

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p253-277>

ÔNUS DA PROVA ACERCA DE CONDUTA CULPOSA NA FISCALIZAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS DE PRESTADORA DE SERVIÇOS PARA FINS DE RESPONSABILIZAÇÃO SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UM ESTUDO A PARTIR DA TESE FIRMADA NO TEMA 246 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

RVD

Recebido em
23.09.2023
Aprovado em.
21.01.2024

BURDEN OF PROOF ABOUT POSSIBLE FAULT IN THE SUPERVISION OF LABOR OBLIGATIONS OF SERVICE PROVIDERS, FOR PURPOSES OF SUBSIDIARY LIABILITY OF THE PUBLIC ADMINISTRATION, BY VIRTUE OF THE THESIS SIGNED IN TOPIC 246 OF THE BRAZILIAN FEDERAL SUPREME COURT.

Rayell Quenaz Miranda Correia¹

Aline Sueli de Salles Santos²

RESUMO

Invocando os direitos trabalhistas e a dignidade da pessoa humana previstos na Constituição Federal de 1988 e na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), utilizando do método indutivo ao discute-se a legitimidade da transferência ao ente público tomador de serviço do ônus de comprovar a ausência de culpa na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas devidas aos trabalhadores terceirizados pela empresa contratada, para fins de definição da responsabilidade subsidiária do poder público. O próprio Tribunal Superior do Trabalho pacificou por meio de sua Súmula 331, inciso IV, que a administração pública só responde de modo subsidiário se ficar provado que ela agiu com culpa na fiscalização. Ocorre que apesar da pacificação uma importante lacuna foi deixada: quem deve provar essa culpa, o empregado que entrar com a ação ou a administração pública, por meio de inversão do ônus da prova. Fato de grande relevância por existir entendimentos que devem levar em consideração o poder econômico e a capacidade de produzir as provas necessárias para solução do conflito. Essa é a discussão que está presente no Supremo Tribunal Federal, no Tema 1118. Este trabalho é fruto de uma investigação com base em pesquisa bibliográfica, com revisão de legislação, doutrina e jurisprudência, que culminam nos na discussão que foi levada ao pleno do STF.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Direitos Trabalhistas; 2. Dignidade da pessoa humana; 3. Responsabilidade Subsidiária.

¹ Bacharel em Direito, Universidade Católica do Tocantins, Pós-Graduado em Direito e Processo Administrativo (UFT). E-MAIL: rayellmiranda@hotmail.com ou rayellmiranda17@gmail.com ORCID: <https://orcid.org/0009-0002-2179-7568>

² Doutora em Direito pela UnB. Mestre em Direito pela Unisinos. Especialista em Direito Administrativo pelo IDP. Graduação em Direito pela USP. Professora Adjunta do Curso de Direito - UFT e Professora Permanente no Mestrado Profissional em Administração Pública – PROFIAP. E-MAIL alinesalles@uft.edu.br ORCID <https://orcid.org/0000-0003-0990-261X>



<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p253-277>

SUMMARY

Invoking labor rights and the dignity of the human person provided for in the Federal Constitution of 1988 and the Consolidation of Labor Laws (CLT), using the inductive method when discussing the legitimacy of transferring the burden of proving absence to the public entity taking the service of guilt in monitoring compliance with labor obligations owed to workers outsourced by the contracted company, for the purposes of defining the subsidiary responsibility of the public authorities. The Superior Labor Court itself pacified through its summary 331, section IV, that the public administration only responds in a subsidiary way if it is proven that it acted with fault during the inspection. It turns out that despite the pacification, an important gap was left: who must prove this guilt, the employee who files the action or the public administration, by reversing the burden of proof? This is a fact of great relevance as there are understandings that must take into account economic power and the ability to produce the necessary evidence to resolve the conflict, and caution must be exercised when casting votes. This is the discussion that is present in the Brazilian Federal Supreme Court, in Topic 1118. This work is the result of an investigation based on bibliographical research, with a review of legislation, doctrine and jurisprudence, which culminates in the discussion that was taken to the full STF.

KEYWORDS: 1. Labor Rights; 2. Dignity of the human person; 3. Subsidiary Liability.

1 INTRODUÇÃO

O Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 criou a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) que, atualizada ao longo dos tempos, busca unificar as normas trabalhistas com vistas a garantir ampla proteção ao trabalhador.

Com a criação da Lei de Licitações, Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (antiga, mas ainda vigente, lei das licitações e contratos administrativos), tal norma entrou em conflito com o §1º do art. 71 da referida lei, que permitia que o ente público ao terceirizar seus serviços seria apenas fiscalizador do serviço prestado, eximindo-o de qualquer responsabilidade trabalhista perante aqueles que prestavam serviços ao ente estatal mediante empresa contratada.

Isso representa um prejuízo a trabalhadores que, ao prestar serviços ao ente estatal e tendo seus direitos trabalhistas lesados pela empregadora, sem a menor possibilidade de reavê-los, este ao solicitar extrajudicialmente que órgão público arcasse com os encargos trabalhistas não pagos, por ser beneficiário dos serviços prestados, tal solicitação se tornava infrutífera por força da lei mencionada anteriormente, que, não permitia transferir para Administração Pública a

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p253-277>

responsabilidade pelo pagamento dos encargos trabalhistas devido ao inadimplemento do contrato pelo ente privado.

Devido às diversas ações trabalhistas contra o referido artigo que beneficiava a Administração Pública, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) edita a súmula nº 331, inciso IV, responsabilizando subsidiariamente a Administração Pública direta ou indireta pelo inadimplemento das obrigações trabalhista das empresas que prestavam serviço ao ente público e deixavam de garantir os direitos trabalhistas a seus funcionários, como forma de ampará-los (Brasil, 2011).

O Supremo Tribunal Federal (STF) por meio da ADC 16 e a tese firmada no RE 760.931 (Tema 246) modificou o entendimento da súmula do TST entendendo que a administração pública deve ser responsabilizada subsidiariamente quando configurada a culpa *in vigilando* ou *in eligendo* do ente público com relação ao tomador, por falha de fiscalização com relação ao cumprimento das obrigações trabalhistas, relativamente aos contratos de trabalho da empresa que lhe prestou os serviços (Brasil, 2017).

Mas uma questão foi levantada mesmo após esse entendimento; quem tem que provar a culpa? O empregado que entrar com a ação e deve provar que a administração foi omissa na fiscalização? Ou o juiz pode inverter o ônus e mandar que a administração prove que ela não foi omissa na fiscalização? É a discussão que está presente no Supremo Tribunal Federal no RE 1298647, com repercussão geral conhecida no Tema 1118, se cabe ou não inversão do ônus da prova no caso de discussão sobre a culpa da administração pública para caracterizar sua responsabilidade em questões trabalhistas envolvendo terceirizados que lhe prestam serviços.

Infelizmente o problema ainda está em aberto sem nenhuma data definida para julgamento.

Dentro deste contexto, este artigo tem como objetivo geral fazer uma reflexão acerca do ônus da prova de eventual conduta culposa na fiscalização das obrigações trabalhistas de prestadora de serviços, para fins de responsabilização subsidiária da administração pública, a partir de contribuições da área do Direito Administrativo e

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p253-277>

Trabalhista. Com isso, pretende contribuir na discussão qualificada do tema e na orientação de profissionais e pesquisadores que querem atuar na área.

Utiliza-se da pesquisa exploratória envolvendo estudo de caso e posicionamentos relacionados ao tema e revistas, dado ao ponto de vista do procedimento técnico utilizando principalmente a pesquisa bibliográfica e documental.

Para dar melhor ênfase no trabalho, ideias favoráveis ao ente Público e outras favoráveis ao trabalhador foram colocadas em conflitos revelando o que está em jogo após o julgamento do caso concreto, permitindo que o leitor que mesmo tendo um posicionamento pré-determinado sobre de qual lado prefere que a decisão possa favorecer, vislumbre o posicionamento contrário ao seu e possa divergir ao longo da leitura deste artigo científico.

2 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A RESPONSABILIDADE POR ENCARGOS TRABALHISTAS DE SEUS CONTRATADOS

Após a criação da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) em 1943, que unificou as normas trabalhistas existentes e criou novas normas a fim de proteger os trabalhadores contra a exploração de seus empregadores.

A iniciativa privada, sempre participou do serviço público, desde a compra de materiais básicos à prestação de serviços de grande porte, razão esta que para regulamentar essas atividades e não beneficiar empresas específicas foi criado a Lei das licitações de 1993, como forma de acabar com as contratações diretas de alto valor e terceirizar certas atividades do ente público ao setor privado.

A terceirização possui como objetivo a diminuição de custos e melhorar a qualidade do serviço ou produto como forma de atender melhor às mudanças exigidas pela sociedade, como vemos em Barros:

O fenômeno da terceirização consiste em transferir para outrem atividades consideradas secundárias, ou seja, de suporte, atendo-se a

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p253-277>

empresa à sua atividade principal. Assim, a empresa se concentra na sua atividade-fim, transferindo as atividades-meio.

Teoricamente, o objetivo da terceirização é diminuir os custos e melhorar a qualidade do produto ou do serviço. Alguns especialistas denominam esse processo de “especialização flexível”, ou seja, aparecem empresas, com acentuado grau de especialização em determinado tipo de produção (Barros, 2011, p. 356).

Com a lei de licitações muitos serviços que até então eram executados pelos entes públicos passaram a serem executados pelo setor privado, sendo a administração pública apenas fiscalizadora desses serviços, deixando de fiscalizar apenas os encargos trabalhistas. Esta como forma de se proteger de qualquer ação judicial ocasionada pelos empregados das empresas contratadas, como se vê no texto legal:

Art.71 O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.
[...]

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis (Brasil, 1993).

Eximindo de qualquer responsabilidade, mas, não iria perdurar por muito tempo e logo deveria ser reavaliado, seja pelo poder legislativo ou pelo judiciário como ocorreu em 31 de maio de 2011, o TST (Tribunal Superior do Trabalho) publicou na Súmula 331, inciso IV, a responsabilização subsidiariamente a administração pública nas demandas trabalhistas contra as empresas que prestavam serviços ao ente público. Vejamos:

Súmula TST 331 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS.
LEGALIDADE

[...]

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p253-277>

participado da relação processual e constem também no título executivo judicial (Brasil, 2011).

Segundo Francisco Antônio Oliveira (2001, p. 878), a ideia era que o empregado da empresa que prestava serviço ao ente público, ao propor a ação contra a empregadora, deveria incluir o tomador de serviço para que este responda subsidiariamente em caso de ausência de idoneidade econômica ou financeira da empregadora, e posteriormente a tomadora de serviço voltar-se regressivamente contra a empresa fornecedora, como forma de reaver o prejuízo causado.

Alice de Monteiro de Barros ao comentar sobre o dispositivo legal afirma que antes da súmula do TST existia um privilégio injustificado da Administração Pública que supria a dignidade da pessoa humana e os valores sociais dos trabalhadores.

Esse dispositivo, ao resguardar os interesses do poder público, isentando-o do pagamento dos direitos sociais aos que venham a lhe prestar serviços, subverte a teoria da responsabilidade civil e atenta contra a constituição vigente. Ora, admitir a isenção contida nessa norma implica conceder à administração Pública, que se beneficiou da atividade dos empregados, um privilégio injustificável em detrimento da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho preconizados pela própria Constituição, como fundamentos do Estado Democrático de Direito (art.1º, III e IV), (Barros, 2011, p. 426).

Apesar da súmula beneficiar os empregados, houve muitas insatisfações dos entes públicos, ocasionando uma gama de processos perante o Supremo Tribunal Federal com o intuito de modificar o entendimento para que prevalecesse o §1º do art. 71, da Lei 8.666/93, sendo este logicamente mais favorável à administração pública.

O STF, após analisar os diversos recursos e entender que há repercussão geral, julgou na ADC 16 que o §1º do art. 71, da lei 8.666/93 é constitucional, porém, modificando o entendimento da súmula, entendeu que a responsabilidade do poder público não é automática e só deve ser responsabilizada subsidiariamente quando configurada a culpa *in eligendo* ou *in vigilando*, quando estiver demonstrado que a Administração Pública falhou na fiscalização com relação ao cumprimento das

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p253-277>

obrigações trabalhistas, relativamente aos contratos de trabalho da empresa que lhe prestou os serviços.

Vejam os que diz a decisão do STF sobre a ADC 16:

EMENTA: RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art., 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995 (Brasil, 2010).

Após o STF entender que o parágrafo do artigo em questão é constitucional, houve o julgamento do RE 760931, que resultou na seguinte tese no Tema 246:

O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 (Brasil, 2017).

Com a decisão da Suprema Corte, houve uma mudança no entendimento e na Súmula 331 do TST que passou a ser assim disposta, a partir da Resolução 174, de 31 de maio de 2011:

Súmula 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 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

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p253-277>

mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada (Brasil, 2011).

Assim, ações que estavam paradas aguardando o resultado do julgamento, voltaram a ser analisadas e decididas com a aplicação do novo entendimento, principalmente nos Tribunais Regionais, como se pode vislumbrar em novas decisões desses tribunais transcritas a seguir. No TRT de Santa Catarina encontramos:

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. POSSIBILIDADE. O Tribunal Superior do Trabalho, tendo em vista, especialmente, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC-16, alterou, por meio da Resolução nº 174/2011, a redação da sua Súmula nº 331, modificando o teor do item IV e inserindo o item V, no sentido de que "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". No caso dos autos, está evidenciada a conduta culposa da Administração Pública no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666/1993, mormente pela teoria da culpa in vigilando (Processo TRT 12ª Região nº 00434-2009-045-12-00-1. Relatora desembargadora Lília Lenor Abreu)".

Da mesma forma, no TRT de São Paulo também são encontradas decisões nesse sentido .

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. O STF JÁ, ao concluir pela constitucionalidade do art. 71 da Lei 8.666/93, não afastou a possibilidade de, mediante interpretação sistemática com outros dispositivos legais e constitucionais, impor à Administração Pública na qualidade de tomadora de serviços o dever de licitar e fiscalizar de forma eficaz a execução do contrato, nos termos do §1º do art. 67 da Lei 8.666/93 inclusive no tocante ao adimplemento de direitos trabalhistas, de forma que, constatada, no caso concreto, a violação desse dever fiscalizatório, continua plenamente cabível imputar responsabilidade subsidiária à Administração Pública por culpa "in vigilando (Processo TRT/SP nº 0000016- 68.2010.5.02.0471. Relator Desembargador Alvaro Alves Noga)".

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p253-277>

E ainda:

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. Diante do julgamento da ADC 16 pelo E. STF e do item “V” da Súmula 331 do C. TST, não há que se falar em condenação subsidiária apenas em razão da inadimplência da empresa contratada para com seus empregados, mister se faz a efetiva e concreta comprovação da culpa por parte da Administração Pública, demonstrando que eventual falha ou falta de fiscalização teria sido causa da inadimplência do empregador, o que não se coaduna ao caso em tela (Processo TRT/SP nº 00324.2007.077.02.00-7. Relatora Desembargadora Soraya Galassi Lambert) (Brasil).

Como observado nos julgados anteriores, a nova interpretação já está sendo aplicada, em alguns casos foi entendido que deveria responsabilizar o ente público e em outros casos que este não teria responsabilidade subsidiária, devendo tanto o juiz como os desembargadores averiguar corretamente o cabimento da responsabilidade do órgão estatal.

Com o julgado do STF no Tema 246 a administração pública só responde ao processo se ficar comprovado que a mesma agiu com culpa ao não fiscalizar se a empresa prestadora de serviço estava em dia com suas obrigações trabalhistas e cumprindo como determina a lei, para evitar a lesão aos direitos trabalhistas e ao mesmo tempo dar um salvaguarda ao ente público, já que, a súmula na redação anterior o responsabilizava independente de dolo ou culpa.

Ou seja, o TST quando reconheceu a responsabilidade subsidiária do ente público nos contratos terceirizados, vislumbrou que o artigo que isentava a mesma de eventuais demandas judiciais protocoladas pelos prestadores dos serviços, supria direitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana e direitos trabalhistas, pois quando o órgão público assina um contrato de prestação de serviço, ele deve assumir o risco administrativo, o que não acontecia, quando se tratava de encargos trabalhistas.

Parte dessas empresas no decorrer dos processos, decretavam falências ou simplesmente sumiram com todo o patrimônio, deixando à mercê os trabalhadores, enquanto a administração pública se beneficiava dos trabalhos prestados sem ter responsabilidade em eventuais demandas trabalhistas.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p253-277>

Apesar do TST ter reconhecido a vulnerabilidade do trabalhador quando editou a súmula em questão, o entendimento do STF modificou em parte a interpretação, dando uma salvaguarda a Administração Pública ao alegar que deve haver a “culpa *in eligendo* ou culpa *in vigilando*” que é aquela decorrente da falta de atenção com o procedimento de outrem, cujo ato ilícito o responsável deve pagar.

Estabelece, assim, que em eventual demanda trabalhista o juiz tenha que analisar se houve omissão ou falta de fiscalização do órgão público diante do inadimplemento do empregador, para que a administração deva responder ao processo e arcar com as obrigações trabalhistas, caso a empresa não tenha condições o suficientes de arcar com tais obrigações e acontecer uma das hipóteses mencionadas anteriormente.

Posteriormente, a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, criada para substituir a antiga lei de licitações, introduziu a decisão do STF, no que se refere à responsabilidade subsidiária do ente público quando comprovado a falha na fiscalização e caso não comprovado, iria isentar a mesma.

Art. 121. Somente o contratado será responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

[...]

§ 2º Exclusivamente nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, a Administração responderá solidariamente pelos encargos previdenciários e subsidiariamente pelos encargos trabalhistas se comprovada falha na fiscalização do cumprimento das obrigações do contratado (Brasil, 2021).

Apesar da Lei nº 14.133/2021 ter surgido para substituir a antiga lei de licitações, esta trouxe novas restrições como mencionado anteriormente, determinado somente que nos contratos de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, a Administração Pública responderá solidariamente pelos encargos previdenciários e subsidiariamente pelos encargos trabalhistas por falha na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p253-277>

Ainda no §3º do mesmo artigo da lei e para o mesmo tipo de contrato é previsto que a administração tome medidas para fins de assegurar o cumprimento de obrigações trabalhistas pelo contratado, entre outras:

Art. 121, §3º [...]

I - exigir caução, fiança bancária ou contratação de seguro-garantia com cobertura para verbas rescisórias inadimplidas;

II - condicionar o pagamento à comprovação de quitação das obrigações trabalhistas vencidas relativas ao contrato;

III - efetuar o depósito de valores em conta vinculada;

IV - em caso de inadimplemento, efetuar diretamente o pagamento das verbas trabalhistas, que serão deduzidas do pagamento devido ao contratado;

V - estabelecer que os valores destinados a férias, a décimo terceiro salário, a ausências legais e a verbas rescisórias dos empregados do contratado que participarem da execução dos serviços contratados serão pagos pelo contratante ao contratado somente na ocorrência do fato gerador.

Portanto, a fiscalização dos contratos pela Administração Pública sobre as prestadoras de serviços é ponto central desta discussão e tem que acontecer, como uma exigência legal, mas só pode se dar nos limites e rigores da lei, sem que o ente público assuma uma função de administrador do ente privado e interfira na sua autonomia. A nova lei de licitação expressa, em seu art. 117, essa obrigação de fiscalizar, que já existia na antiga Lei de Licitações, em seus artigos 58, inciso III e 67.

Art. 117. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por 1 (um) ou mais fiscais do contrato, representantes da Administração especialmente designados conforme requisitos estabelecidos no art. 7º desta Lei, ou pelos respectivos substitutos, permitida a contratação de terceiros para assisti-los e subsidiá-los com informações pertinentes a essa atribuição (Brasil, 2021).

Ressalte-se que a mesma lei prevê no art. 50 que naquelas contratações em que está prevista a responsabilidade subsidiária da administração, quais sejam, as de serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, o contratado deverá apresentar, sempre que solicitado pela Administração, comprovação do cumprimento

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p253-277>

das obrigações trabalhistas e com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) em relação aos empregados diretamente envolvidos na execução do contrato, sob pena de multa.

Apesar de pacificado o tema no STF e sendo a interpretação adicionada na Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, validando a responsabilidade subsidiária do órgão público em demandas trabalhistas, surgiu uma lacuna, que em caso de responsabilidade subsidiária da empresa tomadora do serviço: quem tem que provar a culpa? A quem vai recair o ônus da prova? Essa é a discussão que está presente no STF, Tema 1118, com leading case o RE 1298647, se cabe, ou não, inversão do ônus da prova.

O tema em questão, por ter repercussão geral reconhecida em dezembro de 2020, influência em todos os processos, pois decisões do STF têm força vinculante. Ao Judiciário compete interpretar as leis quando há lacunas a serem preenchidas, não podendo a sociedade e a administração pública por vezes aguardar o andamento de decisões do Legislativo para a complementação dessas lacunas, cabendo posteriormente ao este analisar a decisão e, quiçá, transformá-la em lei, como ocorreu com a decisão do STF no Tema 246, que após análise e algumas modificações, foi incorporado na Lei nº 14.133/2021.

3 O ÔNUS DA PROVA

Por mais que o Estado possuía apenas culpa quanto aos direitos trabalhistas lesados dos empregados pelas empresas prestadora do serviço, deve se entender que o empregado e a parte mais vulnerável da ação, não tendo condições o suficientes de produzir as provas necessárias, sendo que o tomador de serviço possuir maior facilidade na obtenção, devendo esta provar que não foi omissa na fiscalização.

Deve-se entender que, por ter maior poder, sendo este o sujeito político e econômico mais poderoso, possui melhores condições de responder o processo sendo o menos prejudicado, inclusive quando a sentença é contrária aos interesses do Estado, devido à teoria do risco administrativo.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p253-277>

O indivíduo, ao contrário do Estado, tem posição de subordinação, mesmo que protegido por inúmeras normas do ordenamento jurídico. Sendo assim, não seria justo que, diante de prejuízos oriundos da atividade estatal, tivesse ele que se empenhar demasiadamente para conquistar o direito à reparação dos danos (Carvalho Filho, 2010, p. 504).

Sendo o lesado o sujeito mais fraco da relação, não seria justo que ele tivesse que empenhar demasiadamente para provar que seus direitos foram violados, para que houvesse a reparação do dano, os custos e o tempo que gastaria para o levantamento das provas seria muito altos, ainda mais que as defensorias públicas não atuam na justiça do trabalho.

Tendo o Estado, todo um aparato jurídico para se auto proteger de eventuais processos, além de ter uma capacidade exímia e jurídica para uma maior facilidade na produção de provas quando necessário, sendo que o ente público quando assina um contrato assume o risco administrativo tendo melhores condições de produzir as provas.

Demonstrado que, o Estado e o ente mais forte da relação e deve assumir o risco administrativo mesmo agindo por culpa na fiscalização das obrigações trabalhistas, a inversão do ônus da prova sempre deve favorecer a parte mais fraca, como descrito na CLT e também no Código de Processo Civil e no Código de Defesa do Consumidor.

E na CLT, com redação atualizada pela Lei nº 13.467/2017:

Art. 818 [...]

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos deste artigo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juízo atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído (Brasil, 1943).

É expressão do Direito do Trabalho parte de uma premissa que, no vínculo empregatício, o trabalhador está em clara posição de hipossuficiência em relação ao

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p253-277>

empregador (tomador de serviço), podendo ser facilmente manipulado e não ter capacidade o suficiente de levantar as provas necessárias. (Calcini; Carvalho, 2021).

O fato de ser mencionado o ônus da prova de outros dispositivos além da CLT, e simplesmente por ela mesma, já prevê que na falta de dispositivos para atender o caso em questão, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito trabalhista como mencionado no art. 769 da CLT, que, apesar do trabalho brilhante na sua criação, já há muitas lacunas que precisam ser modernizadas com as novas relações trabalhistas da sociedade moderna. (Pereira, 2013, p. 164).

Por esta razão é razoável que decisões judiciais na justiça do trabalho façam uso de outros dispositivos para sua complementação, permitindo exceções para o uso de legislações subsidiárias do CPC, nos seguintes termos:

a própria CLT autoriza a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil ao processo do trabalho, desde que haja o preenchimento de 2 requisitos cumulativos: a) Lacuna (omissão) na CLT; b) Compatibilidade com os princípios e regras que regem a ciência processual trabalhista (Pereira, 2013, p. 164)

No Código de Processo Civil encontramos a previsão de inversão do ônus probatório nos seguintes termos:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

[...]

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído (Brasil, 2015).

Ou seja, reconhece-se a possibilidade do ônus da prova ser atribuído à parte com maiores condições de cumprir a incumbência.

No Código de Defesa do Consumidor, a inversão do ônus da prova a seu favor aparece como direito básico do consumidor, no art. 6º, VIII “quando, a critério do juiz,

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p253-277>

for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”. De maneira reflexa, declara no art. 51, VI, como nula de pleno direito as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor. (BRASIL, 1990).

Pode-se observar, nas leis mencionadas anteriormente, quando se trata da inversão do ônus da prova, este deve ser benéfico à parte mais fraca do processo, devendo ser solicitado por ela ou então o próprio juiz de ofício com decisão fundamentada para realizar a inversão do ônus da prova, garantindo a prevalência dos direitos.

O próprio STJ (Superior Tribunal de Justiça), já vem entendendo que a aplicação da inversão do ônus da prova deve ser na fase de saneamento, além de permitir que a inversão prevista do CDC, possa ser aplicada em outros casos concretos.

Além das demandas envolvendo Direito do Consumidor, o STJ já tem admitido a aplicação dessa teoria em outros casos concretos, com base numa interpretação sistemática e constitucionalizada da legislação processual em vigor (cf. STJ, REsp 1.286.704/SP; REsp 1084.371/RJ; REsp 1.189.679/RS; e RMS 27.358/RJ) (Alvim; Moreira, 2015).

Aqui um exemplo de uma decisão do STJ:

Diante da discussão do momento adequado para essa inversão, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já pacificou o entendimento de que seria na fase de saneamento do processo, a fim de permitir, “à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade para apresentação de provas” (STJ, REsp 802.832/MG, 2ª Seção).

Portanto, não importa se a Administração Pública foi omissa ou não na fiscalização, ela por si só e o sujeito mais forte da relação trabalhista tendo melhores condições de levantar as provas necessárias para resguardar os direitos dos empregados, devendo o ente público provar que não foi omissa na fiscalização, seja a

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p253-277>

pedido do empregado que entrar com a ação ou do próprio juiz, que pode inverter o ônus e mandar que a administração prove que não foi omissa.

4 RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR OMISSÃO E A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.

A responsabilidade do Estado a terceiros prejudicados se encontra respaldada na Constituição, responsabilizando as pessoas jurídicas de direito público e privado garantindo o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Art. 37 [...]

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (Brasil, 1988).

Esta discussão sobre responsabilidade era tradicionalmente mais voltada para acidentes que os agentes causarem a terceiros, mas não era aplicado no âmbito trabalhista, até porque, existia o respaldo §1º do art. 71, da Lei 8.666/93, que posteriormente foi superado pela Súmula 331, inciso IV do TST e. agora adequado à ADC 16 do STF, devendo o ente público responder por dolo ou culpa em relação à responsabilidade de verbas trabalhistas de terceirizados.

A configuração da responsabilidade civil do Estado em condutas omissivas exigiria culpa ou dolo, com base na teoria da culpa do serviço público, de acordo com um parte da doutrina³ e da jurisprudência, que seria o caso da omissão do Estado ao não fiscalizar o prestador de serviço. Para Di Pietro (2010, p. 655) a omissão deve ser ilícita para que o Estado seja responsável na reparação do dano, assim considerada dentro do seria razoável e possível exigir do Estado para impedir o dano.

³ “Com algumas nuances referentes aos fundamentos, pode-se mencionar, entre outros que adotam a teoria da responsabilidade subjetiva em caso de omissão, José Cretella Júnior (1970, v. 8:210), Yussef Said Cahali (1995:282-283), Álvaro Lazzarini (RTJSP 117/16), Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1979, vol. II:487), Celso Antônio Bandeira de Mello (RT 552/14). É a corrente a que também me filio. A maioria da doutrina, contudo, parece pender para a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva do Estado, em casos de sua omissão.” (Di Pietro, 2020, p. 1508)

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p253-277>

Não é obrigatório quando a Administração Pública é incluída no processo em que o trabalhador que teve seus direitos lesados pela empresa prestadora de serviço tenha que provar se esta agiu com dolo ou culpa, quando seus direitos trabalhistas estavam sendo suprimidos. Haveria o que é apontado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro como presunção de culpa:

O lesado não precisa fazer a prova de que existiu culpa ou dolo. Ao Estado é que cabe demonstrar que agiu com diligência, que utilizou os meios adequados e disponíveis e que, se não agiu, é porque a sua atuação estaria acima do que seria razoável exigir; se fizer essa demonstração, não incidiria a responsabilidade (Di Pietro, 2010, p. 656).

Como dito anteriormente, deve o Estado demonstrar que agiu com diligência, que não houve omissão de sua parte na fiscalização, por ser ele o beneficiário do serviço e a parte mais forte da ação sendo o menos prejudicado em eventual sentença condenatória, não podendo ir além de sua competência na fiscalização, agindo no limite do possível, para não incidir na responsabilidade.

No mais, apesar da nova lei de licitação buscar um equilíbrio entre ambas as partes, alguns juristas defendem que é irrelevante dizer se o Estado deu causa ou não ao direito lesado do reclamante, devendo este responder pelo inadimplemento das obrigações sem restrições, como defende Alice Monteiro de Barros.

A responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços funda-se na existência do risco, assumido pela Administração Pública ao contratar com prestadora de serviços inadimplente, e ter-se beneficiado da força de trabalho dos empregados contratados por esta última (Barros, 2011, p. 427).

Apesar de ser razoável a compreensão que o ente estatal e o mais forte da relação trabalhista, devendo recair sobre ele o ônus da prova acerca de eventual conduta culposa na fiscalização das obrigações trabalhistas de prestadoras de serviço público, o próprio STF demonstrou em suas decisões no Tema 246 e na ADC 16, que sempre busca um equilíbrio de suas decisões que beneficie ambas as partes.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p253-277>

Desta forma, mesmo após a decisão do STF, alteração da Súmula do TST e positividade na Lei 14133/2021 da responsabilidade subjetiva subsidiária do ente estatal para o pagamento de verbas trabalhistas, a lacuna relativa ao ônus da prova foi deixada, sendo necessária a sua elucidação, novamente pelo STF.

O RE 1298647 chegou ao STF em 11 de novembro de 2020 e no dia 11 de dezembro do mesmo ano foi decidido pela maioria dos ministros que há repercussão geral como dito anteriormente.

Originário do Estado de São Paulo, tendo como recorrente o próprio Estado, teve como indexação o seguinte assunto:

DIREITO DO TRABALHO | Responsabilidade Solidária / Subsidiária | Tomador de Serviços / Terceirização, DIREITO DO TRABALHO | Rescisão do Contrato de Trabalho | Verbas Rescisórias, DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO | Atos Processuais | Nulidade | Nulidade - Não observância da Reserva de Plenário (Brasil, 2023).

Colocado para apreciação no plenário virtual se ele poderia ser apreciado, apresentando ou não os requisitos constitucionais para tanto, apenas dois ministros realizaram manifestações: o Ministro Luiz Fux e o Ministro Marco Aurélio. Os demais ministros apenas votaram se ao RE deveria ser dado seguimento, sendo matéria de repercussão geral ou não.

Naquele momento, o min. Marco Aurélio alegou em seu voto que não se tratava de matéria constitucional, não sendo a corte competente para julgá-lo, como se pode desprender deste trecho do voto:

O tema não possui envergadura constitucional. Eventual contrariedade à legislação de regência não autoriza, por si só, a atuação do Supremo no campo extraordinário, exceto quando revelar subversão do figurino constitucional maior, o que não demonstrado no caso. É impróprio o lançamento do recurso, no Plenário Virtual, a fim de reconhecer-se a repercussão geral – artigo 102, inciso III, § 3º, da Carta da República. Pronuncio-me no sentido da inexistência de matéria constitucional (Brasil, 2023).

Já o min, Luiz Fux manifestou que a matéria em questão se tratava de uma lacuna deixada nos julgamentos da ADC 16 e no Tema 246 do STF, ambas ações

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p253-277>

julgadas e já transitadas em julgado, e sendo o RE 1298647, uma extensão dessas duas matérias já acolhidas pela corte, deveria ser julgado pela Corte.

Configura-se, assim, a relevância da matéria sob as perspectivas econômica, social e jurídica (artigo 1.035, § 1º, do Código de Processo Civil), bem como a transcendência da questão cuja repercussão geral ora se submete ao escrutínio desta Suprema Corte. Nesse sentido, tenho que a controvérsia constitucional em apreço ultrapassa os interesses das partes, avultando-se relevante do ponto de vista econômico, político, social e jurídico.

[...] manifesto-me pela EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL SUSCITADA e submeto a matéria à apreciação dos demais Ministros da Corte (Brasil, 2023).

A decisão foi tomada por maioria de votos, tanto reputando a constitucional a questão, bem como o reconhecimento da existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. Assim, esta é a ementa do julgado que decidiu pela adoção de repercussão geral:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR ENCARGOS TRABALHISTAS GERADOS PELO INADIMPLEMENTO DE EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS CONTRATADA. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 16 E RECURSO EXTRAORDINÁRIO 760.931. TEMA 246 DA REPERCUSSÃO GERAL. RESPONSABILIZAÇÃO SUBSIDIÁRIA AUTOMÁTICA DA ADMINISTRAÇÃO. MERA PRESUNÇÃO DE CULPA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. MULTIPLICIDADE DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS. PAPEL UNIFORMIZADOR DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RELEVÂNCIA DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL. MANIFESTAÇÃO PELA EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

Assim, firmou-se o Tema 1118 com a seguinte redação: “Ônus da prova acerca de eventual conduta culposa na fiscalização das obrigações trabalhistas de prestadora de serviços, para fins de responsabilização subsidiária da Administração Pública, em virtude da tese firmada no RE 760.931 (Tema 246).” (BRASIL, 2023).



<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p253-277>

Posteriormente, a relatoria da ação foi sorteada no dia 03 de março de 2021, para o min. Kassio Nunes Marques, e passou a receber diversos requerimentos de “*amici curiae*”, buscando participar do processo e fornecer contribuições para auxiliar no julgamento. Por ser uma ação que pode impactar financeiramente o poder público, a União, os 26 (vinte e seis) Estados da federação, o Distrito Federal, o município de São Paulo e a Petróleo Brasileiro S.A. Petrobrás requereram e ingressaram como tal.

Por ser também uma ação que versa sobre direitos trabalhistas, foram aceitos também duas entidades sindicais de trabalhadores (Federação Nacional dos Sindicatos de Empresas de Recursos Humanos, Trabalho Temporário e Terceirizado - FENASERHTT; e Central Única Dos Trabalhadores - CUT), associações de magistrados e advogados trabalhistas (Associação Brasileira de Advogados Trabalhistas - ABRAT; e Associação Brasileira de Magistrados do Trabalho - ABMT), além da Associação Brasileira das Secretarias de Finanças das Capitais - ABRASF. Houve ainda solicitação de outras entidades sindicais e municípios para ingresso como *amicus curiae*, mas que não foram aceitos por não preencherem os requisitos necessários.

Desde o dia 1º de março de 2023, o processo se encontra concluso ao relator, aguardando apenas a liberação para o julgamento e o seu voto.

Mas vale ressaltar que antes de chegar a essa fase, os Estados solicitaram que todos os processos que possuem relação com o Tema 1118 fossem suspensos até que o STF decida sobre a tese da responsabilidade do Estado calcada na inversão do ônus da prova de fiscalização dos contratos.

O min. relator Nunes Marques, ao analisar o pedido, entendeu em 26 de abril de 2021, que isso prejudicaria o recebimento das verbas trabalhistas pelos empregados, e devido à vulnerabilidade dos trabalhadores e natureza alimentar de tais verbas seria ferido o princípio do mínimo existencial, o que levou ao indeferimento do pedido dos Estados.

Com esta decisão, foi garantido que os trabalhadores que tinham ações em curso contra o ente público que estavam paradas, voltassem a se movimentar, garantindo assim o direito de receber as verbas trabalhistas e sob o argumento de que

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p253-277>

paralisar a tramitação de milhares de ações em todo o país contraria o princípio da eficiência e a garantia de acesso ao Judiciário, podendo gerar tumulto processual afetando o funcionamento da Justiça do Trabalho (Espinosa, 2022).

Apesar de ser uma decisão interlocutória, demonstra mais uma vez o reconhecimento da fragilidade do trabalhador ante o poder público, reforçando a percepção que o ônus da prova não pode recair sobre essa parte do processo. Nesta linha,

Sustentam alguns autores que o ônus da prova da fiscalização deve recair sobre a Administração Pública demandada, que terá que demonstrar haver praticado todos os atos administrativos de fiscalização do adimplemento, pelo empregador, de suas obrigações trabalhistas referentes aos trabalhadores terceirizados.

Os defensores de tal entendimento defendem que seria praticamente impossível para cada trabalhador terceirizado produzir a prova de natureza negativa, ou seja, de que o ente público para o qual prestou serviços não praticou os atos fiscalizatórios a que estava obrigado, situação que justificaria o deslocamento do *ônus probandi* nos termos legais (Espinosa, 2022).

Entretanto, deve-se ter cautela ao dar mais esta responsabilidade ao Estado, pois, mesmo que a iniciativa privada consiga ser isentar e deixar que o ente estatal arque com tais verbas, este, por sua vez, como forma de se prevenir, poderá (tentar) entrar em atribuições que não lhe pertence, invadindo competência exclusiva da iniciativa privada, criando um mal estar entre contratante e contratado, desestimulando a colaboração público-privada, e sendo prejudicial ao Estado, como salientou o min. Alexandre de Moraes na ADC 16.

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 (Brasil, 2017).

O desestímulo de parceria público-privada pode inviabilizar a modernização do Estado Brasileiro, ao mesmo tempo em que quanto mais direitos os trabalhadores ganham mais o Estado Brasileiro se torna inóspito para investimentos, perdendo

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p253-277>

inclusive parcerias importantes, como dito anteriormente, o ente público por deter maior poder aquisitivo e o mais forte da relação e mesmo que perda a ação, não será muito afetado caso a decisão não fosse favorável ao trabalhador, por outro lado quando se trata da iniciativa privada mesmo tendo maior poder econômico em uma ação trabalhista, decisões desfavoráveis são mais prejudiciais do que para o Estado, não encontrando respaldo jurídico e tendo o trabalhador mais direitos que não estão previstos na CLT e o ente público adentrando cada vez mais na iniciativa privada, pode influenciar a não haver mais parcerias público privadas.

A partir do estudo para este artigo, parece haver uma tendência que a decisão seja favorável ao trabalhador com limitações ou ressalvas, que seria decidir se haverá condicionantes para a inversão do ônus da prova e os limites da administração pública de adentrar nas competências e autonomia dos entes privados contratados, para fins de evitar a sua responsabilidade subsidiária subjetiva. Mas é necessário aguardar o julgamento deste RE e a tese a ser firmada para o Tema 1118.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93 buscava isentar a administração pública de qualquer responsabilidade trabalhista envolvendo seus contratos administrativos, que mais tarde foi superado por decisão do TST e STF e positivado, em parte, na Lei nº 14.133/2021, como foi visto ao longo do artigo.

Apesar da decisão de ambos os tribunais e o surgimento da nova lei de licitações, favorecendo o trabalhador ao colocar o ente público para responder subsidiariamente aos processos, infelizmente deixou uma lacuna, que é em relação ao ônus da prova acerca de eventual conduta culposa na fiscalização das obrigações trabalhistas de prestadora de serviços, para fins de responsabilização subsidiária da Administração Pública.

Vislumbrado no decorrer do artigo, é perceptível que tal decisão afetaria diretamente a Administração Pública quanto à capacidade que ela teria de fiscalizar se as obrigações trabalhistas estão sendo cumprida como manda a lei, e ao trabalhador

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p253-277>

que afetaria diretamente os princípios fundamentais como é o caso da dignidade da pessoa humana e da capacidade que ele teria quanto ao levantamento das provas caso não houvesse a inversão do ônus da prova.

Afinal quem teria que provar a culpa? O empregado que entrar com a ação e deve provar que a administração foi omissa na fiscalização? Ou o juiz pode inverter o ônus e mandar que a administração prove que ela não foi omissa na fiscalização, quem teria melhores condições de elaborar esta prova?.

É visível que o trabalhador é a parte mais vulnerável da ação processual na seara trabalhista, e apesar de ser uma percepção evidente, a inversão do ônus da prova em seu favor ainda é matéria em discussão, em sede de repercussão geral no Supremo Tribunal Federal, por meio do RE 1298647, Tema 1118. São 11 (onze) ministros que irão decidir a quem deve recair o ônus da prova, não sendo possível saber como será a decisão de cada ministro, como eles realmente vão votar ou se vão buscar um consenso que busque equilibrar os interesses tanto da administração como dos trabalhadores.

Por último, sendo o ente público o detentor de maior poder econômico e técnico, mesmo sendo ele prejudicado em eventual decisão que favoreça os trabalhadores com o reconhecimento da inversão do ônus da prova, o impacto deste seria, potencialmente, de menor monta comparada uma decisão contrária aos empregados, que não tem, a priori, capacidade econômica e técnica de fazer o levantamento das provas necessárias. Espera-se, portanto, cautela em cada voto dos ministros do STF, pela questão a ser decidida envolver, ainda que indiretamente, a dignidade da pessoa humana e direitos constitucionais trabalhistas, que correm o risco de serem concretamente suprimidos em eventual decisão que possa favorecer por completo a Administração Pública.

REFERÊNCIAS

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p253-277>

ALVIM, R.; MOREIRA, F., **Distribuição dinâmica do ônus da prova no novo CPC, 2015**. Disponível em <https://cpcnovo.com.br/blog/carga-dinamica-da-prova> acesso em: 08 out. 2018.

BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. 7ª ed. São Paulo: LTR Editora, 2011.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 331**. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html. Acesso em: 06 de mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 16, RE 760.931/SP**. Relator: Alexandre De Moraes, 22 de Ago. de 2022. DJe 23/08/2022. Disponível em: [Ghttps://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur468349/false](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur468349/false). Acesso em: 06 de GMar. de 2023.

BRASIL.. Supremo Tribunal Federal. **RE 1.298.647/SP**. Relator: Kassio Nunes Marques. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6048634>. Acesso em: 06 de Jul. de 2023.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 01 de maio de 1943. **Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 25 fev. 2023.

BRASIL. **Lei nº. 13.105, de 16 de Março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em 06 Março de 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de Setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em 06 Março de 2023.

BRASIL. **Lei Nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em 06 Março de 2023.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/leis/l8625.htm>. Acesso em 01/03/2023

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14133.htm. Acesso em: 14 março de 2023.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p253-277>

CALCINI, R.; CARVALHO, T. **A terceirização e o ônus de prova: aplicação da Lei de Acesso à Informação**. Consultor Jurídico, 15 de Abril de 2021. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-abr-15/pratica-trabalhista-terceirizacao-onus-prova-aplicacao-lei-acesso-informacao>. Acesso em 16 de Maio de 2023.

ESPINOSA, Marcello. O ônus da prova do cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da prestadora de serviços nos contratos de terceirização firmados pela administração municipal. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 27, n. 7036, 6 out. 2022. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/100457>. Acesso em: 13 abr. 2023.

CRISPIM, Carlos Alberto. **Efeitos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADC n. 16 na jurisdição trabalhista**, TRT 12ª Região, 2011. Disponível em: <http://www.trt12.jus.br/portal/areas/ascom/extranet/artigoCrispim.jsp>. Acesso em: 06 mar. 2023.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23 ed. São Paulo: Atlas S.A, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 24 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

OLIVEIRA, Francisco Antônio. **Comentários aos enunciados do TST**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PEREIRA, Leone. **Prática Trabalhista**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

RUBIN, F. Teoria geral da prova: do conceito de prova aos modelos de constatação da verdade, 2014. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/teoria-geral-da-prova-do-conceito-de-pr>. Acesso em: 16 maio. 2023.