



Centro Universitário de Brasília

Centro Universitário de Brasília - UniCEUB

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

Curso de Bacharelado em Direito

BRUNO ABRANTES VILAR

**A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA DA DEMONSTRAÇÃO DE CULPA *IN*
VIGILANDO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PARA O EMPREGADO:
EXIGÊNCIA DE PROVA DIABÓLICA QUE INVIABILIZA A CONCRETIZAÇÃO
DOS DIREITOS TRABALHISTAS**

BRASÍLIA

2019

BRUNO ABRANTES VILAR

**A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA DA DEMONSTRAÇÃO DE CULPA *IN*
VIGILANDO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PARA O EMPREGADO:
EXIGÊNCIA DE PROVA DIABÓLICA QUE INVIABILIZA A CONCRETIZAÇÃO
DOS DIREITOS TRABALHISTAS**

Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UnICEUB).

Orientadora: Thaís Maria Riedel de Resende Zuba.

BRASÍLIA

2019

BRUNO ABRANTES VILAR

**A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA DA DEMONSTRAÇÃO DE CULPA *IN*
VIGILANDO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PARA O EMPREGADO:
EXIGÊNCIA DE PROVA DIABÓLICA QUE INVIABILIZA A CONCRETIZAÇÃO
DOS DIREITOS TRABALHISTAS**

Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UnICEUB).

Orientadora: Thaís Maria Riedel de Resende Zuba.

BRASÍLIA, 17 DE ABRIL DE 2019.

BANCA AVALIADORA

Professora Thaís Maria Riedel de Resende Zuba

Professor(a) Avaliador(a)

Resumo

Este artigo científico busca analisar os aspectos mais relevantes acerca da inversão do ônus da prova no âmbito do Direito do Trabalho, considerando a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, recentemente insculpida na CLT, de modo a confrontar com a decisão do STF do tema de Repercussão Geral nº 246, representado pelo RE nº 760.931, em 30/3/2017, que, reformando entendimento prevaiente do TST, entendeu ser do reclamante o ônus de comprovar a culpa *in vigilando* da Administração Pública nos casos em que ela contrata empresas para atingir seus objetivos e essas empresas são alvos de reclamações trabalhistas. Este trabalho, por meio da pesquisa doutrinária e jurisprudencial buscará proporcionar uma crítica à referida decisão do STF, assim como confrontar os principais argumentos da decisão da Suprema Corte. Para tanto, foi escolhida a pesquisa e abordagem qualitativa, quanto aos métodos, o hipotético e o dedutivo. Foi feita uma revisão bibliográfica por meio de visitas a sítios eletrônicos e de plataformas de artigos científicos, assim como livros.

Palavras-chave: Direito do Trabalho. Direito Processual do Trabalho. Direito Processual Civil. Direito Administrativo. Teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. Relação de trabalho. Presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos

Sumário: Introdução; 1 - Conceito e finalidade da prova no direito processual do trabalho. 2 - Ônus da prova. 3 - A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho. 4 - A decisão do STF no RE 760.931, com repercussão geral, que atribui o ônus da prova da culpa *in vigilando* para o reclamante. 5 - Crítica à distribuição do ônus da prova da culpa *in vigilando* do ente público ao empregado. Considerações finais. Referências bibliográficas.

Introdução

O Supremo Tribunal Federal - STF, no dia 30/3/2017, concluiu o julgamento do tema de Repercussão Geral nº 246, representado pelo RE nº 760.931, que discutia a responsabilidade subsidiária da administração pública pelos encargos trabalhistas gerados nos casos de inadimplemento das empresas terceirizadas contratadas, à luz da questão do ônus da prova em relação à culpa *in vigilando* do ente público.

Na ocasião, ficou vencida a relatora, Ministra Rosa Weber e os Ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello, prevalecendo o entendimento, com eficácia vinculante, a divergência aberta pelo Ministro Luiz Fux, no sentido de que o ônus da prova da culpa *in vigilando*, no caso de terceirização de

mão de obra pela Administração Pública, deve recair sobre o reclamante, considerando que o julgamento da ADC nº 16 vedou a responsabilização automática da Administração Pública.

Tal entendimento tem se revelado impeditivo da responsabilização dos entes públicos, exonerando-os do seu dever de fiscalização, insculpido no art. 58, III, da Lei 8.666/1993, uma vez que a atribuição do ônus da prova ao reclamante de comprovação das falhas na fiscalização do contrato, quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas das empresas prestadoras de serviços, depende de uma série de documentos que não ficam em poder dos empregados, mas da empresa prestadora de serviços e do ente público tomador de serviços.

A jurisprudência prevalecente no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho era no sentido de que cabia à Administração Pública comprovar não ter agido com culpa *in vigilando*, demonstrando ter efetivamente fiscalizado o contrato administrativo em relação ao cumprimento da legislação trabalhista pela prestadora de serviços, inclusive por intermédio de notificações e utilização dos meios coercitivos de que dispõe, como a não liberação do pagamento até a regularização dos débitos e aplicação multas, por exemplo.

Nesse contexto, convém perscrutar as noções que guiaram o entendimento acerca da distribuição do ônus da prova para compreender se a decisão do STF se coaduna com a doutrina moderna acerca do tema.

1 – Conceito e finalidade da prova no direito processual do trabalho

A prova judicial é a demonstração da veracidade de um fato. O cotejo realizado pelo juiz entre as versões das partes tem por finalidade precípua ser elemento formador de convicção do magistrado para a correta subsunção dos fatos às normas legais que regem a nossa convivência. Para Sérgio Pinto Martins, “[...] Provar é convencer o juiz sobre os fatos da causa.”¹

Manoel Antônio Teixeira Filho discorre acerca da prova e do ato de provar a partir de conceitos de alguns doutrinadores estrangeiros que trataram do tema. Os conceitos, embora variados, induzem à conclusão de que a prova é elemento

¹ MARTINS, SÉRGIO PINTO. **Direito Processual do Trabalho**. 40 ed. São Paulo. Saraiva, 2018. p. 445.

formador do processo por meio do qual se busca resolver as controvérsias instauradas entre pessoas com interesses distintos. Vejamos:

Na doutrina estrangeira moderna colhemos, dentre tantos, os seguintes conceitos: a prova é a demonstração da verdade de um fato ou também o mesmo meio que as partes empregam para demonstrar o fato discutido (*Laurent*, da Escola exegetica); é o meio regulado pela lei para descobrir e estabelecer com certeza a verdade de um fato controvertido (*Domat*); é um fato suposto ou verdadeiro que se considera destinado a servir de causa de credibilidade para a existência ou inexistência de um fato (*Bentham*); provar significa fazer conhecidos ao juiz os fatos controvertidos e duvidosos e dar-lhe a certeza do seu modo de ser (*Carlos Lessona*); provar é estabelecer a existência da verdade, e as provas são os diversos meios pelos quais a inteligência chega ao descobrimento da verdade (*Eduardo Couture*); é o conjunto de diversos meios pelos quais a inteligência chega à descoberta da verdade (*Bonnier*); é a soma dos meios produtores da certeza (*Mittebauer*); é o meio objetivo pelo qual o espírito humano se apodera da verdade (*Malatesta*); é a consequência legítima que resulta de um fato, cuja certeza leva a concluir que um outro fato, do qual se ignora a verdade, é verdadeiro ou não (*Merlin*)²

Nos termos do art. 371 do CPC, “o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”.

A prova não tem apenas a finalidade de convencer, mas também adstringir a formação do convencimento do magistrado à realidade dos autos, uma vez que o julgador não pode decidir contrariamente à prova, sob pena de nulidade da sentença. Isso porque nos termos do artigo 489, §1º, IV, do CPC, não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador.

Amauri Mascaro Nascimento entende que a finalidade da prova é transportar para o processo judicial uma reconstituição dos fatos que serão o alicerce dos debates entre as partes litigantes e a base em que se fundamentará a decisão judicial. O autor reconhece que nem sempre a prova cumpre com a sua finalidade de traduzir os fatos da vida para dentro do processo, podendo ocorrer discrepância entre a verdade real e a realidade dos autos. Nesse sentido, discorre o autor:

A prova tem a finalidade de transportar, para o processo judicial, a realidade externa dos fatos que geraram a demanda, traduzindo-os, para que possam

² TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **A prova no processo do trabalho**. 8 ed. São Paulo. LTr, 2003. p.34-35

ser conhecidos pelo juiz e para que sirvam de base para os debates entre as partes.

Como meio destinado a levar para o processo a reconstituição dos fatos, poderá ter falhas e não cumprir com exatidão esse fim, situação na qual haverá a verdade real (concreta) diferente da realidade formal (imaginária), e está prevalecerá. De nada adianta ter ocorrido um fato se não pode ser provado.³

A produção da prova, contudo, nem sempre conduz à realidade dos fatos. Cabe ao magistrado perquirir dentre as provas dos autos a realidade do que se alega. Quando a prova não é suficiente para a formação do convencimento do magistrado, utiliza-se o ônus da prova como regra de julgamento a fim de se evitar sentença *non liquet*⁴, que é vedada no nosso ordenamento jurídico.

Nesse sentido é o art. 140 do Código de Processo Civil, segundo o qual “o juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico”.

Portanto, o magistrado, no exercício da função jurisdicional do Estado, tem o dever de resolver o litígio apresentado pelas partes, com base nas provas existentes nos autos ou pela regra de distribuição do encargo probatório de modo a pacificar o conflito.

2 – Ônus da prova

O ônus da prova é um encargo atribuído a um sujeito para que ele demonstre determinado fato que alega. A não demonstração de fato que lhe é incumbido coloca o sujeito sobre o qual recai o encargo em situação de desvantagem no processo. Isso porque o ônus da prova, como regra de julgamento inspirada na vedação à existência de sentença que não resolve o litígio, implica que a demanda seja julgada de maneira desfavorável àquele que não cumpriu o seu encargo. Quanto ao ônus da prova, Cássio Scarpinella Bueno ensina:

[...] é possível sintetizar o conceito de ônus como espécie de poder da parte que possibilita o agir, segundo interesses próprios, não obstante a existência de norma pré-determinada, cuja inobservância pode trazer prejuízos à própria parte onerada. [...]. A ideia de ônus costuma ser ligada a

³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 28 ed. São Paulo Editora Saraiva, 2012.

⁴ Trata-se de expressão advinda do latim *non liquere*, comum no Direito Romano, que era utilizada em casos nos quais o juiz não encontrava resposta jurídica clara para fazer o julgamento e, por essa razão, recusava-se a julgar. Significa “não está claro”.

um comportamento necessário para a obtenção de um efeito favorável, ao passo que, diante do ônus da prova, a parte onerada pode obter um resultado favorável mesmo sem cumprir seu ônus, isto é, ainda que sem produzir prova. Lembre-se que nada impede que o julgamento favorável ao autor se funde em provas produzidas de ofício ou pela parte adversa. Isso indica, com clareza, que a produção de prova não é um comportamento necessário para o julgamento favorável – ou para o resultado favorável. Na verdade, o ônus da prova indica que a parte que não produzir prova se sujeitará a um risco de um resultado desfavorável, ou seja, o descumprimento do ônus não implica, necessariamente, um resultado desfavorável, mas o aumento do risco de um julgamento contrário.⁵

Luiz Guilherme Marinoni explica que o ônus da prova como regra de julgamento melhora a qualidade das provas produzidas pelas partes, uma vez que as adverte acerca dos problemas decorrentes da não observância do cumprimento do encargo probatório de cada um dos litigantes. Vejamos:

Como regra de instrução, o ônus da prova visa estimular as partes a bem desempenharem os seus encargos probatórios e adverti-las dos riscos inerentes à ausência de prova de suas alegações. Serve para a boa formação do material probatório da causa, condição para que se possa chegar a uma solução justa para o litígio.⁶

A distribuição do ônus da prova é, portanto, regra de grande importância que tem o condão de influenciar diretamente no resultado do litígio. Nesse contexto, deve-se levar em consideração a hipossuficiência do trabalhador na busca da paridade de armas. Isso porque uma das formas de atingir a equidade processual é com a distribuição dos encargos probatórios de acordo com a possibilidade que cada parte tem de produzir elementos que levem o magistrado a decidir a lide com base em autos que revelem fatos condizentes com a realidade produzida no mundo sensível.

Conforme previsão do art. 818, §1º, da CLT, o juiz pode distribuir determinado encargo probatório, de maneira fundamentada, de forma diversa. Contudo, apenas no caso de ausência de provas ou como critério de desempate é que o juiz decidirá se valendo da regra do ônus da prova. É o que ensina Mauro Schiavi:

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

⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. Vol. 2, Tomo I. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil: comentado artigo por artigo**. 6ª ed. São Paulo: revista dos Tribunais, 2014. p. 336.

quando não houver nos autos provas, ou como um critério para desempate, quando houver a chamada prova dividida ou empatada.⁷

Quando inegável a dificuldade de uma das partes de produzir determinada prova, é possível que o juiz determine a inversão do *onus probandi* assim como é lícito às partes que requeiram tal procedimento, com fulcro nos artigos 818, §1º, da CLT e 373, §1º, do CPC, que se baseiam na teoria dinâmica do ônus da prova, a qual será analisada a seguir à luz do processo do trabalho.

3 – A teoria dinâmica da distribuição do ônus da prova no processo do trabalho

Hodiernamente, o ônus da prova é regulado no Código de Processo Civil de 2015 em seu artigo 373, o qual dispõe em seu inciso I que cabe ao autor o ônus de comprovar a alegação de fato constitutivo do seu direito, e no inciso II, que cabe ao réu a alegação de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Entretanto, o parágrafo primeiro do artigo 373 do CPC permite a flexibilização da regra geral do ônus da prova por meio da distribuição dinâmica desse encargo. Por esse dispositivo legal, pode o magistrado, mediante comunicação prévia às partes, atribuir o ônus de modo diverso, quando verificar a impossibilidade ou excessiva dificuldade de cumprir o encargo probatório foi fato constitutivo do direito vindicado ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário.

Mauro Mascaro Nascimento explica a dificuldade de se tratar a distribuição do ônus da prova de maneira sempre estática, sem considerar as dificuldades de cada parte em sua produção:

"Nem sempre a igual distribuição do ônus da prova atende às necessidades do processo trabalhista, porque sobrecarrega o empregado, que não tem as mesmas condições e facilidade do empregador. Outras vezes, acarreta cômoda posição para o empregador. Bastaria ao empregador negar todos os fatos e o empregado teria que prová-los, o que não é fácil. É o que ocorre especialmente com as alegações de despedimento, impugnadas pelo empregador. Em decorrência dessas circunstâncias, há uma tendência para a redistribuição do ônus da prova no processo trabalhista, com maiores responsabilidades para o empregador. Alfredo Barbieri Cardoso propõe a adoção de um sistema de presunções legais militando a favor do empregado e que comportariam contraprova do empregador".⁸

⁷ SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. Capítulo XV – Das provas no Processo do Trabalho. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2013.

⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito Processual do Trabalho**, Editora Saraiva, 28 ed. p. 624.

Luiz Eduardo Boaventura Pacífico, ao tratar dos primórdios da distribuição dinâmica do ônus da prova, ensina que o fato controvertido deve ser apurado a partir da prova produzida pela parte mais apta a suportar o encargo probatório. Vejamos:

“O grande mérito do pioneiro estudo sobre o ônus dinâmico das provas, dos juristas argentinos Jorge W. Peryrano e Julio O. Chiappini, no ano de 1976, foi o de revelar essa orientação jurisprudencial e sintetizar o princípio que acaba sendo rotineiramente utilizado em tais procedentes: o ônus da prova deve recair sobre a parte que se encontre em melhores condições profissionais, técnicas ou fáticas para produzir a prova do fato controvertido.⁹”

No Direito do Trabalho brasileiro, a teoria dinâmica do ônus da prova ou da aptidão da prova, considerando a hipossuficiência do empregado e a dificuldade de comprovação de algumas alegações, já vinha sendo admitida em algumas hipóteses, à luz do art. art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor - CDC, analogicamente aplicado ao processo do trabalho, nos termos do art. 769 da CLT.

O referido dispositivo legal do CDC transfere ao juiz o poder de inverter o ônus da prova quando houver verossimilhança das alegações do consumidor, o qual é inegavelmente hipossuficiente na relação jurídica com os fornecedora, assim como o empregado é em relação ao empregador. Transcreve-se o dispositivo legal em comento:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

VIII- 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 experiência.

Outro exemplo da utilização da teoria dinâmica da distribuição da prova é o item I da Súmula 338 do TST, segundo o qual é ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não-apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário.¹⁰

⁹ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova**. 2. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 222-223.

¹⁰ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 338. Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005.

Corroborou, ainda, a utilização de tal teoria o art. 3º, VII, da Resolução nº 203, de 15 de março de 2016, editada pelo Tribunal Superior do Trabalho, que, à luz do disposto no art. 769 da CLT, dispõe que se aplicam ao Processo do Trabalho, em face de omissão e compatibilidade, os preceitos do Código de Processo Civil que regulam o art. 373, §§ 1º e 2º (distribuição dinâmica do ônus da prova).

Posteriormente, o advento da Lei nº 13.467/2017, que alterou a redação do art. 818 da CLT, acrescentando o § 1º, o qual repete *ipsis litteris* a previsão contida no Novo Código de Processo Civil - CPC, consagrou de maneira explícita a teoria dinâmica de distribuição da do ônus da prova constante do Código de Processo Civil de 2015, também ao Processo do Trabalho, eliminando discussões acerca da possibilidade de sua aplicação.

Trata-se da positivação do princípio da aptidão para a prova consubstanciada na imposição a quem não detém o ônus de produzir a prova o dever de produzi-la, em razão das melhores condições materiais ou técnicas para fazê-lo. O Ministro aposentado do Tribunal Superior do Trabalho, Carlos Alberto Reis de Paula, ao tratar do referido princípio, ensina:

A aplicação no ônus da prova do princípio da aptidão atende ao escopo social do processo, que é eliminar conflito diante de critérios justos. [...] O fundamento para a aplicação do princípio da aptidão está na justiça distributiva aliada ao princípio da igualdade, cabendo a cada parte aquilo que normalmente lhe resulta mais fácil. O critério será o da proximidade real e de facilidade do acesso às fontes de prova. Indiscutivelmente, o princípio será aplicado todas as vezes em que o empregado não puder fazer a prova a não ser através de documento ou coisa que a parte contrária detenha. Partindo do princípio da boa-fé, que informa a conduta processual dos litigantes, todas as vezes que o documento, por seu conteúdo, for comum às partes, haverá também a inversão do ônus da prova, competindo ao empregador colocá-lo, sob pena de serem admitidas como verdadeiras as alegações feitas pelo empregado.¹¹

A doutrina moderna, agora amparada por previsão legal expressa tanto no novo Código de Processo Civil quanto na Consolidação das Leis do Trabalho, em consonância com a majoração dos poderes do juiz na condução do processo, defende que, além de regra de julgamento, o ônus da prova é também regra de instrução processual, pelo que o juiz deve, antes de realizar atos instrutórios, analisar as teses da inicial e da defesa, bem como os fatos e circunstâncias do

¹¹ DE PAULA, Carlos Alberto Reis. **A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2001. p. 142-143.

processo, e fixar o ônus da prova à parte que esteja em melhores condições de produzi-la.

Como uma das finalidades da prova é formar a convicção do juiz acerca da existência ou não de determinado fato relevante para o deslinde da controvérsia instaurada, tem-se que a distribuição do ônus probatório de forma dinâmica, de modo a priorizar a busca pela tradução mais adequada do que aconteceu na vida concreta para o debate dentro do processo, parece ser a maneira mais racional de efetivação da Justiça. Pensar o contrário é entender pela licitude da ocultação do que fato aconteceu, nos casos em que determinada parte não detém o ônus de da prova.

Ainda que se invoque a disposição do inciso LXIII do artigo 5º da Constituição da República como lastro para que determinado demandado se negue a produzir prova contra si, tem-se que tal negativa deve ensejar a presunção relativa de veracidade do alegado pelo demandante. A presunção, segundo a lição de Mauro Schiavi, “não é propriamente um meio de prova, mas um raciocínio lógico, por meio do qual, a partir da existência de determinadas coisas ou situações pela reiteração de suas ocorrências, se passa a acreditar na existência de outras”.¹²

Essa consequência da presunção relativa da veracidade em razão da inércia de quem se recusa a produzir prova contra si não é novidade no nosso ordenamento jurídico. O art. 165-A do CTB, por exemplo, impõe àquele que, ao estar conduzido veículo automotor, se recusa a ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa, a mesma pena de suspensão de dirigir aplicada a quem se demonstra efetivamente ter consumido álcool ao volante.

Considera-se a possibilidade de determinada parte não apresentar prova requerida apenas mediante a mitigação do princípio da obrigatoriedade da prova, segundo o qual não é só as partes que detém o interesse provar suas alegações, mas também o Estado-juiz tem interesse em saber a verdade para entregar a prestação jurisdicional justa. Sobre a importância da prova, ensina Manoel Antônio Teixeira Filho:

É da prova que nasce a certeza jurídica o julgador (*ex probatione oritu fides iuridica*). A partir da prova existente nos autos, o juiz inicia, por um processo

¹² SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. Capítulo XV – Das provas no Processo do Trabalho. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2013.

ou método de raciocínio indutivo (extraíndo uma conclusão geral dos fatos particulares), a justa composição da lide. Metáfora à parte, é possível asseverar-se que a prova constitui o caminho por onde deve, obrigatoriamente, passar o seu raciocínio, em busca da verdade.¹³

Nesse contexto, dada a relevância da prova, como coração do processo, e o princípio da isonomia insculpido no *caput* do art. 5º da Constituição Federal, de onde se extrai que os desiguais devem ser tratados de maneira desigual na medida das suas desigualdades, tem-se que teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova é artifício que busca aproximar o conjunto fático-probatório dos autos à realidade, o que não significa prejuízo a qualquer dos litigantes.

Isso porque as partes poderão se insurgir contra essa distribuição do encargo, nos termos do art. 1.015, XI, do CPC, segundo o qual cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre redistribuição do ônus da prova.

4 – A decisão do STF no RE 760.931, com repercussão geral

Um dos argumentos defendidos na tese vencedora do RE nº 760.931, com repercussão geral, em que foi fixado que o ônus da prova da culpa *in vigilando* da Administração Pública é do que reclamante seria a da presunção de legitimidade dos atos administrativos.

Acerca da presunção de legitimidade, ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁴ que “a presunção de legitimidade diz respeito à conformidade do ato com a lei; em decorrência desse atributo, presumem-se, até prova em contrário, que os atos administrativos foram emitidos com observância da lei.”

Contudo, a presunção de legitimidade não pode ser óbice à distribuição do encargo probatório nos casos em que a Administração é mais apta à apresentação de documentos que estão em seu poder, a fim de demonstrar que exerceu o seu dever de fiscalização.

Isso porque há previsão legal nesse sentido, uma vez que o art. 37 da Lei nº 9.784/1999 dispõe que “quando o interessado declarar que fatos e dados estão

¹³ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **Curso de Direito Processual do Trabalho**, Volume II – Processo de Conhecimento 2. 1ª ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 938

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 199-211

registrados em documentos existentes na própria Administração responsável pelo processo ou em outro órgão administrativo, o órgão competente para a instrução proverá, de ofício, à obtenção dos documentos ou das respectivas cópias.”

O princípio da cooperação, que decorre do princípio da boa-fé processual, insta aos sujeitos de todo e qualquer processo, não importa a sua natureza, especialmente diante da reconhecida eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a que se guiem com lealdade e de maneira cooperativa a fim de ao final da controvérsia, seja produzida uma decisão justa.

Ademais, ao tratar da presunção de veracidade, Di Pietro consigna:

A presunção de veracidade diz respeito aos fatos; em decorrência desse atributo, presumem-se verdadeiros os fatos alegados pela Administração. Assim ocorre com relação às certidões, atestados, declarações, informações por ela fornecidos, todos dotados de fé pública.

Di Pietro registra, como um dos efeitos da presunção de veracidade dos atos administrativos, a inversão do ônus da prova. Entretanto, ela mesma revela que há divergência na doutrina quanto a esse efeito decorrente da presunção. Isso porque alguns autores entendem que a presunção de legitimidade não é suficiente para formar a convicção do juiz no caso de falta de elemento instrutórios, não podendo o juiz se manifestar a favor do Estado em caso de dúvida, mas sim no princípio de que em caso de dúvida se deve decidir a favor da liberdade. Nesse contexto, a presunção de legitimidade do ato administrativo não exonera a Administração do dever de produzir provas e nem tem o condão de inverter o *ônus probandi*.

Esse entendimento parece adequado ao equilíbrio processual necessário por meio da paridade de armas, uma vez que não inviabiliza a atividade do Estado por não se tratar de abrir a possibilidade para qualquer questionamento, mas para efetivar a justiça por intermédio de meios idôneos que busquem trazer ao processo o que de fato ocorreu.

Para compreensão da *ratio decidendi* do RE 760.931, com repercussão geral, em que se estabeleceu que o ônus da prova da culpa *in vigilando* da Administração é do empregado, convém transcrever trechos do voto da Ministra Cármen Lúcia na sessão do dia 15/02/2017 e do voto de desempate do Ministro Alexandre de Moraes, em 30/3/2017, ambos associados à tese vitoriosa no sentido de que o ônus da prova da culpa *in vigilando* dos entes públicos deve recair sobre o empregado e não sobre

a Administração. A Ministra Cármen Lúcia, quando ainda presidia o STF, votou no seguinte sentido:

13. A alegada ausência de comprovação, em juízo, pela União, da efetiva fiscalização do contrato administrativo não substitui a necessidade de “prova taxativa no nexo de causalidade entre a conduta da Administração e o dano sofrido pelo trabalhador”.

Foi o que afirmei no julgamento da Reclamação 15342:

“para se afirmar a responsabilidade subsidiária da Administração Pública por aqueles encargos, é imprescindível a prova taxativa do nexo de causalidade entre a conduta da Administração e o dano sofrido pelo trabalhador, a dizer, que se tenha comprovado peremptoriamente no processo tal circunstância. Sem a produção dessa prova subsiste o ato administrativo e a Administração Pública exime-se da responsabilidade por obrigações trabalhistas em relação àqueles que não compõem os seus quadros.”

Enfatizei que ‘no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16/DF, a imputação de responsabilidade subsidiária à Administração Pública desacompanhada da demonstração efetiva e suficiente da irregularidade de seu comportamento, comissivo ou omissivo, quanto à fiscalização do contrato de prestação de serviços, é “rigorosamente, fragorosamente e exemplarmente contrário à Constituição, porque o artigo 37, § 6º, trata de responsabilidade objetiva patrimonial ou extracontratual. Aqui é responsabilidade contratual” (DJ 9.9.2011).

14. Anoto, como o fiz na divergência inaugurada pelo Ministro Luiz Fux, a previsão da Lei n. 9.032/1995 que, alterando o § 2º do art. 71 da Lei n. 8.666/93, restringiu a solidariedade entre a Administração Pública e o contratado, tão somente aos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.¹⁵

Após o voto da Ministra Cármen Lúcia, o resultado do julgamento estava da seguinte maneira. Cinco votos a favor da proposta apresentada pela Ministra Relatora Rosa Weber, no sentido de que o ônus de comprovar a fiscalização do contrato com a prestadora de serviços era do ente público e cinco votos em sentido contrário, estabelecendo que o ônus da prova era do empregado da prestadora de serviços. Prevaleceu este último entendimento, após o voto de desempate do Ministro Alexandre de Moraes, proferido nos seguintes termos:

Os densos votos até aqui proferidos, embora com algumas variações de fundamentação, buscaram solucionar o dissídio pelo acréscimo de duas coordenadas de decisão, ambas excludentes entre si. A primeira, balizada pelo exauriente voto da Ministra ROSA WEBER, com os complementos do Ministro ROBERTO BARROSO, postula que o ônus de comprovar a fiscalização dos contratos recaia sobre a Administração Pública, podendo o seu cumprimento adequado ser demonstrado inclusive por aplicação de

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 760.931**. Recorrente: União. Recorrida: Priscila Medeiros Nunes. Recorrido: Evolution Administradora de Serviços Terceirizados LTDA. Rel. Min. Rosa Weber. Brasília, DF. DJE nº 67, divulgado em 03/04/2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4434203>> Acesso em 16 de abril de 2019.

metodologias de amostragem. Linha interpretativa antagônica, defendida por igual número de Ministros, rejeita a possibilidade de que a Administração Pública venha a responder por verbas trabalhistas de terceiros a partir de qualquer tipo de presunção, somente admitindo que isso ocorra caso a condenação esteja inequivocamente lastreada em elementos concretos de prova da falha na fiscalização do contrato.

[...] *Omissis*.

O meu convencimento se associa à última corrente.

[...] *Omissis*.

No tocante às verbas trabalhistas devidas por terceiros, o art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 é mais do que claro ao exonerar o Poder Público da responsabilidade por pagamentos em caso de inadimplência, e o silêncio da Lei 9.032/95 sobre isso apenas confirmou a mensagem legal que já existia anteriormente.

[...] *Omissis*.

A meu ver, portanto, a consolidação da responsabilidade do Estado por débitos trabalhistas de terceiros, alavancada pela premissa da inversão do ônus da prova em favor do trabalhador, representa claro risco de desestímulo à colaboração da iniciativa privada com a Administração Pública, estratégia essencial para que o Estado brasileiro consiga se modernizar.

[...] *Omissis*.

Não me parece que seja automaticamente dedutível, da conclusão deste julgamento, um dever estatal de fiscalização do pagamento de toda e qualquer parcela, rubrica por rubrica, verba por verba, devida aos trabalhadores. O que pode induzir à responsabilização do Poder Público é a comprovação de um comportamento sistematicamente negligente em relação aos terceirizados; ou seja, a necessidade de prova do nexo de causalidade entre a conduta comissiva ou omissiva do Poder Público e o dano sofrido pelo

trabalhador. Se não houver essa fixação expressa, clara e taxativa por esta Corte, estaremos possibilitando, novamente, outras interpretações que acabem por afastar o entendimento definitivo sobre a responsabilização da Administração Pública nas terceirizações, com a possibilidade de novas condenações do Estado por mero inadimplemento e, conseqüentemente a manutenção do desrespeito à decisão desta Corte na ADC 16.

[...] *Omissis*.

O caso concreto não tem elementos suficientes para permitir a caracterização dessa responsabilidade. Não houve a comprovação real de um comportamento sistematicamente negligente em relação aos terceirizados; não há prova do nexo de causalidade entre a conduta comissiva ou omissiva do Poder Público e o dano sofrido pelo trabalhador.

Voto, portanto, pedindo vênias a eminente Relatora, com a divergência inaugurada pelo Min. LUIZ FUX, conheço parcialmente do recurso extraordinário da União e voto pelo seu provimento.¹⁶

Ao fim do julgamento, passou-se à discussão da fixação da tese de repercussão geral. Não houve vedação completa da possibilidade de responsabilização do ente público, o que houve foi a restrição da sua responsabilidade subsidiária às hipóteses em haja prova inequívoca da ausência sistemática de fiscalização pela Administração Pública. O Ministro Luís Roberto

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 760.931**. Recorrente: União. Recorrida: Priscila Medeiros Nunes. Recorrido: Evolution Administradora de Serviços Terceirizados LTDA. Rel. Min. Rosa Weber. Brasília, DF. DJE nº 67, divulgado em 03/04/2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4434203>> Acesso em 16 de abril de 2019.

Barroso propôs fixar, apenas como *obiter dictum*, que a fiscalização por amostragem já atenderia à exigência legal:

“Portanto, eu diria, pelo menos em *obiter dictum*, que a fiscalização adequada por amostragem satisfaz o dever de fiscalização e eu diria que a inércia diante de inequívoca denúncia de violação de deveres trabalhistas gera responsabilidade. Diria isso como *obiter dictum*, para que nós sinalizemos para a Justiça do Trabalho o que nós achamos que é comportamento inadequado.”¹⁷

Diante do que restou fixado a partir dos debates no julgamento do RE 760.931, a *ratio decidendi* estabelecida é no sentido de que a condenação subsidiária do ente público, na condição de tomador de serviços, em relação às prestadoras de serviço contratadas por procedimento licitatório, depende de prova inequívoca da ausência sistemática de fiscalização, quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas pela contratada, sendo que ônus de provar a falha reiterada na fiscalização incumbe ao empregado.

Tal decisão alterou o entendimento de todas as Turmas do Tribunal Superior do Trabalho que, com base no princípio da aptidão da prova, consideravam anteriormente que o ônus de comprovar a regularidade da fiscalização era encargo do ente público.

A título exemplificativo, cita-se duas decisões da 7ª Turma do TST, uma antes e outra após a referida decisão do Supremo Tribunal Federal. Anteriormente à decisão do STF, a jurisprudência do TST era no seguinte sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. ÔNUS DA PROVA. Aplica-se, ao processo do trabalho, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, incumbindo-o à parte que melhor tem condições de produzi-la. Nesse contexto, é evidente que compete ao ente público comprovar sua diligência na fiscalização do contrato de terceirização, inclusive manter, em seu poder, a documentação própria que a demonstre. Na hipótese sob exame, contudo, não logra impulsionar o apelo a alegação de contrariedade à Súmula nº 331, IV e V, do TST, uma vez que não tratam da distribuição do encargo probatório nos casos de responsabilidade subsidiária do ente público. Por sua vez, os arestos colacionados desservem à comprovação de dissenso pretoriano, nos termos da Súmula nº 337, IV, "c", por não indicarem o órgão prolator do acórdão, o que não permite aferir o atendimento do disposto no artigo 896, "a", da CLT, a par de serem

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 760.931**. Recorrente: União. Recorrida: Priscila Medeiros Nunes. Recorrido: Evolution Administradora de Serviços Terceirizados LTDA. Rel. Min. Rosa Weber. Brasília, DF. DJE nº 67, divulgado em 03/04/2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4434203>> Acesso em 16 de abril de 2019.

inespecíficos, a teor da Súmula nº 296 do TST. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (AIRR - 2933-51.2011.5.02.0010 , Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, Data de Julgamento: 16/03/2016, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 22/03/2016)

Após o julgamento do RE 760.931, com repercussão geral, o entendimento passou a ser no sentido de que apenas mediante a existência de provas nos autos que comprovem a culpa *in vigilando* do ente público, ônus probatório do empregado, é que se pode responsabilizá-lo subsidiariamente. Veja-se:

RECURSO DE REVISTA - TERCEIRIZAÇÃO - ENTE PÚBLICO - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - FISCALIZAÇÃO - ÔNUS DA PROVA - CULPA IN VIGILANDO - REPERCUSSÃO GERAL Nº 246 DO STF - RATIO DECIDENDI. 1. O Supremo Tribunal Federal considerou o art. 71 da Lei nº 8.666/93 constitucional, de forma a afastar a responsabilização da Administração Pública pelos encargos trabalhistas devidos pela prestadora dos serviços nos casos de mero inadimplemento das obrigações por parte do vencedor de certame licitatório (ADC nº 16). 2. No julgamento da mencionada ação declaratória de constitucionalidade, a Suprema Corte firmou o entendimento de que, nos casos em que restar demonstrada a culpa *in eligendo* ou *in vigilando* da Administração Pública, e apenas nesses, viável se torna a sua responsabilização pelos encargos devidos ao trabalhador, tendo em vista que, nessa situação, responde o ente público pela sua própria incúria. 3. Em 30/3/2017, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do tema de Repercussão Geral nº 246 (RE 760.931), definiu que a responsabilidade subsidiária pelos encargos trabalhistas inadimplidos pela empresa prestadora de serviços só poderá ser imputada à Administração Pública quando houver prova real e específica de que esta foi negligente na fiscalização ou conivente com o descumprimento das obrigações contratuais pela contratada, incorrendo em culpa *in vigilando*. Ficou definido que não se admite a assertiva genérica nesse sentido, uma vez que os atos administrativos gozam de presunção de legalidade e de legitimidade. 4. A despeito de a tese fixada pela Suprema Corte não tratar expressamente da distribuição do ônus probatório, a *ratio decidendi* da decisão proferida pelo STF evidencia que o ônus da prova da culpa *in vigilando* recai sobre o trabalhador, ressalvado o entendimento deste relator. 5. Considerando que a decisão regional atribuiu à Administração Pública o ônus probatório e não indicou uma única prova concreta que tenha demonstrado ter o ente público faltado com o seu dever de vigilância, torna-se impossível a manutenção da responsabilização subsidiária. Recurso de revista conhecido e provido. (RR - 437-28.2015.5.23.0106, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 27/02/2019, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 01/03/2019)

Houve, portanto, uma inversão completa na jurisprudência que antes era pacífica no Tribunal Superior do Trabalho, fazendo com que a maioria dos processos atualmente sejam julgados em desfavor dos empregados, os quais, à época da instrução probatória não detinham o ônus de comprovar a culpa do ente público na fiscalização do contrato com a prestadora de serviços

5 – Crítica à distribuição do ônus da prova da culpa *in vigilando* do ente público ao empregado

A atribuição do ônus da prova ao empregado da culpa *in vigilando* da do ente público consubstancia a exigência da produção de prova de fato negativo, o que se revela encargo extremamente difícil de ser cumprido, uma vez que o empregado não tem facilidade para acessar os documentos referentes à contratação entre prestadora e tomadora de serviços, por meio dos quais poderia comprovar falha na fiscalização do ente público.

Por outro lado, o encargo distribuído ao ente público decorre naturalmente do seu dever de fiscalização legal do contrato, nos termos em que previsto na Lei 8.666/1993, a qual permite que o ente público exija da prestadora de serviços, todos os documentos que dizem respeito aos serviços executados, inclusive cumprimento de obrigações trabalhistas.

Tais documentos podem ser, a título exemplificativo, comprovantes de recolhimento dos depósitos de FGTS e das contribuições previdenciárias, folhas de pagamento de salários dos empregados com comprovante de depósito em dia, dentre outros.

Nesse sentido, a Instrução Normativa n. 05 do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, que estabelece regras e diretrizes do procedimento de terceirização de serviços no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, em seus artigos 64 a 66, prevê algumas hipóteses em que o ente público deve reter o pagamento destinado à prestadora de serviços. Veja-se:

Art. 64. Quando da rescisão dos contratos de serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, o fiscal administrativo deve verificar o pagamento pela contratada das verbas rescisórias ou dos documentos que comprovem que os empregados serão realocados em outra atividade de prestação de serviços, sem que ocorra a interrupção do contrato de trabalho.

Art. 65. Até que a contratada comprove o disposto no artigo anterior, o órgão ou entidade contratante deverá reter:

I - a garantia contratual, conforme art. 56 da Lei nº 8.666, de 1993, prestada com cobertura para os casos de descumprimento das obrigações de natureza trabalhista e previdenciária pela contratada, que será executada para reembolso dos prejuízos sofridos pela Administração, nos termos da legislação que rege a matéria; e

II - os valores das Notas fiscais ou Faturas correspondentes em valor proporcional ao inadimplemento, até que a situação seja regularizada.

Parágrafo único. Na hipótese prevista no inciso II do **caput**, não havendo quitação das obrigações por parte da contratada no prazo de quinze dias, a

contratante poderá efetuar o pagamento das obrigações diretamente aos empregados da contratada que tenham participado da execução dos serviços objeto do contrato.

Art. 66. O órgão ou entidade poderá ainda:

I - nos casos de obrigação de pagamento de multa pela contratada, reter a garantia prestada a ser executada conforme legislação que rege a matéria; e

II - nos casos em que houver necessidade de ressarcimento de prejuízos causados à Administração, nos termos do inciso IV do art. 80 da Lei n.º 8.666, de 1993, reter os eventuais créditos existentes em favor da contratada decorrentes do contrato.

Parágrafo único. Se a multa for de valor superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá a contratada pela sua diferença, a qual será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou ainda, quando for o caso, cobrada judicialmente;

Diante disso, a constatação de possível inadimplência de obrigações contratuais pela prestadora de serviços enseja a adoção de medidas pelo ente público com o intuito de resguardar o cumprimento do contrato nos termos em que avençado, assim como rescindi-lo, ou providenciar a retenção dos valores devidos à contratada no objetivo de salvaguardar a quitação de créditos trabalhistas dos empregados.

Não há dúvida de que é muito mais fácil para o ente público comprovar que fiscalizou o cumprimento das obrigações trabalhistas pela contratada do que pelos empregados, o que insta a aplicação, no particular, do princípio da aptidão para a prova.

Impor a um dos litigantes a produção de prova diabólica¹⁸, beneficiando o mais apto a fazê-lo subverte a finalidade da prova e deturpa a chance de que se estabeleçam os fatos tais como ocorreram.

Trata-se, portanto, de uma forma de estabelecer a paridade de armas no processo, considerando a hipossuficiência do empregado, de modo a equilibrar as chances de êxito dos litigantes. Isso porque o dever de fiscalização do ente público decorre da Lei de Licitações, especialmente do inciso III do art. 58 e do art. 67 da Lei nº 8.666/93

O inciso XIII do art. 55 da referida lei, por sua vez, obriga a contratada a manter, durante toda a execução do contrato, as condições de habilitação e qualificação exigidas na habilitação, entre elas a regularidade fiscal e trabalhista (art. 27, IV, do mesmo diploma).

¹⁸ Prova excessivamente difícil de ser apresentada por uma das partes.

Nessa etapa da licitação, deve a contratada apresentar documentação atinente a sua habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal, assim como o cumprimento do artigo 7º, XXXIII, da Constituição Federal (art. 27 da Lei n. 8.666/93).

Celebrado o contrato, o ente da Administração Pública deve fiscalizar o seu regular cumprimento, durante todo seu curso, sendo certo que esta fiscalização não se resume aos serviços contratados, mas também aos encargos sociais da contratada (art. 29, IV da Lei n. 8.666/93), nos quais se incluem os direitos fundamentais de segunda dimensão dos empregados da primeira reclamada (art. 7º da Constituição Federal), e que estão embutidos no preço do serviço ajustado.

Nesse sentido, preceituam os seguintes dispositivos da Lei de Licitações e Contratos (Lei n. 8.666/93):

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

[...]

XIII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.

[...]

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

§ 1º O representante da Administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados/

[...]

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

I - o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos;

II - o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos e prazos;

[...]

VII - o desatendimento das determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a sua execução, assim como as de seus superiores;

VIII - o cometimento reiterado de faltas na sua execução, anotadas na forma do § 1º do art. 67 desta Lei.

Diante de todos esses dispositivos legais, nota-se que o legislador inequivocamente impôs à Administração Pública o dever de fiscalizar os contratos que celebra com as suas prestadoras de serviços.

Se não agiu com a diligência necessária para prevenir a inadimplência com os empregados e o desrespeito à legislação trabalhista, não observando sua tarefa de vigilância, conforme legislação vigente, tem-se que o ente público não pode se

locupletar do descumprimento do seu dever legal de fiscalização, que atenta contra o princípio da moralidade administrativa insculpido no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal.

Considerações finais

Conclui-se, por fim, que a técnica de julgamento denominada distribuição dinâmica do ônus da prova, derivada dos princípios da igualdade e da aptidão para a prova, tem por finalidade evitar com que uma das partes tenha que produzir prova diabólica, o que vem ocorrendo após fixado o entendimento no sentido de que o empregado deve provar fato negativo, qual seja, a ausência de fiscalização pelo ente público que caracteriza a sua culpa *in vigilando*.

A necessidade de equilíbrio na relação processual, considerando a evidente hipossuficiência dos empregados frente seus empregadores e a Administração Pública na condição de tomadora de serviços, somada aos princípios legalidade e da moralidade que norteiam a Administração Pública, devem atrair o encargo probatório quanto ao cumprimento do poder-dever fiscalizatório do ente público, conforme disposições da Lei 8.666/1993 e por força dos referidos princípios constitucionais.

Nesse contexto, a decisão do Supremo Tribunal Federal no RE nº 760.931, com repercussão geral, que, com base na presunção de legitimidade e de veracidade dos atos administrativos, atribuiu ao empregado o ônus de comprovar a existência de culpa da Administração na fiscalização do contrato com as prestadoras de serviços terminou por inviabilizar a responsabilidade subsidiária dos entes públicos.

Isso tem afetado diretamente a concretização dos direitos trabalhistas, uma vez que aos empregados foi transmitido encargo probatório difícil de ser cumprido, o que é repellido pela legislação vigente, seja sob a ótica do Novo Código de Processo Civil, seja pela ótica da CLT ou mesmo da Constituição Federal.

Referências bibliográficas

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. Vol. 2, Tomo I. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Código de Processo Civil de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 22 de setembro de 2018.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Diário Oficial da União. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 maio 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm> Acesso em: 27 de maio 2018.

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

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2005.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 8ª ed. Salvador: Juspodivum, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito Processual do Trabalho**. 40ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de direito do trabalho**. 6ª ed. Curitiba: Juruá, 2007.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **Curso de Direito Processual do Trabalho, Volume II – Processo de Conhecimento 2**. 1ª Edição. São Paulo: LTr, 2009.