

COMO A TEORIA DOS PRECEDENTES PODE CONTRIBUIR PARA A
DEFINIÇÃO DA RESPONSABILIDADE TRABALHISTA DA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA NA TERCEIRIZAÇÃO¹

*HOW THE THEORY OF PRECEDENTS CAN HELP TO DEFINE THE
RESPONSIBILITY OF THE GOVERNMENT IN THE CASE OF LACK OF
ACCOMPLISHMENT OF THE LABOR LAW BY ITS SUBCONTRACTORS*

Patrícia Perrone Campos Mello²

Philippe de Oliveira Nader³

Resumo: O presente trabalho tem o propósito de desenvolver, a partir de elementos da teoria dos precedentes, uma análise crítica do acórdão do Supremo Tribunal Federal que decidiu o RE 760.931, por meio do qual a Corte voltou a apreciar a possibilidade de responsabilizar a administração pública, em caso de inadimplemento de obrigações trabalhistas por empresas contratadas por meio de terceirização. Pretende-se demonstrar que o debate acerca dos limites da responsabilidade da administração pública nessa matéria vem se arrastando por anos no Supremo, sem que se produza uma solução definitiva, em virtude da inabilidade do STF em operar como uma Corte de Precedentes. Nessa linha, o artigo (i) indica os equívocos cometidos pelo Tribunal no último julgado, (ii) examina elementos essenciais da teoria dos precedentes necessários à compreensão de tais equívocos e (iii) propõe um rol de critérios para a seleção de recursos representativos da controvérsia e um roteiro para a formulação de teses que possibilitem a formação de precedentes vinculantes dotados de efetividade.

Palavras-chave: terceirização; responsabilidade; administração pública; precedentes; *ratio decidendi*.

Abstract: This paper aims to present a critical analysis of the Brazilian Supreme Court's (the Court) decision of RE 760.931 (a constitutional appeal). Through this case the Court, once more, decided about the governmental responsibility for the lack of accomplishment of the labor law by its subcontractors. The paper demonstrates that this question has been litigated for years in the Brazilian courts and that the Brazilian Supreme Court has been failing to end

¹ Arquivo recebido em 18/12/2018 e aceito para publicação em 17/04/2018.

² Professora-Doutora de Direito Constitucional do Centro Universitário de Brasília (UnICEUB). É doutora e mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Procuradora do Estado do Rio de Janeiro. Atualmente, ocupa o cargo de Assessora de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Suas áreas de pesquisa são: Direito comparado, comportamento judicial, precedentes judiciais, judicialização da política, políticas públicas, jurisdição constitucional, direito administrativo e regulação. ORCID ID: 0000-0003-2929-5642.

³ Graduado em Direito pela PUC-RIO (2007). Pós-Graduado *lato sensu* em Direito Processual Civil pela PUC-RIO (2009). Pós Graduado em Direito Público pela FESMPDFT (2010). Pós Graduado *lato sensu* em Direito Empresarial pelo IBMEC-RIO (2013). Mestrando em Direito no UniCeub (DF). Advogado da Petróleo Brasileiro S/A - Petrobras. Áreas de pesquisa: Jurisdição constitucional, teoria dos precedentes. ORCID ID: 0000-0002-1649-213X.

the debate because of its inability to act as a binding precedent court. With this purpose, this paper (i) exposes the failures of the Court's decision on the RE 760.931, (ii) explains the main elements of a theory of precedents which are necessary to understand these failures, and (iii) proposes criteria for the selecting concrete cases that may allow the definition of effective *ratio decidendi* and for delivering adequate binding precedents.

Keywords: subcontractor; responsibility; government; precedents; *ratio decidendi*.

Introdução: O histórico da responsabilidade trabalhista da administração pública em casos de terceirização

O debate sobre a possibilidade de responsabilizar a administração pública pelo inadimplemento de obrigações trabalhistas por parte de empresas terceirizadas vem de longe. A redação original da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), editada em 1993, previa que a contratação irregular de trabalhador, por meio de empresa interposta, não geraria vínculo de emprego com a administração. Dispunha, ainda, que o inadimplemento de obrigações trabalhistas pela empresa contratada implicaria responsabilidade subsidiária do tomador do serviço⁴.

No ano de 2000, a redação da referida súmula foi alterada, para prever que a responsabilidade subsidiária alcançaria inclusive a administração pública direta e indireta, desde que houvesse participado da relação processual e constasse do título executivo judicial⁵. Tal responsabilidade foi assentada a despeito do que previa o art. 71 da Lei 8.666/1993. É que, segundo dicção expressa desse dispositivo, o inadimplemento de encargos trabalhistas

⁴ Súmula 331 do TST, conforme Resolução Res. 23/1993: “II - A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional (art. 37, II, da Constituição da República). (...) IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial”. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 331. Contrato de prestação de Serviço. **DJ**, divulgado em 21, 28.12.1993 e 04.01.1994. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html>. Acesso em: 03 nov. 2017.

⁵ Súmula 331 do TST, conforme Resolução Res. 96/2000: “IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993)”. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 331. Contrato de prestação de Serviço. **DJ**, divulgado em 18, 19 e 20.09.2000. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html>. Acesso em: 03 nov. 2017.

pelo contratado não transferiria à Administração Pública a responsabilidade por tais encargos⁶.

Com base na Súmula 331 do TST e, aparentemente, contrariando disposição expressa de lei, a Justiça do Trabalho passou a condenar sistematicamente a administração pública pelo inadimplemento trabalhista de seus contratados. As condenações com base nesse fundamento provocaram o ajuizamento de uma multiplicidade de reclamações diretamente no Supremo Tribunal Federal⁷, ao fundamento de que desconsideravam o teor do art. 71 da Lei 8.666/1993, sem, contudo, levar a apreciação da sua inconstitucionalidade ao plenário do tribunal competente, tal como determinava a Súmula Vinculante 10 do STF.

Em virtude do quadro de insegurança jurídica que se desenhou a respeito da matéria, o governador do Distrito Federal propôs uma ação declaratória da constitucionalidade (ADC) perante o Supremo Tribunal Federal, por meio da qual requereu à Corte que declarasse a constitucionalidade do art. 71 da Lei 8.666/1993, a fim de assentar a impossibilidade de condenar a administração pública pelo inadimplemento trabalhista de empresas contratadas em virtude da terceirização de serviços. Em 2010, o STF julgou a ADC 16 e afirmou a constitucionalidade da norma⁸.

Constou, todavia, nas manifestações de voto de alguns ministros, a assertiva de que a declaração da constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei 8666/93 não impedia a configuração de responsabilidade subsidiária da administração pública, quando restasse comprovada nos autos a existência de culpa *in elegendo* (má seleção dos contratados) ou de culpa *in vigilando* (ausência de fiscalização da execução do contrato de prestação de serviços) por parte do poder público⁹. Portanto, apesar de afastar a responsabilidade objetiva da administração na matéria,

⁶ Lei 8.666/1993, 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". BRASIL. Lei nº 8.666. **Diário Oficial da União**, 22 jun. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 02 nov. 2017.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 6969. Rel. Min. Peluso, decisão monocrática. **DJe**, 24.11.2008; Supremo Tribunal Federal. Rcl 7847. Rel. Min. Joaquim Barbosa, decisão monocrática. **DJe**, 07.12.2010; Supremo Tribunal Federal. Rcl 8020 AgR. Rel. Min. Ayres Britto, decisão monocrática. **DJe**, 01.03.2011.

⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 16. Rel. Min. Peluso, Pleno. **DJe**, 09.09.2011 (j. 24.11.2010): "EMENTA: RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. 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 nº 8.666/93. 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 nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995".

⁹ V., nesse sentido, os votos dos Ministros César Peluso e Cármen Lúcia na mencionada ação.

alguns *dicta* constantes do acórdão reconheciam a possibilidade de responsabilizá-la por culpa. Não se imaginava, então, o alcance que tais *dicta* adquiririam e como a sua interpretação, pelos juízos vinculados, conduziria à frustração da efetividade do precedente.

Após o julgamento da referida ação declaratória, o TST reviu a Súmula n. 331 de sua jurisprudência dominante e acrescentou-lhe dois itens, por meio dos quais previu que o inadimplemento trabalhista do contratado, no âmbito da terceirização, não ensejava a responsabilidade automática da Administração, mas assentou que tal responsabilidade poderia decorrer de conduta culposa¹⁰.

Com o novo texto da súmula, algumas decisões começaram a atribuir ao poder público o ônus de comprovar a realização de fiscalização, ao fundamento de que imputá-lo ao trabalhador configuraria prova diabólica, de difícil produção. Outras decisões consideravam a fiscalização realizada pela administração incompleta, por não ter abrangido determinada obrigação ou contrato, e a responsabilizavam. Outras, ainda, consideravam que o mero inadimplemento das verbas trabalhistas bastava para comprovar a inadequação da fiscalização, ensejando a responsabilidade do poder público por si só. Essas últimas decisões estabeleciam uma relação direta entre inadimplemento trabalhista da terceirizada e má-fiscalização pelo Poder Público. Em síntese, se afirmava que, se houve inadimplemento, é porque havia necessariamente culpa decorrente de má fiscalização.

A administração pública ponderava, a seu turno, que a prova sobre não realização de fiscalização (ou sobre a ocorrência de fiscalização inadequada) deveria ser produzida pelo trabalhador, por se tratar de fato constitutivo do seu direito. Alegava que a mera ocorrência de inadimplemento trabalhista pela empresa contratada não significava necessariamente que a administração teria se omitido na sua fiscalização. Ponderava que fiscalizar o pagamento individualizado e em detalhe de todas as verbas decorrentes de contratos de trabalho celebrados por todas as empresas contratadas pelo poder público não era viável.

A fiscalização do cumprimento de todas as obrigações, em 100% (cem por cento) dos contratos trabalhistas celebrados entre as empresas terceirizadas e seus empregados, segundo a

¹⁰ Súmula 331 do TST, conforme Resolução Res. 174/2011: "V - 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.º 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.* VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral". BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n.º 331. Contrato de prestação de Serviço. **DEJT**, divulgado em 27, 30 e 31.05.2011. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html>. Acesso em: 03 nov. 2017.

argumentação da administração pública, ensejaria a duplicação da estrutura de pessoal exigida para lidar com os terceirizados. Ao lado da estrutura da própria empresa contratada, pela qual o poder público já pagava, seria preciso criar estrutura semelhante, no âmbito da administração, para efetivar o acompanhamento e a conferência do cumprimento de tais obrigações. Essa abordagem descaracterizaria a lógica econômica que fundamenta a terceirização: eficiência na alocação de recursos e corte de gastos.

A administração esclarecia, ainda, que, mesmo quando identificados os inadimplementos, nem sempre era viável reter os pagamentos devidos à empresa contratada ou rescindir, de imediato, o contrato, tendo em vista que a medida poderia comprometer a continuidade do serviço público. O novo debate que se instalou colocava, portanto, novas questões. As reclamações contra decisões da Justiça do Trabalho chegavam sem cessar ao STF.

Em 2013, a Ministra Rosa Weber, tendo assumido a relatoria do RE 603.397, que versava sobre esse mesmo tema, determinou a substituição do caso-paradigma que havia dado ensejo à repercussão geral, por entender que a tramitação em segredo de justiça, de que era objeto o caso original, seria incompatível com a sistemática da repercussão geral. Em virtude disso, adotou-se como novo caso paradigma o RE 760.931, para que fosse levado a julgamento sob o regime da repercussão geral.

1. Os três caminhos que o STF poderia adotar na decisão do RE 760.931

O Supremo Tribunal Federal poderia adotar três caminhos possíveis para dirimir a controvérsia narrada acima, quando do julgamento do RE 760.931. Em primeiro lugar, poderia declarar a inconstitucionalidade do art. 71 da Lei 8.666/1993 e determinar que a administração pública sempre seria responsável pelo inadimplemento trabalhista dos terceirizados. Muito embora não haja indícios de que essa alternativa tenha sido seriamente cogitada, nesse caso, a administração ver-se-ia compelida a exercer uma fiscalização exaustiva sobre seus contratados ou, se essa providência não fosse economicamente interessante, desistiria de contratar a terceirização de serviços.

Em segundo lugar, o STF poderia afirmar, com base no art. 71, §1º, da Lei 8.666/1993, que a administração não era responsável, em nenhuma hipótese, pelo inadimplemento trabalhista da empresa contratada no âmbito da terceirização de serviços. Nessa segunda situação, ter-se-ia uma decisão absolutamente objetiva e difícil de produzir

desvios hermenêuticos pelos juízos vinculados. Na prática, contudo, diante da fragilidade patrimonial de certas empresas, é possível que muitos empregados acabassem sem receber verbas que tinham natureza alimentar. É que, não sendo responsável por tais verbas em nenhuma hipótese, o estímulo para que a administração promovesse uma seleção zelosa do contratado e para que acompanhasse a execução do contrato, no que respeita aos direitos trabalhistas, seria muito diminuto. Portanto, as duas decisões mais extremas e capazes de encerrar com maior objetividade a discussão – responsabilidade objetiva e irresponsabilidade – traziam consideráveis inconvenientes.

A terceira possibilidade era o Supremo Tribunal Federal manter a linha adotada na decisão da ADC 16. A regra seria, então, de que só haveria responsabilidade subsidiária da administração, caso fosse possível imputar-lhe culpa *in elegendo* ou culpa *in vigilando*. A culpa *in elegendo* seria afastada pela ocorrência de licitação prévia à contratação e desde que exigidos requisitos mínimos dos licitantes, providência que já era adotada pelo poder público como regra e que não suscitava grandes debates. A culpa *in vigilando* estaria presente: (i) se a administração não fiscalizasse o cumprimento das obrigações trabalhistas por parte de seu contratado, (ii) se a fiscalização exercida fosse considerada insuficiente; ou (iii) se a administração tomasse ciência de eventuais irregularidades e não adotasse medidas adequadas a saná-las ou minimizá-las.

O êxito desse último entendimento como precedente dependia de esclarecer, como já mencionado: (i) a quem competia a prova de que a fiscalização (não) ocorreu; (ii) o escopo da fiscalização considerada suficiente; (iii) as medidas que deveriam ser adotadas pelo poder público, se identificada qualquer irregularidade. Essas eram, portanto, as respostas esperadas do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 760.931, caso a Corte optasse por manter seu entendimento original. Todavia, algumas condições precisavam ser preenchidas para que se produzisse um precedente com tal alcance. É que o se demonstra a seguir, a partir de elementos da teoria dos precedentes.

2. Elementos essenciais para operar com precedentes: *ratio decidendi* (holding), *obiter dictum* e distinção

A teoria geral dos precedentes traz algumas noções que são essenciais para a operação com precedentes vinculantes e para uma análise crítica da decisão proferida no RE 760.931, quais sejam: os conceitos de *ratio decidendi*, de *obiter dictum* e de distinção.

2.1. *Ratiodecidenti*

A *ratiodecidenti* corresponde a uma descrição da interpretação, da questão jurídica decidida pela corte vinculante como uma premissa necessária à conclusão alcançada pela maioria na solução de um caso. A definição da *ratiodecidenti* deve ter em conta: (i) os fatos relevantes do caso concreto, (ii) a questão jurídica que eles colocam e (iii) os fundamentos invocados pela corte para decidir. Os fatos relevantes são aqueles a que o direito confere repercussão, ou seja, aqueles aos quais se imputam consequências jurídicas, e que, por isso, interferem sobre a formulação da questão jurídica posta pelo caso. A questão jurídica posta pelo caso deve ser identificada à luz de tais fatos. A *ratio decidendi* será a regra que rege a resposta dada pela corte a tal questão, delimitada à luz dos fatos do caso concreto e dos fundamentos invocados para decidir¹¹.

Nem todos os fundamentos integrarão a *ratio decidendi*. Apenas os argumentos acolhidos pela maioria e necessários à solução do caso concreto a integrarão. Entretanto, a plena compreensão dos fundamentos invocados pela corte é fundamental, quer para identificar a questão de direito que se entendeu que o caso colocava, quer para apurar o alcance da regra de direito afirmada e o conjunto de casos a que ela se aplicará no futuro.

De fato, durante um julgamento, é possível que a Corte teça considerações sobre outras questões jurídicas que não precisam ser solucionadas pelo caso, mas que guardam alguma relação com o debate. Eventual conclusão a seu respeito não produzirá efeitos vinculantes porque não cabe ao Judiciário pronunciar-se sobre questões em tese ou título meramente especulativo. Cabe ao Judiciário decidir conflitos de interesse. O precedente vinculante é *judgemadelaw* e, portanto, será produzido nos limites da atividade jurisdicional¹²,

¹¹ ALEXANDER, Larry. Constrained by precedent. *Southern California Law Review*, Los Angeles, v. 63, p. 1-64, nov.1989; MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent. In: MACCORMICK, D. Neil e SUMMERS, Robert S. (Org.). *Interpreting precedents: a comparative study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997. p. 503-518; GOODHART, Arthur. Determining the ratio decidendi of a case. *Modern Law Review*, London, v. 22, p. 117-124, 1959; MONAGHAN, Henry Paul. Stare decisis and constitutional adjudication. *Columbia Law Review*, Nova Iorque, v. 88, n. 4, maio 1988, p. 763-766; RE, Edward D. Stare decisis. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 19, n. 73, p.47-54, jan./mar. 1994; SCHAUER, Frederick. Precedent. *Stanford Law Review*, Palo Alto, v. 39, p. 571-605, fev.1987; SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York State). In: MACCORMICK, D. Neil e SUMMERS, Robert S. (Org.). *Interpreting precedents: a comparative study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997 England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997. p. 355-406; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 118-131; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. p. 259-282; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 868-876.

¹² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 868-876.

sujeitando-se à inércia da jurisdição, ao princípio da congruência e à moldura do caso submetido à decisão¹³.

Aratiodecidenti corresponde, portanto, à tese de direito adotada pela maioria como uma *premissa necessária* para decidir o caso concreto, *à luz dos fatos relevantes* da causa e dos *fundamentos* invocados pela corte. As questões que não precisavam ser enfrentadas para a decisão do caso concreto não integram a *ratiodecidenti* e, portanto, não vinculam os casos subsequentes.

2.2. *Obiterdictum*

Entendimentos minoritários e considerações a respeito de questões que não são efetivamente necessárias para solucionar o caso concreto são chamados pela teoria dos precedentes de *obiterdictum*. Os *dicta* não vinculam a decisão de novos os casos. Como já mencionado, só formam precedentes vinculantes as decisões da maioria e exclusivamente aqueles entendimentos que eram necessários para decidir a causa. Outras questões, ainda que discutidas pelos magistrados, não vincularão o julgamento de ações subsequentes se não forem necessárias para solucionar o caso concreto¹⁴.

É que uma questão jurídica que não precisa ser decidida para o deslinde de um caso é uma questão a respeito da qual as partes não têm interesse em estabelecer o contraditório e a ampla defesa. Caso o Judiciário se pronunciasse a seu respeito, o faria com um nível informacional e argumentativo muito precário, a partir de formulações dos julgadores e não propriamente com base em argumentos fornecidos pelas partes a favor ou contra determinada posição. Por isso, o risco de se produzir uma decisão sem considerar todos os argumentos pertinentes nessas circunstâncias, cujas implicações não foram perfeitamente compreendidas ou, ainda, que precisará ser revista no futuro é considerável. Uma decisão acertada pressupõe que se consiga promover um debate exaustivo entre as partes a seu respeito¹⁵.

¹³ Sobre os princípios da congruência e da inércia da jurisdição, v. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

¹⁴ MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent. In: MACCORMICK, D. Neil e SUMMERS, Robert S. (Org.). **Interpreting precedents: a comparative study**. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997. p. 503-518; SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York State). In: MACCORMICK, D. Neil e SUMMERS, Robert S. (Org.). **Interpreting precedents: a comparative study**. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997. p. 385.

¹⁵ NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. **Constitutional Law**. 7. ed. Saint Paul: Thomson West, 2004. p. 65-110; TRIBE, Lawrence H. **American Constitutional Law**. 3 ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2000, v. 1. p. 311 e ss.

Não é demais notar, ainda, que a formulação de um precedente vinculante significa que uma série de partes que não se manifestaram em determinado feito serão alcançadas pelo entendimento firmado pela corte. Para que isso ocorra com um mínimo de respeito aos direitos de defesa de todos aqueles que serão alcançados pela decisão, é preciso, ao menos, que a questão que produzirá efeitos vinculantes tenha sido efetivamente objeto de debate por alguém a quem a controvérsia efetivamente se aplique¹⁶.

2.3. Distinção

A distinção entre casos é mais um elemento que reforça a relevância dos fatos de uma demanda para a adequada formulação e aplicação de um precedente. Quando se vai aplicar um precedente a um novo caso, pergunta-se se os fatos do novo caso são semelhantes aos fatos do caso anterior. Se os fatos forem semelhantes, o julgado anterior determinará o desfechado caso subsequente. Se os fatos forem diferentes, contudo, isso não ocorrerá¹⁷. É que fatos relevantes semelhantes colocam questão semelhante de direito e, portanto, devem ser solucionados de forma comum, em homenagem aos valores segurança jurídica, isonomia e eficiência¹⁸. Fatos diversos, por sua vez, colocam questão jurídica distinta e, por isso, a solução da demanda que apresenta tal diversidade não é governada pelo precedente.

¹⁶ Essa questão foi objeto de amplo debate pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE 669.069, rel. Min. Teori Zavascki. Para uma análise detalhada do caso, v. BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Trabalhando com uma nova lógica: A Ascensão dos precedentes no Direito brasileiro. *Revista da AGU*, Brasília-DF, v. 15, n. 5, p. 9-52, jul./set. 2016; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 669.069. Relator: Min. Teori Zavascki, Pleno. *DJe*, 28 abr. 2016.

¹⁷ LLEWELYN, Karl N. *The common law tradition: deciding appeals*. Boston: Little, Brown and Company, 1960, p. 77 e ss.; GOODHART, Arthur L. Determining the ratio decidendi of a case. *Modern Law Review*, London, v. 22, p. 117-124, 1959; In: MACCORMICK, D. Neil e SUMMERS, Robert S. (Org.). *Interpreting precedents: a comparative study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997. p. 390-394; SCHAUER, Frederick. Precedent. *Stanford Law Review*, Palo Alto, v. 39, p. 571-605, fev. 1987. p. 571-605; SCHAUER, Frederick. Rules, the rule of law, and the Constitution. *Constitutional commentary*, Minneapolis, v. 6, p. 69-85, 1989; MELLO, Patrícia Perrone Campos Mello. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 202-209; SILVA, Celso de Albuquerque. *Efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 247-258.

¹⁸ Segurança jurídica, isonomia e eficiência são os valores que justificam a adoção de precedentes vinculantes. V., sobre o tema, MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law e common law*. *Revista de Processo*, v. 172, São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 2009, p. 121; MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 121-126; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 553-673, 2012; NADER, Phillippe de Oliveira. A repercussão geral no recurso de revista. *Jota*, 04 bar. 2017, disponível em: <<https://jota.info/artigos/a-repercussao-geral-no-recurso-de-revista-04042017>>. Acesso em: 02 nov. 2017.

Assim, quando uma demanda aparentemente semelhante àquela apreciada em um precedente apresenta uma diferença de fato relevante do ponto de vista jurídico, a ponto de submeter à apreciação da corte uma questão de direito diferenciada, é possível fazer uma distinção entre os casos (*distinguish*). A distinção autoriza o juiz vinculado a não aplicar ao novo caso a mesma solução do caso anterior justamente por se tratar de situação diversa¹⁹. Nota-se, assim, que as particularidades fáticas do caso concreto interferem não apenas sobre a definição do teor da regra vinculante que é dele extraída, mas também sobre a sua aplicação analógica a casos futuros.

Por outro lado, quando se apontam diferenças fáticas irrelevantes do ponto de vista jurídico, com o propósito de evitar a aplicação de um precedente a um caso idêntico, ou quando se força a argumentação, de modo a fazer parecer que um caso apresenta questão jurídica diversa, fala-se que se operou uma *distinção inconsistente*. A distinção inconsistente é geralmente um artifício utilizado pelos juízes vinculados para “fugir” à aplicação de um precedente com o qual não concordam e/ou que creem que ensejará uma solução injusta ou insatisfatória para a causa²⁰. Nessa linha, parte das decisões proferidas pela Justiça do Trabalho após a decisão da ADC 16 poderiam ser incluídas na categoria de distinção inconsistente.

3. Distinções inconsistentes e fuga ao precedente da ADC 16

Como esclarecido acima, a ADC 16 assentara que a administração pública não poderia ser responsabilizada pelo inadimplemento trabalhista de um contratado, salvo se ficasse demonstrada culpa *in elegendo* ou *in vigilando*. Na ocasião, a Corte reconheceu expressamente a constitucionalidade do art. 71 da Lei 8.666/1993 e determinou a sua aplicação. O precedente do Supremo não correspondia, contudo, ao entendimento mais aceito pelos juízes vinculados. Como já narrado, instalou-se, então, a discussão pertinente ao ônus probatório: a quem caberia demonstrar que não houve fiscalização pela administração? Algumas decisões passaram a condenar o poder público porque a fiscalização teria sido superficial e insuficiente. Outras, ainda, porque, se houve inadimplemento, presumia-se a ocorrência de falha na fiscalização. Por fim, uma série de decisões reconheciam que houve

¹⁹ SILVA, Celso Albuquerque. **Súmula Vinculante**: Teoria e Prática da Decisão Judicial com base em Precedentes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 156-157.

²⁰ SCHAUER, Frederick. Precedent. **Stanford Law Review**, Palo Alto, v. 39, p. 571-605, fev. 1987; SCHAUER, Frederick. Rules, the rule of law, and the Constitution. *Constitutional commentary*, Minneapolis, v. 6, p. 69-85, 1989.

fiscalização, mas que o poder público não tomara a medida adequada para sanar a irregularidade trabalhista praticada pelo contratado.

Todos esses casos ensejavam um desfecho diverso daquele determinado na ADC 16, que era a não responsabilização da administração pública. Quando se alegava que eles descumpriam o precedente vinculante do STF, a mesma resposta era dada: não se tratava de descumprimento do precedente, tratava-se de situação diversa daquela apreciada pelo Supremo, quer porque a administração não comprovara a fiscalização, porque não fiscalizara adequadamente ou porque não tomara as medidas certas para compelir os contratados ao cumprimento das obrigações trabalhistas para com seus empregados.

A massa de casos julgados pela Justiça do Trabalho sugeria, contudo, que grande parte dos desfechos desfavoráveis ao poder público decorria da resistência dos juízos vinculados em aderir ao precedente vinculante, e configurava, em verdade, distinções inconsistentes. Dizia-se que a administração não se desincumbia de um ônus probatório, quando a fase de instrução já se havia encerrado e a produção da prova não era mais possível. Qualificava-se qualquer inadimplemento trabalhista como decorrente de falha na fiscalização, independentemente de quão completa esta fosse. Quando a administração comprovava, desde o princípio, a ocorrência de fiscalização, e ainda quetivesse notificado o contratado para regularizar a situação, considerava-se, em alguns casos, que a providência era insuficiente e que o poder público precisaria ter rescindido o contato para isentar-se de responsabilidade.

Na prática, as distinções efetuadas pelo Justiça do Trabalho pareciam ensejar a responsabilização automática do poder público, a despeito do precedente proferido na ADC 16. O que variava era o fundamento utilizado para isso após a prolatação do precedente. O desfecho dos casos continuava a ser o mesmo: a sistemática condenação da administração pública a pagar verbas trabalhistas de empregados com os quais não detinha vínculo de emprego, ainda que a contratação fosse produto de licitação e mesmo que a execução do contrato tivesse sido fiscalizada. Instalara-se, aparentemente, uma situação por meio da qual os juízos vinculados valiam-se de distinções inconsistentes para deixar de aplicar o precedente do STF, progressivamente corroendo sua força normativa.

4. A inadequação do paradigma selecionado (e sua articulação com os conceitos de *ratio decidendi*, *obiter dictum* e distinção)

O quadro de distinções inconsistentes descrito acima impunha que o Supremo aperfeiçoasse seu precedente. Esse era o contexto em que o RE 760.931 seria apreciado.

Entretanto, para que isso ocorresse, o Tribunal precisava buscar um caso paradigma que lhe colocasse as questões que estavam pendentes de solução na jurisprudência, a saber: (i) quem tem o ônus de provar a fiscalização, (ii) qual é o alcance da fiscalização, (iii) quais são as medidas a serem tomadas pelo poder público, caso identificada uma irregularidade. Como já demonstrado, só integra a *ratio decidendi* e, portanto, só produz efeitos vinculantes a resposta dada pelo tribunal às questões postas pelo caso concreto.

No caso, o RE 760.931 fora interposto pela União, contra acórdão do TST que a condenara ao pagamento de obrigações trabalhistas devidas a uma empregada terceirizada, obrigações estas que foram inadimplidas pelo empregador contratado pela União. No acórdão recorrido, o TST observava que, de acordo com o entendimento proferido na ADC 16, o mero inadimplemento de obrigações trabalhistas pela empresa fornecedora de mão-de-obra não acarretaria a responsabilidade automática do poder público, mas que, segundo o mesmo precedente, seria possível configurar tal responsabilidade, caso se constatasse que a administração agiu com culpa, por ter falhado em seu dever de fiscalizar²¹.

O TST afirmava, ainda, que assistia ao poder público o ônus de comprovar a ocorrência de fiscalização adequada, porque a hipossuficiência do trabalhador permitia a inversão do ônus da prova e porque esta era de difícil produção pelo empregado. Inferia-se do acórdão, que, na visão do TST, a fiscalização exigida do poder público deveria ser a mais ampla e rigorosa possível, nos termos das Instruções Normativas nº 02/2008 e 03/2009 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG). As referidas instruções normativas haviam sido elaboradas com o propósito de dispor sobre o procedimento mais amplo possível de fiscalização a ser promovido pela administração, de modo a preservá-la de qualquer responsabilidade. Não refletiam, contudo, um juízo de custo-benefício acerca da viabilidade e racionalidade de adotar fiscalização com tal amplitude como procedimento padrão pela administração direta ou indireta de todos os entes da federação, independentemente de seus recursos orçamentários e humanos.

Embora a decisão proferida pelo TST no caso fosse bastante ampla, tratando de ônus probatório e do que se considerava fiscalização adequada na visão da Justiça do Trabalho, o caso concreto ensejava um debate muito mais restrito. Em seu bojo, a União alegava apenas que a decisão que a condenara se baseava no reconhecimento de responsabilidade objetiva (independente de culpa), nos termos do art. 37, §6º, CF, pelo inadimplemento de parcelas

²¹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR-100700-72.2008.5.02.0373. Rel. Min. José Roberto Freire, Segunda Turma, j. 11.04.2012.

trabalhistas por empresa contratada, e que o TST, ao manter tal condenação, o teria feito com base no mesmo fundamento (responsabilidade objetiva), violando, portanto, o precedente proferido na ADC 16. A defesa da União baseava-se apenas no fato de que o empregado não teria feito prova de que ela não fiscalizara a execução do contrato. Não tendo feito tal prova, a condenação, a seu ver, significava imputar-lhe responsabilidade objetiva.

A União não afirmava, contudo, que havia fiscalizado o cumprimento de obrigações trabalhistas. Tampouco buscou comprovar a fiscalização. Apenas silenciava sobre o ponto e dizia que o ônus probatório não era seu. Portanto, a questão jurídica posta pelo caso concreto consistia tão somente em saber se: (i) havia responsabilidade objetiva da União pelos encargos trabalhistas inadimplidos pela empresa contratada (o STF já havia respondido que não na ADC 16); e (ii) havendo responsabilidade subjetiva, se caberia à União o ônus de comprovar que houve fiscalização. O caso não suscitava o debate sobre: (i) os parâmetros que configuravam uma fiscalização adequada (apesar de a questão ter sido abordada pelo TST) ou (ii) eventuais medidas a serem adotadas pelo poder público, se constatado o inadimplemento. O recurso extraordinário simplesmente passava ao largo dessas discussões.

Em um recurso com tais limites, não era possível, portanto, produzir uma *ratio decidendi* acerca do alcance da fiscalização adequada a ser produzida pelo poder público ou, ainda, acerca das medidas a serem adotadas pela administração em caso de inadimplemento – temas fundamentais para evitar a persistência de distinções inconsistentes e do quadro de “fuga” ao precedente vinculante do STF. Essas questões poderiam ser tangenciadas, quando muito, por meio de *obiter dictum*, sem, contudo, ensejar entendimentos maduros que produzissem efeitos vinculantes porque a seu respeito não houve contraditório entre as partes.

O caso paradigma selecionado era, portanto, inadequado para possibilitar que o STF decidisse de forma exaustiva todas as questões suscitadas pela responsabilização da administração pública nos casos de terceirização. Fazia pouco sentido conferir repercussão geral a um caso com um alcance e um contraditório tão limitados porque seu julgamento não permitiria sustar a evasão ao precedente vinculante do STF. Por outro lado, o caso encontrou um Supremo indignado pelo nível de descumprimento do precedente firmado na ADC 16 e ávido por dar uma resposta que encerrasse o que se considerava ser uma aberta insubordinação das cortes vinculadas a seu entendimento.

5. O julgamento

O resultado não poderia ter sido pior. O julgamento foi permeado por declarações exasperadas dos ministros contra a postura dos juízos vinculados e pela intenção de alguns membros da Corte de afirmar que a administração pública não teria responsabilidade em nenhuma hipótese, qualquer que fosse a situação. Os debates sugerem que parte do Tribunal entendia que o quadro de insurgência dos juízos vinculados tornava inviável uma decisão intermediária (que nem isentasse completamente, nem possibilitasse a condenação da administração pública em todas as hipóteses de inadimplemento trabalhista dos contratados).

Diante dessa realidade, passou-se a cogitar da revogação do entendimento anterior, que permitia a condenação da administração por culpa, para assentar que esta não teria responsabilidade de qualquer ordem, cabendo exclusivamente ao contratado arcar com eventuais encargos trabalhistas. A resistência dos juízos vinculados acabara ensejando a polarização do entendimento do STF, em prejuízo aos interesses dos trabalhadores.

Nessa linha, decidiu-se dar provimento ao recurso da União. Veja-se que, de acordo com o entendimento do STF, se a União não fiscalizasse o cumprimento das obrigações trabalhistas pelo contratado, era legítimo imputar-lhe responsabilidade pelos encargos trabalhistas. No caso, a União sequer afirmava que houve fiscalização. Portanto, desde que compreendido que cabia à União o ônus de comprovar a fiscalização, a decisão recorrida sequer estaria em desacordo com o precedente do STF. Mas a Corte havia se polarizado e a maioria acabou decidindo isentar a União de qualquer responsabilidade, sem sequer considerar as particularidades do caso concreto e sem se deter no fato de que o ente público nem mesmo afirmara ter fiscalizado a execução do contrato.

No momento de proclamar a tese emergente do caso concreto, o impasse se instalou. Havia aqueles dispostos a afirmar que a administração pública não tinha responsabilidade alguma em nenhuma hipótese. Havia os que entendiam que a administração deveria ser responsabilizada em caso de culpa, como já apontado em precedente anterior. Havia quem entendesse que o ônus da prova era do particular; quem entendesse que assistia exclusivamente à administração; quem quisesse definir o alcance de fiscalização adequada etc. Instalou-se uma verdadeira confusão quanto à *ratiodecidenti* da decisão e muito pouco foi esclarecido. Ao final de um longo debate, que soava como uma catarse coletiva contra o desrespeito ao precedente da Corte, a tese firmada determinava simplesmente que: "O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere ao poder público contratante *automaticamente* a responsabilidade pelo seu pagamento".

Assim, o julgamento foi concluído sem esclarecer as questões que justificavam atribuição de repercussão geral ao caso. O desfecho acredita-se, se deveu, sobretudo, à má escolha do paradigma ao qual se atribuiu repercussão geral. O paradigma selecionado não permitia um debate amplo, que cobrisse todos os temas que precisavam ser decididos, se instalasse. Tal como decidido o RE 760.931, a "fuga" ao entendimento da Corte persistiria. Nota-se, portanto, que a escolha adequada dos paradigmas que darão ensejo ao reconhecimento e julgamento da repercussão geral é um elemento essencial para firmar um precedente apto a encerrar a controvérsia posta perante a Corte.

6. Critérios a serem observados na seleção dos casos paradigma objeto de repercussão geral

A análise acima permite que se formulem alguns critérios para a adequada seleção dos casos paradigma objeto de repercussão geral, de forma a que, a partir de seu julgamento, seja possível extrair uma tese útil para pacificar a questão submetida ao exame da corte vinculante. Obviamente, os critérios que serão propostos não são exaustivos, mas permitem ao menos a elaboração de um catálogo inicial a ser seguido, a partir dos problemas enfrentados no caso narrado. São eles: (i) a prévia identificação das questões jurídicas que precisam ser enfrentadas para que a tese firmada abranja toda a controvérsia existente; (ii) a seleção de paradigma ou de um conjunto de casos concretos em que tais questões estejam colocadas e debatidas; (iii) a opção por paradigmas em que se tenha firmado o contraditório mais amplo possível sobre todas as questões que serão decididas; e (iv) a escolha de paradigmas cujas partes sejam mais amplamente representativas. Vejamos cada um dos critérios propostos.

6.1. Prévia identificação das questões jurídicas que precisam ser decididas

O primeiro critério sugerido acima para a adequada seleção dos casos paradigmas aos quais se conferirá repercussão geral é a *prévia identificação das questões jurídicas que precisam ser enfrentadas* para que a tese firmada pela corte seja a mais completa possível e possa encerrar a controvérsia²². No caso em exame, teria sido válido que, antes da seleção do recurso extraordinário paradigma, se houvessem examinado a fundo todas as controvérsias que envolviam a aplicação do precedente proferido na ADC 16.

²² Obviamente, um novo precedente sempre sujeitará a interpretação e novos debates poderão surgir a partir da sua prolatação. Isso não impede, contudo, que se procure dar uma solução para as controvérsias que já foram identificadas e que demandam pacificação.

A partir desse exame, teria sido possível elaborar uma lista das questões que precisavam ser decididas pela corte, com base na qual o caso-paradigma ou um conjunto de casos paradigma seria selecionado. Justamente por isso o CPC/2015 prevê que devem ser escolhidos como paradigma, recursos que contenham "*abrangente argumentação e discussão da questão a ser decidida*"²³. Isso ocorre porque, se a argumentação ou a discussão é incompleta ou limitada, não permite que o Tribunal acesse ou decida todas as questões e pontos de vista que a questão suscita.

Em virtude disso, o Código prevê, ainda, que o relator do recurso, no tribunal superior, não fica vinculado aos casos representativos da controvérsia selecionados pelo presidente ou vice-presidente do tribunal *quo*, podendo requisitar a todos os tribunais a remessa de recursos representativos da mesma controvérsia e selecionar como paradigma caso diverso daquele originalmente remetido²⁴. Tais previsões têm o propósito de conferir ao relator instrumento pelo qual possa justamente averiguar, com a maior amplitude possível, todos os argumentos a favor e contra a tomada de posição acerca de uma questão jurídica e todos os debates que o caso suscita, antes de selecionar o paradigma e de levar a matéria a julgamento.

6.2. Seleção de paradigma em que todas as questões estejam postas ou seleção de mais de um paradigma cujo conjunto reúna as questões que precisam ser examinadas

Quando não for possível identificar um único paradigma em que todas as questões que devem ser decididas estão sendo debatidas, a corte vinculante pode e deve selecionar mais de um caso e afetá-lo ao julgamento da repercussão geral, *de modo a que o julgamento do conjunto de casos selecionados cubra todos os pontos que precisam ser apreciados*. Isso é possível a partir de uma análise dos casos sobrestados nas instâncias ordinárias, que aguardam a decisão da repercussão geral. No RE 760.931, certamente teria sido possível identificar recursos em que o debate se estendia ao escopo que a fiscalização deveria ter ou, ainda, às medidas que deveriam ser tomadas pela administração para sustar eventuais irregularidades detectadas²⁵.

²³ CPC/2015, art. 1.036, §6º. BRASIL. Código de Processo Civil. Lei 13.105. **Diário Oficial da União**, 17 mar. 3025. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 03 nov. 2017.

²⁴ CPC/2015, arts. 1.036 e 1.037. BRASIL. Código de Processo Civil. Lei 13.105. **Diário Oficial da União**, 17 mar. 3025. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 03 nov. 2017.

²⁵ Nessa linha, Antônio do Passo Cabral observa: "não é preciso que haja seleção de apenas um processo. Em, vez de uma única causa, o Tribunal pode escolher vários processos para afetação e julgamento nos incidentes de

Em um conjunto de casos sobrestados sobre o mesmo tema – “responsabilidade da administração pública em caso de terceirização” – havia recursos com enfoques distintos, que precisavam ter sido reunidos para viabilizar a solução da divergência. Ainda que nem todos os casos individualmente permitissem formular uma tese completa, a reunião de uma multiplicidade deles permitiria, a partir de seu conjunto, um julgamento amplo sobre a questão, mas com respeito aos limites com os quais cada qual das demandas foram propostas e, portanto, com observância do princípio da congruência e da necessidade de contraditório para a formação de um precedente vinculante²⁶.

A adoção desse segundo critério, no caso em exame, possivelmente teria provocado a subida de outros recursos extraordinários, em que se debatia, além do ônus da prova quanto à ocorrência de fiscalização, as medidas a serem adotadas na fiscalização e/ou as providências que a administração deveria tomar em caso de verificação de inadimplemento trabalhista. Nesse caso, a Corte poderia ter oferecido uma tese vinculante de maior alcance.

É importante ressaltar que não se trata aqui de uma exigência puramente formal ou preciosista, pela qual se pretende aproximar artificialmente o nosso sistema do modo de funcionar do *common law*. Como já esclarecido, quando uma matéria não é adequadamente debatida pelas partes, o tribunal não tem informação suficiente para decidir com precisão. Não está ciente, por exemplo, da inviabilidade, para pequenos municípios, sem pessoal com expertise e com orçamentos limitados, de adotarem determinadas providências fiscalizatórias sofisticadas. Desconhece que a rescisão imediata de contratos federais de grande complexidade pode ensejar a descontinuidade da prestação de determinados serviços públicos. Quando julgam com grau inadequado de contraditório sobre determinado tema, as cortes se arriscam a produzir uma decisão desproporcional, inexecutável e, portanto, a gerar um precedente que ensejará mais litigiosidade e que, ao final, precisará ser revisto.

resolução de litígios repetitivos. Recomenda-se também que sejam selecionados processos que busquem a vitória de teses opostas, a fim de equilibrar a forma com que os argumentos são envergados". (A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. **Revista de Processo**, v. 231, p. 201-223, mai. 2014). No mesmo sentido, v. TALAMINI, Eduardo. Repercussão geral em recurso extraordinário: Nota sobre sua regulamentação. **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 54, p. 56-68, set. 2007, p. 60-61.

²⁶ Obviamente, não se sugere aqui que questões diferentes daquelas originalmente distribuídas ao relator venham a ser por ele pinçadas e somadas a um caso que já se encontra sob o seu exame. Todavia, quando diversos casos são sobrestados no aguardo da decisão sobre uma mesma matéria e tratam razoavelmente do mesmo tema, ainda que sob enfoques distintos, é de todo recomendável que se promova um exame completo do assunto. Sobre esse ponto: determinação da "questão idêntica" sobre a qual devem versar os "recursos representativos da controvérsia" e defendendo como critério o exame da *causa petendi* recursal, v. TEIXEIRA, Rodrigo Valente Giublin. Recursos especiais repetitivos. **Revista de Processo**, v. 191, p. 161-186, jan. 2011, p. 164-165.

6.3. Opção por paradigmas em que se tenha firmado o contraditório mais amplo possível sobre todas as questões que precisam ser decididas pela corte

O terceiro critério aqui proposto é a seleção de paradigmas em que se verifique a instauração do contraditório mais amplo possível. É que mesmo quando a decisão de um caso suscita uma determinada discussão, nem sempre as partes efetivamente enfrentam a questão em sua argumentação ou travam um debate satisfatório a seu respeito. Os recursos repetitivos sobre uma mesma controvérsia podem, ademais, veicular debates firmados em alegações diferenciadas. A discussão em alguns recursos pode ter sido travada de forma mais completado que em outros²⁷.

Ainda no que respeita à qualidade do contraditório desenvolvido, assume relevância a escolha de recursos em que se tenha verificado a vitória de teses opostas, de modo a garantir pluralismo da discussão jurídica²⁸. No caso da questão julgada no RE 760.931, teria sido interessante trazer um processo com vitória do trabalhador e outro com vitória da administração pública no âmbito do TST, de modo a enriquecer o debate sobre a fiscalização adequada.

Assim, o conjunto de casos representativos da controvérsia deve ser selecionado considerando, sempre que possível: (i) a qualidade e o alcance dos argumentos debatidos pelas partes; e (ii) a qualidade, o alcance dos argumentos e a diversidade de entendimentos manifestados pelas decisões judiciais recorridas. Essas medidas asseguram que a matéria seja devolvida ao tribunal vinculante com um contraditório mais robusto.

6.4. Opção por paradigmas cujas partes sejam mais amplamente representativas

Um último aspecto que pode contribuir para a qualidade do conjunto de casos representativos da controvérsia selecionados pelas cortes vinculantes e, portanto, para uma decisão melhor informada, é a seleção de processos em que as partes apresentem representatividade mais ampla, como tende a ser o caso das ações coletivas, em que o autor - Ministério Público, Defensoria Pública, associações representativas de interesses - dá voz a um conjunto amplo de pessoas alcançadas por determinado problema. É que, nesse caso, o

²⁷ CABRAL, Antônio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. *Revista de Processo*, v. 231, p. 201-223, maio 2014.

²⁸ TALAMINI, Eduardo. Repercussão geral em recurso extraordinário: Nota sobre sua regulamentação. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 54, p. 56-68, set. 2007.

autor poderá trazer para o debate perspectivas que, em seu conjunto, permitirão cobrir um conjunto mais amplo de problemas e pontos de vista.

Na mesma linha, ações em que tenha ocorrido intervenção de terceiros, em que se tenham admitido *amici curiae* e/ou em que tenham sido realizadas audiências públicas são feitos em que, igualmente, partes representativas de um espectro mais amplo da sociedade adquiriram voz. Quanto maior é a representatividade das partes, quanto mais amplo é o rol de pessoas que se manifestam sobre a matéria, maior é o conjunto de informações que favorecem um mapeamento detalhado dos diversos pontos de vista e argumentos que o caso suscita, o que permite que as cortes decidam com mais informação e de forma mais completa²⁹.

Portanto, a seleção de casos representativos da controvérsia, em recursos extraordinários com repercussão geral deve levar em conta, ainda, a representatividade das partes que atuaram no feito. O Supremo Tribunal Federal pode, igualmente, com o propósito de aprimorar o debate, admitir a atuação de *amicus curiae* e promover a realização de audiências públicas nos recursos em curso perante a Corte, de forma a coletar informações mais amplas para decidir. Trata-se, ambos os institutos, de expedientes amplamente acolhidos pelo Novo Código³⁰.

7. Critérios a serem observados na formulação da tese vinculante produzida pelo julgamento

Ao lado da adoção de critérios para a seleção de um bom conjunto de casos representativos da controvérsia, é importante igualmente estabelecer *standards* para a adequada formulação da tese vinculante produzida pelo julgamento. Sobre esse ponto, propomos os seguintes critérios, igualmente não exaustivos: (i) limitação da tese às questões de direito colocadas pelo(s) caso(s) concreto(s); (ii) não utilização de cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados ou comandos imprecisos; (iii) formulação explícita da tese

²⁹ No mesmo sentido, com abordagem processual, v. CABRAL, Antônio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. *Revista de Processo*, v. 231, p. 201-223, maio 2014. Em sentido semelhante, tendo por foco a discussão da legitimidade democrática da jurisdição constitucional, v. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler - UGF. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 297-354; HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002; MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013; e Hübner. Desempenho deliberativo de Cortes Constitucionais e o STF. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Cortada (Org.). *Direito e interpretação, racionalidade e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 337-361.

³⁰ V. CPC/2015, art. 138, *caput* e § 3º; art. 983 e art. 1.038. BRASIL. Código de Processo Civil. Lei 13.105. *Diário Oficial da União*, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 03 nov. 2017.

e votação de seu teor, de forma a tornar claro o entendimento da maioria sobre o tema; (iv) participação deliberativa de todos os membros do colegiado na definição da tese.

7.1. Limitação da tese às questões de direito colocadas pelos representativos da controvérsia

Sobre o primeiro critério apontado acima – limitação da tese às questões de direito colocadas pelos recursos representativos da controvérsia – não há necessidade de grandes aprofundamentos. A ideia já foi sustentada e justificada neste trabalho. Só há nível adequado de informação para a produção de um precedente quando a questão que é objeto da tese vinculante foi adequadamente debatida pelas partes, e isso não ocorre quando o seu enfrentamento não é necessário à solução do caso concreto. Além disso, o precedente vinculante é *judgemade law* e, por isso, se sujeita aos limites de atuação da própria jurisdição, devendo respeitar: o princípio da congruência, a inércia da jurisdição, o juiz natural, o direito ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal.

7.2. Não utilização de cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados ou de comandos imprecisos

Conceitos jurídicos indeterminados conferem ao juiz aplicador da norma jurídica ampla margem para interpretação. Expressões como “interesse público”, “função social”, “razoabilidade”, “ordem pública”, entre outras tantas, não geram comandos precisos para os juízos vinculados, a menos que se definam, na mesma tese, *standards* firmes para a sua aplicação. Trata-se de vocábulos que ampliam o espaço para subjetivismos no processo decisório e que podem ensejar aplicações conflitantes de uma mesma tese vinculante.

Uma das razões de ser da técnica legislativa das cláusulas abertas é permitir ao julgador uma margem interpretativa mais ampla. Essa finalidade conflita com o propósito que justifica a fixação de um precedente vinculante, que é justamente reduzir a margem interpretativa dos juízos vinculados, de forma a garantir: a previsibilidade no julgamento de determinadas questões, o tratamento isonômico aos jurisdicionados e a eficiência na redução da litigiosidade e na alocação dos recursos escassos do Judiciário³¹.

³¹Para o debate acerca do custo-benefício de adotar precedentes, tendo em conta que tal adoção pressupõe a formulação de regras gerais que podem comprometer soluções particularizadas para casos específicos que mereçam tratamento específico, v. SCHAUER, Frederick. Precedent. *Stanford Law Review*, Palo Alto, v. 39, p. 571-605, fev. 1987. Entretanto, uma vez feita a opção pelo legislador no sentido da adoção de precedentes vinculantes, tal como ocorreu no Código de Processo de 2015, isso significa que se concluiu que os benefícios

Além disso, o recurso a cláusulas gerais, a conceitos jurídicos indeterminados e a comandos genéricos dá margem à produção de distinções inconsistentes. Para o juiz que eventualmente discorde da tese estabelecida na decisão do STF, será mais fácil fugir à sua aplicação, quando puder conferir significados variados a expressões sem conteúdo definido, como é o caso dos conceitos jurídicos indeterminados. Em uma cultura como a brasileira, em que parte dos operadores do direito é não cooperativa com relação à observância de precedentes, comandos imprecisos contribuem para frustrar a força vinculante das decisões³².

O Supremo Tribunal Federal não atentou, contudo, para esse aspecto ao firmar a tese emergente do RE 760.931. Limitou-se a estabelecer que o "inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere ao poder público contratante automaticamente a responsabilidade pelo seu pagamento". Dizer que não há transferência "automática" da responsabilidade simplesmente deixa em aberto quando tal transferência ocorre e quando não ocorre. Trata-se, a toda evidência, de um comando vago que possibilitará as mesmas inconsistências que levaram à provocação do Tribunal por meio de recurso extraordinário com repercussão geral.

7.3. Formulação explícita da tese e votação de seu teor, de forma a tornar claro o entendimento da maioria sobre o tema

O Supremo Tribunal Federal adota, hoje, um processo colegiado de decisão que pode ser caracterizado como agregativo, externo e *seriatim*. No modelo agregativo (característico do STF), a decisão da maioria é produzida pelo cômputo dos entendimentos manifestados por cada um dos juízes individualmente³³. Esse tipo de modelo se opõe ao modelo deliberativo, por meio do qual um tribunal alcança uma decisão através do debate e da interação entre seus membros, por meio dos quais se constrói o entendimento da corte. O resultado, no modelo

decorrentes da sua adoção superam os custos. Uma vez feita essa escolha, não faz sentido formular precedentes que não firmam um norte seguro para os juízos vinculados.

³² GICO Jr., Ivo Teixeira. **A Tragédia do Judiciário**: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário. Brasília, 2012. 146 f. Tese (Doutorado). Departamento de Economia, Universidade de Brasília - UnB. Disponível em: <https://works.bepress.com/ivo_teixeira_gico_junior/53/>. Acesso em: 3 nov. 2017. Na verdade, a definição de precedentes vagos tende a comprometer a sua força vinculante qualquer que seja a cultura. Em culturas menos afetas ao precedente vinculante, contudo, a situação se agrava.

³³ Para o estudo dos modelos colegiados de decisão, com base nas aludidas categorias, v. SILVA, Virgílio Afonso da. *Deciding without deliberating*. **International Journal of Constitutional Law**, v. 11, n. 3, p. 557-584, jul.2013; MENDES, ConradoHübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013; e MENDES, ConradoHübner. *Desempenho deliberativo de Cortes Constitucionais e o STF*. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Cortada (Org.). **Direito e interpretação, racionalidade e instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 337-361; MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos Bastidores do STF**. Rio de Janeiro: Forense. 2015. p. 172-175.

deliberativo, não é o mero produto do somatório dos votos de cada magistrado, ao contrário do que ocorre no modelo agregativo.

O modelo externo de deliberação se caracteriza pela atribuição de ampla publicidade aos debates, às audiências, às sessões de julgamentos. No Brasil, todas as sessões de julgamento são públicas por determinação constitucional expressa, e os votos de todos os membros de um tribunal são publicados. Além disso, no caso do pleno do STF, as sessões são, ainda, televisionadas, em tempo real, por meio da TV Justiça, o que confere maior visibilidade aos julgamentos da Corte. O modelo externo de deliberação se opõe ao modelo interno, em que ao menos uma fase relevante do processo decisório ocorre "a portas fechadas", apenas entre os membros do tribunal, sem que se dê publicidade a terceiros³⁴.

Por fim, a votação em série ocorre quando cada juiz produz a sua própria declaração de voto, concorde ou não com as declarações de voto dos demais. Esse modo de decidir se opõe à decisão *per curiam*, em que o tribunal apresenta, como produto do julgamento, um único arrazoado, que corresponde ao entendimento da instituição, sem particularizar o entendimento de cada qual dos seus membros. É a adoção do modelo *seriatim* que implica a produção, no caso do STF, de acórdãos que somam centenas de páginas exatamente porque são compostos pelos votos de cada membro do colegiado.

Não é raro que modelos externos – sobretudo externos ao extremo como é o caso do STF – se associem a sistemas agregativos de decisão. Os modelos externos têm a vantagem de conferir maior visibilidade ao processo de decisão das cortes, o que permite que a sociedade acompanhe de perto como um tribunal e seus membros estão decidindo. Entretanto, favorecem pouca uma atitude mais deliberativa e colaborativa entre os magistrados. Quanto maior é a publicidade conferida a uma sessão de julgamento, mais expostos os juízes se sentem e, por isso, mais preocupados se tornam com seu próprio desempenho. Com isso, se mostram menos abertos ao diálogo ou à construção conjunta de uma solução³⁵.

Até bem pouco tempo, tais características deliberativas geravam acórdãos que, além de extremamente extensos, deixavam muitas vezes indefinida a tese que fora vencedora no colegiado. A conclusão do recurso – provimento ou desprovimento – era objeto de votação, mas cada ministro expunha seus próprios fundamentos e muitas vezes não se conseguia

³⁴ É o que ocorre, a título exemplificativo, na Suprema Corte norte-americana, em que a decisão sobre o desfecho dos casos admitidos é tomada em reunião de que participam apenas os *justices* que integram a corte. FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review. *Texas Law Review*, v. 84, 2005. p. 257

³⁵ MENDES, Conrado Hübner. Desempenho deliberativo de Cortes Constitucionais e o STF. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Cortada (Org.). **Direito e interpretação, racionalidade e instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 337-361.

identificar com clareza qual era o fundamento prevalecente e comum à maioria dos ministros. Sem isso, não é possível determinar a tese do julgamento. Essa característica do modo de deliberar do Supremo comprometia, por consequência, a força vinculante das teses firmadas pela Corte porque elas permaneciam obscuras em muitos casos e, nessas condições, não havia como impor seu cumprimento às instâncias inferiores.

Essa questão começou a mudar com a introdução da prática de votar a tese dos julgamentos proferidos em repercussão geral, decorrente de um argumento positivista, segundo o qual o Código de Processo de 1973 exigia que a Corte publicasse a súmula das decisões proferidas nesses casos³⁶. Após vencidas algumas resistências iniciais entre os ministros, a prática se expandiu para as decisões proferidas em controle concentrado da constitucionalidade, em que atualmente se tem igualmente votado a tese emergente do julgamento.

Tudo leva a crer, portanto, que a prática de votar a *ratio decidendi* se consolidará no Tribunal. De todo modo, vale a referência à relevância desse critério: é fundamental para a efetividade da força vinculante das decisões proferidas pela Corte que as teses vinculantes emergentes de seus julgamentos sejam objeto de votação pelo colegiado, de modo a torná-las explícitas na decisão. É, ainda, de todo recomendável que a tese aprovada pela maioria conste da ementa do julgado, a fim de que possa ser identificada de pronto pelos juízos vinculados.

7.4. Participação de todos os membros do colegiado na definição da tese

O último critério aqui proposto para determinação da *ratio decidendi* é a participação de todos os membros do colegiado na definição da tese, inclusive daqueles que restaram vencidos. Vencida no mérito, a minoria não deixa de fazer parte da Corte, pode e deve colaborar para a elaboração da tese vencedora, a partir da *ratio decidendi* que prevaleceu entre os membros da corrente vencedora. Uma tese firmada com a participação de todos os membros do colegiado (vencedores e vencidos) atende, de modo mais efetivo, ao pluralismo desejável no âmbito dos tribunais. Se a ideia da tese é ser uma norma jurídica perene e universalizável para milhares de casos similares, a participação de todo o órgão jurisdicional,

³⁶ O argumento, formulado em plenário pelo Ministro Luís Roberto Barroso, invocava o teor do art. 543-A, §7º, segundo o qual: "A Súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão". V. BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos Mello. Modelo decisório do Supremo Tribunal Federal e duas sugestões de mudança. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). Prudências, ousadias e mudanças necessárias ao STF. **Consultor Jurídico** [on-line], 28 dez. 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-dez-28/retrospectiva-2010-prudencias-ousadias-mudancas-necessarias-stf>>. Acesso em: 03 nov. 2017.

com seus onze ministros, agrega conhecimento e colabora para a formação de uma tese mais sólida.

A formulação conjunta da tese por todos os membros do colegiado tem, ainda, o aspecto positivo de mitigar o caráter agregativo do processo decisório do Supremo Tribunal Federal e de inserir, na etapa da formulação da *ratio decidendi*, um mecanismo deliberativo. Os ministros vencidos no julgamento, no momento da formulação da tese, passariam a auxiliar o colegiado na produção da síntese do entendimento majoritário que prevaleceu. Quanto mais debatida for a tese e quanto maior for o cuidado de torná-la precisa, mais efetivo será o teor vinculante do precedente. A providência tem, ainda, o aspecto positivo de minimizar a fragmentação da corte e a fragilidade do precedente quando a questão é resolvida por uma maioria apertada. A decisão quanto ao mérito pode ser tomada por maioria, mas a tese é o resultado institucional do julgamento, produto da deliberação de todos os membros.

A providência pressupõe, contudo, que os membros vencidos se empenhem efetivamente em deliberar uma tese fiel à compreensão da maioria. Não é o que ocorre sempre. Eventualmente, a minoria vencida resiste e procura tornar menos determinada a tese do precedente com o qual não concorda, de forma a perpetuar o debate. Esse tipo de postura demonstra a falta de cultura colaborativa com a formação de precedentes vinculantes por parte da própria corte vinculante e indica como o sucesso no estabelecimento de uma cultura de respeito aos precedentes depende, em grande medida, também dos tribunais superiores.

Conclusão

A tese firmada no RE 760.931 limitou-se a assentar, de forma genérica, que a responsabilidade da administração pública pelo inadimplemento trabalhista de contratados, em casos de terceirização, não é automática. Não fixou: (i) os casos em que a responsabilidade poderá se configurar e os casos em que não se configurará; (ii) não determinou a quem assiste o ônus da prova acerca da efetiva realização de fiscalização; (iii) não precisou qual é o alcance de uma fiscalização adequada a ser promovida pelo poder público; (iv) não determinou as medidas a serem adotadas pelo poder público, caso tenha ciência de irregularidades trabalhistas praticadas por seus contratados, de modo a evitar a sua responsabilidade. Tudo indica, portanto, que a tese firmada é inapta a fazer cessar a litigiosidade e as distinções inconsistentes produzidas pela Justiça do Trabalho no tema.

A inaptidão da tese firmada no RE 760.931, como demonstrado, decorreu: (i) da má seleção do caso representativo da controvérsia, que não colocava todas as questões que precisavam ser decididas pela Corte para que uma tese completa fosse alcançada; (ii) da inabilidade do STF no manejo dos conceitos de *ratio decidendi*, *obiterdictum*, distinção e distinção inconsistente; (iii) da definição de uma tese que se vale de um comando genérico e impreciso e que, por isso, mantém ampla margem interpretativa em favor dos juízos vinculados; (iv) da elaboração de uma tese que não enfrenta todos os aspectos que precisavam ser enfrentados para reduzir a discricção dos tribunais *a quo*.

Com base em tal análise, indicou-se como roteiro a ser adotado pelo Supremo Tribunal Federal na seleção de casos paradigmas, a saber: (i) a prévia delimitação das questões jurídicas que precisam ser decididas para a produção de uma tese que abranja toda a controvérsia existente; (ii) a seleção de caso representativo da controvérsia em que todas as questões que precisem ser decididas estejam postas ou a seleção de um conjunto de casos que reúna todas as mencionadas questões; (iii) a escolha de casos representativos da controvérsia em que se tenha firmado o contraditório mais amplo possível sobre todas as questões que precisam ser decididas pela corte; (iv) a escolha de casos representativos cujas partes e/ou intervenientes sejam mais amplamente representativos.

Indicou-se, ainda, um rol de critérios a serem observados na formulação da tese emergente do precedente vinculante, a saber: (i) a limitação da tese às questões de direito suscitadas pelos casos concretos; (ii) a não utilização na tese de cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados ou de comandos imprecisos, de forma a restringir a margem interpretativa de juízos vinculados; (iii) a votação explícita da tese que serviu de base para o julgamento da maioria e, preferencialmente, sua explicitação na ementa da decisão; (iv) a participação de todos os membros do colegiado na definição da tese, de forma a estimular a introdução de uma etapa mais deliberativa no julgamento, em que todo o colegiado se manifeste como instituição.

Uma última nota é fundamental para o presente trabalho: fala-se muito na falta de uma cultura de respeito aos precedentes por parte dos juízos vinculados no Brasil. É preciso, contudo, ter em conta que tal cultura não depende apenas do comportamento das instâncias inferiores. O respeito aos precedentes vinculantes só será alcançado se o Supremo Tribunal Federal e todos os seus membros se imbuírem do espírito de efetivamente decidir como uma Corte de Precedentes e, portanto, se, a cada decisão que tiverem diante de si, refletirem sobre como podem produzir teses claras, precisas, que efetivamente reduzam a indeterminação do

direito, e desde que tenham sempre presente a importância de regular casos futuros e semelhantes por meio de tais precedentes, ainda quando a decisão alcançada tiver sido apoiada apenas pela maioria.

Referências

ALEXANDER, Larry. Constrained by precedent. *Southern California Law Review*, Los Angeles, v. 63, p. 1-64, nov. 1989.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro**. 7. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015.

BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patricia Perrone Campos. Trabalhando com uma nova lógica: A Ascensão dos precedentes no Direito brasileiro. *Revista da AGU*, Brasília-DF, v. 15, n. 5, p. 9-52, jul./set. 2016.

_____; _____. Modelo decisório do Supremo Tribunal Federal e duas sugestões de mudança. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). Prudências, ousadias e mudanças necessárias ao STF. **Consultor Jurídico** [on-line], 28 dez. 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-dez-28/retrospectiva-2010-prudencias-ousadias-mudancas-necessarias-stf>>. Acesso em: 03 nov. 2017.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei 13.105. **Diário Oficial da União**, 17 mar. 3025. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 03 nov. 2017.

BRASIL. Lei nº 8.666. **Diário Oficial da União**, 22 jun. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 02 nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 669.069. Relator: Min. Teori Zavascki, Pleno. **DJe**, 28.04.2016

_____. Supremo Tribunal Federal. ADC 16. Relator: Min. Peluso, Pleno. **DJe**, 09.09.2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Rcl 6969. Relator: Min. Peluso, decisão monocrática. **DJe**, 24.11.2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Rcl 7847. Relator: Min. Joaquim Barbosa, decisão monocrática. **DJe**, 07.12.2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Rcl 8020 AgR. Relator: Min. Ayres Britto, decisão monocrática. **DJe**, 01.03.2011.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. SBDI-II, ReeNec e RO-242-18.2011.5.12.0000. Relator: Min. Alexandre Agra Belmonte. **DEJT**, 14.12.2012.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **AIRR-100700-72.2008.5.02.0373**. Relator: Min. José Roberto Freire, Segunda Turma, j. 11.04.2012.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 331. Contrato de prestação de Serviço. **DEJT**, divulgado em 27, 30 e 31.05.2011. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html>. Acesso em: 03 nov. 2017.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 331. Contrato de prestação de Serviço. **DJ**, divulgado em 18, 19 e 20.09.2000. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html>. Acesso em: 03 nov. 2017.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 331. Contrato de prestação de Serviço. **DJ**, divulgado em 21, 28.12.1993 e 04.01.1994. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html>. Acesso em: 03 nov. 2017.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

CABRAL, Antônio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. **Revista de Processo**, v. 231, p. 201-223, mai. 2014.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 553-673, 2012.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review. **Texas Law Review**, v. 84, p. 257, 2005.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A sociedade aberta dos interpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: Entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler - UGF. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

GICO Jr., Ivo Teixeira. **A Tragédia do Judiciário**: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário. Brasília, 2012. 146 f. Tese (Doutorado). Departamento de Economia, Universidade de Brasília - UnB. Disponível em: <https://works.bepress.com/ivo_teixeira_gico_junior/53/>. Acesso em: 3 nov. 2017.

GOODHART, Arthur. Determining the ratio decidendi of a case. **Modern Law Review**, *London*, v. 22, 1959.

LLEWELYN, Karl N. **The common law tradition**: deciding appeals. Boston: Little, Brown and Company, 1960.

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

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent. In: MACCORMICK, D. Neil e SUMMERS, Robert S. (Org.). **Interpreting precedents**: a comparative study. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997. p. 503-518.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos Bastidores do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. **Precedentes**: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

_____. Desempenho deliberativo de Cortes Constitucionais e o STF. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Cortada (Org.). **Direito e interpretação, racionalidade e instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 337-361.

MONAGHAN, Henry Paul. Stare decisis and constitutional adjudication. **Columbia Law Review**, Nova Iorque, v. 88, n. 4, maio 1988.

NADER, Phillippe de Oliveira. A repercussão geral no recurso de revista. **Jota**, 04 abr. 2017. Disponível em: <<https://jota.info/artigos/a-repercussao-geral-no-recurso-de-revista-04042017>>. Acesso em: 02 nov. 2017.

NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. **Constitutional Law**. 7. ed. Saint Paul: Thomson West, 2004.

RE, Edward D. Stare decisis. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 19, n. 73, p.47-54, jan./mar. 1994.

SCHAUER, Frederick. Precedent. **Stanford Law Review**, Palo Alto, v. 39, p. 571-605, fev. 1987.

_____. Rules, the rule of law, and the Constitution. **Constitutional commentary**, Minneapolis, v. 6, p. 69-85, 1989.

SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York State). In: MACCORMICK, D. Neil e SUMMERS, Robert S. (Org.). **Interpreting precedents: a comparative study**. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997. p. 355-406.

SILVA, Celso Albuquerque. **Súmula Vinculante: Teoria e Prática da Decisão Judicial com base em Precedentes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. **International Journal of Constitutional Law**, v. 11, n. 3, p. 557-584, jul. 2013.

TALAMINI, Eduardo. Repercussão geral em recurso extraordinário: Nota sobre sua regulamentação. **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 54, p. 56-68, set. 2007.

TEIXEIRA, Rodrigo Valente Giublin. Recursos especiais repetitivos. **Revista de Processo**, v. 191, p. 161-186, jan. 2011.

TRIBE, Lawrence H.; DORF, Michael C. **American Constitutional Law**. v.1. 3 ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2000.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law e common law*. **Revista de Processo**, v. 172, São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 2009.