

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA – EDB
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

Frederico Augusto Teixeira da Rocha Orlando

**O ENCARGO PROBATÓRIO NOS CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS
FIRMADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: ENTRE A CONDUTA CULPOSA
E O RECONHECIMENTO POR PRESUNÇÃO**

Brasília-DF,

28 de novembro de 2016

Frederico Augusto Teixeira da Rocha Orlando

**O ENCARGO PROBATÓRIO NOS CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS
FIRMADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: ENTRE A CONDUTA CULPOSA
E O RECONHECIMENTO POR PRESUNÇÃO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Graduação em Direito
como requisito parcial para a obtenção de título de Bacharel em
Direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP.

Orientador: Prof. Esp. Daniel de Matos Sampaio Chagas

Brasília-DF,

28 de novembro de 2016

Frederico Augusto Teixeira da Rocha Orlando

**O ENCARGO PROBATÓRIO NOS CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS
FIRMADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: ENTRE A CONDUTA CULPOSA
E O RECONHECIMENTO POR PRESUNÇÃO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Graduação em Direito
como requisito parcial para a obtenção de título de Bacharel em
Direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP.

Brasília-DF, 28 de novembro de 2016.

Prof. Esp. Daniel de Matos Sampaio Chagas

Professor Orientador

Nome:

Professor(a) membro(a) da Banca Examinadora

Nome:

Membro(a) do CEPES

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	2
1.CONCEITOS E ADC 16.....	5
1.1 Terceirização.....	5
1.2 Administração Pública e Terceirização e a responsabilidade Civil do Estado	6
1.3 Administração Pública, terceirização e Histórico da Legislação Pertinente	9
1.4 ADC 16 e a Atual Redação da Súmula 331	12
2. ENCARGO PROBATÓRIO	17
2.1 Ônus da Prova.....	17
2.2 O Ônus da Prova no Novo CPC	25
CONCLUSÃO	28
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	30

**O ENCARGO PROBATÓRIO NOS CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS
FIRMADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: ENTRE A CONDUTA CULPOSA
E O RECONHECIMENTO POR PRESUNÇÃO**

THE PROBATIONARY ACCOUNT IN PUBLIC ADMINISTRATION SERVICES
CONTRACTS: BETWEEN MISCONDUCT AND RECOGNITION BY PRESUMPTION

Frederico Augusto Teixeira da Rocha Orlando¹

RESUMO

O presente artigo trata da análise da conduta culposa e do reconhecimento por presunção para a definição do encargo probatório no seio dos contratos de prestação de serviços firmados pela Administração Pública. Busca demonstrar o uso da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova com fulcro nas provas negativas e nas denominadas provas “diabólicas”. Base subsidiária trabalhista no CPC e demonstrativo de jurisprudência do TST acerca do tema. Reconhecimento da culpa *in eligendo* e culpa *in vigilando* para a responsabilização subsidiária da Administração Pública enquanto tomadora de serviços. Valeu-se do método de pesquisa dogmática comparando-se ideias de diversos autores, diplomas legais e julgados da Justiça do Trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: encargo probatório; prestação de serviços; Administração Pública; distribuição dinâmica do ônus da prova; prova negativa; prova diabólica; culpa *in eligendo* e culpa *in vigilando*.

ABSTRACT

This is a research about the analysis the culpable conduct and the recognition by presumption in order to determine the probationary account under the contracts of provision of services taken by the Public Administration. It tries to demonstrate the use of the theory of the dynamic distribution of burden of proof based on the negative proofs and in the denominated "diabolical" proofs. Subsidiary labor base in the CPC and demonstration of jurisprudence of the TST. Recognition of the guilt *in eligendo* and guilty *in vigilando* for the subsidiary accountability of the Public Administration as service taker. It is relied on the method of dogmatic research comparing ideas of various authors, law and judgments of the Labor Court.

KEYWORDS: probationary account; provision of services; Public Administration; dynamic distribution of burden of proof; negative proof; diabolical proof; guilt *in eligendo* and guilty *in vigilando*.

¹Graduando em Direito. R.A. 1200077. Artigo elaborado a fim de obter título de bacharel em Direito. Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é discorrer acerca do encargo probatório no descumprimento dos contratos de prestação de serviços firmados pela Administração Pública - contratos de terceirização - quanto aos débitos trabalhistas. As decisões singulares e colegiadas fundamentam-se, em regra, entre a conduta culposa e o reconhecimento por presunção do mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

O tema foi escolhido por sua relevância – é um dos líderes em número de processos na Justiça do Trabalho, pela sua relevância social – o impacto na vida dos trabalhadores terceirizados, que se encontram empregados ou em lide com a Administração Pública e, por último, por sua relevância jurídico-acadêmica – é debatido nos fóruns trabalhistas e nas Academias, possui inúmeras obras a respeito dos maiores doutrinadores no ramo do Direito do Trabalho.

Ainda, há debates acerca do tema, além de julgados do TST, no próprio STF com seu portfólio constitucional capaz de organizar o entendimento dos tribunais inferiores sobre a questão da responsabilidade da Administração no caso de tomadora de serviços terceirizados, como se percebe na ADC 16, que será aqui discutida.

Importa observar, quanto aos institutos da responsabilidade solidária e da subsidiária, para este estudo que: na responsabilidade solidária (não acolhida pela maioria da Jurisprudência, em especial, na inteligência da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho²), todos os codevedores são responsáveis pelo montante total da dívida perante o

² SÚMULA 331 DO TST - CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE

I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei no 6.019, de 03.01.1974).

II – A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei no 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

credor comum, cabendo a este, no caso de não pagamento do que lhe é devido, escolher qual devedor acionará em Juízo, podendo de qualquer um deles postular, desde logo, o pagamento da integralidade do crédito. O coobrigado que pagou a dívida poderá, depois, buscar ressarcir-se junto aos demais pelo que satisfizes além de sua quota parte. Já na responsabilização subsidiária, existe o benefício de ordem, devendo, primeiro, buscar-se o devedor principal, no caso, a prestadora de serviços.

Existem discussões e divergências quanto à natureza jurídica da responsabilidade subsidiária pelos débitos trabalhistas decorrentes do contrato de trabalho, quando a Administração Pública terceiriza serviços e a prestadora contratada – terceirizada – não cumpre corretamente o contrato administrativo, nem tem idoneidade para arcar com o pagamento da dívida laboral.

A doutrina brasileira afirma, em sua maioria, que a Constituição Federal de 1988 adotou no art. 37, § 6º, a Teoria do Risco Administrativo, na qual existe responsabilidade objetiva da Administração Pública e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público.

Sobre a evolução da teoria da responsabilidade do Estado, esclarecedoras são as palavras de Saulo José Casali Bahia (1995, p. 11):

Viveu-se, no campo da responsabilidade civil do Estado, uma noção de evolução. Partiu-se da irresponsabilidade do Poder Público (Teoria da Irresponsabilidade), para em seguida admitir-se a responsabilidade do Estado baseada na culpa, nos moldes do Direito Civil (Teoria da Culpa Civilística), carreando-se, progressivamente, a esta responsabilização, aspectos de Direito Público (Teoria da Culpa Administrativa). Ainda neste avanço, iniciou-se a prescindir da aferição apriorística da culpa, admitindo-se sua presunção, com a inversão do ônus probatório, culminando-se com o refinamento oferecido pelas teorias da culpa anônima e da falta administrativa. Num passo seguinte, buscou-se a responsabilização do Estado por atividades lícitas que desenvolvesse (de acordo com a Teoria do Risco Administrativo), pretendendo-se que chegasse aos rigores da Teoria do Risco Integral. No momento, a responsabilidade civil do Estado avança para consolidar-se através da Teoria do Risco Social (Responsabilidade sem Risco).

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. 8.666/93, 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.

O sistema jurídico brasileiro não adotou a modalidade do Risco Integral, mas sim, a do Risco Administrativo, que admite a existência de causas excludentes da responsabilidade, ao menos na maioria dos casos, sendo excepcionadas apenas algumas situações, como nos casos de dano ambiental e de dano nuclear, nas quais se admite a responsabilidade irrestrita.

No que se refere à terceirização nas demandas levadas ao Judiciário, as controvérsias giram em torno do art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988(CF), do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 de 21 de junho de 1993³, declarado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 2011, no julgamento da ação direta de constitucionalidade (ADC) nº 16/2007-DF, da súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST) e de outros dispositivos conexos como os artigos 66 e 67 da referida Lei 8.666/93.

São necessários, para que exista a compreensão das decisões proferidas nos Tribunais Regionais do Trabalho, no Tribunal Superior do Trabalho e no Supremo Tribunal Federal, além da interpretação sistemática dos dispositivos supracitados, os conceitos de terceirização e de sua evolução histórica, o entendimento da motivação da ADC 16 e de seus desdobramentos, e, por fim, a análise do encargo probatório à luz da teoria das provas.

Assim, este trabalho demonstra por meio de análise dogmática e analítica, com fulcro na legislação pertinente e nos entendimentos, de certo modo, divergentes do TST e STF, como se dá pelo magistrado o meio probatório. Isto é, busca se apresentar o modo de distribuição dinâmica do ônus da proba – embasado tanto nas chamadas provas negativas quanto nas provas diabólicas – forte na possibilidade de utilização subsidiária do CPC para tanto no que tange a aplicação de encargo probatório de modo excepcional, quando a parte que assume o ônus probatório não foi aquela que alegou seu direito, perpassando os arts. 818, CLT e 373 do CPC.

3Art. 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. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

1 CONCEITOS E ADC 16

1.1 Terceirização

A respeito da etimologia, a terceirização é um neologismo oriundo da palavra terceiro, e já foi incorporada ao Vocabulário Ortográfico da Língua Portuguesa – VOLP –, em sua quinta edição, 2009. Juridicamente, define Maurício Godinho Delgado:

Não se trata seguramente de terceiro, no sentido jurídico, como aquele que é estranho a certa relação jurídica entre duas ou mais partes. O neologismo foi construído pela área de administração de empresas, fora da cultura do Direito, visando enfatizar a descentralização empresarial de atividades de outrem, um terceiro a empresa. (DELGADO, 2010, p. 414).

A terceirização é fenômeno recente no Direito do Trabalho brasileiro. Chegou ao Brasil por intermédio das empresas multinacionais, em especial, as do ramo automobilístico, nos anos de 1950, alinhando-se ao fenômeno maior e mundial do pós-guerra. Complementa Maurício Godinho Delgado:

Em fins da década de 1960, e início dos anos 70, é que a ordem jurídica instituiu referência normativa mais destacada do fenômeno da terceirização. Mesmo assim, tal referência dizia respeito apenas ao segmento público (melhor definindo, segmento estatal) do mercado de trabalho – administração direta e indireta da União, Estados e Municípios. É o que se passou com o Decreto-Lei nº 200/1967(art. 10) e Lei nº 5.645/1970. A partir da década de 1970, a legislação heterônoma incorporou um diploma normativo, que tratava especificamente da terceirização, estendendo-a ao campo privado da economia: Lei do Trabalho Temporário (Lei nº 6.019/1974). Tempos depois, pela Lei nº 7.102/1983, autorizava-se também a terceirização do trabalho de vigilância bancária, a ser efetuada em caráter permanente. (DELGADO, 2010, p. 415).

A terceirização existe quando uma empresa, ao invés de executar serviços diretamente por seus empregados, contrata outra empresa. Esta executa o serviço com o pessoal a ela vinculado por regime celetista e sob sua responsabilidade. Ou seja, o empregado é contratado pela empresa intermediária (empregadora), mas presta serviços em outro local, que é definido pela empresa contratante (tomadora).

As pessoas da triangulação jurídica são o empregado⁴, a empresa prestadora de serviços e a empresa tomadora dos serviços. O vínculo empregatício formado ocorre entre o trabalhador e a empresa prestadora de serviços, embora ele preste serviços em outro local.

A legislação brasileira não disciplina especificamente a terceirização, cujos parâmetros foram disciplinados pela Súmula 331 do TST, cuja construção tem amparo no texto constitucional, interpretado de forma sistêmica e teleológica, a fim de realizar a pacificação social, reduzir desigualdades, nos limites dos fundamentos do Estado Democrático de Direito e com os objetivos definidos na Constituição Federal de 1988.

1.2 Administração Pública e a Responsabilidade Civil do Estado

Durante o Estado Absolutista, em que a o soberano recebia seu poder por procuração divina, ele não poderia errar, nem lhe ser imputado erro. *The King can do no wrong*. Logo, como a figura do Rei se confundia com a do próprio Estado, a este também não caberia responsabilidade por seus atos. Com o surgimento do Estado de Direito e de algumas instituições que se assemelhavam a Administração Pública (personalização jurídica), principalmente após a Revolução Francesa e a Independência Americana, ao Estado foram atribuídos deveres.

Sobre a evolução da teoria da responsabilidade do Estado, esclarecedoras são as palavras de Saulo José Casali Bahia (1995, p. 11):

Viveu-se, no campo da responsabilidade civil do Estado, uma noção de evolução. Partiu-se da irresponsabilidade do Poder Público (Teoria da Irresponsabilidade), para em seguida admitir-se a responsabilidade do Estado baseada na culpa, nos moldes do Direito Civil (Teoria da Culpa Civilística), carreando-se, progressivamente, a esta responsabilização, aspectos de Direito Público (Teoria da Culpa Administrativa). Ainda neste avanço, iniciou-se a prescindir da aferição apriorística da culpa, admitindo-se sua presunção, com a inversão do ônus probatório, culminando-se com o refinamento oferecido pelas teorias da culpa anônima e da falta administrativa. Num passo seguinte, buscou-se a responsabilização do Estado por atividades lícitas que desenvolvesse (de acordo com a Teoria do Risco Administrativo), pretendendo-se que chegasse aos rigores da Teoria do Risco Integral. No momento, a responsabilidade civil do Estado avança

⁴ Art. 3º da CLT - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

para consolidar-se através da Teoria do Risco Social (Responsabilidade sem Risco).

Existem duas vertentes principais da Doutrina: a primeira sustenta que existe responsabilidade objetiva e subsidiária da Administração Pública, fundada na teoria do risco administrativo, conforme lição de Romeu Felipe Bacellar Filho (2001, p. 11):

“Como já afirmado, o risco integral acolhe a ideia de que a mera comprovação da relação de causa e efeito (nexo causal) entre o evento danoso e a participação do Agente Público enseja a obrigação de reparação pelo Estado. Realmente, a evolução constitucional e doutrinária culminou por desenvolver o que hoje denominamos, no gênero, a Teoria do Risco, que acolhe duas espécies: a Teoria do Risco Integral e a **Teoria do Risco Administrativo**. Ambas adotam o princípio da responsabilização objetiva. A primeira consagra a responsabilização objetiva de modo integral, isto é, sem qualquer abrandamento e sem acolher qualquer tipo de excludente. **A segunda, mais consentânea com a razoabilidade, é submissa à objetividade na responsabilização**, mas aceita certas excludentes (culpa da vítima, força maior, caso fortuito). Assim sendo, é fácil depreender que o traço distintivo entre ambas as teorias se concentra no desprezo dedicado pela Teoria do Risco Integral a fatores circunstanciais (força maior e caso fortuito) e a um personagem cuja atuação pode ter sido nenhuma ou decisiva para a configuração do evento danoso: a vítima”

A doutrina brasileira afirma, em sua maioria, que a Constituição Federal de 1988 adotou no art. 37, § 6º, a Teoria do Risco Administrativo, na qual existe responsabilidade objetiva da Administração Pública e das pessoas jurídicas de direito privado de serviço público.

No caso da terceirização, acrescenta-se o fundamento, para a responsabilidade objetiva do Estado, a noção de risco-proveito, segundo a qual deverá responder pelos danos, independentemente de culpa, aquele que se beneficiar de determinada atividade que crie ou intensifique os riscos já existentes.

No caso, o ente ou órgão público, beneficia-se da força de trabalho do terceirizado, razão pela qual não pode se esquivar da responsabilidade objetiva, ainda que subsidiária, pelas parcelas devidas pelo empregador do trabalhador.

A ideia de risco traduz uma objetivação da responsabilidade, a fim de assegurar uma proteção jurídica à pessoa humana do trabalhador, contra a insegurança material. Todo dano deve ter um responsável, pois *ubi emolumentum, ibi ius* (ou *ibi onus*), vale dizer, a pessoa que se aproveita dos riscos ocasionados deverá arcar com as consequências. Na terceirização, a inadimplência da prestadora de serviços decorreu do exercício de uma atividade que reverteu

em proveito do tomador (BARROS, 2009, p. 455-456). Ressalta-se que, na contramão dessa evolução, a Jurisprudência adotou a responsabilidade subjetiva e subsidiária do Estado.

A responsabilidade subjetiva e subsidiária é indireta, por fato de terceiro, fundada na ideia de culpa *in eligendo* (em razão da má escolha da empresa prestadora) ou *in vigilando* (decorrente da má fiscalização no cumprimento das obrigações contratuais) (SANTOS, 2007, p. 64).

Na lição de Furtado: "a empresa tomadora há que selecionar, criteriosamente, aquela que irá prestar os chamados serviços secundários. Um conhecimento da estrutura da prestadora, de seu porte e de sua fidedignidade são indispensáveis, sob pena de responder pela incorreta e descuidada eleição" (FURTADO, 1993, p. 1321).

Da mesma forma, os cuidados devem ir além da escolha de empresa idônea, impondo-se uma constante vigilância no sentido de tomar ciência se vem a prestadora cumprindo suas obrigações trabalhistas. Pode-se, inclusive, apor no contrato cláusula que condicione a liberação de sua prestação à prévia comprovação de quitação por parte da contratada (FURTADO, 1993, p. 1321).

De fato, a Administração tem o dever de fiscalizar a execução, em sentido amplo, dos contratos, inclusive quanto ao cumprimento de leis trabalhistas, na forma da Lei n. 8.666/93, arts. 58, III c/c art. 67, como se percebe a seguir:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

(...)

III - fiscalizar-lhes a execução;

E,

Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

Ou seja, a Administração Pública tem responsabilidade subjetiva, com fundamento na teoria da culpa administrativa (*in eligendo ou in vigilando*), pois delegou o serviço e os riscos a terceiros, que ficaram cientes do conteúdo e alcance do contrato de prestação de serviço, mas sem, entretanto, retirar da Administração Pública o dever de bem licitar e, também, de

fiscalizar o fiel cumprimento da execução do contrato pactuado, que são realizados em momentos diversos do procedimento licitatório, independente de sua modalidade.

1.3 Administração Pública, Terceirização e Histórico da Legislação Pertinente

No Brasil, a terceirização foi prevista para Administração Pública, pelo Decreto-Lei nº 200/67, com objetivo de “melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle”, mediante contrato de tarefas executivas a empresa privada suficientemente desenvolvida e capacitada (art. 10, § 7º).

Essa previsão legal da contratação indireta foi delimitada pela Lei nº 5.645/70, que, em seu art. 3º, parágrafo único, previu um rol de atividades de apoio instrumentais, de atividades-meio, as quais poderiam ser terceirizadas pelos entes públicos.

Já no setor privado a Lei nº 6.019/74, Lei do Trabalho Temporário, abriu as portas para a terceirização (GONÇALVES, 2004) ao introduzir mecanismos legais para as empresas enfrentarem a complexidade do sistema econômico globalizado, possibilitando-lhes contratar mão de obra qualificada por menor custo e sem responsabilidade direta dos tomadores dessa atividade, que teve seu leque ampliado pela Lei nº 7.102/83, que autorizou a terceirização de serviços de vigilância patrimonial e de transporte de valores para o setor privado.

Ainda, o TST, mediante Resolução nº 04/86, de 22 de setembro de 1986, aprovou o Enunciado nº 256⁵, que restringiu as terceirizações lícitas aos casos previstos na lei nº 6.019/74 e na Lei nº 7.102/83.

Em dezembro de 1993, como consequência de um contexto mais liberal, que se impôs desde 1990, com uma forte pressão por flexibilização das normas trabalhistas, o Enunciado

⁵ Súmula nº 256 do TST - CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (cancelada) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

256 foi substituído pela Súmula nº 331, atualizada em 2010, que incluiu em seu item IV a responsabilidade subsidiária do ente público:

Súmula 331: CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - LEGALIDADE -REVISÃO DO ENUNCIADO N. 256. 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 n.8.666, de 21.06.1993).

A inclusão do inciso IV foi uma resposta à precariedade da terceirização no Poder Público e ao seu aprofundamento. Sobre esse acréscimo, esclareceu Abdala (1996):

[...] cada vez mais a terceirização acontecia no âmbito de entidades públicas, principalmente em estados e municípios, sociedades de economia mista, fundações, empresas públicas. Por incrível que pareça, era onde havia o maior número de inadimplência das prestadoras de serviços, talvez motivado esse fato pela circunstância de que essas prestadoras são contratadas por meio de uma licitação e, pela legislação, deveria ser escolhida a empresa que apresentasse o menor preço.

[...] diante disso, achamos que deveríamos ousar e ir em frente e dizer que havia a responsabilidade da entidade pública, dando uma interpretação nesse sentido ao dispositivo da Lei de Licitação, não dizendo que ele era inconstitucional, mas que não se aplicava a esse tipo de contrato, embora sendo contrato de licitação. Acho que foi uma das coisas mais importantes que esse Tribunal fez, de maior repercussão social, houve uma reação muito grande por parte de vários Ministros, como houve uma reação muito grande no mundo jurídico.

Dentre os precedentes que resultaram no novo item da Súmula, cabe ressaltar o Recurso de Revista Nº 12500-09.2008.5.06.0008:

RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA – ENTE PÚBLICO. “O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na 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 (artigo 71 da Lei nº 8.666/93)” (Súmula/TST nº 331, IV). Recurso de revista conhecido e provido. (TST - AIRR: 125000920085060008 12500-09.2008.5.06.0008, Relator: Renato de Lacerda Paiva, Data de Julgamento: 04/09/2013, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 13/09/2013)

Destaca-se trecho do Acórdão em tela “Cumprе observar que a Lei nº 8.666/93, editada com o escopo de regulamentar o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, no que se refere ao processo de licitação e contratos da Administração Pública, ao dispor em seu

artigo 71, §1º, que "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", não afasta, por si só, a responsabilidade subsidiária da administração pública, pelos direitos trabalhistas dos empregados das empresas contratadas, mesmo porque compete ao ente público exercer a fiscalização pelo correto cumprimento do contrato, providência que deve ser observada independentemente da idoneidade econômico-financeira da prestadora dos serviços.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (p.335), em sua obra *Direito Administrativo*, ao analisar a lei de licitações, posiciona-se:

“Trata-se de prerrogativa do poder público, também prevista no artigo 58, III, e disciplinada mais especificamente no artigo 67, que exige seja a execução do contrato acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração, especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição. A este fiscal caberá anotar em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados ou, se as decisões ultrapassarem sua competência, solicitá-las aos seus superiores. O não-atendimento das determinações da autoridade fiscalizadora enseja rescisão unilateral do contrato (art.78, VII), sem prejuízo das sanções cabíveis”.

Portanto, é a própria lei que impõe ao administrador público o poder-dever de fiscalizar o correto cumprimento do contrato, cabendo-lhe zelar pelo adimplemento, por parte da empresa prestadora de serviços, dos direitos trabalhistas devidos aos seus empregados.

No magistério de José Maria Pinheiro Madeira (p. 68, 2008):

“O poder-dever de agir da autoridade pública é hoje reconhecido pacificamente pela jurisprudência e pela doutrina. O poder tem para o agente público o significado de dever para com a comunidade e para com os indivíduos, no sentido de que quem o detém está sempre na obrigação de exercitá-lo. (...) O poder do administrador público, revestido ao mesmo tempo o caráter de dever para a comunidade, é insuscetível de renúncia pelo seu titular. Tal atitude importaria fazer liberalidades, com o direito alheio, e o Poder Público não é, nem pode ser, instrumento de cortesias administrativas.

Se para o particular o poder de agir é uma faculdade, para o administrador público é uma obrigação de atuar, desde que se apresente o ensejo de exercitá-lo em benefício da comunidade. É que o direito público ajunta ao poder do administrador o dever de administrar” (*Direito Administrativo Brasileiro*, 16ª edição, Ed. Revista dos Tribunais, pag. 85).

Aliás, pacificando o tema, o TST, interpretação à Lei nº 8.666/93, reeditou a Súmula nº 331, de inteira aplicabilidade à hipótese vertente, que, no seu item IV: “O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial”.

Desse ponto da Jurisprudência, a referida responsabilidade subsidiária do Ente Público continuou a sofrer pressão para que não lhe fosse imposta tal obrigação. E, em 24 de novembro de 2010, Ação Declaratória de Constitucionalidade foi proposta pelo Governador do Distrito Federal ao artigo 71, § 1º da Lei de Licitações, que foi julgada procedente pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Assim a terceirização no modelo atual da sociedade em que é inserida, apesar de bastante útil e válida, deve ser vista *cum grano salis*, pois, há empresas que simplesmente não se pautam na proteção do trabalho e muito menos na dignidade da pessoa humana e realizam atos que desencorajam o próprio instituto. Por isso, este trabalho visa salientar questões não apenas ao debate acadêmico, mas, se lançar como meio de reflexão ao sistema da terceirização quando há a possibilidade de responsabilização da empresa contratada pela Administração ou subsidiariamente, a depender de sua culpa do próprio ente estatal, tudo com base na definição de qual parte irá se desincumbir do encargo probatório da culpa no caso concreto.

1.4 ADC 16 e a Atual Redação da Súmula 331

O § 1º, do artigo 71, da Lei nº 8.666/73 prevê que a responsabilidade trabalhista das prestadoras não se transfere à tomadora, Administração Pública. Em pronunciamento jurisdicional (acórdão publicado no dia 08.09.2011), o STF, ao apreciar o mérito da Ação Direta de Constitucionalidade nº 16, declarou a constitucionalidade do dispositivo aludido. O texto do mencionado artigo, com seus parágrafos, é o seguinte:

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 transferem 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.

§ 2º A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do artigo 31 da lei 8.212, de 24/07/91. (grifo nosso)

Ao estipular que “a inadimplência do contratado com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transferem à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento”, o § 1º, do artigo 71, da Lei nº 8.666/93, acaba por impedir a incidência de uma responsabilidade patrimonial objetiva do tomador de serviços terceirizados no âmbito do serviço público. A responsabilização da entidade administrativa, portanto, não mais pode ocorrer pelo simples inadimplemento das verbas laborais devidas ao trabalhador. Entretanto, a decisão não afastou a possibilidade de responsabilização da entidade da administração pública direta e indireta pelos créditos trabalhistas inadimplidos.

Nesse contexto, correta a interpretação manifestada expressamente pelo Ministro Cezar Peluso, quando dos debates travados durante o julgamento da ADI nº 16, pelo STF, que enfatizou explicitamente que a declaração de constitucionalidade do artigo 71 da Lei nº 8.666/93 “(...) 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”.

O pronunciamento da Corte Suprema consolidou espaço para uma interpretação, conforme a Constituição, do respectivo dispositivo, assegurando a prevalência de valores constitucionais como o da dignidade da pessoa humana do trabalhador e do valor social do trabalho (artigo 1º da CRFB/88), no sentido de admitir, não a responsabilidade objetiva, mas a responsabilidade patrimonial subjetiva do ente administrativo tomador de serviços terceirizados.

A nova posição do STF, assim, não resultou na criação de um novo “escudo impenetrável” como a vedação à formação de um vínculo direto entre o trabalhador e a entidade da administração pública direta ou indireta nos moldes previstos no inciso II da Súmula 331 do TST, mas, sim, num procedimento de mitigação resultante no reconhecimento de uma responsabilidade baseada na culpabilidade do respectivo tomador dos serviços terceirizados, atenuando, mas não eliminando, os efeitos do princípio da despersonalização do empregador.

No âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, o resultado foi a edição de uma nova redação ao texto do inciso IV da sua Súmula 331, e, ainda, a inclusão de dois novos incisos (V e VI), um dos quais dedicado especificamente a disciplinar a responsabilidade patrimonial decorrente da terceirização no âmbito do serviço público. O conteúdo das

respectivas normas sumulares, aprovado pela Resolução 127, de 2011, e publicado no Diário da Justiça de 27.05.2011, é o seguinte:

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

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.

O exame dos respectivos enunciados revela que o texto e o alcance do inciso IV ficaram menores, limitados às entidades da iniciativa privada; e o novo inciso VI estabeleceu uma proporcionalidade à responsabilidade patrimonial do tomador vinculada ao período da prestação de serviços à sua pessoa. O inciso V disciplinou a responsabilidade patrimonial das entidades da administração pública direta e indireta, enquanto tomadores de serviços terceirizados.

Restou consagrada no inciso V da Súmula 331 do TST, assim, a tese acerca da responsabilidade subsidiária e subjetiva do ente administrativo pelos créditos trabalhistas devidos ao empregado prestador de serviços terceirizados no âmbito da administração pública direta e indireta. Noutras palavras, a responsabilização do administrador público decorrerá de duas condições cumulativas: o inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empresa prestadora de serviços terceirizados e o descumprimento culposo do tomador dos serviços quanto às obrigações previstas da Lei nº 8.666/93, notadamente no tocante à fiscalização do adimplemento das obrigações contratuais e legais da empresa interposta como empregadora.

A responsabilização subsidiária do ente público pelos créditos trabalhistas devidos vincula-se à demonstração da existência de culpa *in eligendo* ou da culpa *in vigilando* do administrador público. Para fins de responsabilização, deverá ser evidenciada falha na contratação da empresa prestadora dos serviços terceirizados ou descumprimento do dever do administrador público de fiscalizar de maneira eficiente o adimplemento das obrigações patronais por parte da empresa prestadora de serviços terceirizados.

A culpa *in eligendo*, que se refere à escolha da prestadora dos serviços, ocorre na contratação de uma empresa sem os devidos parâmetros legais e, também, em desrespeito as

orientações dos órgãos de fiscalização competentes como, por exemplo, as orientações do Tribunal de Contas da União. Porque, o administrador público não deve se orientar apenas pela lei. Ele deve se pautar, além dos outros princípios, que regem a administração pública, pelas melhores práticas e pelos melhores normativos postos por órgãos de excelência nesse contexto.

É inidônea a contratação de empresas sem o devido processo licitatório, ou por meio de uma licitação “direcionada”, “tendenciosa”, “combinada”, com vícios, elegendo empresa tecnicamente incapaz ou economicamente impossibilitada de executar o contrato.

Em suma, o STF estabeleceu ser indevida a imposição da responsabilidade subsidiária do ente público pelo mero inadimplemento dos encargos trabalhistas da prestadora de serviços, mas destacou ser possível a responsabilidade caso seja verificada a culpa na escolha da empresa ou na fiscalização do contrato com esta.

Há, como, portanto, assegurar a tutela ao empregado que presta serviços terceirizados à administração pública direta ou indireta, mesmo diante de uma interpretação mais restritiva da responsabilidade do administrador público diante do inadimplemento de obrigações laborais pela empresa interposta. Mas, para tanto, é necessária a caracterização da conduta culposa daquele.

Cola-se aqui fragmento do Agravo de Instrumento no Recurso de Revista Nº 1669-44.2010.5.20.0006, que discorre a inteligência da Súmula 331:

Em continuação, diga-se que eventual argumentação da ré no sentido de que inexistiu culpa (*in vigilando* ou *in eligendo*), razão pela qual descaberia aplicar-se-lhe condenação, não prevalece ainda uma vez. É que a ré não fez prova de que fiscalizou a prestação dos serviços da terceirizada e, assim, por força de sua omissão culposa, permitiu que se concretizasse o prejuízo no patrimônio do trabalhador. Culpa, portanto, existente e óbvia. E a culpa é evidente, acrescento, porque não foi cumprido dever de agir expressamente previsto na norma (art. 67 da Lei 8.666/93, *in verbis*: "A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição).

Digo de outro modo, para dizer com mais clareza: o beneficiário da prestação dos serviços tem o ônus processual de provar que atuou de maneira lúdima na fiscalização dos serviços prestados pela terceirizada, restando manifesta sua culpa quando se omite de tal dever, como na hipótese em comento.

E mais: o autor, neste processo, não pede o reconhecimento do vínculo com a segunda ré, mas apenas o reconhecimento de sua responsabilidade patrimonial pela quitação dos créditos.

A supremacia do interesse público impõe o pagamento dos salários e direitos trabalhistas dos trabalhadores que laboram em favor de pessoa jurídica de direito público, e não o contrário. Desse modo, o argumento da

segunda reclamada antes milita pelo acatamento da pretensão, e não por sua rejeição. Ao administrador público impõe-se a observância estrita do princípio da legalidade e do princípio da moralidade pública.

De mais a mais, a recorrente não trouxe aos autos nenhuma prova de que tivesse fiscalizado o cumprimento dos encargos trabalhistas e sociais por parte da primeira acionada, durante a vigência do contrato celebrado, ou mesmo da existência de qualquer meio hábil a garantir tal adimplemento. Sua defesa é pautada, apenas, no argumento de que tais obrigações seriam de única e exclusiva responsabilidade da empresa contratada, a primeira reclamada. Aplica-se-lhe, portanto, a previsão constante do inciso V da referida já mencionada súmula.

A Súmula 331 do TST não é inconstitucional, *data venia*. É que ela procura dar guarida ao princípio constitucional de proteção à dignidade da pessoa humana do trabalhador e à valoração do trabalho humano, de máxima estatura normativa.

Não se perca de vista, a esse propósito, o que dizem os incisos III e IV do art. 1º da Constituição, os quais militam em favor da tese ora sustentada.

Declaro textualmente: o art. 71 da Lei nº 8.666/93 é constitucional, como já assentou o STF; inobstante isso, a recorrentes é co-responsável pelo pagamento dos débitos da empregadora porque agiu com culpa in vigilando. Por fim, ressalto que a presente discussão traz à baila o teor da recente decisão exarada pelo STF na ADC nº 16. Conforme ali restou decidido, o reconhecimento da constitucionalidade do parágrafo 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93, segundo o presidente do STF, "não impedirá o TST de reconhecer a responsabilidade, com base nos fatos de cada causa. O STF não pode impedir o TST de, à base de outras normas, dependendo das causas, reconhecer a responsabilidade do poder público".

Assim, dentro do contexto fático-probatório delineado nos presentes autos, entendo que agiu acertadamente a julgadora do primeiro grau ao condenar a recorrente subsidiariamente pelas obrigações resultantes da condenação, com supedâneo nos incisos IV e V da Súmula nº 331 do Colendo TST. **(TST - AIRR: 16694420105200006 1669-44.2010.5.20.0006, Relator: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 20/02/2013, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 22/02/2013)**

Demonstrada, pois, a culpa in *eligendo* ou in *vigilando*, haverá a responsabilização subsidiária do administrador público quando for caracterizado um quadro de inadimplência da empresa prestadora dos serviços. E nesse sentido tem-se o julgado que segue.

AGRAVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. DECISÃO MONOCRÁTICA DENEGATÓRIA DE SEGUIMENTO. MANUTENÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 16/DF. AUSÊNCIA DE FISCALIZAÇÃO. CULPA IN VIGILANDO CARACTERIZADA. 1. No julgamento da ADC 16, o STF pronunciou a constitucionalidade do art. 71, caput e § 1º, da Lei 8.666/93, mas não excluiu a possibilidade de a Justiça do Trabalho, com base nos fatos da causa, determinar a responsabilidade do sujeito público tomador de serviços continuados em cadeia de terceirização quando constatada a culpa in vigilando, pronúncia dotada de efeito vinculante e eficácia contra todos. Nesse sentido foi editado o item V da Súmula 331/TST, segundo o qual "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".

(...)

Com efeito, ao exame do caso concreto, o Tribunal Regional concluiu pela responsabilidade subsidiária do tomador de serviços face à sua omissão em fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais e legais por parte da empresa contratada, caracterizadora da culpa in vigilando.

(Ag-AIRR - 10063-11.2015.5.18.0171 , Relator Ministro: Hugo Carlos Scheuermann, Data de Julgamento: 09/11/2016, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 11/11/2016)

Contudo, a questão nuclear, dentro do respectivo contexto, é como demonstrar tal quadro de culpabilidade. A quem incumbe demonstrar tal culpabilidade? Como ocorre a respectiva distribuição do ônus da prova? É esta a questão que será abordada no capítulo abaixo, buscando-se detalhar os meios de distribuição do encargo probatório no caso da terceirização em que a Administração é a tomadora do serviço.

2 ENCARGO PROBATÓRIO

2.1 Ônus da Prova

O art. 818, CLT trata do tema central deste trabalho, qual seja o ônus da prova, que dispõe: “A prova das alegações incumbe à parte que as fizer”. A Doutrina tem severa crítica acerca da simplicidade do dispositivo, como elucida Schiavi (2015, p. 667-668):

O referido art. 818 da CLT, no nosso entendimento, não é completo, e por si só é de difícil interpretação e também aplicabilidade prática, pois, como cada parte tem de comprovar o que alegou, ambas as partes têm o encargo probatório de todos os fatos que declinaram, tanto na inicial, como na contestação.

Além disso, o art. 818 consolidados não resolve situações de inexistência de prova no processo, ou de conflito entre as provas produzidas pelas partes. O juiz da atualidade, diante do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF), não pode furtar-se a julgar, alegando falta de prova nos autos, ou impossibilidade de saber qual foi a melhor prova. Por isso, a aplicação da regra de ônus da prova como fundamento de decisão é uma necessidade do processo contemporâneo. [...]

Apesar de o dispositivo ser bastante objetivo nada impede, muito pelo princípio da motivação das decisões, que o magistrado atue de modo mais amplo que o texto legal dando sentido à norma, valendo-se da técnica hermenêutica, permitindo desse modo a discussão

sobre a inversão e distribuição do ônus da prova para àquela parte que deva demonstrar veracidade se suas alegações.

Justamente pela literalidade do texto legal e pela interpretação teleológica, como se verá à frente também como há inspiração no CDC e CPC, não trata de conceito probatório estanque. Melhor dizendo, a despeito da simplicidade do artigo a sua interpretação não deve se basear apenas na ideia de que “quem alega deve provar”, mas, pela complexidade das relações e do próprio ordenamento jurídico há possibilidade de modificar o encargo probatório para a parte que terá o fato do seu direito constituído, já que a ideia da lei é que a prova não pertence às partes, mas, ao processo. Nesse sentido:

No processo, a prova tem por objeto os fatos da causa. Sua finalidade é a formação da convicção do juiz a respeito dos fatos da causa. A prova é uma reconstituição dos fatos perante o juiz, que é o destinatário da prova. Fato não provado é fato inexistente. (...)

A prova tanto tem natureza processual, de ser apresentada no processo, como é forma de demonstrar os negócios jurídicos praticados pelas partes. Sua natureza é mista, pois a prova pode ser feita extrajudicialmente.

O objetivo da prova é convencer o juiz a respeito dos fatos da causa. (Martins, 2013, p. 325 - 326)

A título de exemplo há a possibilidade de na contestação o réu não impugnar a totalidade dos pontos demonstrados na inicial de modo a não negar cada um deles, mas, de modo contraposto demonstra nova situação prática que altera o direito postulado pelo autor. Assim, nessa esteira o réu não impugna o pedido de horas-extras, mas, demonstra por meio de testemunha que o horário era cumprido de modo diferente do exposto na inicial e com isso o encargo probatório agora pertence a quem apresenta novos fatos.

Com isso, e como se verá detalhadamente a seguir, a subsidiariedade do CPC deve ser observada, forte em seu art. 373, a fim de dar suporte ao art. 818 da CLT. Deste modo tem-se o seguinte:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Didier Júnior (2015, p.111-113):

O *fato constitutivo* é o fato gerador do direito afirmado pelo autor em juízo. Compõe o suporte fático que, enquadrado em dada hipótese normativa, constitui uma determinada situação jurídica, de que o autor afirma ser titular. Como é o autor que pretende o reconhecimento deste seu direito, cabe a ele provar o fato que determinou seu nascimento.

(...)

O *fato extintivo* é aquele que retira a eficácia do fato constitutivo, fulminando o direito do autor e a pretensão de vê-lo satisfeito – tal como o pagamento, a compensação e a decadência legal.

(...)

O *fato impeditivo* é aquele cuja existência obsta que o fato constitutivo produza efeitos e o direito, dali, nasça – tal como a incapacidade, o erro, o desequilíbrio contratual.

(...)

O *fato modificativo*, a seu turno, é aquele que, tendo por certa a existência do direito, busca, tão somente, alterá-lo – tal como a moratória concedida ao devedor.

Assim, deverá se observar a concretude do fato para a definição de prova positiva ou negativa. Melhor explicando, quando o fato é passível de ser comprovado materialmente (seja por documentos, testemunhas etc.) diz-se prova positiva que é passível de constituir por fato, direito de quem alega. Quando o fato é negativo não há, ou é difícil, a possibilidade de demonstrar o fato por prova – exemplificando, por exemplo, é o caso do assédio moral no local do trabalho.

Tome-se como paradigma um fato constitutivo afirmado pelo autor, ou um fato obstativo sustentado pelo réu, o ônus de provar recairá sobre aquele que fez a respectiva afirmação positiva (LEITE, 2011, p. 599). Do mesmo tem-se o que se segue:

Se dúvida ainda possa existir quanto á dessemelhança dos efeitos processuais resultantes da aplicação, a um mesmo caso, das disposições constantes do art. 333 do CPC, e das insertas no art. 818 da CLT, acresça-se um outro exemplo. O empregado alega que foi despedido sem justa causa legal (logo, a princípio, o *onus probandi* é seu); o réu, entretantes, afirma que não o despediu (mas não alega abandono de emprego). Não provando o empregado o despedimento injusto, o seu pedido (indenização, aviso prévio, etc.), à luz do processo civil, seria rejeitado, na medida em que o fato era constitutivo do seu direito, sendo certo que o réu, ao negar a despedida, não opôs nenhum dos fatos integrantes da tríade (impeditivos, modificativos e extintivos) a que o legislador processual civil e jungiu em matéria de ônus da prova (TEIXEIRA FILHO, 1997, p. 114-115).

Sobre a prova negativa, pode-se dizer que há divisão entre aquela que nega toda a situação fática “que impede a produção de prova material já que afirma que o fato não existiu” e aquela chamada qualificada que cria um contraponto específico ao alegado. Nesse caso, percebe-se a possibilidade de demonstração de fato positivo que altera a situação inicial e constitui prova daquilo que alega, sendo, portanto, seu ônus probatório.

Importa destacar a fala de Mauro Schiavi a fim de dar base ao que se defende neste trabalho:

Atualmente, a moderna doutrina sustenta que o fato negativo pode ser objeto de prova, pois, não há na lei processual nada que inviabilize a prova do fato negativo. Além disso, como dizia *Chiovenda*, quem faz uma

negação, na verdade, realiza uma afirmação. De outro lado, ainda que o ônus da prova pertença ao autor quando o réu nega o fato constitutivo do direito, o réu poderá realizar contra-prova no sentido de que o fato não existiu. (SCHIAVI, 2014, p. 650)

Com isso, somente é possível a alteração do encargo probatório, ou seja, quando o fato deverá ser provado pelo réu, ou seja no momento em que o reclamante alegar em sua inicial, observa-se também o inciso VI da Súmula 06 do colendo TST: “É do empregador o ônus da prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial”.

Nessa seara é salutar destacar trecho da obra de Manuel Antonio Teixeira Filho:

Deste modo, sempre que o empregador expender uma alegação oposta à do empregado capaz de eliminá-la (donde resulta o seu caráter substitutivo, em relação àquela), sobre ele recairá o ônus de demonstrar ser verdadeira, ainda que se trate de negativa; não se desincumbindo, satisfatoriamente, desse encargo probatório, presumir-se-á autêntica a que foi formulada pelo empregado, na medida em que a objeção que se lhe fez restou ineficaz para elidi-la. (TEIXEIRA FILHO, 1997, p. 124-125)

Semelhante à prova negativa tem-se a chamada prova diabólica. Há grande debate acerca do tema e a definição do que é a chamada prova em comento. Nas palavras dos autores, Fábio Gabriel Breitenbach e Sergio Torres Teixeira:

Com efeito, não se revela razoável atribuir a quem genericamente afirmou a inexistência de um fato, assim, o encargo de provar tal quadro negativo de inexistência, pois envolve uma negativa “absoluta” (“indefinida” ou “indeterminada”), sem precisão no plano temporal ou no âmbito espacial. Se, no entanto, a respectiva negativa não for genérica em tais moldes, mas sim “qualificada” ou “determinada”, materializada numa negativa cujo contraponto é um fato positivo perfeitamente sujeito à prova, é perfeitamente admissível atribuir à parte que negou a existência do respectivo fato o ônus de provar o corresponde fato positivo. (BREITENBACH e TEIXEIRA, 2015, 623)

Apesar da simplicidade textual da CLT no que tange às provas, no seu art. 818, o art. 769 do mesmo diploma permite a aplicação subsidiária das regras de direito processual civil. A isso se soma a necessidade de o processo trabalhista lidar com a omissão legislativa em seu texto e permite a interpretação de suas normas com base no rito do processo civil.

Desse modo, a imposição legal de “quem alega prova”/distribuição estática do ônus da prova se torna flexível na medida em que se tem por parâmetro a regra civil, que pautando-se no caso concreto distribui o *onus probandi*. Desca-se:

Isto nos leva a afirmar, por conseguinte, que a grande tarefa da doutrina trabalhista brasileira, que tanto se tem empenhado em cristalizar o princípio da inversão do ônus da prova em benefício do trabalhador – cuja preocupação, aliás, tem unido pensadores de diversos países – consistirá em encontrar, no próprio conteúdo do art. 818 da CLT, os fundamentos que até então vêm procurando, abstratamente, para dar concreção ao princípio da inversão do encargo da prova em prol do trabalhador.

Nada obsta, contudo, a que paralelamente a doutrina continue perseguindo outros fundamentos de fato para a consolidação desse princípio, com o que estará, sem dúvida, robustecendo ainda mais o espírito que anima o art. 818 da CLT. (TEIXEIRA FILHO, 1997, p. 115-116)

Esse permissivo é bastante útil porque no caso em tela – discussão do ônus da prova no caso da terceirização em contratos públicos – a necessidade do trabalhador não poderia ser plenamente obtida mediante o uso apenas da CLT. Assim, a aplicação subsidiária do CPC permite a análise do magistrado quanto ao desencargo probatório para a parte que tem melhor condição de produzi-la, coadunando na ideia de distribuição dinâmica do ônus da prova (já que o meio de alteração de ônus por convenção das partes é quase nulo no processo trabalhista). Observa-se o seguinte:

A inversão convencional consiste na alteração das regras de distribuição do ônus da prova a cargo das partes. Esta regra, praticamente, não tem aplicação no Processo do Trabalho, em razão das peculiaridades do Processo do Trabalho e da dificuldade probatória que apresenta o reclamante.

De outro lado, a inversão judicial do ônus da prova está prevista no art. 6º, VIII, da Lei 8.078/90 (...). (SCHIAVI, 2014, p. 651)

Dito isso, se faz mister destacar que a ausência de previsão da distribuição dinâmica em nada se equipara à inversão do ônus da prova. Esta matéria, inclusive diplomada no CDC se pautava na hipossuficiência presumida do consumidor em que sempre – até disposição em contrário apta a refutar a presunção legal – o fornecedor irá produzir as provas decorrentes das alegações do consumidor na inicial.

Apesar de a CLT – que inclusive veladamente possui a mesma base do CDC no que tange ao protecionismo do empregado/consumido – não adotar o mesmo parâmetro de inversão, até porque poderia ser mesmo um desincentivo ao empreendedorismo no Brasil, a possibilidade de alteração do encargo probatório é muito bem-vinda. Isto é, o modelo importado do CPC, que não presume a hipossuficiência de pronto ao empregado quanto à produção probatória, permite a discricionariedade do magistrado em definir quem dos polos processuais será apto a demonstrar o alegado independentemente de quem deles afirmou o direito em debate.

Desse modo, aplica-se perfeitamente ao Processo do Trabalho a regra de inversão do ônus da prova constante do Código de Defesa do Consumidor, em razão da omissão da CLT e compatibilidade com os princípios que regem o Processo do Trabalho (art. 769 da CLT), máxime o princípio do acesso do trabalhador à justiça.

Vem crescendo corpo, na Justiça do Trabalho, o entendimento da inversão do ônus da prova em favor do trabalhador nas ações acidentárias em que o empregado postula reparação de danos materiais e morais, em razão da

grande dificuldade de produção de prova da culpa do empregador por parte do empregado. (SCHIAVI, 2014, 652)

Destarte o que busca este artigo é a aplicação dessas teorias probatórias no caso dos contratos de terceirização em que a Administração Pública é tomadora do serviço e a fim de definir sua responsabilização subsidiária, ou não, sendo que o ente estatal deverá se desincumbir do encargo probatório.

Assim, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova é válida ao caso bem como as definições trazidas de prova negativa e da chamada prova diabólica. Neste caso, para boa aplicação da Súmula 331 do TST, que autoriza a responsabilização estatal em contratos trabalhistas na modalidade de terceirização, o magistrado motivadamente deverá se ater ao dinamismo da mudança de polo do dever de provar, com ênfase ao conceito de prova subjetiva, justamente com a análise de qual o melhor polo à produção probatória. Nesse sentido tem-se o que se segue:

O ônus da prova subjetivo consiste em verificar quem entre os sujeitos do processo deve fazer prova.

Diz respeito o ônus da prova objetivo ao magistrado, que irá verificar a prova constante dos autos, independentemente de quem tenha o ônus da prova. Apresentada a prova nos autos, o juiz deverá levá-la em consideração, independentemente do ônus da prova de cada parte.

Para o juiz, interessa o que está demonstrado nos autos e não quem faz a demonstração (Martins, 2013, p. 328)

É importante destacar a própria essência da CLT em suas fontes principiológicas a fim de demonstrar o que se defende sobre os encargos probatórios. Portanto, o próprio princípio protetivo é fonte que permeia o Direito do Trabalho forte na máxima do in dubio pro operário e na condição mais benéfica e norma mais favorável. Assim, na condição de parte processual o magistrado deve aplicar a norma mais favorável ao trabalhador terceirizado no caso da Administração como tomadora do serviço a fim de contrapor a prova sobre sua culpa para posterior responsabilização. A fim de demonstrar a questão probatória, sobre a parte que melhor pode produzi-la tem se:

Constatada que seja a insuficiência do dispositivo processual trabalhista, competirá ao julgador verificar, em concreto, quem estava apto a produzir a prova, segundo os meios e condições de que realmente dispunha, pouco importando que se trate de prova positiva ou negativa ou de que o interesse fosse desta ou daquela parte. (TEIXEIRA FILHO, 1997, p. 118)

Assim, pautando-se na CLT e nos princípios que a permeiam deve o magistrado se valer da distribuição dinâmica do ônus da prova a fim de definição de quem arcará com o fardo probatório. Desse modo observa-se:

O ônus da prova é uma regra de julgamento. Desse modo, uma vez produzidas as provas, deve o Juiz do Trabalho julgar de acordo com a melhor prova, independentemente da parte que a produziu (princípio da aquisição processual da prova). O Juiz só utilizará a regra do ônus da prova

quando não houver nos autos provas, ou, como um critério para desempate, quando houver a chamada prova dividida ou empatada. (SCHIAVI, 2014, p. 649)

Por fim, no caso da contratação por terceirização em contrato administrativo é preciso reflexão acerca do ônus da prova. Neste caso entende-se que o certo é a dinamização da prova como já explicado. Melhor dizendo, a alegação na inicial do reclamante sobre a responsabilidade da Administração Pública no caso de terceirização deverá se pautar na culpa do ente estatal seja na fiscalização do serviço ou na má escolha na contratação e o magistrado diante disso deverá interpretar extensivamente o que o art. 818, CLT. Como expõe os autores Fábio Gabriel Breitenbach e Sergio Torres Teixeira:

Considerando as peculiaridades que cercam o quadro fático envolvendo uma relação triangular de terceirização, na qual a tomadora de serviços é uma entidade da administração pública direta ou indireta, os fundamentos da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova e do princípio da aptidão para a prova não deixam dúvidas: é do administrador público o ônus de provar a regularidade da contratação dos serviços pela empresa e a existência da regular e adequada fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas por parte desta última perante os seus empregados que prestavam serviços ao ente da administração pública direta ou indireta.

A demonstração de tal comportamento culposo, entretanto, não pode ser atribuída ao respectivo reclamante. Simplesmente não se apresenta como razoável tal constatação. Apenas o administrador público revela condições de produzir provas aptas a demonstrar a regularidade do processo licitatório que culminou com a contratação da empresa interposta, exibindo a documentação hábil a confirmar o respeito ao postulado do devido processo legal na seara da respectiva negociação administrativa.

Como encarregar o trabalhador de demonstrar uma irregularidade em um processo administrativo ao qual ele jamais teve acesso? Esta prova, se não é impossível, então é demasiadamente difícil, configurando um exemplo peculiar de “prova diabólica”. (BREITENBACH e TEIXEIRA, 2015, 626-627)

Com isso, há a plena configuração da prova diabólica, pois, o encargo se quem alega, no caso, o empregado, seria deveras oneroso. Como o empregado poderia comprovar sua alegação sendo que o único modo de prova seria o tomador comprovando a inexistência de sua culpa? Assim é que se espera que aconteça.

Ainda que inexistindo previsão expressa na CLT há permissivo legal, seja no CPC seja nos princípios trabalhistas, além de próprio pronunciamento do STF, no sentido de autorizar a distribuição do ônus da prova e responsabilizar a Administração Pública no caso de culpa a favor do terceirizado, como se fundamentam os Julgados:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA A PARTIR DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CONTRATO DE

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. A contratação de empresa prestadora de serviços, por meio de regular licitação, não basta para excluir a responsabilidade do ente público. Nos termos do item V da Súmula nº 331 do TST, editado à luz da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADC nº 16/DF, em se tratando de terceirização de serviços, os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta responderão subsidiariamente pelas dívidas trabalhistas das empresas prestadoras, quando forem negligentes em relação ao dever de fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais e legais da contratada. No presente caso, o Tribunal Regional, soberano na análise do conjunto probatório, registrou que **o ente público não se desincumbiu do ônus de comprovar a correta fiscalização do cumprimento do contrato com a empresa prestadora. Assim, ao atribuir responsabilidade subsidiária à agravante, decidiu em plena sintonia com o verbete acima mencionado.** Agravo de instrumento a que se nega provimento. (grifo nosso)

(AIRR - 1116-62.2013.5.04.0741, Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, Data de Julgamento: 09/11/2016, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 18/11/2016)

E:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI 13.015/14. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CONFIGURAÇÃO DE CULPA IN VIGILANDO. PARÂMETROS FIXADOS PELO STF NO JULGAMENTO DA ADC 16/DF. LIMITAÇÃO DA CONDENAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

Nesse cenário, além de o voto condutor lavrado na ADC 16/DF (que foi agregado por novos motivos durante os debates então travados) consagrar a possibilidade da responsabilização subsidiária da entidade pública, quando, com base nos elementos de prova, for demonstrada a culpa decorrente da omissão ou negligência no exercício adequado do dever de vigiar, é certo que a matéria foi objeto de novo exame plenário no âmbito do STF, por ocasião do julgamento do Ag-Rcl 16.094-ES (Relator o Ministro Celso de Mello, em 19/11/2014).

(...)

No presente caso, o Tribunal Regional, ao registrar que "não cuidou de ser diligente quanto à execução do contrato de prestação de serviços" e que "não acostou qualquer documento capaz de excluir sua responsabilidade subsidiária pelo pagamento dos créditos reconhecidos aos autores", ressaltou que o ente público não logrou comprovar, de forma efetiva, a fiscalização das obrigações contratuais e legais da empresa prestadora, o que configura a culpa in vigilando, a legitimar a imputação da responsabilidade subsidiária combatida. (grifo nosso)

(AIRR - 335-48.2014.5.07.0021 , Relator Ministro: Douglas Alencar Rodrigues, Data de Julgamento: 09/11/2016, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 18/11/2016)

Assim, percebe-se que diversas fontes do direito se inclinam à possibilidade de dinamização na determinação pelo magistrado em optar pela parte apta a produzir a prova o que dá ao melhor capacitado (seja quando só este pode provar ou é menos complexa a

comprovação da inexistência do fato alegado pelo reclamante) o dever de se desincumbir do ônus probatório.

2.2 O Ônus da Prova no Novo CPC

O CPC atual nos arts. 357, III e 373 mantiveram o mesmo sentido disposto no antigo código, art. 333. O diploma hodierno permite que em regra a presunção seja a de que “quem alega prova” com a distribuição genérica das provas, mas, com fulcro no caso concreto pode-se alterar a demonstração probatória nos moldes dos §§ 1º e 2º, do art. 373 do CPC.

Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:

(...)

III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373;

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

(...)

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

É importante destacar as minúcias do referido §1º que se subdividem em três preposições acerca da distribuição do ônus da prova. O primeiro caso se pauta na regra da legalidade para a definição do encargo probatório. Assim, como ocorre no CDC, excepciona-se a regra do caput invertendo o encargo probatório em face de quem/contra se fazem alegações.

A segunda possibilidade se aloca nas peculiaridades do caso concreto. Há exata inversão do ônus probatório quando o caso concreto permite que o juiz modifique a distribuição dos encargos probatórios pela dificuldade, impossibilidade e/ou complexidade para a produção.

Por fim, depreende-se a última hipótese do § 1º que é justamente o contraponto à hipótese anterior. Aqui se pauta na facilidade em que a parte contrária tem em produzir a prova alegada por outrem.

Na mesma linha se encontra a terceira e última hipótese, relativa a uma situação peculiar na qual uma das partes, apesar de não ter o encargo segundo o modelo estático de distribuição, tem, na prática, uma grande aptidão para produzir a prova acerca do respectivo fato. Neste caso, assim, não seria a impossibilidade ou dificuldade de provar que levaria à inversão do encargo, mas, sim, a manifesta simplicidade que a outra parte teria para se desvencilhar da respectiva incumbência. (BREITENBACH e TEIXEIRA, 2015, 629)

O restante do § 1º elenca regras formais que o juiz deve seguir ao determinar a modificação da produção de provas. Isto é, pautado em princípios como o devido processo legal, contraditório e ampla defesa, além do livre convencimento motivado – já em sintonia com as questões do processo do trabalho – o magistrado por alterar a regra da distribuição da prova deve cingir-se das garantias procedimentais a fim de evitar qualquer nulidade.

Acerca do §2º frisa-se o referido:

O § 2º, do mesmo artigo 373 do novo CPC, entretanto, apenas veda tal distribuição diferenciada do ônus da prova quando o resultado da reversão é a impossibilidade ou extrema dificuldade da outra parte em se desvencilhar do novo encargo probatório. O novo CPC, assim, apresenta tal inovação legislativa, disciplinando de forma direta e imediata uma técnica de distribuição dinâmica, vinculada a elementos peculiares a cada caso, que, durante o império do CPC de 1973, somente obteve amparo na doutrina e, de forma mais restrita, na jurisprudência dos tribunais. (BREITENBACH e TEIXEIRA, 2015, 629)

Como citado anteriormente, essa possibilidade de distribuição dinâmica do encargo probatório é compatível com o sistema do ordenamento jurídico brasileiro seja no âmbito civil ou trabalhista. Aqui se observa o princípio da aptidão probatória em que aquela parte que possui melhores condições de produzi-las o fará segundo convenção ou determinação judicial.

Aproveita-se a questão na modalidade da responsabilização subsidiária da Administração Pública no caso de ser tomadora no caso de terceirização em que o direito do empregado não é cumprido. Assim, para a comprovação da culpa *in vigilando* e da culpa *in eligendo*, questões sobre quem tem o domínio do fato é exclusivamente a tomadora, não há que se afastar, portanto, o seu ônus em contraprovar as alegações do empregador na inicial que imputa a falta à Administração.

A nova disciplina a ser seguida quando da entrada em vigor do novo CPC, em março de 2016, assim, proporciona ao magistrado a possibilidade de, com base em dispositivos legais expressos aplicáveis de forma supletiva ao processo do trabalho, atribuir ao administrador público o ônus da prova quanto à existência ou não de culpa *in vigilando* ou *in eligendo*

por qualquer um de dois caminhos: a) sob a tese de ser impossível ou muito difícil a produção de provas pelo autor; ou b) sob a tese de ser extremamente fácil para o administrador público produzir tais provas, simplesmente exibindo os documentos comprobatórios da regularidade da fiscalização e/ou do processo de seleção da empresa prestadora dos serviços.

Com tal amparo legal expresso, assim, não será necessário o grande esforço argumentativo atualmente desenvolvido pelos magistrados para, ainda sob o império da limitada técnica estática do atual CPC, justificar a distribuição dinâmica do ônus da prova em casos de responsabilização do administrador público (...). (BREITENBACH e TEIXEIRA, 2015, 629)

Portanto, seja no processo trabalhista ou no civil a possibilidade de distribuição dinâmica do ônus da prova é meio apto a eliminar a hipossuficiência nas relações forte na ideia de que uma das partes possui melhor capacidade para produzir a prova em questão, seja pela extrema dificuldade de comprovação por quem alega ou pela facilidade da parte a quem se acusa. Assim, no caso da terceirização, a Administração, por ambas as vias é a parte com melhor condição de pode produzir prova, demonstrando a inexistência de culpa alegada pelo reclamante.

CONCLUSÃO

Frustrante que, passados 10 anos do julgamento da ADC 16, não haja entendimento consolidado quanto às decisões nos Tribunais uniformizadores de Jurisprudência. No TST, seis turmas alinham-se ao previsto na Súmula 331, enquanto duas turmas, não. No STF, a Primeira Turma se alinha à Súmula 331, mas a Segunda Turma diverge.

Destaca-se que a manifestação da Corte Suprema, no julgado da ADC 16, permitiu a interpretação, conforme a Constituição, do texto da lei de licitações garantindo a manutenção de garantias fundamentais do trabalhador com a definição da a responsabilidade patrimonial subjetiva do ente administrativo tomador de serviços terceirizados no caso de culpa.

Pode-se realizar determinadas conclusões acerca da questão da responsabilidade e da Administração Pública com base na superação do ônus da prova. O art. 818, CLT é bem restrito em seu texto sobre a distribuição do ônus da prova, mas, como visto, a suplementariedade do CPC e a doutrina vem entendendo a possibilidade de que tal distribuição se dê de modo dinâmico e não de modo estático, no qual quem alega prova, pura e simplesmente.

Ainda, deve-se analisar a modalidade de culpa da Administração nos casos relativos à terceirização. É sabido que a Súmula 331 do TST determina o “regulamento” dessa modalidade contratual delimitando a responsabilidade subsidiária do tomador do serviço pautando-se na culpa *in eligendo* ou *in vigilando* nas disposições trabalhistas o que enseja responsabilidade estatal ainda que o empregado não seja diretamente vinculado ao sistema público.

Cabe nesta conclusão a referencia que se segue, pois, a ideia trazida é o que se defende neste trabalho, a de que na dinamização do ônus da prova, no caso da terceirização, à Administração como tomadora do serviço incumbe provar a inexistência de sua culpa alegada pelo reclamante:

Somente este mesmo administrador se revela capaz de apresentar provas que revelem o correto cumprimento do seu dever de policiar a obediência à legislação trabalhista por parte desta mesma empresa interposta, mediante a apresentação de provas idôneas que confirmam que houve de fato tal acompanhamento e supervisão. (BREITENBACH e TEIXEIRA, 2015, 626-627)

Ainda, a despeito da existência da citada Súmula 331, há julgados do TST no sentido de que nas instâncias inferiores, que revolvem fatos e provas concretas, é a Administração

Pública quem deve provar a sua diligencia nas tratativas licitatórias com fulcro nos princípios da melhor aptidão probatória e da distribuição dinâmica de tal ônus.

Soma-se a isso a faculdade e a diligência do magistrado em determinar com base no caso concreto a parte que melhor possui condições para apresentação de prova aos autos, seja em questão de provas negativas, “diabólicas” ou mesmo nas provas positivas que o juiz entenda ser o caso de alterar o “produtor” da prova. Assim, ainda que não consignado expressamente na CLT existe a possibilidade da distribuição da prova em base principiológica, e repisando, com fulcro no CPC. A tudo isso se soma basicamente o contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal, a livre motivação do juiz, sua fundamentação além do estudo do melhor interesse do empregado e da possibilidade de continuidade do exercício do emprego.

Assim, exigir do empregado a comprovação da culpa da Administração seria ônus excessivo a ele. Por outro lado, ainda mais pelo dever de zelo e da guarda do interesse público da Administração, esta seria apta a produzir provas de modo, aqui defendido, totalmente válidas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABDALA, Vantuil. **Terceirização: Atividade-fim e Atividade-meio – Responsabilidade Subsidiária do Tomador de Serviço**. Revista LTr, ano 60, maio, 1996.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Responsabilidade Civil Extracontratual das Pessoas Jurídicas de Direito Privado Prestadoras de Serviço Público**. ISSN 16788648. FA - Fórum Administrativo: Direito Público. n. 25, 3. p. 1993-2014 / 340. Belo Horizonte: Fórum, 2001.

BAHIA, Saulo José Casali. **Responsabilidade Civil do Estado**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

BREITENBACH, Fábio Gabriel; TEIXEIRA, Sergio Torres. **Redistribuição do Ônus Probandi no Processo do Trabalho Diante do Novo CPC: Impactos da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova na Responsabilização do Administrador Público em Demandas Envolvendo Terceirização**. Coordenação: ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de; CARVALHO NETO, Frederico da Costa; e SCHWARZ, Rodrigo Garcia. **Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho I**. XXIV Congresso Nacional do CONPEDI – UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2008.

DELGADO, Gabriela Neves. **Terceirização: Paradoxo do direito do trabalho contemporâneo**. São Paulo: LTr, 2003.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. V. 2: Teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação de tutela. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FURTADO, Emmanuel Teófilo. **Contemporizando a Terceirização**. Revista LTr, ano 57, n. 11, nov. 1993.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GIGLIO, Wagner. **Direito Processual do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GONÇALVES, Antônio Fabrício de Matos. **Flexibilização Trabalhista**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2011.

MACEDO, Lucas Buri de; e PEIXOTO, Ravi Medeiros. **Ônus da prova e sua dinamização**. Salvador: JusPodivm, 2014.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Administração Pública**. 10^a ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; e SOUZA, Tercio. **Curso de direito processual do trabalho**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Repensando a Responsabilidade subsidiária do Tomador de Serviços Terceirizados nas Atividades Lícitas**. *Justiça do Trabalho*, ano 24, n. 288, dez. 2007.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 7^a ed. São Paulo: LTr, 2014.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **A Prova no Processo do Trabalho**. 7^a ed. rev. ampl. São Paulo: LTr, 1997.