrina do *stare decisis*.

Ademais, é de se notar a repetição da tese firmada por ocasião do julgamento da ADC n. 16, porém não se definiu a questão mais importante do caso: a regra de distribuição do ônus probatório. É bem possível que a situação não resolvida continue gerando insegurança jurídica e instabilidade. Mais ainda, a maior justificativa à afetação do recurso extraordinário, que é a quantidade exorbitante de reclamações constitucionais e recursos extraordinários, não terá solução – sem falar no tempo despendido para laborar sobre esse processo –, pelo menos, até o momento presente.

Em realidade, ao levar em consideração a linha assimilada pelo nosso ordenamento jurídico acerca de precedentes obrigatórios, essa questão do **ônus probatório**, por não ter sido abordada no acórdão da ADC n. 16, sequer deveria ter sido levantada como motivo para afetar o recurso extraordinário. Isso porque o STF deve respeitar os seus próprios precedentes (art. 926 do CPC/2015), quando já definiu a questão por ocasião do julgamento da ADC n. 16 – trata-se de **eficácia horizontal**.¹⁴¹ Isso leva à ilação de que o próprio TST não afrontou a decisão do STF, quando transferiu o ônus da prova para o ente público.¹⁴² Trata-se, pois, de mais um **indicador** de que a prática judicial brasileira não guarda sintonia com a do *common law*.

Por outro lado, se levada a sério a doutrina do *stare decisis*, o que se poderia extrair é que, apesar do resultado *in concreto* ter sido voltado a dar provimento ao recurso extraordinário, com relação ao ônus da prova, formar-se-ia uma *ratio decidendi*. Isso porque, ao refletir que a *ratio decidendi* localiza-se na fundamentação e havendo compartilhamento das mesmas razões por maioria, ela seria considerada como entendimento unívoco da Corte sobre a questão.

Por consequência lógica, seria aplicada, como comando geral, nos demais casos que tratem da mesma questão – princípio da universalidade. Por maioria, cinco ministros discutiram e anuíram os mesmos fundamentos e concluíram que o ônus da prova recai sobre a

¹⁴¹ Como doutrina Marinoni (2014, 102-103), “cabe às Cortes Supremas a função de definir o sentido da lei, assim como a sua validade. Depois do pronunciamento da Corte Suprema, por consequência lógica, nenhum juiz ou tribunal, nem mesmo a própria Corte Suprema, poderá resolver caso ou decidir em desatenção ao precedente firmado. Só assim deixará de estar presente a insegurança em relação à aplicação do direito, permitindo-se a prática consciente de uma conduta com ele de acordo e a prévia aceitação da responsabilidade inerente à sua não observância”.

¹⁴² Abordo o tratamento conferido à dinâmica do ônus probatório no ordenamento processual trabalhista e, de modo sucinto, as decisões objeto desta pesquisa: MELO, 2017, p. 45-70.

Administração Pública, dois ministros apenas afirmaram, sem fundamentar, que o ônus da prova recai sobre o empregado e os demais sequer discutiram. Inferese que houve abordagem da maioria perfilhando o mesmo entendimento. Porém, como se percebe da prática da jurisdição brasileira, não se levou em consideração o ônus probatório, a partir de uma **dimensão universalista** como empregada no *common law*.

Note-se que, se a afetação se deu para dirimir dúvida não percebida no julgamento da ADC n. 16, esta não existiu, pois, como se observa dos votos e do resultado final, o STF **repetiu**, na decisão do RE n. 760.931, o conteúdo definido na decisão da ADC n. 16.

Ante a análise empírica, destaco que a proposta, nesta fase da pesquisa, é justamente extrair desses dois julgados uma regra de julgamento constituída de fundamentação vinculativa. Isso porque, como ficou evidenciado, existe uma **incoerência** quanto à fundamentação relacionada à interpretação do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993. Se a ele foi acrescida uma cláusula de exceção – tese criada –, não se pode dizer que se confere ao seu conteúdo interpretação literal, como afirmado pelos votos convergentes por ocasião do julgamento do RE n. 760.931, justificativa para dar provimento ao recurso extraordinário. Nesse ponto, a fundamentação – única da Ministra Cármen Lúcia na ADC n.16 – seria aderente ao julgado do recurso extraordinário.

Por outra banda, os votos convergentes, que formaram a linha majoritária, apresentaram **argumentos dissonantes**, muitos deles desprovidos de fundamentação, o que dificulta a construção de uma verdadeira *ratio decidendi* e, portanto, a sua compreensão.

Daí a importância da proposta de se emitir – num processo dialógico efetivo – um raciocínio jurídico em que se possa vincular uma **fundamentação compartilhada**, a fim de deixar compreensível a *ratio decidendi*.

CAPÍTULO 4 - COMO O STF E O TST ENTENDEM OS PRECEDENTES FORMADOS NA ADC N. 16 E NO RE N. 760.931: UMA PESQUISA EMPÍRICA QUALITATIVA

(...) a imagem do homem que a ciência constitucional endossa representa o ponto de contato mais decisivo entre o direito em geral e o clima cultural em que se desenvolve. Por esse motivo, especialmente em relação a esse ponto, a ciência constitucional não pode permanecer retraída em si mesma, ignorando as vozes que vêm de fora.

Gustavo Zagrebelsky, 2011.

4.1 Considerações iniciais

Como a epígrafe deste capítulo sugere, a intenção aqui é justamente buscar saber a compreensão do STF e do TST sobre a *ratio decidendi* no caso da responsabilidade subsidiária do ente público em relação de terceirização, tema a envolver a ADC n. 16 e o RE n. 760.931. Vale dizer: o que é *ratio decidendi* para essas cortes de vértice? E numa nova vertente de investigação: como o STF vem decidindo, após proferida sua decisão na ADC n. 16 e no RE n. 760.931, à luz do que o TST vem decidindo?

Em linhas atrás, realizou-se pesquisa analítica e, como resultado, constatou-se que a Corte Suprema não se alinha ao método do *common law*. Possui sua própria linha operacional, no sentido de encontrar um resultado específico, acompanhado de uma tese, sem estabelecer relação vinculativa com os fatos relevantes e os fundamentos determinantes. Apenas debate o caso e extrai dele um resultado decisório vinculativo. Igualmente, foram detectados problemas intradecisão relacionados à incoerência interpretativa e à não observância de regras processuais fundamentais.

Nessa toada, toda a dogmática desenvolvida nos capítulos antecedentes será retomada no presente capítulo, a fim de testá-la no âmbito do intercâmbio realizado entre o STF e o TST. Ademais, enfatizar-se-á a importância de se ter um olhar voltado para a racionalidade – antes mesmo de se pensar em vincular uma decisão –, a qual está intrinsecamente conectada à dinâmica de construção decisória, a interferir, de certa maneira, no processo de universalização da regra de julgamento.

Assim sendo, sabe-se que o Supremo Tribunal Federal (art. 92, I, da Constituição Federal) posiciona-se no topo da jurisdição constitucional. Por possuir atribuições¹⁴³ voltadas ao controle da constitucionalidade, guarda a função de orientar os demais juízos e tribunais, qualquer que seja o ramo do Direito – a ser vislumbrado de modo interdisciplinar – inserido na Carta Constitucional.

Já o Tribunal Superior do Trabalho (art. 92, II-A, da Constituição Federal)¹⁴⁴ é o órgão máximo da jurisdição constitucional trabalhista e, por isso, tem a função de direcionar especificamente os demais juízos e tribunais do trabalho a partir das diretrizes advindas da Suprema Corte.

Com base nessa noção de posição e finalidade desses tribunais constitucionais, a presente pesquisa empírica qualitativa – com viés na *técnica de levantamento* de decisões – tem o objetivo de averiguar a compreensão do TST acerca das decisões proferidas pela Suprema Corte no julgamento da ADC n. 16 e do RE n. 760.931. Em outras palavras, verificar-se-á qual é a leitura realizada pela Corte Trabalhista sobre essas decisões e como elas foram interpretadas e absorvidas.

Por último, serão averiguadas decisões em reclamações constitucionais, decorrentes de decisões da Justiça do Trabalho, as quais foram proferidas após o julgamento do RE n. 760.931, a fim de aferir o comportamento do STF sobre aquelas decisões frente ao seu próprio julgado. Vale dizer: a análise visa saber se os ministros da Suprema Corte se mantêm alinhados com o entendimento firmado no julgado do RE n. 760.931 e com os seus próprios argumentos sobre as questões lá abordadas ou se trilham um caminho diferente.

4.2 Investigação descritiva acerca da compreensão do TST sobre o acórdão da ADC n. 16-DF

Foram investigadas trinta e oito decisões¹⁴⁵ oriundas das oito Turmas do TST, nas quais se aborda o julgamento da ADC n. 16, nos anos de 2011 a 2016, cuja fonte de pesquisa foi o *site* do referido órgão judicial.

¹⁴³ As atribuições constitucionais do STF são: “defesa da ordem democrática, defesa da Constituição face aos poderes executivo e legislativo, garantia de eficácia da Constituição pós-liberal e defesa de direitos e valores fundamentais face ao poder constituinte reformador” (VIEIRA, 1994, p. 97).

¹⁴⁴ O TST funciona em sua composição plena ou dividido em Órgão Especial, Seções, Subseções Especializadas e Turmas (art. 64 do RITST).

¹⁴⁵ No Anexo III, encontra-se a lista de processos analisados neste capítulo.

Por ocasião do julgamento da ADC n. 16, a Suprema Corte consolidou o entendimento no sentido de que o art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993, é constitucional. Ademais, firmou tese de não caber “a transferência automática da responsabilidade subsidiária ao ente público, quanto aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato à administração pública”. Portanto, o que se busca nesta pesquisa é saber como o TST compreende a aludida tese.

Perceber-se-á, mais adiante, que a descrição se faz de modo sucinto, porquanto nas decisões não há maiores discussões argumentativas acerca da tese. Para melhor visualização e identificação do leitor, serão apresentadas, em negrito, algumas categorias: os nomes dos ministros e das suas respectivas turmas.

Quadro 1 - Compreensão do TST sobre o acórdão da ADC n. 16-DF

1ª Turma	Lélio Bentes	Entende ser suficiente a menção, no acórdão, de que o ente público não fiscalizou a empresa terceirizada, não necessitando estar consignada a prova concreta da sua conduta comissiva/omissiva.
	Hugo Carlos Scheuremann	Entende que deve constar, no acórdão regional, a prova concreta da culpa do ente público quanto a sua omissão na fiscalização contratual.
	Walmir Oliveira da Costa	Compreende que basta o Tribunal de origem consignar a <i>culpa in vigilando</i> para imputar responsabilidade à Administração Pública. Pauta-se na Súmula n. 126 do TST e afirma não ser permitida a reavaliação da prova de culpa do ente público na fiscalização contratual.
2ª Turma	José Roberto Freire Pimenta	Entre 2011 e 2012, entendia bastar a menção, no acórdão regional, de que o ente público não fiscalizou, sem precisar indicar prova concreta. Em 2013, muda sua postura para acolher o entendimento de que deve haver concretamente a prova no acórdão regional.
	Renato Lacerda Paiva	Entende que basta estar consignado, no acórdão regional, que o ente público não fiscalizou, sem indicar prova concreta.
	Guilherme Augusto Caputo Bastos	Entende bastar o juízo <i>a quo</i> afirmar que não há prova de efetiva fiscalização, não necessitando estar consignado, no acórdão regional, todo o delineamento probatório.
3ª Turma	Alberto Luiz Bresciani	Acredita que deve estar, no acórdão regional, a prova concreta relativa à ausência de fiscalização por parte do ente público.
	Horácio Senna	Adota a mesma compreensão.
	Alexandre Agra Belmonte	Adota a mesma compreensão.

4ª Turma	Fernando Eizo Ono (hoje, aposentado)	Compreende que o acórdão regional deve especificar a prova da conduta culposa para poder responsabilizar o ente público.
	Maria Calsing (hoje, aposentada)	Adota a mesma compreensão.
	Oreste Dalazen (hoje, aposentado)	Adota a mesma compreensão.
5ª Turma	Kátia Magalhães Arruda	Compreende que basta mencionar, no acórdão regional, a existência de culpa, sem precisar indicar prova concreta.
	Emmanuel Pereira	Adota a mesma compreensão.
	João Batista Brito Pereira	Entende que, para atribuir responsabilidade subsidiária ao ente público, é necessária a explicitação da prova sobre eventual culpa pelo inadimplemento das obrigações pela prestadora de serviços.
6ª Turma	Aloysio Corrêa da Veiga	Compreende ser necessária a especificação da prova no acórdão regional.
	Augusto César Leite de Carvalho	Adota a mesma compreensão.
	Maurício Godinho Delgado	Compreende que basta a menção, no acórdão regional, de existência de culpa da Administração Pública, sem descrever concretamente a prova.
7ª Turma	Delaíde Miranda Arantes	Compreende que, no acórdão regional, deve estar expressa a prova concreta da conduta omissiva da entidade pública.
	Ives Gandra Martins	Adota a mesma compreensão.
	Maria Doralice Novaes	Compreende que basta a menção de existência de <i>culpa in vigilando</i> do ente público.
8ª Turma	Carlos Alberto Reis (hoje, aposentado)	Compreende que, no acórdão regional, deve estar expressa a prova concreta da conduta omissiva do ente público.
	Dora Maria Costa	Adota a mesma compreensão.
	Márcio Eurico Vitral Amaro	Entende que não há necessidade de explicitar a prova de culpa <i>in vigilando</i> . Basta o Tribunal Regional mencionar a sua comprovação para fazer incidir a Súmula n. 126 do TST.

Fonte: <http://www.tst.jus.br/>.

4.3 Inferências acerca da compreensão do TST sobre a decisão da ADC n. 16-DF

Ante a investigação descritiva anteriormente realizada, infere-se que o TST, em sua maioria, compreende que a tese firmada na ADC n. 16 guarda o seguinte sentido: para atribuir culpa ao ente público, é necessário explicitar, nas razões de decidir, a prova inequívoca da conduta omissiva ou comissiva da fiscalização contratual. Isso evita a mencionada transferência automática da responsabilidade à Administração Pública.

Os ministros que insistiram em aceitar a menção genérica, no acórdão regional, de existência de culpa *in vigilando* para atribuir a responsabilidade subsidiária à Administração Pública se pautam no entendimento de ser questão de cunho infraconstitucional e de não ser de incumbência da instância de natureza extraordinária reexaminar fatos e provas (Súmula n. 126 do TST).

Há uma peculiaridade nas decisões dos Ministros Aloysio Corrêa da Veiga e Augusto César Leite de Carvalho. É que, quando o acórdão genericamente mencionava a culpa da Administração Pública, eles davam provimento parcial ao recurso de revista com determinação de retorno dos autos para que o TRT fizesse nova análise do recurso ordinário à luz do entendimento do STF.

Presume-se que o objetivo dessa estratégia era justamente impulsionar o Juízo de origem à especificação, nas suas razões de decidir, da prova concreta da omissão ou comissão da Administração Pública. Isso porque, com base na Súmula n. 126 do TST, na seara judicial extraordinária, não há a possibilidade de o magistrado reanalisar os fatos e as provas dos autos, cuja incumbência é do juízo instrutório – TRT e Vara do Trabalho.

No nosso sentir, trata-se de uma estratégia lúcida – embora fuja de certa forma da processualística tradicional –, pois, normalmente, quando se muda a jurisprudência ou precedente da Corte Trabalhista, não se aplica o princípio da irretroatividade – o que penso ser um equívoco –, com isso, os empregados que, à época dos fatos, ainda estavam sob a égide do antigo entendimento seriam prejudicados com a nova tese consolidada pela Suprema Corte, já que é vinculante para o TST. Ademais, o STF não modulou a decisão da ADC n. 16-DF.¹⁴⁶

¹⁴⁶ “As decisões do Poder Judiciário supervenientes, que alterarem jurisprudência anterior do mesmo tribunal já estratificada, devem produzir efeitos para o futuro (*ex nunc*). Mesmo depois de adotado novo posicionamento do tribunal sobre determinado assunto, a corte deve aplicar sua jurisprudência anterior aos casos futuros que lhe sejam apresentados, mas respeitantes a fatos ocorridos na vigência da jurisprudência anterior. Esse entendimento é coerente com o princípio da irretroatividade, que tem sede na segurança jurídica e na boa-fé, pois se o jurisdicionado praticou atos ou celebrou negócios jurídicos (privados ou administrativos) sob a égide do entendimento anterior do tribunal, estava boa-fé ao fazê-lo e confiou que seu procedimento estaria correto, porque respaldado em posicionamento jurisprudencial de tribunal superior” (NERY JUNIOR; NERY, 2011 p. 544). Também, no mesmo sentido: MARINONI, 2016, p. 360-361.

Vale dizer: os processos antigos seriam alcançados pelo novo entendimento no sentido de exigir a prova concreta para imputar responsabilidade ao ente público, e não pelo mero inadimplemento. Isso causa, em consequência, prejuízo àqueles que trabalharam e não receberão a sua contraprestação, seja porque a empresa prestadora de serviços não tem condições de arcar com os encargos trabalhistas, seja porque a Administração Pública estará isenta de responsabilidade subsidiária.

Assim, é compreensível essa estratégia de fazer retornar os autos para novo exame do substrato fático-probatório de modo que o magistrado especifique, em suas razões de decidir, a prova da culpa *in vigilando*. Os Ministros Aloysio e Augusto César foram sensíveis à situação drástica que os empregados nas condições ora alinhadas iriam suportar. Em realidade, o intuito era buscar equidade diante da expectativa de recebimento da contraprestação devida que se frustraria com a nova decisão surpresa.

4.4 Investigação descritiva acerca da compreensão do TST no tocante ao acórdão relativo ao RE n. 760.931-DF

Como visto alhures, a decisão do RE n. 760.931 abarcou a tese firmada por ocasião do julgamento da ADC n. 16 de que não cabe transferência automática da responsabilidade subsidiária à Administração Pública e acresceu a ela também o caráter solidário.

Esta pesquisadora averiguou a compreensão de vinte e quatro ministros do TST (trinta decisões publicadas em 2017-2019)¹⁴⁷ sobre a decisão do RE n. 760.931. Concluiu que a maioria da Corte Trabalhista mantém o entendimento no sentido de que o magistrado deve explicitar a prova inequívoca relacionada à conduta omissiva ou comissiva da Administração Pública nas suas razões de decidir, para poder atribuir-lhe a responsabilidade subsidiária. Trata-se, justamente, da compreensão predominante averiguada na pesquisa do item anterior – referente ao julgamento da ADC n. 16. Com exceção dos Ministros Lélvio Bentes, Maurício Godinho Delgado e José Roberto Freire Pimenta,¹⁴⁸ que mantêm o entendimento de ser

¹⁴⁷ No Anexo IV, há lista dos processos em exame.

¹⁴⁸ O Ministro José Roberto Freire Pimenta tem oscilado desde 2011. Verifica-se que, em 2016, no AIRR-414-33.2012.5.01.0322 (2ª Turma, DEJT 17/06/2016), volta atrás para aceitar o acórdão genérico, bastando conter nele a menção genérica de ausência de fiscalização ou existência de culpa *in vigilando*. Já em 2018, no RR-499-28.2015.5.10.0010 (2ª Turma, DEJT 16/03/2018), firma o entendimento de o magistrado precisar detalhar a prova no acórdão regional. Porém, em 2019, verifica-se que, no AIRR-20822-78.2017.5.04.0001 (2ª Turma, DEJT 19/12/2019), continua se posicionando no sentido de ser suficiente a menção da culpa *in vigilando*, mesmo quando na decisão de origem existe a afirmativa de ter havido fiscalização ainda que falha, como lá consignado: “essa fiscalização foi falha, pelo que se depreende da documentação por ela juntada (...) não exerceu a fiscalização desejada”.

suficiente o simples registro, no acórdão regional, de ausência de fiscalização por parte do Poder Público.

Com isso, a compreensão da maioria do TST é realmente de não haver possibilidade de menção genérica de que o ente público não fiscalizou ou fiscalizou de modo insuficiente ou ineficaz. Nesse caso, a responsabilidade é afastada, pois foi aferida de modo “automático” pelo juízo de reexame instrutório – os tribunais regionais ou as varas do trabalho.

Em relação à questão do ônus probatório – tema abordado pelo acórdão do TST referente ao RE n. 760.931 e, prequestionado neste recurso –, passa-se a descrever os argumentos dos respectivos ministros, com sua compreensão sobre o entendimento da Suprema Corte acerca do aludido tema. Para melhor visualização e identificação do leitor, serão apresentados, em negrito, algumas categorias: os nomes dos ministros e das suas respectivas turmas.

Quadro 2 - Compreensão do TST sobre o acórdão do RE n. 760.931-DF

1ª Turma	Lélio Bentes	Compreendeu que o ônus da prova é do ente público.
	Hugo Carlos Scheuremann	Compreendeu que o silêncio do STF quanto à distribuição do ônus da prova da <i>culpa in vigilando</i> traduziu liberdade para o TST julgar. Assim, o seu entendimento é de que “a distribuição daquele ônus segue a regra ordinária de aptidão para a prova e vedação da exigência de prova chamada ‘diabólica’, assim considerada aquela alusiva ao fato ‘negativo’ da ausência de fiscalização”.
	Walmir Oliveira da Costa	Compreendeu que existe o caráter vinculante das decisões da ADC-16 e RE-760.931-DF, quanto à questão de estar evidenciada de forma inequívoca a conduta culposa, mas o STF nada falou sobre o ônus probatório.
2ª Turma	Delaíde Miranda Arantes	Compreendeu que prevaleceu com eficácia vinculante o entendimento divergente do Min. Luiz Fux quanto ao ônus probatório – este abordou a questão por ocasião dos embargos de declaração – no sentido de recair o ônus da prova sobre o empregado.
	Maria Helena Mallmann	Compreendeu que o ônus da prova da <i>culpa in vigilando</i> é do empregado.
	José Roberto Freire Pimenta	Compreendeu que determinar a inversão do ônus da prova ao ente público configura responsabilização automática. Assim, a sua compreensão é de que o ônus da prova é do empregado.

3ª Turma	Alexandre de Souza Agra Belmonte	Compreendeu pela atribuição do ônus da prova ao trabalhador.
	Maurício Godinho Delgado	Compreendeu que basta o acórdão regional registrar que há prova inequívoca de ausência de fiscalização para fazer incidir a responsabilidade subsidiária, já que é de incumbência do tribunal <i>a quo</i> (Súmula n. 126 do TST) e que o encargo probatório é do empregado.
	Alberto Luiz Bresciani	O STF compreendeu que o ônus da prova da ausência de fiscalização é atribuição do trabalhador.
4ª Turma	Guilherme Caputo Bastos	Compreendeu ser inadmissível a inversão do ônus probatório em favor do empregado.
	Alexandre Luiz Ramos	Compreendeu: a) não há transferência automática da responsabilidade do ente público – é preciso provar o nexo causal entre o inadimplemento das obrigações trabalhistas e a conduta negligente do ente público na fiscalização da empresa contratada; b) a eficiência da fiscalização não é fator relevante para a responsabilização do ente público; c) o ônus de provar pertence ao empregado.
	Maria de Assis Calsing	Compreendeu que não pode ser transferido à Administração Pública o ônus do fato constitutivo do direito do trabalhador, ou seja, caberá ao autor comprovar que o ente público foi omissor no seu dever de fiscalização.
5ª Turma	Douglas Alencar Rodrigues	Teve a leitura de que não há na tese firmada no julgamento do RE-760.931-DF indicação objetiva de parâmetros a permitirem a exata compreensão sobre a possibilidade ou impossibilidade de imputar ao ente público responsabilidade subjetiva. Ao final, concluiu que o empregado tem o ônus de provar a conduta culposa do ente público.
	Breno Medeiros	Compreendeu que, apesar de o STF não ter fixado tese acerca do ônus da prova, esta deve recair sobre o empregado.
	Emmanuel Pereira	Compreendeu não caber presumir a culpa pela ausência de provas de fiscalização por parte do ente público, pela inversão do ônus da prova ou pela atribuição da teoria da aptidão. Compreendeu, enfim, que o ônus da prova é do empregado.

6ª Turma	Cilene Ferreira Amaro Santos¹⁴⁹	Ressalva o seu entendimento, com a compreensão de que o ônus da prova é do empregado.
	Kátia Magalhães Arruda	Compreendeu que cabe ao ente público o ônus de provar, pois tem melhor aptidão para desincumbir do encargo processual.
	Augusto César Leite de Carvalho	Ressalva o seu entendimento, com a compreensão de que o ônus da prova é do empregado.
7ª Turma	Cláudio Mascarenhas Brandão	Compreendeu que a <i>ratio decidendi</i> é de que, além de depender de prova robusta e inequívoca da ausência sistemática de fiscalização, quanto ao cumprimento das obrigações, o ônus de prova incumbe ao empregado.
	Evandro Valadão	Compreendeu que incumbe ao autor demonstrar a ausência de fiscalização ou fiscalização deficiente.
	Luiz Philippe Vieira de Mello	Compreendeu que, apesar da tese fixada pelo STF não tratar expressamente da distribuição do ônus da prova, a questão integra a <i>ratio decidendi</i> . Entendeu que restou definido que não se admite presunção em desfavor do ente público e que o ônus da prova é do trabalhador.
8ª Turma	Dora Maria Costa	Compreendeu que o empregado terceirizado tem o encargo probatório.
	Maria Cristina Irigoyen Peduzzi	Tem a compreensão de que não há tese fixada pelo STF sobre o ônus da prova. Com ressalva de entendimento, seguiu a 8ª Turma no sentido de que incumbe ao empregado o ônus de provar.
	Márcio Eurico Vitral Amaro	Compreendeu que o ônus da prova, pelo princípio da aptidão para a prova, é do ente público.

Fonte: <http://www.tst.jus.br/>.

4.5 Inferências acerca da compreensão do TST quanto à decisão do RE n. 760.931-DF no concernente ao ônus da prova

Extrai-se que os ministros do TST sentem certa dificuldade em compreender – tendendo à oscilação – a decisão exarada pela Suprema Corte.

Note-se que sete ministros (Douglas Alencar, José Roberto Freire Pimenta, Breno Medeiros, Hugo Carlos Scheuermann, Kátia Magalhães Arruda, Luiz Philippe Vieira de Mello, Maria Cristina Peduzzi) afirmam que o STF é silente quanto a fixar entendimento sobre a

¹⁴⁹ Desembargadora convocada; à época substituíva o Ministro Aloysio Corrêa da Veiga.

distribuição da carga probatória, apesar disso, extraem a conclusão de que a Corte Suprema quis atribuir o ônus da prova ao empregado.

Três ministras possuem uma compreensão diferenciada: Cilene, Dora e Delaíde. A Ministra Cilene compreendeu que o voto do Ministro Alexandre de Moraes foi de desempate quanto à carga probatória, apesar de não justificar o porquê de considerar voto de desempate. Talvez, a sua compreensão seja em decorrência do resultado do julgado, o que a impulsionou a afirmar que, se o resultado foi favorável à Administração Pública, no sentido de afastar a responsabilidade subsidiária mediante a tese já firmada na ADC n. 16, logo a questão da distribuição do ônus probatório favorável à Administração Pública está também, implicitamente, englobada na tese, uma vez que (repita-se) o resultado lhe foi benéfico.

Quanto a esse ponto, percebe-se que é apenas uma tentativa de justificar o que não foi explicitado pela Ministra Cilene. Não conseguimos vislumbrar outra hipótese justificadora para essa questão, tendo em vista que a tendência do STF é de tornar vinculativo tão somente o resultado final – aquilo que faz coisa julgada entre as partes – e não os fundamentos determinantes da decisão. Logo, se o resultado foi favorável ao recorrente, então deduz-se que o pensamento para considerar que o ônus da prova não recai sobre a Administração Pública, a beneficiar-lhe e não ao empregado, integra esse resultado. Porém, o certo é que, no nosso sentir, não houve abordagem de modo a se chegar a um consenso sobre a distribuição do ônus da prova por diversos integrantes do colegiado e, por essa razão, não integra o resultado, tampouco a tese firmada, já que a esta não faz referência.

Já as Ministras Dora e Delaíde compreenderam que o voto do Ministro Luiz Fux, no julgamento dos terceiros embargos declaratórios, a despeito de terem sido rejeitados, foi o desate da questão para definir o ônus probatório a cargo do empregado.

Note-se, nesse ponto, que os embargos de declaração guardam a finalidade de explicitação – quanto ao dever de fundamentação (art. 93, IX, da Constituição):¹⁵⁰ ou esclarece melhor algo que estava dúbio ou obscuro, ou corrige uma omissão no julgado. Cabe lembrar que o Ministro Luiz Fux, em nenhum momento, abordou a questão do ônus probatório. Se nesta via ele se aprofunda no entendimento de que o ônus da prova cabe ao empregado, deveria ter dado provimento à via declaratória para proferir sua posição, mas em verdade o recurso foi rejeitado. Ele deixou evidente a sua posição, sem abarcá-la, todavia, para o resultado final.

¹⁵⁰ “Se os jurisdicionados têm o direito à prestação jurisdicional [art. 5º, XXXV, da Constituição], essa prestação há de ocorrer de forma completa e veiculada através de uma decisão que seja clara e fundamentada. Sem prejuízo da existência de outros recursos aptos a invalidar ou reformar pronunciamentos que não cumpram essa exigência, os embargos de declaração permitem que a decisão seja esclarecida, complementada ou corrigida pelo próprio órgão jurisdicional que a proferiu” (WAMBIER; TALAMINI, 2018, p. 587-588).

Ademais, o Ministro Luiz Fux afirma que “a corrente majoritária repudiou expressamente qualquer regime que transfira ao Poder Público o ônus de comprovar que não adotou conduta culposa, comissiva ou omissiva, causadora do resultado danoso aos empregados”.¹⁵¹ No entanto, como visto na investigação desta pesquisa, somente os Ministros Marco Aurélio e Alexandre de Moraes afirmaram – sem fundamentar – que o ônus da prova caberia ao empregado. Então, não se há de falar em “corrente majoritária” dos votantes, tampouco que se definiu sobre a questão do ônus probatório.

Ora, foi visto que, considerando a doutrina do *stare decisis*, haveria *ratio decidendi*, a partir da maioria votante, que negou provimento ao recurso extraordinário, em favor de o ônus probatório recair sobre a Administração Pública. Porém, a linha perseguida pela Corte Suprema (repita-se) não é abarcar os fundamentos determinantes – e sequer o ônus da prova foi integrado à tese –, portanto não cabe falar em entendimento pacificado no sentido de atribuir o ônus *probandi* ao empregado.

Desse modo, o que se pode concluir dessa decisão dos terceiros embargos declaratórios é que houve apenas esclarecimento quanto à expressão de um entendimento particular a suprir a omissão na decisão do recurso principal (RE n. 760.931), mas que continuará a não fazer parte do referido *decisum* – tampouco da tese firmada –, até porque eles foram rejeitados.

O Ministro Emmanoel Pereira entendeu que a ausência de fiscalização é constitutiva do direito do reclamante, já que não é possível presumir a culpa, seja pela ausência de provas de fiscalização da Administração Pública, seja pela inversão do ônus da prova ou pelo princípio da aptidão para produzir prova.

Também os Ministros Breno Medeiros e Alberto Bresciani compreenderam não ser possível atribuir o ônus probatório ao ente público por vários motivos: após a entrada em vigor da Lei de Acesso à Informação, ficou mais fácil a obtenção de provas por parte do empregado; a presunção relativa de legitimidade das informações oficiais de agentes públicos; supremacia do interesse público sobre o privado; e a inversão do ônus da prova leva a exaustivas e caras rotinas de vigilância da execução, o que implicaria desestímulo à colaboração da iniciativa privada com a Administração Pública.

Por último, o Ministro Alexandre Luiz Ramos, de modo objetivo, externou que incumbe ao empregado o ônus de provar a culpa *in vigilando*.

¹⁵¹ Terceiros Embargos de Declaração – RE-760.931-DF, p. 13. DJE de 6/9/2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341030529&ext=.pdf>. Acesso em: 5 abr. 2020.

4.6 Descrição e análise de decisões do TST em juízo de retratação

Os processos retidos pela Presidência quando da repercussão geral no RE n. 760.931 são retornados, após a conclusão do *decisum* pela Suprema Corte, às respectivas Turmas do TST para que os ministros julguem os recursos à luz da decisão do STF, de modo a se retratarem ou não.

Com efeito, a pretensão aqui é investigar como se deu a análise desses recursos até então retidos. Assim, colheram-se vinte e seis decisões, proferidas em 2019 e 2020, disponíveis no *site* do TST, as quais, em tese, refletem o entendimento adotado pelas respectivas Turmas. Perceber-se-ão nove decisões não relacionadas a juízo de retratação, contendo o entendimento atual sobre a prova em si e/ou a distribuição do ônus probatório. Ademais, enquanto se descreve o teor decisório, faz-se, ao mesmo tempo, análise conclusiva acerca dele.

Notar-se-á que algumas decisões de 2020 já possuem entendimento modificado de que pertence ao ente público o ônus probatório quanto à culpa *in vigilando*. Essa é a posição encampada pela SBDI-1 – órgão uniformizador de jurisprudência trabalhista –, quando do julgamento do E-RR-925-07.2016.5.05.0281, sob a relatoria do Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, na sessão do dia 12.12.2019 (acórdão publicado no DEJT de 22.5.2020).¹⁵² Assim, essa questão será abordada durante a análise.

Igualmente, constatar-se-á a falta de decisões de ministros que não receberam processos para realizar eventual juízo de retratação. Neste caso, e com o objetivo de externar a posição dos integrantes da respectiva turma, haverá menção, em nota de rodapé, às dezesseis decisões colhidas, não relacionadas a juízo de retratação, que seguem ou não o posicionamento sobre o ônus probatório definido pela SBDI-1.

Para melhor visualização e identificação, serão apresentadas, em negrito, algumas categorias: os nomes dos ministros e das suas respectivas turmas, com ou sem retratação e o ponto nodal do posicionamento.

O **Ministro Hugo Carlos Scheuermann**, compondo a **1ª Turma**,¹⁵³ no AIRR-187700-54.2008.5.04.0018 (DEJT 22/11/2019), **sem retratação**, manteve a decisão regional na qual se

¹⁵² No Anexo V, constam os fundamentos do relator da decisão.

¹⁵³ O **Ministro Luiz José Dezena da Silva**, compondo a **1ª Turma**, no RR-10716-06.2014.5.15.0147, com publicação no DEJT de 26/2/2020, decidiu pela ausência de responsabilidade subsidiária do ente público, mesmo a decisão regional atribuindo o ônus probatório ao ente público, ou seja, por falta de provas este deveria se responsabilizar subsidiariamente. Apesar de estar no acórdão regional a afirmativa de que não houve o cumprimento de pagamento de verbas trabalhistas (horas extras, multas convencionais, adicional de insalubridade etc), isso não é suficiente para responsabilizar a Administração Pública, porquanto apenas presume que não fiscalizou. Ademais, mesmo o Juízo Regional afirmando que o ônus da prova é do ente público, o Ministro Dezena nada falou sobre essa questão, sequer mencionou a decisão da SBDI-1 nos autos do E-RR-925-07.2016.5.05.0281,

atribui responsabilidade subsidiária ao tomador de serviços em razão da ausência de prova da fiscalização no cumprimento das obrigações contratuais e legais por parte da empresa contratada. Como o STF nada dispôs sobre a distribuição do ônus da prova, sentiu-se livre para **adotar a regra da aptidão para a prova**.

Assim, segue a mesma postura externada na decisão do Ag-ARR-1175-79.2010.5.09.0009, de sua relatoria, apresentada anteriormente nesta pesquisa. Com a decisão da SBDI-1, o seu entendimento se confirma quando do julgamento do Ag-AIRR-72-35.2017.5.06.0022, de sua relatoria, publicado no DEJT de 10/2/2020.

O **Ministro Walmir Oliveira da Costa**, compondo a **1ª Turma**, no RR-255.67.2011.5.15.0021 (DEJT 27/10/2017), **com retratação**, modificou a decisão recorrida para afastar a responsabilidade subsidiária do ente público. Mantém a sua compreensão de que o acórdão regional deve conter o delineamento probatório. Quanto ao ônus da prova, externou que a Corte Suprema, no julgamento do RE n. 760.931, “além de confirmar o entendimento exarado no julgamento da ADC 16, (...) fixou também o entendimento – ainda que *obiter dictum* –, de que o **ônus da prova** quanto à ausência na fiscalização da execução contratual é do **reclamante**, por constituir fato constitutivo do direito”.

Entretanto, em decisão no Ag-ARR-1609-36.2016.5.17.0009 (DEJT 24/4/2020), não relacionada à retratação, passa a adotar o entendimento da SBDI-1 de que “é do **Poder Público** o **ônus de demonstrar** que fiscalizou adequadamente os contratos de prestação de serviços por ele firmados, por constituir dever ordinário de fiscalização da execução do contrato”.

A **Ministra Delaíde Miranda Arantes**, compondo a **2ª Turma**, no AIRR-907-31.2013.5.15.0113 (DEJT 13/12/2019), **sem retratação**, manteve a decisão do TRT na qual responsabiliza, de modo subsidiário, o ente público, pois este não trouxe aos autos documentos que demonstrassem a efetiva fiscalização, ou seja, fez-lhe recair o ônus probatório. Vê-se que mantém a sua compreensão, exarada na decisão do AIRR-10120-10.2014.5.04.0541 (DEJT 3/4/2020) (**sem retratação**), de que o **ônus probatório** pertence ao **ente público**, tendo em vista que, na sua compreensão, o STF não firmou “tese processual acerca da distribuição do ônus da prova” e, portanto, está alinhada com o entendimento da SBDI-1.

Já com relação a perfilar o entendimento de que deve constar o **delineamento da prova** concreta da culpa *in vigilando* nas razões do acórdão regional (como visto nesta pesquisa por

sessão do dia 12.12.2019. Parece, com isso, indicar que o seu entendimento é de que o ônus da prova é do empregado. Assim, diverge da 1ª Turma e da SBDI-1. Quanto à prova da culpa *in vigilando*, compreende que o conjunto probatório deve estar delineado no acórdão regional (RR-10193-15.2015.5.01.0481, DEJT 10/02/2020; RR- 405-15.2017.5.20.0016, DEJT 16/12/2019).

ocasião da análise da sua decisão no RR-93140-12.2005.5.01.0018, publicada no DEJT de 25/11/2011, quando ainda fazia parte da 7ª Turma), a Ministra adotou nova postura. Ao invés de imediatamente dar provimento ao recurso do ente público no caso de o acórdão regional se mostrar genérico, determina o **retorno dos autos** ao tribunal de origem para que realize **nova análise comprobatória**, ainda que em fase de **juízo de retratação**. É o que consta da sua decisão no RR-13856-49.2010.5.04.0000 (DEJT 24/4/2020).

O **Ministro José Roberto Freire Pimenta**, compondo a **2ª Turma**, no RR-680-75.2014.5.04.0351 (DEJT 19/12/2019), **sem retratação**, manteve a decisão regional. Fundamentou que o STF, no julgamento do RE n. 760.931-DF, fixou tese minimalista, sem adentrar em particularidades como a distribuição do ônus da prova, deixando para o julgador deliberar sobre essa questão. Assim, altera a sua postura anterior, em que compreendia fazer incidir o ônus da prova sobre o empregado (conforme visto nesta pesquisa por ocasião da análise de suas decisões, relacionadas ao RR-499-28.2015.5.10.0010, DEJT 16/3/2018, e RR-131213-13.2015.5.13.0004, DEJT 23/03/2018, ainda integrante da 2ª Turma). Agora, entende que **cabe ao ente público demonstrar a culpa in vigilando**. De fato, houve alteração quanto a sua linha de pensar, a se conformar com o entendimento uniformizado pela SBDI-1.

Com relação à **prova da culpa in vigilando**, percebe-se que mudou a concepção de que basta o registro de prova de culpa no acórdão regional. Atualmente, está a compreender que deve haver todo o **delineamento probatório** nas razões de decidir do juízo *a quo*. E se o acórdão regional se apresenta genérico, sem esse delineamento, então determina o **retorno dos autos** para que o tribunal de origem emita **nova decisão** contendo subsídios **fático-probatórios** a permitirem concluir pela existência de culpa do ente público quanto à fiscalização (RR-138040-78.2006.5.08.0009, DEJT 08/05/2020).

A **Ministra Maria Helena Mallmann**, compondo a **2ª Turma**, no RR-63700-89.2007.5.02.0044 (DEJT 19/12/2019), **exerceu juízo de retratação**. Asseverou que até então estava compreendendo que o STF havia firmado entendimento no sentido de ser o trabalhador o encarregado de provar a omissão fiscalizatória. Mudou a sua compreensão no sentido de que, em verdade, o STF não firmou tese processual acerca da distribuição do *onus probandi*. Portanto, considera que a **Administração Pública** é quem tem a **aptidão para provar** a fiscalização do contrato administrativo de prestação de serviços (arts. 58, III, e 67 da Lei n. 8.666/1993).

Consignou, ainda, que, no caso analisado, o Tribunal Regional não examinou a controvérsia à luz da caracterização da culpa *in vigilando* do Poder Público e, assim, determinou o **retorno dos autos** ao órgão de origem para apreciar a pretensão da ação, levando em conta a

existência dos **elementos** para caracterização da sua culpa *in vigilando* na fiscalização do cumprimento dos créditos trabalhistas do empregado terceirizado.

Assim, percebe-se que está em sintonia com o seu próprio entendimento ressalvado em decisão anterior (RR-283-10.2016.5.13.0023, DEJT 27/10/2017), já analisada nesta pesquisa, a despeito de a 2ª Turma ter alterado sua compreensão para posicionar-se como a Ministra. Igualmente, segue em sintonia com o entendimento, uniformizado pela SBDI-1, de que **ônus da prova** pertence ao **ente público**.

O **Ministro Maurício Godinho Delgado**, compondo a **3ª Turma**,¹⁵⁴ Ag-AIRR-1029-37.2017.5.11.0009 (DEJT 7/1/2020), **sem retratação**, manteve a responsabilidade subsidiária, já que o tribunal de origem afirmou ter havido culpa *in vigilando* da entidade pública. Diante disso, conclui-se que a sua compreensão é de que **não há necessidade** de a **prova concreta** estar destrinchada no **acórdão regional**. É suficiente a instância ordinária afirmar, nas suas razões de decidir, a existência de culpa *in vigilando*, para autorizar a atribuição da responsabilidade subsidiária ao Poder Público. Nessa decisão, a sua compreensão é de que o ônus de provar o descumprimento desse dever legal é do trabalhador – quanto a esta questão, ressaltou o seu entendimento. Assim, esta decisão se alinha com as anteriores por ele proferida (RR-68600-14.2008.5.03.0025, DEJT 23/09/2011 e RR-720-37.2017.5.11.0002, DEJT 11/10/2018), que foram objeto de análise nesta pesquisa.

Entretanto, observa-se que, por ocasião do julgamento do Ag-AIRR-100365-97.2017.5.01.0039, DEJT 03/04/2020 (não relacionado a juízo de retratação), decidiu, com relação ao **ônus probatório**, em sintonia com o entendimento exarado pela SBDI-1, no sentido de que o encargo probatório é da **Administração Pública**.

O **Ministro Guilherme Caputo Bastos**, compondo a **4ª Turma**,¹⁵⁵ no RR-177-50.2013.5.04.0202 (DEJT 13/12/2019), **sem retratação**, manteve a decisão regional, com

¹⁵⁴ O **Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte**, compondo a **3ª Turma**, mudou o seu entendimento quanto à distribuição do ônus probatório para seguir a decisão da SBDI-1 no sentido de que o encargo probatório recai sobre o ente público (RR-1826-16.2017.5.11.0008, DEJT 6/3/2020). Quanto à prova da culpa *in vigilando*, a sua compreensão é de que basta fazer menção, no acórdão regional, à inexistência de pagamento de certas verbas, como FGTS, 13º salário, por parte da empresa contratada, para presumir que não houve fiscalização por parte do ente público. Então, conclui-se que basta a menção da prova de culpa *in vigilando* pelo tribunal de origem (AIRR-379-36.2017.5.10.0811, DEJT 27/03/2020; RR-1296-30.2017.5.10.0011, DEJT 08/05/2020). Igualmente, o **Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan**, compondo a **3ª Turma**, alterou o seu posicionamento acerca do ônus probatório para seguir a SBDI-1, como consta da sua decisão, no RR-1000940-55.2018.5.02.0221 (DEJT 17/4/2020). Porém, quanto à prova da culpa *in vigilando*, a sua compreensão é de que deve estar, no acórdão regional, o delineamento fático-probatório da conduta culposa do ente público (RR-11633-08.2017.5.03.0065, DEJT 21/02/2020).

¹⁵⁵ O **Ministro Alexandre Luiz Ramos**, compondo a **4ª Turma**, não segue o entendimento sobre o ônus probatório firmado pela SBDI-1 (RR-16942-16.2016.5.16.0022, DEJT 31/01/2020). Quanto à prova da culpa *in vigilando*, a sua compreensão é de que deve estar, no acórdão regional, o delineamento fático-probatório da conduta culposa do ente público, mesmo que o juízo de origem mencione que “vários direitos trabalhistas foram desrespeitados”,

fundamento de que haverá responsabilidade subsidiária do ente público quando **evidenciada** a sua **conduta culposa**, que se caracteriza pela **fiscalização inefetiva e inadequada** do contrato. Para a demonstração da culpa, deve haver análise dos elementos probatórios já existentes nos autos, **não cabendo a inversão do ônus da prova** em favor do empregado. No caso sob sua análise, concluiu pela responsabilidade subsidiária, pois o acórdão regional consigna que,

apesar de a tomadora ter alegado que fiscalizava as obrigações contratuais e legais da prestadora, **não há evidências** do ocorrido, pois **sequer detinha o controle** sobre o regular **pagamento** dos salários devidos ao empregado durante o contrato de trabalho, o que **evidencia a falta de fiscalização** quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da empregadora.

Trata-se de afirmação genérica que não traduz prova concreta da ausência de fiscalização. Isso significa que, diferentemente das outras decisões por ele proferidas, está entendendo ser **suficiente a menção genérica**, pelo Tribunal Regional, da ausência de fiscalização, sem precisar especificar provas concretas.¹⁵⁶ Vale dizer: não está seguindo a linha traçada anteriormente por ocasião do julgamento do AIRR-1982-03.2012.5.02.0049 (DEJT 29/11/2019), já analisado nesta pesquisa. No tocante ao **ônus da prova**, apesar de a SBDI-1 uniformizar entendimento de que o ônus da prova é do ente público, ainda assim mantém o seu posicionamento de que é do **empregado** (RR-749-49.2015.5.05.0641, DEJT de 21/2/2020).

O **Ministro Ives Gandra Martins Filho**, compondo a **4ª Turma**, no RR-111540-31.2005.5.10.0016 (DEJT 8/5/2020), **com retratação**, afastou a responsabilidade subsidiária, com a compreensão de que deve haver, no acórdão regional, o **delineamento fático-probatório** acerca da culpa *in vigilando*, “pois não cabe o reconhecimento da responsabilidade subsidiária da administração pública com lastro apenas na inadimplência da prestadora de serviços ou na culpa presumida”. Também manteve a sua posição quanto ao **ônus probatório**, no sentido de recair sobre o **empregado**.

O **Ministro Breno Medeiros**, compondo a **5ª Turma**,¹⁵⁷ no RR-1366-55.2013.5.15.0041 (DEJT 13/12/2019), **sem retratação**, manteve a decisão regional sob o

dando a presumir que não se adotou medida fiscalizatória e até “punitiva” do “contratado pelo descumprimento das obrigações legais” (RR-16942-16.2016.5.16.0022, DEJT 31/01/2020).

¹⁵⁶ Ou se, na sua visão, esse trecho que indica prova de não detenção de controle regular do pagamento de salários é suficiente para considerar a culpa *in vigilando* do ente público. Provavelmente, a 1ª Turma do STF dirá que a responsabilidade subsidiária foi aplicada de modo automático.

¹⁵⁷ O **Desembargador Convocado João Pedro Silvestrin**, substituto do Ministro Emmanoel Pereira, compondo a **5ª Turma**, segue o entendimento da SBDI-1, no sentido de que o encargo de provar a culpa *in vigilando* é do ente público (RR-2204-97.2016.5.11.0010, DEJT de 17/04/2020). Quanto à prova da culpa *in vigilando*, a sua compreensão é de que deve estar, no acórdão regional, o delineamento fático-probatório da conduta culposa do ente público, mesmo que o juízo de origem mencione que os direitos trabalhistas não foram pagos, dando a

mesmo fundamento exposto em sua decisão, referente ao RR-187-39.2017.5.11.0015 (DEJT 11/05/2018), já analisada nesta pesquisa, de que o ônus da prova é do empregado. No caso analisado, verificou que o **acórdão regional não traz elementos probatórios** a caracterizarem a culpa *in vigilando* do ente público, assim entendeu que o **TRT lhe transferiu, de modo automático, a responsabilidade subsidiária**. Dessa forma, continua coerente com o seu entendimento firmado na decisão anterior sob análise desta pesquisa. Porém, quanto à distribuição do ônus da prova, ressaltou o seu entendimento e passou a adotar o posicionamento de que o **encargo probatório** recai sobre a **Administração Pública**, em sintonia com a SBDI-1, conforme consta do julgado de sua relatoria, no Ag-RR-10406-90.2016.5.15.0062 (DEJT 24/4/2020).

O **Ministro Douglas Alencar Rodrigues**, compondo a **5ª Turma**, no RR-967-31.2011.5.03.0073 (DEJT 07/01/2020), **com retratação**, afastou a responsabilidade do ente público, sob o fundamento de que é possível responsabilizar a Administração Pública quando haja prova robusta da sua conduta culposa e de que **incumbe ao empregado prová-la**. No caso analisado, o TRT atribuiu o ônus da prova à Administração Pública e não existe menção à prova robusta no acórdão regional. Por isso, afastou a responsabilidade subsidiária do Poder Público. Assim, permanece alinhado com a sua compreensão exarada na decisão do RR-586-32.2016.5.11.0006 (DEJT 15/12/2017) anteriormente examinada.

Quanto à **prova** da culpa *in vigilando*, no RR-635-36.2014.5.04.0104 (DEJT 06/12/2019), **sem retratação**, manteve a responsabilidade subsidiária do ente público, já que há registro, no acórdão regional, de comprovação de culpa *in vigilando*, ainda que o ente público tenha fiscalizado de modo **insuficiente**, e, assim, aplicou a **Súmula n. 126 do TST**.

Note-se que, no RR-18086-37.2010.5.04.0000 (DEJT 6/3/2020), **com retratação**, o Ministro Douglas Alencar, pelo fato de estar consignada, no acórdão regional, apenas a obrigatoriedade legal de o ente público fiscalizar, sem mencionar a prova de sua culpa quanto à fiscalização, deu provimento ao seu recurso, para afastar a responsabilidade subsidiária.

Então, o que se conclui é que a sua compreensão quanto à decisão do STF é de que o acórdão regional é genérico quando ele aplica a lei sem falar em nenhum momento que foi provada a culpa *in vigilando* do ente público; nessa circunstância, trata-se de aplicar a responsabilidade automaticamente; porém, se há registro no acórdão regional, ainda que de modo sucinto – sem delineamento do conjunto probatório –, de prova de culpa, então aplica a

presumir que não se adotou medida fiscalizatória ou que ela foi ineficaz”. (RR-10645-71.2017.5.03.0134, DEJT 19/12/2019; RR-20485-23.2018.5.04.0141, DEJT 19/12/2019).

Súmula n. 126 do TST. Porém, se um processo nesses moldes cair na 1ª Turma do STF, provavelmente a sua decisão será cassada.

O **Ministro Aloysio Corrêa da Veiga**, compondo a **6ª Turma**,¹⁵⁸ no RR-20023-37.2015.5.04.0023 (DEJT 13/12/2019), **sem retratação**, manteve a sua postura – como a da 6ª Turma – de que deve haver **prova concreta** nas razões de decidir para tornar a Administração Pública responsável de modo subsidiário. Ademais, segue a linha de que o ônus da prova incumbe ao empregado – compreensão esta extraída do acórdão do RE-760.931-DF. Assim, mantém a sua compreensão externada na decisão anteriormente (RR-629-92.2010.5.01.0026, DEJT 19/12/2011) apreciada nesta pesquisa. Porém, percebe-se que, na decisão do AIRR-1598-39.2012.5.09.0245 (DEJT 13/03/2020), mudou a sua compreensão para seguir o entendimento definido pela SBDI-1 no sentido de que o **ônus da prova** recai sobre o **ente público**.

Quanto à **prova** da culpa *in vigilando*, nos autos do RR-145-28.2012.5.15.0120, DEJT 13/03/2020, **com retratação**, a sua compreensão é de que deve estar, no acórdão regional, o **delineamento fático-probatório** da conduta culposa do ente público e, se houve medida fiscalizatória **insuficiente** ou **ineficaz**, a responsabilidade deve ser afastada. Note-se que, no AIRR-853-50.2015.5.10.0011 (DEJT 14/2/2020), **deixou de exercer o juízo de retratação**, mantendo a responsabilidade subsidiária, pois consta, no acórdão regional, o **mínimo de prova** no sentido de indicar a conduta culposa da Administração Pública, mas não se sabe, a partir do rigor da 1ª Turma do STF quanto ao delineamento do conjunto probatório nas razões de decidir do juízo, se esta manteria a responsabilidade subsidiária. É bem provável que o STF – se o processo cair na 1ª Turma – determine o retorno dos autos para o TST reformar a decisão. Essa questão será retomada no item 4.9 deste Capítulo 4.

A **Ministra Kátia Magalhães Arruda**, compondo a **6ª Turma**, no AIRR-696-31.2012.5.11.0019 (DEJT 30/04/2020), **exerceu juízo de retratação** e modificou a sua compreensão para adotar o entendimento, firmado pela SBDI-1, de que o **ônus da prova** cabe ao **ente público**. Igualmente, no RR-138100-63.2008.5.01.0013 (DEJT 8/5/2020), **exerceu juízo de retratação** e mudou a sua compreensão, externada nas decisões do RR-215600-54.2009.5.12.0050 (DEJT 29/04/2011) e AIRR-38900-53.2011.5.21.0003 (DEJT 23/11/2012), anteriormente analisadas, para adotar o entendimento de que, no acórdão regional, deve estar **delineada a prova** concreta da falha na fiscalização, não sendo possível a afirmativa genérica de existência de culpa.

¹⁵⁸ Conforme consta da decisão, no AIRR-10545-27.2017.5.15.0088 (DEJT de 30/4/2020), o **Ministro Lelio Bentes Corrêa**, compondo a **6ª Turma**, mantém o seu entendimento, alinhado com a SBDI-1, no sentido de que o **encargo probatório** é do **ente público**.

O **Ministro Augusto César Leite de Carvalho**, compondo a **6ª Turma**, no AIRR-194-71.2013.5.04.0013 (DEJT 8/5/2020), **não exerceu juízo de retratação**, por entender que “consta expressamente do acórdão regional a culpa *in vigilando* da entidade pública, analisada com base no conjunto probatório dos autos e não em decorrência do mero inadimplemento”. Isso equivale a concluir que a sua compreensão é de que deve estar, no acórdão regional, o **delineamento fático-probatório** da conduta culposa do ente público, ainda que de modo sucinto. Igualmente, aplica a responsabilidade subsidiária mesmo quando a fiscalização ocorra de modo **ineficaz** – quanto a este ponto específico, **não exerceu juízo de retratação** no AIRR-384-35.2011.5.15.0098, DEJT 08/05/2020).

No tocante à distribuição do **ônus probatório**, embora não faça menção à decisão exarada na SBDI-1, ainda assim se alinha a ela, já que, na decisão do AIRR-321-65.2014.5.10.0802, **não exerceu juízo de retratação**, pois a decisão no RE-760.931, proferida pelo STF, “não tratou do ônus da prova, inclusive porque ônus da prova é matéria **infraconstitucional**”. Inclusive, o seu entendimento pessoal está bem explícito por ocasião da decisão do RR-273-09.2012.5.09.0672 (DEJT 21/8/2015), em que foi relator:

(...) A 6ª Turma do TST passou a seguir o teor de recorrentes decisões monocráticas do STF que têm decidido que o ônus da prova recai sobre o empregado, circunstância que, na ótica deste relator, implica exigir do empregado o que a doutrina denomina “prova diabólica”, porquanto o trabalhador deverá provar um fato inexistente (a ausência de fiscalização pela remota e indecifrável administração pública) ou talvez por meio de documentos comprobatórios que, se existentes, sempre estiveram de posse da tomadora de serviços. Ao **princípio da aptidão para a prova** preferiu-se, bem se nota, a presunção de legitimidade dos atos administrativos. (...) Assim, por disciplina judiciária, ressalvo meu posicionamento, adotando a posição de que o ônus da prova é do empregado (grifos nossos).

O **Ministro Evandro Pereira Valadão Lopes**, compondo a **7ª Turma**,¹⁵⁹ no AIRR-80340-47.2004.5.03.0012 (DEJT 24/04/2020), **sem retratação**, manteve a decisão agravada na qual afastava a responsabilidade do ente público, por entender ter havido comprovação de culpa *in vigilando*. Nessa decisão, mudou o seu entendimento (com ressalva), para adotar a posição da SBDI-1, no sentido de que o **ônus da prova** recai sobre a **Administração Pública**. Desse modo, mudou a compreensão externada pela 7ª Turma, por ocasião do julgamento dos recursos

¹⁵⁹ O **Ministro Renato de Lacerda Paiva**, compondo a **7ª Turma**, alterou o entendimento para seguir a SBDI-1, no sentido de que cabe ao ente público o ônus da prova da fiscalização (RR2489-69.2013.5.09.0651, DEJT 30/4/2020). Quanto à prova da culpa *in vigilando*, a sua compreensão é de que deve estar, no acórdão regional, o delineamento fático-probatório da conduta culposa do ente público, ainda que de modo sucinto, faça menção à prova e mesmo que a fiscalização seja ineficaz, incide a responsabilidade subsidiária ao ente público (RR-21048-06.2015.5.04.0017, DEJT 24/04/2020). O **Ministro Cláudio Brandão**, compondo a **7ª Turma**, compreende que, quanto à prova da culpa *in vigilando*, deve estar, no acórdão regional, o delineamento fático-probatório da conduta culposa do ente público (Ag-RR-20051-91.2016.5.04.0662, DEJT 13/12/2019).

Ag-RR-229-85.2016.5.05.0631 (DEJT 20/09/2019), RR-10900-64.2014.5.01.0045 (DEJT 29/11/2019) e RR-1113-49.2012.5.01.0055 (DEJT 17/05/2019), analisados anteriormente na presente pesquisa. Com relação à **prova** da culpa *in vigilando*, defende que esta deve estar **delineada** no acórdão regional (Ag-RR-987-06.2017.5.11.0003, DEJT 08/11/2019).

O **Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro**, compondo a **8ª Turma**¹⁶⁰, no RR-230-33.2013.5.10.0018 (DEJT 13/12/2019), **com retratação**, entendeu que o Tribunal Regional, ao imputar responsabilidade subsidiária ao ente público, em decorrência da inversão do ônus da prova da conduta culposa e da inexistência de provas nos autos da efetiva fiscalização do contrato de terceirização de serviços, presumiu a culpa. Então, excluiu a responsabilidade subsidiária.¹⁶¹ Porém, modificou a sua compreensão para adotar o entendimento da SBDI-1, no sentido de que **o ônus da prova** pertence ao **ente público**, conforme consta da sua decisão, **sem exercer juízo de retratação**, no AIRR-10372-04.2014.5.01.0571 (DEJT de 4/5/2020). Com relação à **prova** da culpa *in vigilando*, entendeu, **sem retratação**, bastar o registro, no acórdão regional, de que restou comprovada a culpa *in vigilando*, **não precisando haver delineamento probatório** (AIRR-73-32.2011.5.15.0005, DEJT 08/05/2020).

4.7 Inferências sobre as decisões do TST em juízo de retratação

De início, registre-se que, em tese, as decisões dos ministros refletem o entendimento da respectiva turma do TST. Como visto, foram analisadas quarenta e nove decisões proferidas por ministros das oito turmas da Máxima Corte Trabalhista.

Até que a SBDI-1 decidisse quanto ao ônus da prova, internamente a 2ª Turma (Delaíde Arantes, José Roberto Freire Pimenta e Maria Helena Mallman) estava em sintonia para compreender que o ônus da prova pertence ao ente público.

A 3ª Turma (Maurício Godinho Delgado, Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira e Alexandre de Souza Agra Belmonte), a 4ª Turma (Guilherme Augusto Caputo Bastos, Ives

¹⁶⁰ A **Ministra Dora Maria Costa**, integrante da **8ª Turma**, por ocasião do julgamento do AIRR-16410-02.2016.5.16.0003 (DEJT de 4/5/2020), modificou o seu entendimento para adotar aquele perfilhado pela SBDI-1, no sentido de atribuir o ônus da prova ao ente público. Quanto à prova da culpa *in vigilando*, compreende não haver necessidade de conter o delineamento probatório, apenas a menção de existência de culpa *in vigilando* no acórdão regional (RR-65-23.2016.5.09.0013, DEJT 08/05/2020). Não consta publicação de decisões do **Ministro João Batista Brito Pereira**, no período de 2019-2020.

¹⁶¹ Nessa decisão o seu entendimento se alinha ao firmado pela **8ª Turma**, cujas decisões foram analisadas nesta pesquisa (RR-21400-69.2000-5.15.0053, DEJT 29/04/2011, e RR-10209-43.2018.5.03.0081, DEJT 06/12/2019; RR-1229-69.2016.5.05.0551, DEJT 13/12/2019).

Gandra da Silva Martins Filho e Alexandre Luiz Ramos), a 7ª Turma (Cláudio Mascarenhas Brandão, Renato Lacerda Paiva, e Evandro Valadão) e a 8ª Turma (Márcio Eurico Vitral Amaro e Dora Maria Costa) internamente estavam em sintonia para compreender que cabe ao empregado o encargo de provar a culpa *in vigilando* da Administração Pública.

As demais turmas estavam divergindo internamente. Na 1ª Turma, os Ministros Hugo Carlos Scheuermann, Luiz José Dezena da Silva e Walmir Oliveira divergiam. Os primeiros seguiam a direção de fazer incidir o ônus probatório sobre a entidade pública. O último já compreendeu que deveria recair sobre o empregado, porém, com a decisão da SBDI-1, mudou o seu entendimento.

Na 5ª Turma, o Ministro Breno Medeiros estava atribuindo o ônus da prova ao empregado, porém mudou, com ressalva, o seu entendimento. Já o Ministro Douglas Alencar seguia com sua alteração de compreensão no sentido de transferir o encargo probatório para o ente público. Na 6ª Turma, o Ministro Aloysio Corrêa da Veiga firmara a sua compreensão no sentido de o ônus da prova recair sobre o empregado, porém, após a decisão da SBDI-1, passou a entender que o encargo probatório recai sobre o ente público. Já Ministra Kátia Arruda conservava a sua alteração de compreensão na direção de fazer recair o ônus da prova sobre a Administração Pública. Já o Ministro Augusto César Leite de Carvalho não traz a sua definição de quem é o encargo probatório, afirmando apenas que é questão infraconstitucional¹⁶².

Percebe-se, portanto, que não estava havendo uniformidade quanto à questão do ônus probatório, a despeito de não ter sido realmente definida pelo Supremo Tribunal Federal, como já analisado alhures.

A partir da decisão proferida pela SBDI-1, no E-RR-925-07.2016.5.05.0281, para alguns ministros, confirmou-se o entendimento de que se atribui o ônus probatório à Administração Pública e, para outros, o entendimento precisou ser alterado, exceto para os ministros da 4ª Turma, que entenderam que a decisão do STF, por ser vinculante, abarca inclusive a questão relativa ao ônus da prova, cuja compreensão é de recair sobre o empregado. Cumpre consignar que duas decisões do Ministro Douglas Alencar Rodrigues divergiam entre si, o que poderá ensejar recurso para fins de definição.

Especificamente com relação à análise procedida pela 4ª Turma em relação à questão do ônus da prova, o Ministro Ives Gandra trouxe, para sustentar a sua argumentação, duas decisões,

¹⁶² Numa conversa informal, a chefe de gabinete, Agatha Christie Ribeiro, noticiou-me que o Ministro Augusto César, em certo período de 2019, havia determinado a suspensão interna de análise dos recursos abordando responsabilidade subsidiária do ente público com intuito de aguardar a manifestação da SBDI-1. Mas sabe-se que a sua linha doutrinária segue na direção de fazer incidir o ônus da prova ao Poder Público.

respectivamente, da 1ª Turma (AgRg-ED-Rcl 36.836-MA (Red. Min. Alexandre de Moraes) e da 2ª Turma, por unanimidade, no AgRg-Rcl 37.035-MA (Rel. Min. Cármen Lúcia).¹⁶³ Acredita que elas trazem como fundamento que o ônus da prova é do empregado e não do ente público, dando margem para concluir que, se o resultado decisório foi de dar provimento ao recurso extraordinário da União, ainda que não tenha sido debatida a distribuição do ônus da prova, esta o integra e, portanto, é vinculante.

Nesse sentido, a 4ª Turma do TST, diferentemente das outras turmas, acredita que a SBDI-1, ainda que seja um órgão uniformizador do TST, não tem poderes para afastar a decisão do STF com qualidade vinculativa vertical. Esse ponto será retomado nas inferências do item 4.9 deste Capítulo 4, pois lá serão tratadas as respectivas reclamações.

No tocante à prova de culpa *in vigilando* da Administração Pública, percebe-se haver quatro ângulos de visão:

1) há os que compreendem que se apenas estiver consignado, no acórdão regional, que de fato restou comprovada a culpa da entidade pública contratante, então aplica-se a responsabilidade subsidiária (1ª Turma: Hugo Carlos Scheuermann; 3ª Turma: Maurício Godinho Delgado, Alexandre Agra Belmonte; 4ª Turma: Guilherme Caputo Bastos; 5ª Turma: Douglas Alencar Rodrigues e 8ª Turma: Márcio Eurico Vitral Amaro e Dora Maria Costa);

2) há aqueles que compreendem que a responsabilidade automática se mostra quando o Tribunal Regional apenas a aplica sem falar da prova de culpa, mas tão somente porque é dever legal do ente público realizar a fiscalização do contrato licitatório (todos os ministros que adotam o entendimento de que deve ter o delineamento comprobatório no acórdão regional);

3) há os que compreendem que, para haver responsabilidade subsidiária, não basta consignar, no acórdão regional, apenas a menção genérica de prova de culpa *in vigilando* da Administração Pública, mas nele devem estar detalhadas as provas que indicam a referida culpa (1ª Turma: Walmir Oliveira da Costa, Luiz José Dezena; 2ª Turma: José Roberto Freire Pimenta, Delaíde Miranda Arantes, Maria Helena Mallmann; 3ª Turma: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira; 4ª Turma: Ives Gandra Martins Filho, Alexandre Luiz Ramos; 5ª Turma:

¹⁶³ Aqui, cabe anotar que, diferentemente, do que afirmado pelo Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho de que a decisão da Ministra Cármen Lúcia se balizou na distribuição do ônus da prova, em verdade a sua decisão teve como fundamento a ausência de prova que configure culpa *in vigilando* e, assim, manteve o acórdão do TST que afastou a responsabilidade subsidiária. Note-se que o acórdão do TST está baseado apenas na prova e não na distribuição do encargo probatório, embora o Ministro prolator da decisão externasse a sua posição de que o ônus da prova é do empregado. Eis trecho do acórdão do TST, confirmado pela Ministra: “*In casu*, o acórdão regional não aponta nenhuma conduta em que se configura a culpa na fiscalização do contrato de terceirização por parte do ente público agravado. Cinge-se a estabelecer a responsabilidade subsidiária do Estado do Maranhão pelo só fato de haver inadimplência de verbas trabalhistas devidas pela prestadora”. Falar em prova concreta é diferente de falar em distribuição do ônus probatório. São situações distintas.

Breno Medeiros, João Pedro Silvestrin; 6ª Turma: Aloysio Corrêa da Veiga, Kátia Magalhães Arruda, Augusto César Leite de Carvalho; 7ª Turma: Evandro Pereira Valadão Lopes, Renato Lacerda Paiva, Cláudio Mascarenhas Brandão).

4) há, ainda, os que entendem que, mesmo havendo fiscalização, mesmo que insuficiente ou ineficaz, incide a responsabilidade subsidiária (Augusto César Leite de Carvalho, Renato Lacerda Paiva e Douglas Alencar Rodrigues). Isso significa dizer que a tendência desses ministros é de serem mais flexíveis, inclusive quanto ao detalhamento probatório nas razões de decidir do tribunal de origem.

Ademais, restou demonstrado que alguns ministros, quando verificam que o acórdão é genérico, tendem a determinar o retorno dos autos para que haja nova análise a partir do conjunto fático-probatório, como já ocorre, por exemplo, com a Ministra Delaíde.

Por fim, é de se concluir que, a despeito da decisão da SBDI-1 sobre o ônus probatório, ainda não se uniformizou, em sua plenitude, a compreensão sobre essa questão, tampouco sobre o parâmetro a ser utilizado para prova propriamente dita.

4.8 Descrição de decisões do STF em reclamações constitucionais após o julgamento do RE n. 760.931-DF

No presente item, a proposta é analisar decisões em recursos e reclamações constitucionais, decorrentes de julgados do TST envolvendo o julgamento do RE n. 760.931, com o objetivo de aferir a postura do STF diante desse julgado. Em outras palavras, a proposta é averiguar se o ministro da Suprema Corte continua alinhado com o entendimento sedimentado na referida decisão e se mantém os seus argumentos lá expostos.

Igualmente, foram colhidas reclamações advindas de alguns tribunais regionais, sem trâmite no TST, e julgadas pelos Ministros Luiz Fux, Alexandre de Moraes e Edson Fachin, já que não há ocorrência de reclamações oriundas do próprio TST para esses ministros. Aproveitar-se-á para averiguar como está a postura da Justiça do Trabalho com relação à decisão do STF.

Foram colhidas treze¹⁶⁴ decisões do STF em reclamações constitucionais, proferidas em 2019, que correspondem à postura dos ministros que compuseram a sessão de julgamento sobre o RE n. 760.931.

¹⁶⁴ A lista de processos se encontra no Anexo VI.

Quadro 3 - Reclamações constitucionais analisadas monocraticamente – 1ª Turma

MINISTROS	RECLAMAÇÕES	ENTENDIMENTO
Rosa Weber	Recl. 36.433-DF ¹⁶⁵	Entendeu que deve ser provada a culpa <i>in vigilando</i> e que se há registro no acórdão regional asseverando que a responsabilidade subsidiária decorreu de comprovação de culpa, então não é possível, em sede de reclamação, analisar novamente a prova para saber se houve ou não culpa <i>in vigilando</i> do ente público.
Luís Roberto Barroso	Recl. 36.834-DF ¹⁶⁶	Seguiu o entendimento de que não há responsabilidade subsidiária do ente público, quando embasada exclusivamente na ausência de prova da fiscalização do contrato. A responsabilização depende de demonstração de que o ente público possuía conhecimento da ilegalidade e, ainda assim, deixou de tomar as medidas necessárias para o seu combate.
Alexandre de Moraes	Recl. 38.358-SP ¹⁶⁷	Entendeu que, por não ter havido comprovação real do comportamento sistematicamente negligente e pela ausência de prova denexo causal entre a conduta comissiva/omissiva do Poder Público e o dano sofrido, deve ser afastada a responsabilidade.
Luiz Fux	Recl. 37.799-MG ¹⁶⁸	Entendeu que a ausência de “prova taxativa” de culpa <i>in vigilando</i> leva a afastar a responsabilidade subsidiária.

Fonte: <http://portal.stf.jus.br/>.

¹⁶⁵ Note-se que a decisão exarada pelo **TRT da 10ª Região**, no que interessa, registrou que: “Desta forma, a COMPANHIA IMOBILIÁRIA DE BRASÍLIA TERRACAP poderia ter trazido **elementos** aptos a **comprovar** que tivesse desempenhado **adequadamente** e de maneira **eficaz** sua obrigação legal de fiscalizar a execução do contrato realizado com a empresa prestadora de serviços, mormente no que diz respeito ao cumprimento da legislação trabalhista. E a simples condenação da 1ª reclamada, em sentença, ao pagamento das verbas rescisórias já demonstram a **ineficiência** desta fiscalização. Aliás, este **ônus lhe incumbia**, eis que ao réu cabe o encargo de provar os fatos impeditivos, extintivos ou modificativos ventilados na sua defesa (CLT, art. 818 e CPC, art. 373, inciso II). Destarte, não logrando o **ente público** desincumbir-se de seu **ônus probatório**, deve responder subsidiariamente pelos débitos inadimplidos pela primeira demandada, pois, repita-se, o ente público não pode se eximir de responder pelas verbas do trabalhador que lhe despendeu sua força de trabalho, não havendo se falar em malferimento aos limites objetivos da indisponibilidade dos bens da administração pública” (grifos nossos) (Disponível em: <https://pje.trt10.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/00002364220195100014>. Acesso em: 10 abr. 2020).

¹⁶⁶ Note-se que a decisão advinda da **3ª Turma do TST** manteve a condenação em responsabilidade subsidiária do ente público, pois há registro, no acórdão regional, de que os documentos são insuficientes para comprovar a diligência da União e de que a **fiscalização** contratual foi **insuficiente e tardia**.

¹⁶⁷ Transcreveu o acórdão reclamado, nos termos seguintes: “No presente caso, porém, embora conste nos documentos apresentados uma fiscalização por parte do Município (...), **a fiscalização não foi eficaz o suficiente**, uma vez que não foi efetuada ao longo do contrato de trabalho (23/1/2013 até 1/6/2013). Conforme se verifica, não restou comprovado o recolhimento do FGTS nos meses de abril, maio e junho de 2013, bem como dos recolhimentos previdenciários referentes às competências de março, abril, maio e junho de 2013 (...). Nesse passo, de seu **ônus** o Município reclamado **não se desvencilhou** a contento” (grifos nossos).

¹⁶⁸ O acórdão regional consigna que “A **prova** carreada aos autos é **insuficiente** para demonstrar o cumprimento da necessária fiscalização pela tomadora de serviços, sendo certo que não foi exibido um documento sequer acerca de fiscalização no curso contratual, embora a própria recorrente tenha mencionado no recurso que da fiscalização efetuada origina-se um formulário próprio. (...). Indiscutível, assim, a culpa *in vigilando* da tomadora, porquanto está evidenciado que o descumprimento contratual por parte da 1ª reclamada, nos moldes em que ocorreu, caracteriza, por si só, a **ausência da vigilância eficiente** (...)” (grifos nossos).

Quadro 4 - Reclamações constitucionais analisadas monocraticamente – 2ª Turma

MINISTROS	RECLAMAÇÕES	ENTENDIMENTO
Cármem Lúcia	Recl. 38.997-DF ¹⁶⁹	Entendeu não ser possível condenar o ente público sem comprovação de sua culpa <i>in vigilando</i> .
Ricardo Lewandowski	Recl. 37.087-DF ¹⁷⁰	Entendeu que como o acórdão da 6ª Turma do TST não indicou que a responsabilidade tenha decorrido de mera presunção, mas com base na ausência de documentação a comprovar a eficiente fiscalização do reclamante, caracterizou-se a <i>culpa in vigilando</i> .
Celso de Mello	Recl. 38.290-SP ¹⁷¹	Entendeu que, além de ter sido demonstrada a culpa pelos fatos apresentados, não cabe, em sede de reclamação, a análise do contexto fático-probatório em que demonstra o comportamento culposu atribuído ao ente público.
Gilmar Mendes	Recl. 38.221-SP	Entendeu que não houve análise fática do caso, que foi tratado em abstrato.
Edson Fachin	Recl. 38.296-MG	Entendeu pela ausência de fiscalização do ente público, pois este não trouxe aos autos elementos probatórios (art. 373, II, do CPC).

Fonte: <http://portal.stf.jus.br/>.

¹⁶⁹ A decisão da **8ª Turma do TST** negou provimento ao agravo de instrumento, por não observância ao requisito contido no art. 896, § 1º-A, I, da CLT, nada falou sobre a matéria de fundo. A Ministra ultrapassou essa questão e adentrou na análise da responsabilidade subsidiária a partir da decisão regional, transcrevendo a porção que interessa nesses termos: “Nesse contexto, **competia ao Ente Público demonstrar** que fiscalizou a execução do contrato de prestação de serviços, nos termos da Lei, contando inclusive com o amparo da norma (IN 03/2009 e IN 5/2017), que permite a glosa do crédito até a regularização de eventual pendência, o que **não foi comprovado nos autos**, tanto é que o Reclamante fora dispensado sem o recebimento correto das verbas trabalhistas (multa de 40% do FGTS) (...)” (grifos nossos). A partir daí, entendeu que a responsabilização da entidade pública nega vigência ao § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/1993 e desafia a ADC-16/DF, “porque se deu sem a necessária comprovação de culpa”.

¹⁷⁰ Assinale-se que a decisão advinda da **6ª Turma do TST** entendeu haver responsabilidade do ente público, pois o Tribunal Regional registrou a **ausência de fiscalização de modo eficaz** e que a “**ré não trouxe documentos** que comprovassem a sua fiscalização” (AIRR-11174-44.2015.5.01.0481, Relator: Ministro Augusto César Leite de Carvalho, 6ª Turma, DEJT 6/9/2019) (grifos nossos).

¹⁷¹ No trecho que interessa, a **2ª Turma do TST** assim externou: “Na hipótese dos autos, como já afirmado, o Tribunal Regional **consignou expressamente** que o ora agravante incorreu na **culpa in vigilando**, estando, portanto, perfeitamente adequada à hipótese ao entendimento consubstanciado no item V da Súmula n. 331 desta Corte”¹⁷¹ (grifos nossos) (AIRR - 281-86.2013.5.02.0464, Relatora Ministra: Maria Helena Mallmann, 2ª Turma, DEJT 22/11/2019).

Quadro 5 - Agravos regimentais em reclamações constitucionais – STF – 2019 – 1ª Turma

Composição: Rosa Weber, Luís Roberto Barroso, Alexandre de Moraes, Marco Aurélio e Luiz Fux	
RECLAMAÇÃO N. 26.140-SP	
DECISÃO EM RECLAMAÇÃO	DECISÃO EM AGRAVO REGIMENTAL
A Min. Rosa Weber entendeu haver detalhamento de prova sobre a conduta culposa da Administração Pública quanto à sua fiscalização contratual. Manteve a responsabilidade subsidiária.	Os demais ministros seguiram a divergência anunciada pelo Min. Luiz Fux. A única explicitação é do Min. Alexandre de Moraes, no sentido de que não houve comprovação real de comportamento negligente sistemático, tampouco nexos de causalidade entre a conduta comissiva/omissiva do ente público e o dano sofrido pelo trabalhador, a revelar presunção de responsabilidade.
RECLAMAÇÃO N. 36.836-MA	
DECISÃO EM RECLAMAÇÃO	DECISÃO EM AGRAVO REGIMENTAL
A Min. Rosa Weber negou seguimento da reclamação, porquanto a decisão advinda do TST teve como fundamento óbice processual e, assim, não adentrou na questão meritória referente à responsabilidade subsidiária de ente público.	O Min. Alexandre de Moraes passou a ser redator do acórdão. Ultrapassou o óbice processual e externou o seu entendimento contrário àquele inserto no acórdão regional que responsabilizou o ente público pelo fato de não ter observado o seu encargo probatório de apresentar provas de sua fiscalização contratual. Assim, o Min. Alexandre consignou, em suma: “Por ocasião do julgamento do RE 760.931, sob a sistemática da Repercussão Geral, o Plenário desta SUPREMA CORTE afirmou que inexistia responsabilidade do Estado por débitos trabalhistas de terceiros, alavancada pela premissa da inversão do ônus da prova em favor do trabalhador”. Acompanharam o voto: Ministros Luiz Fux, Luís Roberto Barroso e Alexandre de Moraes. Vencidos: Min. Rosa Weber e Min. Marco Aurélio.

Fonte: <http://portal.stf.jus.br/>.

Quadro 6 - Agravos regimentais em reclamações constitucionais – STF – 2019 – 2ª Turma

Composição: Cármen Lúcia, Celso de Mello, Gilmar Mendes, Edson Fachin e Ricardo Lewandowski	
RECLAMAÇÃO N. 36.309-MG¹⁷²	
DECISÃO EM RECLAMAÇÃO	DECISÃO EM AGRAVO REGIMENTAL
O Min. Lewandowski entendeu que se não houve indicação de que a responsabilidade teria decorrido de mera presunção, mas teve como base a ausência de documentos – ônus da reclamada –, que pudesse comprovar a eficiente fiscalização do ente público, restou configurada a <i>culpa in vigilando</i> e, com ela, a responsabilidade subsidiária.	Os demais ministros acompanharam o voto do relator Ricardo Lewandowski. Inclusive, a Min. Cármen Lúcia, que possui a mesma linha de entendimento da maioria da 1ª Turma.
RECLAMAÇÃO N. 37.035-MA	
DECISÃO EM RECLAMAÇÃO	DECISÃO EM AGRAVO REGIMENTAL
A Min. Cármen Lúcia manteve a decisão da 7ª Turma do TST que afastou a responsabilidade subsidiária, por não encontrar no acórdão regional evidências que configurassem culpa <i>in vigilando</i> . Assim, negou seguimento à reclamação constitucional do empregado, por não se poder “reexaminar provas que foram apresentadas nos órgãos judiciais competentes em reclamação, pelo que, inexistindo divergência do acórdão reclamado com a jurisprudência deste Supremo Tribunal”. A Ministra não abordou a distribuição do ônus da prova.	Os demais ministros acompanharam o voto da relatora Min. Cármen Lúcia (Presidente): Celso de Mello, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Edson Fachin.

Fonte: <http://portal.stf.jus.br/>.

¹⁷² Transcreveu o acórdão reclamado, nos seguintes termos: “Não há nos autos **prova** acerca da aludida **fiscalização** por parte da segunda reclamada, ente da Administração Pública Direta, quanto ao cumprimento das obrigações da prestadora para com seus empregados, sendo que a própria inadimplência da empregadora autoriza concluir pela sua inexistência. Observe-se que o **ônus da prova cabe à segunda reclamada**, não só diante do previsto no art. 373, II, do NCPC, já que a comprovação da inexistência de culpa é fato impeditivo do direito do autor, mas também porque mais apto a produzi-la (sentença)” (grifos nossos).

4.9 Inferências acerca das decisões do STF em reclamações constitucionais, após o julgamento do RE n. 760.931-DF

Da mesma forma utilizada no item 3.5, a presente análise será realizada a partir de indicadores, destacados em negrito, representativos do caso e/ou que aferem a racionalidade decisória do STF.

Percebe-se, do item anterior, que as duas turmas do STF seguem entendimentos distintos. Além disso, alguns ministros divergem em suas respectivas turmas. Vale dizer: até que a parte ingresse com agravo regimental para questionar a decisão em reclamação constitucional, eles decidem a partir de um entendimento individual firmado em seus respectivos votos por ocasião do julgamento do RE n. 760.931. Se não há o ingresso do agravo interno, ou seja, se a parte reclamante se conforma com a decisão exarada na reclamação constitucional, persiste a decisão individual de cada ministro.

Só para deixar bem clara essa situação: a Ministra Rosa Weber diverge da 1ª Turma, à qual pertence; igualmente, a Ministra Cármen Lúcia diverge da 2ª Turma, à qual integra. As duas ministras possuem entendimentos diferentes. A Ministra Rosa Weber tem entendimento de que, apesar de a responsabilidade não ser automática e depender de comprovação de culpa, essa análise da prova da culpa não pode ser realizada em seara de natureza extraordinária, ou seja, a análise do acervo fático-probatório é tarefa da instância instrutória – varas e tribunais regionais. Já a Ministra Cármen Lúcia entende que as respectivas decisões dos Tribunais Regionais e do próprio TST devem delinear a prova efetiva em suas razões de decidir, ou seja, não basta o tribunal regional ou o TST afirmar que houve culpa do ente público, é preciso elencar as provas em suas razões.

Ultrapassando essa especificidade, parte-se para extrair o que as Turmas em sua maioria decidem. A 1ª Turma exige que o magistrado aponte detalhadamente o acervo fático-probatório em suas razões para demonstrar inequivocamente a culpa *in vigilando* do ente público na fiscalização da conduta da contratada (terceirizada) quanto ao pagamento dos créditos trabalhistas. Ademais, deve haver comprovação de que o comportamento negligente da Administração Pública foi sistemático e contínuo e, quando a fiscalização for realizada, mas de modo insuficiente ou ineficaz, deve-se afastar a responsabilidade subsidiária.

Assim, com relação à 1ª Turma, tanto a ausência de prova de quem quer que tenha a incumbência de provar como a presença de prova num grau “insuficiente” levam a eximir o Poder Público de responsabilidade subsidiária. Igualmente, não há como imputar-lhe responsabilidade quando haja fiscalização ineficaz, inadequada e não reiterada de modo

sistemático. Quanto ao ônus da prova, apenas foi abordado, quando do julgamento do Ag-Ed-Rcl-36.836-MA, pelo Ministro Alexandre de Moraes, que se tornou redator do acórdão. Assim, ultrapassando o óbice processual, adentrou no mérito da responsabilidade subsidiária e a afastou, por considerar que o ônus da prova é do empregado. Retomando-se os vencedores do acórdão: Luiz Fux, Luís Roberto Barroso; e os vencidos: Rosa Weber e Marco Aurélio.

Neste ponto, cumpre lembrar o que foi asserido no Capítulo 1, item 1.2. A vinculação pode alcançar o dispositivo constituído do resultado propriamente dito e que se localiza na ata final do julgamento, ou pode alcançar os fundamentos determinantes. Foi visto, ainda, que a tendência do STF é vincular apenas a parte dispositiva do acórdão. No caso do RE n. 760.931-DF, consta do dispositivo (na Ata, p. 354) a tese acompanhada da menção do ministro redator, dos ministros vencedores e vencidos, a expressão de dar provimento ao recurso e a data de julgamento.¹⁷³

Ora, percebe-se certa inovação por parte do Ministro Alexandre de Moraes, acompanhado dos Ministros Luiz Fux e Luís Roberto Barroso, quando define a decisão a partir da distribuição do ônus da prova, a despeito de não ter havido efetivo debate entre os membros da Corte Suprema sobre o tema, além de a tese definida na ADC n. 16 e confirmada no referido recurso extraordinário não mencionar essa questão. Ou seja, uma questão que não fez parte do *decisum* do RE n. 760.931 – portanto, não vinculativa –, e a Corte Suprema acaba por provocar mais confusão, e não orientação à Justiça do Trabalho.

No tocante à 2ª Turma, é de se concluir simplesmente no sentido oposto. Os ministros analisam a questão sob o prisma do entendimento de não ser possível a avaliação do substrato fático-probatório em instância que não seja probatória (TST e STF). Assim, se o acórdão advindo da Justiça do Trabalho contiver a menção de que não houve fiscalização, isso implica responsabilidade subsidiária. Igualmente, percebe-se que são favoráveis a fazer incidir o ônus probatório à Administração Pública, a partir dos argumentos esposados em seus votos quando do julgamento do RE n. 760.931.

¹⁷³ “**Decisão:** O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 246 da repercussão geral, conheceu em parte do recurso extraordinário e, na parte conhecida, a ele deu provimento, vencidos os Ministros Rosa Weber (Relatora), Edson Fachin, Roberto Barroso, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello. Redator para o acórdão o Ministro Luiz Fux. Em seguida, o Tribunal deliberou fixar a tese da repercussão geral em assentada posterior. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 30.3.2017. **Decisão:** O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Ministro Luiz Fux, que redigirá o acórdão, vencido, em parte, o Ministro Marco Aurélio, fixou a seguinte tese de repercussão geral: ‘O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993’. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 26.4.2017”.

Partindo dessas premissas, passa-se ao diálogo entre o instrumental teórico desenvolvido nos capítulos antecedentes e os dados ora apresentados. Percebe-se que a construção de modelo de efeito vinculante pelo STF, no sentido de que a vinculatividade engloba apenas o resultado do *decisum* acompanhado da tese firmada, não resultou em coerência, segurança jurídica e previsibilidade desejável a uma jurisdição constitucional. Trata-se de inegável fato, demonstrado a partir dos **indicadores** ora apresentados: divergências decisórias persistentes tanto dos ministros internamente, em suas respectivas turmas, como das turmas entre si, tanto no STF como no TST!

De modo horizontal, o efeito decisório oscila quando se decide isoladamente (decisão monocrática), oportunidade de que o magistrado se vale para realizar o seu desejo de fazer prevalecer seu próprio entendimento – seja com o rigor da 1ª Turma, seja com o senso de equidade da 2ª Turma. Se, dessa decisão, a parte reclamante ingressa com agravo, o colegiado tende a seguir o entendimento da maioria da turma respectiva, que, por sua vez, diverge da outra turma. Assim, vê-se que o STF não segue o próprio entendimento firmado, em sua maioria, por ocasião do julgamento do RE n. 760.931.

De modo vertical, a leitura que se faz da pesquisa empírica é que o TST, a despeito de ter editado o item V da Súmula n. 331,¹⁷⁴ não se curvou ao decidido pela Corte Suprema, uma vez que a 2ª, a 3ª e a 6ª Turmas¹⁷⁵ se mostram recalcitrantes com relação à decisão exarada no RE n. 760.931 pelo STF, em sua maioria. Note-se que, por ocasião da análise empírica sobre a compreensão das Turmas do TST em relação à decisão do STF, restou demonstrado que as referidas Turmas, em sua maioria, compreenderam que as razões decisórias devem vir acompanhadas da prova concreta da fiscalização para afastar a responsabilidade subsidiária.

Assim, da forma como os ministros do TST decidiram para impulsionar a parte a ingressar com reclamação constitucional, vê-se que essas Turmas não estão seguindo a decisão proferida pelo STF em sua maioria. Igualmente, as decisões dos TRTs que impulsionaram o

¹⁷⁴ Pensamos até que a referida súmula foi editada de modo precipitado. Não é a partir de uma decisão imediata advinda do STF que se fará com que os casos sejam definitivamente conclusivos e o entendimento sobre eles seja sedimentado mesmo que temporariamente. É necessário tempo para definição do estado de coisas. Como ficou claro da pesquisa empírica, tudo indica que, diante da oscilação quanto à compreensão do TST, esta não se mostrou precisa e uniforme sobre as duas decisões acerca da responsabilidade subsidiária de ente público. Razão disso que a formulação imediata de uma súmula foi, no nosso sentir, equivocada. Realmente, da forma como as decisões foram elaboradas, o entendimento não poderia mesmo se fazer compreensível, quando construído a partir de um *modus operandi* de decidir sem um mínimo de racionalidade. É difícil compreender algo que foge dos parâmetros processuais.

¹⁷⁵ Recordando-se, por exemplo, a linha decisória do Ministro Augusto César que compõe a 6ª Turma desde 2011 (período de colheita de dados da pesquisa) até a presente data, a sua decisão, no AIRR-11174-44.2015.5.01.0481, de DEJT 6/9/2019, já foi diferente daquela proferida no RR-133500-18.2009.5.06.0015, em 2/12/2011 (colhida nesta pesquisa). Ver itens 4.2 e 4.3 do Capítulo 4.

ingresso das reclamações não estão alinhadas com o julgado do RE n. 760.931. Se incumbe, em tese, ao TST orientar os órgãos jurisdicionais trabalhistas, é natural que estes prossigam da mesma forma que a Corte Superior. Igualmente, essa mesma premissa serve ao STF, órgão com função orientadora dos demais órgãos judiciários, incluindo a Justiça Trabalhista.

Ante esse contexto, há de se indagar onde está o problema de não haver uma unidade/uniformidade quanto à questão da culpa *in vigilando* relacionada à Administração Pública. Será que o problema reside somente no modelo de efeito vinculante adotado pelo STF, nos moldes já explicitados no Capítulo 1, item 1.2, de modo a levar os demais órgãos – mesmo parte do próprio STF – a serem recalcitrantes? Ou será que tem algo mais que se relacione com a dinâmica interna de construção decisória, considerando regras processuais essenciais a essa dinâmica e imprescindíveis para que se almeje uma decisão racional, consistente, coerente e não arbitrária? Será que apenas afirmar o seu pensamento, sem apresentar uma fundamentação consistente que abalize esse pensamento, é suficiente? Pensamos que há vários problemas internos na decisão do RE n. 760.931, os quais têm relação com essas indagações e que, ao fim e ao cabo, **não permitem** conferir-lhe um **mínimo de racionalidade**.

Como já externado em diversas oportunidades, a busca investigatória centra-se na justificação dos magistrados, que deve vir acompanhada de racionalidade. Esta, por sua vez, manifesta-se quando existe procedimento judicial pautado em **diretrizes normativas processuais**, que são cláusulas fechadas a conferir o mínimo de segurança jurídica dentro de uma ordem processual estruturalmente coordenada. Quer dizer: é inadmissível violar esse mínimo regulatório processual.

Em razão disso, é importante a existência desses textos legais contendo cláusulas normativas fechadas que, como explanado no Capítulo 1, item 1.4, devem conviver harmoniosamente com as normas de conteúdo aberto – sejam elas de cunho material ou processual – dentro de um contexto social mutável. Porém, é imprescindível que essas normas processuais fechadas – cuja natureza é de vetor a manter em equilíbrio a ordem e a marcha do processo – sejam peremptoriamente observadas, sob pena de atrair a desordem, o desando e a injustiça.

Nesse ponto, cumpre relembrar o que foi detectado da manifestação do Ministro Dias Toffoli (Capítulo 3, itens 3.6 e 3.7, “2”, “b”). Ele não se ateu ao conteúdo dos recursos – premissa básica para encontrar a *ratio decidendi*, como doutrinado por MacCormick (vide Capítulo 2, item 2.5) – e foi buscar, na fase inicial do processo, averiguar atas e documentos –

incumbência das varas e dos tribunais regionais. Ultrapassou, portanto, os limites da jurisdição, ou seja, a sua competência foi excedida.¹⁷⁶

Também foi afirmado, pelos Ministros Fachin e Barroso, que o conteúdo do recurso da União demonstrou que esta foi confessa quanto à matéria de fato, ou seja, reconheceu a ausência fiscalizatória quando não demonstra ato direcionado a tal fim.

Nessa quadra, houve vários procedimentos violados no sentido de favorecer a inércia da União, já que esta não se utilizou dos embargos de declaração nas instâncias originárias para denunciar a omissão judicial sobre as questões fático-probatórias nos julgados anteriores. As alegações dessas questões estariam preclusas, se não fosse o ato de benevolência do Ministro Dias Toffoli para com o ente público. Não cabia, portanto, a ele, em instância de natureza extraordinária, retroceder à marcha do processo para investigar, diante da inércia da parte, as provas do feito. Sabe-se que, em processo judicial, há deveres, ônus, direitos e limites das partes e dos magistrados a serem observados!

Diante disso, é possível afirmar que o modelo de efeito vinculante proposto pelo STF não é um caminho que propiciará estabilidade, muito menos segurança jurídica decisional. Antes disso, há de se pensar no percurso primordial a ser percorrido, relacionado às premissas básicas de legalidade. Pensar que a estabilidade e a segurança jurídica se realizam a partir de uma decisão proferida pela corte de vértice com efeitos vinculativos, sem perseguir a coerência interna do próprio sistema legal, implica completa falta de compromisso com o Estado Democrático de Direito e o senso de justiça procedimental.

A despeito da existência de técnicas procedimentais de caráter aberto, existem aquelas que estão configuradas para permitir o andamento sempre para adiante do processo e proibir que ele retroceda. Se houver algum descompasso nesse sentido por parte do magistrado, não será possível alcançar uma justa e efetiva tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, da Constituição).

Qualquer desvio de norma processual a que o magistrado se encontre vinculado provoca injustiças, até porque o foco da instrumentalidade da jurisdição não se insere tão somente na tutela de direito material, mas também na definitividade de uma prestação jurisdicional que se mostre aceitável a partir de um parâmetro de construção decisória racional.

¹⁷⁶ Como se sabe a jurisdição (latim: *juris* = direito e *dicere* = dizer) está intrinsecamente relacionada ao poder do Estado de dizer o direito, de afirmá-lo, aplicá-lo. Porém, ela pode ser realizada na linha poder-dominação. Existem limitações a esse exercício do poder, ou seja, a visão funcional da jurisdição abrange um encadeamento distributivo da competência. Por isso se diz que a competência é a “medida da jurisdição”, que não se liga à essência do poder exercida pelos juízes – “a jurisdição que um deles exerce não é diferente, nem maior ou menor que a exercida por outro”, mas apenas exprime a “distribuição de atividades” (DINAMARCO, 1987, 167-168). Se existe uma esfera de competência funcional para cada órgão jurisdicional, ultrapassar essa competência implica excesso de poder-dominação.

Como bem afirmou Marinoni (2014, p. 141), “a decisão judicial é o elemento final do discurso jurídico”, o qual “necessita de regras para poder se desenvolver de maneira adequada”, como, por exemplo, as relacionadas “ao tempo, ao modo e ao conteúdo da participação das partes e do juiz”. Tais regras se mostram necessárias a fim de legitimar a jurisdição.

Não adianta intencionar a vinculação, dentro de uma coerência hierárquica,¹⁷⁷ se não existe o mínimo de **racionalidade intradecisão**. É como cair num campo minado para destruir um sistema coerente e ordenado em si mesmo.

Como bem asseveraram Streck e Abboud (2015, p. 116), um Judiciário descomprometido com a legalidade vigente propicia insegurança jurídica na jurisprudência brasileira, e essa postura ocorre porque “em seu imaginário a lei estaria à disposição do intérprete que poderia deixar de aplicá-la por razões de conveniência”.

Existe um caminho preliminar a ser trilhado pelo decisor. Necessariamente, exige-se do intérprete um trabalho de **integridade** e **coerência** interpretativa do conjunto normativo vigorante, tanto em sua natureza substancial como procedimental. Como já pronunciou MacCormick (2006, p. 197), as normas de um sistema jurídico fazem sentido quando consideradas em conjunto, ou seja, na forma como elas se interligam, de modo a serem “compatíveis com uma norma mais geral, podendo, portanto, ser consideradas como manifestações mais específicas ou ‘concretas’ dessa norma”.

Assim, antes de pensar no efeito vinculante, é necessário pensar em estruturar uma decisão de modo racional, tendo como sustentáculo as regras do Direito vislumbradas de modo holístico a partir da integridade e da coerência. É, inclusive, esse o sentido que se extrai do conteúdo proposto pelo art. 926, *caput*, do CPC/2015.¹⁷⁸

Saliente-se, ainda, ser perceptível a **racionalidade na justificação** quando uma disposição legal é interpretada de modo consentâneo com a realidade social, ainda que o seu texto se mostre claro, evidente e inequívoco – como doutrinado por Schauer (Capítulo 1, item 1.4). O caso da terceirização não é um caso fácil (*easy case*), por mais que possa parecer diante

¹⁷⁷ A coerência sob o aspecto da unidade do sistema, em termos hierárquicos, significa que o magistrado, integrante de certa turma da corte constitucional, é impulsionado a proferir decisão em conformidade com a linha interpretativa já adotada, por sua composição plenária dentro do tribunal a que pertence – o denominado *stare decisis* horizontal. Igualmente, essa coerência é vislumbrada quando os demais órgãos judiciários seguem a interpretação adotada pela corte de vértice.

¹⁷⁸ Apesar dessa louvável proposta do legislador ordinário, o referido dispositivo legal deve ser apreciado de modo sistemático. Isso porque a missão maior das cortes supremas é perseguir “não uma jurisprudência que possa ser qualificada como ‘íntegra e coerente’, mas sim a ‘unidade do direito’” (MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 61), até porque o operador do direito deve ter um olhar holístico do sistema jurídico, em que encerra a própria concepção de integridade, ou seja, um sistema vislumbrado em sua dimensão integral. A pretensão de uma corte de vértice é trabalhar com o sistema de modo coerente, integrado, com o sentido de unidade e de universalização, considerando inclusive a sua dinâmica hierárquica normativa kelseniana.

da leitura que se faz do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993,¹⁷⁹ ao afastar a responsabilidade da Administração Pública. Apesar dessa disposição evidente e clara, não há como concluir ser um caso simples de ser decidido. Existem nele questões circundantes que fazem com que se enquadre como um *hard case*, provocando a criação de uma cláusula de exceção.

Em verdade, o caso se cerca de direitos fundamentais sociais (art. 7º da Constituição Federal).¹⁸⁰ Nessas circunstâncias, a atuação do magistrado envolve compreender a lei a partir dos direitos fundamentais. A lei encontra o seu ponto de validade circunscrito nesses direitos, e a interpretação deve se adequar a eles (MARINONI, 2014, p. 95). Ademais, essa interpretação realiza-se a partir de uma leitura moral,¹⁸¹ considerando-se a própria Constituição, a história, a cultura, os princípios e as cartas de direitos fundamentais, assim também as decisões proferidas anteriormente e como o trabalho hermenêutico foi nelas desenvolvido, a fim de se manter a integridade constitucional e a coerência do sistema jurídico como um todo.

A coerência há de se expressar de modo profundo; não satisfaz a simples coerência no sentido de que uma decisão deve ser observada só porque partiu da Suprema Corte ou que deva ser observada de modo horizontal. Isso porque, se não houver uma **coerência antecedente à vinculação**, realizada intradecisão, é provável que não se alcance a segurança jurídica, como está ocorrendo com as decisões colhidas para esta pesquisa.

Desse modo, é um equívoco pensar que, para o art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993, deva ser conferida uma interpretação literal no sentido de que o legislador ordinário teve a intenção de excluir a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, conforme quiseram os Ministros Luiz Fux, Marco Aurélio, Alexandre de Moraes, Gilmar Mendes e Cármen Lúcia,¹⁸² como justificativa para dar provimento ao recurso extraordinário.

¹⁷⁹ “Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato. (...) § 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis”.

¹⁸⁰ Os direitos fundamentais alçaram – tanto do ponto de vista formal, como substancial – a uma hierarquia superior, e, segundo Chevallier (2009, p. 203), são o próprio “alicerce dessa hierarquia”, por serem “direitos concebidos como essenciais” – porquanto imbuídos, como designou Rawls (1999, p. 277), de “elementos constitucionais essenciais”, já que envolvem valores éticos e morais especialmente tendo em mira a preservação do princípio da dignidade humana. Por sua vez, há um relacionamento intrínseco desses direitos com a dignidade da pessoa humana, já que constitui princípio diretor da realização daqueles. Esse princípio limitará a atuação estatal, “objetivando impedir que o poder público venha a violar a dignidade pessoal” – seja quando esse princípio for utilizado de forma simultânea com os direitos fundamentais, seja quando funcionar como fundamento autônomo, seja quando o direito for dele deduzido –, bem como fará com que o Estado deva ter “como meta permanente, proteção, promoção e realização concreta de uma vida com dignidade para todos” (SARLET, 2011, p. 131). É, portanto, qualificado como “princípio normativo fundamental” ou “norma jurídica fundamental de uma determinada ordem jurídico-constitucional” (SARLET, 2011, 79).

¹⁸¹ Dworkin (2010, p. 127-203) externa que existe uma moralidade política da comunidade envolta de princípios e direitos a ser levada em consideração pelo intérprete-juiz.

¹⁸² Ver inferências no Capítulo 3, item 3.7, “2”, “b”.

Ora, se esses mesmos ministros, por ocasião do julgamento da ADC n. 16, emitiram tese de atribuição de responsabilidade subsidiária quando comprovada a culpa *in vigilando* da Administração Pública, eles entram em **contradição**, quando da decisão do RE n. 760.931, em que afirmam que se deve conferir interpretação literal ao referido dispositivo legal, tendo em vista que se adotou a mesma tese nessa última decisão.

Note-se que essa justificativa – somada à ilação quanto à investigação probatória do Ministro Dias Toffoli a favorecer o ente público – foi utilizada para prover o recurso, enquanto a questão do ônus da prova foi relegada a segundo plano (ou melhor, a nenhum plano), já que não houve efetivamente debate por esses magistrados – fazer simples menção à questão não equivale a discuti-la dando-lhe a devida importância. Com isso, acabaram se tornando contraditórios com a tese apresentada por ocasião do julgamento da ADC n. 16, quando afirmam existir responsabilidade ao ente público.

Em verdade, os trabalhadores definitivamente prestaram serviços e, por todos os ângulos que se observe a questão, eles não receberão a contraprestação merecida e devida, a menos que tenham a sorte de ver a reclamação constitucional, interposta pelo ente público, julgada pelos ministros que observaram as regras processuais fundamentais (exemplo da Ministra Rosa Weber e do Ministro Edson Fachin), e não haja, obviamente, interposição de agravo regimental. Vai depender da sorte no jogo lotérico!

Há duas razões para afirmar que é quase impossível a percepção salarial pelos empregados. Primeiro, parte dos ministros criou um rigor excessivo, lesivo e incoerente em relação às regras processuais, já que não se observa a competência instrutória de análise da prova (Súmulas n.s 126 do TST e 279 do STF); pelo contrário, exige-se que até o TST adentre na perspectiva de reexame probatório, quando este se enquadra como órgão de natureza extraordinária.¹⁸³

Inclusive, já se investigou o ingresso do empregado-recorrente, pela via do recurso de revista, quando a turma regional afasta a responsabilidade subsidiária do ente público. E a resposta do Tribunal Superior do Trabalho tem sido no sentido de aplicar a Súmula TST n. 126,

¹⁸³ “No cenário das instituições jurídicas do país, o procedimento tem o valor de penhor da legalidade no exercício do poder. A lei traça o modelo dos atos do processo, sua sequência, seu encadeamento, disciplinando com isso o exercício do poder e oferecendo a todos a garantia de que cada procedimento a ser realizado em concreto terá conformidade com o modelo preestabelecido: desvios ou omissões quanto a esse plano de trabalho e participação constituem violações a garantia constitucional do devido processo legal. No Estado-de-direito (...) não se concebe como possa o juiz, no exercício da jurisdição, realizar atividades cujo escopo jurídico é a atuação da lei, mas realizá-las com o campo aberto para o arbítrio” (DINAMARCO, 1987, p. 179-180).

acompanhada ou não da Súmula TST n. 333,¹⁸⁴ enquanto, na insurgência do ente público, tende a não aplicar a aludida súmula, apenas afasta a responsabilidade subsidiária, quando o acórdão faz alusão à prova sem o seu detalhamento,¹⁸⁵ em observância à decisão do STF. Isso porque, se o TST aplica a Súmula n. 126 ao recurso do ente público, certamente haverá modificação lá no STF. Enfim, existe um descompasso decisório quando se percebe que o princípio da igualdade, em relação à aplicação dos óbices processuais, não está sendo observado.¹⁸⁶ Por consequência, o empregado-recorrente não terá, realmente, chances de vencer a causa.

Como afirmado alhures, a finalidade dos embargos de declaração (art. 897-A da CLT e art. 1.022 do CPC/2015) está sendo esquecida. Na Justiça do Trabalho, cumpre às partes se manifestar sobre as omissões e contradições no julgado; trata-se de ônus processual, e se a parte não se insurgir, sofre os efeitos da preclusão. Portanto, já em instância instrutória, os sujeitos do processo devem ficar atentos para essa regra processual.

Ultrapassada essa fase do processo, não cabe, em instância extraordinária, a avaliação do substrato probatório já realizado pelas instâncias ordinárias, exceto se, em sede de recurso de revista, formular negativa de prestação jurisdicional, com a condição de ter ingressado com embargos declaratórios no juízo *a quo* e este não ter se manifestado sobre a insurgência. Com essa condição é que o TST imprimirá seu juízo de valor sobre a situação e, a depender do caso, fará retornar os autos para que o tribunal *a quo* profira nova decisão.

Perceba-se que há um trâmite processual essencial a ser cumprido antes de o TST imprimir juízo de valor sobre o caso. Não é possível ultrapassar fases processuais, sob pena de se desaguar em desvirtuamento processual e, assim, deparar-se com decisão ilegal, arbitrária e autoritária, sem que tenham sido observados o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV, Constituição Federal). E, como se sabe, os embargos de declaração constituem instrumento para realizar esses direitos fundamentais, inerentes a um **processo democrático justo**.

Simplesmente, a inércia do ente público quanto a esses direitos não pode ser suprida pelo Julgador; este, ao fazer as vezes dos sujeitos processuais, está a lesar direitos de grande envergadura numa democracia plena. Em se tratando de juiz de corte de vértice, não se pode desvirtuar o sentido da colaboração judicial. O juiz de uma corte constitucional pode ser um

¹⁸⁴ AIRR-1000264-76.2016.5.02.0254, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 7ª Turma, DEJT 11/12/2018; AIRR - 1000042-13.2015.5.02.0491, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 7ª Turma, DEJT 09/04/2019.

¹⁸⁵ Observou-se que, muitas vezes, o acórdão se mostra munido de provas que indicam a culpa *in vigilando*, mas ainda assim, para alguns ministros da Suprema Corte, são insuficientes. Vale dizer: será raro o empregado-recorrente conseguir alguma chance de vencer a causa. O rigor é patente.

¹⁸⁶ A impressão que se tem é que houve uma predeterminação decisória por parte da Corte Suprema: de um lado há o empregado-vencido e, do outro lado, o ente público-vencedor. Isso leva a desestimular o empregado consciente a se ativar em relação de terceirização, porquanto as consequências lhe serão inevitavelmente nefastas.

colaborador no sentido de facilitar o diálogo institucional para a colheita de informações técnicas, mas nada que tenha relação com a atividade de investigação probatória, porque, conforme regra processual relacionada à competência judicial, esta não é de sua incumbência.

A colaboração não avança sobre as fronteiras processuais no sentido de revogar, especialmente, o princípio dispositivo a informar que as partes “continuam conduzindo o processo a fim de ganhar o caso, cada qual exercendo seus direitos, desempenhando seus ônus e cumprindo seus deveres sob o influxo dessa finalidade” (MITIDIERO, 2015, p. 49-50).

Em sequência, a segunda razão de ser tão impossível o empregado conseguir acesso ao processo justo, no sentido de receber o seu direito salarial pelo trabalho realizado e não pago, resume-se na seguinte constatação: a decisão do juízo *a quo* pode até estar bem fundamentada, contendo todos os elementos necessários e suficientes a concluir pela ausência de fiscalização, ou mesmo pela fiscalização ainda que ineficiente, porém a culpa *in vigilando* do ente público é afastada – para este, flexibiliza-se o dever; para o empregado, viola-se o direito processual! Vale dizer: o rigor é tão desproporcional que chega a ser absurdo e leva à indagação que comumente se faz: como pode ter-se chegado a esse ponto?

Com um passo mais à frente, sabe-se que a prova está intrinsecamente relacionada com a distribuição do ônus probatório, pois quando a prova não está presente, a norma do art. 373, § 1º, do CPC/2015 – também envolta de aspecto substancial –, será utilizada em determinadas circunstâncias, a depender “do bom senso ou do interesse na aplicação da norma de direito material, que requer a presença de certos pressupostos de fato, alguns de interesse daquele que postula a sua atuação e outros daquele que não deseja vê-la efetivada” (MARINONI; ARENHART, 2015, p. 228).

Na análise do presente caso, é visível a afronta à regra processual inserta no art. 373, § 1º, do CPC/2015, a abarcar todos os postulados fundamentais do processo – equidade, igualdade material, aptidão para a prova, colaboração, participação mediante paridade de armas e acesso à justiça –,¹⁸⁷ cuja finalidade consiste em equilibrar as posições dos sujeitos das relações jurídicas. Essa regra processual é dotada de relevância principiológica incontestável! Há de se verificar a natureza da causa, o substrato fático que a acompanha e as posições das partes, o que não foi observado no caso sob análise.

Diante disso, é fácil concluir que a locução *substantive due process of law* – a implicar interdependência entre o direito material e processual – restou violada, tendo em vista que o caso foi analisado fora da perspectiva da assimetria da relação processual.

¹⁸⁷ Com profundidade, abordo essa regra processual em: MELO, 2017, p. 94-112.

Por isso, não tem como conceber a posição de que a Administração Pública e o empregado estão compondo uma relação processual equilibrada (a necessária paridade de armas). Embora o real empregador seja responsável direto pelo pagamento dos créditos trabalhistas, o ente público se torna temporariamente empregador quando recebe os serviços prestados pelo empregado. Quer dizer: uma vez que é também beneficiário direto dos serviços, faz parte da tríade obrigacional.

De fato, o ente público teve sua ligação íntima com a relação triangular, não se trata de um estranho ao processo. Compôs a lide por razões totalmente vinculadas ao caso concreto, com demonstração de partícipe funcional da relação processual.

Portanto, enquanto estiver fazendo parte dessa tríade, é considerado empregador-contratante, devendo, conforme a Lei de Licitação, fiscalizar o contratado e se responsabilizar pelos haveres trabalhistas, caso não haja o cumprimento dos seus deveres fiscalizatórios. E, por se encontrar numa posição superior na relação processual, essa relação se torna assimétrica, a ser tratada de modo diferenciado a partir da particularidade do caso.¹⁸⁸

Em razão disso, não se mostra plausível a afirmativa da Ministra Cármen Lúcia de que a Administração Pública “não tem que comprovar, o trabalhador vem e diz que a contratada não pagou. E aí a Administração tem que provar o quê? Ela não é nem parte nessa relação. Por isso, nós dissemos: salvo comprovação da culpa, a Administração se exime, nos termos do art. 71” (RE n. 760.931-DF, p. 338). Como a Administração Pública não é parte, se ela ingressou no polo passivo por estar envolvida intimamente com o caso concreto e, inclusive, chegou até a Corte Suprema munida com recurso em sua defesa?

Outra questão detectada na decisão do RE n. 760.931: enunciar uma assertiva **sem fundamentar**. Foi visto, no Capítulo 2, item 2.5, que os fundamentos determinantes são aderentes à necessidade de colheita de dados empíricos, levando em conta a historicidade, os eventos factuais relevantes e os elementos psíquicos (se houver) para realizar a descrição decisória (*ratio decidendi* descritiva, por Stone – Capítulo 2, item 2.5). Esse procedimento engloba a análise do conteúdo dos recursos e do contexto social que se apresenta em

¹⁸⁸ Atente-se ao critério legítimo a permitir diferenciar pessoas e situações para fins de tratamentos jurídicos diversos. Com acerto, lecionou Mello (2000, p. 38): “a igualdade é agredida quando o fator diferencial adotado pra qualificar os atingidos pela regra não guarda relação de pertinência lógica com a inclusão ou exclusão do benefício diferido”. O jurista aprofunda o tema dizendo que é preciso “investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, in concreto, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional”.

determinado momento histórico, de modo a aferir até mesmo as consequências que provirão da decisão proferida.

Com reprise nas inferências do Capítulo 3, item 3.7, “2”, “b”, observou-se que os Ministros Marco Aurélio e Alexandre de Moraes se pronunciaram no sentido de atribuir o ônus probatório ao empregado, porém afirmar não é o mesmo que fundamentar a decisão. Não se verifica fundamentação a essa questão, fruto de prequestionamento – exigência de toda corte de vértice –¹⁸⁹ no acórdão recorrido e na peça recursal. Mais uma vez, não se observou regra processual fundamental (art. 93, IX, da Constituição e art. 489, II, e § 1º, do CPC/2015) – **indicador de ausência de racionalidade** no julgamento.

Vê-se que ultrapassar etapas decisórias essenciais leva à falta de racionalidade necessária para se pensar em vincular uma decisão. Se esta é desprovida de qualidade de precedente – considerando todos os elementos desenvolvidos no Capítulo 2, itens 2.4, 2.5 e 2.6 –, não estará habilitada para vincular o próprio tribunal que a proferiu, como os demais órgãos do Judiciário.

Diante desse contexto, é de se ter em conta a existência de um problema sério relacionado à vinculação criada por lei, acompanhada da reclamação constitucional – instrumento a permitir que o STF casse a decisão que não observar o seu julgado. Vale dizer: se os magistrados não se conscientizarem da necessidade de observância de regras inerentes ao *substantive due process of law*, o nosso sistema de justiça estará fadado ao insucesso. Não haverá satisfação por parte da comunidade jurídica, que ficará em contínuo estado de perplexidade, muito menos da sociedade em geral, por ser alvo da desigualdade, da insegurança jurídica e da injustiça diante de decisões irracionais.

Revisite-se, ademais, a lição de Marshall, vista no Capítulo 2, item 2.5, em sintonia com Marinoni (2013, p. 934), no sentido de que “a *ratio decidendi* nem sempre é imediata e facilmente extraível de um precedente e, em outras situações, pode exigir a consideração de várias decisões para poder ser precisada”.

Percebe-se, diante disso, não ser possível vincular imediatamente determinados casos cujas decisões persistem dissonantes, o que leva a crer na necessidade de amadurecimento¹⁹⁰, a

¹⁸⁹ Súmula n. 282 do STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”; Súmula n. 297 do TST: “I. Diz-se prequestionada a matéria ou questão quando na decisão impugnada haja sido adotada, explicitamente, tese a respeito. II. Incumbe à parte interessada, desde que a matéria haja sido invocada no recurso principal, opor embargos declaratórios objetivando o pronunciamento sobre o tema, sob pena de preclusão. III. Considera-se prequestionada a questão jurídica invocada no recurso principal sobre a qual se omite o Tribunal de pronunciar tese, não obstante opostos embargos de declaração”.

¹⁹⁰ Bickel (1986, 127-133 e 200-202) defende que a corte suprema possui uma função trina: quando controla a constitucionalidade, legitima-a ou declina de decidir. Ele acredita ser interessante que, em certos casos, a corte exerça a prática da prudência optando por não decidir – intitulada de virtude passiva. Afirma que “não fazer

fim de se elaborar uma decisão imbuída de equidade (*fairness*) quanto ao exame da questão *sub judicie*.

É preciso aprofundar o debate para se formular uma decisão condizente com o contexto social em que os trabalhadores terceirizados estão inseridos, levando-se em conta as consequências provenientes de uma decisão não pacificadora. A título de contribuição ao debate, indaga-se: há chances de se reverter essa situação e se voltar atrás diante de uma decisão injusta – recentemente formulada –, tendente a ser vinculativa e, portanto, irreversível?

Portanto, há de se refletir quanto à formulação decisória consentânea com o Estado Democrático de Direito, com vistas a adquirir qualidade de precedente judicial. Se necessário for, é interessante considerar determinado tempo para o seu amadurecimento a fim de poder pensar em vinculá-la, pois serão inúmeras as consequências negativas advindas de uma decisão irracional e arbitrária.

nenhum dos dois [o controle e a legitimação] é fazer outra coisa. Quando o Tribunal nega o *certiorari*, rejeita sumariamente um recurso, ou de outra forma rejeita um caso definitivo [já julgado] por falta de maturação, com certeza, ele muito bem se abstém de fazer qualquer coisa. Mesmo assim, pode estar permitindo que seus julgamentos anteriores continuem a ter certo efeito, ou pode estar permitindo que tribunais federais ou estaduais inferiores se envolvam em experimentação constitucional. Só então, de todo modo, a Corte realmente deixa que as decisões anteriores de outras instituições permaneçam intocadas”. No idioma original: “For often enough, to do neither is to do something else. When the Court denies certiorari, summarily dismisses an appeal, or otherwise dismisses a case outright for lack of ripeness, to be sure, it pretty well refrains from doing anything at all. Even then it may be permitting its previous judgments to continue to have a certain effect, or it may be allowing lower federal or state courts to engage in constitutional experimentation. Only then, however, if at all, does the Court really suffer prior decisions of other institutions to stand untouched”.

CONCLUSÃO

Como remate, esta pesquisa teve como escopo maior apresentar melhorias para a prática decisória, diante da tensão existente entre a formação e a aplicação do precedente judicial. Isso implicou buscar uma metodologia decisória adequada à formulação da *ratio decidendi* de modo a alcançar efetivamente a segurança jurídica, a igualdade perante as decisões e a unidade do direito.

No primeiro capítulo, demonstrou-se que o Brasil esteve sempre a oscilar quanto ao efeito vinculativo, até que, com a introdução da eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante na Constituição Federal e da obrigatoriedade de seguir precedentes no CPC/2015, a cultura de precedente ganha mais força. O efeito vinculante existe, porém, alcança apenas o dispositivo, sem abarcar os fundamentos.

No segundo capítulo, desenvolveu-se metodologia da doutrina do *stare decisis* nos moldes do sistema da *common law* em sua versão mais atual, já que a jurisdição brasileira está a lidar com os efeitos vinculativos da decisão. Demonstrou-se que essa metodologia operacional, voltada à descritibilidade e à prescritibilidade decisória, permite a descoberta de uma unívoca *ratio decidendi*.

No terceiro capítulo, constatou-se que, com a pesquisa empírica qualitativa, a doutrina do *stare decisis* não foi absorvida pelo STF.

No quarto capítulo, a pesquisa empírica qualitativa demonstrou haver divergências – horizontal e vertical – quanto à compreensão da *ratio decidendi* nas decisões da ADC n. 16 e do RE n. 760.931 tanto por parte do próprio STF como do TST.

Nessa toada, o conteúdo decisório apresentado por muitos ministros do STF é desprovido de justificação ou, por vezes, tem justificação vaga, sem plausibilidade e consistência para cada questão jurídica que foi levada à discussão. Além disso, constata-se não haver observância normativa sistêmica, vislumbrada de forma holística, quando não se atém às regras processuais fundamentais – contendo cláusulas fechadas –, responsáveis pelo prosseguimento da marcha processual, pelos limites da competência, entre outras –, restando prejudicada a coerência e integridade do sistema de normas. Isso interfere na construção de uma decisão imbuída de racionalidade.

Ademais, constatou-se a falta de racionalidade decisória, não só quando se fala em coerência e integridade do sistema de normas, mas também quando se percebe a falta de pesquisa empírica sobre o contexto social e as consequências de uma decisão que possa interferir negativamente sobre os sujeitos do processo, como além deles. Urge a necessidade de

o STF pensar sobre como realizar um trabalho decisório a partir da perspectiva empírico-consequencial, levando em conta a posição na qual o caso concreto se coloca no contexto socioeconômico.

Foi visto que, para a decisão ser dotada de qualidade de precedente, são necessárias certas características que possibilitem a criação de uma unívoca *ratio decidendi* – a representar o posicionamento da corte –, com potencial de universalização. São elas: discussão efetiva dos fatos relevantes do caso e de sua respectiva fundamentação – considerando que, nessa doutrina, os fundamentos determinantes são vinculativos – e formação de maioria de votos.

Percebeu-se, ainda, que o STF tem um modo próprio de decidir, sem observar a doutrina do *common law*, a despeito de adotar a vinculação decisória. Assim, observou-se que a Suprema Corte resolve uma “questão-problema” e profere um resultado consensualmente definido, mas não há como extrair a existência de uma *ratio decidendi* a representar a posição da Corte. Isso porque o que vincula é o dispositivo que agrega uma tese firmada, sem compartilhamento dos fundamentos que são, na sua maioria, divergentes entre si. Vale dizer: não há possibilidade de asserir que existe uma *ratio decidendi*, nos moldes do *common law*, quando os fundamentos não são vinculativos. Por isso, a proposta é de que se vinculem os fundamentos compartilhados, a fim de deixar compreensível a *ratio decidendi*.

Quanto ao TST, foram investigadas decisões com e sem juízo de retratação na ADC n. 16 e no RE n. 760.931, cujo resultado se resume na dificuldade de compreensão quanto ao conceito de transferência automática da responsabilidade subsidiária, tendo como pressuposto a prova da culpa *in vigilando*, e à distribuição do ônus da prova. Por consequência, foram detectadas divergências entre ministros de mesma turma e entre turmas diferentes.

No tocante ao STF, foram analisadas reclamações advindas de TRTs e do próprio TST. Constatou-se que cada ministro do STF está coerente com o seu próprio entendimento exarado em cada voto proferido por ocasião do julgamento, respectivamente, da ADC n. 16 e do RE n. 760.931; porém as duas turmas divergem entre si e internamente. Percebeu-se que, quando se recorre mediante reclamação constitucional, há uma tendência de os respectivos ministros manterem a sua própria linha de entendimento. Porém, se a parte ingressa com agravo interno da decisão que negou seguimento à reclamação, o colegiado decide e acaba por prevalecer o entendimento da maioria. Se essa situação ocorre na 1ª Turma, a tendência é manter a decisão vencedora no RE n. 760.931; se ocorre na 2ª Turma, a tendência é manter o entendimento vencido no referido recurso extraordinário.

Em suma, o STF não consegue seguir o seu próprio entendimento firmado, em sua maioria, por ocasião do RE n. 760.931, tampouco o TST se curvou ao decidido pela Corte Suprema.

Diante de todo o acervo investigatório, o que se pode pensar em termos de crítica e reflexão relacionadas à não pacificação decisória da questão envolvendo a responsabilidade subsidiária do ente público na terceirização trabalhista?

Será que só existiu um problema cognitivo relacionado à compreensão, depois de tanto tempo para entender o que quis dizer o STF? Será que foi estratégica a resistência para não aplicar o precedente judicial, como uma teimosia? Ou será que realmente houve uma dificuldade em aceitar uma decisão que, em si mesma, não possui coerência, maturidade e não respeita às normas processuais – ou seja, sem um mínimo de racionalidade?

Para responder a essas indagações, é importante inicialmente registrar que, quando se pensa em precedente judicial, há de se ter em mente a ideia de pacificação plena para as duas partes da relação jurídica, pois a decisão tem pretensão de universalização. Não basta solucionar uma disputa jurídica, uma pretensão resistida nos moldes clássicos, em que apenas um sai vencedor e o outro perde a causa. Não. Há de se pensar numa pacificação em sua plenitude, em que ambos os sujeitos processuais saem – pelo menos, parcialmente – ganhando, saem satisfeitos e/ou conformados. Do que foi investigado, conclui-se que apenas a Administração Pública saiu ganhando. O empregado – o mais fragilizado na relação de terceirização – não teve ganhos, mas apenas perdas. Isso implica dizer que se construiu uma regra que não foi pensada para a distribuição equânime de justiça *inter partes* e além delas.

Perceba-se que na criação de regra de direito pelo Judiciário, este deve pensar que ela é prescritiva em sua natureza. Vale dizer: geral e abstrata, a alcançar todos que estejam sob o âmbito da norma, bem como a sociedade como um todo, porquanto destina-se a orientar condutas futuras. Não basta aplicar o efeito vinculante – de modo horizontal e vertical – como se tudo se resolvesse com ele, que, inclusive, pode até ser pernicioso, quando falta coerência intradecisão. Destarte, antes de pensar numa coerência hierárquica, é preciso pensar que a regra jurídica há de ser construída com racionalidade, levando em consideração os valores da coerência e da integridade. Esse é o salto quântico do precedente judicial!

Daí a importância de se desenvolver uma prática jurisdicional em sintonia com a doutrina do *stare decisis* advinda do *common law*, tal como desenvolvida no Capítulo 2, com especial atenção à vinculação dos fundamentos determinantes. Isso contribuirá para que os demais órgãos judiciários consigam ter uma compreensão mais clara acerca do raciocínio jurídico debatido e compartilhado.

Ademais, ao se tornar obrigatória pela Corte a vinculação dos fundamentos, certamente haverá uma maior preocupação, por parte dos ministros, em desenvolver um raciocínio jurídico munido de fundamentos plausíveis, porquanto haverá um certo constrangimento se não o fizerem. Essa é uma porção essencial da defesa que esta pesquisadora lança à comunidade jurídica e à Corte Suprema, para que especialmente esta possa refletir sobre sua adoção.

Em realidade, pensamos que o modelo de vinculação adotado pelo STF, ao desprezar os fundamentos determinantes, mostra-se um modelo autoritário, na medida em que o jurisdicionado, assim como a sociedade não poderão controlar a atuação judicial, já que a não vinculação dos fundamentos impede a discussão em torno da legitimidade decisória. Em sentido contrário, quando a vinculação alcança os fundamentos determinantes, abre-se espaço para o debate, promovendo a contraposição de argumentos.

No decorrer dessa dinâmica operacional, há de se prestar atenção à racionalidade decisória – enfatizada nos Capítulos 1, item 1.4, e 4, item 4.9 –, quando se perfaz mediante justificação plausível, tendo como diretriz a observância da virtude encontrada no Estado Democrático de Direito. Em outras palavras: é importante que se observe a cláusula *substantive due process of law* – a envolver o princípio da legalidade dentro de um contexto de direito processual e material interligados entre si.

Isso porque há regras processuais, com conteúdo fechado, dentro de um ordenamento processual estruturado coerentemente a serviço de promover igualdade e o mínimo de segurança jurídica e previsibilidade. Por outro lado, há regras processuais que se interligam ao direito material, às posições dos sujeitos processuais e às especificidades fáticas da causa. Para tanto, o magistrado não pode se descuidar de observar o mínimo regulatório estabelecido no ordenamento jurídico brasileiro, sob pena de, ao se afastar do processo democrático justo, proferir decisões ilegais, arbitrárias e autoritárias.

A consequência de uma decisão ilegal e arbitrária é atrair mais arbitrariedade, pois a não imposição de freios a esse comportamento permite que se torne normal e costumeiro. Esta pesquisadora deixa como alerta aos ministros da Suprema Corte que, quando se depararem com uma conduta arbitrária por parte de algum dos seus pares, devem constrangê-lo para que corrija a conduta a fim de evitar a sua perpetuação.

Note-se, ademais, ser necessário que a Suprema Corte busque uma prática decisória que vá além da simples função de julgar – aplicar o Direito ao caso. É preciso refletir sobre as consequências da decisão a ser proferida, porque uma decisão que não foi pensada, considerando os efeitos colaterais prováveis – porquanto previsíveis – de emergir, será igualmente uma decisão desprovida de racionalidade. A racionalidade decisória envolve

também o trabalho empírico de investigação e avaliação a ser realizado sobre o caso concreto a partir do contexto social em que ele se encontra posicionado.

A razão disso é que não se está a olhar o caso somente a partir dos resultados particulares a envolver o recorrente e recorrido, mas também de um panorama mais abrangente a interferir nas condutas dos cidadãos quando se envolverem com o mesmo caso – quando firmarem, por exemplo, contrato de terceirização. Eles precisarão se planejar e avaliar qual a conduta a ser perseguida a partir de então – a partir do momento em que a regra de julgamento é apresentada ao público. Isso porque esta influenciará os padrões de comportamento que poderão ser alterados para se adequarem ao novo estado de coisas que a referida regra provocará. Daí a razão de ser da proposição universal que esteja sustentada por uma base de investigação empírica e avaliação consequencialista a implicar racionalidade decisória. Na presente pesquisa, constatou-se não ter havido esse trabalho – apenas os Ministros Luís Roberto Barroso e Edson Fachin se debruçaram para pensar além do caso concreto *inter partes*.

Diante desses aspectos, é possível retornar às indagações e lhes entregar as devidas respostas. A impressão que tenho é de que não houve um problema cognitivo por parte do TST, especificamente quanto à prova concreta concernente à responsabilidade subsidiária. A questão é que existe uma dimensão processualística, decorrente das Súmulas n.s 126 do TST e 279 do STF, à qual o magistrado se prende, o que lhe impede de ultrapassar as regras processuais. Nesse ponto, penso haver uma questão de foro íntimo ligado à própria ética processual. É dizer que essa questão não ocorreu tão somente com o TST, mas com alguns ministros do próprio STF. Neste aspecto, sim, percebo uma certa recalcitrância.

No tocante à distribuição do ônus da prova, penso ter havido um problema cognitivo – mas não por falha do TST –, na tentativa de compreensão de saber a quem atribuir o ônus da prova. Na verdade, o problema advém do próprio modelo de vinculação adotado pelo STF, que, inclusive, não transmite segurança e estabilidade jurídicas, tanto é assim que alguns ministros daquela Corte tentam “sanar” a questão em sede de reclamação constitucional. Isso implica mais um desvirtuamento decisório, uma vez que este instrumento não serve para modificar, adicionar ou remover o que já foi decidido no recurso extraordinário.

O que se conclui neste ponto é que, definitivamente, o modelo de vinculação adotado pelo STF – com alcance apenas para o resultado decisório final, sem abarcar os fundamentos jurídicos – não contribui para a segurança e a estabilidade jurídicas e, por isso, continuará gerando dificuldades cognitivas e problemas relacionados ao aumento de processos.

Quando se pensa apenas em vincular a decisão de modo hierárquico, com o intuito de diminuir o acervo de processos, esta pesquisa comprova que está ocorrendo o oposto, o número

tendeu a aumentar. Assim, não basta um órgão judicial superior proferir decisão, e o órgão inferior automaticamente se vincular a ele tão somente pelo resultado do *decisum*, sem levar em conta a coerência interna da decisão.

O aumento do número de processos no caso da terceirização é tão evidente que, em reunião realizada em 12/6/2020, com seus assessores e assistentes jurídicos, o atual Vice-Presidente do TST, Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello, anunciou, em outros termos, que realizará um diálogo institucional com o STF para definir a questão sobre o ônus da prova, de modo que a análise dos processos estará suspensa. Isso porque houve justamente o aumento na quantidade de reclamações constitucionais e o retorno dos processos ao TST para que este refaça as suas decisões.

Afirmou ter realizado uma análise circunstanciada da evolução da questão no TST e, uma paralela, no STF, e verificou a existência de incongruência das decisões do STF, o que não permite que o TST tenha segurança para decidir, uma vez que os ministros daquela Corte não estão acordes quanto à questão.

Separou dois processos representativos, acompanhados de um ofício contendo explicitação sobre a distribuição do ônus da prova, cujo problema gira em torno da insuficiência, ineficácia ou inexistência de fiscalização, com o intuito de mostrar a dificuldade para o STF e este poder definir a sua *ratio decidendi*.

Percebe-se que realmente existe uma dificuldade de compreensão no tocante ao ônus probatório e o interesse por parte do TST em definir a questão, considerando, como frisou o Ministro Vieira de Mello, a situação de insegurança jurídica que afeta empregados terceirizados.

Penso, em conclusão, que existe sim uma certa teimosia estratégica em relação especificamente à prova – quanto a esta, vislumbro de modo natural –, e um problema cognitivo relacionado à distribuição do ônus da prova, em razão mesmo de tudo o que foi levantado nesta pesquisa, no concernente ao modelo de vinculação adotado pelo STF e à ausência de racionalidade decisória. Frise-se que a prática operacional do STF precisa ser repensada, pois não atende a que se atinja a suficiência decisória e, por conseguinte, à estabilidade e segurança jurídicas.

Sugere-se, por derradeiro, a adoção de uma prática decisória que preze por um mínimo de racionalidade. Esta abarca uma metodologia alinhada à doutrina do *stare decisis* advinda do *common law*, a qual entende por vincular os fundamentos determinantes, o que confere maior cognoscibilidade compreensiva da *ratio decidendi*. Outrossim, a racionalidade abrange a importância de se ter atenção às regras processuais fundamentais, o que demonstra que o

sistema jurídico está sendo observado de modo a conferir coerência e integridade decisória. Por fim, a racionalidade também alcança uma justificação plausível e baseada num trabalho empírico de investigação e avaliação consequencialista, o que leva a transmitir previsibilidade para que a sociedade possa adotar padrões de comportamento adequados em relação ao novo estado de coisas.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- ALBUQUERQUE, Isabela de. A formação da Inglaterra em duas batalhas: Edington (878) e Hastings (1066). *Revista Medievalis*, v. 4, p. 1-13, 2014.
- ALBUQUERQUE, Isabela de. A utilização do conceito de identidade nos estudos sobre Idade Média: um olhar sobre a Inglaterra no período de Alfred, o Grande (871-899). *Plêthos*, v. 2, p. 38-51, 2012.
- ALBUQUERQUE, Isabela de. Culturas em contato: anglo-saxões e escandinavos na Inglaterra durante a Era Viking (793-1016). *Revista Brathair*, v. 17, p. 3-21, 2017. (on-line).
- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 4. ed. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2011.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. Os assentos no direito processual civil. *Revista Justitia do Ministério Público de São Paulo*. Disponível em: <http://www.revistajustitia.com.br/revistas/y6y179.pdf> . Acesso em: 5 jul .2020.
- BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, D. Neil; MORAWSKI, Lech; MIGUEL, Alfonso Ruiz. Rationales for precedent. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting precedents: a comparative study*. New York: Routledge, 2016.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de processo civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 5.
- BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal brasileira*. Coligidos e ordenados por Homero Pires. São Paulo: Saraiva, 1932. v. 4.
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. Lisboa: Edições 70, 1995.
- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BARZOTTO, Luis Fernando. Os direitos humanos como direitos subjetivos: da dogmática jurídica à ética. in: MELLO, Cláudio Ari (coord.). Os desafios dos direitos sociais. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, n. 56, Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 47-88, 2005.

BEDE, *Ecclesiastical history of the english nation* (731 d.C.). Disponível em: <https://web.archive.org/web/20141218051325/http://www.northvegr.org/histories%20and%20chronicles/bedes%20ecclesiastical%20history%20of%20england/index.html> . Acesso em: 15 jul. 2019.

BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the supreme court at bar of politics*. 2. ed. New Haven and London: Yale University Press, 1986.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 3. ed. Bauru: Edipro, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRACTON, Henry of. *De legibus et consuetudinibus Angliae* (c. 1210 – c. 1268). Texto latino por George E. Woodbine. New Haven: Yale University Press, 1922. Disponível em: <https://archive.org/details/bractondelegibu02histgoog/page/n37>. Acesso em: 20 jul. 2019.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula*. São Paulo: Atlas, 2018.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2009.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993.

CARVALHO, Augusto César Leite. *Direito do trabalho: curso e discurso*. São Paulo: LTr, 2016.

CHEVALLIER, Jacques. *O estado pós-moderno*. Tradução Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English law*. Oxford: Clarendon Press, 1991.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Da coisa julgada*. In: MARINONI, Luiz Guilherme (dir.); ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 485 ao 538*. São Paulo: RT, 2016. v. 8. p. 175-234.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Dos elementos e dos efeitos da sentença*. In: MARINONI, Luiz Guilherme (dir.); ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 485 ao 538*. São Paulo: RT, 2016. v. 8. p. 99-158

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução Hermínio A. Carvalho. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DICEY, Albert Venn. *Introduction to the study of the law of the constitution*. 8. ed. London: Macmillan, 1915. Disponível em: http://files.libertyfund.org/files/1714/0125_Bk.pdf . Acesso em: 17 dez. 2018.

DINAMARCO, CÂNDIDO R. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of common law*. USA: Boston Public Library / Harvard College, 1988.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FARNSWORTH, E. Allan. *Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos*. Tradução Antônio Carlos Diniz de Andrada. Rio de Janeiro: Forense, 1963.

FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello. Madrid: Trotta, 2001.

GALLOTTI, Maria Isabel. A Constituição de 1988 e o controle jurisdicional de tributos. *Revista de Direito Administrativo (RDA)*, v. 193, jul./set. 1993.

GARCIA, Luciana Silva. “*Eles estão surdos*”: relações entre o poder executivo e o sistema de justiça sobre graves violações de direitos humanos. 2017. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília (UnB), Brasília, 2017. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/23927>. Acesso em: 10 jul. 2020.

GOODHART, Arthur L. Determining the ratio decidendi of a case. *in The Yale Law Journal*, v. 40, n. 2, dez. 1930, p. 161-183.

JOBIM, Marco Félix. *Cultura, escolas e fases metodológicas do processo*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

LOBINGIER, C. Sumner. Precedent in past and present legal systems. *Michigan Law Review*, v. 44, n. 6, p. 955-996, 1946.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Filosofia analítica e hermenêutica: preliminares a uma teoria do direito como prática. *RIL*, Brasília, ano 53, n. 212, out./dez. 2016.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACCORMICK, Neil. *Rethoric and the rule of law: a theory of legal reasoning*. New York: Oxford University Press, 2005.

MAIOR, Souto. Carta aberta aos “terceirizados” e à comunidade jurídica. *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná*, n. 10, v. 1, ago. 2012.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Sistema brasileiro de precedentes: natureza – eficácia – operacionalidade*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas cortes supremas: precedente e decisão do recurso do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada sobre questão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de constitucionalidade. In: SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo civil*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme. O Superior Tribunal de Justiça enquanto corte suprema: de corte de revisão para corte de precedentes. 2013. Disponível em: http://www.editoramagister.com/doutrina_24553823_O_SUPERIOR_TRIBUNAL_DE_JUSTICA_ENQUANTO_CORTE_SUPREMA_DE_CORTE_DE_REVISAO_PARA_CORTE_DE_PRECEDENTES.aspx#:~:text=O%20Superior%20Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%2C%20para%20se%20constituir%20em%20Corte.pr%C3%B3pria%20coer%C3%Aancia%20da%20ordem%20jur%C3%ADica. Acesso em: 10 jul. 2020.

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

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*: de acordo com o CPC de 2015. 3. ed. São Paulo: RT, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Da ordem dos processos e dos processos de competência originária dos tribunais. *in*: MARINONI, Luiz Guilherme (dir.); ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord). *Comentários ao Código de Processo Civil*: artigos 926 ao 975. São Paulo: RT, 2016, v. 15. p. 35-208.

MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent?. *In*: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting precedents: a comparative study*. London and New York: Routledge, 2016.

MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, n. 139, p. 5-22, jul./set. 1998. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/383>. Acesso em: 7 jul. 2019.

MEDIEVAL SOURCEBOOK. *The anglo-saxon Dooms*. Disponível em: <https://sourcebooks.fordham.edu/source/560-975dooms.asp#Laws%20of%20King%20Edgar> . Acesso em: 21 jun. 2020.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de direito processual civil moderno*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

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

MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. *Revista da AGU*, Brasília-DF, v. 15, n. 3, p. 9-52, jul./set. 2016. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/11/Barroso-Campos-Mello-Ascensao-dos-Precedentes.pdf> . Acesso em: 3 jan. 2018.

MELO, Gabriela Fonseca de. A flexibilização do ônus probatório. *Revista Brasileira de Direitos Humanos*. Porto Alegre: Lex Magister, ano VI, v. 22, p. 94-112, jul./set. 2017.

MELO, Gabriela Fonseca de. A dinamização do ônus da prova: uma via certa à obtenção da tutela jurisdicional trabalhista plena. *Revista de Direito do Trabalho – RDT*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 43, v. 181, p. 45-70, set. 2017.

MELO, Gabriela Fonseca de. A necessidade de se mitigar o duplo grau de jurisdição em prol da plena efetividade do direito fundamental à tutela jurisdicional. *Revista Brasileira de Direitos Humanos*, Porto Alegre: Lex Magister, ano IV, v. 13, p. 71-101, abr./jun. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, v. 1, n. 4, p. 1-9, ago. 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, v. 41, n. 162, p. 149-168, abr./jun. 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MIRANDA, Fernando Hugo R. A questão das cadeias produtivas no âmbito do direito do trabalho e os limites da racionalidade da Súmula n. 331/TST. *Revista LTR: legislação do trabalho*. São Paulo: Ltr, v. 80, n. 12, dez. 2016.

MITIDIERO, Daniel. A colaboração como norma fundamental do novo processo civil. *Revista do Advogado*, São Paulo: AASP, v. 35, n. 126, p. 47-52, maio 2015.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MONTROSE, J. L. Ratio decidendi and the house of lords. *Modern Law Review*, v. 120, p. 124-130, mar. 1957. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1468-2230.1957.tb00431.x> . Acesso em: 18 set. 2019.

NERY JUNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. *Direito constitucional brasileiro: curso completo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Dos contratos em geral: Código civil comentado*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

PEREIRA, Paula Pessoa. *Legitimidade dos precedentes: universalidade das decisões do STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PLUCKNETT, Theodore F. T. *A concise history of the common law*. 4. ed. London: Butterworth & CO, 1948.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão n. 743/1996*. Diário da República Eletrônico – I Série - A. n. 165, 18 jul. 1996. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/413777/details/maximized> . Acesso em: 5 jul. 2020.

QUINTAS, Fábio Lima. *Um ensaio sobre a função da lei no estado democrático de direito: uma reflexão a partir da obra de Neil MacCormick*. Brasília: IDP, 2014. 76p. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/1589>. Acesso em: 10 jul. 2020.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. 2. ed. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. Brasília: Ática, 1999.

RE, Edward D. Stare decisis. Tradução Ellen Gracie Northfleet. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 31, n. 122, p. 281-287, maio/jul. 1994.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?: para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SCHAUER, Frederick. Easy cases. *Southern California Law Review*, v. 58, p. 414-440, 1985.

SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, n. 3, p. 557-584, jul. 2013. Disponível em: <https://academic.oup.com/icon/article/11/3/557/789359> . Acesso em: 9 jul. 2020.

SILVESTRI, Elisabetta. Corti supreme europee: acceso, filtri e selezione. in: *Le Corti Supreme: atti del convegno svoltosi a Perugia il 5-6 maggio 2000*. Centro Studi Giuridici e Politici della Regione Umbria. Centro Internazionale Magistrati “Luigi Severini”. Milão: Giuffrè, 2001. p. 105-116.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. 2. reimp. Curitiba: Juruá, 2013.

STONE, Julius. The ratio of the ratio decidendi. *The Modern Law Review*, v. 2, n. 6, 1959.

STRECK, Lenio; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York State). In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting precedents: a comparative study*. New York: Routledge, 2016. p. 355-406.

TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil*. Tradução Lorenzo Córdova Vianello. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TORRES, Izabele. Câmara vai ao TST contra terceirizada. *Correio Braziliense*, 31 de maio de 2011. Blog Servidor Público Federal.. Disponível em: <https://servidorpublicofederal.blogspot.com/2011/05/camara-vai-ao-tst-contraterceirizada.html?m=0>. Acesso em: 4 jun. 2020.

VACCA, Letizia. Diritto giurisprudenziale romano e tradizione romanistica. *Diritto@Estoria – Rivista Internazionale di scienza giuridica e Tradizione Romana*, 2007. Disponível em: <http://www.dirittoestoria.it/iusantiquum/articles/Vacca-Ius-Antiquum-20-2007.htm>. Acesso em: 27 jul. 2019.

VALE, André Rufino do. *Argumentação constitucional: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais*. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Universidad de Alicante / Universidade de Brasília, Brasília-Alicante, 2015. Disponível em: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/50465/1/tesis_rufino_do_vale.pdf . Acesso em: 5 set. 2019.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

WAMBAUGH, Eugene. *The study of cases: a course of struction in reading and stating reported cases, composing head-notes and briefs, criticising and comparing authorities, and compiling digests*. Boston: Little, Brown and Company, 1892.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)*. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. v. 2.

YORKE, Barbara. Anglo-Saxon origin legends. In: BARROW, Julia & WAREHAM, Andrew (edit). *Myth, rulership, church and charters: essays in honour of Nicholas Brooks*. Hampshire: Ashgate Publishing Limited, 2008. p. 15-30.

YORKE, Barbara. *Kings and kingdoms of early anglo-saxon England*. London: Routledge - Taylor&Francis e-Library, 1990.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. (1891) **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 5 mar. 2020.

BRASIL. (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 8 jun. 2020.

BRASIL. **Decreto n. 16.273, de 20 de dezembro de 1923**. Reorganiza a Justiça do Distrito Federal. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-16273-20-dezembro-1923-509027-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. **Decreto n. 19.408, de 18 de novembro de 1930**. Reorganiza a Corte de Apelação, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVil_03/decreto/1930-1949/D19408impressao.htm. Acesso: 28 jul. 2020.

BRASIL. **Decreto n. 9.830, de 10 de junho de 2019**. Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9830.htm. Acesso em: 4 mar. 2020

BRASIL. **Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 4 mar. 2020

BRASIL. Distrito Federal. **Lei Distrital n. 5.319, de 10 de junho de 2014**. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=267741>. Acesso em: 4 mar. 2020

BRASIL. **Emenda Constitucional n. 16, de 4 de junho de 1997**. Dá nova redação ao § 5º do art. 14, ao caput do art. 28, ao inciso II do art. 29, ao caput do art. 77 e ao art. 82 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc16.htm. Acesso em: 2 maio 2020.

BRASIL. **Emenda Constitucional n. 3, de 17 de março de 1993**. Altera os arts. 40, 42, 102, 103, 155, 156, 160, 167 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/Emc/emc03.htm. Acesso em: 5 mar. 2020.

BRASIL. **Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004**. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 15 mar. 2020.

BRASIL. **Lei n. 1.060, de 5 de fevereiro de 1950**. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/11060.htm. Acesso em: 4 mar. 2020.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 20 dez. 2019.

BRASIL. **Lei n. 13.655, de 25 de abril de 2018.** Inclui no Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2013.655%2C%20DE%2025%20DE%20ABRIL%20DE%202018.&text=Inclui%20no%20Decreto%2DLei%20n%C2%BA,na%20aplica%C3%A7%C3%A3o%20do%20direito%20p%C3%ABlico. Acesso em: 4 mar. 2020.

BRASIL. **Lei n. 5.584, de 26 de junho de 1970.** Dispõe sobre normas de Direito Processual do Trabalho, altera dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho, disciplina a concessão e prestação de assistência judiciária na Justiça do Trabalho, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15584.htm. Acesso em: 4 mar. 2020

BRASIL. **Lei n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974.** Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16019.htm. Acesso em: 4 mar. 2020

BRASIL. **Lei n. 7.033, de 5 de outubro de 1982.** Revoga o § 3º do artigo 899, o artigo 902 e seus parágrafos, e modifica a redação da alínea " f ", do inciso I do artigo 702, da alínea " b " do artigo 894, da alínea " a " do artigo 896, da Consolidação das Leis do Trabalho, bem como do artigo 9º da Lei n. 5584, de 26 de junho de 1970. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7033-5-outubro-1982-356631-norma-pl.html>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. **Lei n. 7.102, de 20 de junho de 1983.** Dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7102.htm Acesso em: 3 mar. 2020.

BRASIL. **Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em: 4 mar. 2020.

BRASIL. **Lei n. 9.032, de 28 de abril de 1995.** Dispõe sobre o valor do salário mínimo, altera dispositivos das Leis n. 8.212 e n. 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9032.htm#:~:text=L EI%20N%C2%BA%209.032%2C%20DE%2028%20DE%20ABRIL%20DE%201995.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20valor%20do,1991%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%Aancias. Acesso em: 13 fev. 2020.

BRASIL. **Lei n. 9.055, de 1 de junho de 1995.** Disciplina a extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto/amianto e dos produtos que o contenham, bem como das fibras naturais e artificiais, de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9055.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.055%2C%20DE%201%20DE%20JUNHO%20DE%201995.&text=Disciplina%20a%20extra%C3%A7%C3%A3o%2C%20industrializa%C3%A7%C3%A3o%2C%20utiliza%C3%A7%C3%A3o,fim%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%Aancias. Acesso em: 4 mar. 2020

BRASIL. **Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999.** Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm. Acesso em: 7 abr. 2020.

BRASIL. **Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999.** Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm. Acesso em: 13 fev. 2020.

BRASIL. Rio de Janeiro. **Lei n. 3.579, de 7 de junho de 2001.** Dispõe sobre a substituição progressiva da produção e da comercialização de produtos que contenham asbesto e dá outras providências. Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/c8aa0900025feef6032564ec0060dfff/fb3bff663634f12103256a6a004681ad?OpenDocument&Highlight=0,3579>. Acesso em: 4 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AgIn-AgRg 254.903/MG.** 2ª Turma. Rel. Min. Celso de Mello. DJU 9.3.2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl. 1880 AgR/SP/SP.** Pleno. Rel. Min. Maurício Corrêa. DJ 19.3.2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 128.519/DF.** Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio. DJU 8.3.1991.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 1/DF.** Pleno. Rel. Min. Moreira Alves. DJ 1.12.1993. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=881>. Acesso em: 12 mar. 2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 16/DF.** Pleno. Rel. Min. Cezar Peluso. DJE 9.9.2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>. Acesso em: 26 dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3.406/RJ.** Pleno. Rel. Min. Rosa Weber. DJE 1.2.2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339388321&ext=.pdf>. Acesso em: 28 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3.470/RJ.** Pleno. Rel. Min. Rosa Weber. DJE 1.2.2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339388378&ext=.pdf>. Acesso em: 28 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 132/RJ**. Pleno. Rel. Min. Ayres Britto. DJE 14.10.2011. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2598238>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl 13253 AgR-segundo**. 1. Turma. Rel. Min. Rosa Weber. DJE 17.2.2016. Republicação DJE 1.3.2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308784189&ext=.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl 13253 AgR-segundo**. 1. Turma. Rel. Min. Rosa Weber. DJE 17.2.2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4195359>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl 16671 AgR**. 2. Turma. Rel. Min. Cármen Lúcia. DJE 3.8.2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=307221490&ext=.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl 16671 AgR**. 2. Turma. Rel. Min. Cármen Lúcia. DJE 3.8.2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=307221490&ext=.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl 19564 ED**. 1. Turma. Rel. Min. Roberto Barroso. DJE 16.8.2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310112776&ext=.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl 22273 AgR**. 2. Turma. Rel. Min. Celso de Mello. DJE 17.2.2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308682674&ext=.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl. 6969 AgR**. Rel. Min. Cezar Peluso. DJE 24.11.2008. Acesso em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2646439>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 141.788/CE**. Pleno. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. DJU 18.6.1993.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 190.728**. Rel. Min. Ilmar Galvão. DJ 30.5.1997. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1613511>. Acesso em: 28 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 760.931-DF**. Pleno. Rel. Min. Rel. Rosa Weber. Red. Acórdão Min. Luiz Fux. DJE 12.9.2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13589144>. Acesso em: 26 dez. 2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recl. 1987-0-DF**. Pleno Rel. Min. Maurício Côrrea. DJe de 1.10.2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recl. 1987-0-DF**. Rel. Min. Maurício Côrrea. DJe de 1/10/2003. p. 52 da ementa. Os Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes e Cezar Peluso seguiram essa mesma linha de entendimento.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recl. 21.986**. 2. Turma. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. DJe de 6/12/2016;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recl. 37.683 Ag.REG-RS**. Rel. Min. Alexandre de Moraes. DJE 9.3.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recl. 4.454 AgR**. 1. Turma. Rel. Ministro Roberto Barroso. DJE de 17.3.2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 279**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2174>. Acesso em: 4 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 281**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2487>. Acesso em: 4 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante n. 10**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1216>. Acesso em: 25 jan. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Ag-AIRR-100365-97.2017.5.01.0039**. 3. Turma. Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado. DEJT 3.4.2020. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=Ag-AIRR%20-%20100365-97.2017.5.01.0039&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAABHp/AAH&dataPublicacao=03/04/2020&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Ag-AIRR-1029-37.2017.5.11.0009**. 3. Turma. Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado. DEJT 7.1.2020. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=Ag-AIRR%20-%201029-37.2017.5.11.0009&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAABJdkAAP&dataPublicacao=07/01/2020&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Ag-AIRR-1260-97.2011.5.18.0003**. 8. Turma. Rel. Min. Márcio Eurico Vitral Amaro. DEJT 8.5.2020. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=Ag-AIRR%20-%201260-97.2011.5.18.0003&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAAWJdAAM&dataPublicacao=08/05/2020&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 29 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Ag-AIRR-246-16.2010.5.10.0010**. 1. Turma. Rel. Min. Walmir Oliveira da Costa. DEJT 13.4.2012. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=Ag-AIRR%20-%20246-16.2010.5.10.0010&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAACukAAX&dataPublicacao=13/04/2012&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Ag-AIRR-72-35.2017.5.06.0022**. 1. Turma. Rel. Min. Hugo Carlos Scheuermann. DEJT 10.2.2020. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=Ag-AIRR%20-%2072-35.2017.5.06.0022&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAABJryAAH&dataPublicacao=10/02/2020&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Ag-ARR-1175-79.2010.5.09.0009**. 1. Turma. Rel. Min. Hugo Carlos Scheuermann. DEJT 24.6.2019. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=Ag-ARR%20-%201175-79.2010.5.09.0009&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAABHmeAAI&dataPublicacao=24/06/2019&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Ag-ARR-1609-36.2016.5.17.0009**. 1. Turma. Rel. Min. Walmir Oliveira da Costa. DEJT 24.4.2020. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=Ag-ARR%20-%201609-36.2016.5.17.0009&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAABHnYAAE&dataPublicacao=24/04/2020&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Ag-RR-10406-90.2016.5.15.0062**. 5. Turma. Rel. Min. Breno Medeiros. DEJT 24.4.2020. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=Ag-RR%20-%2010406-90.2016.5.15.0062&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAABHpaAAM&dataPublicacao=24/04/2020&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Ag-RR-1113-49.2012.5.01.0055**. 7. Turma. Rel. Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. DEJT 17.5.2019. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=Ag-RR%20-%201113-49.2012.5.01.0055&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAAUStAAM&dataPublicacao=17/05/2019&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Ag-RR-20051-91.2016.5.04.0662**. 7. Turma. Rel. Min. Cláudio Mascarenhas Brandão. DEJT 13.12.2019. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=Ag-RR%20-%2020051-91.2016.5.04.0662&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAABJSbAAI&dataPublicacao=13/12/2019&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 29 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Ag-RR-229-85.2016.5.05.0631**. 7. Turma. Relator Ministro: Evandro Pereira Valadão Lopes. DEJT 20.9.2019. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=Ag-RR%20-%20229-85.2016.5.05.0631&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAABJFBAAM&dataPublicacao=20/09/2019&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Ag-RR-987-06.2017.5.11.0003**. 7. Turma. Rel. Min. Evandro Pereira Valadão Lopes. DEJT 8.11.2019. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=Ag-RR%20-%20987-06.2017.5.11.0003&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAAU73AAI&dataPublicacao=08/11/2019&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 29 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **AIRR-10120-10.2014.5.04.0541**. 2. Turma. Rel. Min. Delaíde Miranda Arantes. DEJT 3.4.2020. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-%2010120-10.2014.5.04.0541&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAABHkvAAG&dataPublicacao=03/04/2020&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **AIRR-10372-04.2014.5.01.0571**. 8. Turma. Rel. Min. Márcio Eurico Vitral Amaro. DEJT 4.5.2020. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-%2010372-04.2014.5.01.0571&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAABIFvAAK&dataPublicacao=04/05/2020&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 29 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **AIRR-10545-27.2017.5.15.0088**. 6. Turma. Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa, 6ª Turma. DEJT 30.4.2020. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-%2010545-27.2017.5.15.0088&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAABJizAAS&dataPublicacao=30/04/2020&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **AIRR-109400-51.2009.5.01.0075**. 1. Turma. Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa. DEJT 9.3.2012. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-%20109400-51.2009.5.01.0075&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAACvaAAG&dataPublicacao=09/03/2012&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **AIRR-1238-37.2010.5.15.0042**. 1. Turma. Rel. Min. Walmir Oliveira da Costa. DEJT 14.6.2013. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-%201238-37.2010.5.15.0042&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAI9/AAQ&dataPublicacao=14/06/2013&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **AIRR-125-55.2016.5.14.0401**. 1. Turma. Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa. DEJT 23.2.2018. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-%20125-55.2016.5.14.0401&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAUnlAAM&dataPublicacao=23/02/2018&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **AIRR-1294-29.2010.5.14.0000**. 1. Turma. Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa. DEJT 3.6.2011. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-%201294-29.2010.5.14.0000&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAALAtAAF&dataPublicacao=03/06/2011&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **AIRR-16410-02.2016.5.16.0003**. 8. Turma. Rel. Min. Dora Maria da Costa. DEJT 4.5.2020. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-%2016410-02.2016.5.16.0003&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAABIEtAAM&dataPublicacao=04/05/2020&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 29 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **AIRR-1864-29.2016.5.11.0019**. 1. Turma. Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa. DEJT 15.12.2017. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-%201864-29.2016.5.11.0019&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAAPuYAAI&dataPublicacao=15/12/2017&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **AIRR-187700-54.2008.5.04.0018**. 1. Turma. Rel. Min. Hugo Carlos Scheuermann. DEJT 22.11.2019. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-%20187700-54.2008.5.04.0018&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAABIQOAAH&dataPublicacao=22/11/2019&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **AIRR-194-71.2013.5.04.0013**. 6. Turma. Rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho. DEJT 8.5.2020. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-%20194-71.2013.5.04.0013&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAAV7ZAAE&dataPublicacao=08/05/2020&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 29 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **AIRR-1982-03.2012.5.02.0049**. 4. Turma. Rel. Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos. DEJT 29.11.2019. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-%201982-03.2012.5.02.0049&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAAVcwAAE&dataPublicacao=29/11/2019&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **AIRR-1985-43.2010.5.14.0000**. 8. Turma. Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula. DEJT 29.4.2011. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-%201985-43.2010.5.14.0000&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAAK0AAAT&dataPublicacao=29/04/2011&localPublicacao=DEJT&query=%27responsabilidade%20subsidi%20Elria%27%20and%20%27ente%20p%20Fablico%27%20and%20%27ADC%2016%27%20and%20%27Carlos%20Alberto%20Reis%20de%20Paula%27>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **AIRR-321-65.2014.5.10.0802**. 6. Turma. Rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho. DEJT 8.5.2020. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-%20321-65.2014.5.10.0802&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAAV4dAAK&dataPublicacao=08/05/2020&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 29 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **AIRR-379-36.2017.5.10.0811**. 3. Turma. Rel. Min. Alexandre de Souza Agra Belmonte. DEJT 27.3.2020. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-%20379-36.2017.5.10.0811&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAABIDpAAM&dataPublicacao=27/03/2020&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **AIRR-384-35.2011.5.15.0098**. 6. Turma. Rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho. DEJT 8.5.2020. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-%20384-35.2011.5.15.0098&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAAV7YAAK&dataPublicacao=08/05/2020&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 29 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **AIRR-38900-53.2011.5.21.0003**. 6. Turma. Rel. Min. Kátia Magalhães Arruda. DEJT 23.1.2012. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-%2038900-53.2011.5.21.0003&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAI9CAAS&dataPublicacao=23/11/2012&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **AIRR-414-33.2012.5.01.0322**. 2. Turma. Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta. DEJT 17.6.2016. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-%20414-33.2012.5.01.0322&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAfMjAAG&dataPublicacao=17/06/2016&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **AIRR-50340-26.2008.5.03.0141**. 2. Turma. Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta. DEJT 18.3.2011. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-%2050340-26.2008.5.03.0141&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAALXFAAO&dataPublicacao=18/03/2011&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **AIRR-20822-78.2017.5.04.0001**. 2. Turma. Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta. DEJT 19.12.2019. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/afbb5b028d82421f9c1118bc917e27e0>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **AIRR-635-36.2014.5.04.0104**. 5. Turma. Rel. Min. Douglas Alencar Rodrigues. DEJT 6.12.2019. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-%20635-36.2014.5.04.0104&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAAWN5AAJ&dataPublicacao=06/12/2019&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **AIRR-696-31.2012.5.11.0019**. 6. Turma. Rel. Min. Kátia Magalhães Arruda. DEJT 30.4.2020. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-%20696-31.2012.5.11.0019&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAABJyAAE&dataPublicacao=30/04/2020&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **AIRR-73-32.2011.5.15.0005**. 8. Turma. Rel. Min. Márcio Eurico Vitral Amaro. DEJT 8.5.2020. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-%2073-32.2011.5.15.0005&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAAWGhAAL&dataPublicacao=08/05/2020&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 29 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **AIRR-76741-43.2006.5.10.0010**. 8. Turma. Rel. Min. Márcio Eurico Vitral Amaro. DEJT 10/9/2012. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/59d420ca186c8bcad102cf9d69c70620>. Acesso em: 1/8/2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **AIRR-793-38.2010.5.10.0016**. 8. Turma. Rel. Min. Márcio Eurico Vitral Amaro. DEJT 8.5.2020. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-%20793-38.2010.5.10.0016&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAABIyFAAT&dataPublicacao=08/05/2020&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 29 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **AIRR-80340-47.2004.5.03.0012**. 7. Turma. Rel. Min. Evandro Pereira Valadão Lopes. DEJT 24.4.2020. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-%2080340-47.2004.5.03.0012&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAABHIXAAG&dataPublicacao=24/04/2020&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 29 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **AIRR-853-50.2015.5.10.0011**. 6. Turma. Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga. DEJT 14.2.2020. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-%20853-50.2015.5.10.0011&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAAVoyAAE&dataPublicacao=14/02/2020&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **AIRR-867-20.2016.5.11.0351**. 8. Turma. Rel. Min. Márcio Eurico Vitral Amaro. DEJT 9.2.2018. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-%20867-20.2016.5.11.0351&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAABB9KAAK&dataPublicacao=09/02/2018&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **AIRR-907-31.2013.5.15.0113**. 2. Turma. Rel. Min. Delaíde Miranda Arantes. DEJT 13.12.2019. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-%20907-31.2013.5.15.0113&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAABJTiaAAK&dataPublicacao=13/12/2019&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **AIRR-1598-39.2012.5.09.0245**. 6. Turma. Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga. DEJT 13.3.2020. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=ARR%20-%201598-39.2012.5.09.0245&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAAVPDAAH&dataPublicacao=13/03/2020&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **E-RR-925-07.2016.5.05.0281**. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. Rel. Min. Cláudio Mascarenhas Brandão. DEJT 22.5.2020. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=E-RR%20-%20925-07.2016.5.05.0281&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAABIIBAN&dataPublicacao=22/05/2020&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho**. Aprovado pela Resolução Administrativa n. 1937, de 20 de novembro de 2017. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/116169/2017_ra1937_ri_tst_rep01.pdf?sequence=15&isAllowed=y. Acesso em 29 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Resolução Administrativa n. 1937, de 20 de novembro de 2017**. Aprova o Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/10157/2374827/Novo+Regimento+Interno.pdf/40430142-bcd9-cecd-8d28-571d94a966ea>. Acesso em: 10 fev. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-1000940-55.2018.5.02.0221**. 3. Turma. Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. DEJT 17.4.2020. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%201000940-55.2018.5.02.0221&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAABHuVAI&dataPublicacao=17/04/2020&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-100919-75.2016.5.01.0036**. 6. Turma. Rel. Min. Kátia Magalhães Arruda. DEJT 13.12.2019. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20100919-75.2016.5.01.0036&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAABJElAAF&dataPublicacao=13/12/2019&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-10193-15.2015.5.01.0481**. 1. Turma. Rel. Min. Luiz José Dezena da Silva. DEJT 10.2.2020. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%2010193-15.2015.5.01.0481&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAABJKyAAI&dataPublicacao=10/02/2020&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-10209-43.2018.5.03.0081**. 8. Turma. Rel. Min. Dora Maria da Costa. DEJT 6.12.2019. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%2010209-43.2018.5.03.0081&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAAU0eAAH&dataPublicacao=06/12/2019&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-106240-88.2007.5.05.0006**. 3. Turma. Rel. Juiz Conv. Flavio Portinho Sirangelo. DEJT 9.3.2012. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20106240-88.2007.5.05.0006&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAACuNAAK&dataPublicacao=09/03/2012&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-10645-71.2017.5.03.0134**. 5. Turma. Rel. Desemb. Conv. João Pedro Silvestrin. DEJT 19.12.2019. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%2010645-71.2017.5.03.0134&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAABIjWAAE&dataPublicacao=19/12/2019&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-10716-06.2014.5.15.0147**. 1. Turma. Rel. Min. Luiz José Dezena da Silva. DEJT 26.2.2020. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%2010716-06.2014.5.15.0147&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAAV3TAAM&dataPublicacao=26/02/2020&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-10900-64.2014.5.01.0045**. 7. Turma. Rel. Min. Cláudio Mascarenhas Brandão. DEJT 29.11.2019. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%2010900-64.2014.5.01.0045&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAAVP6AAI&dataPublicacao=29/11/2019&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-111540-31.2005.5.10.0016**. 4. Turma. Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho. DEJT 8.5.2020. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20111540-31.2005.5.10.0016&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAABImGAAP&dataPublicacao=08/05/2020&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-1127-36.2009.5.10.0007**. 4. Turma. Rel. Min. Maria de Assis Calsing. DEJT 9.3.2012. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%2011127-36.2009.5.10.0007&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAACjiAAW&dataPublicacao=09/03/2012&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-11633-08.2017.5.03.0065**. 3. Turma. Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. DEJT 21.2.2020. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%2011633-08.2017.5.03.0065&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAABILpAAD&dataPublicacao=21/02/2020&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-117-13.2010.5.18.0002**. 7. Turma. Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho. DEJT 25.11.2011. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20117-13.2010.5.18.0002&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAACmUAAJ&dataPublicacao=25/11/2011&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-1192-48.2016.5.05.0161**. 6. Turma. Rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho. DEJT 11/10/2019. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%201192-48.2016.5.05.0161&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAABImFAAB&dataPublicacao=11/10/2019&localPublicacao=DEJT&query=%27responsabilidade%20subsidi%20Elria%27%20and%20%27ente%20p%20FAblico%27%20and%20%27RE%20760931%27%20and%20%27%20F4nus%20da%20prova%27>. Acesso em: 3 ago. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-1229-69.2016.5.05.0551**. 8. Turma. Rel. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi. DEJT 13.12.2019. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%201229-69.2016.5.05.0551&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAABJIhAAE&dataPublicacao=13/12/2019&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-1232-79.2011.5.01.0011**. 1. Turma. Rel. Min. Walmir Oliveira da Costa. DEJT 24.11.2017. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%201232-79.2011.5.01.0011&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAAPI5AAC&dataPublicacao=24/11/2017&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-12-72.2011.5.04.0234**. 3. Turma. Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado. DEJT 26.4.2013. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%2012-72.2011.5.04.0234&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAI+wAAN&dataPublicacao=26/04/2013&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-1291-48.2010.5.02.0052**. 4. Turma. Rel. Min. Maria de Assis Calsing. DEJT 26.4.2013. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%201291-48.2010.5.02.0052&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAJAnAAA&dataPublicacao=26/04/2013&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-1296-30.2017.5.10.0011**. 3. Turma. Rel. Min. Alexandre de Souza Agra Belmonte. DEJT 8.5.2020. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%201296-30.2017.5.10.0011&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAAV1gAAF&dataPublicacao=08/05/2020&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-131213-13.2015.5.13.0004**. 2. Turma. Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta. DEJT 23.3.2018. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20131213-13.2015.5.13.0004&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAABBoaAAN&dataPublicacao=23/03/2018&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-133500-18.2009.5.06.0015**. 6. Turma. Rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho. DEJT 2.12.2011. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20133500-18.2009.5.06.0015&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAACnbAAN&dataPublicacao=02/12/2011&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-1366-55.2013.5.15.0041**. 5. Turma. Rel. Min. Breno Medeiros. DEJT 13.12.2019. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%201366-55.2013.5.15.0041&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAABJETAAN&dataPublicacao=13/12/2019&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-138040-78.2006.5.08.0009**. 2. Turma. Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta. DEJT 8.5.2020. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20138040-78.2006.5.08.0009&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAABInGAEE&dataPublicacao=08/05/2020&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-138100-63.2008.5.01.0013**. 6. Turma. Rel. Min. Kátia Magalhães Arruda. DEJT 8.5.2020. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20138100-63.2008.5.01.0013&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAAV3bAAL&dataPublicacao=08/05/2020&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-13856-49.2010.5.04.0000**. 2. Turma. Rel. Min. Delaíde Miranda Arantes. DEJT 24.4.2020. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%2013856-49.2010.5.04.0000&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAABHkbAAL&dataPublicacao=24/04/2020&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-145-28.2012.5.15.0120**. 6. Turma. Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga. DEJT 13.3.2020. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20145-28.2012.5.15.0120&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAAVokAAF&dataPublicacao=13/03/2020&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-1498-58.2014.5.06.0161**. 2. Turma. Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta. DEJT 8.5.2020. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%201498-58.2014.5.06.0161&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAAWHgAAH&dataPublicacao=08/05/2020&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-16942-16.2016.5.16.0022**. 4. Turma. Rel. Min. Alexandre Luiz Ramos. DEJT 31.1.2020. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%2016942-16.2016.5.16.0022&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAAV/xAAE&dataPublicacao=31/01/2020&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-177-50.2013.5.04.0202**. 4. Turma. Rel. Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos. DEJT 13.12.2019. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20177-50.2013.5.04.0202&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAABJPiAAF&dataPublicacao=13/12/2019&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-18086-37.2010.5.04.0000**. 5. Turma. Rel. Min. Douglas Alencar Rodrigues. DEJT 6.3.2020. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%2018086-37.2010.5.04.0000&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAAWNoAAL&dataPublicacao=06/03/2020&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-1826-16.2017.5.11.0008**. 3. Turma. Rel. Min. Alexandre de Souza Agra Belmonte. DEJT 6.3.2020. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%201826-16.2017.5.11.0008&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAWJhAAJ&dataPublicacao=06/03/2020&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-187-39.2017.5.11.0015**. 5. Turma. Rel. Min. Breno Medeiros. DEJT 11.5.2018. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20187-39.2017.5.11.0015&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAABCZNAAH&dataPublicacao=1/05/2018&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-192-75.2018.5.10.0105**. 3. Turma. Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. DEJT 13.12.2019. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20192-75.2018.5.10.0105&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAABJEZAAC&dataPublicacao=1/3/2019&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-194-67.2011.5.03.0143**. 4. Turma. Rel. Min. João Oreste Dalazen. DEJT 26.4.2013. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20194-67.2011.5.03.0143&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAI90AAW&dataPublicacao=2/6/04/2013&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-20023-37.2015.5.04.0023**. 6. Turma. Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga. DEJT 13.12.2019. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%2020023-37.2015.5.04.0023&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAABJRIAAC&dataPublicacao=13/12/2019&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-20485-23.2018.5.04.0141**. 5. Turma. Rel. Desemb. Conv. João Pedro Silvestrin. DEJT 19.12.2019. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%2020485-23.2018.5.04.0141&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAABIjWAAI&dataPublicacao=19/12/2019&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-21048-06.2015.5.04.0017**. 7. Turma. Rel. Min. Renato de Lacerda Paiva. DEJT 24.4.2020. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%2021048-06.2015.5.04.0017&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAABHIXAAC&dataPublicacao=2/4/04/2020&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 29 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-21400-69.2000.5.15.0053**. 8. Turma. Rel. Min. Dora Maria da Costa, 8ª Turma, DEJT 29.4.2011. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%2021400-69.2000.5.15.0053&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAALA2AAS&dataPublicacao=29/04/2011&localPublicacao=DEJT&query=%27responsabilidade%20subsidi%20Elria%27%20and%20%27ente%20p%20Fablico%27%20and%20%27ADC%2016%27>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-21147-78.2016.5.04.0101**. 6. Turma. Rel. Desemb. Conv. Cilene Ferreira Amaro Santos. DEJT 13.9.2019. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%2021147-78.2016.5.04.0101&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAAUhDAAG&dataPublicacao=13/09/2019&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-215600-54.2009.5.12.0050**. 5. Turma. Rel. Min. Kátia Magalhães Arruda. DEJT 29.4.2011. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20215600-54.2009.5.12.0050&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAAK47AAT&dataPublicacao=29/04/2011&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-220-02.2010.5.18.0008**. 5. Turma. Rel. Min. João Batista Brito Pereira. DEJT 15.6.2012. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20220-02.2010.5.18.0008&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAAChHAAA&dataPublicacao=15/06/2012&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-2204-97.2016.5.11.0010**. 5. Turma. Rel. Desemb. Conv. João Pedro Silvestrin. DEJT 17.4.2020. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%202204-97.2016.5.11.0010&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAABHxFAAL&dataPublicacao=17/04/2020&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-230-33.2013.5.10.0018**. 8. Turma. Relator Ministro: Márcio Eurico Vitral Amaro. DEJT 13.12.2019. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20230-33.2013.5.10.0018&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAABJSTAAO&dataPublicacao=13/12/2019&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 29 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-2323-52.2016.5.11.0012**. 3. Turma. Rel. Min. Alexandre de Souza Agra Belmonte. DEJT 5.10.2018. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%202323-52.2016.5.11.0012&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAAR7/AAM&dataPublicacao=05/10/2018&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-2489-69.2013.5.09.0651**. 7. Turma. Relator Ministro: Renato de Lacerda Paiva. DEJT 30.4.2020. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%202489-69.2013.5.09.0651&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAABJaxAAF&dataPublicacao=30/04/2020&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 29 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-255-67.2011.5.15.0021**. 1. Turma. Rel. Min. Walmir Oliveira da Costa. DEJT 27.10.2017. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20255-67.2011.5.15.0021&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAAT3fAAF&dataPublicacao=27/10/2017&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-257300-16.2005.5.02.0054**. 3. Turma. Rel. Min. Alexandre de Souza Agra Belmonte. DEJT 23.11.2012. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20257300-16.2005.5.02.0054&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAI/CAAF&dataPublicacao=23/11/2012&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-26800-58.2008.5.02.0049**. 1. Turma. Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa. DEJT 26.4.2013. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%2026800-58.2008.5.02.0049&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAI/pAAB&dataPublicacao=26/04/2013&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-273-09.2012.5.09.0672**. 6. Turma. Relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho. DEJT 21.8.2015. <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20273-09.2012.5.09.0672&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAMfxAAF&dataPublicacao=21/08/2015&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 29 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-27600-70.2004.5.01.0044**. 2. Turma. Rel. Min. Renato de Lacerda Paiva. DEJT 24.6.2011. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%2027600-70.2004.5.01.0044&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAAC6OAAF&dataPublicacao=24/06/2011&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-278-41.2010.5.04.0122**. 2. Turma. Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta. DEJT 15.2.2013. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20278-41.2010.5.04.0122&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAJxAAAG&dataPublicacao=15/02/2013&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28. Jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-283-10.2016.5.13.0023**. 2. Turma. Rel. Min. Maria Helena Mallmann. DEJT 27.10.2017. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20283-10.2016.5.13.0023&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAAUbrAAK&dataPublicacao=27/10/2017&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-35700-93.2009.5.07.0004**. 5. Turma. Rel. Min. Emmanoel Pereira. DEJT 15.6.2012. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%2035700-93.2009.5.07.0004&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAACHGAAB&dataPublicacao=15/06/2012&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-3600-30.2009.5.17.0191**. 7. Turma. Rel. Juíza Conv. Maria Doralice Novaes. DEJT 1.4.2011. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%203600-30.2009.5.17.0191&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAALpgAAY&dataPublicacao=01/04/2011&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-362-35.2010.5.03.0004**. 2. Turma. Rel. Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos. DEJT 16.3.2012. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20362-35.2010.5.03.0004&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAADkRAAU&dataPublicacao=16/03/2012&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-399-91.2010.5.03.0156**. 3. Turma. Rel. Min. Horácio Raymundo de Senna Pires. DEJT 25.11.2011. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20399-91.2010.5.03.0156&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAACsUAAF&dataPublicacao=25/11/2011&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-405-15.2017.5.20.0016**. 1. Turma. Rel. Min. Luiz José Dezena da Silva. DEJT 16.12.2019. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20405-15.2017.5.20.0016&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAAVaBAAG&dataPublicacao=16/12/2019&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-43-13.2011.5.05.0122**. 1. Turma. Rel. Min. Hugo Carlos Scheuermann. DEJT 14.6.2013. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%2043-13.2011.5.05.0122&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAJCzAAS&dataPublicacao=14/06/2013&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-4927-59.2010.5.10.0000**. 5. Turma. Rel. Min. João Batista Brito Pereira. DEJT 31/8/2012. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/5d9b9960d14c177839db78ec9fad12b>. Acesso em: 1 ago. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-499-28.2015.5.10.0010**. 2. Turma. Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta. DEJT 16.3.2018. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20499-28.2015.5.10.0010&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAABANIAAH&dataPublicacao=16/03/2018&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-5079-10.2010.5.10.0000**. 4. Turma. Rel. Min. Fernando Eizo Ono. DEJT 14.6.2013. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%205079-10.2010.5.10.0000&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAJFrAAU&dataPublicacao=14/06/2013&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-586-32.2016.5.11.0006**. 5. Turma. Rel. Min. Douglas Alencar Rodrigues. DEJT 15.12.2017. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20586-32.2016.5.11.0006&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAAPpHAAL&dataPublicacao=15/12/2017&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-609-06.2010.5.10.0009**. 3. Turma. Rel. Min. Horácio Raymundo de Senna Pires. DEJT 2.3.2012. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20609-06.2010.5.10.0009&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAACuQAAE&dataPublicacao=02/03/2012&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-624-07.2017.5.10.0016**. 4. Turma. Rel. Min. Alexandre Luiz Ramos. DEJT 13.9.2019. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20624-07.2017.5.10.0016&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAAUo0AAJ&dataPublicacao=13/09/2019&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-629-92.2010.5.01.0026**. 6. Turma. Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga. DEJT 19.12.2011. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20629-92.2010.5.01.0026&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAADGqAAS&dataPublicacao=19/12/2011&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-63700-89.2007.5.02.0044**. 2. Turma. Rel. Min. Maria Helena Mallmann. DEJT 19.12.2019. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%2063700-89.2007.5.02.0044&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAABIEXAAJ&dataPublicacao=19/12/2019&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-65-23.2016.5.09.0013**. 8. Turma. Rel. Min. Dora Maria da Costa. DEJT 8.5.2020. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%2065-23.2016.5.09.0013&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAAVxbAAF&dataPublicacao=08/05/2020&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 29 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-680-75.2014.5.04.0351**. 2. Turma. Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta. DEJT 19.12.2019. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20680-75.2014.5.04.0351&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAABIZWAAG&dataPublicacao=19/12/2019&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-68600-14.2008.5.03.0025**. 6. Turma. Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado. DEJT 23.9.2011. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%2068600-14.2008.5.03.0025&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAACnMAAN&dataPublicacao=23/09/2011&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-706-16.2010.5.14.0002**. 3. Turma. Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. DEJT 21.10.2011. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20706-16.2010.5.14.0002&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAADPQAAM&dataPublicacao=21/10/2011&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-716-46-2017-5-11-0019**. 4. Turma. Rel. Min. Maria de Assis Calsing. DEJT 8/6/2018. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20716-46.2017.5.11.0019&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAAPH8AAM&dataPublicacao=08/06/2018&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-720-37.2017.5.11.0002**. 3. Turma. Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado. DEJT 11.10.2018. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20720-37.2017.5.11.0002&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAAQrzAAL&dataPublicacao=11/10/2018&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-742-52.2016.5.05.0017**. 6. Turma. Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga. DEJT 13.3.2020. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20742-52.2016.5.05.0017&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAAVVCAAK&dataPublicacao=13/03/2020&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-749-49.2015.5.05.0641**. 4. Turma. Rel. Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos. DEJT 21.2.2020. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20749-49.2015.5.05.0641&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAABIREAAD&dataPublicacao=21/02/2020&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-7900-63.2009.5.06.0313**. 4. Turma. Rel. Min. Maria de Assis Calsing. DEJT 18.2.2011. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%207900-63.2009.5.06.0313&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAAK3oAAV&dataPublicacao=18/02/2011&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-816-87.2015.5.10.0022**. 5. Turma. Rel. Min. Emmanoel Pereira. DEJT 19.10.2018. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20816-87.2015.5.10.0022&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAAQm6AAL&dataPublicacao=19/10/2018&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-8489-28.2010.5.01.0000**. 4. Turma. Rel. Min. Fernando Eizo Ono. DEJT 25.11.2011. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%208489-28.2010.5.01.0000&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAACoTAAAN&dataPublicacao=25/11/2011&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-93140-12.2005.5.01.0018**. 7. Turma. Rel. Min. Delaíde Miranda Arantes. DEJT 25.11.2011. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%2093140-12.2005.5.01.0018&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAACIZAAK&dataPublicacao=25/11/2011&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-967-31.2011.5.03.0073**. 5. Turma. Rel. Min. Douglas Alencar Rodrigues. DEJT 7.1.2020. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20967-31.2011.5.03.0073&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAABJUIAAH&dataPublicacao=07/01/2020&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-980-03.2010.5.03.0158**. 4. Turma. Rel. Min. Fernando Eizo Ono. DEJT 14.12.2012. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20980-03.2010.5.03.0158&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAJLIAAO&dataPublicacao=14/12/2012&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-997-04.2015.5.14.0402**. 2. Turma. Rel. Min. Delaíde Miranda Arantes. DEJT 1.12.2017. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20997-04.2015.5.14.0402&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAABBW3AAM&dataPublicacao=01/12/2017&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula n. 256**. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-256. Acesso em: 6 set. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula n. 331**. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html. Acesso em: 6 set. 2019.

ANEXO I

Investigação descritiva dos votos deliberados pelos ministros do STF no julgamento da ADC n. 16-DF

O **Ministro Cezar Peluso** considerou o autor carecedor de ação, porquanto não colheu decisões, oriundas de juízo incidental – decisões de Tribunais Regionais do Trabalho – declarando a inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993. Ao contrário, o autor apresentou decisões que não versam questão de inconstitucionalidade do dispositivo legal questionado, mas se limitam a afastar a orientação do TST firmada no item IV da Súmula n. 331, sem sequer apresentar declaração de inconstitucionalidade por essa Corte, seja quanto ao item IV, seja quanto ao julgado que lhe deu origem (votação unânime do Incidente de Uniformização de Jurisprudência n. TST-IUJ-RR-297.751-96).

Entende ser sem sentido reconhecer a constitucionalidade da norma, se o próprio TST a reconheceu. O que põe em questão é, em casos concretos, reconhecer a responsabilidade da Administração Pública quando não atua em conformidade com a lei de licitação, ao não fiscalizar o contrato de trabalho, ou seja, a conduta do contratado em não pagar as verbas trabalhistas.

Além disso, consta do seu voto que o Ministro Presidente do TST, ao ser solicitado a prestar informações, negou a pretensão da Corte Trabalhista em declarar a inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993.

No momento do debate, sustenta que o reconhecimento da constitucionalidade do art. 71 não afasta a aplicação da Súmula n. 331, IV, do TST, tampouco modifica a jurisprudência do TST. Isso porque ela não se baseia na inconstitucionalidade do art. 71, mas na **apreciação de fatos**, de comportamento da Administração Pública e no art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Não é o art. 71, § 1º, da Lei de Licitação “que ditou o enunciado da Súmula, mas sim a consideração de fatos concretos que levaram a elaborar o enunciado ante as circunstâncias de comportamento da administração pública” (p. 14).

Assim, considera sem sentido o reconhecimento da constitucionalidade do dispositivo legal, já que esta não está posta em dúvida, haja vista que a jurisprudência do TST não será alterada em razão disso, muito menos, vai impedi-lo de reconhecer a responsabilidade do ente público perante os fatos.

A **Ministra Cármen Lúcia** considera que, *in casu*, o autor seria carecedor de ação, pois indicou julgados em que os Tribunais Regionais do Trabalho se recusam a aplicar a orientação firmada pelo Tribunal Superior do Trabalho, sem declarar a inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993. Igualmente, o autor deixou de instruir a sua petição com o acórdão que originou a Súmula n. 331 do TST, o único acórdão, em sua concepção, a indicar como declaratório de inconstitucionalidade do dispositivo legal, não tendo sequer transcrito a ementa ou trechos daquele julgamento. Porém, apesar da deficiência da instrução da petição inicial, o Presidente do TST, em resposta à requisição do Ministro Relator, supriu essa falha ao prestar informações, transcrevendo o inteiro teor do acórdão do qual resultou a redação atual da Súmula n. 331 (TST-IUJ-RR-297.751/1996).

Do teor do acórdão (IUJ-RR-297.751/1996), a Ministra compreendeu que quando a Administração Pública descumpra o contrato em sua não fiscalização (comportamento omissivo ou irregular) dá ensejo à culpa *in vigilando* e, assim, deve responder de modo subsidiário. Pelo entendimento assentado pelo TST, o art. 71 da Lei n. 8.666/1993, somente teria aplicação nos casos em que a Administração Pública comprovasse a sua atuação regular na fiscalização do cumprimento dos encargos trabalhistas pelo contratado. Caso contrário, afastar-se-ia a norma e a responsabilidade subsidiária seria aplicada ao ente público pelo dano causado ao empregado.

Aduz que, como a Administração Pública se vincula ao princípio da legalidade (art. 37, *caput*, da Constituição Federal), ela só pode atuar dentro dos limites permitidos em lei e, por isso, torna-se necessário, para o desate da questão, saber qual a “natureza da controvérsia judicial” sobre o dever da Administração Pública na fiscalização quanto ao adimplemento dos encargos trabalhistas em contrato de prestação de serviços.

Acredita que o acórdão (IUJ-RR-297.751/1996) evidencia a natureza constitucional da matéria que é confirmada nas várias Reclamações (cita diversos acórdãos – p. 30) ajuizadas no STF com fundamento no art. 103-A, § 3º, da Constituição Federal, sob o argumento de que a aplicação do item IV da Súmula n. 331 por órgão fracionário de Tribunal resultaria em desrespeito à Súmula Vinculante n. 10 do STF. Ou seja: o TST afastou a aplicabilidade do § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/1993, *sem que houvesse pronunciamento do Plenário do Tribunal acerca da inconstitucionalidade do dispositivo legal em desrespeito à referida Súmula Vinculante*.

Apesar de o referido dispositivo legal não isentar o ente público de observância dos princípios da legalidade e moralidade, não é permitido intimar o ente público a simplesmente responder por obrigações trabalhistas que são devidas pela empresa por ela contratada, sob pena de, a despeito do cumprimento regular do contrato administrativo firmado, não ver o desenrolar da sua execução e, além disso, ter que arcar com os prejuízos do inadimplemento dessas obrigações pela empresa prestadora de serviços.

Por isso, concorda com a alegação da Procuradoria do Município de São Paulo de que a empresa que foi remunerada pelo Poder Público não pode alegar ausência de patrimônio para saldar suas dívidas em razão de prejuízos advindos do risco de sua atividade econômica. E se a empresa não tiver bens suficientes para arcar com a execução, realiza-se a desconsideração da personalidade jurídica.

O **Ministro Ricardo Lewandowski** afirma haver “empresas de fachada” que, às vezes, são constituídas com certo capital e participam de licitações de valores vultosos. Essas empresas, após a feitura das obras (ou não feitas) objeto da licitação, desaparecem do cenário fático-jurídico, deixando débito trabalhista exorbitante. A partir disso, conclui que restou configurada a culpa *in vigilando* e *in eligendo* da Administração. Então, compreende que em razão dessa circunstância, o TST faz incidir ou afastar o artigo 71, § 1º, da Lei n. 8.666.

A tese do **Ministro Carlos Ayres Britto** consiste em que a terceirização é uma forma de recrutamento de mão de obra para a Administração Pública (mão de obra que servirá ao contratante, tomador do serviço) e essa forma de recrutamento não é a admitida pela Constituição Federal, já que esta elenca as formas de recrutar mão de obra que são concurso público, nomeação para cargo em comissão e contratação temporária por prazo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público. Assim, a Constituição não inseriu nesse rol a terceirização, por isso, o referido dispositivo legal é inconstitucional. Assim, votou pela inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993 e improcedência da ação declaratória de constitucionalidade.

Acredita que se o STF, durante todos esses anos, tornou válida juridicamente a terceirização, que, ao menos, admita a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, porquanto beneficiária do serviço da mão de obra recrutada por pessoa interposta. Defende a existência de uma relação tipicamente trabalhista e o art. 71 da Lei de Licitações é claro nesse sentido.

O **Ministro Marco Aurélio** acredita existir conflito aparente entre a Consolidação das Leis do Trabalho e a Lei de Licitações, “colocando-se em segundo plano (...) norma expressa, categórica, clara e precisa, a revelar que a tomadora dos serviços – serviços terceirizados – não tem responsabilidade, considerados os ônus trabalhistas” (p. 13).

Em debate, explica que a Súmula n. 331 do TST foi criada como forma de pacificar a jurisprudência trabalhista, pois os Tribunais Regionais do Trabalho vinham julgando de forma diversificada”.

Sustenta que se o STF adentrar no mérito, julgando à constitucionalidade do dispositivo legal questionado, e o TST – que respeita as decisões da Suprema Corte –, por consequência, reverá o seu entendimento e retirará, inclusive, a “glosa do verbete’ do mundo jurídico (p. 17).

ANEXO II

Investigação descritiva dos votos deliberados pelos ministros do STF no julgamento do RE n. 760.931-DF

A **Ministro Rosa Weber** afirma que a matéria versada no RE n. 760.931/DF é a mesma do RE n. 603.397, porém não é caso de substituir o paradigma já exarado no ADC-16-DF, mas existe a necessidade de definir balizas, para evitar novas reclamações.

Embora não tenha sido essa a linha traçada quando do julgamento da ADC-16-DF, defende que a **responsabilidade seria extracontratual e subjetiva**, em conformidade com o magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello, por ato omissivo da Administração Pública quanto aos deveres que lhes são impostos legalmente. Aos danos decorrentes de omissão estatal (o serviço não funcionou, funcionou tardiamente ou de modo ineficiente), deve ser aplicada a responsabilidade subjetiva, pois a inércia do ente estatal não deu causa ao dano, mas tão somente permitiu que de fato ocorresse.

Quando afirma sobre os deveres da Administração Pública, invoca o art. 37 da Lei n. 9.784/1999: “(...) o órgão competente para a instrução proverá, de ofício, à obtenção dos documentos ou das respectivas cópias”, quando estes estiverem sob o poder da “própria Administração responsável pelo processo ou em outro órgão administrativo”.

Traz à baila dispositivos legais relacionados aos deveres fiscalizatórios a serem observados pela entidade pública: arts. 54, § 1º, 55, inciso XIII, 58, inciso III, 66, 67, *caput* e seu § 1º, 77 e 78 da Lei n. 8.666/1993 e 186 e 927, *caput*, do Código Civil.

Frisa a abordagem de Celso Antônio Bandeira de Mello no sentido de que o dano decorre da omissão estatal, na qual se inclui o **descumprimento do dever legal**. Diante da impossibilidade de a vítima demonstrar a culpa da entidade pública, segue na defesa de aplicar a **culpa presumida** como a via imprescindível de **reequilibrar a relação processual entre particular e Estado**.

Sustenta, ainda, que a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993 não impede equacionar o tema à luz das demais normas e vetores do ordenamento jurídico brasileiro, não se podendo desamparar o trabalhador terceirizado com uma interpretação severa desse ordenamento jurídico. Com isso, alerta para o fato de existir responsabilidade solidária

da Administração Pública pelos encargos previdenciários (§ 2º, do art. 71, da Lei n. 8.666/1993) – ou seja, sem o benefício de ordem –, não só subsidiária.

Em sequência, refuta pontualmente as alegações recursais: 1) não houve declaração de inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993, pelo contrário, o TST fez menção, em diversas oportunidades, sobre a decisão do STF quanto à declaração de constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993, dotada de eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes; assim, não é a hipótese dos arts. 97 e 102, III, “b”, § 2º, da Constituição Federal; 2) não afastou o art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993 ao caso, mas apenas procedeu à interpretação sistemática desse dispositivo legal com outras normas - constitucionais, legais e administrativas – e também com os direitos fundamentais sociais assegurados pela Constituição Federal, imprimindo, ao deslinde da controvérsia, consonância com o próprio dispositivo legal e com os princípios basilares do Direito Individual do Trabalho, em especial o da proteção do trabalhador e o da dignidade da pessoa humana; 3) a decisão do TST não teve como base a redação original inserta na cancelada Súmula n. 256 do TST, mas sim o atual entendimento da Corte, consubstanciado na nova redação do item IV e no seu novo item V da Súmula n. 331 do TST; não há afronta ao art. 37, § 6º, da Constituição Federal, pois o TST pautou-se na análise da conduta omissiva da Administração Pública, hábil a configurar a culpa *in vigilando*, o que leva a compreender que se observou a decisão proferida na ADC-16-DF.

O **Ministro Edson Fachin** aborda a questão da abrangência da fiscalização. Se pensar que a Administração Pública deve fiscalizar 100% de todas as obrigações trabalhistas significa a reprodução, na estrutura do Estado, de toda infraestrutura de pessoal, de material, de contabilidade, de recursos humanos e, portanto, todos os custos já embutidos na remuneração paga pela Administração à contratada. Se for acolher a fiscalização com tal abrangência, a terceirização deixará de ser uma escolha racional, tendo em vista os custos, ônus e/ou riscos, o que dificultará o próprio fenômeno da terceirização já sedimentado de modo global.

Aduz não haver definição expressa, nas normas infralegais (como a IN n. 2/2008 e 3/2009 do MPOG), do alcance a ser dado à fiscalização, ou seja, se esta deve abarcar a integralidade das obrigações trabalhistas de cada contrato. Entende que se não existe essa definição, presume-se que a fiscalização é integral, quando não ressalvada expressamente a possibilidade de fiscalização por amostragem. Considera que essas instruções normativas do MPOG são excessivas e, por isso, não constituem um bom parâmetro à definição do que seja uma **fiscalização adequada** por parte do Poder Público, habilitada no cumprimento de afastar a

caracterização de culpa *in vigilando* e, ainda, não onerar, de modo excessivo, a escolha por terceirizar serviços.

Mostra, com base em estudo desenvolvido pelo Banco Nacional de Desenvolvimento, a defesa pela adoção da sistemática de fiscalização **por amostragem** pelo Banco, apesar do quanto previsto na normatividade do MPOG. Igualmente, o STJ tem realizado fiscalização aleatória e por amostragem e existem acórdãos do TCU endossando a ideia de fiscalização por amostragem, ao implicitamente recusarem a fiscalização integral do cumprimento de todas as obrigações pelas prestadoras de serviços.

É necessário que, após constatadas as irregularidades, o **Poder Público** realize certas **condutas**, a saber: 1) notificar ocorrência de irregularidades pelas Superintendências Regionais do Trabalho, que têm o dever de fiscalizar o cumprimento das normas trabalhistas; 2) notificar ocorrência de irregularidades pelo Ministério Público do Trabalho; 3) notificar especificamente a irregularidade pelos sindicatos ou manifestação pelos próprios trabalhadores.

Sugere as seguintes **providências** a serem adotadas pelo **ente público**: 1) notificação da empresa, assinando-lhe prazo para correção da irregularidade; 2) se não for sanada irregularidade, deverá ingressar com ação judicial voltada a liquidar e efetivar o pagamento em juízo dos valores inadimplidos; 3) deve arbitrar o valor devido pela contratada a título de obrigações trabalhistas e encargos; 4) deve ajuizar ação, requerendo o depósito do valor arbitrado, solicitar perícia para liquidar com precisão o valor devido pela contratada e efetuar complementação do depósito se for o caso; e, 4) abater as importâncias depositadas da remuneração a ser paga à contratada pelos serviços prestados.

Considera essas providências fundamentais e estão embasadas em alguns princípios jurídicos: **devido processo legal** a impedir que se privem os bens e direitos sem autorização da Constituição Federal e das leis; princípio geral de direito a garantir a **exceção do contrato não cumprido** ao contratante de boa-fé, haja vista a contratada ter a obrigação legal de cumprir os haveres trabalhistas e se descumpridos, aquele poderá tomar as medidas cabíveis para prevenir-se contra responsabilidades e, assim, proteger o erário; **princípio do não enriquecimento ilícito**, pois se proíbe ao ente público reter integralmente a parcela remuneratória devida à contratada, e, de outra banda, a contratada não pode se apropriar indevidamente de valores dos trabalhadores e da seguridade social; acesso ao Judiciário e inafastabilidade da tutela jurisdicional; dignidade humana, valor social do trabalho e a extensão da tutela

constitucionalmente conferida ao trabalhador, que impõem construir mecanismos a proteger o mais vulnerável num contrato de terceirização e, por último, a eficiência administrativa.

Inclusive, cita à p. 202, jurisprudência do TST no sentido de afastar a responsabilidade subsidiária quando o Poder Público retém valores devidos e/ou condenando o ente público em responsabilidade subsidiária, quando não procede a essa retenção dos valores inadimplidos.

Com as **medidas de fiscalização por amostragem, notificação para corrigir irregularidades e depósito e pagamento em juízo**, acredita não ser possível falar em responsabilidade por omissão do ente público, muito menos, em responsabilidade subsidiária por descumprimento de obrigações trabalhistas.

O **Ministro Luís Roberto Barroso** pensa que o TST considera como fiscalização adequada a baseada em instruções normativas do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. São instruções prolixas, com um teor de grande complexidade e confusas. O que decorre dessas instruções, é que o Poder Público fica no dever de fiscalizar 100% das obrigações trabalhistas da terceirizada. Com isso, não se tem racionalidade econômica, pois paga-se e é necessário montar uma estrutura para fazer o mesmo. Assim, defende que fiscalizar 100% acaba, de forma oblíqua, por não aceitar o fenômeno da terceirização.

Acredita não haver necessidade de fiscalizar 100%, mas há de exercer algum tipo de controle. Diante da inequívoca ausência de fiscalização por parte da União, acompanha o voto da Ministra Rosa Weber.

Traz, pois, dois problemas a serem resolvidos, para evitar o ingresso de reclamações: 1) é necessário definir o que é **fiscalização adequada**, é necessário explicitar o que o STF considera a **culpa in vigilando**; 2) se houver vício na fiscalização, a União deve responder subsidiariamente, porém a responsabilidade não pode ser automática – a culpa deve ser concretamente demonstrada.

O primeiro ponto é a definição do que seja uma fiscalização adequada. Na mesma linha de pensar do Ministro Edson Fachin, acredita que o Poder Público, ao fiscalizar, tem uma **obrigação de meio** – ele tem que fiscalizar –, mas não de resultado, a significar que ele seja responsável sempre que se deparar com algum inadimplemento. Porque, se for de resultado, a responsabilização volta a ser automática, em violação ao decidido na ADC-16-DF.

Na mesma linha do Ministro Fachin, frisa que é preciso explicitar, ainda que em *obiter dictum*, o **tipo de comportamento** (notificação à empresa contratada para corrigir irregularidades, depósito em juízo do valor do inadimplemento e ação judicial – já explicitados por ocasião da descrição do voto do Ministro Fachin) que se exige da entidade pública e que a fiscalização adequada por *amostragem* satisfaz o dever de fiscalização – a inércia diante de inequívoca denúncia de ofensa a deveres trabalhistas provoca responsabilização. Isso porque já sinaliza à Justiça do Trabalho o que o STF entende por comportamento inadequado.

O **Ministro Luiz Fux** dá importância ao afirmado pela União quanto ao gasto extratoférico causado pela imputação da responsabilidade ao ente público, a chegar ao ponto de arruinar as finanças do Estado e da União. Assim, ao defender uma linha **interpretativa literal da lei**, pretende limitar a jurisdição constitucional e política. Porém, confessa que se depara com a questão da proteção ao trabalhador que presta o serviço, mas não recebe a contraprestação devida e o próprio STF lhe prestigia com a responsabilidade subsidiária em caso de inadimplemento de verbas trabalhistas – mesmo o legislador não a mencionando. Então, para o Ministro, existe um paradoxo em que o STF declara a constitucionalidade da lei que não estabelece a responsabilidade subsidiária – tão-somente estabelece responsabilidade solidária (§ 2º, do art. 71 da Lei n. 8.666/1993) –, e, ao mesmo tempo, a Corte afirma existir responsabilidade subsidiária.

Em debate, externa a sua preocupação com as reclamações. Afirma ser possível introduzir uma eficácia cassatória para a reclamação, no caso de o tribunal reclamado desobedecer aos critérios fixados pela decisão do STF. Este se limitaria a mandar devolver para que o tribunal decida segundo os critérios fixados na decisão da Corte Suprema, sob pena de esta se transformar em corte revisora, ou seja, tendo que analisar se foram cumpridos os critérios fiscalizatórios quanto à obrigação trabalhista, se esta foi cumprida por inteiro ou parcialmente. Trata-se de uma forma de evitar que as reclamações constitucionais cheguem ao STF envoltas de complexidade. Assim, acredita ser de bom alvitre devolver ao tribunal de origem reclamado com a ordem de aplicar os critérios – decidir à luz dos critérios da decisão proferida pela Suprema Corte.

Propõe a introdução, na tese, de cláusula em que se afirme ser cabível apenas reclamação constitucional após o esgotamento das instâncias na Justiça do Trabalho, em conformidade com o disposto no art. 988, § 5º, II, do CPC. Acrescenta que a tese deve ser detalhada e bem esclarecida. Se, no presente caso, for minimalista, é possível cair na mesma situação enfrentada após a decisão da ADC-16-DF, com as reclamações constitucionais.

O **Ministro Ricardo Lewandowski**, em debate, afirma que seria interessante inserir ao lado da culpa *in vigilando*, a culpa *in eligendo*. Isso porque tem visto, na experiência da Administração Pública como tomadora de serviços, a constituição de empresas de fachada criadas *ad hoc* para realizar obra e, logo, deixam de fazê-la. Arrecadam o dinheiro público e desaparecem, bem como os seus proprietários. Assim, acredita que seria fundamental, logo no início da licitação, averiguar se a empresa tem ou não condições técnicas de arcar com a obra, bem assim condições financeiras para se responsabilizar pelos encargos trabalhistas e previdenciários.

A sua preocupação maior é com o trabalhador terceirizado ao desamparo. Afirma, ainda em debate, que a Administração Pública ampliará sobremaneira a utilização do contrato de terceirização e pensa ser possível assegurar o mínimo de garantia aos terceirizados.

Igualmente, propõe que se insiram as excludentes de responsabilidade do Estado: caso fortuito, força maior e culpa exclusiva da vítima. Se o Estado porventura não pagar ou houver catástrofe, então essa é uma causa de força maior. Mas se na hipótese de o empregado terceirizado sumir, desaparecer, seria o caso de aplicar a excludente de culpabilidade exclusiva da vítima. O Estado, nessas hipóteses, se eximiria da condenação. Isso no caso de haver uma condenação por ausência de fiscalização, e a alegação de excludente seria para afastar essa hipótese.

O **Ministro Marco Aurélio** assevera que a Lei n. 8.666/1993, mediante o artigo 71, derogou o art. 2º da CLT, o qual dá a definição de empregador e, também estabelece a responsabilidade solidária. Essa é a legislação que se não for observada, é assumir que o poder normativo da Justiça do Trabalho é maior do que a do STF.

O **Ministro Dias Toffoli** relata que a empresa terceirizada foi declarada confessa, por não ter comparecido à audiência e a União, de forma subsidiária, respondeu pelo inadimplemento daquela empresa. Afirma que toda a alegação foi presumida e a União não teria elementos para produzir sua defesa – se por exemplo, a despedida foi por justa causa ou não, se as verbas salariais e indenizatória estavam pendentes ou não – e, por isso, acredita que está diante de uma responsabilidade objetiva, para além de uma presunção de ausência de fiscalização por parte do ente estatal. Então, indaga como fiscalizar todas as verbas trabalhistas pleiteadas e, inclusive, após a rescisão contratual.

Para ele, houve grande problema quanto ao ingresso das reclamações, pois estas partiam até mesmo da primeira instância e do TRT, não só do TST, ou seja, não se exige para elas o esgotamento da instância recursal, como acontece com o recurso extraordinário.

Frisa, em seu relato, que quando o STF determinava, em atendimento à reclamação constitucional, o retorno dos autos ao TST para que este respeitasse a decisão da ADC-16-DF, as novas decisões proferidas pela Justiça do Trabalho em cumprimento à essa determinação, passaram a ser fundamentadas, muitas vezes, na afirmação genérica de culpa do ente público.

Isso gerou o ingresso de ações incidentais às reclamações constitucionais em curso, com alegação de descumprimento da decisão de procedência da reclamação constitucional já transitada em julgado, ou mesmo, o ingresso de novas reclamações contra a mesma autoridade reclamada, sem gerar litispendência, pois as decisões reclamadas objeto de novas reclamações eram diferentes em relação as que tinham sido objeto de questionamento das reclamações anteriores.

Diante dessa circunstância, propôs a introdução, na tese, de cláusula em que se afirme ser cabível apenas reclamação constitucional após o esgotamento das instâncias na Justiça do Trabalho, em conformidade com o disposto no art. 988, § 5º, II, do CPC.

O **Ministro Alexandre de Moraes** preocupa-se com as implicações jurídicas, pois se for elastecer, fora de casos excepcionais, a responsabilidade do Poder Público pelo não pagamento de verbas trabalhistas devidas em contratos de terceirização, isso acabará por atrair outras espécies contratuais para que se faça o mesmo, como por exemplo, no caso de concessão de serviço público. Afirma, assim, que o Parágrafo único do art. 31 da Lei n. 8.987/95 não estabelece “qualquer relação entre os terceiros contratados pela concessionária e o poder concedente”. Com isso, acredita que, se for vingar o entendimento da Relatora Rosa, a Justiça será estimulada a condenar entes públicos pelo descaso na fiscalização de contratos de concessão.

Considera que a permissão à responsabilização indiscriminada do ente público desestimula a cooperação com a iniciativa privada, ainda, quando em tempo de recessão econômica e de necessidade de tornar a Administração Pública eficiente e moderna em suas finalidades essenciais. Crê, pois, que a vigilância da execução exaustiva e em sua totalidade mina a lógica econômica desse tipo de contratação, até porque imputa ao tomador de serviços uma responsabilidade típica da subordinação empregatícia, a qual deveria ser exercida pelo real empregador.

O **Ministro Gilmar Mendes**, no início, estava acolhendo as considerações do Ministro Luís Roberto Barroso à formulação da tese de ser a responsabilidade subjetiva e, inclusive, adotando o entendimento de inverter o ônus da prova, ou seja, de incumbir ao ente público a produção da prova de que fez a devida fiscalização. Frisa, em sua argumentação, de que deve exprimir quais são os deveres fiscalizatórios derivados da legislação, por entender ser possível

a responsabilização do ente público quando descumpre deveres de fiscalização. Assim, entende que é preciso inserir ressalvas, sob pena de autorizar o mesmo procedimento de fazer incidir a responsabilidade subsidiária de modo automático e, por consequência, provar o ingresso de reclamações constitucionais.

ANEXO III**Processos sobre decisões que mostram a compreensão do TST sobre o acórdão da ADC n. 16-DF**

AIRR-1294-29.2010.5.14.0000, Relator Ministro: Lelio Bentes Corrêa, 1ª Turma, DEJT 03/06/2011, AIRR-109400-51.2009.5.01.0075, Relator Ministro: Lelio Bentes Corrêa, 1ª Turma, DEJT 09/03/2012, RR-26800-58.2008.5.02.0049, Relator Ministro: Lelio Bentes Corrêa, 1ª Turma, DEJT 26/04/2013, RR-43-13.2011.5.05.0122, Relator Ministro: Hugo Carlos Scheuermann, 1ª Turma, DEJT 14/06/2013, Ag-AIRR-246-16.2010.5.10.0010, Relator Ministro: Walmir Oliveira da Costa, 1ª Turma, DEJT 13/04/2012, AIRR-1238-37.2010.5.15.0042, Relator Ministro: Walmir Oliveira da Costa, 1ª Turma, DEJT 14/06/2013, AIRR-50340-26.2008.5.03.0141, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, DEJT 18/03/2011, RR-278-41.2010.5.04.0122, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, DEJT 15/02/2013, AIRR-414-33.2012.5.01.0322, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, DEJT 17/06/2016, RR-27600-70.2004.5.01.0044, Relator Ministro: Renato de Lacerda Paiva, 2ª Turma, DEJT 24/06/2011, RR-362-35.2010.5.03.0004, Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, 2ª Turma, DEJT 16/03/2012, RR-706-16.2010.5.14.0002, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, DEJT 21/10/2011, RR-399-91.2010.5.03.0156, Relator Ministro: Horácio Raymundo de Senna Pires, 3ª Turma, DEJT 25/11/2011, RR-609-06.2010.5.10.0009, Relator Ministro: Horácio Raymundo de Senna Pires, 3ª Turma, DEJT 02/03/2012, RR-257300-16.2005.5.02.0054, Relator Ministro: Alexandre de Souza Agra Belmonte, 3ª Turma, DEJT 23/11/2012, RR-106240-88.2007.5.05.0006, Relator Juiz Convocado: Flavio Portinho Sirangelo, 3ª Turma, DEJT 09/03/2012, RR-7900-63.2009.5.06.0313, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, 4ª Turma, DEJT 18/02/2011, RR-1127-36.2009.5.10.0007, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, 4ª Turma, DEJT 09/03/2012, RR-1291-48.2010.5.02.0052, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, 4ª Turma, DEJT 26/04/2013, RR-8489-28.2010.5.01.0000, Relator Ministro: Fernando Eizo Ono, 4ª Turma, DEJT 25/11/2011, RR-980-03.2010.5.03.0158, Relator Ministro: Fernando Eizo Ono, 4ª Turma, DEJT 14/12/2012, RR-5079-10.2010.5.10.0000, Relator Ministro: Fernando Eizo Ono, 4ª Turma, DEJT 14/06/2013; RR-194-67.2011.5.03.0143, Relator Ministro: João Oreste Dalazen, 4ª Turma, DEJT 26/04/2013; RR-215600-54.2009.5.12.0050, Relatora Ministra: Kátia

Magalhães Arruda, 5ª Turma, DEJT 29/04/2011; AIRR-38900-53.2011.5.21.0003, Relatora Ministra: Kátia Magalhães Arruda, 6ª Turma, DEJT 23/11/2012; RR-35700-93.2009.5.07.0004, Relator Ministro: Emmanoel Pereira, 5ª Turma, DEJT 15/06/2012, RR-220-02.2010.5.18.0008, Relator Ministro: João Batista Brito Pereira, 5ª Turma, DEJT 15/06/2012, RR-629-92.2010.5.01.0026, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, DEJT 19/12/2011, RR-133500-18.2009.5.06.0015, Relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, 6ª Turma, DEJT 02/12/2011, RR-68600-14.2008.5.03.0025, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 6ª Turma, DEJT 23/09/2011, RR-12-72.2011.5.04.0234, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 3ª Turma, DEJT 26/04/2013, RR-93140-12.2005.5.01.0018, Relatora Ministra: Delaíde Miranda Arantes, 7ª Turma, DEJT 25/11/2011, RR-3600-30.2009.5.17.0191, Relatora Juíza Convocada: Maria Doralice Novaes, 7ª Turma, DEJT 01/04/2011, RR-117-13.2010.5.18.0002, Relator Ministro: Ives Gandra Martins Filho, 7ª Turma, DEJT 25/11/2011, AIRR-1985-43.2010.5.14.0000, Relator Ministro: Carlos Alberto Reis de Paula, 8ª Turma, DEJT 29/04/2011, RR-21400-69.2000.5.15.0053, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, 8ª Turma, DEJT 29/04/2011, RR-4927-59.2010.5.10.0000, Relator Ministro: João Batista Brito Pereira, 5ª Turma, DEJT 31/08/2012, AIRR-76741-43.2006.5.10.0010, Relator Ministro: Márcio Eurico Vitral Amaro, 8ª Turma, DEJT 10/9/2012.

ANEXO IV

Processos sobre decisões que mostram a compreensão do TST sobre o acórdão do RE n. 760.931-DF

AIRR-1864-29.2016.5.11.0019, Relator Ministro: Lelio Bentes Corrêa, 1ª Turma, DEJT 15/12/2017, RR-1232-79.2011.5.01.0011, Relator Ministro: Walmir Oliveira da Costa, 1ª Turma, DEJT 24/11/2017, RR-255-67.2011.5.15.0021, Relator Ministro: Walmir Oliveira da Costa, 1ª Turma, DEJT 27/10/2017 (o Ministro Walmir inicialmente havia oscilado, porém em 2017, deixou de entender que basta a menção genérica de *culpa in vigilando*, com suporte na Súmula n. 126 do TST), RR-997-04.2015.5.14.0402, Relatora Ministra: Delaíde Miranda Arantes, 2ª Turma, DEJT 01/12/2017, RR-283-10.2016.5.13.0023, Relatora Ministra: Maria Helena Mallmann, 2ª Turma, DEJT 27/10/2017, RR-586-32.2016.5.11.0006, Relator Ministro: Douglas Alencar Rodrigues, 5ª Turma, DEJT 15/12/2017, AIRR-125-55.2016.5.14.0401, Relator Ministro: Lelio Bentes Corrêa, 1ª Turma, DEJT 23/02/2018, RR-499-28.2015.5.10.0010, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, DEJT 16/03/2018, RR-131213-13.2015.5.13.0004, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, DEJT 23/03/2018, RR-2323-52.2016.5.11.0012, Relator Ministro: Alexandre de Souza Agra Belmonte, 3ª Turma, DEJT 05/10/2018, RR-720-37.2017.5.11.0002, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 3ª Turma, DEJT 11/10/2018, RR-187-39.2017.5.11.0015, Relator Ministro: Breno Medeiros, 5ª Turma, DEJT 11/05/2018, RR-816-87.2015.5.10.0022, Relator Ministro: Emmanoel Pereira, 5ª Turma, DEJT 19/10/2018, Ag-ARR-1175-79.2010.5.09.0009, Relator Ministro: Hugo Carlos Scheuermann, 1ª Turma, DEJT 24/06/2019, RR-192-75.2018.5.10.0105, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, DEJT 13/12/2019, AIRR-1982-03.2012.5.02.0049, Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, 4ª Turma, DEJT 29/11/2019, RR-21147-78.2016.5.04.0101, Relatora Desembargadora Convocada: Cilene Ferreira Amaro Santos, 6ª Turma, DEJT 13/09/2019, RR-100919-75.2016.5.01.0036, Relatora Ministra: Kátia Magalhães Arruda, 6ª Turma, DEJT 13/12/2019, RR-10900-64.2014.5.01.0045, Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, 7ª Turma, DEJT 29/11/2019, Ag-RR-229-85.2016.5.05.0631, Relator Ministro: Evandro Pereira Valadão Lopes, 7ª Turma, DEJT 20/09/2019, Ag-RR-1113-49.2012.5.01.0055, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 7ª Turma, DEJT 17/05/2019, RR-10209-43.2018.5.03.0081, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, 8ª Turma, DEJT 06/12/2019, RR-1229-69.2016.5.05.0551, Relatora Ministra: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, 8ª Turma, DEJT

13/12/2019, RR-624-07.2017.5.10.0016, Relator Ministro: Alexandre Luiz Ramos, 4ª Turma, DEJT 13/09/2019; AIRR-867-20.2016.5.11.0351, Relator Ministro: Márcio Eurico Vitral Amaro, 8ª Turma, DEJT 09/02/2018; RR-716-46-2017-5-11-0019, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, 4ª Turma, DEJT 8/6/2018, RR-1192-48.2016.5.05.0161, Relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, 6ª Turma, DEJT 11/10/2019.

ANEXO V

Descrição e análise de decisões do TST em juízo de retratação

“(…)

Discute-se, no caso dos autos, a quem incumbe o ônus da prova quanto à fiscalização efetiva, ou não, do contrato de prestação de serviços firmado com entidades da Administração Pública após regular licitação: se é do empregado o encargo de comprovar a ausência sistemática de fiscalização, ou se cabe àquelas demonstrar a vigilância adequada do cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora dos serviços.

A jurisprudência desta Corte Superior sempre se inclinou a reconhecer que a contratação de prestadora de serviços, por meio de licitação, não era suficiente para elidir a responsabilidade subsidiária do Poder Público, quanto aos débitos trabalhistas da empresa contratada, à luz das normas aplicáveis, inclusive da Lei n. 8.666/93, cuja constitucionalidade e incidência foram reconhecidas em inúmeras decisões.

Instado a se manifestar sobre a questão, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADC n. 16/DF, declarou a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93, **mas admitiu a possibilidade de se atribuir responsabilidade trabalhista subsidiária ao ente público, nas hipóteses em que tenha agido com culpa *in vigilando*, por não fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas da empresa prestadora.**

Alterada a Súmula n. 331 deste Tribunal, para inclusão do item V, novamente a discussão foi levada à Corte Suprema que, reconhecendo a repercussão geral do tema, proferiu decisão no RE n. 760.931 e firmou a seguinte tese jurídica contida no Tema 246 de Repercussão Geral:

"O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado **não transfere automaticamente** ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93". (destaquei)

Como salientei em decisões anteriores, a tese fixada, por si só, não evidenciava mudança na posição até então definida, uma vez que a jurisprudência aqui sedimentada já rechaçava, claramente, a responsabilização objetiva do Poder Público ou a transferência automática da responsabilidade pelos débitos trabalhistas da prestadora.

Por esse motivo, no lapso compreendido entre a divulgação da tese (26/04/2017) e a publicação do inteiro teor do acórdão (12/09/2017), mantive a aplicação do verbete consolidado nesta Corte e ressaltava que, quando o quadro fático registrado pelo Tribunal Regional revelava a *culpa in vigilando* da Administração Pública, não se verificava desrespeito à tese de repercussão geral.

Publicado o acórdão, outra solução se impôs, na compreensão externada, a partir de então, em julgados da minha relatoria e dos demais integrantes da 7ª Turma, que compreenderam haver sido possível perquirir, nos fundamentos da decisão, subsídios que permitiam extrair a extensão da tese fixada – a ratio decidendi do julgado.

Com efeito, no sistema de precedentes de força vinculante, o trabalho do julgador não se limita a reproduzir a decisão, como se estivesse a exercer atividade meramente burocrática. A tarefa é mais profunda.

É preciso extrair, com precisão, a essência do precedente, além de analisar, caso a caso, se a situação concreta a ele se amolda ou se há distinção que justifique outra solução a ser adotada.

Em obra específica sobre o tema, Luiz Guilherme Marinoni esclarece:

"Ora, o melhor lugar para se buscar o significado de um precedente está na sua fundamentação, ou melhor, nas razões pelas quais se decidiu de certa maneira ou nas razões que levaram à fixação do dispositivo. É claro que a fundamentação, para ser compreendida, pode exigir menor ou maior atenção ao relatório e ao dispositivo. Esses últimos não podem ser ignorados quando se procura o significado de um precedente. O que se quer evidenciar, porém, é que o significado de um precedente está, essencialmente, na sua fundamentação, e que, por isso, não basta somente olhar à sua parte dispositiva.

(...)

Quando se fala em interpretação de precedente, a preocupação está centrada nos elementos que o caracterizam enquanto precedente, especialmente na delimitação da sua *ratio* e não no conteúdo por ela expresso. Nessa situação, a tarefa da Corte é analisar a aplicação do precedente ao caso que está sob julgamento, ocasião em que se vale, basicamente, das técnicas do *distinguishing* e do *overruling*. É por isso que a Corte, mais do que interpretar, raciocina por analogia." (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013, 3ª ed. rev. atual. ampliada. p. 219-221 - destaquei)

E, ao tratar especificamente da jurisdição brasileira, nos processos de repercussão geral, o mesmo autor acrescenta:

"Tanto as decisões proferidas em recurso especial como aquelas tomadas em recurso extraordinário limitam-se a interpretar questões relativas à lei federal e à Constituição Federal, respectivamente. A natureza de 'precedente interpretativo' das decisões tomadas nestes recursos ficou ainda mais evidente com a introdução do instituto da repercussão geral e do mecanismo de recurso repetitivo.

A aferição da repercussão geral da controvérsia constitucional discutida no recurso extraordinário e conseguinte eficácia vinculante da decisão a respeito de sua existência ou inexistência evidenciam a adoção do precedente com força obrigatória, assim como a recepção das ideias de *ratio decidendi* – do *common law* – e de eficácia transcendente da fundamentação – do direito alemão." (*op. cit.* p. 255-256).

Quanto ao tema em discussão, a tese fixada não é suficiente para externar, de maneira clara, a essência da decisão da Corte Suprema, já que enuncia, de forma genérica, a impossibilidade de condenação automática do Poder Público e, como já dito, não é esse o conteúdo da Súmula n. 331, V, desta Corte, que norteava a jurisdição trabalhista.

A ementa nela contida também não basta para a correta compreensão do precedente, pois, além de enunciar premissas alheias aos debates travados ao longo das sessões de julgamento – nem sequer objeto de discussão nos autos –, apenas repetiu a tese genérica já mencionada. Veja-se:

"EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA COM REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO DO TRABALHO. TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SÚMULA 331, IV E V, DO TST. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 71, § 1º, DA LEI N. 8.666/93. TERCEIRIZAÇÃO COMO MECANISMO ESSENCIAL PARA A PRESERVAÇÃO DE POSTOS DE TRABALHO E ATENDIMENTO DAS DEMANDAS DOS CIDADÃOS. HISTÓRICO CIENTÍFICO. LITERATURA: ECONOMIA E ADMINISTRAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO. RESPEITO ÀS ESCOLHAS LEGÍTIMAS DO LEGISLADOR. PRECEDENTE: ADC 16. EFEITOS VINCULANTES. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO EM CASOS SEMELHANTES.

1. A dicotomia entre "atividade-fim" e "atividade-meio" é imprecisa, artificial e ignora a dinâmica da economia moderna, caracterizada pela especialização e divisão de tarefas com vistas à maior eficiência possível, de modo que frequentemente o produto ou serviço final comercializado por uma entidade comercial é fabricado ou prestado por agente distinto, sendo também comum a mutação constante do objeto social das empresas para atender a necessidades da sociedade, como revelam as mais valiosas empresas do mundo. É que a doutrina no campo econômico é uníssona no sentido de que as "Firmas mudaram o escopo de suas atividades, tipicamente reconcentrando em seus negócios principais e terceirizando muitas das atividades que previamente consideravam como centrais" (ROBERTS, John. *The Modern Firm: Organizational Design for Performance and Growth*. Oxford: Oxford University Press, 2007).

2. A cisão de atividades entre pessoas jurídicas distintas não revela qualquer intuito fraudulento, consubstanciando estratégia, garantida pelos artigos 1º, IV, e 170 da Constituição brasileira, de configuração das empresas, incorporada à Administração Pública por imperativo de eficiência (art. 37, caput, CRFB), para fazer frente às exigências dos consumidores e cidadãos em geral, justamente porque a perda de eficiência representa ameaça à sobrevivência da empresa e ao emprego dos trabalhadores.

3. Histórico científico: Ronald H. Coase, "The Nature of The Firm", *Economica* (new series), Vol. 4, Issue 16, p. 386-405, 1937. O objetivo de uma organização empresarial é o de reproduzir a distribuição de fatores sob competição atomística dentro da firma, apenas fazendo sentido a produção de um bem ou serviço internamente em sua estrutura quando os custos disso não ultrapassarem os custos de obtenção perante terceiros no mercado, estes denominados "custos de transação", método segundo o qual firma e sociedade desfrutam de maior produção e menor desperdício.

4. A Teoria da Administração qualifica a terceirização (outsourcing) como modelo organizacional de desintegração vertical, destinado ao alcance de ganhos de performance por meio da transferência para outros do fornecimento de bens e serviços anteriormente providos pela própria firma, a fim de que esta se concentre somente naquelas atividades em que pode gerar o maior valor, adotando a função de "arquiteto vertical" ou "organizador da cadeia de valor".

5. A terceirização apresenta os seguintes benefícios: (i) aprimoramento de tarefas pelo aprendizado especializado; (ii) economias de escala e de escopo; (iii) redução da complexidade organizacional; (iv) redução de problemas de cálculo e atribuição, facilitando a provisão de incentivos mais fortes a empregados; (v) precificação mais precisa de custos e maior transparência; (vi) estímulo à competição de fornecedores externos; (vii) maior facilidade de adaptação a necessidades de modificações estruturais; (viii) eliminação de problemas de possíveis excessos de produção; (ix) maior eficiência pelo fim de subsídios cruzados entre departamentos com desempenhos diferentes; (x) redução dos custos iniciais de entrada no mercado, facilitando o surgimento de novos concorrentes; (xi) superação de eventuais limitações de acesso a tecnologias ou matérias-primas; (xii) menor alavancagem operacional, diminuindo a exposição da companhia a riscos e oscilações de balanço, pela redução de seus custos fixos; (xiii) maior flexibilidade para adaptação ao mercado; (xiv) não comprometimento de recursos que poderiam ser utilizados em setores estratégicos; (xv) diminuição da possibilidade de falhas de um setor se comunicarem a outros; e (xv) melhor adaptação a diferentes requerimentos de administração, know-how e estrutura, para setores e atividades distintas.

6. A Administração Pública, pautada pelo dever de eficiência (art. 37, caput, da Constituição), deve empregar as soluções de mercado adequadas à prestação de serviços de excelência à população com os recursos disponíveis, mormente quando demonstrado, pela teoria e pela prática internacional, que a terceirização não importa precarização às condições dos trabalhadores.

7. O art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93, ao definir que a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, representa legítima escolha do legislador, máxime porque a Lei n. 9.032/95 incluiu no dispositivo exceção à regra de não responsabilização com referência a encargos trabalhistas.

8. Constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93 já reconhecida por esta Corte em caráter erga omnes e vinculante: ADC 16, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 24/11/2010.

9. Recurso Extraordinário parcialmente conhecido e, na parte admitida, julgado procedente para fixar a seguinte tese para casos semelhantes: "O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93".

A leitura do inteiro teor do acórdão revela que não houve debates a respeito da extensão, possibilidade, vantagens e desvantagens da terceirização, razão pela qual as assertivas postas na ementa, sobre tais assuntos, não têm aplicação, por absoluta dissociação com o julgamento e com a matéria afetada. Pertinente, no particular, a observação feita, desde o início, pela eminente Ministra Rosa Weber, ao definir que o objeto do debate se restringiria ao Tema n. 246 de Repercussão Geral – Responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviço –, e ressaltar que não se confundia com o objeto da ADPF n. 324/DF, do ARE n. 713.211 (substituído pelo RE 958.252) e do ARE n. 791.932/DF:

"Os referidos recursos e a ação de descumprimento de preceito fundamental versam, em linhas gerais, sobre a possibilidade, ou não, de terceirização de qualquer atividade da empresa, inclusive daquela denominada atividade-fim, bem como sobre os parâmetros para a identificação do que representa, no âmbito da terceirização, tal atividade, **o que não guarda relação com o objeto do presente feito**, em que se busca definir se 'a Administração Pública responde subsidiariamente pelos encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviço'." (destaquei).

Feito esse primeiro esclarecimento, S. Exa., em erudito voto, demonstrou que, **não obstante ser vedada a transferência automática da responsabilidade trabalhista da empresa contratada ao ente público contratante**, consoante dicção expressa do artigo 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93, **caberia a imputação de responsabilidade subsidiária à Administração Pública**, se ficasse comprovada a sua culpa, em relação aos deveres legais de acompanhamento e fiscalização do contrato de prestação de serviços.

A princípio, convergiram os Exmos. Ministros Edson Fachin, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello. Igualmente seguiu a mesma compreensão o Exmo. Ministro Luiz Roberto Barroso, que sugeriu abordagem mais minuciosa a respeito do que se consideraria "fiscalização adequada" pelo ente público, a fim de melhor orientar o enquadramento dos fatos e a própria conduta do administrador.

Especificamente sobre os limites da fiscalização, merece destaque a crítica feita pelo Exmo. Ministro Edson Fachin, no sentido de que as portarias editadas pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, a respeito do tema, são excessivamente detalhadas e, por isso, praticamente inexequíveis, diante do volume de empresas contratadas pela Administração Pública:

"18. As IN n. 02/2008 e 03/2009 do MPOG, de modo geral, não definem expressamente o alcance que deve ser dado à fiscalização, ou seja, se esta deve se estender à integralidade das obrigações trabalhistas de cada contrato. O texto e a sistemática da IN n. 02/2008 levam a crer, contudo, em virtude da sua abrangência e da amplitude de seus termos, que, de modo geral, a integralidade das obrigações trabalhistas de todos os contratos devem ser fiscalizadas. É importante observar, todavia, que fogem a essa regra, os itens 1.2., 3 e 5 do Anexo IV, com redação conferida pela IN n. 6, de 23.12.2013, que prevêm, respectivamente, a fiscalização das anotações de CTPS, do cumprimento de jornadas de trabalho e de recolhimentos de contribuições previdenciárias e de FGTS por amostragem. Portanto, embora as instruções não definam a questão, pesam em prol de uma fiscalização integral quando não ressalvada expressamente a possibilidade de fiscalização por amostragem.

19. É importante ter em conta, ademais, que as referidas instruções MPOG – que determinam uma fiscalização extremamente detalhada e rigorosa dos terceirizados – foram provavelmente produzidas como resposta à sistemática condenação do Poder Público pela Justiça do Trabalho, independentemente da fiscalização exercida ou das medidas tomadas junto às empresas contratadas, quando constatado o inadimplemento. São normas defensivas, muito extensas, eventualmente de difícil compreensão ou execução, que prevêm uma fiscalização abrangente não porque se julga esta a providência mais adequada, mas sim para proteger a Administração, diante das decisões judiciais proferidas em seu desfavor. Levam em conta, ademais, a realidade de pessoal técnico e de recursos da União. Por isso, as instruções normativas do MPOG podem se configurar excessivas e não constituir um bom parâmetro a ser seguido para definir o que é uma fiscalização adequada por parte do Poder Público de qualquer nível da federação, apta a cumprir a afastar a configuração de *culpa in vigilando* e, ao mesmo tempo, não onerar excessivamente a opção por terceirizar um serviço."

A divergência foi inaugurada pelo Exmo. Ministro Luiz Fux. Afirmou S. Ex^a que **a Lei n. 9.032/95, ao prever a possibilidade de responsabilizar o ente público, solidariamente, pelos débitos previdenciários da empresa contratada, e nada mencionar acerca das dívidas trabalhistas, foi mensageira do que se costuma chamar de "silêncio eloquente"** ou, em outras palavras, sustentou que só caberia a responsabilização nos estreitos limites expressos na lei, nada além disso.

Foi seguido, em seu voto, pelos Exmos. Ministros Dias Toffoli, Marco Aurélio e Gilmar Mendes.

A propósito, permito-me tecer breves considerações, diante de algumas observações feitas nesse julgamento quanto à realidade dos julgados trabalhistas.

Ainda que haja decisões no âmbito desta Justiça Especializada que, de forma equivocada, tenham, em alguns casos, atribuído condenação indevida à Administração Pública, é certo que são passíveis de reforma pelos meios cabíveis, dentro dos preceitos inerentes ao devido processo legal.

Mas, com o devido respeito, distante se encontra esse fato da afirmação de que a Justiça do Trabalho "passou a bater carimbo, a assentar, de forma linear, pouco importando a comprovação, ou não, a culpa da Administração Pública, ante a ausência de vigilância na satisfação de direitos trabalhistas".

A posição consolidada na Súmula n. 331, V, do TST orientou apenas de forma persuasiva, como, aliás, é a característica dos verbetes anteriores ao atual sistema de precedentes, e foi fruto de amplos debates nesta Corte, a partir da experiência reiterada em dezenas de milhares de processos trazidos à apreciação de seus membros.

Em regra, nessas ações, os trabalhadores reivindicavam – como reivindicam – direitos básicos descumpridos pela contratante, **sob as vistas do tomador que, por lei, tem o dever de fiscalização**. Em sua grande maioria, postulam as verbas rescisórias previstas na CLT que, inclusive, estabelece prazo exíguo para seu pagamento, a partir da ruptura do contrato, considerando a natureza alimentar das parcelas e a provável situação de desemprego, apesar de haverem cumprido a sua obrigação de prestar os serviços e serem, em regra, dispensados sem nada receber.

Por esses mesmos fundamentos, parece-me de igual modo equivocada, com a devida vênia, a afirmação feita de que "**não tem um caso em que não se reconhece a responsabilidade do Estado**, portanto, a rigor, estão fazendo, de nossa decisão, algo lítero-poético-recreativo – por isso, esse amontoado de reclamações" (destaquei).

Sempre houve, neste ramo da Justiça, como também em todos os outros, grande respeito, além da devida obediência às decisões emanadas da Corte Suprema, a quem incumbe dar a última palavra sobre as matérias constitucionais. Todavia, não se pode imaginar, numa sociedade tão complexa e submetida ao Estado Democrático de Direito, a possibilidade de que um julgado, mesmo com efeito vinculante e *erga omnes*, como aquele oriundo de ação declaratória de constitucionalidade, seja capaz de reger automaticamente quaisquer fatos, sem nenhum espaço para o cotejo sistemático com outras normas e princípios do ordenamento jurídico.

Nesse contexto, quando o Supremo Tribunal Federal definiu, no julgamento da ADC n. 16, a constitucionalidade do artigo 71, § 1º da Lei n. 8.666/93, não significou a vedação absoluta ao reconhecimento da responsabilidade subsidiária do Poder Público. Aliás, a ementa do julgado foi expressa ao consignar que a vedação dizia – e diz – respeito à **transferência automática da responsabilidade**, o que não alcança e não se confunde com a condenação fundamentada na culpa *in vigilando*.

Ademais, uma simples pesquisa na jurisprudência desta Corte permite constatar a existência de inúmeras decisões que isentaram o ente público de qualquer responsabilidade trabalhista, a partir da tese consagrada na mencionada ação direta de constitucionalidade.

Para encerrar esse aparte, entendo pertinente mais um esclarecimento acerca do dever de fiscalizar atribuído ao Estado, no sentido de que não teria condições de analisar "se houve justa causa ou se não houve justa causa, se a multa é devida ou se a multa não é devida".

Ora, nunca se exigiu do Poder Público tal minúcia na fiscalização. A definição da modalidade de rescisão contratual, quando há dúvida (o que, aliás, é raro, já que em quase a totalidade das ações trabalhistas é incontroversa a dispensa sem justa causa), sempre coube ao Judiciário.

O acompanhamento que se esperava - e se espera, friso – da Administração Pública, com base na própria Lei de Licitações, é o cumprimento das obrigações trabalhistas rotineiras, como pagamento dos salários, recolhimentos previdenciários e de FGTS, além da quitação das verbas rescisórias descritas no TRCT, o que poderia ser feito mediante a exigência de apresentação, e conferência, dos documentos obrigatórios relacionados a essas parcelas, ainda que por amostragem, mesmo porque todo contrato possui designação de servidores encarregados da fiscalização de sua regular execução, inclusive com atribuição de responsabilidades de variadas naturezas, o que inclui o adimplemento das obrigações acessórias, neste caso resultantes do contrato de trabalho.

Feitos tais esclarecimentos, retomo o exame do precedente.

Na sessão de 15/02/2017, a Exma. Ministra Carmem Lúcia, então Presidente da Corte, proferiu voto alinhado à divergência e destacou:

"**13.** A alegada ausência de comprovação, em juízo, pela União, da efetiva fiscalização do contrato administrativo não substitui a necessidade de **‘prova taxativa no nexo de causalidade entre a conduta da Administração e o dano sofrido pelo trabalhador’**. Foi o que afirmei no julgamento da Reclamação 15342:

‘para se afirmar a responsabilidade subsidiária da Administração Pública por aqueles encargos, é imprescindível a prova taxativa do nexo de causalidade entre a conduta da Administração e o dano sofrido pelo trabalhador, a dizer, que se tenha comprovado peremptoriamente no processo tal circunstância. **Sem a produção dessa prova subsiste o ato administrativo e a Administração Pública exime-se da responsabilidade por obrigações trabalhistas em relação àqueles que não compõem os seus quadros.**’

Enfatizei que, ‘no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16/DF, **a imputação de responsabilidade subsidiária à Administração Pública desacompanhada da demonstração efetiva e suficiente da irregularidade de seu comportamento, comissivo ou omissivo, quanto à fiscalização do contrato de prestação de serviços, é "rigorosamente, fragorosamente e exemplarmente contrário à Constituição, porque o artigo 37, § 6º, trata de responsabilidade objetiva patrimonial ou extracontratual. Aqui é responsabilidade contratual"**’ (DJ 9.9.2011).

14. Anoto, como o fiz na divergência inaugurada pelo Ministro Luiz Fux, a previsão da Lei n. 9.032/1995 que, alterando o § 2º do art. 71 da Lei n. 8.666/93, restringiu a solidariedade entre a Administração Pública e o contratado, tão somente aos ‘encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991’". (destaquei)

Somaram-se, portanto, cinco votos a favor da proposta apresentada pela eminente Relatora e outros cinco no sentido da divergência.

Na última sessão de julgamento, realizada em 30/03/2017, o Exmo. Ministro Alexandre de Moraes, recém empossado na Corte, ao traçar o histórico do processo, ressaltou o que chamou de "desencontro hermenêutico" surgido com a ADC n. 16, sob a perspectiva da "extensão do dever de fiscalização contratual imputável ao Estado (tomador de serviços)" e sobre "como a desídia no cumprimento desse dever poderia ser apurada em juízo". Abordou, em postura crítica, as "plataformas da culpa presumida e da culpa *in vigilando*" e resumiu:

"Os densos votos até aqui proferidos, embora com algumas variações de fundamentação, buscaram solucionar o dissídio pelo acréscimo de duas coordenadas de decisão, ambas excludentes entre si. A primeira, balizada pelo exauriente voto da Ministra ROSA WEBER, com os complementos do Ministro ROBERTO BARROSO, postula que o ônus de comprovar a fiscalização dos contratos recaia sobre a Administração Pública, podendo o seu cumprimento adequado ser demonstrado inclusive por aplicação de metodologias de amostragem. Linha interpretativa antagônica, defendida por igual número de Ministros, rejeita a possibilidade de que a Administração Pública venha a responder por verbas trabalhistas de terceiros a partir de qualquer tipo de presunção, somente admitindo que isso ocorra caso a condenação esteja inequivocamente lastreada em elementos concretos de prova da falha na fiscalização do contrato."

E, considerando esse panorama, afirmou:

"O meu convencimento se associa à última corrente".

Ou seja, ao desempatar o julgamento, disse, claramente, que a razão estaria com a corrente que propôs restringir a responsabilidade da Administração Pública aos casos em que houvesse prova inequívoca e concreta do descumprimento do dever de fiscalizar.

Na sequência do raciocínio, complementou:

"No tocante às verbas trabalhistas devidas por terceiros, o art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 é mais do que claro ao exonerar o Poder Público da responsabilidade por pagamentos em caso de inadimplência, e o silêncio da Lei 9.032/95 sobre isso apenas confirmou a mensagem legal que já existia anteriormente.

(...)

A meu ver, portanto, **a consolidação da responsabilidade do Estado por débitos trabalhistas de terceiros, alavancada pela premissa da inversão do ônus da prova em favor do trabalhador, representa claro risco de desestímulo à colaboração da iniciativa privada com a Administração Pública**, estratégia essencial para que o Estado brasileiro consiga se modernizar.

(...)

Não me parece que seja automaticamente dedutível, da conclusão deste julgamento, um dever estatal de fiscalização do pagamento de toda e qualquer parcela, rubrica por rubrica, verba por verba, devida aos trabalhadores. **O que pode induzir à responsabilização do Poder Público é a comprovação de um comportamento sistematicamente negligente em relação aos terceirizados; ou seja, a necessidade de prova do nexo de causalidade entre a conduta comissiva ou omissiva do Poder Público e o dano sofrido pelo trabalhador.** Se não houver essa fixação expressa, clara e taxativa por esta Corte, estaremos possibilitando, novamente, outras interpretações que acabem por afastar o entendimento definitivo sobre a responsabilização da Administração Pública nas terceirizações, com a possibilidade de novas condenações do Estado por mero inadimplemento e, conseqüentemente a manutenção do desrespeito à decisão desta Corte na ADC 16." (destaquei).

Voltando-se, então, para o caso concreto analisado naquela oportunidade, concluiu:

"O caso concreto não tem elementos suficientes para permitir a caracterização dessa responsabilidade. Não houve a comprovação real de um comportamento sistematicamente negligente em relação aos terceirizados; não há prova do nexo de causalidade entre a conduta comissiva ou omissiva do Poder Público e o dano sofrido pelo trabalhadora.

Voto, portanto, pedindo vênias a eminente Relatora, com a divergência inaugurada pelo Min. LUIZ FUX, conheço parcialmente do recurso extraordinário da União e voto pelo seu provimento."

Encerrado o julgamento, pelos fundamentos acima expostos, passou-se à discussão da tese de repercussão geral que seria fixada.

Após alguns debates, **houve opção expressa por tese minimalista e por não se vedar totalmente a possibilidade de responsabilização do Poder Público – matéria, aliás, objeto de julgamento na ADC n. 16, já referida –, mas apenas restringi-la aos casos em que se constatasse, como já demonstrado anteriormente, prova concreta e inequívoca da ausência sistemática de fiscalização.** Para tanto, recorreu-se, novamente, ao conceito indeterminado de transferência "automática" da reponsabilidade, a reforçar a necessidade de se extrair dos fundamentos da decisão, sua real extensão.

Finalmente, o Exmo. Ministro Luiz Roberto Barroso propôs fixar, apenas como *obiter dictum*, que a fiscalização por amostragem já atenderia à exigência legal:

"Portanto, eu diria, pelo menos em *obiter dictum*, que a fiscalização adequada por amostragem satisfaz o dever de fiscalização e eu diria que a inércia diante de inequívoca denúncia de violação de deveres trabalhistas gera responsabilidade. Diria isso como *obiter dictum*, para que nós sinalizemos para a Justiça do Trabalho o que nós achamos que é comportamento inadequado."

Não houve votação quanto a essa proposta específica.

Por todo o exposto, compreendi, acompanhado pelos membros da Egrégia 7ª Turma, que a *ratio decidendi* da decisão proferida pelo STF no julgamento do RE n. 760.931 seria: **a condenação subsidiária do Poder Público tomador de serviços, em relação às empresas contratadas por meio de licitação, depende de prova robusta e inequívoca da ausência sistemática de fiscalização, quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas pela prestadora, ônus que incumbe ao empregado.**

Com efeito, pareceu-me, do exame detalhado da decisão, haver sido firmada a tese de que pertencia ao empregado a incumbência de demonstrar a falta de fiscalização pelo ente público. Em reforço a essa conclusão, passei a citar o Informativo n. 862 do Supremo Tribunal Federal, de abril de 2017, **a partir de decisão do Plenário da Corte:**

“O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993. Com esse entendimento, **o Plenário**, em conclusão de julgamento e por maioria, conheceu em parte e, na parte conhecida, deu provimento a recurso extraordinário em que discutida a responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviço. **Na origem, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) manteve a responsabilidade subsidiária de entidade da Administração Pública tomadora de serviços terceirizados pelo pagamento de verbas trabalhistas não adimplidas pela empresa contratante. Isso ocorreu em razão da existência de culpa "in vigilando" do órgão público, caracterizada pela falta de acompanhamento e fiscalização da execução de contrato de prestação de serviços, em conformidade com a nova redação dos itens IV e V do Enunciado 331 da Súmula do TST.** A recorrente alegava, em suma, que o acórdão recorrido, ao condenar subsidiariamente o ente público, com base no art. 37, § 6º, da Constituição Federal (CF), teria desobedecido ao conteúdo da decisão proferida no julgamento da ADC 16/DF (DJE de 9.9.2011) e, conseqüentemente, ao disposto no art. 102, § 2º, da CF. Afirmava que o acórdão recorrido teria declarado a inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993, embora a norma tenha sido declarada constitucional no julgamento da ADC 16/DF. Sustentava violação dos arts. 5º, II, e 37, "caput", da CF, por ter o TST inserido no item IV do Enunciado 331 da sua Súmula obrigação frontalmente contrária ao previsto no art. 71, § 1º, da Lei de Licitações. Defendia, por fim, que a culpa "in vigilando" deveria ser provada pela parte interessada, e não ser presumida — v. Informativos 852, 853, 854 e 859. **Prevaleceu o voto do ministro Luiz Fux, que foi acompanhado pelos ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia (Presidente) e Alexandre de Moraes.** A Corte entendeu que uma interpretação conforme do art. 71 da Lei 8.666/1993, com o reconhecimento da responsabilidade subsidiária da Administração Pública, infirma a decisão tomada no julgamento da ADC 16/DF (DJE de 9.9.2011), nulificando, por conseguinte, a coisa julgada formada sobre a declaração de

constitucionalidade do dispositivo legal. Observou que, com o advento da Lei 9.032/1995, o legislador buscou excluir a responsabilidade subsidiária da Administração, exatamente para evitar o descumprimento do disposto no art. 71 da Lei 8.666/1993, declarado constitucional pela Corte. **Anotou que a imputação da culpa "in vigilando" ou "in elegendo" à Administração Pública, por suposta deficiência na fiscalização da fiel observância das normas trabalhistas pela empresa contratada, somente pode acontecer nos casos em que se tenha a efetiva comprovação da ausência de fiscalização. Nesse ponto, asseverou que a alegada ausência de comprovação em juízo da efetiva fiscalização do contrato não substitui a necessidade de prova taxativa do nexo de causalidade entre a conduta da Administração e o dano sofrido.** Ao final, pontuou que a Lei 9.032/1995 (art. 4º), que alterou o disposto no § 2º do art. 71 da Lei 8.666/1993, restringiu a solidariedade entre contratante e contratado apenas quanto aos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei 8.212/1991. **Vencida a ministra Rosa Weber (relatora), acompanhada pelos ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello, que negavam provimento ao recurso. Concluíam:** a) pela impossibilidade de transferência automática para a Administração Pública da responsabilidade subsidiária pelo descumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa terceirizada; b) pela viabilidade de responsabilização do ente público, em caso de culpa comprovada em fiscalizar o cumprimento dessas obrigações; e c) **pela competência da Administração Pública em comprovar ter fiscalizado adequadamente o cumprimento das obrigações trabalhistas pelo contratado.** RE 760931/DF, rel. orig. Min. Rosa Weber, red. p/ o ac. Min. Luiz Fux, julgamento em 26.4.2017.” (RE-760931)

Outras Turmas desta Corte seguiram a mesma direção:

"[...] I - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. ÔNUS DA PROVA. AUSÊNCIA DE CULPA *IN VIGILANDO*. Ante a possível demonstração de contrariedade à Súmula 331, V, do TST, dou provimento ao agravo de instrumento para determinar a conversão prevista nos §§ 5º e 7º do artigo 897 da CLT. Agravo de instrumento conhecido e provido. II - RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. ÔNUS DA PROVA. AUSÊNCIA DE CULPA *IN VIGILANDO*. Ao julgar a ADC 16, o STF decidiu que o art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93 é constitucional, mas que isso não impede a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, desde que constatado que o ente público agiu com *culpa in vigilando*. Registre-se, ainda, a decisão do STF no RE n. 760.931, com repercussão geral, que atribuiu o ônus da prova da ausência de fiscalização ao trabalhador. No caso, o Regional atribuiu o ônus da prova da fiscalização à entidade pública, circunstância que contraria o entendimento do Supremo Tribunal Federal. Dessa forma, em

face da atribuição do ônus da prova ao ente público e, diante da ausência de elementos que evidenciam a sua culpa, deve ser afastada a responsabilidade subsidiária a ele atribuída. Recurso de revista conhecido por contrariedade à Súmula 331, V, do TST e provido" (RR-143-45.2014.5.05.0030, 3ª Turma, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 25/10/2019);

"RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. NÃO DEMONSTRAÇÃO DA CONDUTA CULPOSA. PROVIMENTO. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADC n. 16, ao declarar a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993, firmou posição de que o mero inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empresa prestadora de serviços não transfere à Administração Pública, de forma automática, a responsabilidade pelo pagamento do referido débito. Ressaltou, contudo, ser possível a imputação da mencionada responsabilidade, quando evidenciada a sua conduta culposa, caracterizada pelo descumprimento de normas de observância obrigatória, seja na escolha da empresa prestadora de serviços (culpa *in eligendo*) ou na fiscalização da execução do contrato (culpa *in vigilando*). Ainda sobre a conduta culposa, o STF tem entendido que a conclusão da sua demonstração não pode decorrer de mera presunção, baseada no simples inadimplemento da empresa prestadora de serviços, e desvinculada do exame probatório. Para esses casos, aquela excelsa Corte tem decidido que a responsabilização subsidiária do ente público ofende a autoridade da decisão proferida no julgamento da ADC n° 16. **Com supedâneo na decisão do STF, esta Corte Superior vem entendendo que cabe ao empregado terceirizado o encargo de demonstrar a conduta culposa da Administração Pública na fiscalização do contrato de prestação de serviços, por ser fato constitutivo do seu pretendido direito, sendo inadmissível, na espécie, a inversão do ônus probatório.** Precedentes. Na hipótese, depreende-se da leitura do acórdão recorrido que o egrégio Tribunal Regional, em descompasso com a decisão do STF, reconheceu a responsabilidade subsidiária do ente tomador de serviços, sem que fossem observados os critérios exigidos para a demonstração da conduta culposa da Administração Pública. Ao assim decidir, acabou por responsabilizar o ente público de forma automática, procedimento que destoava do entendimento sufragado no julgamento da ADC n° 16, bem como na Súmula n° 331, V. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento" (RR-10569-69.2016.5.03.0138, 4ª Turma, Relator Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, DEJT 29/11/2019);

"RECURSO DE REVISTA. NÃO REGIDO PELA LEI 13.015/2014. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. AUSÊNCIA DE PREMISSAS QUE EVIDENCIEM A CONDUTA CULPOSA DA ENTIDADE PÚBLICA. SÚMULA 331 DO TST. 1. A Suprema Corte, ao julgar a ADC 16/DF e proclamar a constitucionalidade do § 1º do artigo 71 da Lei 8.666/93, não afastou a possibilidade de imputação da responsabilidade subsidiária aos entes da Administração Pública, por dívidas trabalhistas mantidas por empresas de terceirização por eles contratadas, desde que configurada conduta culposa, por omissão ou negligência, no acompanhamento da execução dos contratos de terceirização celebrados, nos moldes da Súmula 331, V, do TST. Mais recentemente, no julgamento do RE 760931, em 30/3/2017, o Supremo Tribunal Federal, em regime de repercussão geral, consolidou a tese jurídica no sentido de que 'O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do artigo 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93". 2. A partir da análise dos fundamentos lançados no debate travado no âmbito do Supremo Tribunal Federal para se concluir acerca da responsabilização do Ente da Administração Pública, em caráter excepcional, deve estar robustamente comprovada sua conduta culposa, não se cogitando de responsabilidade objetiva ou de transferência automática da responsabilidade pela quitação dos haveres em razão do simples inadimplemento das obrigações trabalhistas pela prestadora de serviços. Ademais, **tem-se que compete ao Autor da ação o ônus probatório quanto à conduta culposa do tomador de serviços**. 3. A imputação da culpa *in vigilando* pela ausência de pagamento de verbas devidas ao empregado ou pela falta de apresentação de provas da fiscalização por parte do tomador de serviços não autoriza a condenação subsidiária. Nesse cenário, reconhecida a responsabilidade subsidiária da entidade pública sem a premissa fática indispensável para caracterizar a sua conduta culposa, resta demonstrada a contrariedade à Súmula 331 do TST. Recurso de revista conhecido e provido" (RR-2133-08.2012.5.11.0052, 5ª Turma, Relator Ministro Douglas Alencar Rodrigues, DEJT 29/11/2019);

"ENTE PÚBLICO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. 1 - Aconselhável o provimento do agravo de instrumento para melhor exame do recurso de revista quanto à alegada violação do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93. 2 - Agravo de instrumento a que se dá provimento. II - RECURSO DE REVISTA. LEI N. 13.015/2014. PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. - PETROBRAS. ENTE PÚBLICO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. 1 - Conforme o Pleno do STF (ADC n. 16/DF e Agravo Regimental em Reclamação n. 16.094) e o Pleno do TST (item V da Súmula n. 331), relativamente às obrigações trabalhistas, é vedada a transferência automática para o ente público, tomador de serviços, da responsabilidade da empresa prestadora de serviços; a responsabilidade subsidiária não decorre do mero inadimplemento da empregadora, mas da culpa do ente público

no descumprimento das obrigações previstas na Lei n. 8.666/93 . 2 - No voto do Ministro Relator da ADC n. 16/DF, Cezar Peluso, constou a ressalva de que a vedação de transferência consequente e automática de encargos trabalhistas, ‘não impedirá que a Justiça do Trabalho recorra a outros princípios constitucionais e, invocando fatos da causa, reconheça a responsabilidade da Administração, não pela mera inadimplência, mas por outros fatos’. Contudo, **a Sexta Turma do TST, por disciplina judiciária, a partir da Sessão de Julgamento de 25/3/2015, passou a seguir a diretriz fixada em reclamações constitucionais nas quais o STF afastou a atribuição do ônus da prova ao ente público nessa matéria.** 3 - O Pleno do STF, em repercussão geral, com efeito vinculante, no RE n. 760.931, Redator Designado Ministro Luiz Fux, fixou a seguinte tese: ‘O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93’ Nos debates no julgamento do RE n. 760.931, o Pleno do STF deixou claro que o art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993, ao estabelecer que ‘a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, (...) não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento’, veda a transferência automática, objetiva, sistemática, e não a transferência fundada na culpa do ente público. Embora não tenham constado na tese vinculante, no julgamento do RE n. 760.931 foram decididas as seguintes questões: a) **ficou vencido o voto da Ministra Relatora Rosa Weber de que o ônus da prova seria do ente público;** b) a maioria julgadora entendeu que o reconhecimento da culpa do ente público exige elemento concreto de prova, não se admitindo a presunção (como são os casos da distribuição do ônus da prova e do mero inadimplemento) . 4 - Recurso de revista a que se dá provimento. Fica prejudicado o exame dos temas remanescentes." (RR-6010-35.2014.5.01.0481, 6ª Turma, Relatora Ministra Kátia Magalhães Arruda, DEJT 25/10/2019).

Apesar de, pessoalmente, possuir grandes reservas à tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal, **ao atribuir o ônus da prova ao empregado**, sobretudo pelo fato de permitir caracterizar o que a doutrina denomina de "prova diabólica", diante da dificuldade de sua obtenção, alinhei-me ao entendimento aderente a essa tese, refletida em inúmeros julgados de minha relatoria no âmbito da 7ª Turma, **justamente por compreender que a Corte Constitucional havia emitido esse direcionamento à questão.**

Contudo, **após nova reflexão sobre o caso, provocado pelo julgamento dos embargos de declaração opostos em face da decisão acima referida, entendo cabível a mudança do posicionamento até então adotado.**

Com efeito, a fim de esclarecer eventuais pontos obscuros, **especialmente quanto ao ônus da prova**, o voto proferido pelo redator designado, Ministro Luiz Fux, rememorou trechos do julgamento anterior para reforçar a sua compreensão de ser atribuído ao empregado. Inicialmente, renovou os fundamentos que, na sua compreensão, prevaleceram na decisão proferida, a partir dos votos condutores: a) **não ser possível a responsabilização automática da Administração Pública**, isto é, decorrente do **mero inadimplemento** das obrigações resultantes do contrato de trabalho;

b) ser necessária a **prova inequívoca da conduta culposa** e causadora de danos aos empregados da empresa contratada, ou seja, condenação baseada em **elementos concretos** de prova da falha na fiscalização do contrato; c) não ser cabível a **inversão do ônus da prova** ou a presunção de culpa:

"Passo a analisar, em primeiro lugar, as situações em que o acórdão recorrido reconheceu a subsidiariedade da responsabilidade administrativa por débitos trabalhistas de contratados. A análise dos votos proferidos neste Plenário por ocasião do julgamento do mérito do Recurso Extraordinário revela que os seguintes parâmetros foram adotados pela maioria: (i) o mero inadimplemento das obrigações trabalhistas pelo contratado não atrai a responsabilidade do poder público contratante; (ii) para que se configure a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, é necessária a comprovação inequívoca de sua conduta culposa e causadora de dano aos empregados do contratado; e (iii) é indevida a inversão do ônus da prova ou a presunção de culpa.

[...]

Linha interpretativa antagônica, defendida por igual número de Ministros, rejeita a possibilidade de que a Administração Pública venha a responder por verbas trabalhistas de terceiros a partir de qualquer tipo de presunção, somente admitindo que isso ocorra caso a condenação esteja inequivocamente lastreada em elementos concretos de prova da falha na fiscalização do contrato.

O meu convencimento se associa a última corrente.

[...]

O que pode induzir a responsabilização do Poder Público é a comprovação de um comportamento sistematicamente negligente em relação aos terceirizados; ou seja, a necessidade de prova do nexo de causalidade entre a conduta comissiva ou omissiva do Poder Público e o dano sofrido pelo trabalhador".

(Voto do Min. Alexandre de Moraes, fls. 320 a 323 do acórdão)

[...]

para se afirmar a responsabilidade subsidiária da Administração Pública por aqueles encargos, é imprescindível a prova taxativa do nexo de causalidade entre a conduta da Administração e o dano sofrido pelo trabalhador, a dizer, que se tenha comprovado peremptoriamente no processo tal circunstância. Sem a produção dessa prova subsiste o ato administrativo e a Administração Pública exime-se da responsabilidade por obrigações trabalhistas em relação àqueles que não compõem os seus quadros."

(Voto da Min. Cármen Lúcia, fls. 314 do acórdão)

[...]

"perfilho esse entendimento ressaltando que a adoção, seja do modelo de responsabilidade objetiva, que era a primeira posição do enunciado do TST, seja o modelo de culpa presumida com a prática que o TST adotou, violam claramente, sem nenhum reboço, a decisão do Supremo na ADC 16".

(Voto do Min. Gilmar Mendes, fls. 229 do acórdão)

Não tenho como, Presidente, hígido o artigo 71 da Lei n. 8.666/1993, no que afasta a responsabilidade da Administração Pública, partir para o que tenho como extravagante e *assentar*, apesar da presunção decorrente desse artigo, de não haver responsabilidade, *incumbir à contratante a prova*."

(Voto do Min. Marco Aurélio, fls. 234 do acórdão)

"eu vou rogar vênia à eminente Relatora, por seu magnífico voto aqui proferido, rogar vênia aos eminentes Colegas que a acompanharam, para me somar à divergência aberta pelo Ministro Luiz Fux e, também, ao belíssimo voto trazido pelo Ministro Marco Aurélio."

(Voto do Min. Dias Toffoli, fls. 252 do acórdão)

"A atribuição do ônus de provar a inexistência de culpa pelo inadimplemento à Administração Pública subverteria, ainda, a presunção de legitimidade dos atos administrativos. Afinal, estar-se-ia inaugurando um regime de atuação ilegal a priori por parte dos agentes públicos que realizaram a contratação e acompanharam a execução da avença pelo particular. É inconcebível admitir que os sujeitos integrantes da Administração atuam, em regra, com desídia em suas funções, bem como que provocam rotineiramente o não pagamento dos empregados das sociedades contratadas".

Analizou detidamente a questão jurídica e **sedimentou a conclusão no sentido de não ser possível a inversão do ônus da prova ou presunção de culpa da administração.**

Contudo, S. Ex^a, o Ministro Fux, **ficou vencido. Prevaleceu, no âmbito Colegiado, a compreensão de que a decisão não comportaria os esclarecimentos propostos, sob pena de se ampliar o que de fato havia sido decidido.**

Constou na ementa da decisão:

"2. Não se caracteriza obscuridade, pois, conforme está cristalino no acórdão e na respectiva tese de repercussão geral, a responsabilização subsidiária do poder público não é automática, dependendo de comprovação de *culpa in eligendo ou culpa in vigilando*, **o que decorre da inarredável obrigação da administração pública de fiscalizar os contratos administrativos firmados sob os efeitos da estrita legalidade**" – destaques da transcrição.

Destaco trechos dos votos prevaletentes, desta feita no julgamento dos embargos de declaração:

Ministra Cármen Lúcia:

"Porém, quando uma empresa é contratada, o empregado vem e trabalha, e a Administração Pública, pela mesma Lei n. 8.666, tem o dever, a obrigação, a imposição de seguir esse contrato e ver se está sendo devidamente pago, até porque ela repassa esse dado. Vamos dar o exemplo do Supremo Tribunal Federal: nós temos gestores de contratos aqui – no TSE, pelo menos, eram mais de 200 gestores de contratos –, com número

também significativo; então, houve omissão da Administração que não cumpriu o seu dever, e com isso, a empresa não pagou, e o ônus fica em cima do trabalhador, e ele não tem...

O que parece aqui ter ficado acertado é que concluímos, por maioria, que é constitucional; **concluímos, por maioria, que não pode haver o repasse automático dessa responsabilidade.** Entretanto, dissemos: **quando a Administração Pública não cumprir também o seu dever - porque a Administração não pode ser omissa, não pode ser recalcitrante, não pode ser leve e deixar que o trabalhador é que fique com o ônus -**, comprova-se a situação que Vossa Excelência chama de excepcional em que, comprovada essa ausência de atuação obrigatória da Administração Pública, permitir-se-ia, então, que ela respondesse.

Acho que foi isso que ficou deliberado".

Ministro Edson Fachin:

"E não há obscuridade **quanto à responsabilização do Estado pelas verbas trabalhistas inadimplidas pelos contratados, desde que, conforme está cristalino no acórdão e na respectiva tese de repercussão geral, houver comprovação de culpa *in eligendo* ou culpa *in vigilando* por parte do Poder Público, o que se impõe diante de sua inarredável obrigação de fiscalizar os contratos administrativos firmados sob os efeitos da estrita legalidade.**

A responsabilidade não é automática, conforme preconizou o legislador infraconstitucional, no artigo 71, §1º, da Lei de Licitações, **mas não pode o poder público dela eximir-se quando não cumpriu com o seu dever de primar pela legalidade estrita na escolha ou fiscalização da empresa prestadora de serviços.**

Ante o exposto, rejeito os presentes embargos declaratórios".

Ministra Rosa Weber

"Peço vênias e acompanho a divergência, rejeitando os três embargos de declaração".

Ministro Ricardo Lewandowski

"Senhor Presidente, eu vou pedir vênias ao Relator e acompanhar a divergência.

Nós não podemos inserir, em julgamento de embargos de declaração, uma série de componentes novos, que não foram discutidos, sob pena de ficarmos sujeitos a novos embargos de declaração para discutir ponto por ponto daquilo que agora inseriríamos na nossa decisão."

Ministro Marco Aurélio

"Acompanho o ministro Luiz Edson Fachin, desprovido os três declaratórios".

Após o referido julgamento, o posicionamento jurisprudencial de que não teria havido manifestação acerca do ônus da prova, quer no sentido de pertencer ao empregado, quer no de ser incumbência do Poder Público, passou a ser adotada também na resolução de Reclamações Constitucionais submetidas à apreciação daquela Corte:

"RECLAMAÇÃO. TERCEIRIZAÇÃO. REALIZAÇÃO DE SERVIÇOS DA ATIVIDADE-FIM. DÉBITOS TRABALHISTAS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 71, § 1º, DA LEI N. 8.666/1993. AFRONTA À AUTORIDADE DAS DECISÕES PROFERIDAS NA ADC N. 16 E NO RE 760.931-RG. ANÁLISE DE CULPA DA ADMINISTRAÇÃO PELA CORTE RECLAMADA. AUSÊNCIA. ALEGAÇÃO DE AFRONTA À SÚMULA VINCULANTE 10. ART. 25, § 1º, DA LEI 8.987/95. RESSALVA DO ENTENDIMENTO DA RELATORA. PROCEDÊNCIA. (...) 2. A questão jurídica objeto da presente reclamação constitucional consiste tanto na desobediência da Súmula Vinculante n. 10 quanto na violação da autoridade da decisão deste Supremo Tribunal Federal proferida no julgamento da ADC n. 16 e do RE n. 760.931-RG. (...) 16. obsta a tese da repercussão geral (Tema n. 246) que se impute a responsabilidade à Administração Pública tão somente como corolário do mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa contratada, entendimento por mim já adotado inúmeras vezes, à luz das balizas anteriormente firmadas por esta Casa ao exame da ADC 16. 17. Assim, entendo que o reconhecimento judicial da responsabilidade subsidiária da Administração Pública, nas hipóteses em que, examinado o caso concreto, restar evidenciada conduta omissiva culposa, opera-se não somente em perfeita harmonia à tese da repercussão geral fixada no bojo do RE 760.931, como também ao quanto decidido na ADC 16, e, nesse sentido, em estrita conformidade com o ordenamento jurídico (Lei n. 8.666/93). 18. Respeitadas tais premissas, entendo que a decisão reclamada - ao concluir que a responsabilidade subsidiária é medida que se impõe como via alternativa para se evitar que o ilícito trabalhista favoreça aquele que indevidamente se beneficiou do labor do empregado -, reconheceu a incidência da responsabilidade subsidiária da tomadora pelos direitos trabalhistas, sem que a questão da culpa tenha sido analisada no caso concreto. **19. Limitado, outrossim, o julgamento da ADC 16 a obstaculizar a responsabilização subsidiária automática da Administração Pública - como mera decorrência do inadimplemento da prestadora de serviços -, não resultou enfrentada a questão da distribuição do ônus probatório, tampouco estabelecidas balizas para a apreciação da prova ao julgador, a inviabilizar o manejo da reclamação com espeque em alegada afronta à ADC 16 sob tais enfoques**, conforme já decidido em várias reclamações: Rcl 14832/RS, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 19.11.2012 , Rcl

15194/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe 18.3.2013, Rcl 15385/MG, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 15.3.2013. **20. No ponto, cumpre igualmente assentar que, ao julgamento do RE 760.931, esta Suprema Corte, muito embora tenha debatido aspectos acerca das regras de distribuição do ônus da prova na espécie, culminou por não fixar balizas, respeitada, a meu juízo, a soberania das instâncias ordinárias no exame do acervo fático-probatório, cujo revolvimento é de todo vedado na instância extraordinária, assim como no bojo da reclamação constitucional.** 21. Por outro lado, consabido que a via estreita da reclamação não pode ser utilizada para reexame do ato reclamado, porquanto não se presta à substituição de espécie recursal, não compete ao STF, na presente ação, aferir o acerto, ou não, da interpretação conferida pelo órgão fracionário do Tribunal reclamado aos aspectos fáticos constantes dos autos. 22. Nesse contexto, torno a enfatizar que o reconhecimento da responsabilidade subsidiária do tomador de serviços ocorreu de forma automática, sem que houvesse juízo de valoração dos elementos da responsabilidade subsidiária (da conduta do reclamante no seu dever de fiscalização do cumprimento de obrigação que lhe é imposta pela Lei 8.666/93). 23. Diante do exposto, com espeque no art. 21, § 1º, do RISTF, julgo procedente a presente reclamação para cassar o ato reclamado e determinar que outra decisão seja proferida, em obediência ao que preceituado na ADC n. 16 e no RE 760.931, assim como em atenção à Súmula Vinculante 10/STF. Publique-se. Brasília, 11 de outubro de 2019. Ministra Rosa Weber Relatora (Rcl 34248, Relator(a): Min. ROSA WEBER, julgado em 11/10/2019, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-224 DIVULG 14/10/2019 PUBLIC 15/10/2019)

Portanto, em sede de embargos de declaração, o Supremo Tribunal Federal deixou claro que **a matéria pertinente ao ônus da prova não foi por ele definida, ao fixar o alcance do Tema 246. Permite, assim, que a responsabilidade subsidiária seja reconhecida, mas sempre de natureza subjetiva, ou seja, faz-se necessário verificar a existência de culpa *in vigilando*.**

Certamente assim o fez motivado pelo fato de ser matéria infraconstitucional, na linha de remansosa e antiga jurisprudência revelada pelos julgados que ora transcrevo, com destaques inseridos:

"ACÓRDÃO QUE DECIDIU CONTROVÉRSIA ACERCA DA DISTRIBUIÇÃO DOS ÔNUS DA PROVA COM BASE EXCLUSIVAMENTE NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL PERTINENTE. Hipótese em que ofensa à Carta da República, se existente, seria reflexa e indireta, não ensejando a abertura da via extraordinária. Incidência, ainda, das Súmulas 282 e 356 desta Corte. Agravo desprovido". (AI 405738 AgR, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 12/11/2002, DJ 19-12-2002 PP-00082 EMENT VOL-02096-23 PP-05078);

"Processual. Tempestividade de recurso. Fundamento da decisão agravada inatcado. **Ônus da prova. Controvérsia infraconstitucional.** Ofensa indireta à CF. Reexame de fatos e provas (Súmula 279). Regimental não provido" (AI 439571 ED-AgR, Relator(a): Min. NELSON JOBIM, Segunda Turma, julgado em 03/02/2004, DJ 26-03-2004 PP-00021 EMENT VOL-02145-07 PP-01320);

"EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO. ILEGITIMIDADE *AD CAUSAM*, **INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA** E DANOS MORAIS. 1. Necessidade de análise de **matéria infraconstitucional: ofensa constitucional indireta.** Precedentes. 2. Reexame de fatos e provas. Súmula n. 279 do Supremo Tribunal Federal. 3. Agravo regimental ao qual se nega provimento". (ARE 701091 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 11/09/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-187 DIVULG 21-09-2012 PUBLIC 24-09-2012);

"CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL. USO DE EQUIPAMENTO DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL E AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA EFICÁCIA. **ÔNUS DA PROVA. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL.** REEXAME DE FATOS E DE PROVAS. SÚMULA 279/STF. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Segundo a jurisprudência do STF, **o reexame da distribuição do ônus da prova é matéria infraconstitucional.** Sendo assim, o recurso extraordinário não é o meio processual adequado para o exame dos pressupostos fáticos para a definição do ônus da prova da eficácia do equipamento de proteção individual, a teor do óbice da Súmula 279/STF ("Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário"). 2. Agravo regimental a que se nega provimento". (RE 783235 AgR, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 24/06/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-159 DIVULG 18-08-2014 PUBLIC 19-08-2014);

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE EXECUÇÃO. **ÔNUS DA PROVA.** IMPUGNAÇÃO DOS CÁLCULOS DA CONTADORIA JUDICIAL. **DEBATE DE ÂMBITO INFRACONSTITUCIONAL.** RECURSO EXTRAORDINÁRIO QUE NÃO MERECE TRÂNSITO. REELABORAÇÃO DA MOLDURA FÁTICA. PROCEDIMENTO VEDADO NA INSTÂNCIA EXTRAORDINÁRIA. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 19.12.2013. O entendimento adotado pela Corte de origem, nos moldes do que assinalado na decisão agravada, não diverge da jurisprudência firmada no âmbito deste Supremo Tribunal Federal. Entender de modo diverso demandaria a reelaboração da moldura fática delineada no acórdão de origem, o que torna oblíqua e reflexa eventual ofensa,

insuscetível, portanto, de viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário. As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada. Agravo regimental conhecido e não provido". (ARE 830441 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 02/12/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-248 DIVULG 16-12-2014 PUBLIC 17-12-2014);

"EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Certidão da dívida ativa. Inclusão dos sócios/administradores. Circunstâncias do art. 135 do CTN. **Ônus da prova. Questão infraconstitucional.** Necessidade de revolvimento de fatos e provas. Súmula 279/STF. 1.O Superior Tribunal de Justiça decidiu a controvérsia exclusivamente com base no art. 135, CTN. Assim, a afronta aos dispositivos constitucionais suscitados no recurso extraordinário seria, se ocorresse, indireta ou reflexa, o que é insuficiente para amparar o apelo extremo. 2. Para dissentir do que decidido na origem, necessário seria o revolvimento do conjunto fático probatório, providência vedada, a teor da Súmula n. 279 do STF. 3.Agravo regimental não provido". (ARE 877839 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 06/10/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-224 DIVULG 10-11-2015 PUBLIC 11-11-2015);

"Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Civil. 3. Contrato bancário. Inscrição em serviço de proteção ao crédito. Necessidade de reexame do acervo probatório. Súmula 279. 4. **Distribuição do ônus da prova. Matéria infraconstitucional. Ofensa reflexa à Constituição Federal.** Precedentes. 5. Fundamentação suficiente. 6. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 7. Agravo regimental a que se nega provimento". (ARE 953883 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 18/11/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-258 DIVULG 02-12-2016 PUBLIC 05-12-2016);

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. TEMA 13. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. LEI 8.620/93. CTN. OFENSA REFLEXA. SÚMULA 279. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. MULTA APLICADA. I – O STF considerou inconstitucional parte do art. 13 da Lei 8.620/93 (Tema 13 - RE 562.276). Essa matéria, portanto, será regulada pelo disposto no CTN. II – O acórdão recorrido se baseou no CTN, em **ônus da prova** e em ausência de comprovação. **Alegação de ofensa indireta ou reflexa à Constituição, inviável de ser analisada em recurso extraordinário, por demandar a interpretação de legislação infraconstitucional.** Pretensão que esbarra no óbice previsto na Súmula 279 do STF. III – Agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação de multa (art. 1.021, § 4º, do CPC)." (ARE 989497 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 25/11/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-260 DIVULG 06-12-2016 PUBLIC 07-12-2016);

"Agravo regimental nos embargos de declaração no recurso extraordinário com agravo. Direito Processual Civil. Reparação de danos. Erro médico. Ilegitimidade passiva. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. **Inversão do ônus da prova**. Hipóteses de cabimento do agravo de instrumento na origem. Legislação infraconstitucional. Ofensa reflexa. Fatos e provas. Reexame. Impossibilidade. Precedentes. 1. **Não se presta o recurso extraordinário para a análise da legislação infraconstitucional**, tampouco para o reexame dos fatos e das provas constantes dos autos (Súmula n. 279/STF). 2. Agravo regimental não provido, com imposição de multa de 1% (um por cento) do valor atualizado da causa (art. 1.021, § 4º, do CPC). 3. Havendo prévia fixação de honorários advocatícios pelas instâncias de origem, seu valor monetário será majorado em 10% (dez por cento) em desfavor da parte recorrente, nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, observados os limites dos §§ 2º e 3º do referido artigo e a eventual concessão de justiça gratuita". (ARE 1224559 ED-AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 11/11/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-264 DIVULG 03-12-2019 PUBLIC 04-12-2019).

Em consequência, ficará a cargo de definição por esta Corte, o que autoriza a revisão de sua jurisprudência, até porque muitos votos proferidos desde então consignam ressalvas de entendimentos dos Ministros que a integram, por consideraram que **o dever de fiscalização também é consequência direta da aplicação da citada Lei**, que a prevê de modo expresse nos artigos 58, III, e 67, *caput*.

Em consequência, ficará a cargo de definição por esta Corte, o que autoriza a revisão de sua jurisprudência, até porque muitos votos proferidos desde então consignam ressalvas de entendimentos dos Ministros que a integram, por consideraram que **o dever de fiscalização também é consequência direta da aplicação da citada Lei**, que a prevê de modo expresse nos artigos 58, III, e 67, *caput*.

Além dessas, outras regras impõem obrigações ao Poder Público contratante, consoante disposto nos artigos 54, § 1º; 55, XIII; 66; 67, § 1º; 77 e 78 da mesma Lei, o que atrai, assim, a aplicação também dos artigos 186 e 927 do Código Civil e exige que a questão jurídica posta à apreciação desta Justiça seja analisada a partir de todo esse conjunto normativo, e não apenas do invocado artigo 71, § 1.º, isoladamente.

Portanto, a interpretação sistemática do quadro normativo regente da celebração de contratos pela Administração Pública **revela ser dela a obrigação ordinária em fiscalizar a sua regular execução**, inclusive no que diz respeito ao cumprimento de todas as obrigações assumidas pelo vencedor da licitação, entre as quais se inclui, por lógica e óbvia dedução, as decorrentes da legislação laboral, motivo pelo qual caberá ao Poder Judiciário verificar, em cada caso concreto e diante da postulação posta ao seu exame, a real situação fática e as consequentes responsabilidades.

Trata-se de imperativo da legislação vigente em matéria de licitações e contratos administrativos e incita os agentes públicos a observarem o princípio da legalidade estrita e o dever de fiscalização e cuidado com o patrimônio e com a coisa públicas, sob pena de responsabilização, com impacto orçamentário, além de fortalecer o combate a práticas nefastas de ilicitude, corrupção e evasão indevida de recursos públicos. São, pois, **deveres positivos** impostos pela mesma Lei n. 8.666/93 e se traduzem na prática de

atos administrativos vinculados, decorrentes dos princípios da legalidade, da eficiência e da publicidade, como afirmado pelo Ministro Vieira de Mello Filho, por ocasião do julgamento do presente feito.

Tal obrigação está externada em algumas manifestações dos eminentes Ministros do STF na oportunidade em que foram apreciados os embargos de declaração.

A Ministra Cármen Lúcia, ao rejeitar a tese do que denominou de "repasse automático" da responsabilidade pretendida, ressaltou: "quando a Administração Pública não cumprir também o seu dever - porque a Administração não pode ser omissa, não pode ser recalcitrante, não pode ser leve e deixar que o trabalhador é que fique com o ônus ...".

O Ministro Édson Fachin, redator do acórdão dos embargos declaratórios, foi enfático; referiu-se ao que denominou de "inarredável obrigação de fiscalizar os contratos administrativos firmados sob os efeitos da estrita legalidade ..." e destacou que o Poder Público não pode dele se eximir, "quando não cumpriu com o seu dever de primar pela legalidade estrita na escolha ou fiscalização da empresa prestadora de serviços".

A importância dessas duas manifestações reside no fato de expressarem a compreensão de que o princípio e o dever de legalidade estrita, regentes do agir da Administração Pública, abrangem a fiscalização do próprio contrato, seja quanto à **obrigação principal**, a execução do serviço propriamente dito, seja quanto às **obrigações secundárias**, resultantes dos contratos firmados com aqueles que a concretizaram. Por conseguinte, **é dever jurídico exclusivo do órgão público tomador do serviço.**

Veja-se, a propósito, a doutrina de Sidney Bittencourt que chancela a tese em torno dessa obrigação (*Licitação passo a passo: comentando todos os artigos da Lei n. 8.666/93 totalmente atualizada*. 10. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 659).

"O art. 67 do Estatuto determina que a execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo com informações pertinentes a essa atribuição.

A tarefa constitui um dever-poder inerente ao exercício da função administrativa, configurando trabalho com efeito preventivo de capital importância, uma vez que, ao detectar antecipadamente práticas irregulares, evita possíveis prejuízos para a Administração.

Registre-se que a permissão de terceirização diz respeito tão somente ao assessoramento ao fiscal, não sendo permitida a contratação de terceiro para assunção da função de fiscalização. Sobre a matéria, o TCU tem orientado que a Administração deve avaliar o quantitativo de contratos fiscalizados por cada servidor, com vistas a garantir efetiva fiscalização contratual e a mitigar riscos dessa atividade.

Nessa tarefa, convém que o fiscal se preocupe com o adimplemento das obrigações trabalhistas do contratado, em relação aos empregados envolvidos na execução do objeto.

Em sentido idêntico, Marçal Justen Filho (*Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 8.666/1993*. 18ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 1230-1232):

"Outra faculdade da Administração é a fiscalização da execução da prestação. No direito comum, cada parte tem o direito de verificar se a prestação foi executada adequadamente pela outra. Esse direito se exerce, de regra, no momento em que a prestação é entregue ao credor. Nada impede, porém, que as partes pactuem o direito do credor acompanhar permanentemente o devedor. Desse modo, verificará se a realização da prestação faz-se nos termos devidos. [...] A Administração tem o poder-dever de acompanhar atentamente a atuação do particular. O dever de promover os direitos fundamentais não se coaduna com um a atuação passiva da Administração. Se o particular não executar corretamente a prestação contratada, a Administração deverá atentar para isso de imediato. A atividade permanente de fiscalização permite à Administração detectar, de antemão, práticas irregulares ou defeituosas. Poderá verificar, antecipadamente, que o cronograma previsto não será cumprido. Enfim, a Administração poderá adotar com presteza as providências necessárias para resguardar os interesses fundamentais.

[...]

A Administração, contrariamente ao que se verifica nos contratos privados, tem o poder de impor e executar sanções pelo inadimplemento contratual. Essa prerrogativa deriva da autoexecutoriedade dos atos administrativos.

A autoexecutoriedade indica a possibilidade de a Administração Pública, sem a interferência do Poder Judiciário, obter a satisfação de uma pretensão própria ou solucionar um litígio de que participa, produzindo os atos materiais necessários a tanto. A autoexecutoriedade retrata um modo de autotutela administrativa que obedece estritamente ao princípio da legalidade e, em virtude de sua lesividade potencial, obedece ao princípio da proporcionalidade. Assim, não há autoexecutoriedade sem lei que a preveja e, mais ainda, não há autoexecutoriedade quando existir alternativa".

Reconhecida, como visto, a possibilidade de responsabilização da Administração Pública, Maria Sylvia Zanella Di Pietro fornece elementos que evidenciam como deve ser analisada a prova da efetiva fiscalização e o faz já sob a égide da nova legislação, no caso, as Leis n.ºs 13.429/2017 e 13.467/17 (*Direito Administrativo*. 32ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 393):

"O fato é que, diante da decisão do STF, incorporada no item V da Súmula n. 331, do TST, a Administração Pública deve tomar algumas cautelas:

- a) colocar nos instrumentos convocatórios e nos contratos cláusula em que fique clara a aplicação da norma do artigo 71 da Lei n. 8.666/93;
- b) inserir nos instrumentos convocatórios de licitação e nos contratos cláusula prevendo a aplicação de penalidade pelo descumprimento da norma do artigo 71 da Lei n. 8.666/93, sem prejuízo da rescisão do contrato com fundamento no artigo 78, I e II, da mesma lei;

c) na atividade de fiscalização do cumprimento do contrato, verificar se a contratada está cumprindo as obrigações trabalhistas, previdenciárias, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato; em caso de inadimplemento, aplicar as penalidades cabíveis;

d) exigir a atualização, a cada 180 dias, da Certidão Negativa de Débito Trabalhista (CNDT) referida na Lei n. 12.440, de 7-7-11. Sem a adoção dessas cautelas, a Administração Pública, acionada perante a Justiça do Trabalho, poderá ser responsabilizada subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas. Se tomadas essas cautelas, ainda assim o TST decretar a responsabilidade subsidiária da Administração Pública com fundamento na Súmula n. 331, cabe reclamação administrativa ao STF.

Mais adiante, arremata de forma esclarecedora:

"Em resumo, pela decisão do STF declarando a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93, e pelos termos do item V da Súmula n. 331, do TST, a regra é a de que a Administração Pública não responde subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas, em caso de inadimplemento pelo contratado, a menos que tenha havido omissão ou falha na fiscalização da execução do contrato" (obra e página citadas).

Análise do mencionado julgamento dos embargos declaratórios feita por Cesar Zucatti Pritsch, Fernanda Antunes Marques Junqueira e Ney Maranhão corrobora o quanto afirmado, da qual transcrevo elucidativa passagem:

"Não havendo *ratio decidendi* vinculante quanto à distribuição do ônus probatório em tal questão, incumbirá aos juízes a tarefa de definir a quem se impõe o ônus de demonstrar os fatos conducentes a uma convicção sobre o elemento subjetivo da *culpa*, o que será feito, entre outros aspectos, pela distribuição do ônus da prova, nada impedindo inclusive a sua inversão, considerado o vetor técnico da aptidão para a prova.

Enfim, eventual responsabilidade do ente público demandará que se fixe conclusão acerca de fatos específicos que demonstrem atuação ou omissão culposa, já que o ponto central do julgado é justamente evitar a atribuição de culpa genérica e linear. E, para tanto, afigurar-se-á legítima a possibilidade de adoção da mesma diretriz protetivo-flexibilizatória prevista inicialmente no direito consumerista (art. 6º, VIII), consagrada no atual CPC (art. 373, § 1º) e agora expressamente contida na CLT, art. 818, §§ 1º e 2º. Tais parágrafos, aliás, propiciam seguro roteiro para que a demonstração especificada da responsabilidade seja trazida para o centro do debate, ou seja, mediante clara delimitação da matéria fática controvertida, imputação fundamentada do ônus probatório e viabilização do adequado contraditório". (STF deixa em aberto ônus da prova para responsabilização do tomador público. *Conjur*, 14/10/2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-out-14/opinioao-stf-responsabilizacao-tomador-publico>. Acesso em: 12 dez. 2019).

No campo processual, constitui **fato impeditivo** alegado como obstáculo à pretensão contida na petição inicial, o que atrai a incidência da regra prevista nos artigos 373, II, do CPC e 818, II, da CLT.

No campo processual, constitui **fato impeditivo** alegado como obstáculo à pretensão contida na petição inicial, o que atrai a incidência da regra prevista nos artigos 373, II, do CPC e 818, II, da CLT.

É, portanto, **dever ordinário imposto à Administração Pública**, a partir da própria Lei por ela invocada. Contudo, ainda que se tratasse de **fato constitutivo**, como se poderia depreender do voto proferido pelo Ministro Luiz Fux, a **distribuição dinâmica do ônus da prova** a vincula a quem possui mais e melhores condições de fazê-lo, tal como expressamente previsto no artigo 818, § 1º, da CLT ("excessiva dificuldade de cumprir o encargo"), o que certamente não é o trabalhador, que sequer consegue ter acesso à documentação relativa à regularização das obrigações regulares decorrentes do contrato.

Em apoio a essa afirmação, não se pode transferir para o empregado essa obrigação, nem mesmo sob o fundamento de que poderia ter acesso à documentação por meio de requerimento dirigido ao ente público contratante, com fundamento na Lei de Acesso à Informação – Lei n. 12.527/2011.

Nesse caso, é ignorar a realidade admitir que, a cada mês, o empregado da empresa contratada tivesse que formular o mencionado pedido à entidade contratante para que lhe fornecesse cópia dos citados documentos, ao qual se acresceria o dever de guarda que lhe seria transferido, obrigação ordinária inerente à gestão do contrato celebrado com a Administração Pública, que, aliás, não constitui ônus excessivo, mesmo porque dele faz parte a obrigação de designação de servidor para atuar como fiscal de sua execução, com inúmeras prerrogativas e diversos deveres.

Feita essa contextualização, **peço licença para, a partir da nova manifestação do Supremo Tribunal Federal, retomar a compreensão que sempre tive a respeito do tema, no sentido de ser do tomador de serviços o ônus de demonstrar que fiscalizou de forma adequada o contrato de prestação de serviços, com base no dever ordinário que lhe é atribuído.**

Repito que a mesma Lei que estabelece a ausência de responsabilização automática da Administração Pública pela falta de cumprimento da obrigação, contém, no artigo 58, III, a prerrogativa e o dever que lhe são atribuídos de fiscalização do contrato, como também prevê, no artigo 66, o dever de fiscalização, a cargo de pessoa especialmente designada, além de indicar como causa de extinção do contrato o desatendimento das determinações da autoridade designada para fiscalizar o contrato, desta feita no artigo 78, VII, e também autorizar a retenção de parcelas resultantes de convênio, se não observadas recomendações da fiscalização.

Não se diga que tal conclusão representa despreço à decisão do STF ou que se encontre este Tribunal a "reformá-la". Ao contrário, como destaquei anteriormente, **a questão jurídica pertinente ao ônus da prova não integrou a controvérsia originariamente levada à sua apreciação, o que ficou esclarecido no julgamento dos embargos de declaração.**

No caso, o Tribunal Regional consignou que os documentos juntados aos autos pelo ente público são insuficientes à prova de que houve diligência no cumprimento do dever de fiscalização, relativamente ao adimplemento das obrigações trabalhistas da empresa terceirizada. Ou seja, não se desincumbiu do ônus que lhe cabia.

Ademais, ao contrário do afirmado pelo segundo Reclamado, não se proclamou a tese da responsabilidade por mero inadimplemento, nem se extrai tal compreensão de sua Súmula n. 41, que apenas consigna ser da Administração Pública o ônus da prova, fundamento chancelado pelo STF.

À fl. 460, foram analisados pelo egrégio Regional os documentos juntados nos autos e se concluiu pela insuficiência da prova de que fora diligente no cumprimento do dever de fiscalização relativamente às obrigações contratuais.

E, diante dessa conclusão, o Estado da Bahia não opôs embargos de declaração, necessários para esclarecer o suposto caráter genérico da assertiva e a mudança desse quadro fático nesta Instância Extraordinária caracteriza inequívoca violação da Súmula n. 126 desta Corte.

A assertiva constante do acórdão regional no sentido de que os documentos juntados aos autos foram insuficientes à prova de que houve fiscalização diligente, em relação às obrigações que são decorrentes do contrato, o Estado não se desfez do ônus e a egrégia Turma, por sua vez, atribuiu ao trabalhador o ônus da prova, razão pela qual **dou provimento** ao recurso de embargos para restabelecer o acórdão regional”.

O **Ministro Hugo Carlos Scheuermann** fundamentou que o STF nada dispôs acerca da distribuição do ônus da prova da fiscalização dos contratos administrativos de prestação de serviços para efeito da caracterização de eventual *culpa in vigilando* e consequente condenação subsidiária do ente público tomador de serviços; e, nesse contexto, a distribuição daquele ônus segue a regra ordinária de aptidão para a prova e vedação da exigência de prova chamada 'diabólica', assim considerada aquela alusiva ao fato 'negativo' da ausência de fiscalização.

Ministra Delaíde Miranda Arantes destacou que no julgamento dos embargos de declaração nos autos do RE-760931/DF, o Supremo Tribunal Federal apenas reafirmou o seu entendimento acerca da possibilidade de responsabilização subsidiária da Administração Pública, não tendo firmado tese processual acerca da distribuição do ônus da prova. Diante do silêncio da Suprema Corte sobre a quem caberia o ônus da prova da efetiva fiscalização do ente público, este Tribunal Superior ao entender que é do **ente público o ônus da prova** acerca da fiscalização das obrigações do contrato de prestação de serviços terceirizados, não está descumprindo as referidas decisões do STF.

Ministro José Roberto Freire Pimenta afirmou, enfim, que questão controvertida, ensejadora de questionamentos diversos no âmbito do Supremo Tribunal Federal e que poderia justificar eventual juízo de retratação, foi apenas aquela relacionada às **regras de distribuição do ônus da prova** quanto à efetiva inobservância no dever de fiscalização do ente público licitante, caso dos autos.

Não obstante, o Supremo Tribunal Federal, ao propositadamente não deliberar sob esse aspecto específico, bem como ao optar por não definir os critérios a serem observados nessa fiscalização, deixou ao alvedrio do julgador de origem estabelecer as balizas na apreciação da prova. Por consequência, o Tribunal Superior do Trabalho, ao manter a decisão regional, que entendeu ser do ente público a obrigação de demonstrar medidas fiscalizatórias empreendidas na contratação terceirizada, nos termos dos artigos 373, inciso II, do CPC/2015 e 818 da CLT, não descumpriu as referidas decisões do STF. Portanto, como na hipótese *sub judice* foi observada a tese firmada no STF, proferida no RE n. 760.931-DF, em repercussão geral, esta Segunda Turma não exerce o juízo de retratação previsto no artigo 1.030, inciso II, do CPC/2015, mantendo seu acórdão, e determina o retorno dos autos à Vice-Presidência desta Corte para prosseguimento do feito, como entender de direito (grifos nossos).

O **Ministro Guilherme Caputo Bastos** fundamentou nesses termos: há a responsabilidade subsidiária ao deixar de cumprir dever jurídico de, já na escolha da empresa prestadora de serviços, observar as exigências do procedimento licitatório, contratando pessoa jurídica cuja situação econômica se mostra frágil, propensa a não adimplir os créditos

trabalhistas (*culpa in eligendo*). Também quando **não procede à efetiva e à adequada fiscalização** do contrato, omitindo-se em acompanhar e exigir da empresa contratada que cumpra com as obrigações trabalhistas dos empregados envolvidos na prestação dos serviços (*culpa in vigilando*).

Quanto ao **ônus da prova**, por ocasião da decisão, no RR-749-49.2015.5.05.0641, da sua relatoria, publicado no DEJT de 21/2/2020, fundamenta o seguinte:

(...) Acerca do encargo probatório, é cediço que a SBDI-1, no julgamento do E-RR-925-07.2016.5.05.0281, de relatoria do Ministro Cláudio Brandão, em 12.12.2019, por entender que o STF não teria decidido sobre a questão, firmou entendimento de que cabe à Administração Pública demonstrar a ausência de culpa quanto ao inadimplemento das verbas trabalhistas devidas pela prestadora de serviços, considerando a sua aptidão para produção da prova. Sucede que o STF, no julgamento do RE 760931, com repercussão geral reconhecida, afastou a tese de que o ônus da prova quanto à demonstração da conduta culposa seria do ente público, posição que era defendida pela Ministra Rosa Weber, relatora do processo, que ficou vencida no julgamento. Nesse contexto, considerando o caráter vinculante das decisões proferidas pelo STF em repercussão geral, há que se manter o entendimento de que o ônus da prova, na espécie, é do empregado, por ser fato constitutivo do seu pretendido direito (...).

Seguem os argumentos do **Ministro Ives Gandra Martins Filho** sobre o **ônus da prova**:

Não se desconhece que a SBDI-1 do TST, em 12/12/19, com sua composição plena, entendendo que a Suprema Corte não havia firmado tese quanto ao ônus da prova da culpa *in vigilando* ou *in eligendo* da Administração Pública tomadora dos serviços, atribuiu-o ao ente público, em face da teoria da aptidão da prova (TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281, Rel. Min. Cláudio Mascarenhas Brandão). 4. Sobreleva notar que tal precedente da SBDI-1 se baseia no fato de que foi rejeitada pela maioria do STF a proposta do relator (Min. Luiz Fux) de esclarecer, em embargos declaratórios, que o ônus da prova nesse caso era do empregado. Ora, a tese da relatora originária do RE760931 (Min. Rosa Weber), de que o ônus da prova era da Administração Pública, restou vencida, e a decisão do TST, calcada na culpa *in vigilando* do ente público, por não ter provado que fiscalizou o cumprimento das obrigações trabalhistas, foi reformada. Assim, os embargos declaratórios foram rejeitados ao fundamento de que a decisão não carecia de maiores esclarecimentos (Red. Min. Edson Fachin). Ou seja, nem se adotou a tese, a contrario sensu, do ônus da prova do reclamante nos embargos declaratórios, nem se afirmou ser tal matéria infraconstitucional, já que, repita-se, **ficou vencida a tese do ônus da prova do ente público** no julgamento originário do Supremo, com cassação da decisão do TST que se firmava nessa tese específica (Rel. Min. Freire Pimenta). 5. Nesse diapasão, tendo em vista o caráter vinculante das decisões do STF em temas de repercussão geral, o que não se dá com decisões da SBDI-1 do TST, é de se sobrepor aquela a esta (RR-1001755-90.2016.5.02.0716, DEJT de 03/04/2020) (grifos nossos).

O **Ministro Breno Medeiros** trouxe o mesmo fundamento: o Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, julgou o mérito do RE 760.931/DF, mas deixou de fixar tese acerca do ônus da prova do dever de fiscalização. Para sua definição, **é imprópria a adoção da teoria da aptidão da prova ou mesmo o enquadramento na exceção do artigo 373, § 1º, do CPC de 2015**. Explicou:

Isso não só em razão da ausência de maiores dificuldades para obtenção do substrato probatório, amenizadas, aliás, com a superveniência da Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.527/11), mas, sobretudo, por conta da presunção relativa de legitimidade das informações oficiais de agentes públicos. Não se pode presumir que os agentes públicos responsáveis pela realização da contratação e acompanhamento do cumprimento das obrigações trabalhistas devidas pela prestadora de serviços tenham atuado com desídia em suas atribuições funcionais, ou que sejam os responsáveis pelo não pagamento dos haveres devidos pela empresa contratada. Tal aspecto gera uma presunção relativa de que houve tal fiscalização, a qual deve ser elidida pela parte reclamante por meio da produção de provas no curso da relação processual. Assim, impor ao Poder Público o ônus da prova significa presumir sua culpa *in vigilando*, presunção cuja resultante natural é a 'transferência automática' da responsabilidade pelo pagamento dos haveres trabalhistas, na contramão da *ratio decidendi* firmada no RE 760931/DF, erigido à condição de *leading case*.

Quanto ao Ministro Douglas, detectou-se uma questão peculiar: há duas decisões divergentes, do próprio **Ministro Douglas Alencar**, publicadas posteriormente à decisão sobre o ônus da prova proferida pela SBDI-1. A primeira, referente ao RR-6428-67.2014.5.01.0482, publicada no DEJT DE 20/3/2020, a defender que o ônus da prova é do ente público. A segunda decisão, relacionada ao RR-291100-21.2007.5.04.0018, publicada no DEJT de 3/4/2010, na defesa de ser o empregado detentor do encargo probatório.¹⁹¹

Ministro Evandro Pereira Valadão Lopes com relação à prova da culpa *in vigilando*, defende que **deve estar delineada nas razões de decidir do acórdão regional**. Toma-se como exemplo trecho da sua decisão:

No presente caso, nos termos do acórdão regional anteriormente transcrito, a Corte Regional reconheceu a responsabilidade subsidiária, mediante o exame cotejado da prova dos autos, mantendo a sentença de piso que constatou a demonstração do nexo de causalidade entre o dano à empregada terceirizada e a conduta negligente do ente público no tocante à fiscalização da prestadora de serviços, quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas, e que registrou, inclusive, que a fiscalização não foi eficaz e que as verbas deferidas na condenação subsidiária não são exclusivamente as referentes à rescisão contratual, abarcando-se, ainda, terços de férias, vales-alimentação, décimos terceiros salários e verbas fundiárias inadimplidas tempestivamente. Consta, ainda, do acórdão regional a menção à ausência de anotação do vínculo empregatício na Carteira de Trabalho e Previdência Social da Reclamante,

¹⁹¹ RR-291100-21.2007.5.04.0018, Relator Ministro: Douglas Alencar Rodrigues, 5ª Turma, DEJT 03/04/2020; RR-6428-67.2014.5.01.0482, Relator Ministro: Douglas Alencar Rodrigues, 5ª Turma, DEJT 20/03/2020.

resultando clara, portanto, a *culpa in vigilando* do Ente-Recorrente na condução da fiscalização do contrato administrativo em cujo âmbito a Reclamante prestava serviços. Outrossim, o período de duração do contrato de trabalho da Reclamante (2014 a 2016), em contraponto com a necessidade de uma fiscalização minimamente eficaz (ainda que por amostragem) do regular adimplemento das verbas trabalhistas dos empregados de empresa interposta – exigível da Administração –, permite extrair, com clareza, a falta administrativa, a ensejar responsabilidade subsidiária (Ag-RR-987-06.2017.5.11.0003, Relator Ministro: Evandro Pereira Valadão Lopes, 7ª Turma, DEJT 08/11/2019).

O **Ministro Renato de Lacerda Paiva** por exemplo, no acórdão regional, é suficiente para o Ministro o seguinte delineamento a comprovar a conduta faltosa da entidade pública:

Isso porque, embora tenha havido certa fiscalização, esta não foi eficiente, inclusive, pelo reconhecimento, na sentença das parcelas trabalhistas sonegadas à reclamante como parcelas rescisórias, férias vencidas, diferenças de FGTS do contrato, dentre outras (cfe. dispositivo, Id e86e7b2 - Pág. 7). Assim, entendo que os elementos de prova trazidos aos autos não bastam para a comprovação da efetiva fiscalização do contrato de trabalho da reclamante. Dessa feita, tenho que ocorreu ato ilícito por *culpa in vigilando* (ausência de fiscalização).

Ministro Cláudio Brandão, por exemplo, no acórdão regional, não foi suficiente para o Ministro o seguinte delineamento – que para alguns ministros do TST mais flexíveis seria o caso de aplicar a responsabilidade subsidiária:

No caso, houve culpa do ente público, pois a empregadora descumpriu obrigações trabalhistas básicas, tendo sido condenada ao pagamento de férias proporcionais e saldo de salário de dezembro/2015, vale-alimentação correspondente aos dias trabalhados em dezembro/2015, diferenças salariais referentes ao primeiro contrato, observado o piso normativo para a função de servente de limpeza previsto nas normas coletivas, diferenças salariais nos meses de janeiro e fevereiro/2014, diferenças de FGTS, multa do art.477, § 8º, da CLT, não tendo o recorrente trazido aos autos documentação que evidenciasse sua atuação proativa e de forma eficiente no exercício da fiscalização do cumprimento das normas trabalhistas pela primeira reclamada, ônus que lhe incumbia, já que juntou apenas os contratos de prestação de serviços celebrado entre a empresa e o ente público (ID. d52925e; ID. f2db825) e respectivos termos aditivos (ID. e5a0eb5 - Pág. 1; ID. 00f4ba0 - Pág. 1) e petição inicial de reclamatória trabalhista interposta pelo SINDILIMP (ID. 13c9653 - Pág. 2) (Ag-RR-20051-91.2016.5.04.0662, DEJT 13/12/2019).

O **Ministro Márcio Eurico Vitral** externou seu entendimento sobre o ônus da prova nos autos do AIRR-10372-04.2014.5.01.0571, publicada no DEJT de 4/5/2020:

(...) A SbDI-1 desta Corte, por sua vez, no julgamento do E-RR-925-07.2016.5.05.0281, em 12/12/2019, manifestou-se no sentido de que o STF, ao decidir a controvérsia relativa à responsabilidade subsidiária, não fixou tese a respeito do ônus probatório da conduta culposa. Restou assentado, ademais, com suporte nos princípios da distribuição do ônus probatório, que cabe ao ente público tomador de serviços o ônus probatório da fiscalização do contrato de terceirização de serviços. Ponderou-se que a atribuição do ônus da referida prova ao empregado implicaria a imposição de prova diabólica. Não tendo o ente público tomador de serviços, no caso, observado o seu ônus processual quanto à regularidade da contratação, impõe-se o reconhecimento da sua responsabilidade subsidiária. Dessa forma, à luz do art. 1.030, II, do CPC/15, refutando a retratação, ratifica-se a decisão que negou provimento ao agravo de instrumento. (...).

ANEXO VI**Processos relacionados a decisões em reclamações constitucionais, após o julgamento do RE n. 760.931-DF**

Rcl 26.140 AgR/SP. Relatora: Ministra Rosa Weber. Relator para acórdão: Ministro Luiz Fux. DJE 06/03/2019; Rcl 36.309 AgR/MG. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJE 18/12/2019; Rcl 37.799/MG. Relator: Ministro Luiz Fux. DJE 17/12/2019; Rcl 38.290/SP. Relator: Ministro Celso de Mello. DJE 13/12/2019; Rcl 38.296/MG. Relator: Ministro Edson Fachin. DJE 12/12/2019; Rcl 38.221/SP. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJE 6/12/2019; Rcl 36.834/DF. Relator: Ministro Roberto Barroso. DJE 19/12/2019; Rcl. 38.358/SP. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. DJE 13/12/2019; Rcl 38.221/DF. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJE 11/2/2020; Rcl 36.433/DF. Relatora: Ministra Rosa Weber. DJE 4/9/2019; Rcl 37.087/DF. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJE 15/10/2019.