



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

JOEL INÁCIO DE OLIVEIRA NETO

**O ÔNUS DA PROVA DA CULPA NOS CONTRATOS DE
TERCEIRIZAÇÃO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Brasília

2013

JOEL INÁCIO DE OLIVEIRA NETO

**O ÔNUS DA PROVA DA CULPA NOS CONTRATOS DE
TERCEIRIZAÇÃO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito. Orientador: Antônio Umberto de Souza Júnior.

Brasília

2013

JOEL INÁCIO DE OLIVEIRA NETO

**O ÔNUS DA PROVA DA CULPA NOS CONTRATOS DE
TERCEIRIZAÇÃO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito. Orientador: Antônio Umberto de Souza Júnior.

Brasília, ____ de _____ de 2013.

BANCA EXAMINADORA

Professor Orientador

Professor Examinador

Professor Examinador

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus pela oportunidade de poder realizar um sonho. Aos meus pais pelo incessante apoio, pela dedicação e, sobretudo, pelo amor e carinho incondicionais. Aos meus familiares e amigos pela força.

RESUMO

O trabalho consiste no estudo e no debate acerca do ônus da prova da culpa nos contratos de terceirização com a Administração Pública. Tema bastante controvertido na jurisprudência, o ônus da prova, encontra divergências que dificultam uma definição mais sólida e uma solução. Aborda, como base, os principais temas que norteiam a terceirização, tais como evolução histórica, definições, conceitos e caracterização no Direito pátrio, bem como as hipóteses que se aplicam à Administração Pública. Noutra giro, traz ainda peculiaridades do ônus da prova em sentido amplo, tanto no Processo Civil quanto no Processo Penal. A análise dos pontos fundamentais da terceirização e do ônus da prova em sentido amplo permite fazer um melhor estudo sobre o Tema aqui trazido. Ambos os institutos vistos sob a ótica do Direito Processual do Trabalho esclarecem como ocorre a dissonância no saber se o ônus da prova da culpa *in vigilando* cabe ao empregado ou à Administração Pública.

Palavras-chave: Ônus da prova, Terceirização, Administração Pública, Culpa. Súmula 331, Responsabilidade Subsidiária.

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| Introdução..... | 06 |
| 1. A terceirização | |
| 1.1. Conceitos e evolução histórica da terceirização..... | 08 |
| 1.2. A terceirização nos dias de hoje..... | 13 |
| 1.3. Administração Pública e a terceirização..... | 14 |
| 1.4. Súmula 331 do TST..... | 16 |
| 1.5. A administração e a conduta culposa na terceirização..... | 23 |
| 2. Ônus da prova | |
| 2.1. Teoria geral da prova..... | 25 |
| 2.2. Conceito e características do ônus da prova..... | 30 |
| 2.3. Ônus da prova no processo civil e penal..... | 33 |
| 2.4. Inversão do ônus da prova..... | 34 |
| 3. Ônus da prova do processo do trabalho | |
| 3.1. Princípios atinentes..... | 37 |
| 3.2. Prova no processo do trabalho..... | 40 |
| 3.3. Ônus da prova e inversão..... | 46 |
| 3.4. Ônus da prova nos contratos de terceirização da administração pública.. | 49 |
| Conclusão..... | 58 |
| Referências..... | 60 |

INTRODUÇÃO

Com a expansão da terceirização nos últimos anos, muitas coisas mudaram na seara do Direito do Trabalho. Desde seu surgimento, em meados dos anos 60, a terceirização vem trazendo importantes discussões a respeito de vários temas no universo jurídico pátrio. Destarte, aspectos referentes à Administração Pública tomaram força nos debates doutrinários e jurisprudenciais.

Num contexto mais específico, a responsabilidade da Administração Pública em face dos créditos trabalhistas decorrentes da terceirização foi um tema que teve grande repercussão no judiciário, tanto no Direito do Trabalho quanto no Direito Administrativo. Tamanha a relevância do tema fez com que a discussão fosse levada ao crivo do STF, mediante Ação Direta de Constitucionalidade.

A responsabilidade subsidiária mediante comprovação de culpa do ente público no seu dever de fiscalização ficou consolidada após o julgamento do STF, contudo, outras questões surgiram e também causaram e causam até hoje debates bastante interessantes.

Sob a ótica da responsabilidade subsidiária, a indagação a respeito do ônus da prova da culpa da Administração Pública aparece como uma das questões que ainda não foram solucionadas por completo. O presente trabalho aborda especificamente esse ponto, trazendo para estudo julgados de turmas do TST tanto no sentido de que o ônus da prova cabe ao empregado, como também ao empregador.

Importante analisar primeiramente alguns detalhes do instituto da terceirização tais como conceito, evolução histórica, peculiaridades da Administração Pública, Súmula 331 do TST e a culpa no dever de fiscalização.

Em um segundo momento, pretende-se analisar de forma mais ampla o instituto do ônus da prova, abordando temas como a teoria geral da prova, conceitos, características, ônus da prova no processo civil e penal e inversão do ônus da prova.

O tema trazido aqui é muito latente no Direito Processual do Trabalho, tendo em vista não haver uma unanimidade acerca do ônus da prova nesse caso específico.

Com base na análise dos julgados buscará compreender melhor como as correntes jurisprudenciais fundamentam seus entendimentos e qual delas vem ganhando mais força no âmbito do TST.

1. TERCEIRIZAÇÃO

1.1. Conceitos e evolução histórica

A terceirização é um fenômeno relativamente novo no âmbito da legislação nacional, tendo apenas maior realce a partir da década de 70 em diante¹. Com o advento de algumas leis no Brasil, foi dada uma maior atenção ao instituto e, conseqüentemente, novos conceitos e modalidades foram recepcionados no âmbito da doutrina e na jurisprudência em geral.

Nesse contexto, nas lições de Sergio Pinto Martins, tem-se a terceirização como um termo que deriva de um neologismo, sendo conceituado inicialmente no Brasil como uma contratação de terceiros visando a realização de atividades que não constituam o objeto principal da empresa, sendo possível tanto a produção de bens quanto a de serviços².

Do mesmo modo, Maurício Godinho Delgado coaduna com o neologismo do termo “terceirização”. Entretanto, em suas lições demonstra que a terceirização, para o Direito do Trabalho, é um fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justralhista que lhe seria correspondente. Noutras palavras, tal instituto teria o condão de gerar uma relação trilateral onde se tem um obreiro que labora para uma tomadora de serviços, sem gerar com esta o vínculo empregatício, através de uma empresa terceirizante que assume a posição clássica de empregadora nesta relação³.

Uma definição mais sucinta é a de que a terceirização é o fenômeno através do qual um tomador de serviço transfere a outrem a contratação de trabalhadores para realização de determinados serviços em proveito daquele⁴.

De qualquer modo, é evidente que a conceituação da terceirização não representa tema que deva ser alvo de preocupação por adoção de um ou outro critério. Tem-se por certo que o instituto em estudo possui maior relevância em sua aplicabilidade e suas

¹ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 11ª edição. São Paulo: LTr, 2012, p. 436.

² MARTINS, Sergio Pinto. *A terceirização e o Direito do Trabalho*, 6ª edição. São Paulo: Atlas, 2003, p. 19 e 22.

³ DELGADO, op. cit. p. 435.

⁴ SULZBACH, Livia Deprá Camargo. A responsabilização subsidiária da Administração Pública na terceirização de serviços – princípio da supremacia do interesse público x dignidade da pessoa humana? – repercussão do julgamento da adc n° 16 pelo STF na súmula 331 do TST. *Revista LTr*, São Paulo, Ano 76, nº 6, junho/2012. p. 719.

modalidades, sobretudo nas hipóteses que fatalmente convergem para a participação do ente público nessa relação trilateral.

Por esse motivo, será dedicada agora maior atenção nas origens e na formação histórica da terceirização, tendo em vista os dispositivos legais que deram ensejo à sua criação.

Primeiramente, é importante ter-se em mente que a terceirização é uma realidade histórico-cultural que deve ser estudada de acordo com a noção de seu desenvolvimento dinâmico no transcurso de tempo.⁵ Em escala global, a terceirização teve seus primeiros rabinhos em lugares onde o desemprego atingiu níveis consideráveis, gerando crises econômicas sem solução aparente. Nesse contexto, a terceirização aparece no período da Segunda Guerra Mundial, onde a demanda de armas era enorme e se verificou a possibilidade de se delegarem serviços a terceiros⁶.

Na França, surgiu em 1972 a Lei nº 72-1 que tratava do empregado temporário, ajudando a compor o esboço do que hoje se entende como terceirização. Tal dispositivo também consagrou a figura do “*entrepreneur*”⁷, ou seja, o empresário ou empreiteiro que colocava mão de obra à disposição dos tomadores de serviço.

No Brasil, principalmente através das normas e de sua abrangência é que o tema da terceirização começou a ganhar força, em especial a partir da década de 70. Muito embora a CLT tenha disposto, em seus arts. 455 e 652, acerca dos contratos de empreitada, subempreitada e a pequena empreitada, tem-se que tais institutos não tiveram tanta aplicação nas relações laborais. Isso se deu porque naquela época não havia essa ideia mais clara de prestação de serviço terceirizado como se teve nos anos subsequentes⁸.

Outrossim, em meados da década de 60 a ideia de terceirização foi trazida à baila em face da conjuntura socioeconômica do Brasil daquela época. Embora tenha ocorrido em 1966 a criação de decretos para regularização de seguranças no âmbito bancário, as ideias mais sólidas de terceirização surgiram no diapasão do Decreto Lei nº 200/67 e Lei 5.645/70,

⁵ MARTINS, op. cit., p. 15.

⁶ Ibidem, p.16.

⁷ Ob. Loc. Cit.

⁸ DELGADO, op. cit., p. 436.

ambos tratando especificamente das hipóteses em que a Administração Pública participa do contrato de terceirização⁹.

O Decreto do ano de 1967 estipulou que fossem descentralizadas as atividades da Administração Federal, o que foi visto como uma verdadeira desobrigação de realização de certas tarefas para evitar a sobrecarga do sistema administrativo¹⁰. Alguns anos depois nasceu a Lei 5.645/70, trazendo em seu bojo um rol exemplificativo dos tipos de descentralização de que tratava o Decreto de 1967.

Com mais agudez e maior importância, a Lei do Trabalho Temporário (nº 6.019/74) veio para delinear com maior cuidado as hipóteses de terceirização que haviam sido utilizadas anteriormente sem normatização¹¹. O fato é que a terceirização fora tratada como sendo de caráter temporário, não admitindo a hipótese de contratação permanente. Mesmo com o advento da Lei 7.102/83, cuja intenção foi regularizar a sistemática da terceirização permanente, ela não conseguiu abranger as demais formas de prestação terceirizada e sim, unicamente, a categoria profissional dos vigilantes. Contudo, a expansão da terceirização foi inevitável, sobretudo no âmbito privado¹².

Uma ressalva a ser feita é que a categoria de vigilantes, em um primeiro momento, disposta na forma de terceirização exclusivamente no âmbito bancário nos moldes da Lei 7.102/83, foi posteriormente dilatada para as demais áreas onde se necessitava dos serviços de vigilância. Essa mudança veio com o advento da Lei 8.863/94, o que, por óbvio, ampliou os horizontes da terceirização no Brasil.

Ainda nesse contexto de evolução normativa, o parágrafo único do art. 442 da CLT, introduzido pela lei 8.949/94, soou mais como um retrocesso normativo do que uma evolução propriamente dita. Isso porque o referido dispositivo celetista preceitua que, “qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela”. Houve um aumento significativo na quantidade de contratações por empresas que

⁹ Ibidem, p. 436.

¹⁰ Ibidem, p. 439.

¹¹ MARTINS, op. cit., p. 17.

¹² DELGADO, op. cit. p. 440.

mascaravam ser cooperativas para se eximir do vínculo empregatício o que acabou evidenciando diversos casos de fraude na seara trabalhista¹³.

Com o propósito de por fim à fraude ou pelo menos tentar diminuir ao máximo qualquer tipo de atitude maliciosa e prejudicial ao trabalhador, foi publicada no ano de 2012 a Lei 12.690 que teve o escopo de regulamentar a organização e funcionamento das cooperativas de trabalho. Mesmo o referido diploma legal tendo trazido a expressão “revogação” do parágrafo único do art. 442 da CLT em sua ementa, tem-se que não houve tal revogação, tendo em vista o veto presidencial envolvido no processo legislativo no caso em comento¹⁴. De qualquer forma, apesar da permanência da desobrigação do vínculo empregatício das cooperativas, a nova lei trouxe avanços significativos no âmbito da proteção ao trabalhador, como a fixação de direitos inerentes a todos os trabalhadores bem como a possibilidade de responsabilização penal, civil e administrativa daquele que descumprir os preceitos normativos¹⁵.

No começo da década de 90, a temática da terceirização ficou mais evidenciada com o colapso financeiro dessa época. Isso deu ensejo a uma expansão generalizada dessa modalidade de contratação que extrapolou as hipóteses já previstas nos diplomas legais criados até aquele momento. Há uma alusão ao “*toyotismo*” empregado no período pós-guerra e pós-depressão de 1929¹⁶.

O “*crash*” de 1929 começou a destruir a mais impressionante onda de desenvolvimento econômico da história da humanidade, que vinha desde a segunda metade do século XIX e transformara os Estados Unidos da maior potência industrial do mundo. No dia 29 de outubro daquele ano, cerca de 15 bilhões de dólares em papéis haviam virado fumaça. Após alguns anos de conturbação, os EUA começaram a respirar com a eleição do presidente Roosevelt e sua política do “*New Deal*”. O plano tinha como ideia principal o Estado assumindo a economia para frear a brutal queda de preços que ocorriam desde 1929. No Brasil, a política dos EUA foi implantada pelo presidente Getúlio Vargas que estava no poder

¹³ Ibidem, p. 441.

¹⁴ ALMEIDA, Andre Luiz Paes de. *Direito do Trabalho, material, processual e legislação especial*, Rideel 2012, p. 71.

¹⁵ Ob. Loc. Cit.

¹⁶ SULZBACH, op. cit. p. 721.

desde 1930 em meados do colapso da oligarquia do café e estipulou claramente uma postura industrial substituindo as importações por produtos feitos no Brasil¹⁷.

Aqui no Brasil algumas empresas tinham esse modelo como referência, muito embora várias delas apenas recorreram à terceirização para evitar um desfecho trágico em suas economias em face da grave crise financeira que pairava sobre o país em um momento anterior ao Plano Real de 1994¹⁸.

Na seara do Tribunal Superior do Trabalho nasceu, no ano de 1986, o Enunciado 256 do TST e, posteriormente, a Súmula 331 do mesmo Tribunal em 1993, dando força ao fenômeno da terceirização. A Súmula 331 é de grande importância para compreensão da temática aqui instituída, tanto é que será estudada pormenorizadamente em tópico oportuno. Ademais, a privatização das entidades estatais no Brasil ainda trouxe as Leis n.º 8.987/95 e 9.472/97, a primeira tratando da concessão e permissão do serviço de eletricidade e a segunda, de telefonia. Ambas foram de certa forma rechaçadas pela jurisprudência trabalhista pelo fato de não subsistir a ideia de terceirização nas atividades-fim e também pela não utilização abusiva da terceirização¹⁹. Veja-se um exemplo do posicionamento jurisprudencial em relação ao tema:

“RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.496/2007. EMPRESAS DE TELECOMUNICAÇÕES. CALL CENTER. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. ATIVIDADE-FIM. LEI N.º 9.472/1997. A interpretação sistemática dos arts. 25 da Lei n.º 8.987/1995 e 94, II, da Lei n.º 9.472/1997 com os princípios constitucionais que norteiam o Direito do Trabalho não autoriza concluir que o legislador ordinário conferiu às empresas de telecomunicações a possibilidade de terceirização ampla e irrestrita, inclusive quanto às suas atividades fins. Dessarte, as referidas empresas encontram-se igualmente sujeitas às diretrizes insertas na Súmula n.º 331, I e III, deste Tribunal Superior, que somente considera lícita a terceirização no caso de trabalho temporário, serviços de vigilância, conservação e limpeza e outros especializados, ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistentes a pessoalidade e a subordinação direta. Recurso de Embargos conhecido e provido.²⁰”

¹⁷ BRENER, Jayme. *Retrospectiva do século XX – 1929: a crise que mudou o mundo*. São Paulo: Ática. 1996, p. 4, 14, 30 e 45.

¹⁸ SULZBACH, op. cit. p. 722.

¹⁹ DELGADO, op. cit., p. 442.

²⁰ BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.496/2007. EMPRESAS DE TELECOMUNICAÇÕES. CALL CENTER. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. ATIVIDADE-FIM. LEI N.º 9.472/1997. A interpretação sistemática dos arts. 25 da Lei n.º 8.987/1995 e 94, II, da Lei n.º 9.472/1997 com os princípios constitucionais que norteiam o Direito do Trabalho não autoriza concluir que o legislador ordinário conferiu às empresas de telecomunicações a possibilidade de terceirização ampla e irrestrita, inclusive quanto às suas atividades fins.

No apagar das luzes do ano de 2011, o TST realizou audiência pública sobre a terceirização, demonstrando a preocupação e a cautela em utilizar tal instituto, sempre primando pela manutenção dos princípios constitucionais, do trabalho e, sobretudo, do Estado democrático de Direito²¹.

Por derradeiro, cumpre salientar diante das exposições até aqui feitas, que a terceirização é e sempre foi um tema de difícil consenso, muito mais pela sua utilização fática do que pela complexidade normativa e interpretativa. Compreender o instituto da terceirização se faz imprescindível para tentarmos responder os questionamentos da culpa da administração pública no processo do trabalho, em especial sua comprovação no âmbito da fiscalização e da escolha de seus trabalhadores terceirizados.

1.2. A terceirização nos dias de hoje

É bem verdade que, após esses últimos anos de difusão do fenômeno da terceirização, houve uma grande preocupação em saber como regular e controlar o uso deste instituto. Apesar da falta de uma normatização clara e específica, é possível encontrar implicitamente regras que ponderem essa utilização, principalmente na Carta Magna de 1988.

Na Constituição Federal vigente, as normas que atingem o processo de terceirização se destacam mais em princípios e nas regras gerais que regem o trabalho, tais como a dignidade da pessoa humana, a valorização do trabalho, a busca de uma construção de uma sociedade livre justa e solidária, a busca na erradicação da pobreza e etc.²² Vale salientar também as normas contidas no art. 37 que são de fundamental importância para compreensão dos princípios da Administração Pública e suas peculiaridades.

Dessarte, as referidas empresas encontram-se igualmente sujeitas às diretrizes insertas na Súmula n.º 331, I e III, deste Tribunal Superior, que somente considera lícita a terceirização no caso de trabalho temporário, serviços de vigilância, conservação e limpeza e outros especializados, ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistentes a personalidade e a subordinação direta. Recurso de Embargos conhecido e provido *E-RR - 134640-23.2008.5.03.0010*. Data de Julgamento: 28/06/2011, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 10/08/2012. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=E-RR%20-%20134640-23.2008.5.03.0010&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAI++AAA&dataPublicacao=10/08/2012&query=>. Acesso em 01/10/2013.

²¹ DELGADO, op. cit. p. 444.

²² *Ibidem*, p.445.

Por outro lado, a terceirização também está dentro de um contexto que os doutrinadores costumam chamar de flexibilização das normas trabalhistas, sendo algo que foge do padrão normal normativo das relações de trabalho. A própria Constituição Federal de 1988 se refere a alguns tipos de flexibilização em seu art. 7º, incisos VI, XIII e XIV, os quais tratam, respectivamente, da possibilidade da redução do salário conforme acordo ou convenção coletiva, redução da jornada também por acordo ou convenção coletiva e a jornada de 6 horas para os turnos ininterruptos de revezamento²³.

Como dito no tópico anterior, alguns esforços foram feitos recentemente para erradicar as injustiças que possam vir a atingir os trabalhadores em uma relação de emprego terceirizada. A Lei nº 12.960/12, que teve o objetivo de regulamentar as cooperativas, e a audiência pública realizada em 2011 pelo TST, com o objetivo de ressaltar direitos básicos do trabalhador na terceirização, são exemplos de uma preocupação latente e constante nas relações laborativas oriundas dessa forma de emprego.

1.3. A Administração Pública e a terceirização

A terceirização, também muito utilizada pelas empresas privadas, desde 1967 aparece na seara da Administração Pública como uma busca de parceria com o setor privado para realização de algumas atividades²⁴.

Nesse passo, a terceirização tem o caráter de contrato de prestação de serviços, no âmbito da Administração Pública, o que sempre ocorreu mesmo não usando o termo terceirização, o que nos leva a crer que os contratos eram celebrados com o fim de assegurar uma aparência de legalidade. A crítica da Maria Sylvia Zanella di Pietro é no sentido de que não há de fato essa prestação de serviço e sim um fornecimento de mão-de-obra, ao passo que não há vínculo com a entidade tomadora de serviço, não há posse de cargos, empregos ou funções públicas e não há submissão às normas constitucionais dos servidores públicos²⁵.

²³ MARTINS, op. cit., p. 39.

²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, 5ª edição. São Paulo, Atlas, 2005, p. 228.

²⁵ *Ibidem*, p. 234.

Vale salientar que o Decreto-Lei nº 200/67, já citado anteriormente, foi um dos primórdios da terceirização, estipulando que a descentralização deveria ser feita para não sobrecarregar a máquina administrativa. Do mesmo modo, a Lei nº 5.645/70, também estipulou algumas regras de terceirização de atividades-meio no âmbito administrativo, sendo estas realizadas indiretamente²⁶. Mais recentemente, a Lei 8.666/94 permitiu que fossem prestados serviços na modalidade indireta, sendo admitidas a empreitada e a tarefa. Veja-se o que dispõe o art. 6º da Lei de Licitações:

“Para os fins desta Lei, considera-se:

[...]

VIII - Execução indireta - a que o órgão ou entidade contrata com terceiros sob qualquer dos seguintes regimes:

a) empreitada por preço global - quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo e total;

b) empreitada por preço unitário - quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo de unidades determinadas;

[...]

d) tarefa - quando se ajusta mão-de-obra para pequenos trabalhos por preço certo, com ou sem fornecimento de materiais;”

O grande problema está de fato na imposição constitucional de prévia aprovação em concurso público no âmbito da Administração Pública direta e indireta. Tal requisito se tornou primordial para investidura em cargo público, tornando plenamente nulo o ato em dissonância com o preceito constitucional. Portanto, desde 1988 têm-se um empecilho para o reconhecimento de vínculos de emprego com a Administração, ainda que haja ilicitude na contratação terceirizada²⁷.

A questão da terceirização ilícita é um tema muito controverso entre os operadores do direito, tendo basicamente três posições interpretativas que delineiam o tema. A primeira corrente parte de um pressuposto mais extremista em relação à terceirização ilícita, asseverando que não há de forma alguma vínculo empregatício e sequer qualquer benefício em prol do trabalhador. Por outro lado, outra corrente se situa de modo a praticamente excluir os preceitos constitucionais e aplicar as regras trabalhistas tanto na caracterização do vínculo como na caracterização da Administração Pública como empregadora direta. Uma terceira corrente intermediária, em sentido contrário em relação às duas primeiras, coloca os prós e os contras de ambas, vendo na primeira a importância da

²⁶“A empreitada tem como objeto do contrato a realização de certa atividade pela empreiteira, visando a realização de uma obra, serviço e até mesmo fornecimento de bem.”, DI PIETRO, op. cit. p. 230

²⁷ DELGADO, op. cit., p.456.

irreduzibilidade das normas constitucionais e ressaltando, na segunda, que a ilicitude não favorecesse aquele que já foi beneficiado com o labor de terceiro²⁸.

Nesse prisma, a terceira corrente supracitada foi ganhando força no âmbito jurisprudencial mesmo com a dicotomia entre as normas constitucionais, sobretudo o artigo 37 da CF/88, e o injusto favorecimento àquele que já foi privilegiado com a prestação de serviço sem dele se responsabilizar²⁹. Oportuno salientar o julgamento da ADC 16 que veio como um delineador de responsabilidade do ente público, gerando algumas alterações no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, especificamente na criação do inciso V da Súmula 331, da qual se falará melhor mais adiante.

Um ponto de extrema importância para a compreensão de toda problemática instituída até o presente momento se caracteriza a partir do julgamento da ADC 16, onde surgiu a ideia de responsabilidade subsidiária apenas quando constatada indubitavelmente culpa no dever de fiscalização (culpa *in vigilando*) da Administração Pública. Esse entendimento se deu principalmente com o escopo de delimitar as obrigações do ente na medida de sua culpa. Há ainda quem entenda haver não só a culpa na fiscalização, mas também na contratação (culpa *in eligendo*) caso haja alguma irregularidade que torne a terceirização ilícita³⁰.

1.4. Súmula 331 do TST

Para tecer comentários acerca da tão badalada Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, vários fatores devem ser analisados primeiramente para que haja uma compreensão mais clara de toda problemática em torno de tal diretriz jurisprudencial.

Em primeiro lugar, vale salientar que a própria Súmula 331 é de fato uma alteração da Súmula 256 do TST, que tinha em seu bojo disposições sobre a contratação por empresa interposta e sua invalidade.

Veja-se que o Enunciado 256 do TST nasceu de alguns precedentes, dentre eles o Acórdão da relatoria do Ministro Marco Aurélio no ano de 1984, no julgamento do processo Recurso de Revista nº 3.442/84, acórdão TP-2208/86. Neste julgado, ficou evidente

²⁸ Ob. Loc. Cit.

²⁹ DELGADO, op. cit., p.457

³⁰ Ibidem, p. 458.

que a contratação de empresa interposta só poderia ser válida em situações excepcionais, tendo em vista o entendimento de que a locação de mão-de-obra era de certa forma ilícita, sob o argumento de que os homens não poderiam fazer parte de um contrato deste tipo e sim, apenas coisas. Nesse mesmo sentido, a jurisprudência do TST na época permitia a contratação de mão-de-obra tanto para execução de atividade-meio quanto de atividade-fim ressalvadas as hipóteses da Lei nº 7.102/83 e 6.019/74³¹.

Ademais, o caráter permanente da atividade desenvolvida por aquele que foi terceirizado dava ensejo à formação do vínculo diretamente com a prestadora de serviços, não havendo que se falar em terceirização de mão-de-obra e sim de uma prestação singular com a empresa³².

Diante das ideias majoritárias do TST, nasce em meados do ano de 1986 a Súmula 256 do TST que tinha em seu corpo o seguinte teor: “Contrato de prestação de serviços. Legalidade. Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nº 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.”.

Nesse ínterim, entendimentos contrários à Súmula 256 no sentido de que todas as atividades das empresas são lícitas e não dependem de autorização de órgãos da Administração Pública prevista no artigo 170 da Carta Magna, juntamente com a ideia de prestação de serviços e empreitada como institutos legais perfeitamente possíveis à luz do Código Civil e do artigo 455 da CLT, foram apenas alguns dos argumentos que bateram de frente com a vedação de contratação por empresa interposta. Outro instituto bem salientado em linhas anteriores e que também serve como parâmetro contrário é exatamente o Decreto-lei nº 200/67 que previa a possibilidade de descentralização de algumas atividades da Administração Pública com o fim de evitar a sobrecarga na máquina estatal³³.

Diante de tais argumentos, vislumbrou-se que a interpretação que era dada nos julgamentos do TST em relação à não contratação por empresta interposta estava equivocada, sendo mister observar que a Súmula 256 deveria ser interpretada de forma exemplificativa e não taxativa, com o escopo de até mesmo evitar a extinção das empresas

³¹ MARTINS, op. cit., p. 119.

³² Ob. Loc. Cit.

³³ MARTINS, op. cit., p.121.

responsáveis por cederem os trabalhadores³⁴. Evidente que ficar adstrito tão somente às hipótese da Lei n°s 7.102/83 e 6.019/74 não seria capaz por si só de regular por completo o fenômeno da terceirização que, como se sabe, sempre esteve em constante movimento de crescimento.

Este entendimento, que se estendia inclusive à Administração Pública, com a Constituição de 1988, por força do art. 37, inciso II, restou vedado no contexto de formação do vínculo direto com o ente e, conseqüentemente, a quase ineficácia do disposto na Súmula 256 do TST em relação ao poder público, pois a posterior vedação expressa no que tange à admissão de trabalhadores por entes estatais sem concurso público, oriunda da Carta Constitucional de 1988 (art.37, II e § 2º), caracterizou a defasagem do verbete sumular³⁵.

Não obstante, há de se constatar que, apesar de sua posterior alteração, alguns dos tópicos da mencionada súmula manter-se-iam fortemente enraizados na cultura jurídica que viria posteriormente. É o que se observa com a manutenção de terceirização unicamente como exceção à regra no ramo dos contratos trabalhistas, velando-se pela fórmula celetista tradicional como a mais básica das regras das relações laborais do país. Ressalte-se que até hoje há possibilidade de formação do vínculo diretamente com a tomadora de serviços nas situações de terceirização ilícita, exceto nas hipóteses da terceirização no âmbito da Administração Pública.³⁶

Insta salientar ainda que as hipóteses restritivas de terceirização comprometiam sua própria absorção pelos operadores do direito, principalmente pelo seu teor altamente taxativo o qual excluía tacitamente o próprio Decreto-Lei n° 200/67 e a Lei n° 5.645/70. Apesar de alguns anos ainda em vigor e adotada a ideia de interpretação exemplificativa das hipóteses de terceirização, apenas em 1993 surgiu a revisão expressa da Súmula 256 do TST, a qual foi denominada Súmula 331 do mesmo Egrégio Tribunal naquele ano³⁷.

Diante da necessidade de revisão da jurisprudência do TST, a fundamentação básica para reformular o novo entendimento foi o Decreto-Lei n° 200/67 (artigo 10, § 7º), as Leis n°s 5.645/70, 6.019/74 e 7.102/83 e a própria Constituição Federal de

³⁴ Ob. Loc. Cit.

³⁵ CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 5ª edição. Niterói: Impetus, 2011, p. 435.

³⁶ DELGADO, op. cit., p. 446.

³⁷ *Ibidem*, p. 448.

1988 em seu artigo 37, inciso II, esta última sendo de grande relevância e repercussão diante da força normativa das normas constitucionais³⁸.

Para elucidar a compreensão de todos os fundamentos e hipóteses que foram trazidos à baila em um primeiro momento no final do ano de 1993, profícua se faz uma análise da primeira versão da Súmula 331 do TST naquela época. Veja-se:

“Contrato de prestação de serviços – Legalidade – Revisão de Enunciado nº 256: 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, daCF/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 personalidade e a subordinação direta. 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.”

Primeiramente, em seu inciso I, tratando-se especificamente do contrato temporário, está contida de forma implícita a hipótese de terceirização ilícita, pois, como se sabe, a mera contratação por empresa interposta que gera a formação direta do vínculo empregatício está relacionada à existência de fraude na contratação e não na simples contratação de empregados terceirizados³⁹.

Com os holofotes na Constituição Federal de 1988, o inciso II veio como uma luva para se encaixar na exclusão de uma eventual caracterização de vínculo de emprego diretamente com a Administração Pública quando esta figurar como tomadora dos serviços terceirizados. Portanto, o inciso II estabeleceu que, ainda que houvesse irregularidades na contratação por empresa interposta, não haveria vínculo com a Administração Pública. Isso decorre, como visto anteriormente, da imposição de prestação de concurso público para exercer os típicos cargos e empregos públicos, ficando definitivamente afastada qualquer hipótese em contrariedade à Carta Magna, tendo em vista sua supremacia normativa.

Em continuidade, o inciso III já se mostrou mais complexo em face da realidade laboral da terceirização. Surge a denominação de atividade-meio, a qual pode ser

³⁸ MARTINS, op. cit., p.128.

³⁹ MARTINS, op. cit., p.132.

entendida como uma atividade desempenhada pela empresa que não se confunde com suas finalidades, ou seja, se refere a uma prestação secundária, subsidiária, meramente periférica. Tem-se então que este inciso acabou condenando a terceirização de atividade-fim da empresa, gerando fatalmente sua ilicitude caso ocorra. Cabe ao empregador decidir qual atividade de sua empresa irá terceirizar, desde que observados os requisitos legais. Nesse rumo, seria intangível a pressuposição de que uma empresa de limpeza não poderia terceirizar trabalhadores para limparem suas instalações. Portanto, em que pese a regra geral da atividade-meio, necessário se faz observar cada caso, mesmo na hipótese de suposta atividade-fim da empresa.⁴⁰

No inciso IV, o instituto da responsabilidade subsidiária começa a ter seus primeiros contornos. Nesse contexto, tem-se a ideia de que este tipo de responsabilidade se refere a um benefício de ordem no caso de inadimplemento de verbas trabalhistas, ou seja, caso a prestadora de serviços não pague, em segundo plano virá a tomadora de serviços arcar com as obrigações do contrato de trabalho. Essa hipótese tem respaldo justamente no caráter de proteção ao trabalhador, não podendo este ficar prejudicado uma vez que já desempenhou seu trabalho na empresa bem como não podendo o empregador se beneficiar dos serviços do obreiro sem nenhuma preocupação com sua responsabilidade. Veja-se que a preocupação aqui também é de fazer que a tomadora de serviços contrate empresas fornecedoras de caráter idôneo, sobretudo fiscalizando as relações de trabalho. Importante salientar ainda que, para que haja a responsabilidade subsidiária, o trabalhador deve provar que trabalhou de fato na empresa tomadora de serviços, não bastando a simples inclusão de seu nome no polo passivo da ação trabalhista⁴¹.

Veja-se que a responsabilidade subsidiária contida no inciso IV passou a ser automática, objetiva, sem maiores preocupações se o tomador de serviço havia agido com culpa ou não.

Anos depois, precisamente no ano de 2000, o TST viu-se na necessidade de reeditar o inciso IV, pois a Administração Pública, até então, não estava taxativamente contida na hipótese de responsabilidade subsidiária. Desse modo, a Resolução 96, de 11 de setembro de 2000, proveniente do TST, deu nova roupagem ao inciso, estabelecendo que a responsabilidade ali contida também se aplicava aos “órgãos da administração direta, das

⁴⁰ Ob. Loc. Cit.

⁴¹ MARTINS, op. cit. p. 133.

autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista⁴²

Obviamente, a alteração descrita acima não agradou a Administração Pública. Muito pelo contrário, tal modificação gerou debates profundos acerca do tema, sendo até hoje alvo de crítica por parte de alguns doutrinadores⁴³.

Em face do descontentamento com o novo inciso IV, muito se discutia acerca da constitucionalidade dele em face do artigo 71 da Lei nº 8.666/93, o qual estabelece:

“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. [...]”.

Por uma leitura simples logo se percebe a dissonância entre o referido dispositivo e o inciso IV da Súmula 331. Entretanto, Maria Sylvia Zanella di Pietro se manifesta no sentido de que o conflito entre a Lei nº 8.666/93 e a Súmula 331, IV do TST era apenas aparente, sendo que uma análise sistemática permitiria afastar o conflito entre os dispositivos citados acima. Isso se explica porque a Súmula se referia à prestação de mão-de-obra, enquanto o artigo 71 era restrito aos contratos da Lei nº 8.666/93 e aos de prestação de serviço⁴⁴.

De qualquer modo, a contrariedade entre os institutos citados foi o fato gerador para que em 2007 o Governador do Distrito Federal ajuizasse a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16 com o objetivo de se reconhecer a validade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 que exclui a responsabilidade objetiva da Administração em face das verbas trabalhistas não pagas pela empresa tomadora. A responsabilidade subsidiária da Administração Pública não poderia mais ser aplicada indistintamente com base na Súmula 331 do TST, mas sim deveria ser analisada casuisticamente a existência de culpa do ente público⁴⁵.

⁴² DELGADO, op. cit., p.447.

⁴³ Ob. Loc. Cit..

⁴⁴ Di PIETRO, op. cit., p. 233.

⁴⁵ SULZBACH, op. cit. p. 728.

Veja-se trecho do voto da Ministra Carmem Lúcia no que tange à declaração de constitucionalidade do art. 71 da Lei nº 8.666/93:

“[...] autorizada a constatação pela entidade da Administração Pública de obras e serviços, por meio de licitação, tem-se que a inadimplência dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere à pessoa estatal contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, quando este não o tiver feito. Ao incumbir exclusivamente à empresa contratada o pagamento das obrigações trabalhistas dos empregados a ela vinculados, o art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/93 fixa os limites da responsabilidade contratual do ente estatal na relação contratual firmada, o que não contraria a Constituição da República [...]”⁴⁶

O STF, através do julgamento da ADC 16, aboliu a condenação da administração pública através da responsabilidade objetiva da Administração Pública, tendo em vista a constitucionalidade do artigo 71 da Lei 8.666/93.

No julgado em comento foi destacada também violação constitucional em relação à reserva do plenário prevista no art. 97 da CF/88 bem como violação à Súmula Vinculante nº 10. A partir dessas informações podemos deduzir que o que a decisão do STF na ADC 16 trouxe foi pura e simplesmente a responsabilização subsidiária automática do ente público contratante. Visto isso, percebe-se que a expressão “automática” é a grande chave para o entendimento reformulado do TST. Por acaso, tal termo refere-se à responsabilidade objetiva pela simples inadimplência no contrato de trabalho, o que ficou expressamente vedado no julgamento da ADC 16⁴⁷.

Como bem se sabe do efeito vinculante das decisões do STF, o TST teve de reformular seu entendimento sumular novamente, aplicando o inciso IV apenas ao conjunto da economia e da sociedade em geral, excluída a Administração Pública, criando-se um novo inciso unicamente para os entes públicos, sendo assim redigido:

⁴⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade. 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. ADC nº 16/DF. Tribunal Pleno. Requerente: Governador do Distrito Federal. Relator Ministro Cezar Peluso. Julgado em 24/11/2010. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>>. Acesso em 15/11/2012

⁴⁷ LEITE, Carlos Henrique Bezerra, *Curso de Direito processual do trabalho*, São Paulo: Ltr, 2012. p. 397.

“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.”

Dessa maneira, a responsabilidade passou a ser vista com outros olhos: a culpa passou a ser requisito essencial para a constatação da responsabilidade subsidiária e não mais a simples participação no contrato de trabalho.

Nas linhas finais da Súmula 331, ainda sobreveio mais um inciso que foi criado pela Resolução 174, de maio de 2011, do TST. O inciso VI trouxe em seu bojo a natureza e a extensão da responsabilidade advinda das relações jurídicas de terceirização com o escopo de que ficasse absolutamente clara a ampla responsabilidade da tomadora de serviços, tanto no contexto de empresas privadas como da Administração Pública de forma geral. Veja-se o teor do inciso: “A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral”.

1.5. A conduta culposa da Administração Pública.

Após o julgamento da ADC 16 a responsabilidade subsidiária da Administração Pública passou da mera inadimplência contratual, ou seja, responsabilidade estritamente objetiva, para a responsabilização mediante a constatação de culpa, em especial a denominada culpa “*in vigilando*” denominada por haver erro ao vigiar e fiscalizar a prestação de serviço durante o contrato de trabalho. Há ainda quem entenda que não só esta culpa seria admitida como também a culpa “*in eligendo*”, que se caracteriza por ser uma culpa da Administração ao contratar, presente quando ocorrer ilicitude na terceirização, hipótese em que também se terá a responsabilidade subsidiária⁴⁸.

Há uma corrente doutrinária que afasta definitivamente qualquer responsabilidade da Administração Pública por entender que o processo licitatório referente à contratação é rigoroso, sendo afastada a possibilidade de responsabilização subsidiária do ente federado com esteio no art. 71, § 1º da Lei nº 8.666/93. Entretanto, tendo em vista o julgamento da ADC 16, essa corrente entende ser possível que a Administração seja

⁴⁸ DELGADO, op. cit. p.449.

responsabilizada se ficar evidenciada através de prova irrefutável a culpa exclusivamente na fiscalização da atividade laboral, ou seja, “inaplicável a parte final da Súmula 331 do TST, salvo se robustamente comprovada a culpa *in vigilando* da administração pública, que não pode ser presumida, e sim comprovada, ante o princípio da legalidade e impessoalidade que norteiam a Administração Pública.”⁴⁹ Logo, para esta corrente, não há em que se falar em culpa presumida e sim em culpa inequívoca.

Entretanto, outra corrente entende possível outros tipos de culpa, inclusive o enquadramento da Administração Pública no contexto de responsabilidade civil. Esta corrente que se baseia na responsabilidade civil aplicada à Administração Pública encontra fundamento legal principalmente nos artigos 186, 927, 932, III e 942 do Código Civil Brasileiro vigente. A culpa aqui se faz presente ao contratar e ao escolher (culpa *in eligendo* e culpa *in contrahendo*). Veja-se ainda que, segundo entendimento desta corrente, a reformulação da teoria da responsabilidade civil se adequa perfeitamente ao caso de inadimplência na terceirização. O tomador de serviços responderá pelo inadimplemento das obrigações sociais a cargo da empresa prestadora de serviços. A responsabilidade é indireta, fundada na ideia de culpa presumida “*in eligendo*”, ou seja, na má escolha do fornecedor da mão de obra e também no risco (art. 927, parágrafo único, do Código Civil), já que o evento, isto é, a inadimplência da prestadora de serviços, decorreu do exercício de uma atividade que se reverteu em proveito do tomador⁵⁰.

Esse entendimento doutrinário recebe duras críticas no tocante à constatação da culpa, pois há entendimento no sentido de que as regras para a contratação, contidas na Lei nº 8.666/93, pressupõem alto teor de rigidez, o que afastaria a possibilidade de culpa ao escolher e ao contratar da Administração Pública⁵¹.

Por fim, estando a par das correntes que norteiam a culpa da Administração Pública nos contratos de terceirização, já é possível se aventurar nas questões processuais propriamente ditas que atingem o vertente caso. Passa-se a apreciar cuidadosamente o contexto do ônus da prova de forma geral e posteriormente as particularidades no direito do trabalho.

⁴⁹ CASSAR, op. cit., p.542.

⁵⁰ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 7ª edição. São Paulo: LTr, 2011, p.360.

⁵¹ CASSAR, op. cit. p. 543.

2. ÔNUS DA PROVA

2.1. Teoria Geral da Prova

A prova no direito é um instituto bastante interessante e debatido por todo o mundo. Muitos são os conceitos que encontramos na doutrina pátria e estrangeira. Contudo, entender as peculiaridades e as principais características permite compreender como um todo o tão controvertido ônus da prova.

Destarte, a origem da expressão “prova” decorre do latim, em especial do termo “*probatio*” que significa verificação, exame. Tal termo, por sua vez, decorre do verbo “*probare*”, que tem o significado de persuadir, demonstrar, convencer⁵².

Deixando de lado o conceito etimológico da palavra, mais importante se faz distinguir a prova sobre os conceitos subjetivos e objetivos dos doutrinadores. Em um sentido objetivo, prova pode ser entendida como uma forma de demonstrar a existência de um fato, ou seja, tal meio corresponde aos documentos, testemunhas, perícia, etc. Por outro lado, a partir da análise objetiva das provas em busca da verdade real, tem-se o sentido subjetivo da prova que consiste justamente na ideia de resultado obtido de determinada prova, sendo mais especificamente delineada no convencimento ou não do juiz.⁵³

Vistos os prismas objetivo e subjetivo da prova, deve-se ter em mente que a prova deve ser encarada como a ação de provar a certeza de algo, a busca de uma verdade. Por isso, tem-se que quando se trazem elementos que não foram suficientes para o convencimento do juiz, não houve prova juridicamente falando e, sim, uma tentativa através de exposição de elementos pelos quais se queria provar algo, contudo sem atingir o real objetivo da prova que é o convencimento do magistrado⁵⁴.

Nesse sentido, tem-se então que a prova tem como objeto os fatos narrados pelas partes em juízo com a finalidade de formar a convicção principalmente pelo magistrado, pois é este quem fato deverá convencer-se da verdade. Ademais, há ainda que se falar em

⁵² ZANETI, Paulo Rogério. *Flexibilização das regras sobre o ônus da prova*, São Paulo: Malheiros:2011, p. 13.

⁵³ *Ibidem*, p.15.

⁵⁴ JUNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil*, 52ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.426.

meios de provas, todos elencados nos artigos 332 e 443 do CPC. Entretanto, o Estatuto de Ritos permite outras provas desde que sejam moralmente legítimas⁵⁵.

Parece mais prudente estudar os principais institutos que cercam a teoria geral da prova para seguir de forma esclarecida para as especificidades do direito do trabalho, sobretudo no que diz respeito ao seu ônus.

Em um primeiro momento, há que se analisar o objeto da prova. Há quem diga que o objeto da prova são as alegações feitas pelas partes em juízo. Sendo assim, provar a alegação significa demonstrar a veracidade dos fatos. Já em relação ao fato propriamente dito, tem-se que ele pode ser direto ou indireto. Direto é aquele que demonstra o fato propriamente dito, aquele narrado nos próprios autos; por outro lado, o indireto se caracteriza a partir de outro acontecimento diferente daquele narrado nos autos onde, a partir de seu conhecimento, estabelece-se um nexo com o que foi trazido em juízo⁵⁶.

Ou seja, fatos diretos são os próprios fatos que se deseja provar ao passo que, o indireto, por sua vez, decorre de acontecimento diferente do fato central da demanda, mas que interfere para comprovação probatória.

Visto isso, cabe ressaltar também que o objeto da prova não se confunde com o direito, pois, este não necessita ser provado. Logo, apenas os fatos podem ser objetos de prova. O direito, por presunção legal, entende-se como de conhecimento do magistrado. Contudo, tal presunção legal é absoluta no âmbito federal, pois, há a possibilidade do juiz exigir a comprovação de dispositivos legais oriundos de direito estrangeiro, municipal, estadual, distrital. Nesses casos haverá um prazo para que a parte possa demonstrar o direito cogitado, nos termos do artigo 337 do CPC⁵⁷. Muito embora não haja previsão expressa de tal possibilidade no processo do trabalho, há quem sustente a aplicação análoga do artigo em comento, usando-se o disposto no artigo 769 da CLT: “Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título”.

Outra possibilidade especificamente encontrada no Direito do Trabalho é o objeto de prova calcado nas convenções coletivas de trabalho e acordos coletivos de trabalho.

⁵⁵ Ob. Loc. Cit.

⁵⁶ Ibidem, p. 427.

⁵⁷ MARTINS, op. cit. p.607.

É indiscutível que ambos os institutos citados devem ter sua existência comprovada nos autos. Vale o lembrete de que não há necessidade de que os instrumentos sejam publicados, bastando o depósito de uma de suas vias no Departamento Nacional do Trabalho. Ademais, subentende-se que o empregado que funda seu pedido em algum item do acordo ou convenção coletiva deve demonstrar ao juiz a existência da norma coletiva, pois, injusto seria exigir do magistrado o conhecimento da imensa quantidade de acordos e convenções que norteiam as relações laborais. Porém, nada impede o conhecimento de ofício de um instrumento normativo que já tenha sido objeto de análise na mesma Vara⁵⁸.

O TST corrobora o entendimento da validade do instrumento normativo como meio de prova nos termos da OJ. 36 da SBDI-I: “O instrumento normativo em cópia não autenticada possui valor probante, desde que não haja impugnação ao seu conteúdo, eis que trata de documento comum às partes”.

Continuando no contexto de objeto da prova em sentido amplo, profícuo dizer ainda que apenas os fatos relevantes para a demanda devem ser provados. Outrossim, existem fatos que, embora imbuídos de relevância jurídica, para o processo não necessitam de qualquer comprovação fática perante o juiz. São exatamente os fatos que estão elencados no artigo 334 do CPC, nos seguintes termos: “Art. 334. Não dependem de prova os fatos: I - notórios; II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III - admitidos, no processo, como incontroversos; IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade”.

Quanto ao inciso I, temos os fatos notórios que são de conhecimento geral, tais como acontecimentos históricos, atos de heroísmo, atos de gestão pública, entre outros. Deve-se analisar a notoriedade de acordo com o contexto de cada população, ou, cada grupo específico em face de um determinado lugar ou círculo social, mas sem deixar de constatar sua generalidade e sua autenticidade⁵⁹.

Veja-se que o conceito do vocábulo “notório” não é tão simples quanto parece. Muito se discute até os dias de hoje sobre o alcance e a caracterização dos fatos notórios de conhecimento geral. Dessa forma, importa neste momento ter em mente que a aplicação de tal instituto é possível, ainda que se encontrem vários conceitos.

⁵⁸ TEIXEIRA FILHO, *Curso de direito processual do trabalho*, vol. II, São Paulo: LTr, 2009, p. 935.

⁵⁹ JUNIOR, op. cit. p. 428.

São notórios os acontecimentos de conhecimento geral que facilmente adentram de forma natural na cultura, no conhecimento ou na informação do indivíduo, em relação a um lugar ou círculo social. A notoriedade as vezes é exigida por lei como no caso da ação pauliana, onde a insolvência do devedor deve ser notória para caracterizar a anulação do ato de transmissão de bem, nos termos do art. 159 do Código Civil. Quando a notoriedade é assim exigida, ela se torna objeto da prova, tornando-se indispensável⁶⁰.

Nos incisos II e III tem-se duas hipóteses que se assemelham quanto ao motivo de não necessidade de provas. Ora, se há confissão pela outra parte, não há que se falar em prova, pois seria desperdício de tempo, até mesmo por uma questão óbvia e lógica. Nesse ínterim, o inciso III traz em seu corpo fatos que não foram contestados pela parte contrária e são reputados como verdadeiros, não necessitando assim de conjunto probatório. Por fim, o inciso IV traz as hipóteses em que milite presunção legal da existência da verdade, sendo completamente inútil provar fatos dessa natureza. Á guisa de exemplo de situações alcançadas pelo inciso IV, há a hipótese do devedor que tem em mãos um título de crédito: não necessita provar seu pagamento, nos termos do artigo 1.206 do CC/02⁶¹.

Para ficar mais claro, uma ressalva a ser feita quanto aos fatos incontroversos e confessados é de que todo fato confessado é incontroverso, tendo em vista a confissão legítima. Entretanto, não se pode afirmar que todo fato incontroverso é confessado. Uma ressalva a ser feita é que, em especial no Direito do Trabalho, há fatos que, mesmos confessados, necessitam de uma prova. Um exemplo clássico é o adicional de insalubridade onde há a necessidade de uma prova técnica pericial para constatar se há ou não a presença do agente nocivo à saúde, independentemente de ambas as partes terem se manifestado em sentido convergente⁶².

Passado esse viés de objeto da prova, tecem-se alguns comentários sobre a finalidade da prova que, como já visto é o convencimento do juiz. Não se trata apenas de convencer o magistrado e sim de nortear a formação do próprio conhecimento jurídico. Pode-se dizer também que em certos casos a prova serve também para convencer a parte contrária, muito embora tal situação não seja comumente constatada nos casos práticos⁶³.

⁶⁰ Ob. Loc. Cit.

⁶¹ JUNIOR op. cit., p. 429.

⁶² MARTINS, op. cit. p.609.

⁶³ TEIXEIRA FILHO, op. cit. p. 938.

No que tange à valoração e sistemática da prova, entende-se que o juiz não pode agir arbitrariamente e sim observando os requisitos legais através de um método. São 3 os sistemas que fazem ou já fizeram parte do direito processual pátrio, a saber: critério legal, critério da livre convicção e critério da persuasão racional⁶⁴. Vejamos peculiaridades de cada um a seguir

Quanto ao critério legal, não há mais aplicação dele no ordenamento jurídico vigente. O cenário era de que o juiz apenas seguia uma hierarquia legal das provas e a resposta surgiria por si só, ou seja, o juiz ficava adstrito àquilo que era trazido aos autos, sendo verdade ou não. Tal sistema foi importado do direito romano primitivo e medieval⁶⁵. Inexiste, portanto, qualquer liberdade para o magistrado analisar e considerar a prova cuja eficácia será única e exclusivamente dependente da lei determinada⁶⁶.

O critério da livre convicção é diametralmente oposto ao critério citado acima. Logo, a liberdade do magistrado aqui é ampla, o juiz é soberano e absoluto para compor sua convicção da maneira que achar conveniente, inclusive indo ao ponto onde se permite manifestar-se de forma contrária às provas dos autos. Encontrou algumas correntes doutrinárias germânicas que defenderam tal tese, porém, hoje também esse tipo de critério não se coaduna com o sistema jurídico moderno⁶⁷. Ademais, há quem diga haver resquícios deste instituto tão rechaçado pelo ordenamento jurídico atual, como o caso do Tribunal do Júri, onde os jurados julgam com base no seu livre convencimento íntimo e moral⁶⁸.

Por derradeiro, o critério da persuasão racional, também conhecido como “livre conhecimento motivado”⁶⁹, defende a discricionariedade do magistrado conquanto que seu convencimento encontre abrigo no conjunto probatório trazido aos autos. Ainda nesse sentido, também traz a liberdade da apreciação das provas pelo magistrado, fazendo que o juiz fique atento à fundamentação de sua decisão, expondo o porquê de seu convencimento e de que forma ele se deu⁷⁰.

Fato é que o critério adotado pelo Brasil é este último, sendo o ponto equidistante entre os dois primeiros critérios e se tornou expresso, inclusive, no artigo 131 do

⁶⁴ Ob. Loc. Cit.

⁶⁵ JUNIOR, op. cit., p. 429.

⁶⁶ ZANETI, op. cit., p. 45.

⁶⁷ JUNIOR, op. cit. p. 430.

⁶⁸ ZANETI, op. cit. p. 47.

⁶⁹ Ob. Loc. Cit.

⁷⁰ ZANETI, op. cit., p. 48.

CPC, nos seguintes termos: “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes nos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

Vistos os mais importantes conceitos sobre a prova, faz-se necessário agora partir para a análise de outros conceitos e alguns princípios que norteiam o ônus da prova.

2.2. Conceitos e características do ônus da prova

O conceito de ônus da prova é um tema de diversas acepções no direito pátrio. Muito se discute principalmente a respeito do que é de fato o termo “ônus” com o escopo de saber seu real significado e seu alcance.

Destarte, uma das concepções se consolida na definição de que o ônus é uma conduta realizada no direito processual e que é exigida da parte para que aquilo que esta traga a juízo seja considerado como verdade, não havendo um dever de provar propriamente dito nem direito da outra parte a exigir prova de seu litigante.⁷¹ Sem embargo, um dos maiores ícones do Direito Internacional, Francesco Carnelutti teve a intenção de conceituar em sua obra *Teoria Geral do Direito* o ônus como sendo uma obrigação de cunho jurídico, ou seja, o ônus de provar estaria dentro de uma esfera mais ampla, distinguindo-se de outros conceitos⁷².

Os conceitos do mestre italiano se mostraram inovadores no universo jurídico, tendo em vista que antes de sua conceituação a doutrina classificava “ônus” sem maiores distinções, aproximando dos demais conceitos de obrigação, dever específico entre outros elencados⁷³. Importante se faz salientar que, apesar das definições de Carnelutti, dever e ônus não são exatamente a mesma coisa e nem poderiam ser. O dever, dizendo respeito a um terceiro, é proveniente de uma imposição legal que gera determinada cominação, enquanto no ônus não há que se falar em obrigações senão a da própria parte onerada, uma vez que sua não comprovação não pode ensejar uma penalidade que esteja prevista em Lei⁷⁴.

Sendo o dever algo que vincula os sujeitos da relação processual, tem-se que as partes têm o dever de agir com boa-fé e lealdade no processo enquanto o juiz tem suas

⁷¹ JÚNIOR, op. cit. p.434

⁷² CARNELUTTI, Francesco. *apud* LEONARDO, *Imposição e inversão do ônus da prova*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 54.

⁷³ ZANETI, op. cit. p. 73.

⁷⁴ DE PAULA, Carlos Alberto Reis. *A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho*, São Paulo: LTr, 2001, p. 21.

obrigações elencadas nas suas atribuições de magistrado, tais como o dever de sentenciar e despachar. Quanto aos terceiros, as testemunhas têm o dever de estar em juízo quando chamadas sob pena de serem levadas de forma coercitiva. Por outro lado, a figura do ônus não aparece dessa forma, não sendo um dever imposto legalmente aos juízes, partes e terceiros. O que se tem é que o ônus diz respeito à própria vontade exclusiva da parte de provar aquilo que está arguido em juízo. É um instituto inseparável do interesse particular, a cominação que pode advir de não provar o fato é simplesmente o risco do magistrado não acolher seu pleito⁷⁵.

Outra distinção válida no âmbito do ônus da prova é em relação à obrigação. Num primeiro momento, a obrigação se constitui de forma parecida com o dever. Tem-se a ideia de subordinação quando se fala em obrigação, sendo indispensável seu cumprimento. Assim, nítida fica a distinção do ônus, já que este está calcado na ideia de faculdade da parte, podendo, inclusive, ter seu pedido acolhido mesmo na hipótese de falta de prova por aquele que deveria provar⁷⁶. Tal hipótese pode ser exemplificada nos casos em que a parte contrária produza erroneamente alguma prova que de certa forma beneficie a outra parte, gerando a desnecessidade de contraprova⁷⁷.

Outros conceitos não menos importantes que surgiram na doutrina são o de ônus perfeito e ônus imperfeito. O primeiro seria possível na hipótese de se constatar uma inadimplência do onerado que resulta em uma consequência danosa para ele mesmo, necessariamente. Um exemplo seria o ônus da parte sucumbente de interpor o recurso cabível, sob pena de configuração da coisa julgada. Entretanto, com relação ao ônus imperfeito, seria possível que, mesmo havendo a consequência danosa da ausência de prova por aquele que deveria tê-la produzida, a possibilidade de ganhar ainda subsiste, tendo em vista que a parte contrária pode instruir alguma prova que beneficie sem querer a outra parte⁷⁸, como já dito anteriormente.

Mais um conceito é o de ônus da prova subjetivo e o ônus da prova objetivo. Tal acepção se refere mais especificamente aos sujeitos envolvidos no processo, tanto o juiz quanto uma das partes. Veja-se, o ônus subjetivo nada mais é do que a elucidação de quem é a parte que deve provar o fato ali trazido em juízo, sendo exclusivamente atribuição do réu ou do autor. Quanto ao ônus objetivo, o principal protagonista é o próprio juiz, pois se leva em

⁷⁵ Ibidem, p. 22.

⁷⁶ DE PAULA, op. cit., p. 23.

⁷⁷ TEIXEIRA FILHO, op. cit. p.971.

⁷⁸ ZANETI, op. cit. p. 78.

consideração não só o ônus de uma das partes e sim todo o conjunto probatório. Logo, importa para o magistrado aquilo que foi provado, independente de quem tenha sido o onerado. Vale salientar que tal distinção é bastante controversa na doutrina, existindo autores que negam sua existência⁷⁹.

Vê-se claramente que a distinção feita entre ônus, dever e obrigação é de extrema relevância para compreender a mecânica do ônus da prova no processo. Importante fixar também as características do ônus como sendo algo ligado à faculdade da parte e que permite que haja comprovação dos fatos mesmo quando não se teve a prova trazida pelo próprio onerado, ou seja, daquele que deveria provar.

Prosseguindo, o atual Código de Processo Civil divide o ônus da prova em dois núcleos em seu artigo 333 cujo teor é: “O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditiva, modificativa ou extintiva do direito do autor [...]”. Isso denota que cada parte tem o ônus de provar aquilo que está sendo objeto do convencimento do magistrado⁸⁰.

Caso a parte contrária apenas alegue a negação do fato trazido pelo autor, ocorre a necessidade do próprio autor provar aquilo que aduz pois tal situação se encaixa perfeitamente no inciso I do dispositivo legal acima citado, sendo fato constitutivo que deu ensejo ao seu pedido. Por outro lado, quando o réu se põe de forma a se defender alegando fatos que não são compatíveis com o pedido do autor, tem-se o ônus de provar tal fato, pois, o fato que fora trazido é controverso, havendo a necessidade de que o réu demonstre que, apesar de ter ocorrido o fato, o pedido do autor esbarra em algum outro fato que impossibilite o seu direito⁸¹.

Nesse contexto, Humberto Theodoro Júnior ainda faz uma distinção entre negação de fato e fato negativo⁸². O primeiro diz respeito à negação por parte do réu da existência do fato que deu ensejo ao pedido contido na inicial, sendo do autor o ônus da prova do fato negado inteiramente, de acordo com o inciso I do artigo 333 do CPC. Noutro giro, o segundo se mostra como a exposição de outro fato que, embora conexo com o da exordial, refuta totalmente a existência daquele, ou seja, o fato negativo pressupõe um novo fato em

⁷⁹ Ibidem, p. 90.

⁸⁰ JUNIOR, op. cit., p.434.

⁸¹ Ob. Loc. Cit.

⁸² JUNIOR, op. cit., p. 435.

contrariedade ao primeiro, o que, por óbvio, transfere o ônus da prova para o polo passivo da demanda, de acordo com o inciso II do artigo 333 do CPC.

Ora, assevera Manoel Antônio Teixeira Filho que nada mais justo que o CPC tenha distribuído o ônus da prova da forma descrita acima, pois tal se caracteriza, sobretudo, pelo princípio da igualdade entre as partes⁸³.

2.3. Ônus da prova no processo penal e civil

Importante analisar neste momento as peculiaridades do instituto do ônus da prova tanto na esfera cível quanto na esfera penal. Isso porque só assim saberemos distinguir com presteza as características de cada um e posteriormente no Direito do Processual do Trabalho.

Há teses que demonstram a existência de elementos que são incompatíveis com o processo comum. Vejamos a seguir. Primeiramente, a alegação de que os poderes instrutórios do juiz na esfera penal e cível (ou seja, aquelas hipóteses em que o juiz de ofício requer a prova em busca da verdade real) seriam incompatíveis com o ônus da prova elencado em linhas anteriores. Entretanto, tem-se que por mais que o poder instrutório do juiz penal e cível seja amplo em seu caráter subjetivo, não se pode desvincular a necessidade do ônus da prova objetivo, pois sempre haverá possibilidade de dúvida quanto aos fatos, mesmo as provas sendo impulsionadas pelo magistrado. Dessa forma, melhor sorte assiste ao raciocínio de que o poder inquisitório do juiz é complementar ao das partes, sendo imprescindíveis ambos⁸⁴. Também há a possibilidade aqui da aplicação do ônus imperfeito, visto anteriormente.

Em outro prisma, ainda se discute a incompatibilidade do Ministério Público com o ônus da prova. Um dos principais argumentos é de que no processo penal não há lide, e, de fato, a lide se faz um tanto quanto irrelevante para resolução dos conflitos penais. Entretanto, o simples fato de existência da lide não pode excluir a voluntariedade no processo penal, pois, sabe-se, nem tudo depende da atuação do Ministério Público, sobretudo nas ações privadas. Nesse sentido, apesar das várias definições e enquadramentos que a doutrina adota para a atuação do Ministério Público, irrefutável sua atuação no campo do ônus da prova,

⁸³ TEIXEIRA FILHO, op. cit. p. 973.

⁸⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 199.

tendo em vista que, por muitas vezes, o *parquet* atua tanto como parte legítima, quanto como fiscal da lei, inclusive sendo necessário que sempre comprove aquilo que alega ou imputa a alguém⁸⁵.

Em linhas mais curtas, pode-se dizer que o Ministério Público atua na seara probatória do caso com o aspecto de ônus e não de um dever, pois estes, de acordo com aquilo que foi disposto noutrora, são diferentes, sendo que ao Ministério Público cabe comprovar, além da culpa do acusado, tudo aquilo que possa gerar dúvida de caráter importante para a instrução probatória. Quanto ao ônus do acusado, tem-se que este apenas tem que demonstrar a incerteza das alegações daquele que lhe imputa algum crime, isso na mais remota hipótese, pois, em face do princípio *in dubio pro reo*, despidendo que a defesa prove algo concreto.

Por fim, ressalte-se que o ônus de provar daquele que acusa é mais robusto em face de sua necessidade de demonstrar aquilo que deu origem às suas alegações. Assim, o ônus é inequívoco, sendo indispensável que se comprove aquilo que foi trazido de forma voluntária pela parte⁸⁶.

2.4. Inversão do ônus da prova

Tal instituto, em regra, visa basicamente atenuar o ônus de provar daquele que alega inicialmente (autor) em detrimento daquele que está sendo demandado (réu)⁸⁷.

Na inversão do ônus da prova tem-se uma exceção à regra geral para garantir a prestação jurisdicional e evitar que se prejudique ou até mesmo limite o próprio direito⁸⁸. Apesar de estar consubstanciada no Código de Defesa do Consumidor, é evidente que a inversão do ônus da prova tem aplicação nos outros ramos do direito de forma incontestável.

As convenções relativas ao ônus da prova são de certa forma pouco eficazes, tendo em vista o caráter de ordem pública. Tem-se que a prova tem o escopo de convencer o juiz das alegações trazidas judicialmente. Ademais, ratificando a fragilidade de tal convenção, vale fazer menção ao fato de que o juiz tem poderes inquisitórios, podendo estes ser contrários àquilo acordado entre as partes. De qualquer forma, o pacto livre de

⁸⁵ Ibidem, p. 201.

⁸⁶ BADARÓ, op. cit. p. 202.

⁸⁷ LEONARDO, op. cit. p. 217.

⁸⁸ Ob. Loc. Cit.

determinação do ônus da prova está sujeito sempre à discricionariedade do magistrado, razão pela qual pouca atenção se dá a tais convenções⁸⁹.

Melhor concepção e definição a respeito da inversão do ônus da prova estão nas normas contidas no Direito do Consumidor. Há maior clareza no texto normativo do Código de Defesa do Consumidor. Veja-se, em regra, diante da verossimilhança das alegações ou da hipossuficiência do consumidor, imprescindível a inversão do ônus da prova como direito básico conforme se depreende do art. 6º, VIII do CDC: “A facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”. No entanto, há na doutrina uma controvérsia no sentido de que seria necessário o preenchimento de ambos os requisitos ou apenas de um deles. Majoritariamente entende-se que é suficiente a constatação de algum dos dois, pois o dispositivo citado acima dá margem para tanto ao trazer em seu bojo o conectivo “ou”, dando mais base à corrente majoritária⁹⁰.

No que tange ao requisito alternativo de hipossuficiência no Direito do Consumidor, fato é que esta se configura quando a parte esteja incapacitada de produzir a prova do seu direito. Isso ocorre muitas vezes pelo fato da prova ser de difícil ou até mesmo de impossível acesso⁹¹.

Ora, como seria possível que se exigissem do consumidor, parte tão fragilizada na relação de consumo, provas praticamente impossíveis de serem obtidas ainda que existissem. Por esta razão a norma contida no Código de Defesa do Consumidor estabelece tais critérios.

Ressalte-se também que a inversão do ônus da prova não pressupõe um julgamento antecipado da culpa de uma das partes. Ela nada mais é do que um ônus processual, não tendo relação com o fato de qual das partes tem razão e sim quem deve de fato provar o que está sendo discutido em juízo⁹².

⁸⁹ SANTOS, Sandra Aparecida de Sá dos. *A inversão do ônus da prova: como garantia constitucional do devido processo legal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 71.

⁹⁰ Ibidem, p. 72

⁹¹ SANTOS, op. cit., p. 73

⁹² SANTOS, op. cit., p.80.

Quanto ao momento da inversão do ônus da prova, a doutrina atual enumera 3 teorias diferenciadas sobre qual fase processual deverá ser realizada a inversão. A primeira teoria determina que seja feita no despacho inicial, a segunda teoria determina que deva ser realizada no despacho saneador e, por último, a terceira teoria entende que deve ser invertido o ônus na sentença de mérito. Uma parte da doutrina entende que é no momento da sentença, inclusive outros doutrinadores como Cândido Rangel Dinamarco, um dos criadores do anteprojeto do CDC. Contudo, outra parte da doutrina entende haver equívoco em tal entendimento, isso porque, a crítica maior é no sentido de que a inversão do ônus da prova na sentença fere gravemente o princípio do contraditório e da ampla defesa, bem como por entender que o ônus da prova pressupõe um ato procedimental⁹³.

Ademais, a inversão do ônus da prova é concebida no âmbito doutrinário como medida extraordinária no processo judicial. É indispensável que se saiba exatamente em quais situações se deve utilizar o instituto mencionado. De qualquer sorte, qualquer tipo de inversão do ônus da prova que não esteja previsto na lei implica em grande insegurança jurídica e, sobretudo, violação também ao devido processo legal, podendo gerar nulidades⁹⁴.

Nesse passo, o instituto do ônus da prova bem como as regras vistas aqui até o presente momento permitem adentrar nas nuances do Direito Processual do Trabalho, tendo em mente as peculiaridades de cada item abordado para que haja uma melhor compreensão acerca do ônus da prova no contrato de terceirização com a Administração Pública.

⁹³ Ibidem, p.81.

⁹⁴ LEONARDO, op. cit. p.222.

3. ONUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO

3.1. Princípios atinentes

Após o debate acerca do fenômeno da terceirização no Direito do Trabalho, bem como a análise do instituto do ônus da prova de forma geral, faz-se livre o caminho para adentrar nas peculiaridades que envolvem o ônus da prova e o direito processual do trabalho de forma mais específica. Nesse contexto, os princípios têm uma importante função na caracterização de como se dá o ônus de provar na seara trabalhista.

De início, a começar por um dos princípios mais importantes e básicos do direito como um todo, o princípio do contraditório e da ampla defesa se faz presente ao passo que pressupõe um direito fundamental que as partes têm de poder manifestar-se de forma recíproca no processo. Também há de se falar que tal princípio estipula a igualdade entre as partes para apresentar suas provas no momento processual em que lhes for concedido a oportunidade. Ademais, vale salientar ainda que o juiz tem uma significativa importância na aplicação deste princípio uma vez que não há necessidade de dilação probatória em face de um fato inequívoco ou até mesmo um laudo pericial irrefutável ainda que o magistrado não esteja adstrito a ele⁹⁵. Nos moldes do art. 436 do CPC: “O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos”.

Há ainda que se falar que o termo “contraditório” não pressupõe tão somente a impugnação da prova trazida pela outra parte, mas também algo que permita realizar uma nova prova que rebata aquela que se pretende contrariar, de tal modo que se configura também o instituto da ampla defesa⁹⁶.

Outro princípio básico intimamente ligado ao rito probatório é o princípio da necessidade de prova. Aqui, tem-se que a mera liberalidade de postulação em juízo sobre determinado fato não assegura o reconhecimento do direito buscado; é imprescindível o conteúdo probatório para dar fundamentação às alegações das partes, tendo em vista que os atos não provados são tidos como não existentes para o processo⁹⁷.

⁹⁵ LEITE, op. cit., p.590.

⁹⁶ TEIXERA FILHO, op. cit. p.942.

⁹⁷ LEITE, op. cit., p. 592.

Importante observar que a prova não diz respeito apenas às partes, mas também ao Estado que busca a elucidação da verdade⁹⁸.

O princípio da unidade da prova também é importante ao passo que estipula a necessidade do magistrado observar o conjunto probatório como um todo e não somente trechos ou algumas provas específicas. Mister se faz salientar que é comum no processo do trabalho petições iniciais com diversos pedidos e com situações diferenciadas que exigem um traço probatório específico. O que é importante de fato é propiciar ao juiz seu livre convencimento ao examinar todo conteúdo probatório, podendo acolher parte dos pedidos de um dos litigantes. Tal princípio também pode ser chamado de comunhão da prova e é de extrema importância à análise da prova como um todo, temerário seria supor que o magistrado não agisse dessa forma⁹⁹.

Ainda na seara dos princípios, encontra-se o princípio da imediação, amplamente debatido pela doutrina e reconhecido como atinente ao procedimento probatório. Imediação remete ao fato do juiz não possuir um papel de inércia no processo. Muito pelo contrário! Há muito o juiz deixou de ser uma mera figura apática para ser o indivíduo principal do litígio na busca pela verdade real. No Processo do Trabalho, a imediação assume o caráter de proximidade espacial entre o Juiz e a prova¹⁰⁰.

Há quem faça distinção entre imediação e imediatidade. Esta funciona como instituto do direito material do trabalho na medida em que se configura no espaço curto de tempo entre a falta cometida pelo empregado e a sanção aplicável diante da transgressão, seja ela qual for¹⁰¹.

O princípio da lealdade da prova expõe a própria licitude da prova trazida aos autos. O inciso LVI do art. 5º da CF/88 é claro ao dispor que as provas obtidas por meio ilícito não serão admitidas. Interessante observação permite diferenciar prova ilícita de prova ilegítima, sendo a primeira aquela prova que fere o direito material porque obtida de forma ilegal, ao passo que a prova ilegítima provém de violação de direito processual, não sendo acolhida no processo¹⁰². Nesse passo, uma ressalva a ser feita entre alguns doutrinadores diz

⁹⁸ MARTINS, Sergio Pinto. *Direito Processual do trabalho: doutrina e prática forense; modelos de petições, recursos, sentenças e outros*. 32 ed. São Paulo, Atlas, 2011. p. 597.

⁹⁹ TEIXERA FILHO, op. cit. p. 940.

¹⁰⁰ Ibidem, p. 944.

¹⁰¹ MARTINS, op. cit. p. 598.

¹⁰² Ibidem, op. cit. p. 316.

respeito à mitigação da aplicação do princípio em epígrafe. Trata-se da aplicação tanto dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, os quais permitem em certas situações a não exclusão de algumas provas ilicitamente obtidas¹⁰³. A exemplo, pode-se citar a gravação secreta que determinado trabalhador deseja fazer para comprovar um possível caso de assédio sexual que, como se sabe, demanda extrema dificuldade probatória.

Num contexto mais próximo do direito processual do trabalho, há princípios que se aproximam mais da sistemática trabalhista.

Quanto ao princípio *in dubio pro misero*, pode-se até pensar que este tenha aplicação no direito processual do trabalho no âmbito probatório assim como o tem no direito material do trabalho. Contudo, conforme grande parte da doutrina e da jurisprudência, a aplicação deste princípio não encontra razão de existir tanto na valoração da prova quanto no ônus da prova.

Nesse sentido, há entendimento no TRT 10ª Região:

“[...] Os princípios *in dubio pro misero*, da condição mais benéfica, da primazia da realidade, da intangibilidade salarial, do maior rendimento, da proteção, da indisponibilidade e da irrenunciabilidade de direitos foram invocados de forma totalmente inadequada pelo recorrente. São norteadores da aplicação e da interpretação das normas jurídicas, também auxiliando nos casos em que houver lacunas legislativas. O hermeneuta deve deles valer-se como Norte. Entretanto, não devem ser usados para auxiliar a parte que não cuida do ônus de prova que lhe era cometido, tampouco servem de socorro à falta de argumentação jurídica para obter a reforma da decisão. [...]”¹⁰⁴

“[...] Invoca o princípio *in dubio pro operario*. O ônus da prova incumbe à parte que alega (CLT, artigo 818 e CPC, artigo 333, inciso I). Por se tratar de fato constitutivo do seu direito, competia à autora demonstrar a ocorrência de acúmulo de funções, encargo do qual não se desincumbiu. Entretanto, a única testemunha ouvida, neste feito, trazida pelo reclamado, corroborou a tese defensiva no sentido de que a demandante somente desempenhou as tarefas inerentes à função para qual foi contratada - operadora de

¹⁰³ LEITE, op. cit. p. 594.

¹⁰⁴ BRASIL, TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 10ª REGIÃO. RECURSO ORDINÁRIO. HORAS EXTRAS. FOLHAS DE PONTO. INVALIDADE. ÔNUS DE PROVA. Colacionando o autor registros de frequência tidos por inválidos pela reclamada, àquele competia o ônus de prova quanto às suas alegações, encargo processual que não mereceu satisfação. Nessa perspectiva, não detém idoneidade como elemento de prova, os documentos juntados pela parte autora. 2. Recurso parcialmente conhecido e parcialmente provido. RO -01621-2011-017-10-00-. Relatora: Desembargadora Márcia Mazoni Cúrcio Ribeiro. Brasília-DF, 6 de fevereiro de 2013. Disponível em: <http://www.trt10.jus.br/search?q=cache:www.trt10.jus.br/consweb_gsa/gsa_segunda_instancia.php%3Ftip_processo_trt%3DRO%26ano_processo_trt%3D2012%26num_processo_trt%3D10376%26num_processo_voto%3D318675%26data_publicacao%3D22/02/2013%26data_julgamento%3D06/02/2013%26embargo%3D%26tipo_publicacao%3DDEJT+in+dubio+pro+misero+onus+da+prova+&access=p&output=xml_no_dtd&client=default_frontend&proxystylesheet=metas>. Acesso em 02/10/2013.

telemarketing, porquanto afirmou que "a reclamante nunca exerceu as funções de monitor e nem recebeu treinamento para isso" (a fls. 198). Por sua vez, a prova emprestada colacionada aos autos, a fls. 182/186, não socorre a recorrente, haja vista que os depoimentos testemunhais não se referem, especificamente, às tarefas por ela desempenhadas. Esclareça-se que, ao revés do que alega a recorrente, o princípio do *in dubio pro operario* não autoriza de forma alguma que a reclamante deixe de demonstrar suas alegações. O princípio invocado não possui aplicabilidade na forma indicada. Trata-se de regra interpretativa de caráter processual, favorável ao misero na relação, que, todavia, não autoriza o favorecimento do obreiro pela total falta de apresentação de provas em franca desatenção às regras também processuais, que regem a distribuição do ônus de prova [...].¹⁰⁵

Portanto, quanto à valoração da prova e o ônus da prova, o princípio *in dubio pro misero* não é visto com bons olhos pelos operadores do direito, motivo pelo qual o entendimento predominante é de que este princípio deve ficar restrito à hermenêutica jurídica em termos materiais e processuais, mas probatórios não¹⁰⁶. Destarte, a valoração da prova não pode ser consubstanciada pela aplicação em favor da parte mais frágil da relação jurídica.

3.2. Prova no processo do trabalho

Para se ter ideia da importância do momento probatório no processo do trabalho, basta observar que a própria CLT elencou vários artigos voltados especificamente para a prova. São regras um tanto quanto especiais que dizem respeito à sistemática diferenciada do processo do trabalho.

¹⁰⁵ BRASIL, TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 10ª REGIÃO. RECURSO ORDINÁRIO. ACÚMULO DE FUNÇÃO. DESCONFIGURAÇÃO. DIFERENÇA SALARIAL INEXISTENTE. PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO OPERARIO. A simples execução de algumas tarefas inerentes a determinada função não autoriza concluir que o empregado acumulou funções. No caso dos autos, não há um elemento sequer no sentido de que o acionante cumulava as funções apontadas. Há de ser ressaltado, ainda, que o princípio do *in dubio pro operario* não autoriza de forma alguma possa o reclamante deixar de provar suas alegações, porquanto não possui aplicabilidade na forma indicada. Trata-se de regra interpretativa de caráter processual, favorável ao misero na relação, que, todavia, não autoriza o favorecimento do obreiro pela total falta de apresentação de provas em franca desatenção às regras também processuais, que regem a distribuição do ônus de prova. Nesse contexto, não constatado o efetivo exercício em função desviada, indevidas são as diferenças salariais vindicadas. 2. DANOS MORAIS. NÃO COMPROVAÇÃO. A reparação por dano moral decorrente do contrato de trabalho pressupõe um ato ilícito ou um erro de conduta do empregador ou de seu preposto, um dano suportado pelo ofendido e um nexo de causalidade entre o comportamento antijurídico do primeiro e o prejuízo suportado pelo último. No presente caso, não ficou comprovado de forma cabal qualquer atitude da empresa que possa ter produzido danos de ordem moral à reclamante, sendo, portanto, indevida a o. RO 01308-2010-008-10-00-9. Relator: Desembargador Brasilino Santos Ramos . 15 de fevereiro de 2012. Disponível em: <http://www.trt10.jus.br/search?q=cache:www.trt10.jus.br/consweb_gsa/gsa_segunda_instancia.php%3Ftip_processo_trt%3DRO%26ano_processo_trt%3D2011%26num_processo_trt%3D2657%26num_processo_vot_o%3D251154%26dta_publicacao%3D02/03/2012%26dta_julgamento%3D15/02/2012%26embargo%3D%26tipo_publicacao%3DDEJT+in+dubio+pro+misero+onus+da+prova+&access=p&output=xml_no_dtd&client=default_frontend&proxystylesheet=metas>. Acesso em: 02/10/2013.

¹⁰⁶ LEITE, op. cit., p. 602

Entre os artigos 818 e 830 da CLT estão as regras referentes à prova no processo do trabalho. Vejamos algumas peculiaridades a seguir.

O artigo 818 da CLT, o único dispositivo celetista a falar de ônus da prova especificamente, preceitua no diz que o dever de provar as alegações incumbe a parte que trazer as alegações a juízo. Fato modificativo pode ser algo que demonstre que o trabalhador faltou algumas vezes ao serviço e por isso deve ter seus dias de férias reduzidos. Quanto ao fato impeditivo, pode-se citar, por exemplo, a hipótese de haver um óbice à equiparação salarial pela falta de preenchimento do requisito de mesma localidade com o empregado paradigma. Por fim, os extintivos, como o próprio nome sugere, são os que fazem o direito desaparecer¹⁰⁷.

Em relação aos meios de prova, além daqueles comumente usados no processo comum, há aqueles que têm uma maior aplicação no Direito Processual do Trabalho.

Um dos mais importantes é o depoimento pessoal das partes. O artigo 848, *caput*, da CLT dispõe, *in verbis*: “terminada a defesa, seguir-se-á a instrução do processo, podendo o presidente, *ex officio* ou a requerimento de qualquer juiz temporário, interrogar os litigantes”. Entretanto, há quem diga que não há possibilidade das partes requererem o depoimento pessoal da outra, afastando dessa forma o artigo 343 do CPC. Doutra lado, outra parte da doutrina aduz que o artigo 848 da CLT citado acima deve ser interpretado juntamente com o artigo 820 do mesmo diploma legal, fazendo que o termo “interrogar” se equivalha ao termo “inquirir”¹⁰⁸.

De qualquer modo, o depoimento pessoal consiste na declaração prestada por uma das partes perante o magistrado sobre pelo aquilo que se está litigando. Não tem a finalidade apenas de obter a confissão, mas principalmente esclarecer o juiz sobre os fatos e as demais provas que possam nortear o processo¹⁰⁹. Frise-se ainda que a CLT adotou o termo “interrogatório” e não “depoimento pessoal”, o que faz pensar que apenas o juiz tem legitimidade para tanto. Contudo, como dito anteriormente, apesar da dicção da CLT, o entendimento jurisprudencial predominante é no sentido de que a CLT não adota o sistema de “interrogatório” exclusivamente como sendo faculdade do juiz, até porque o juiz, ao interrogar uma das partes, tem interesse maior na obtenção da verdade real, podendo esta vir

¹⁰⁷ ALMEIDA, Andre Luiz Paes de. *CLT e Súmulas Comentadas*. São Paulo:Riedeel, 2012 op. cit., p.284.

¹⁰⁸ LEITE, op. cit. p. 621.

¹⁰⁹ MARTINS, op. cit. p. 322.

juntamente com uma confissão de um dos litigantes. A despeito disso, importante dizer também que não ouvir o reclamado ou o reclamante quando há requerimento de um dos dois implicaria cerceamento de defesa na hipótese de falta de outras provas suficientes para o convencimento do magistrado¹¹⁰. Veja-se entendimento do TRT da 9ª Região:

“CERCEAMENTO DE DEFESA - INDEFERIMENTO DO DEPOIMENTO DA PARTE AUTORA - O depoimento dos litigantes constitui meio de se obter a confissão real acerca dos fatos controvertidos. Por isso, mesmo a parte ausente à audiência de instrução pode requerer naquela ocasião, através de seu procurador, o interrogatório da parte presente, pois a confissão real sobrepõe-se à confissão ficta. Não se trata, assim, de mera faculdade do Juiz colher os depoimentos das partes, se o interrogatório é requerido por alguma delas. O seu indeferimento constitui cerceamento de defesa.¹¹¹”.

Vale ressaltar também entendimento do TRT da 23ª Região no mesmo sentido:

“DEPOIMENTO PESSOAL DA PARTE CONTRÁRIA. INDEFERIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. CONFIGURAÇÃO. NULIDADE. O art. 848 da CLT alude a interrogatório dos litigantes, o que, em uma leitura apressada poderia levar à conclusão de que se trata de faculdade do juiz. Contudo, tal dispositivo deve ser interpretado sistematicamente com o art. 820 do mesmo texto legal, de onde se extrai que qualquer das partes poderá ser inquirida a pedido da outra. Assim, o indeferimento do pleito de colheita do depoimento pessoal da parte, quando requerida pelo adversário, consubstancia-se em cerceio de defesa, o que eiva de nulidade o processo sob análise. Apelo do autor provido.¹¹²”.

¹¹⁰ Ob. Loc. Cit.

¹¹¹ BRASIL, TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 9ª REGIÃO. RECURSO ORDINÁRIO. CERCEAMENTO DE DEFESA - INDEFERIMENTO DO DEPOIMENTO DA PARTE AUTORA - O depoimento dos litigantes constitui meio de se obter a confissão real acerca dos fatos controvertidos. Por isso, mesmo a parte ausente à audiência de instrução pode requerer naquela ocasião, através de seu procurador, o interrogatório da parte presente, pois a confissão real sobrepõe-se à confissão ficta. Não se trata, assim, de mera faculdade do Juiz colher os depoimentos das partes, se o interrogatório é requerido por alguma delas. O seu indeferimento constitui cerceamento de defesa. *PR 15889-2006-8-9-0-5*, Relator: SÉRGIO MURILO RODRIGUES LEMOS, 4ª. Turma. Data de Publicação: 19/08/2008. Disponível em: <<http://trt-9.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18961073/1588920068905-pr-15889-2006-8-9-0-5-trt-9>> Acesso em: 01/10/2013.

¹¹² BRASIL, TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 23ª REGIÃO. RECURSO ORDINÁRIO. DEPOIMENTO PESSOAL DA PARTE CONTRÁRIA. INDEFERIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. CONFIGURAÇÃO. NULIDADE. O art. 848 da CLT alude a interrogatório dos litigantes, o que, em uma leitura apressada poderia levar à conclusão de que se trata de faculdade do juiz. Contudo, tal dispositivo deve ser interpretado sistematicamente com o art. 820 do mesmo texto legal, de onde se extrai que qualquer das partes poderá ser inquirida a pedido da outra. Assim, o indeferimento do pleito de colheita do depoimento pessoal da parte, quando requerida pelo adversário, consubstancia-se em cerceio de defesa, o que eiva de nulidade o processo sob análise. Apelo do autor provido. *RO: 1447201000123007 MT 01447.2010.001.23.00-7*, Relator: DESEMBARGADORA BEATRIZ THEODORO, Data de Julgamento: 11/04/2012, 2ª Turma, Data de Publicação: 18/04/2012. Disponível em: <<http://trt-23.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21586451/recurso-ordinario-trabalhista-ro-1447201000123007-mt-0144720100012300-7-trt-23>> Acesso em: 03/10/2013.

O depoimento pessoal pode dar ensejo à confissão. Ela pode ser real e ficta, sendo importante diferenciar uma da outra.

A confissão real se configura como uma presunção absoluta, não havendo a possibilidade de prova em contrário, salvo nos casos de erro essencial na confissão. Ademais, tal fato se dá pela força que tem a confissão obtida através de seu próprio depoimento ou feita por seu advogado com poderes especiais para praticar o ato. Ressalte-se ainda que a confissão real é indivisível, ou seja, não pode ser tomada apenas por partes e o juiz tem o dever de acatá-la por completo. Noutra giro, tem-se que a confissão ficta goza de presunção relativa, sendo admitida no processo até que se prove o contrário daquilo que fora concebido pela confissão ficta. Esta última é configurada quando a parte não comparece à audiência ou há a recusa para responder os quesitos formulados pelo juiz, quando não exhibir os documentos (art. 359 CPC) e quando não houver contestação (art. 844 CLT e art. 302 do CPC). Porém, há casos em que a confissão ficta configurada pela ausência da parte pode ser afastada por causa de algum outro tipo de prova pré-constituída nos autos¹¹³.

Apesar do artigo 844 da CLT ser omissivo quanto à aplicação da pena de confissão ficta contra o empregado, o entendimento que se tem é de que a regra vale tanto para o reclamante quanto para o reclamado. A aplicação se justifica pelo princípio da igualdade processual entre as partes¹¹⁴. Veja-se que a Súmula 74 do TST fala de “parte” e não se refere especificamente se reclamado ou reclamante:

“Pena de Confissão Trabalhista - Comunicação - Prova - Cerceamento de Defesa

I - Aplica-se a pena de confissão à parte que, expressamente intimada com aquela comunicação, não comparecer à audiência em prosseguimento, na qual deveria depor. (ex-Súmula nº 74 - RA 69/1978, DJ 26.09.1978)

II - A prova pré-constituída nos autos pode ser levada em conta para confronto com a confissão ficta (art. 400, I, CPC), não implicando cerceamento de defesa o indeferimento de provas posteriores.”

Após esse breve contato com o depoimento pessoal e a confissão, cabe estudar outros tipos de prova comumente utilizados no Direito Processual do Trabalho.

A CLT não se preocupou muito especificamente com a prova documental, apesar de sua extrema relevância. Alguns artigos referem-se à essa modalidade de prova. São precisamente os artigos 777, 780, 787 e 830. Dessa forma entende-se que o CPC pode ter

¹¹³ LEITE. op. cit., p.624.

¹¹⁴ MARTINS, op. cit. p. 327.

aplicação subsidiária conquanto as regras não infrinjam as normas contidas nos artigos acima apontados, bem como não enseje ferimento aos princípios e peculiaridades do Direito Processual do Trabalho¹¹⁵. Na seara recursal, só se admite a juntada de documentos como exceção, devendo a parte contrária, em caso de aceitação do documento, se pronunciar a respeito do mesmo. Caso contrário estará configurada afronta ao princípio do contraditório e da ampla defesa. Quanto à autenticidade dos documentos, a OJ 36 da SBDI-1 do TST já esclareceu de vez a questão no sentido de que o próprio advogado pode dar autenticidade ao documento por ele apresentado sob sua inteira responsabilidade, sujeito inclusive às sanções civis, criminais, administrativas e éticas no caso de utilização ilegal dos meios. Apenas o advogado goza da prerrogativa de declarar autenticidade ao documento, não se aplicando aos casos de *jus postulandi* na Justiça do Trabalho, nos termos do art. 830 da CLT¹¹⁶.

Há situações no Direito do Trabalho que exigem a prova documental. Por exemplo: a comprovação de pagamento dos salários, os acordos para a prorrogação da jornada de trabalho, o pagamento de férias e da licença à gestante, entre outros¹¹⁷.

No que tange à prova testemunhal, peculiaridades também norteiam o campo do Direito Processual do Trabalho, como se verá doravante.

A testemunha muitas vezes é a única prova que o reclamante tem para provar seu direito. Isso ocorre com bastante frequência na seara trabalhista tendo em vista que o obreiro na maioria das vezes não tem acesso aos documentos da empresa ou então estes não refletem exatamente a realidade. Entretanto, a doutrina vê esse tipo de prova como a pior das provas, justamente pelo seu caráter de insegurança e fragilidade seja pela falta de imparcialidade, seja pela falta de conhecimento real do que de fato aconteceu¹¹⁸. Nos termos do artigo 829 da CLT, não poderá ser testemunha aquele que for parente até o terceiro grau, amigo ou inimigo da parte, tendo seu depoimento desconsiderado como prova e, quando muito, considerado como mera informação. Outrossim, bem observado o fato de que não ganha o processo quem tem mais testemunhas e sim aquele que tem aquela com mais qualidade, mesmo sendo apenas uma. De qualquer forma, ao contrário do processo civil, que oferece até dez testemunhas, no processo do trabalho o número máximo de testemunhas é de três, por cada parte. Isso significa mais celeridade, peculiar no Direito Processual laboral. Há

¹¹⁵ LEITE, op. cit. p. 632.

¹¹⁶ Ob. Loc. Cit.

¹¹⁷ LEITE, op. cit., p. 634.

¹¹⁸ MARTINS, op. cit. p. 337.

a exceção do inquérito para apuração de falta grave, cujo número de testemunhas pode chegar a seis, nos termos do artigo 821 da CLT e também no procedimento sumaríssimo onde são ouvidas apenas duas testemunhas¹¹⁹.

Caso haja algum fato que prejudique a atuação da pessoa como testemunha, a parte contrária pode oferecer a chamada contradita. O momento processual é antes de a testemunha estar compromissada e não após já ter sido feito o procedimento inicial. Pode-se arguir incapacidade, impedimento ou suspeição e o termo correto sempre será contradita. Não se usa o termo interdição, pois este não está em consonância com a Justiça do Trabalho para este fim. Ainda vale salientar que o depoimento de uma testemunha não pode ser ouvido por outros que também irão testemunhar, cabendo ao juiz assegurar que isso não ocorra.¹²⁰

Outro tipo de prova, para fechar essa noção básica no Direito Processual do Trabalho, não menos importante, é a perícia, largamente utilizada no processo como um todo.

Perito nada mais é que aquele que detém conhecimento técnico sobre determinado assunto e que faz o exame dos fatos para os quais o magistrado não possui aptidão para analisar de plano. Há uma noção de perito único desde a Lei 5.584/70, ou seja, antigamente cada parte tinha o poder de indicar seu perito, porém hoje o perito é exclusivamente do juízo e aqueles que forem convocados pelas partes são apenas assistentes técnicos¹²¹. Como se depreende do art. 3º da Lei 5.584/70:

“Os exames periciais serão realizados por perito único designado pelo Juiz, que fixará o prazo para entrega do laudo. Parágrafo único. Permitir-se-á a cada parte a indicação de um assistente, cujo laudo terá que ser apresentado no mesmo prazo assinado para o perito, sob pena de ser desentranhado dos autos.”

A prova pericial pode ser um exame, uma vistoria ou uma avaliação, cabendo ao perito a função de elaborar um laudo técnico que ajude o juiz no seu convencimento. Os peritos devem estar regularmente inscritos no órgão de classe de sua respectiva categoria cuja atuação será a de comprovar a especialidade do *expert*. Quando a natureza da perícia for autenticidade de documentos ou médico-legal, tem-se que há preferência pela escolha de servidores que exerçam cargos técnicos no âmbito da Administração Pública. O perito receberá seus honorários da parte que requereu a prova ou,

¹¹⁹ MARTINS, op.cit. p. 338 a 340.

¹²⁰ Ibidem, p. 342.

¹²¹ MARTINS, op. cit., p. 347.

no caso da prova ter sido requerida por ambas as partes, proceder-se-á o pagamento pela parte sucumbente, nos termos do artigo 790-B da CLT. Caso o juiz ainda esteja em dúvida mesmo após a realização da perícia, pode determinar de ofício a realização de uma nova perícia de acordo com o artigo 437 do CPC, que tem aplicação também no Direito Processual do Trabalho¹²².

Ressalte-se ainda que há entendimento doutrinário no qual se admite a prova pericial emprestada, sendo esta qualificada como aquela produzida em outro processo. Uns sustentam ser válido esse tipo de prova por estar em conformidade com o princípio da tutela jurisdicional; por outro lado, há quem defenda a não aplicação por causa da violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa. A jurisprudência não é uníssona¹²³.

3.3. Ônus e inversão da prova no processo do trabalho

Como dito em linhas anteriores, o ônus da prova é tratado especificamente apenas no artigo 818 da CLT, *in verbis*: “a prova das alegações incumbe à parte que as fizer”.

À guisa de curiosidade, o dispositivo citado acima é o mesmo que foi introduzido no Código de Direito Canônico de janeiro de 1983, promulgado pelo Papa João Paulo II, que dispunha *onus probandi incumbit ei qui asserit*¹²⁴. Ademais, o ônus da prova expresso na CLT contém uma redação bastante simples que é vista por alguns doutrinadores como uma norma lacônica, por não especificar pormenorizadamente outros requisitos do ônus da prova. Dessa feita, há entendimento de que o artigo 333 da CPC não deve ser aplicado no Processo do Trabalho, tendo em vista a redação do artigo 818 da CLT e a falta de omissão que é um dos requisitos do artigo 769 da CLT para aplicação subsidiária. Por outro lado, há entendimento majoritário no sentido de que não há incompatibilidade nem colisão frontal entre os dois dispositivos, podendo o artigo 333 do CPC ser aplicado de forma subsidiária sem prejuízos. Há quem diga ainda que ambos os dispositivos tratam da mesma coisa, sendo que o artigo 818 da CLT está contido no artigo 333 do CPC. Fato é que não se pode deixar de

¹²² LEITE, op. cit. p. 639 a 646

¹²³ Ob. Loc. Cit.

¹²⁴ DE PAULA, Carlos Alberto Reis, *A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho*, 2ª ed. São Paulo: Ltr, 2010. P. 109.

observar que o ônus da prova no processo do trabalho se respalda no princípio de igualdade entre as partes¹²⁵.

No Direito Processual do Trabalho nem sempre se consegue esclarecer a verdade real. Destarte, também é possível a obtenção da verdade formal, sempre atento às regras do ônus da prova previsto em lei¹²⁶.

Para demonstrar isso, vale salientar algumas súmulas em que o TST se manifesta acerca do ônus da prova: a) Súmula 16: “presume-se recebida a notificação 48 horas depois de sua postagem. O seu não recebimento ou a entrega após o decurso desse prazo constitui ônus da prova do destinatário”; b) Súmula 6, VIII: “é do empregador o ônus da prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial”; c) Súmula 212: “o ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado”.

Através da mitigação da rigidez dos artigos 818 da CLT e 333 do CPC, tem-se admitido sem maiores problemas o instituto da inversão do ônus da prova no Processo do Trabalho. Como se depreende do entendimento do seguinte julgado do TST:

“PRELIMINAR DE NULIDADE DO ACÓRDÃO REGIONAL POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. Não há falar em negativa de prestação jurisdicional, neste caso, haja vista que todas as questões tidas por omissas pela recorrente foram suficientemente esclarecidas, o que afasta a alegada violação dos artigos 458, inciso II, do CPC e 832 da CLT. Recurso de revista não conhecido. REEMBOLSO DE PASSAGENS UTILIZADAS PELO RECLAMANTE NO DESLOCAMENTO DO SEU DOMICÍLIO ATÉ O LOCAL DE TRABALHO SITUADO EM OUTRO ESTADO DA FEDERAÇÃO. Na hipótese, o Regional, valendo-se do princípio da aptidão da prova, asseverou que incumbia à reclamada demonstrar que, de fato, era ela quem comprava os bilhetes de passagens rodoviárias utilizadas pelo empregado para deslocamento do seu domicílio até o local de trabalho, situado em outro estado da federação. No entanto, segundo a Corte de origem, a reclamada, desse ônus, não se desincumbiu. Do exposto, não se constata nenhuma ofensa à regra de distribuição do ônus da prova, já que o artigo 333, inciso II, do CPC preceitua que à parte ré incumbe a prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Da mesma forma, o artigo 818 da CLT determina que -a prova das alegações incumbe a quem as fizer-, de modo que cabia à reclamada provar que de fato era ela quem adquiria as passagens rodoviárias utilizadas pelo empregado. Não tendo se

¹²⁵ Ob. Loc. Cit.

¹²⁶ MARTINS, op. cit. p. 319.

desincumbido desse ônus, não há falar em ofensa aos artigos 333, inciso I, do CPC e 818 da CLT. [...]”¹²⁷

A explicação para a aplicação do princípio da aptidão para a prova se justifica pelo fato de o trabalhador também possuir o caráter de hipossuficiência na relação de trabalho, que em geral se configura em face da fragilidade econômica do obreiro.

Além disso, o artigo 852-D da CLT é claro ao estabelecer a liberdade do juiz para determinar as provas a serem produzidas, sempre considerando o ônus probatório de cada uma das partes. Apesar do artigo 852-D da CLT se referir ao procedimento sumaríssimo, tem-se que o simples procedimento não pode obstar a busca da verdade real, sendo, assim,

¹²⁷BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. RECURSO DE REVISTA. PRELIMINAR DE NULIDADE DO ACÓRDÃO REGIONAL POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. Não há falar em negativa de prestação jurisdicional, neste caso, haja vista que todas as questões tidas por omissas pela recorrente foram suficientemente esclarecidas, o que afasta a alegada violação dos artigos 458, inciso II, do CPC e 832 da CLT. Recurso de revista não conhecido. REEMBOLSO DE PASSAGENS UTILIZADAS PELO RECLAMANTE NO DESLOCAMENTO DO SEU DOMICÍLIO ATÉ O LOCAL DE TRABALHO SITUADO EM OUTRO ESTADO DA FEDERAÇÃO. Na hipótese, o Regional, valendo-se do princípio da aptidão da prova, asseverou que incumbia à reclamada demonstrar que, de fato, era ela quem comprava os bilhetes de passagens rodoviárias utilizadas pelo empregado para deslocamento do seu domicílio até o local de trabalho, situado em outro estado da federação. No entanto, segundo a Corte de origem, a reclamada, desse ônus, não se desincumbiu. Do exposto, não se constata nenhuma ofensa à regra de distribuição do ônus da prova, já que o artigo 333, inciso II, do CPC preceitua que à parte ré incumbe a prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Da mesma forma, o artigo 818 da CLT determina que -a prova das alegações incumbe a quem as fizer-, de modo que cabia à reclamada provar que de fato era ela quem adquiria as passagens rodoviárias utilizadas pelo empregado. Não tendo se desincumbido desse ônus, não há falar em ofensa aos artigos 333, inciso I, do CPC e 818 da CLT. Nesse contexto, correta, no caso destes autos, a aplicação do princípio da aptidão da prova com a inversão do ônus em favor do trabalhador hipossuficiente, como decidido na origem, ainda mais quando se está diante de reclamatória ajuizada pelo espólio. Afasta-se, portanto, a alegada ofensa aos artigos 333, inciso I, do CPC e 818 da CLT. Recurso de revista não conhecido. SEGURO DE VIDA EM GRUPO PREVISTO EM NORMA COLETIVA. NÃO INCLUSÃO DO EMPREGADO FALECIDO. INDENIZAÇÃO. A controvérsia a respeito da obrigação da reclamada de pagar indenização ao espólio, em razão da não inclusão do empregado falecido no seguro de vida em grupo previsto em norma coletiva, não se resolve à luz do artigo 113 do Código Civil. Não se trata, neste caso, de regra de interpretação de um negócio jurídico celebrado, mas de inobservância de cláusula normativa que, ao obrigar a empresa a custear e manter seguro de vida em grupo aos seus empregados criou, ao mesmo tempo, o direito do trabalhador de ser inserido nesse benefício. Está-se diante, pois, de uma obrigação trabalhista inadimplida pela empregadora, ora recorrente, de modo que a invocação do artigo 113 do Código Civil é impertinente. Por outro lado, a invocação genérica de violação do artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988, em regra, como ocorre neste caso, não é suficiente para autorizar o conhecimento deste recurso com base na previsão da alínea c do artigo 896 da CLT, na medida em que, para sua constatação, seria necessário concluir, previamente, ter ocorrido ofensa a preceito infraconstitucional. Recurso de revista não conhecido. MULTA DO ARTIGO 475-J DO CPC. INAPLICABILIDADE AO PROCESSO DO TRABALHO. Esta Corte, com ressalva de entendimento do Relator, tem decidido pela inaplicabilidade do artigo 475-J do CPC ao processo do trabalho, ante a ausência de omissão legislativa na CLT, porquanto os artigos 880 e 883 da CLT, que regulam o procedimento referente ao início da fase executória do julgado, não preveem a cominação de multa pelo não pagamento espontâneo das verbas decorrentes da condenação judicial. Recurso de revista conhecido e provido. - RR:110500-06.2007.5.20.0003, Relator: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 21/08/2013, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 30/08/2013. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24056147/recurso-de-revista-rr-1105000620075200003-110500-0620075200003-tst>>. Acesso em: 01/10/2013.

prudente fazer uma interpretação um pouco mais extensiva e abranger tanto o procedimento sumário quanto o ordinário também.¹²⁸

3.4. Ônus da prova nos contrato de terceirização com a Administração Pública

A problemática principal se caracteriza justamente pelo ônus da prova e a terceirização no âmbito da Administração Pública. Vistos tanto aspectos da terceirização como também conceitos e regras do ônus da prova, fica aberto o caminho para analisar o grande embate que até hoje persiste na jurisprudência pátria. O fenômeno da terceirização é algo muito latente nos debates jurídicos atuais, sobretudo quando se trata de Administração Pública. A responsabilidade subsidiária do ente público em face de sua inadimplência por crédito trabalhista já foi alvo de Ação direta de constitucionalidade que gerou extensa discussão no STF, como visto em linhas anteriores.

Aprofundando mais o assunto, surge a seguinte indagação: se de fato a Administração Pública pode ser responsabilizada pelas irregularidades nos contratos de terceirização mediante culpa, a quem incumbe provar esse fato?

A Súmula 331 do TST, tratada no primeiro capítulo, passou a conter a necessidade de verificação da conduta culposa da Administração Pública no tocante ao cumprimento das regras da Lei nº 8.666/93, sobretudo fiscalizando o cumprimento das obrigações legais e contratuais da tomadora de serviços¹²⁹.

Vale lembrar que o STF, no julgamento da ADC 16, afastou a responsabilidade objetiva do ente público pela simples inadimplência da empresa tomadora de serviço. Ao mesmo tempo, passou a exigir a presença da culpa *in vigilando*¹³⁰, ou seja, responsabilidade subsidiária apenas na hipótese de constatação de falha ao fiscalizar o cumprimento das obrigação do contrato de trabalho.

A partir da mitigação da responsabilidade subsidiária mitigada pela decisão do STF e do novo teor da Súmula 331 do TST, não ficou claro de quem é o dever de demonstrar que a Administração Pública teve culpa.

¹²⁸ LEITE, op. cit. p. 616.

¹²⁹ SULZBACH, op. cit. p. 728.

¹³⁰ DELGADO, op. cit. p. 458.

No âmbito do TST, subsiste uma divergência turmária quanto ao assunto do ônus da prova diante dos contratos de terceirização da Administração Pública¹³¹.

A 4ª Turma do TST vem decidindo no sentido de que o obreiro tem o ônus de provar a falta de fiscalização da administração pública para ensejar a responsabilidade subsidiária, veja-se:

“[...] Esse, aliás, foi o entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal que, em recente decisão (ADC 16 - 24/11/2010), ao declarar a constitucionalidade do art. 71, § 1.º, da Lei n.º 8.666/93, asseverou que a constatação da culpa *in vigilando*, isto é, a omissão culposa da Administração Pública em relação à fiscalização quanto ao cumprimento dos encargos sociais gera a responsabilidade do ente contratante. Assim, para compatibilizar o teor da Súmula n.º 331, IV/TST, ao recente balizamento dado à matéria pelo STF, é imperativo que a aplicação do posicionamento jurisprudencial desta Corte (Súmula n.º 331, IV), para a imposição de responsabilidade subsidiária à Administração Pública, passe primeiramente pelo crivo da comprovação de que o ente público tenha, efetivamente, agido de forma omissiva quando da fiscalização do cumprimento das referidas obrigações, permitindo que danos sejam causados aos empregados da empresa contratada. Tal conduta deve estar demonstrada nos autos, repita-se, porquanto não há de se cogitar de imposição de responsabilidade objetiva à Administração Pública com espeque no art. 37, § 6.º, da Carta Magna. Ora, não havendo comprovação da inobservância do dever de acompanhar e fiscalizar a execução dos contratos promovidos com a empresa prestadora de serviços (arts. 58, III, 67 e 70 da Lei n.º 8.666/93), não há de se falar em negligência ou responsabilidade subsidiária da Administração Pública. Dentro de tal contexto, insuficientes os argumentos decisórios eleitos pelo Regional fundados, tão somente, na existência de prestação de serviços do Reclamante para o Estado do Espírito Santo. Desse modo, não comprovada a culpa *in vigilando* da entidade pública, a pretensão recursal esbarra no óbice do art. 71, § 1.º, da Lei n.º 8.666/93, que expressamente estabelece que a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento [...]¹³²”

¹³¹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. A(ir)responsabilidade da administração pública nas terceirizações diante da ADC 16 e da nova redação da Súmula 331 do TST, *Revista dos Tribunais*, ano 101, vol.917, março/2012. P. 401

¹³² BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. RECURSO DE REVISTA. RECURSO DE REVISTA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO (2.º RECLAMADO). RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ENTE PÚBLICO. CULPA -IN VIGILANDO- NÃO COMPROVADA. APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 71, § 1.º, DA LEI N.º 8.666/93. O Supremo Tribunal Federal em recente decisão (ADC 16 - 24/11/2010), ao declarar a constitucionalidade do art. 71, § 1.º, da Lei n.º 8.666/93, asseverou que a constatação da culpa *in vigilando*, isto é, a omissão culposa da Administração Pública em relação à fiscalização quanto ao cumprimento dos encargos sociais, gera a responsabilidade da entidade contratante. Ora, não havendo comprovação da inobservância do dever de acompanhar e fiscalizar a execução dos contratos promovidos com a empresa prestadora de serviços (arts. 58, III, 67 e 70 da Lei n.º 8.666/93), não há de se falar em negligência ou responsabilidade subsidiária da Administração Pública. Recurso de Revista conhecido e provido. RECURSO DE REVISTA DOS RECLAMANTES. MULTA PREVISTA NO ART. 477, § 8.º, DA CLT. CONTROVÉRSIA SOBRE O VÍNCULO DE EMPREGO. AUSÊNCIA DE CULPA DO EMPREGADOR PELO ATRASO NA QUITAÇÃO DAS VERBAS RESCISÓRIAS. INDEVIDO O

Diante desse trecho, fica evidente que a demonstração da culpa cabe ao empregado, sendo considerado que a culpa *in vigilando* deverá ser demonstrada por aquele que argui tal premissa na demanda. Não havendo a comprovação que a Administração foi omissa e negligente ao fiscalizar a prestação de serviço, não há que se falar em responsabilidade subsidiária. Dessa forma, poderia se perguntar: De que forma o trabalhador, na medida de suas limitações, poderia provar que a o Ente Público teve culpa?

Em julgado do TRT da 10ª Região ficou constatado que certas situações já são provas suficientes da culpa do ente público, como a comprovação de que o FGTS não foi recolhido corretamente. Veja-se trecho do voto da Desembargadora Cilene Ferreira Amaro Santos:

“Verifica-se nos presentes autos que o recorrente não recebeu os reajustes salariais dos últimos dois anos do contrato de trabalho, o que teve reflexos em todas as verbas salariais e rescisórias, além do FGTS e da indenização de 40%. O fato de ter havido pagamento das verbas rescisórias se mostra incapaz de afastar as diferenças salariais do pacto. Além disso, **o FGTS sobre os salários pagos também não foram recolhidos de forma correta**, tanto que em embargos declaratórios foi deferida a diferença respectiva. Como se vê, a fiscalização não foi suficiente para o cumprimento das obrigações trabalhistas mínimas, qual seja, pagamento do salário previsto na convenção coletiva, evidenciando a compactuação da tomadora com os

PAGAMENTO. O art. 477 da CLT, ao prever, em seu § 8.º, o pagamento de multa quando não observados os prazos fixados no seu § 6.º para quitação das parcelas de cunho rescisório, não contempla a situação em que o reconhecimento do débito ocorreu por intermédio do pronunciamento jurisdicional. A controvérsia estabelecida acerca da existência de vínculo de emprego e o conseqüente acolhimento do pleito de pagamento de verbas rescisórias afastam o reconhecimento do atraso discutido no texto legal. Decisão regional em conformidade com tal entendimento deve ser mantida. Revista parcialmente conhecida e desprovida. RECURSO DE REVISTA DA FUNDAÇÃO CENTROLESTE (1.ª RECLAMADA). IMPOSTO DE RENDA E DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS. RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DO EMPREGADOR PELO PAGAMENTO. FORMA DE CÁLCULO. APLICAÇÃO DA SÚMULA 368 DO TST. PROVIMENTO. Considerando a condição do empregador de mero interveniente da relação jurídica tributária - visto que apenas efetua os descontos e os repassa ao Fisco -, resulta descabida a possibilidade de ser responsabilizado de forma exclusiva pelo pagamento da verba. Isso porque a questão da incidência do imposto de renda sobre os rendimentos pagos em cumprimento de decisão judicial não se decide pelo ângulo da responsabilidade civil do empregador, mas sim pela constatação de ter o art. 46 da Lei n.º 8.541/92 determinado que a retenção ocorra no momento em que, por qualquer forma, o rendimento se torne disponível para o beneficiário. Em se tratando de descontos previdenciários, o critério de apuração encontra-se disciplinado pelo art. 276, § 4.º, do Decreto 3.048/99, que regulamentou a Lei n.º 8.212/91 e determinou que a contribuição do empregado, no caso de ações trabalhistas, seja calculada mês a mês, aplicando-se as alíquotas previstas no art. 198, observado o limite máximo do salário de contribuição. Aplicação da Súmula n.º 368 desta Corte. Revista provida, no particular. RR - 68700-52.2002.5.17.0004. Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 30/03/2011, 4ª Turma, Data de Publicação: 08/04/2011. Disponível em: <
[51](http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%2068700-52.2002.5.17.0004&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAAL2HAAV&dataPublicacao=08/04/2011&query=> Acesso em 10/09/2013.</p></div><div data-bbox=)

inadimplementos da prestadora. Não se está presumindo a culpa, mas constatando-a em todos os seus termos¹³³ (grifou-se)

Em relação ao entendimento da 4ª Turma do TST, há posicionamento diametralmente oposto. A 2ª Turma do TST vem reconhecendo que o ônus de provar se houve fiscalização ou não é da própria Administração Pública, tendo em vista que esta deve juntar todos os documentos necessários para demonstrar que exerceu a fiscalização, veja-se o julgado abaixo:

“[...] conforme ficou decidido pelo Supremo Tribunal Federal, com eficácia contra todos e efeito vinculante (art. 102, § 2º, da Constituição Federal), ao julgar a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16-DF, é constitucional o art. 71, § 1º, da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93), na redação que lhe deu o art. 4º da Lei nº 9.032/95, com a consequência de que o mero inadimplemento de obrigações trabalhistas causado pelo empregador de trabalhadores terceirizados, contratados pela Administração Pública, após regular licitação, para lhe prestar serviços de natureza contínua, não acarreta a esta última, de forma automática e em qualquer hipótese, sua responsabilidade principal e contratual pela satisfação daqueles direitos. No entanto, segundo também expressamente decidido naquela mesma sessão de julgamento pelo STF, isso não significa que, em determinado caso concreto, com base nos elementos fático-probatórios delineados nos autos e em decorrência da interpretação sistemática daquele preceito legal em combinação com outras normas infraconstitucionais igualmente aplicáveis à controvérsia (especialmente os arts. 54, § 1º, 55, inciso XIII, 58, inciso III, 66, 67, *caput* e seu § 1º, 77 e 78 da mesma Lei nº 8.666/93 e os arts. 186 e 927 do Código Civil, todos subsidiariamente aplicáveis no âmbito trabalhista por força do parágrafo único do art. 8º da CLT), não se possa identificar a presença de culpa *in vigilando* na conduta omissiva do ente público contratante, ao não se desincumbir satisfatoriamente de seu ônus de comprovar ter fiscalizado o cabal cumprimento, pelo empregador, daquelas

¹³³ BRASIL, TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 10ª REGIÃO. MULTA DO ART. 477, § 8º, DA CLT. Constatado o pagamento das verbas rescisórias fora do prazo legal é devida a multa do art. 477, § 8º, da CLT. O prazo para cobrança dos créditos oriundos do contrato de trabalho é constitucionalmente previsto e, uma vez obedecido pelo autor, não autoriza a criação de prazo extralegal para o pleito da penalidade em questão. Assim sendo defere-se a penalidade em epígrafe. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA. DÉBITOS TRABALHISTAS. A responsabilização da administração pública pode ser objetiva ou subjetiva. O Supremo Tribunal Federal, na ADC 16, afirmou a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, afastou a responsabilização objetiva, mas deixou clara a possibilidade de responsabilização subjetiva. Emergindo claramente dos autos os elementos que caracterizam a responsabilidade subjetiva da tomadora, ela responde subsidiariamente pela condenação imposta à prestadora de serviços. DÉBITOS TRABALHISTAS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA FAZENDA PÚBLICA. JUROS DE MORA. Nos termos do art. 5º da Lei 11.960/2009, à Fazenda Pública são aplicados os juros das cadernetas de poupança, o que deve ser obedecido em caso de direcionamento da execução ao devedor subsidiário. Recurso conhecido e provido. 01176-2012-014-10-00-9 RO. Relatora: Desembargadora Cilene Ferreira Amaro Santos. 3ª Turma. Data de julgamento: 25/09/2013. Publicado em 04/10/2013. Disponível em: <http://www.trt10.jus.br/search?q=cache:www.trt10.jus.br/consweb_gsa/gsa_segunda_instancia.php%3Ftip_processo_trt%3DRO%26ano_processo_trt%3D2013%26num_processo_trt%3D6929%26num_processo_voto%3D355047%26dta_publicacao%3D04/10/2013%26dta_julgamento%3D25/09/2013%26embargo%3D%26tipo_publicacao%3DDEJT+culpa+in+vigilando+demonstrada+nos+autos&access=p&output=xml_no_dtd&client=default_frontend&proxystylesheet=metas> Acesso em: 06/10/2013.

obrigações trabalhistas (fato que deve estar expressamente registrado na decisão regional), como estabelecem aquelas normas da Lei de Licitações e também, no âmbito da Administração Pública federal, a Instrução Normativa nº 2/2008 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), alterada por sua Instrução Normativa nº 03/2009. Nesses casos, sem nenhum desrespeito aos efeitos vinculantes da decisão proferida na ADC nº 16-DF e da própria Súmula Vinculante nº 10 do STF, continua perfeitamente possível, à luz das circunstâncias fáticas da causa e do conjunto das normas infraconstitucionais que regem a matéria, que se reconheça a responsabilidade extracontratual, patrimonial ou aquiliana do ente público contratante autorizadora de sua condenação, ainda que de forma subsidiária, a responder pelo adimplemento dos direitos trabalhistas de natureza alimentar dos trabalhadores terceirizados que colocaram sua força de trabalho em seu benefício. Tudo isso acabou de ser consagrado pelo Pleno deste Tribunal Superior do Trabalho, ao revisar sua Súmula nº 331, em sua sessão extraordinária realizada em 24.05.2011 (...), (...) Na hipótese dos autos, constata-se não haver, no acórdão regional, nenhuma referência ao fato de que o ente público demandado praticou os atos de fiscalização do cumprimento, pelo empregador contratado, das obrigações trabalhistas referentes aos trabalhadores terceirizados, o que era de seu exclusivo *onus probandi* e é suficiente, por si só, para configurar a presença, no quadro fático delineado nos autos, da conduta omissiva da Administração configuradora de sua culpa *in vigilando*, o que é suficiente para a manutenção da decisão em que se o condenou a responder, de forma subsidiária, pela satisfação das verbas e demais direitos objeto da condenação [...]¹³⁴.

¹³⁴ BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. AGRAVO EM RECURSO DE REVISTA. TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93 E RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ENTE PÚBLICO PELAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS DO EMPREGADOR CONTRATADO. POSSIBILIDADE, EM CASO DE CULPA *IN VIGILANDO* DO ENTE OU ÓRGÃO PÚBLICO CONTRATANTE, NOS TERMOS DA DECISÃO DO STF PROFERIDA NA ADC Nº 16-DF E POR INCIDÊNCIA DOS ARTS. 58, INCISO III, E 67, CAPUT E § 1º, DA MESMA LEI DE LICITAÇÕES E DOS ARTS. 186 E 927, CAPUT, DO CÓDIGO CIVIL. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL E PLENA OBSERVÂNCIA DA SÚMULA VINCULANTE Nº 10 E DA DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADC Nº 16-DF. SÚMULA nº 331, ITENS IV E V, DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Conforme ficou decidido pelo Supremo Tribunal Federal, com eficácia contra todos e efeito vinculante (art. 102, § 2º, da Constituição Federal), ao julgar a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16-DF, é constitucional o art. 71, § 1º, da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93), na redação que lhe deu o art. 4º da Lei nº 9.032/95, com a consequência de que o mero inadimplemento de obrigações trabalhistas causado pelo empregador de trabalhadores terceirizados, contratados pela Administração Pública, após regular licitação, para lhe prestar serviços de natureza contínua, não acarreta a esta última, de forma automática e em qualquer hipótese, sua responsabilidade principal e contratual pela satisfação daqueles direitos. No entanto, segundo também expressamente decidido naquela mesma sessão de julgamento pelo STF, isso não significa que, em determinado caso concreto, com base nos elementos fático-probatórios delineados nos autos e em decorrência da interpretação sistemática daquele preceito legal em combinação com outras normas infraconstitucionais igualmente aplicáveis à controvérsia (especialmente os arts. 54, § 1º, 55, inciso XIII, 58, inciso III, 66, 67, caput e seu § 1º, 77 e 78 da mesma Lei nº 8.666/93 e os arts. 186 e 927 do Código Civil, todos subsidiariamente aplicáveis no âmbito trabalhista por força do parágrafo único do art. 8º da CLT), não se possa identificar a presença de culpa *in vigilando* na conduta omissiva do ente público contratante, ao não se desincumbir satisfatoriamente de seu ônus de comprovar ter fiscalizado o cabal cumprimento, pelo empregador, daquelas obrigações trabalhistas (fato que deve estar expressamente registrado na decisão regional), como estabelecem aquelas normas da Lei de Licitações e também, no âmbito da Administração Pública federal, a Instrução Normativa nº 2/2008 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), alterada por sua Instrução Normativa nº 03/2009. Nesses casos, sem nenhum desrespeito aos

Como visto no capítulo anterior, seria o caso de aplicação do artigo 818 da CLT c/c 333 do CPC no que tange ao ônus ou seria caso de demonstração da prova do fato negativo? Pelo que se depreende dos julgados, há a necessidade de consonância entre os entendimentos, pois tal postura por parte do TST pode dar ensejo a um cenário de insegurança jurídica.

Carlos Henrique Bezerra Leite adota a posição de que o ônus da prova é do empregador, em face do próprio princípio da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho. Ademais, impor a obrigação de provar a culpa da administração ao obreiro seria o mesmo que cercear seu direito de acesso à justiça e aos direitos fundamentais. O trabalhador, como parte hipossuficiente na relação de trabalho, muitas das vezes encontra óbice quanto às provas de seu direito, além da dificuldade de receber aquilo que já foi conquistado judicialmente, atribuir mais um encargo à parte frágil da relação não parece o mais justo a ser feito. Considera-se ainda que a administração deve zelar pelos princípios que regem a

efeitos vinculantes da decisão proferida na ADC nº 16-DF e da própria Súmula Vinculante nº 10 do STF, continua perfeitamente possível, à luz das circunstâncias fáticas da causa e do conjunto das normas infraconstitucionais que regem a matéria, que se reconheça a responsabilidade extracontratual, patrimonial ou aquiliana do ente público contratante autorizadora de sua condenação, ainda que de forma subsidiária, a responder pelo adimplemento dos direitos trabalhistas de natureza alimentar dos trabalhadores terceirizados que colocaram sua força de trabalho em seu benefício. Tudo isso acabou de ser consagrado pelo Pleno deste Tribunal Superior do Trabalho, ao revisar sua Súmula nº 331, em sua sessão extraordinária realizada em 24.05.2011 (decisão publicada no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho de 27.05.2011, f. 14/15), atribuindo nova redação ao seu item IV e inserindo-lhe o novo item V, nos seguintes e expressivos termos: - SÚMULA Nº 331. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE. (...)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 nº 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-. Na hipótese dos autos, constata-se não haver, no acórdão regional, nenhuma referência ao fato de que o ente público demandado praticou os atos de fiscalização do cumprimento, pelo empregador contratado, das obrigações trabalhistas referentes aos trabalhadores terceirizados, o que era de seu exclusivo onus probandi e é suficiente, por si só, para configurar a presença, no quadro fático delineado nos autos, da conduta omissiva da Administração configuradora de sua culpa in vigilando, o que é suficiente para a manutenção da decisão em que se o condenou a responder, de forma subsidiária, pela satisfação das verbas e demais direitos objeto da condenação. Agravo de instrumento desprovido. AIRR - 187200-13.2009.5.21.0007, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta. Data de Julgamento: 09/11/2011, 2ª Turma, Data de Publicação: 18/11/2011. Disponível em: <[54](http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-%20187200-13.2009.5.21.0007&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAADaUAAH&dataPublicacao=18/11/2011&query=> Acesso em: 09/09/2013</p></div><div data-bbox=)

administração pública, sendo plenamente possível que esta tenha melhores condições de demonstrar provas de sua própria fiscalização¹³⁵.

Apesar da divergência turmária narrada anteriormente existe um julgado da SDI-1 do TST no sentido de atribuir ônus da prova à Administração Pública. Isso demonstra que o TST vem adotando uma postura mais protecionista ao trabalhador. Veja-se trecho do voto do Ministro Vieira de Mello Filho em julgamento na SDI-1:

“[...] A Turma manteve a condenação subsidiária do segundo reclamado e rejeitou a apontada violação do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, salientando que, além de não constar, do acórdão regional, nenhuma referência ao fato de que o ente público demandado praticou os atos de fiscalização do cumprimento, pelo empregador contratado, das obrigações trabalhistas referentes aos trabalhadores terceirizados (o que é suficiente, por si só, para configurar a presença, no quadro fático delineado nos autos, da conduta omissiva da Administração configuradora de sua culpa in vigilando), o Tribunal de origem, com base no conjunto probatório, consignou ter havido culpa do ente público, o que igualmente é suficiente para a manutenção da decisão em que se o condenou a responder, de forma subsidiária, pela satisfação das verbas e demais direitos objeto da condenação. Além disso, esclareceu-se que no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16 o excelso Supremo Tribunal Federal decidiu que o § 1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/93 afasta a responsabilidade contratual da Administração Pública pelas obrigações trabalhistas relativas aos empregados do particular que foi selecionado por meio da correspondente licitação, pela simples condição de celebrante daquele contrato administrativo. Ou seja, o ente público jamais poderá ser considerado o devedor principal e automático daqueles trabalhadores. Porém, por força da incidência simultânea e sistemática de outras normas infraconstitucionais igualmente aplicáveis às relações jurídicas decorrentes daquela contratação, será sempre possível apurar, por intermédio do exame dos elementos fático-probatórios constantes de cada processo, a existência de conduta dolosa ou culposa da Administração Pública, até mesmo omissiva, que autorize que lhe seja atribuída responsabilidade subjetiva extracontratual, patrimonial ou aquiliana pelos danos por ela causados.¹³⁶ [...]”

¹³⁵ LEITE, op. cit. p. 403.

¹³⁶ BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. RECURSO DE EMBARGOS - INTERPOSIÇÃO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.496/2007 - APLICAÇÃO DA MULTA DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 538 DO CPC - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL - INESPECIFICIDADE - INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 296 DO TST. Não se conhece de embargos quando os arestos paradigmas mostram-se inespecíficos, pois retratam realidade fática diversa daquela do acórdão recorrido. O primeiro precedente jurisprudencial cotejado parte de premissa fática diametralmente oposta, ao afastar a multa em questão sob o fundamento de que o julgamento dos embargos de declaração acabou por prestar esclarecimentos em torno da matéria jurídica debatida, o que não é o caso dos autos. Já o último precedente cotejado trata do afastamento da pena de litigância de má-fé, enquanto que a decisão ora impugnada impôs à reclamada a multa de que trata o art. 538, parágrafo único, do CPC, decorrente da oposição de embargos de declaração com intuito protelatório. Inteligência da Súmula nº 296 do TST. Recurso de embargos não conhecido. *E-ED-AIRR - 69640-41.2005.5.01.0203*. Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 04/10/2012, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação:

Além do julgado acima colacionado, há outro precedente também da SDI-1 que corrobora o entendimento de que o ônus da prova cabe à Administração Pública e não ao empregado. Vale citar a ementa do acórdão e o trecho do Ministro Carlos Alberto Reis de Paula em julgado da SDI-1:

“BRASIL, TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.496/2007. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ENTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. No julgamento da ADC 16, o Supremo Tribunal Federal, ao declarar a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, ressaltou a possibilidade de a Justiça do Trabalho constatar, no caso concreto, a culpa in vigilando da Administração Pública e, ante isso, atribuir responsabilidade ao ente público pelas obrigações, inclusive trabalhistas, inobservadas pelo contratado. A própria Lei de Licitações impõe à Administração Pública o dever de fiscalizar a execução dos contratos administrativos, conforme se depreende dos artigos 58, III, e 67, § 1º, da Lei nº 8.666/93. Partindo dessas premissas, compete ao ente público, quando pleiteada em juízo sua responsabilização pelos créditos trabalhistas inadimplidos pelo contratado, apresentar as provas necessárias à demonstração de que cumpriu a obrigação prevista em Lei, sob pena de restar caracterizada a culpa in vigilando da Administração Pública, decorrente da omissão quanto ao dever de fiscalização da execução do contrato administrativo. Conforme ficou consignado no acórdão embargado, verificou-se, no caso concreto, a existência de culpa in vigilando. Verifica-se a conduta culposa, por omissão, da Administração Pública (culpa in vigilando), razão pela qual se atribui a responsabilidade subsidiária ao ente público, com fundamento nos artigos 186 e 927, caput, do CC, pelo pagamento dos encargos trabalhistas devidos. Recurso de Embargos não conhecido. *E-ED-RR - 60900-56.2007.5.21.0013*, Relator Ministro: Carlos Alberto Reis de Paula, Data de Julgamento: 27/10/2011, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: 04/11/2011¹³⁷..”

15/10/2012).

Disponível

em:

<[http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlig](http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=E-ED-AIRR%20-%2069640-41.2005.5.01.0203&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAKwTAAQ&dataPublicacao=15/10/2012&query=onus%20and%20da%20and%20prova%20and%20culpa%20and%20in%20and%20vigilando)
[ght=true&numeroFormatado=E-ED-AIRR%20-%2069640-](http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlig)
[41.2005.5.01.0203&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAKwTAAQ&dataPublicacao=15/10/2012&qu](http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlig)
[ery=onus%20and%20da%20and%20prova%20and%20culpa%20and%20in%20and%20vigilando](http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlig)>. Acesso
em 20/09/2013.

¹³⁷ BRASIL, TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.496/2007. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ENTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. No julgamento da ADC 16, o Supremo Tribunal Federal, ao declarar a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, ressaltou a possibilidade de a Justiça do Trabalho constatar, no caso concreto, a culpa in vigilando da Administração Pública e, ante isso, atribuir responsabilidade ao ente público pelas obrigações, inclusive trabalhistas, inobservadas pelo contratado. A própria Lei de Licitações impõe à Administração Pública o dever de fiscalizar a execução dos contratos administrativos, conforme se depreende dos artigos 58, III, e 67, § 1º, da Lei nº 8.666/93. Partindo dessas premissas, compete ao ente público, quando pleiteada em juízo sua responsabilização pelos créditos trabalhistas inadimplidos pelo contratado, apresentar as provas necessárias à demonstração de que cumpriu a obrigação prevista em Lei, sob pena de restar caracterizada a culpa in vigilando da Administração Pública, decorrente da omissão quanto ao dever de fiscalização da execução do contrato administrativo. Conforme ficou consignado no acórdão embargado, verificou-se, no caso concreto, a existência de culpa in vigilando. Verifica-se a conduta culposa, por omissão, da Administração Pública (culpa in vigilando), razão pela qual se atribui a responsabilidade subsidiária ao ente público, com fundamento nos artigos 186 e 927, caput, do CC,

“Partindo dessas premissas, compete ao ente público, quando pleiteada em juízo sua responsabilização pelos créditos trabalhistas inadimplidos pelo contratado, apresentar as provas necessárias à demonstração de que cumpriu a obrigação prevista em lei. Do contrário, ou seja, caso o ente público não se desvencilhe desse encargo processual, na forma dos artigos 818 da CLT e 333, II, do CPC, restará caracterizada a culpa *in vigilando* da Administração Pública, decorrente da omissão quanto ao dever legal de fiscalização da execução do contrato administrativo. Trata-se de hipótese em que o ônus probatório é transferido ao ente público em face do princípio da aptidão para a prova, cuja incidência, no Processo do Trabalho, resulta da maior vulnerabilidade processual e material do trabalhador¹³⁸”

Importante salientar que o princípio da aptidão para a prova, aplicado à Administração Pública, preceitua que a prova deve ser produzida por aquele que tem acesso aos meios necessários para tanto.

Aptidão para a prova se configura através da mitigação dos artigos 818 da CLT e 333 do CPC, já tratados em linhas anteriores. Tal princípio está intimamente ligado com a inversão do ônus da prova, onde o juiz pondera qual parte tem melhor aptidão para trazer em juízo a prova da verdade real¹³⁹.

Assim, levando o princípio para o contexto da Administração Pública, evidente que esta tem mais condições de provar que fiscalizou a prestação de serviço do que o empregado provar que não houve fiscalização. Contudo, como visto anteriormente, os entendimentos ainda divergem e há uma inclinação jurisprudencial no sentido de atribuir o ônus ao ente público.

pelo pagamento dos encargos trabalhistas devidos. Recurso de Embargos não conhecido. *E-ED-RR - 60900-56.2007.5.21.0013*, Relator Ministro: Carlos Alberto Reis de Paula, Data de Julgamento: 27/10/2011, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: 04/11/2011. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=E-ED-RR%20-%2060900-56.2007.5.21.0013&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAAD8TAAM&dataPublicacao=04/11/2011&query=onus%20and%20da%20and%20prova%20and%20culpa%20and%20in%20and%20vigilando>> Acesso em: 01/10/2013.

¹³⁸ Ibidem.

¹³⁹ LEITE, op. cit. p. 75 e 76.

CONCLUSÃO

A terceirização é um fenômeno que cresceu muito desde os anos 60. Após a criação da Súmula 256 do TST e posteriormente da Súmula 331 do TST, teve-se uma maior preocupação em estabelecer limites para aplicação dessa forma de contratação, justamente pelo seu caráter excepcional. Em 2011, a audiência pública realizada pelo TST acerca do tema corroborou a ideia da terceirização como exceção, sempre primando pelos princípios constitucionais do trabalho dentre outros.

A Administração Pública, desde 1967, está presente nos contratos de terceirização, sendo tomadora de serviços das atividades que não sejam as principais. O Decreto-Lei nº 200/67 e a Lei nº 5.645/70 trouxeram a terceirização para o bojo da Administração Pública, sendo aplicada como forma de descentralização das atividades-meio.

A Súmula 331 partiu de uma série de mudanças ao longo de sua existência. Desde a Súmula 256 até o julgamento da ADC 16, o TST alterou seu entendimento diversas vezes, ficando consolidada, em 2011, a responsabilidade subsidiária da Administração nos casos de culpa no dever de fiscalização da prestação de serviço.

A conduta culposa do ente público é justamente no seu dever de fiscalizar as obrigações do contrato, também chamada de culpa *in vigilando*. Ademais, apesar de algumas divergências, este é o entendimento presente no âmbito da jurisprudência. A demonstração de culpa tornou-se requisito indispensável para caracterização da responsabilidade subsidiária.

Num contexto mais diferente, a culpa passou a ser discutida de outra forma. Quem deveria provar que a Administração Pública agiu de forma culposa e omissa na fiscalização da prestação de serviço? Assim surgiu a discussão a respeito do ônus da prova da culpa nos contratos de terceirização com a Administração Pública.

Sabendo primeiramente que o instituto do ônus da prova se trata de algo presente em todos os ramos processuais do ordenamento jurídico pátrio, sua análise faz-se profícua para melhor compreensão de como funciona a sistemática no Processo Cível, Penal e Trabalhista. O ônus diz respeito à vontade da parte de provar aquilo que postula em juízo, não só mera vontade, mas uma imposição de cunho condicional caso a parte queira ver seu direito reconhecido.

Na seara do ônus da prova no Processo do Trabalho, os princípios são fundamentais para o estudo. Vale lembrar o princípio do contraditório e ampla defesa, o princípio da necessidade da prova, o princípio da unidade da prova, o princípio da imediação e da imediatidade e o princípio da lealdade da prova, entre outros não menos importantes.

A prova no Processo do Trabalho possui facetas diferenciadas do Processo Cível. Muitas vezes o depoimento pessoal das partes e a oitiva de testemunhas adquirem grande peso probatório na demanda tendo em vista a impossibilidade de se produzir outras provas. No entanto, a prova pericial e a documental, quando possíveis, também são de grande importância na resolução dos litígios trabalhistas. Ainda no contexto da prova, vale salientar a importância da inversão do ônus da prova. Importada do art. 6º, VIII, do CDC, a inversão do ônus da prova pressupõe fator importante com base no princípio da aptidão para a prova, fundamental também para o estudo dos entendimentos jurisprudenciais acerca do tema principal deste trabalho.

Por derradeiro, a dissonância acerca do ônus da prova da culpa da Administração concentra maior atenção no estudo. Isso porque há entendimento que transfere a obrigação para o obreiro e também entendimento que diz que o ônus é da Administração Pública. Contudo, há precedentes de julgados na SDI-1 que inclinam para o ônus do ente público, com base no princípio da aptidão da prova.

Fato é que o princípio da aptidão para a prova dá esteio ao entendimento majoritário do TST, sendo de suma importância que se leve em conta a condição da Administração Pública para produção da prova de que houve a fiscalização no decorrer da prestação de serviço. Transferir o ônus para o empregado pode parecer injusto numa relação que já é caracterizada pela diferença entre as partes. Dessa forma, a melhor tese é a de que o obreiro deve ter seus direitos protegidos e não cerceados por uma obrigação que poucas vezes terá condição de arcar.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Andre Luiz Paes de. *Direito do Trabalho, material, processual e legislação especial*, São Paulo: Rideel, 2012.
- ALMEIDA, Andre Luiz Paes de. *CLT e Súmulas Comentadas*. São Paulo: Rideel, 2013.
- BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 7ª edição. São Paulo: LTr, 2011.
- BRENER, Jayme. *Retrospectiva do século XX – 1929: a crise que mudou o mundo*. São Paulo: Ática. 1996.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- CARNELUTTI, Francesco. LEONARDO, *Imposição e inversão do ônus da prova*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 5ª edição. Niterói: Impetus, 2011.
- DE PAULA, Carlos Alberto Reis. *A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho*, São Paulo: LTr, 2001.
- DE PAULA, Carlos Alberto Reis, *A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho*, 2ª ed. São Paulo: Ltr, 2010.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 11ª edição. São Paulo: LTr, 2012.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, 5ª edição. São Paulo, Atlas, 2005.
- JUNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil*, 52ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra, *Curso de Direito processual do trabalho*, São Paulo: Ltr, 2012.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. A(ir)responsabilidade da administração pública nas terceirizações diante da ADC 16 e da nova redação da Súmula 331 do TST, *Revista dos Tribunais*, ano 101, vol.917, março/2012.

MARTINS, Sergio Pinto. *A terceirização e o Direito do Trabalho*, 6ª edição. São Paulo: Atlas, 2003.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito Processual do trabalho: doutrina e prática forense; modelos de petições, recursos, sentenças e outros*. 32 ed. São Paulo, Atlas, 2011.

SANTOS, Sandra Aparecida de Sá dos. *A inversão do ônus da prova: como garantia constitucional do devido processo legal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SULZBACH, Livia Deprá Camargo. A responsabilização subsidiária da Administração Pública na terceirização de serviços – princípio da supremacia do interesse público x dignidade da pessoa humana? – repercussão do julgamento da adc n ° 16 pelo STF na súmula 331 do TST. *Revista LTr*, São Paulo, Ano 76, nº 6, junho/2012.

TEIXEIRA FILHO, *Curso de direito processual do trabalho*, vol. II, São Paulo: LTr, 2009.

ZANETI, Paulo Rogério. *Flexibilização das regras sobre o ônus da prova*, São Paulo: Malheiros, 2011.