



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO**  
**PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO E PROCESSO DO TRABALHO**

**ELIAS MACHADO DOS SANTOS**

**A RECENTE TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA  
PROVA E SUA APLICABILIDADE NA RESPONSABILIDADE  
SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR ENCARGOS  
TRABALHISTAS DECORRENTE DE INADIMPLEMENTO DA  
EMPRESA TERCEIRIZADA**

Salvador  
2017

**ELIAS MACHADO DOS SANTOS**

**A RECENTE TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA  
PROVA E SUA APLICABILIDADE NA RESPONSABILIDADE  
SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR ENCARGOS  
TRABALHISTAS DECORRENTE DE INADIMPLEMENTO DA  
EMPRESA TERCEIRIZADA**

Monografia apresentada como requisito à obtenção da aprovação no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito e Processo do Trabalho, Faculdade Baiana de Direito.

Salvador  
2017

**ELIAS MACHADO DOS SANTOS**

**A RECENTE TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA  
PROVA E SUA APLICABILIDADE NA RESPONSABILIDADE  
SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR ENCARGOS  
TRABALHISTAS DECORRENTE DE INADIMPLEMENTO DA  
EMPRESA TERCEIRIZADA**

Monografia apresentada como requisito à obtenção da aprovação no Curso de Pós-Graduação  
Lato Sensu em Direito e Processo do Trabalho, Faculdade Baiana de Direito.

Aprovada em: Salvador, \_\_\_/\_\_\_/2017

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Primeiramente a Deus, por estar sempre abrindo meus caminhos, depois a minha família e meus amigos que me ajudam em todos os momentos a buscar o conhecimento e aplicá-lo para o bem maior.

O cachorro magro e com muita fome, avistou o gato e foi em sua direção com o objetivo de abatê-lo para saciar sua vontade de comer, o gato agilmente pulou para o muro e fugiu, o cachorro apenas utilizou a força e seu conhecimento para pegar mais uma refeição, o gato utilizou toda sua força e seu conhecimento para salvar sua vida.

RAINHA de Katwe, Filme, Direção Mira Nair, 2016, Duração 2h 04 min.

SANTOS, Elias Machado. **A recente teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova e sua aplicabilidade na responsabilidade subsidiária da administração pública por encargos trabalhistas decorrente de inadimplemento da empresa terceirizada.** 73 f. 2017. Monografia (Pós-Graduação) - Faculdade Baiana de Direito, Salvador, 2017.

## RESUMO

A presente obra tem a finalidade de estudar a aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova na responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas decorrente de inadimplemento da empresa terceirizada. Analisa o conceito de prova, seus princípios norteadores, objeto da prova e os meios de prova. Abordar o ônus da prova, conceito, distinção entre ônus, dever e obrigação, ônus subjetivo e ônus objetivo, a inversão do ônus da prova, momento para inverter o ônus e a problemática do ônus da prova do fato negado. Estudar o conceito distribuição dinâmica do ônus da prova, os princípios que fundamentam a aplicação da partilha probante, a crise do ônus da prova e o surgimento da dinâmica da produção da prova e a regulamentação da distribuição dinâmica do ônus da prova. Examina detalhadamente a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho, a fundamentação para aplicação deste instrumento probatório, o momento para aplicar a partilha da prova no processo e a resolução da problemática na Justiça do Trabalho do fato negativo com a chegada da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. Seguindo o raciocínio, relata-se a respeito da terceirização, seu conceito, sua história, o surgimento no Brasil e sua atualidade. E por fim, analisa a responsabilidade subsidiária, o conceito, a responsabilidade objetiva e subjetiva do Estado nos contratos de prestação de serviços, a responsabilidade subsidiária do ente público, o ônus da prova na responsabilidade subsidiária da Administração Pública, a prova diabólica e a aplicação da partilha da prova na responsabilidade subsidiária da Administração Pública.

Palavras-chave: Direito processual do Trabalho. Prova. Ônus da prova. Terceirização. Responsabilidade subsidiária. Distribuição dinâmica do ônus da prova.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>8</b>
<b>2</b>	<b>PROVA</b>	<b>11</b>
2.1	CONCEITO DE PROVA	11
2.2	PRINCÍPIOS DA PROVA EM DESTAQUE NO PROCESSO DO TRABALHO	12
2.3	OBJETO DA PROVA	16
2.4	MEIOS DE PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO	17
<b>3</b>	<b>ÔNUS DA PROVA</b>	<b>24</b>
3.1	CONCEITO DE ÔNUS DA PROVA	24
3.2	DISTINÇÃO ENTRE ÔNUS, DEVER OU OBRIGAÇÃO	25
3.3	ÔNUS SUBJETIVO E ÔNUS OBJETIVO	26
3.4	INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NA JUSTIÇA DO TRABALHO	27
3.5	MOMENTO DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO	28
3.6	ÔNUS DA PROVA DO FATO NEGADO PELO TOMADOR DE SERVIÇO	29
<b>4</b>	<b>DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA</b>	<b>30</b>
4.1	CONCEITO DE DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA	30
4.2	PRINCÍPIOS COMPATÍVEIS COM APLICABILIDADE DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA	31
4.3	A CRISE DO ÔNUS DA PROVA ESTÁTICO E O SURGIMENTO DO ÔNUS DA PROVA DINÂMICO	34
4.4	A RECENTE REGULAMENTAÇÃO DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NA JUSTIÇA DO TRABALHO	35
<b>5</b>	<b>DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO</b>	<b>38</b>
5.1	DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA	38
5.2	FUNDAMENTAÇÃO PARA APLICAÇÃO DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO	39
5.3	MOMENTO PARA APLICAÇÃO DO ÔNUS DINÂMICO DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO	40

5.4	RESOLUÇÃO DO PROBLEMA NA JUSTIÇA DO TRABALHO DO FATO NEGATIVO COM A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA	41
<b>6</b>	<b>TERCEIRIZAÇÃO</b>	<b>43</b>
6.1	CONCEITO DE TERCEIRIZAÇÃO	43
6.2	HISTÓRIA DA TERCEIRIZAÇÃO	45
6.3	SURGIMENTO DA TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL	46
6.4	TERCEIRIZAÇÃO NA ATUALIDADE	48
<b>7</b>	<b>RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA</b>	<b>50</b>
7.1	CONCEITO DE RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA	50
7.2	RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO NOS CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO	52
7.3	RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	53
7.4	ÔNUS DA PROVA NA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	56
7.5	PROVA DIABÓLICA	58
7.6	APLICAÇÃO DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	59
<b>8</b>	<b>CONCLUSÃO</b>	<b>62</b>
	<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>66</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O intuito desta obra é demonstrar que o artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho e subsidiariamente ou supletivamente o artigo 373 do Código de Processo Civil dificulta o ônus probatório ao trabalhador terceirizado que concedeu sua força laboral para Administração Pública mediante contrato administrativo com a empresa prestadora de serviço, que deixa de adimplir com suas obrigações trabalhistas perante o obreiro, atraindo para si o ônus de provar quanto à ausência de fiscalização (*culpa in vigilando*) da Administração Pública no cumprimento dos direitos trabalhistas pela empresa terceirizada/prestadora de serviço, possuindo em sua mão a famosa “prova diabólica”.

A ausência do judiciário laboral em aplicar a distribuição dinâmica do ônus da prova diante desta situação supramencionada, sob a fundamentação de que há regulamentação trabalhista determina a *teoria estática do ônus da prova* chega ao fim, pois, a recente aprovação do projeto de lei 6.787/2016, denominada como “reforma trabalhista” sendo sancionada a lei nº 13.467 em 13 de julho de 2017 trás alterações na Consolidação das Leis do Trabalho, em específico o parágrafo primeiro do artigo 818, que positiva esta nova teoria da partilha probante, competindo o ônus para quem tem melhores condições de realizar a prova.

O trabalhador não pode mais suportar um ônus probante onde é impossível desvencilhar, cabe a Justiça do Trabalho aplicar a teoria do dinamismo da prova com a intenção de trazer o acesso a justiça para parte hipossuficiente, determinando a competência do ônus probatório para quem tem capacidade plena na realização desta, promovendo a efetividade processual.

A obra irá mostrar o conceito de prova, princípios norteadores da prova, objeto da prova, seus meios mais utilizados, o conceito de ônus da prova, a teoria da inversão do ônus da prova adotada pelo CDC e aplicada de forma subsidiária no processo do trabalho, o momento da inversão do ônus da prova, o ônus da prova do fato negativo pelo tomador de serviço, a crise do ônus da prova e o surgimento da distribuição dinâmica do ônus da prova.

Analisaremos o conceito da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, os princípios fundamentais para aplicabilidade da divisão da prova entre as partes, à problemática na aplicação da prova dinâmica e a chegada positivada da distribuição dinâmica do ônus da prova ao processo do trabalho.

Veremos também minuciosamente os parágrafos primeiro do artigo 373 do Código de Processo Civil e do artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho, que dispõe todo o procedimento para aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova, devendo haver

fundamentação do Juízo quando for compartilhar a produção da prova entre as partes, o momento correto para aplicação da teoria e a extinção da alegação do fato negativo com a chegada deste novo procedimento probatório.

Vamos ainda analisar o conceito de Terceirização, sua história no mundo, seu desenvolvimento no Brasil e sua nova regulamentação, o conceito de responsabilidade subsidiária, responsabilidade objetiva e subjetiva do Estado nos contratos de prestação de serviços, o caso de prova diabólica quando a prova é impossível de ser realizada pelo trabalhador.

Para declarar a responsabilidade subsidiária decorrente inadimplemento das obrigações trabalhistas pela prestadora de serviço necessita da comprovação da *culpa in vigilando* do ente público, no entanto, faz necessário que a justiça aplique a distribuição dinâmica do ônus prova quando o trabalhador estiver em uma posição de hipossuficiência para produzir a prova nos termos do recente parágrafo primeiro do artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho e subsidiariamente ou supletivamente o parágrafo primeiro do artigo 373 do Código de Processo Civil, devendo o magistrado fundamentar os motivos pelos quais foi necessário aplicar a partilha do ônus probatório.

A Justiça do Trabalho com a regulamentação da teoria da distribuição dinâmica do ônus probante terá vários impasses quanto à aplicação na responsabilidade subsidiária do ente público face ao inadimplemento das verbas trabalhistas por parte da prestadora de serviço, sendo que é necessário a sua fundamentação para incumbir quem terá melhores condições de produção de prova, para enfim efetivar o seu poder jurisdicional na lide. Será um desafio na seara trabalhista a aplicação deste novo instrumento de produção de prova, com objetivo de efetivar o direito material do trabalho e trazer uma segurança jurídica, deixando de lado a velha falácia de que “ganhou, mas não levou”.

O trabalhador não pode arcar com este prejuízo diante da negligência do Estado na contratação da prestadora de serviço mediante processo de licitação, o ônus probatório deve ser sempre da Administração Pública parte hipersuficiente da relação laboral, possuindo toda prova quanto fiscalização ou não das obrigações trabalhistas da terceirizada, assim, o novo instrumento probatório incluído no parágrafo primeiro do artigo 818 da CLT vem com o intuito ajudar a justiça a resolver esta matéria bastante discutida nos Tribunais do país.

A simples aplicabilidade da prova dinâmica pelo Juízo do Trabalho é capaz de produzir efetividade na lide, resolvendo o velho impasse quanto ao encargo probatório que percorre há anos na justiça trabalhista quanto a esta matéria, beneficiando na grande maioria das vezes os tomadores de serviço, que se exime dos débitos trabalhistas por conta de um

ônus probante que acaba sendo incumbido ao obreiro parte hipossuficiente na maioria dos casos, que finaliza em uma execução infrutífera contra o prestador de serviço, tornando a tutela jurisdicional ineficaz perante este caso especificamente.

## 2 PROVA

### 2.1 CONCEITO DE PROVA

Tudo em nossa sociedade depende de prova, o surgimento de um fato é necessário comprovar para chegar ao nosso próprio convencimento, assim, prova no mundo jurídico é o instrumento pelo qual as partes utilizam para convencer o Juízo dos seus fatos alegados, é através dela que podemos obter a verdade do fato alegado no processo, fortalecendo o convencimento do Juiz para proferir a sentença com solidez.

Schiavi (2016, p. 657), ensina o conceito de prova:

No nosso sentir, prova são os instrumentos admitidos pelo Direito como idôneo, a demonstrar um fato ou acontecimento, ou, excepcionalmente, o direito que interessa à parte no processo, destinados à formação da convicção do órgão julgador da demanda.

A prova é fundamental para o convencimento do Juiz na aplicação de uma sentença justa, decorrente dos fatos devidamente provados nos autos, deste modo, não é dos fatos que realmente aconteceu, mas sim, dos fatos que foram aduzidos na pretensão das partes. Temos uma distinção nítida da verdade real e da verdade processual, a primeira trata-se dos fatos que realmente aconteceu naturalmente, já a segunda é uma verdade que foi alegada nos autos do processo, com intuito de serem provadas com os meios adequados para o convencimento do Juízo.

Montenegro (2009, p. 302) explica a distinção da verdade real e verdade processual:

Conforme verificado, a prova liga-se à ideia de confirmação de veracidade das alegações da parte, cabendo a esta demonstrar que o afirmado nas suas principais peças corresponde à verdade formal, ou seja, à verdade transportada para o processo, considerando que o CPC não exige a demonstração da verdade real como condição para a procedência da ação, de modo que esse resultado processual pode ser garantido e se apoiar em juízo de verossimilhança, não necessariamente de certeza.

Cabe às partes utilizar de instrumentos cabíveis para demonstrar a verdade dos fatos, denomina-se de prova objetiva, com intuito de dar clareza ao Juiz sobre os fatos alegados, denomina-se de prova subjetiva. Temos ainda a prova direta, através da dedução do fato alegado o Juiz compreende, já a prova indireta é através de indício que conseguimos chegar ao fato aduzido.

Utilizamos a prova como meio de convencer o Juízo em sua decisão, com o objetivo de chegar à efetivação do pedido alegado por umas das partes, através de uma prova positiva, a que confirma o fato alegado, prova negativa é a que o fato nunca ocorreu, ou seja, a parte alega a inexistência de um fato.

Chegamos à conclusão de que o indivíduo para provar qualquer fato alegado necessita de instrumentos cabíveis para concluir seu próprio convencimento, a dificuldade de provar algo é imensa diante de vários instrumentos que podem modificar o fato em questão de segundos, por isso o direito processual cria normas para estabelecer os meios de provas fundamentais no processo, não taxativo, mas necessários para chegar a uma verdade alegada por uma das partes.

## 2.2 PRINCÍPIOS DA PROVA EM DESTAQUE NO PROCESSO DO TRABALHO

Princípios têm por objetivo nortear um fundamento no sistema processual, os princípios têm a função de dar razão ao mecanismo do processo para se efetivar a máquina jurídica, bem como, preencher lacunas da legislação a fim de evitar insegurança nas normas, servindo de instrumento para suprir qualquer omissão material e processual.

Cairo (2012, p. 45), ensina brilhantemente sobre o objetivo dos princípios:

Os princípios, em Direito, têm duas funções básicas. Servem para orientar a atuação do legislador ordinário ao mesmo tempo em que funciona como guia para o intérprete e aplicador da norma ao caso concreto. Em relação à primeira função, é fácil que os princípios revelam de forma clara a fonte material de determinado ramo do direito.

Shiavi (2017, p. 37), também trás um breve relato sobre o intuito da existência dos princípios:

Os princípios também são destinados ao preenchimento de lacunas na legislação processual. Há lacuna quando a lei não disciplina determinada matéria. Desse modo, os princípios, ao lado da analogia, do costume, serão um instrumento destinado a suprir as omissões do ordenamento jurídico processual.

A interpretação dos princípios pode trazer a efetividade no processo, servindo como fundamento para aplicar no direito processual e material, sendo um instrumento orientador para aplicação da norma e trazendo o acesso à justiça para as partes.

Vejamos os princípios que se destacam no processo do trabalho para aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova:

### **a) Princípio da Proteção**

Consiste na proteção ao trabalhador quando surge uma situação onde a norma material e processual revelam dúvidas no deslinde do feito, com relação às provas o princípio deve ser aplicado no intuito de reequilibrar as partes no processo.

O Princípio do *in dubio pro misero* consiste na possibilidade de o juiz em caso de dúvida razoável interpretar a prova em benefício do empregado, com o objetivo de propiciar a efetiva tutela da jurisdicional.

O magistrado utilizando deste princípio quando houver ausência de provas quando a incumbência do ônus competir ao reclamante poderá distribuir o ônus probatório devidamente fundamentado pelo princípio da proteção com intuito de equilibrar o sistema processual entre as partes, determinando que o empregador produza determinada prova diante de ter maior capacidade de desvencilhar o ônus a que lhe foi atribuído.

A justiça demonstra dificuldade na utilização deste princípio na norma processual, diante da teoria estática devidamente regulamentada no artigo 818 da CLT, sendo difícil aplicar este princípio diante delimitação do ônus da prova, devendo sempre observar o caso concreto para o magistrado inverter o ônus ou dividir o ônus.

Saraiva (2009, p.48) relata sobre o princípio da proteção no processo do trabalho:

Frise-se que não se trata de o juiz do trabalho instituir privilégios processuais ao trabalhador, conferindo tratamento não isonômico entre as partes, mas sim de o magistrado respeitar o ordenamento jurídico vigente uma vez que a própria lei processual trabalhista é permeada de dispositivos que visam proteger o obreiro hipossuficiente, conforme acima exemplificado.

## **b) Princípio da Necessidade da prova**

A simples alegação do fato pelas partes não é capaz de produzir a verdade processual para o convencimento do Juízo, sendo necessária a produção da prova.

Assim ensina Cairo (2012, p. 442), sobre este princípio fundamental:

Por esse princípio, deve haver prova nos autos sobre os fatos controversos, ainda que o juiz tenha conhecimento pessoal sobre a veracidade do quanto ocorrido e alegado pelas partes. Por conta disso, os magistrados não podem dispensar a produção da prova sob o fundamento de que já conhece o fato.

A necessidade da prova é importante para o Juiz ter o convencimento e proferir a sentença, sem prova há apenas fatos sem o mínimo de veracidade, portanto a prova é fundamental para atestar o fato alegado pelas partes.

Não basta apenas o obreiro alegar o fato sem que não tenha como provar, na justiça do trabalho inúmeros processos estão nesta situação de ausência de provas, geralmente pela dificuldade que o reclamante tem de realizar a prova diante da sua hipossuficiência técnica, financeira, social etc, não obtendo êxito na sua pretensão em razão da necessidade de trazer a prova das suas alegações.

### **c) Princípio do Contraditório e Ampla Defesa artigo 5º, LV, da CF**

Toda prova apresentada no processo tem que resguardar o direito do contraditório e ampla defesa, assim ensina Shiavi (2016, p. 670) “De outro lado, toda prova produzida em juízo deve estar sob o chamado crivo do contraditório, ou seja, da prova produzida por uma parte, tem a parte contrária o direito de impugná-la.”

Cairo (2012, p. 443), explica muito bem este princípio fundamental:

Frise-se que, segundo o princípio do contraditório e da ampla defesa, as partes têm o direito de manifestação em relação a qualquer espécie de prova produzida, o que não ocorreria no caso de o magistrado julgar com base em seu conhecimento sobre o fato controvertido.

Schiavi (2017, p.44), também faz trás um brilhante esclarecimento sobre este princípio:

Por este princípio, as partes têm o direito de produzir todas as provas que a lei lhes faculta, tanto os meios legais como os moralmente legítimos (art. 369 do CPC). Também deve o juiz assegurar às partes igualdade de oportunidades quanto à produção das provas. Do outro lado, toda prova produzida em juízo deve estar sob o chamado crivo do contraditório, ou seja, da prova produzida por uma parte, tem a parte contrária o direito de impugná-la. Em razão disso, a parte deve sempre ser cientificada das provas produzidas pelo adversário, tendo a faculdade de impugná-las.

### **d) Princípio da Legalidade da Prova**

Este princípio tem como importância à organização na produção da prova, deste modo as partes não podem realizar provas ao seu bel prazer, a lei determina o momento, lugar e adequação na produção da prova, estando as partes submetidas a legislação observando cada requisito desta no tocante a prova.

### **e) Princípio da Unidade da prova**

O juiz deve analisar a prova em seu conjunto, não de forma única para cada prova, pois para chegar ao seu convencimento deve observar todas as provas.

Carlos e Camargo (2017, p.41), cita exemplo da aplicabilidade deste princípio:

Por exemplo, a confissão deve ser analisada em seu conjunto, e não de forma isolada em cada uma de suas partes. Se houver divergência entre laudo pericial e prova testemunhal, cabe ao juiz examinar ambos para formar o seu convencimento motivado.

A finalidade é que o magistrado para chegar ao seu convencimento deve observar todas as provas, para proferir uma sentença em sintonia com o conjunto probatório que foi devidamente acostado ao processo.

#### **f) Princípio da Imediação**

O magistrado pode determinar as provas necessárias para o deslinde do feito, assim, pode determinar quais provas são cabíveis no caso específico, veja que o Juiz é o destinatário final da prova, então determinará as provas a serem produzidas observando o ônus probatório de cada uma das partes, o artigo 765 da CLT trás patentemente este princípio.

A inércia do Juiz perante a produção da prova já deixou de existir, pelo contrário, cabe ao mesmo na busca da verdade real, determinar que as partes produzam a prova que achar necessário.

#### **g) Princípio da Igualdade de Oportunidade**

O Juiz deve dar tratamento igualitário às provas que cada uma das partes tem a produzir no momento processual adequado ou dando oportunidade para realização da prova.

Tanto a prova do reclamante tanto a prova da reclamada devem ter a mesma valoração pelo magistrado no momento processual adequado.

#### **h) Princípio do Livre Convencimento ou Persuasão Racional**

O intuito da prova é convencer o Juízo dos fatos alegados, assim mediante a livre apreciação da valoração da prova o Juiz deve formar seu livre convencimento, devendo motivar em sua sentença o que levou a forma o seu convencimento (artigo 832 da CLT).

#### **i) Princípio da Pré-Constituição da Prova**

Cabe a partir de quem detém as provas pré-constituídas quando do ajuizamento da ação exibir em Juízo, aqui a parte na posse da prova pode evitar que o magistrado inverta o ônus ou divida o ônus para a parte que não tem como realizar a prova, devendo a parte contrária ter o ônus de apresentar as provas na primeira oportunidade.

### 2.3 OBJETO DA PROVA

É de costume o Juiz do trabalho no momento da instrução do processo sempre perguntar as partes “quais são as matérias de prova?”, veja que esta pergunta não é apenas para acelerar a pauta da audiência do dia ou trazer uma economia processual e celeridade processual, o que busca o Juízo é demonstrar qual é o objeto da prova, ou seja, o que as partes querem provar diante das suas alegações.

Fabbrini (2007, p. 250) trás claramente o conceito de objeto da prova, “é o que se deve demonstrar, ou seja, aquilo sobre o que o Juiz deve adquirir o conhecimento necessário para resolver o litígio”.

Schiavi (2017, p.17) explica um pouco sobre a consistência do objeto da prova:

Tecnicamente, o que devem ser provadas em juízo são as alegações feitas pelas partes sobre fatos, pois os fatos existem por si sós. Não obstante, tanto a praxe forense como a legislação consagram que os fatos devem ser comprovados pelas partes em juízo.

Trata-se da prova incidir sobre os fatos narrados na inicial e na defesa, é o momento das partes saberem quais os fatos é necessário provar, quais são os fatos controvertidos, relevantes e determinados.

Os fatos controvertidos são aqueles que uma das partes alega um fato e a outra parte contesta, sendo assim controverso necessitando de prova, os fatos relevantes são aqueles que são fundamentais no caso concreto do quanto alegado pela parte, e os fatos determinados são os que devem estar definidos e caracterizados, não tendo o Juízo dificuldade no julgamento diante do postulado pelas partes.

O artigo 374 do Código de Processo Civil trás os fatos que não dependem de prova, a saber:

Art. 374. Não dependem de prova os fatos:  
I - notórios;  
II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;  
III - admitidos no processo como incontroversos;  
IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

Os fatos notórios são os conhecimentos culturais de um determinado meio social, fatos confessados quando uma das partes afirma e a outras confirmam, denominado confissão expressa, os fatos incontroversos quando o réu não contesta o quanto alegado pelo autor e o fato em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade, são aqueles que na ausência de prova presume-se que o autor concordou com o quanto estipulado pelo réu.

## 2.4 MEIOS DE PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO

As partes podem utilizar meios legais e moralmente legítimos para provar o fato alegado com o objetivo de convencer o Juízo, assim, qualquer instrumento probatório que não seja ilícito (artigo 5º LVI da CF) pode servir como meio de prova.

Não existe rol taxativo na lei para meios de prova, e sim os róis mais utilizados no mundo processual, são os meios de prova típicos, não estando as partes sujeitos apenas aos elementos probatórios trazidos pelo Código de Processo Civil, podendo trazer meios legais, idôneos e legítimos para servir quando o Juízo for decidir, são chamados de meios de provas atípicos, não estando previsto na lei.

A CLT aplica de forma subsidiária e supletiva o Código de Processo Civil, pois é omissa quanto aos meios de prova, as partes trazem ao Juízo todos os meios de prova para alcançar a verdade do fato.

Iremos apreciar os meios de prova dominantes no processo do trabalho:

### **a) Depoimento Pessoal e Interrogatório**

São constantes as partes não saberem a distinção entre depoimento pessoal e interrogatório, realmente a diferença não altera o resultado final, que é obter prova para o convencimento do Juízo, temos a necessidade de explicar esta distinção.

Depoimento pessoal tem o objetivo de a parte obter uma confissão da parte contrária, uma das partes pode requerer o depoimento pessoal da outra, devendo ser colhido na audiência de instrução e julgamento em um único ato.

Montenegro (2009, p. 313), traz um breve conceito sobre depoimento pessoal:

O depoimento pessoal consiste na ouvida da parte em juízo, na presença do juiz, a fim de esclarecer fatos alegados na petição inicial ou na contestação. O depoimento pessoal deve ser requerido pelo opositor da parte, ou determinado de ofício pelo magistrado, não tendo o autor ou réu o direito de requerer a tomada de seu próprio depoimento.

Interrogatório é o Juízo que realiza de ofício com o objetivo de esclarecimento dos fatos a qualquer momento no processo, podendo ser renovado quantas vezes for necessário pelo magistrado.

Shiavi (2017, p. 152), define interrogatório:

O interrogatório é instrumento legal de prova por meio do qual a parte esclarece ao juiz da causa. Trata-se de um ato personalíssimo entre o juiz e a parte. Pode ser determinado de ofício pelo magistrado e renovado quantas vezes entender necessário o juiz antes da sentença. Segundo parte da doutrina, o interrogatório não é

propriamente uma modalidade de prova, mas uma forma de se firmar a convicção do juiz sobre os fatos relevantes e pertinentes da causa. Desse modo, o interrogatório não tem por finalidade obter a confissão da parte.

No processo do trabalho, o artigo 819 e 848 da Consolidação das Leis do Trabalho dificulta a distinção das palavras, dando a impressão que tem o mesmo significado, até mesmo na mesa de audiência é difícil distinguir.

O interrogatório do Juiz é predominante no processo do trabalho, sendo faculdade a realização deste ato, já o depoimento pessoal à parte tem que requerer, podendo ser indeferido pelo Juízo quando devidamente fundamentado a fim de se evitar o cerceamento de defesa alegado pelas partes.

### **b) Confissão Real e Confissão Ficta**

Conhecida como “a rainha das provas”, é quando uma das partes admite a verdade do fato contrário ao seu interesse e favorável ao adversário, nos termos do artigo 389 do código de processo civil.

Explica Cairo (2019, p. 457), o conceito de confissão:

O ato processual denominado de confissão significa o reconhecimento, expresso ou tácito, real ou fictício, provocado ou espontâneo, da veracidade da afirmativa do fato que é imputado ao declarante. Assim, juridicamente, a confissão ocorre quando o litigante admite a veracidade dos fatos contrários ao seu interesse e favorável à parte contrária.

A confissão pode ocorrer dentro do processo chamada de confissão judicial e ocorre fora do processo chamada de confissão extrajudicial, como o direito do trabalho trata-se de direito indisponíveis a confissão extrajudicial não se aplica na seara.

A confissão é de bastante importância no processo, pois através deste ato retira o encargo probatório da parte contrária de provar, gerando assim uma confissão real através do depoimento da parte ou por procurador com poderes expressos para tanto nos termos do artigo 390, §1 do CPC.

Caso o réu não compareça a audiência quando devidamente citado ou quando qualquer das partes não se apresenta à audiência em continuidade na qual deveriam prestar depoimento, aplica-se a confissão ficta, tendo uma presunção relativa quantos aos fatos alegados, podendo ser confrontada com a prova pré-constituída nos termos da súmula 74, II, do TST.

Percebemos que o depoimento pessoal das partes tem a finalidade de obter uma confissão provocada para retirar o ônus probatório da parte que trás os fatos, sendo muito difícil uma das partes confessar de forma espontânea.

No caso específico desta obra trata-se de litisconsórcio, compondo o polo passivo da ação o prestador de serviço e o tomador de serviço, caso o prestador de serviço confesse que o reclamante trabalhou para o tomador de serviço, a confissão deste em audiência não prejudica o prestador, nos termos do artigo 391, caput, do CPC.

A dificuldade de arrancar uma confissão do tomador de serviço quanto à ausência de fiscalização da empresa prestadora de serviços diante do cumprimento de suas obrigações trabalhistas é quase impossível, neste caso específico, o judiciário não observa que o trabalhador é a parte hipossuficiente para competir o encargo probatório, assim, é necessário que nesta situação específica a confissão da terceirizada prestadora de serviço surta efeito na tomadora de serviço, a fim de evitar prejuízo ao trabalhador na busca pelos seus direitos.

### **c) Testemunha**

Na Justiça do Trabalho o meio de prova mais utilizado é a prova testemunhal, apesar da sua visível fragilidade, as partes trazem a prova testemunhal a fim que suas declarações do que presenciaram sobre aquele determinado fato possa servir no convencimento do Juízo.

Assim explica claramente Cairo (2009, p. 466), sobre a prova testemunhal:

Prova testemunhal é, portanto aquela que se obtém pela narrativa das pessoas que não possuem qualquer interesse na causa e que se encontram na situação acima mencionada, afirmando a veracidade de um fato registrado na sua memória, podendo servir para formar ou não o convencimento do Juiz.

A testemunha hoje tem perdido sua credibilidade por estarem totalmente instruídas pelas partes para depor sobre fatos que nunca existiram, percebemos que o Juiz do Trabalho utiliza de vários artifícios para perceber se testemunha esta trazendo fatos que sequer existiu, sofrendo assim a penas legais cabíveis em caso de falso testemunho.

É comum o Juiz do trabalho questionar quantas testemunhas as partes trouxeram e que ele apenas prefere ouvir a que saiba de todos os fatos, pois, a importância é a qualidade dos depoimentos e não a quantidade.

Nos termos do artigo 447 do Código de Processo Civil e 829 da Consolidação das Leis Trabalhistas, os incapazes, suspeitos e impedidos não podem testemunhar, a justiça do trabalho utiliza do código de processo civil de forma subsidiária e supletiva por ser mais completo quanto ao tema.

A testemunha comparece independente de intimação na Justiça do Trabalho nos termos do artigo 825 e 852-B da Consolidação das Leis do Trabalho. No rito ordinário cada

parte pode levar três testemunhas, já no rito sumaríssimo pode levar duas testemunhas e no inquérito para apuração por falta grave pode levar seis testemunhas.

As partes podem contraditar a testemunha, entretanto, a legislação trabalhista não aponta o momento que deve ocorrer a contradita, utilizando subsidiariamente e supletivamente o Código de Processo Civil em seu artigo 457 §1, que informa qual o momento de contraditar, sendo após a qualificação e antes de a testemunha prestar compromisso.

Testemunhas instrumentárias são aquelas que depõem sobre regularidade de um ato confirmando a autenticidade de um ato processual realizado, já as testemunhas judiciais são aquelas que são chamadas a Juízo para depor sobre os fatos alagados pelos litigantes a fim de atestar a sua veracidade ou prestar esclarecimentos indagados pelo magistrado.

A testemunha na Justiça do trabalho tem sido utilizada de forma hegemônica, por ser um meio mais fácil de ser produzido, entretanto, percebemos que no caso concreto este meio probatório é um risco maior, pois os seus depoimentos são capazes de frustrar a pretensão de uma das partes que estava confiante em efetivar o seu direito, por esta razão as partes devem ter um pouco de atenção quando da produção desta prova, não tendo muita valoração na justiça principalmente no judiciário laboral onde acaba sendo o meio mais utilizado de prova.

#### **d) Documentos**

Tudo que alguém pensa e registra no papel ou em outro meio material de algum fato, ou seja, é uma prova material que não necessariamente seja escrito, podendo ser gráfico, foto, desenho etc.

Schiavi (2017, p. 169) define claramente o conceito de prova documental:

Documentos são toda representação objetiva de um pensamento, material ou literal (*Alsina*). Em sentido estrito, documento é toda coisa que seja produto de um ato humano, perceptível com o sentido da visão do fato que serve de prova histórica indireta ou representativa de um fato qualquer (*Eschandia*).

A CLT pouco regulamentou sobre a prova documental, trazendo de forma subsidiária e supletiva o Código de Processo Civil, entretanto, é importante ressaltar quanto à autenticidade de documentos, pois, o artigo 830 da CLT preza pela autenticidade dos documentos caso as partes apresentem a cópia sem autenticação e não haja impugnação, será conhecido o documento como verdadeiro.

Em caso de documento falso deve aplicar os artigos 430 a 433 do CPC, em caso da parte precisar provar através de documentos que estão em posse da outra parte, deverá solicitar ao Juízo que determine que a parte contrária apresente o referido documento.

Os documentos eletrônicos são qualquer forma de armazenamento ou tráfego de documentos e de arquivos digitais e como transmissão eletrônica toda forma de comunicação à distância, sendo aplicável no processo do trabalho obedecendo à legislação específica.

O momento de apresentação de documento no processo do trabalho é na audiência nos termos do artigo 845 da CLT, entretanto, as partes podem utilizar o artigo 435 do código de processo civil para acostar documentos, sob a fundamentação fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos. A súmula 8ª do TST ainda diz que a juntada de documentos na fase recursal só se justifica quando provado o justo impedimento para sua oportuna apresentação ou se referir a fato posterior à sentença.

#### **e) Perícia**

O conceito de prova pericial para Montenegro (2009, p. 310):

A prova pericial se apresenta no gênero, com as espécies de exame, da vistoria e da avaliação, sendo realizada por um terceiro estranho ao processo, com conhecimento técnico sobre o fato controvertido em torno do qual as partes alinham teses em sentidos antagônicos. O conhecimento técnico é o ponto nodal da prova pericial, por esta razão se distinguindo da testemunhal, já que esta de igual modo se origina de um terceiro, mas que vem ao processo para passar ao juiz as impressões captadas por algum sentido.

Quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico será necessária a realização da prova pericial, conforme artigo 156 do código de processo civil, assim para esclarecimentos a respeito de questões técnicas o Juízo dependerá de prova pericial, pois o conhecimento técnico e científico extrapolam o conhecimento do Juiz, entretanto, não significa que o mesmo esteja vinculado à prova pericial, podendo formar seu convencimento com outras provas contidas nos autos.

Os peritos são profissionais inscritos no órgão de classe competente, devendo o Juiz nomear o perito que realizará o exame do fato alegado, firmando compromisso na execução de seus serviços perante a Justiça.

As partes podem requerer a prova pericial e também o Juiz requerer de ofício, o sucumbente terá que pagar honorários periciais ainda que beneficiário da justiça gratuita, conforme a recente alteração do artigo 790 –B da CLT. É facultativo as partes indicarem

assistente técnico, sendo que este não presta compromisso perante a Justiça, cabendo a quem indicou pagar seus honorários, consoante súmula 341 do TST.

O Juiz concederá as partes prazo de 10 dias para se manifestar sobre a conclusão do laudo pericial, podendo ainda chamar o perito para prestar esclarecimento em audiência nos termos do artigo 827 da CLT.

#### **f) Inspeção Judicial**

É quando o magistrado se desloca para ter um contato direto com pessoas ou com coisas referentes ao processo. Na justiça do trabalho é muito raro as partes utilizarem deste meio de prova, predominando a prova testemunhal, o magistrado tem cautela na aplicação deste instrumento probatório já que a pauta de um Juiz trabalhista é sobrecarregada diante das pilhas de processo que percorre o judiciário trabalhista deste país, se tornando quase uma prova de difícil realização.

O artigo 481 do CPC determina a inspeção judicial, a Justiça do trabalho aplica de forma subsidiária e supletiva, o Juiz através deste meio probatório pode extrair impressões e fazer avaliações que serão úteis para seu convencimento. Entretanto, deve à justiça intimar as partes informando o dia, hora e local que ocorrerá a inspeção para se quiser acompanhar, evitando alegação das partes quanto a violação da ampla defesa e o contraditório.

As partes podem assistir a inspeção, devendo apontar esclarecimentos dos seus interesses através do auto circunstanciado, devendo o Juízo mencionar tudo que foi inspecionado a fim de chegar as suas conclusões e proferir sentença.

A inspeção Judicial pode ser determinada de ofício ou a requerimento das partes, sendo faculdade do Juízo decidir se realizará ou não a inspeção, analisando sempre o caso concreto para decidir se há necessidade em realizar a diligência.

O objetivo da inspeção é fazer que o Juiz tenha contato direto com a pessoa ou coisa que estar sendo discutido nos autos, parece ser uma prova desnecessária, mas é fundamental em alguns casos concretos, é o momento de extrair impressões e fazer avaliações, tendo um subsídio maior no momento de proferir a sentença.

#### **g) Prova emprestada**

É um meio de prova que foi adotado pela doutrina e jurisprudência, onde a prova produzida em um processo pode ser transferida para o outro, para obter o convencimento do Juízo, por meio de certidão daquele.

O conceito de prova emprestada para Schiavi (2017, p. 82):

Por outras palavras, a prova emprestada consiste no aproveitamento do material probatório produzido em outro processo, para o processo em questão (atual), desde que presentes determinados requisitos, especialmente a identidade fática e o contraditório na colheita da prova.

Schiavi (2017, p. 87), ainda informa em sua obra as três fases que a prova emprestada deve percorrer no processo do trabalho:

Na fase de admissão, o juiz aprecia se é possível a produção da prova emprestada nos autos, devendo sempre fundamentar o deferimento ou indeferimento. Num segundo momento, se a prova emprestada foi determinada pelo juiz ou produzida por uma das partes, a parte contrária ou até duas partes (se o juiz tomou a iniciativa) podem impugná-la. No terceiro momento, na sentença, o juiz irá valorar a prova emprestada, em cotejo com as demais provas, se houve, podendo firmar livremente sua convicção.

A Justiça do Trabalho vem utilizando muito este meio de prova a fim de buscar a efetivação do direito da parte, trazendo facilidade na instrumentalidade do feito, transferindo, para outro processo, documento, depoimento pessoal, prova pericial, prova oral etc, pois, acostada a prova emprestada, o Juiz observará se é possível a produção da mesma nos autos, valorando com as demais para chegar ao seu convencimento.

### 3 ÔNUS DA PROVA

#### 3.1 CONCEITO DE ÔNUS DA PROVA

É o encargo que uma das partes possui de provar o quanto alegado na versão de seus fatos perante o Juízo, é ônus do autor provar seu fato constitutivo de direito e do réu provar o fato modificativo, impeditivo e extintivo de direito, conforme artigo 373 inciso I e II, do Código de Processo Civil e 818 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Schiavi (2016, p. 683), relata precisamente o conceito de ônus da prova:

O ônus da prova, no nosso sentir, é um dever processual que incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo de seu direito e ao réu quanto aos fatos modificativos, extintivos e impeditivos do direito do autor, que, uma vez não realizado, gera uma situação desfavorável à parte que detinha do ônus e favorável à parte contrária, na obtenção da pretensão posta em juízo.

Compete a quem alega os fatos se desincumbir com o objetivo de convencer o Juízo, em caso das partes não se desincumbirem do seu ônus probante sucumbirão na sua pretensão.

Carlos e Camargo (2017, p. 88), enfatizam o seguinte:

Produzir a prova consiste numa imprescindível tarefa para a parte no alcance do objetivo principal da lide: o sucesso da demanda. Ela tem a necessidade de produzi-la, com intuito de demonstrar a veracidade dos fatos que alega. Uma vez que, caso esteja ausente a prova do fato que alega, poderá haver o comprometimento de seu êxito no pleito.

Existem duas espécies de ônus da prova, primeiro subjetivo, neste compete às partes o ônus de desincumbir os fatos alegados, já o segundo objetivo, cabe ao Juiz quando proferir a sentença determinar de quem era o ônus de produzir tal prova.

Porém, não devemos confundir o ônus da prova como um dever ou obrigação, esses últimos tratam de exigência de algo sob aplicação de alguma sanção, sendo que o ônus probante não sofre punição, apenas deixa de atestar fatos alegados para o convencimento do Juízo.

O que percebe-se na Justiça do Trabalho é um conflito das partes para saber de quem compete o ônus probante, trazendo confusão processual, sendo que os verbetes da jurisprudência na maioria das vezes determina de quem é essa competência quando as partes poderiam entrar em uma negociação processual e determinar de quem é o encargo de produzir tal prova, ou até mesmo, aplicação do artigo 373, parágrafo primeiro do Código de Processo Civil.

Vale ressaltar, que o simples fato da parte desvencilhar do seu ônus probatório não significa que terá um julgamento favorável, pois o Juiz irá analisar todas as provas do

processo observando sempre a quem competia, servindo para embasar seu convencimento e fundamentação na prolação da sentença.

Assim, ônus da prova é necessário para determinar de quem é o encargo para produção da prova, com intuito das partes produzirem satisfatoriamente a fim de obter sucesso no processo.

### 3.2 DISTINÇÃO ENTRE ÔNUS, DEVER OU OBRIGAÇÃO

No ônus, as partes têm a liberdade do seu encargo sem qualquer sanção processual, não sendo necessário a qualquer custo trazer a prova, cabe a elas se desincumbirem do seu encargo a fim de ter sucesso na sua pretensão formalizada nos autos sem qualquer punição, apenas obtendo o insucesso da ação caso não prove, não absorvendo uma responsabilidade sob a sanção punitiva.

A parte ao alegar o fato chama pra si o ônus probante, cabendo a ela produzir prova do quanto alegado não havendo obrigação judicial, mas sim uma expectativa probante com intuito de efetivar o seu pedido para convencer o Juízo do quanto alegado.

Já no dever e na obrigação há uma sanção punitiva em caso de descumprimento do quanto determinado pelo Juízo, tendo uma responsabilidade por qualquer ato cometido no processo, ou seja, gera consequências em caso da ausência da efetiva obrigação nos autos. A parte é desfavorecida em sua liberdade não realizando a obrigação no processo, ficando agarrado a um dever de fazer uma determinação judicial sem poder manifestar sua autonomia de vontade perante o Juízo, qualquer ato neste caso se atribui a uma punibilidade processual.

Junior (2012, p. 488), diz que “Trata-se de ônus e não dever, pois o desencargo respectivo é do interesse do titular, ao contrário do dever ou obrigação, que cria no sujeito ativo o direito de exigir determinada conduta do sujeito passivo.”

A aplicação da obrigação ou dever na produção de prova traria um receio para as partes na produção probatória, um verdadeiro bloqueio ao acesso à justiça, pois, a obrigação de qualquer ato causa recuo na prática do mesmo, perdendo a garantia do direito da ampla defesa e do contraditório, dando por fim o liberalismo processual e surgindo várias punições econômicas desenfreadas.

O ônus é totalmente liberal no seu procedimento, podendo realizar prova ou não sem sofrer qualquer tipo de sanção, basta apenas demonstrar ter interesse em provar o que se pretende, caso não prove, seu pedido ficará inerte sem obter o direito pretendido.

### 3.3 ÔNUS SUBJETIVO E ÔNUS OBJETIVO

Apesar do ônus probatório estar delimitado na lei, as partes sofrem no momento de se desincumbir dos seus encargos, sendo que a norma revela uma extrema dificuldade em sua aplicabilidade, facilitando a frustração da pretensão diante da abstração legal. O importante é provar e não quem demonstrou a prova, entretanto, a lei compete quem tem que provar, tornando um risco processual para quem tem o fardo, chamado de ônus da prova subjetivo, a quem a lei delimita quem deve provar para ver sua pretensão obter sucesso, distribuindo automaticamente a competência da prova mediante os fatos aduzidos pela parte que quer ter seu pedido favorável.

A necessidade das partes virem ao processo com suas provas na mão só esperando o momento de produzi-las é importante para obter o sucesso no que se pede, sob o risco de ter seu pedido totalmente indeferido.

Por outro lado, o Juiz é inerte quanto a quem deve produzir a prova, apenas colher o que foi produzido para chegar ao seu convencimento e proferir decisão, ou seja, a justiça não se interessa em saber quem produziu a prova, só observar se aquele fato alegado pela parte está devidamente provado por meios legítimos a fim de chegar a sua conclusão para poder julgar, havendo ausência de prova no processo deve proferir uma decisão e é neste exato momento que deve aplicar ônus da prova objetivo, devendo apontar de quem competia à produção da prova.

O Juiz deve aplicar o ônus da prova quando for decidir, pois a quem competia à prova deverá sofrer as consequências quanto a não produção. O Juiz não poderá deixar de prestar seu exercício jurisdicional diante a ausência de provas nos autos, chamamos de *non liquet*, devendo julgar mesmo sem o seu convencimento, cabendo à parte que não provou sofrer com o seu insucesso probatório.

Shiavi (2016, p. 683), explica muito bem a classificação do ônus da prova:

A doutrina costuma classificar o ônus da prova subjetivo e objetivo. O primeiro (subjetivo) pertine às partes, que tem o ônus de comprovar os fatos que alegam, segundo as regras de distribuição do ônus da prova. O segundo (objetivo) é dirigido ao juiz, pois se reporte ao raciocínio lógico do julgador no ato de decidir, analisando e valorando as provas.

Assim, o ônus da prova objetivo o Juiz deve analisar as provas produzidas e decidir independente de que tenha realizado a prova, quanto ao ônus da prova subjetivo as partes têm o ônus de comprovar os fatos que alegaram.

### 3.4 INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NA JUSTIÇA DO TRABALHO

O artigo 6º, inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor prevê a inversão do ônus da prova para o consumidor, havendo verossimilhança ou hipossuficiência da parte o Juiz deverá analisar os requisitos, para dizer se inverte ou não o ônus probatório. Veja que na relação de consumo há uma proteção para consumidor, este, visto como parte mais fraca, o ônus poderá inverter a depender do entendimento do Juízo.

O trabalhador na maioria das relações de trabalho é a parte hipossuficiente, tendo dificuldade na produção da prova, mas a Justiça do trabalho dificulta a inversão do ônus probatório face a ausência de dispositivo legal celetista, tornando um procedimento raro no processo do trabalho.

A dificuldade de aplicar a inversão do ônus da prova na justiça do trabalho, diante da incapacidade técnica e financeira do trabalhador é constante no processo trabalhista, deixando de entregar o encargo probante a quem tem melhor capacidade de produzir em razão da CLT não dispor de legislação própria, perdendo sua efetividade jurisdicional de trazer eficácia em seus julgamentos.

Não se confunde inversão do ônus da prova com prova dinâmica, o primeiro para ser aplicado é necessário possuir um dos requisitos mencionados acima (hipossuficiência ou verossimilhança) para o Juiz determinar ou não a inversão na produção da prova, já o segundo o Juiz analisará o caso concreto, fundamentando os seus motivos para partilhar a prova, a quem tenha melhores condições na produção da mesma.

Cunha (2016, p. 34), explica claramente a distinção de inversão do ônus da prova e carga dinâmica prova:

Uma única distinção que se verifica plausível entre inversão do ônus da prova e carga dinâmica da prova é que na dinamização não há, a rigor, a definição de forma legal, como no CDC nos art. art. 12 §3 , 14 §3, 23 e 38, ou seja, a interpretação deverá ser judicial diante das peculiaridades do caso e não há imposição legal para determinadas situações específicas, assim como faz o CDC.

Na Justiça do trabalho pode aplicar de forma subsidiária nos termos do artigo 8, 769 e 889 da Consolidação das Leis do Trabalho e complementar nos termos do artigo 15 do Código de Processo Civil a inversão do ônus da prova previsto no artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, com intuito de efetivar a tutela do direito material da parte mais fraca da relação de trabalho em sua grande maioria, o obreiro.

Nesse sentido Schiavi (2016, p. 689), concorda com aplicação subsidiária e suplemente legal:

Desse modo, aplica-se perfeitamente ao processo do trabalho a regra de inversão do ônus da prova constante no código de defesa do consumidor, em razão da omissão da CLT e da compatibilidade com os princípios que regem o processo do trabalho (art. 769 da CLT), máxime ao princípio do acesso do trabalhador à justiça.

A inversão do ônus probatório na responsabilidade subsidiária do tomador de serviço é essencial para evitar ausência de percepção de verbas trabalhista ao final do processo, a parte hipossuficiente neste caso é o trabalhador, que está diante de uma prova impossível de produzir, ainda mais quando o tomador do serviço é o ente público detentor absoluto da prova, ao contrário do obreiro que tem um ônus impossível de desincumbir.

### 3.5 MOMENTO DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO

A doutrina e a jurisprudência se dividem quanto ao momento exato que deve ocorrer à inversão do ônus probatório, dizem que devem ser no momento do julgamento e outros dizem que deve ser na audiência.

No momento do julgamento, sendo a prova insuficiente ou inexistente deve o Juízo aplicar a inversão do ônus probatório a fim de evitar ausência de tutela jurisdicional. Ocorre que este momento para aplicar o procedimento de inversão se tem a leve sensação de haver violação ao contraditório e a ampla defesa, pois uma das partes fica ciente de que deveria produzir prova no momento que tomou ciência da sentença, ou seja, ficou ciente quanto à incumbência do seu ônus após o momento de produção probante.

Já no momento da audiência, demonstra estar em consonância com a regra processual positivada, pois o Juiz inverterá o ônus na audiência, sabendo a parte o ônus que lhe compete, não ocorrendo pré-julgamento pelo mero fato de inverter o ônus do encargo da prova.

Schiavi (2016, p. 689), sustenta que o momento deve ocorrer ante da audiência de instrução:

Discute-se na doutrina e na jurisprudência qual o momento em que o ônus da prova deva ser invertido pelo juiz. A lei não disciplina essa questão, Entretanto, acreditamos, a fim de resguardar o contraditório e a ampla defesa (5º, LV, da CF), que a inversão do ônus da prova deva ser levada a efeito do juiz do trabalho antes do início da audiência de instrução, em decisão fundamentada (art. 93, IX, da CF), a fim de que a parte contra a qual o ônus da prova foi invertido não seja pega de surpresa e produza as provas que entende pertinente, durante o momento processual oportuno.

A importância quanto ao momento de inverter o encargo probatório é fundamental para tornar o processo judicial efetivo, dando ao Juiz facilidade em seu julgamento de modo

justo e coerente, alavancando o princípio do acesso a justiça e respeitando o princípio do contraditório e da ampla defesa.

### 3.6 ÔNUS DA PROVA DO FATO NEGADO PELO TOMADOR DE SERVIÇO

A simples negativa de um fato não afasta o ônus probante do mesmo, pois a parte ao negar esta afirmando algo cabendo à mesma provar o fato negativo.

Schiavi (2017, p. 98), trás a atualidade do ônus probatório do fato negado:

Atualmente, a moderna doutrina sustenta que o fato negativo pode ser objeto de prova, pois não há na lei processual nada que inviabilize a prova do fato negativo. Além disso, como dizia Chiovenda, quem faz uma negação, na verdade, realiza uma afirmação. De outro lado, ainda que o ônus da prova pertença ao autor, quando o réu nega o fato constitutivo do direito, o réu poderá realizar contraprova no sentido de que o fato não existiu.

No caso o tomador de serviço que ao negar que jamais se beneficiou da força de trabalho do obreiro mesmo tendo contratado a empresa prestadora de serviço, está negando que o mesmo tenha sido seu empregado específico, assim o ônus nesta situação caberá ao tomador de serviços devendo trazer aos autos prova do fato negativo, pois ao negar foi realizada uma afirmação.

A Justiça do trabalho ao se deparar com esta situação do fato negativo em várias situações específicas tem dificuldade na aplicabilidade do ônus probatório, pela complexidade do fato ou até mesmo o comodismo da regra geral do ônus da prova, no intuito de se evitar uma insegurança jurídica. Com aplicação distribuição dinâmica do ônus da prova, o Juiz analisará a situação do fato negativo e de forma fundamentada decidirá sobre a necessidade de aplicar a prova dinâmica no intuito de buscar a verdade real e evitar frustração da tutela jurisdicional.

## 4 DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

### 4.1 CONCEITO DE DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

O artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho é simples em dizer que a prova da alegação incumbe à parte que trouxe o fato ao processo com a ajuda do artigo 373 incisos I e II, em razão deste positivismo estático do ônus da prova, a doutrina e a jurisprudência começam a perceber a dificuldade na solução de um litígio justo.

A teoria estática da prova tem uma visão onde as partes têm as mesmas condições de produzir a prova, entrando em conflito com a realidade processual, decorrente desta problemática surge novas teorias, como a inversão do ônus probatório contida no artigo 6º inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor com intuito de facilitar a produção da prova para solução de litígios.

O direito processual brasileiro percebe a dificuldade em equilibrar as partes no âmbito da realização de prova através da teoria estática do ônus da prova e pela teoria da inversão do ônus da prova do Código de Defesa do Consumidor, pois a falta de condições financeiras, técnicas de uma das partes prejudica a sua pretensão.

Diante do problema supramencionado, o direito processual argentino através dos seus juristas Jorge W. Peyrano e Julio O. Chiappini, no ano de 1976, começam a introduzir os primeiros passos da teoria da prova dinâmica, sob a ótica de quem deve realizar a prova é quem tem melhores condições de produzi-la.

No Brasil, os primeiros passos da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova aparece no Direito Processual do Trabalho, trazendo o princípio da aptidão da prova sob o fundamento de quem deve provar é a parte apta para tanto, assim percebemos que este princípio camufla um certo dinamismo probatório revelando que a parte que tem melhor capacidade deve desvencilhar do ônus de provar.

O novo Código de Processo Civil de 2015 adotou a teoria da distribuição da prova dinâmica em seu artigo 373, parágrafo primeiro, razão pela qual, o ônus da prova deve recair sobre a parte que se encontre em melhores condições profissionais, técnicas para produzir a prova do fato controvertido.

Devemos ter um pouco de cautela quanto à aplicabilidade integral desta teoria, não abrindo mão da teoria estática do ônus da prova ou até mesmo a teoria da inversão do ônus da prova, sendo que a prova dinâmica chega ao direito processual brasileiro para facilitar a

realização da prova aos litigantes, concedendo ao judiciário mais uma opção na aplicação da norma processual no intuito de elucidar os fatos necessários ao deslinde do feito.

Na aplicação da teoria da distribuição dinâmica da prova deve sempre o Juiz observar o caso concreto e não distribuir o ônus ao seu bel prazer, deve sempre observar de forma detalhada se aquele caso é necessário à aplicação do dinamismo da prova, se a parte está em uma posição de facilidade ou dificuldade na realização da mesma.

A necessidade desta nova teoria na aplicação do direito material é de grande relevância, pois, quem têm melhores capacidade de revelar a verdade dos fatos deve recair o ônus, havendo assim um tratamento isonômico das partes e a implementação da Justiça com maior cooperação.

#### 4.2 PRINCÍPIOS COMPATÍVEIS COM APLICABILIDADE DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

##### **a) Princípio da Aptidão da Prova**

Consiste em que tem melhores condições de produção de prova, sendo um princípio basilar na igualdade entre as partes no momento probatório, o Juiz determinará quem tem melhor aptidão para produzir a prova. Este princípio serviu de fundamento para começar a aplicar a distribuição dinâmica do ônus da prova nos tribunais do país, sendo demasiadamente utilizado pela jurisprudência para partilhar a prova.

Schavi (2017, p. 54) explana o seguinte sobre este princípio:

Trata-se, na verdade, da superação da regra do ônus da prova prevista nos art. 818 da CLT e 373 do CPC, à luz dos princípios constitucionais do acesso á justiça, contraditório, ampla defesa e igualdade substancial dos litigantes, uma vez que no processo, em determinadas circunstâncias, a prova pode ser produzida com mais facilidade e efetividade por uma parte que não detém do ônus da prova.

A aplicação deste princípio no processo do trabalho é necessária, observando o magistrado quem tem melhores condições na produção da prova para o deslinde do feito. Este princípio é uma das bases fundamentais da teoria dinâmica do ônus da prova, sendo consagrado pela mesma, devendo provar a parte que está devidamente apta para isso, pois detém os meios de provas para resolver a lide.

Na justiça do trabalho este princípio é essencial na aplicação do direito material face a hipossuficiência de uma das partes, ausência de condições financeiras e técnicas na maioria

das vezes do trabalhador, devendo a reclamada produzir a prova por estar em melhores condições.

### **b) O Princípio do Acesso à Justiça**

A busca da verdade para a efetivação de uma pretensão é o objetivo final de uma lide, entretanto, a norma estabelece quem deve provar a verdade exposta no processo, sob pena de não alcançar o seu direito, o judiciário começa a ver que este modelo probatório para alcançar uma verdade colocada nos autos não é totalmente eficiente, a parte possui o direito, mas não consegue provar, devido a norma processual contemporânea limitar a quem compete o ônus probante.

Diante desta impotência probatória, trazemos o princípio do acesso à justiça sendo fundamental para aplicabilidade da distribuição dinâmica do ônus da prova na solução justa da lide, a busca da verdade no processo deve ser igual para todos.

Schiavi (2017, p. 34), explica um pouco sobre este princípio:

Portanto o direito à prova não constitui apenas uma garantia fundamental processual, mas também direito fundamental da cidadania e da pessoa humana para dar efetividade aos princípios do devido processo legal, acesso à justiça, ao contraditório e à ampla defesa. Além disso, o direito a prova garante o chamado processo justo, e assegura o acesso à ordem jurídica justa.

Cabe ao Juiz através deste princípio atuar de forma comprometida e justa em resolver o conflito processual, não sendo um mero telespectador no processo, mas sim atuando em busca da efetivação da lide, devendo determinar que as partes produzam as provas que tenha melhor capacidade para tanto, com o fito de um melhor julgamento possível.

A distribuição dinâmica do ônus da prova não tem o objetivo de acabar com o ônus da prova taxado na norma, mas conceder condições a Justiça de observar o caso concreto e determinar o compartilhamento da prova entre as partes, com intuito de resolver a lide de forma justa com base na verdade fática, assim, este princípio é totalmente compatível com a prova dinâmica.

### **c) O Princípio da Cooperação**

Trazemos ainda como busca da verdade no processo em busca de um julgamento eficaz e justo o princípio da cooperação, onde as partes devem sempre zelar pela boa-fé

processual, havendo uma necessidade de uma colaboração entre as partes e até mesmo o Juiz na busca de uma lide eficiente.

Schiavi (2017, p. 72), relata claramente o significado do princípio da cooperação entre as partes, “O princípio da cooperação, defendido pela moderna doutrina na esfera probatória, significa o dever de todos que participam do processo de colaborar para sua efetividade e também para descoberta da verdade.”

O processo não deve servir de instrumento para as partes buscar pretensões que nunca existiu agindo de má-fé para obter vantagens, isso além de causar prejuízos para todos que colaboram no andamento do processo, incentiva a parte contrária a também se utilizar da má-fé para obter vantagens. As partes tendem ainda a realizarem provas que não tem qualquer finalidade ou até mesmo inúteis só para trazer prejuízos no processo e gastando tempo e dinheiro do poder judiciário, não havendo uma colaboração entre as partes naquele caso concreto quanto à produção da prova.

A importância entre a colaboração das partes e Juiz para se chegar à efetividade justa de um processo é a essência de uma Justiça célere e econômica. As partes têm obrigação de agir de boa-fé em qualquer ato processual, sendo compatível este princípio com a prova dinâmica, onde as partes que tem melhores condições de provar devem demonstrar essa capacidade desde o início da lide, trazendo as provas de imediato para uma melhor decisão do magistrado, que dever agir de forma intensa dando auxílio e prestando esclarecimento dos fatos, devendo aplicar penalidade em caso de condutas desleais e desonestas praticadas pelas partes em busca do sucesso da pretensão a qualquer custo.

#### **d) O Princípio da Eficiência**

A busca de um direito é necessária à eficiência de um processo, no entanto, precisamos de um procedimento capaz de solucionar o impasse para se chegar a um resultado. Assim este o princípio da eficiência abraça a teoria do ônus da prova dinâmica que visa através do compartilhamento da prova entre as partes à eficiência do processo.

Com a distribuição dinâmica do ônus probante presume-se uma melhor resolução processual, trazendo celeridade e facilidade na busca da verdade processual ou até mesmo a verdade real, obtendo um resultado que possa atingir o que se pretende pela simples divisão entre as partes na realização da prova, estabelecendo o ônus da prova para o que tiver melhores condições de produzir, dando eficiência na tutela jurisdicional.

### **e) O Princípio do Inquisitório**

A ideia de um Juiz passivo na lide já não está sendo hegemônico em nossos tribunais, face a expansão do direito material, o objetivo é a busca da verdade real e conseqüentemente uma decisão justa conforme as provas trazidas pelas partes, assim cabe ao Juiz, no intuito de formar seu convencimento e observando o caso concreto, distribuir o ônus probante para a parte que tem facilidade na produção da prova.

O princípio do inquisitório fortalece ainda mais a distribuição dinâmica do ônus da prova na busca da verdade dos fatos determinando quem tem capacidade suficiente para produzir a prova, devendo o mesmo obedecer aos limites do poder inquisitivo.

### **f) O Princípio da Isonomia Processual**

As partes devem ter os mesmos instrumentos para realização da prova, devendo ser tratada de forma isonômica em qualquer ato processual, O artigo 4º do Código de Processo Civil expõem muito bem esta isonomia, igualdade substancial entre as partes.

A flexibilidade quanto à produção da prova é um modo de equilibrar as partes, devendo quem tem melhores condições realizar a prova, aplicando o direito justo e certo ao caso concreto e dando oportunidade a partes de produzirem o que forem capazes sem violar o princípio do contraditório e ampla defesa.

Não estamos dizendo que o tratamento isonômico entre as partes chegará necessariamente a uma efetividade jurisdicional, mas sim evitar um desequilíbrio na produção da prova, devendo o Juízo saber reequilibrar a situação impondo o ônus da prova a quem tem melhores condições de produzi-la.

## **4.3 A CRISE DO ÔNUS DA PROVA ESTÁTICO E O SURGIMENTO DO ÔNUS DA PROVA DINÂMICO**

A aplicação do ônus da prova estático começa a não surtir efeitos diante da dificuldade das partes em produzir a prova decorrente da imposição da norma que compete a cada uma delas desvencilhando do seu ônus quanto ao fato que alega. As partes perceberam que o encargo de provar é algo difícil, surgindo assim uma guerra processual de quem vai se responsabilizar pelo ônus probatório, perdendo o ânimo de provar e obtendo o animus de negar.

Schiavi (2017, p. 105) informa sobre a flexibilidade do artigo 818 da CLT e 373 do CPC, repartindo as provas entre as partes, vejamos sua citação:

Atualmente, a moderna doutrina vem defendendo interpretações mais flexíveis das regras de repartições do ônus da prova fixadas nos art. 818 da CLT e 373 do CPC. Diante da necessidade de se dar efetividade ao acesso à ordem jurídica justa e não inviabilizar a tutela do direito à parte que tem razão, mas não apresentar condições favoráveis de produzir a prova do fato constitutivo do seu direito, é possível ao juiz do Trabalho atribuir o encargo probatório à parte que tem melhores condições de produzir a prova. É o que a doutrina tem denominado de *carga dinâmica na produção do ônus da prova*.

O ônus da prova dinâmica surge face a crise do ônus da prova estática, visando tornar o processo efetivo, em vez de dificultar a realização da prova vamos facilitar a produção da mesma para que o processo seja justo. A partilha na produção da prova acaba com a disputa entre as partes de se esquivar do ônus, trazendo a facilidade na solução processual.

O interesse do Juízo em resolver o litígio fica maior diante das partes poderem partilhar as provas, observando cada caso concreto para fundamentar sua decisão e determinar quem tem melhores condições para produzir a prova, respeitando a celeridade e economia processual.

A dinâmica probatória não vai excluir a teoria estática do ônus da prova ou a inversão do ônus probatório, apenas dará suporte processual para facilitar ao Juízo para proferir julgamento diante do caso concreto, dando simplicidade em sua sentença perante um procedimento mais eficaz.

Assim quem tem melhores condições de produzir a prova, é a parte que tem informação do fato, tendo facilidade em trazê-la aos autos, evitando uma oneração da parte contrária e inviabilização ao direito pretendido, diante de uma rígida norma que sequer demonstra eficiência na sua aplicação, sendo insuficiente e inadequada na busca pela verdade real.

#### 4.4 A RECENTE REGULAMENTAÇÃO DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Com a recente aprovação da “reforma trabalhista” o artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho ganhou a aplicação dinâmica do ônus da prova, o que se questiona é se será aplicado na praticidade do direito e processo do trabalho, em específico o tema abordado neste trabalho.

Vejamos a inclusão da distribuição da prova dinâmica na Consolidação das Leis do Trabalho:

Art. 818. O ônus da prova incumbe:

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

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

**§ 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.**

**§ 2º A decisão referida no § 1º deste artigo deverá ser proferida antes da abertura da instrução e, a requerimento da parte, implicará o adiamento da audiência e possibilitará provar os fatos por qualquer meio em direito admitido.**

**§ 3º A decisão referida no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.**

No primeiro momento da aprovação do projeto de Lei 6.787/2016 no dia 12.07.2017 a justiça do trabalho se depara com alterações na norma processual, inclusive a chegada da distribuição dinâmica do ônus da prova que a doutrina dizia que a justiça do trabalho tinha dificuldade na aplicação da mesma de forma subsidiária ou suplementar pelo Código de Processo Civil.

Questionamos como será a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova? Se será aceita com facilidade pela Justiça do Trabalho? O mero fato de ter uma norma processual devidamente regulamentada não quer dizer que um Juiz vai aplicá-la devidamente e constantemente.

Como se trata de uma lei processual recente, a aplicação da mesma tende a ser questionada não só pelo Juiz, mas principalmente pelas partes quando receber uma determinação de que o ônus da prova cabe à mesma, uma prova que de costume era da parte adversa, mas agora será de quem tem melhores condições de provar no caso concreto.

Será estranho para a parte saber que a prova agora é sua diante da sua capacidade de realizar, entretanto, a parte terá que perceber que não é situação de estranheza, mas uma situação de eficácia para a regularidade processual, o que se busca é produzir prova para a resolução da lide, independentemente de quem obtenha sucesso em sua pretensão.

O Juiz terá que fundamentar quando houver a necessidade da aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova, assim não será por qualquer fato que deverá realizar a partilha da prova entre as partes, seria uma situação onde o artigo 373, I e II do código de processo civil e

artigo 818, I e II da consolidação das Leis do Trabalho entrariam em extinção, pois o Juiz ao começar a audiência iria determinar sempre quem teria melhores condições de provar um determinado fato sem qualquer fundamentação simplória à situação.

Há necessidade no caso trazido neste trabalho, quando o tomador de serviço se beneficiou da força de trabalho do obreiro, entretanto não fiscalizou o cumprimento das obrigações trabalhistas perante a prestadora de serviço caberá ao Juiz aplicar a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, devendo a tomadora de serviço provar a sua devida fiscalização sob pena de confissão.

A fundamentação do Juiz seria o seguimento de que o trabalhador é parte hipossuficiente tecnicamente e financeiramente para produzir prova de que não houve fiscalização da Administração Pública, devendo a mesma ser incumbida de provar a existência do cumprimento das obrigações pela terceirizada, pois detém dos meios de provas cabíveis para o caso.

A partir do meado de novembro de 2017 a norma começará a vigorar em nosso país, saberemos a efetividade da mesma no direito material, tomando muito cuidado com a postura da justiça perante uma norma que superficialmente demonstra a efetividade na produção da prova, porém deve ser utilizada com intuito de equilibrar as partes na busca real do direito e não trazer mais ainda o desequilíbrio probatório.

## 5 DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO

### 5.1 DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

Essas taxatividades dos artigos 818 da CLT e 373, I e II do CPC demonstraram estarem saturadas, melhor dizendo, estão bloqueando a efetiva aplicabilidade do direito. No tema abordado nesta obra é notório que a tomadora de serviço irá negar a prestação de serviço do obreiro para a mesma com o objetivo de manter o fato constitutivo do autor ter que se desvencilhar do seu ônus.

É necessária em casos específicos que o Juízo realize a distribuição dinâmica do ônus probante a fim de evitar fracasso na tutela do jurisdicional, assim, uma prova impossível que detém o autor pode ser facilmente produzida pelo réu, dando regularidade ao processo.

A aplicabilidade da distribuição dinâmica do ônus da prova em um processo é fundamental, pois, apenas a pretensão do direito com a lei processual mencionada causa uma enorme insegurança jurídica, sendo impossível a produção de uma prova por uma das partes a quem lhe cabia, perdendo a tutela de um direito que supostamente estava protegido por uma regra processual taxativa.

É preocupante a aplicação do ônus probante na justiça do trabalho, pois a dificuldade em produzir a prova é tão devastadora que fere até mesmo o acesso à justiça garantido na Constituição Federal, havendo a necessidade da discussão quanto à aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova no intuito de efetivar a regra processual no direito material a fim de evitar uma grande insuficiência probatória nos tribunais do país.

Ocorre que, esta norma taxativa ao determinar quem compete à prova não observa o direito material, dificultando a parte na produção da prova, sendo necessário a distribuição dinâmica da prova, para incumbir a que tem melhores condições de realizar a produção desta.

Carlos e Camargo (2017, p. 142), enfatizam o seguinte:

Denota-se que é irrelevante a posição da parte no processo, se autora ou ré, e a natureza dos fatos, se constitutivos, modificativos, impeditivos ou extintivos. Relevante mesmo é a valoração que o juiz faz, em cada caso concreto, das condições que cada parte possui para produzir a prova.

Com a implementação do parágrafo primeiro, do artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho, onde trás à aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, o Juiz do trabalho terá que analisar a matéria que está sendo discutida e devidamente fundamentada deverá partilhar a prova entre as partes, dando ônus para quem tem melhor capacidade de

realizar a prova com o objetivo de trazer eficácia no processo, será um momento novo na seara trabalhista com a regulamentação da prova dinâmica.

## 5.2 FUNDAMENTAÇÃO PARA APLICAÇÃO DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO

O Juiz para aplicar a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova deve motivar o que levou a atribuir o ônus aquela parte, explicitando os fundamentos necessários para realizar este ato, sob pena de nulidade processual.

O recente parágrafo primeiro do artigo 818 da CLT e o parágrafo primeiro do artigo 373 do Código de Processo Civil, diz que a decisão do Juiz deve ser fundamentada, dando a parte oportunidade de desincumbir do ônus que lhe compete:

§ 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.

A recente alteração da lei trabalhista incluiu ainda o parágrafo segundo e terceiro, no parágrafo primeiro informa implicitamente que a decisão fundamentada do Juiz não pode gerar situação em que o encargo probatório seja impossível para parte que o Juízo determinou.

Schiavi (2017, p. 109) explica sobre esta situação supracitada:

Da nossa parte, o texto legal faculta a aplicação da teoria dinâmica do ônus da prova nas quatro hipóteses alterativas que a lei destaca, mas o Juiz deve analisar com muita cautela e ponderar a situação, para não onerar em demasia uma das partes e evitar a quem o ônus fora atribuído ficar em situação de impossibilidade ou excessiva dificuldade de produzir a prova.

Veja que nessa situação estamos diante do direito fundamental à prova, não podendo distribuir o ônus da prova ainda que dinâmico para uma parte que tenha total dificuldade de provar, afrontando a própria Constituição Federal no seu artigo 5º, inciso XXXV, LIV e LV.

O Juiz deve ter muita atenção na aplicação desta teoria de ônus probatório, devendo fundamentar sua decisão de forma clara e justa, dependendo do caso concreto para tanto, devendo evitar conflitos no momento de fundamentar.

No intuito de distribuir o ônus dinâmico, o Juiz deve participar da relação processual determinando quem irá produzir tal prova, sendo observado que tem capacidade para tanto, assim o poder instrutório do Juízo deve prevalecer para chegar à eficiência da resolução da lide.

Diante desta nova teoria de ônus da prova, é importante a colaboração da parte no esclarecimento dos fatos e busca da verdade real, devendo as mesmas demonstrar que têm interesse na produção da prova, se importando em desvencilhar do ônus quando sabe quem dispõem da melhor capacidade de realizar a prova é a própria.

A necessidade do dinamismo do ônus probante para se buscar a verdade real é maior que qualquer interesse das partes em ver sua pretensão obter sucesso, o que se busca é um julgamento justo decorrente de um processo igualitário, cabendo às partes produzir as provas que lhe forem capazes de realizar.

### 5.3 MOMENTO PARA APLICAÇÃO DO ÔNUS DINÂMICO DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO

O Magistrado não deve sair aplicando demasiadamente o ônus da prova dinâmico, esquecendo o ônus da prova estático, este novo procedimento deve ser aplicado observando o caso concreto onde haja dificuldade excessiva da parte na produção da prova, visando sempre o equilíbrio entre a realização da mesma.

Com conhecimento e experiência da matéria o magistrado deve decidir se há ou não necessidade de aplicar o dinamismo da prova naquele caso concreto, evidenciando que uma parte tem melhores condições de provar o fato alegado e outra parte se quer tem prova do fato em questão, devendo assim aplicar o ônus dinâmico da prova.

O momento adequado para aplicar a distribuição dinâmica do ônus da prova foi taxado no parágrafo segundo do artigo 818 da CLT, que deve ser aplicado antes da abertura de instrução, sendo que a parte pode requerer o adiamento audiência para realizar a produção da prova, vejamos:

“§ 2º A decisão referida no § 1º deste artigo deverá ser proferida antes da abertura da instrução e, a requerimento da parte, implicará o adiamento da audiência e possibilitará provar os fatos por qualquer meio em direito admitido.”

Geralmente é na audiência que o Juiz tem primeiro contato com as partes e sobre a matéria que versa a lide, é neste momento que deve ser determinada de forma fundamentada quem tem melhores condições técnicas, financeiras, sociais para realizar a produção da prova.

A parte não será surpreendida com a determinação do ônus da prova, podendo requerer o adiamento da audiência, não havendo afronta à ampla defesa e o contraditório e sim um julgamento justo.

Schiavi (2017, p. 109), diz que “No processo do trabalho, o Juiz ao sanear o processo na própria audiência, ou em outro momento processual, deve fundamentar a aplicação do ônus dinâmico da prova, antes do início da instrução.”

#### 5.4 RESOLUÇÃO DO PROBLEMA NA JUSTIÇA DO TRABALHO DO FATO NEGATIVO COM A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

É constante na Justiça do trabalho a negação do fato pela tomadora de serviço quanto à prestação de serviço a seu favor pelo trabalhador, com intuito de ônus probante competir para o mesmo a fim de dificultar a produção da prova, portanto, a tomadora de serviço utiliza arditosamente como meio de defesa o fato negado.

A Administração Pública admite à prestação de serviço da terceirizada/prestadora de serviço, entretanto, nega que tenha se beneficiado da força de trabalho daquele empregado específico, o intuito neste caso é fugir da responsabilidade subsidiária, ou seja, sabendo que não cumpriu com a obrigação de fiscalizar o cumprimento a terceirizada para os direitos dos seus empregados e com o objetivo de inverter o ônus probatório para os mesmos sofrerem na produção da prova, o ente estatal tem a possibilidade de negar o fato e deixar o risco completamente para o trabalhador, que terá que provar ou ver sua pretensão da responsabilidade subsidiária correr em insucesso.

Diante desta problemática que a cada dia cresce o número de indeferimentos quanto à declaração da responsabilidade subsidiária do tomador de serviço, cabe a justiça do trabalho a fim de evitar a sua ineficiência tutelar, aplicar o ônus dinâmico da prova para competir a quem tem melhores condições da prova, neste caso específico o ente público.

É mais fácil se defender negativamente do que atacar positivamente, um ataque probatório do obreiro abarca dificuldade técnica e dificuldade financeira na produção da prova, conseqüentemente gera prejuízo no resultado final da pretensão.

A ausência de uma norma processual trabalhista de flexibilização do instrumento probatório diante do direito material faz com que o procedimento do artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho sobreponha à igualdade das partes na Justiça, violando os princípios norteadores da prova, necessitando urgente de uma teoria que divida de forma equilibrada o ônus da prova entre as partes.

O dispositivo legal torna fácil ao réu esquivar-se da produção da prova, caso o autor alegue um fato e o réu apenas negue, o ônus é do autor em desincumbir o quanto alegado,

dando chance do réu de obter êxito na ação com uma simples negativa do fato, estando o obreiro em uma situação de desvantagem probante.

## 6 TERCEIRIZAÇÃO

### 6.1 CONCEITO DE TERCEIRIZAÇÃO

Com o surgimento do *Toyotismo* que aplica a ideia do trabalho em equipe, nasce também o procedimento de transferência de atividade secundária para outra empresa, assim a empresa que transferiu esta atividade secundária apenas se preocuparia com atividade primária a fim de obter lucro.

A terceirização como podemos denominar nos dias de hoje vem com o fito da empresa primária transferir atividade secundária, para diminuir os custos e melhorar sua qualidade de produção, deste modo seria mais fácil contratar empresas secundárias para desenvolver atividades que não tem tanta importância para o resultado final de um empresário, que é aumento de produtividade para otimizar seu lucro.

Martins (2007, p. 171) informa várias denominações deste modelo de produção, a saber:

Vários nomes são utilizados para denominar a contratação de terceiros pela empresa para prestação de serviço ligados a sua atividade meio. Fala-se em terceirização, subcontratação, terciarização, filialização, reconcentração, desverticalização, exteriorização do emprego, focalização, parceria etc.

A expressão “terceirização” surgiu no universo empresarial quando o procedimento de descentralização de atividade para outra empresa começa a crescer no mercado econômico mundial, esse novo processo produtivo flexibiliza as relações de trabalho tirando a responsabilidade da empresa principal das atividades periféricas e crescendo ainda mais a ausência de garantias na relação de trabalho.

Podemos dizer que terceirização é quando uma empresa é contratada por uma empresa tomadora de serviço para prestar serviço de atividade-meio, ou seja, a empresa chamada de terceirizada irá prestar um serviço que não tem qualquer ligação com atividade-fim da empresa tomadora, a exemplo o serviço de segurança e limpeza.

Goldinho (2016, p.487) define terceirização:

Para o direito do trabalho terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justabalhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a estes os laços justabalhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. A terceirização provoca uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: o obreiro, prestador de serviço, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora de

serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido.

Martins (2007, p. 171) também trás o conceito de terceirização:

Consiste a terceirização na possibilidade de contratar terceiro para a realização de atividade que não constituem o objeto principal da empresa. Essa contratação pode envolver tanto a produção de bens, como de serviços, como ocorre na necessidade de contratação de empresa de limpeza, de vigilância ou até para serviços temporários.

Na contemporaneidade o que vemos é que o empresário utiliza-se deste meio de produção em massa para aumentar seus lucros e fugir da responsabilidade dos encargos trabalhista, pois a legislação revela sua fragilidade perante a realidade material, tornando a terceirização um modelo rápido de substituição de mão de obra barata.

Esta relação triangular onde há duas empresas e a força de trabalho do obreiro são necessários garantias para preservar os direitos dos trabalhadores, que sempre devem ser visto no topo desta pirâmide laboral e não como apenas uma mercadoria industrial, a responsabilidade desta relação deve ser tanto da empresa principal, tanto da secundária, não devendo a parte fraca sofrer com os desleixos das empresas.

Parece ter um pouco de maldade quando falamos no objetivo da terceirização, se foi para ter uma mão de obra barata devido a atividade-meio não ter importância no resultado final da empresa principal? Ou se foi para ocultar fraudes na relação de trabalho com intuito de inadimplir com obrigações trabalhistas e fugir do enquadramento da Justiça do Trabalho?, decorrente destas dúvidas e outras várias situações corriqueiras no cenário das relações de trabalho é necessário ter atenção na aplicação de qualquer norma jurídica perante a esta matéria tão delicada, pois os laços obrigacionais com o tomador de serviço a cada dia ficam extintos, tornando uma relação perigosa para o trabalhador.

Na Administração Pública a terceirização revela sua precarização na relação de trabalho, sendo que a empresas são substituídas constantemente e não quitando os débitos trabalhistas com o obreiro. Isto se deve ao fato de que o serviço é contratado através do procedimento licitatório com contratos de tempo determinado, onde a empresa vencedora da licitação contrata os funcionários da empresa estava prestando serviço, assim, a ausência de fiscalização comprova a fragilidade deste modelo de produção chamado terceirização, bem como, a ausência de proteção com o trabalhador que é visto como algo descartável e lucrativo para o patronal.

## 6.2 HISTÓRIA DA TERCEIRIZAÇÃO

A terceirização surgiu diante dos fracassados modelos de organização do trabalho, o primeiro a ser desenvolvido foi o *Taylorismo* no século XX, formulada pelo americano Frederick Winslow Taylor (1856 - 1915), sob o entendimento de que se os trabalhadores desenvolvessem suas atividades de forma padronizada igual a uma máquina teria crescimento na produção.

Os trabalhadores teriam treinamentos para produzirem de forma organizada, agindo com instruções capazes de realizar uma produção em massa, acabando imediatamente com a autonomia da vontade do trabalhador no processo produtivo, sendo tudo determinado pela gerência empresarial, devendo o obreiro apenas cumprir o processo de execução laboral ao qual lhe seria passado.

A princípio, esta teoria demonstra uma perfeição no modo de operação para se chegar ao aumento de produtividade, no entanto, o simples fato de transformar o trabalhador em uma máquina se tornando praticamente uma mercadoria industrial descartável, não tendo discriminação em sua atividade, sempre desenvolvendo os mesmos movimentos na execução da operação, faz com que a implantação desta teoria nas indústrias sofra resistência dos trabalhadores em face desta produção de forma organizada.

Diante desta resistência da classe operária face a padronização da produção, surge a teoria *Fordismo* pelo Henry Ford (1863 – 1947) em 1914, com o objetivo de forçar os trabalhadores a aceitar esta organização laboral do modelo *Taylorismo*, face a ambição de classe patronal em aumentar a produção para obter lucro.

Ford apresenta uma forma de fundir os dois modelos de produção, no intuito de convencer a classe operária na adaptação ao sistema da produção em massa, Ford descobre que pode controlar os trabalhadores através da automação, ou seja, as máquinas poderiam controlar os empregados no aspecto da produção, utilizando o consumo social para realizar a produção bem organizada.

O aumento de consumo do produto faz com que haja aumento na produção através da máquina, havendo automaticamente uma organização na produção laboral, impondo a divisão nos trabalhos de forma vertical, definindo uma estrutura no trabalho capaz de produzir em massa em face do consumo voraz.

No entanto, Ford percebe que para manter o aumento da produção não basta apenas trazer a máquina, pois o trabalhador não iria dispor sua força de trabalho em condições precárias, com contraprestação mínima e sem garantias. A crise perante a este modelo emerge

em face de produção exagerada, ausência de qualificação dos empregados e a precarização da mão de obra, etc.

Martinez (2012, p.220) explica os modelos de produção:

O declínio do modelo taylorista/fordista de organização do trabalho foi motivado por uma concepção flexibilizadora do processo produtivo. Surgiu um novo padrão organizacional, intitulado toyotismo. A produção em massa foi abandonada, emergindo, em nome da redução de custo, a ideia da produção vinculada à demanda. Os trabalhadores dedicados à atividade-fim – objeto social do empreendimento – passaram a ser estimulados por mecanismo de competição: suas retribuições seriam elevadas na medida em que alcançassem ou superassem metas preestabelecidas. Aqueles operários que não se adaptavam ao novo ritmo eram dispensados e, mediante novas contratações, relocados em outras empresas para realizar atividade-meio, ou seja, atividades secundárias ou instrumentais da atividade-fim.

A crise sofrida pelos dois modelos de organização mencionados faz surgir o *Toyotismo* na década de 1950 e 1960, com o Japão juntando seus cacos após a segunda guerra mundial, *Eiji Toyoda* começa a procurar um modelo produtivo econômico e célere, percorrendo setor automobilístico americano para implantar nas fábricas japonesas para reestruturar o capital.

Acompanhado pelo seu especialista em produção *Taichi Ohno*, *Toyoda* começa a aplicar este novo modelo de produção onde será determinada pela quantidade da demanda, ou seja, será utilizada apenas a matéria prima necessária para aquela quantidade de demanda, sendo produzido em um tempo determinado. Esse modelo de produção fez com que a classe patronal tivesse economia e ao mesmo tempo celeridade em sua produção.

Esta situação, força ao mercado a se reestruturar, surgindo novas formas de organização laboral regido pela flexibilidade nas relações de trabalho, surgindo assim à *terceirização*, onde a empresa centraliza sua atividade-fim e contrata empresas periféricas, para lhe conceder serviços meramente instrumentais.

As empresas periféricas concedem serviços de atividade meio, sem qualquer vinculação ao resultado final da empresa central, percebemos que a qualificação dos empregados da empresa periférica é totalmente inferior à qualificação das atividades dos empregados da empresa central, ocorrendo uma descentralização produtiva e novamente precarização na relação de trabalho.

### 6.3 SURGIMENTO DA TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL

Os primeiros passos da Terceirização no país foi na década de 1930 e 1940, através da empreitada e subempreitada previsto artigo 455 da CLT e a pequena empreitada, da qual trata o artigo 652, “a”, III, da CLT não tendo assim uma legislação específica que trata de forma mais clara a terceirização, assim, com a chegada das multinacionais em 1950 buscando obter

lucro com mão de obra barata, nasce às atividades de limpeza e conservação como as pioneiras da Terceirização.

Na década de 1960 e o início de 1970, a terceirização começa a ter seu primeiro diploma legal com o decreto/lei nº 200/67 em seu artigo 10º, onde a Administração Pública poderia delegar tarefas, com o objetivo de controlar o crescimento desarrumado da máquina administrativa realizando subcontratação no âmbito do serviço público. A problemática deste decreto é que não estabelecia quais as tarefas deveriam ser subcontratadas, decorrente disto, cria-se a lei nº 5.645/70, para delimitar as tarefas que poderiam ser subcontratadas pelo serviço público, em seu artigo 3º, parágrafo único.

Assim começamos a perceber que a terceirização invadiu primeiramente o setor público do país para desenvolver a intermediação de mão de obra, Administração Pública nesta década já terceirizava seu serviço periférico no intuito de aumentar sua produção central, ocorrendo assim uma descentralização administrativa.

Na década de 1970 a terceirização chega totalmente no setor privado, surgindo um relevante diploma lei nº 6.019/74 que trata-se do trabalho temporário, onde a necessidade naquele determinado tempo de produção faz com que uma empresa forneça mão de obra para a tomadora de serviço por um determinado lapso temporal, a doutrina alega que esta lei concretizou a relação entre a prestação de serviço e a tomadora de serviço. Com a promulgação da lei nº 7.102/83 que dispõe sobre a terceirização do serviço de vigilância bancária de forma permanente mediante empresa interposta, a terceirização entra de vez no âmbito das relações de trabalho.

Esta nova relação laboral, começa a gerar desconfiança aos trabalhadores diante de uma produção excessiva de trabalho com remuneração baixa e sem garantias quanto à responsabilidade da empresa principal, as empresas começam a querer terceirizar atividades que não estão delimitadas no diploma legal, causando fraude na legislação.

Deste modo, a Justiça do Trabalho intervém em 30.09.1986 editando a súmula 256 do TST no seguinte teor:

Trabalho Temporário e Serviço de Vigilância – Contratação de Trabalhadores por Empresa Interposta. Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, e 7.102, de 20 de junho de 1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

O Tribunal Superior do Trabalho ao se deparar com o setor privado tentando a qualquer custo terceirizar deliberadamente como bem entender, limitou através da súmula 256 quais atividades são lícitas para contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando

vínculo de emprego com a tomadora de serviço as atividades que não estão discriminadas em lei.

A finalidade do TST foi de proteger o trabalhador de um modelo de trabalho que tem o objetivo de precarizar o trabalho e obter lucro a qualquer custo, entretanto, com o crescimento das relações de trabalho a prática da terceirização também aumenta, sendo necessária a edição desta súmula a fim de se evitar ilícitos na relação de trabalho.

O TST em 1993 cancela a súmula 256 e em 2000 edita a súmula 331, admitindo a atividade meio como lícita, vejamos o texto legal:

Contrato de Prestação de Serviços – Legalidade

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

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

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20-06-1983), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

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

A súmula trás quatro grandes grupos de atividade-meio que pode ser terceirizada tanto no setor público como no setor privado, estes grupos desenvolvem atividades que não tem nenhuma ligação com atividade-fim, são atividades instrumentais que não tem relevância no resultado final da tomadora de serviço.

#### 6.4 TERCEIRIZAÇÃO NA ATUALIDADE

Com a aprovação do projeto de lei 4.302/98 em 23 de março de 2017 que modifica a lei do trabalho temporário nº 6.019/74, podendo o trabalho ser desenvolvido versando por atividade-meio e atividade-fim e a relação das empresas prestadoras de serviço com a tomadora de serviço pode versar sobre atividade-fim, foi sancionada a lei 13.429/2017, que traz o diploma legal da terceirização irrestrita.

No início o projeto de lei 4.302/98 apenas tratava do trabalho temporário, mas com a forte pressão da classe patronal foi incluído o projeto de lei 4.330/2004, que nasceu a lei mencionada, entretanto, o legislador não observou os pontos necessários para efetividade da lei na realidade jurídica do país, criando uma norma meramente de interesse capitalista e

interesse político, esquecendo-se da proteção do trabalhador que como sempre é a parte hipossuficiente da relação de trabalho.

É visível nesta nova norma legal, que o trabalhador não tem garantia concretas nesta relação jurídica com a liberação da prestação de serviço de qualquer atividade, aumentando o risco do empregador de cometer a fraude no inadimplemento das obrigações trabalhista. A lei 13.429/2017 demonstra fragilidade no cumprimento das obrigações trabalhista pelo prestador de serviço, trazendo liberdade na contratação de mão de obra de forma irrestrita, mas sem garantias contratuais, precarizando a relação de trabalho ainda mais.

Ocorre que, mais uma norma legal é criada sem dar o mínimo de proteção ao trabalhador, apenas foi instituído a responsabilidade subsidiária do tomador de serviço depois de esgotados todas as possibilidades do obreiro de receber seu créditos trabalhistas perante o prestador, entretanto, o texto legal não determina de quem é o ônus de comprovar a ausência de fiscalização das obrigações trabalhistas, analisado o sentido desta nova lei, vimos um retrocesso onde o trabalhador é visto apenas um simples mercadoria industrial, tendo que produzir ao extremo e receber uma baixa remuneração.

Hoje, a demanda que existe de contratação de terceirização é tão grande, que para fiscalizar gastaria mais do que quitar as obrigações trabalhista de um certo grupo que foi lesado pelo empresário, bem como, o procedimento para abertura de uma empresa prestadora de serviço ficou tão corrupto no Brasil, que fica difícil responsabilizar os seus verdadeiros culpados, formando uma "bola de neve" em que é mais fácil virar as costas para o trabalhador e por meio de uma norma legal poder achar que o problema será totalmente resolvido, não se preocupando nem um pouco por aquele trabalhador que laborou em benefício da sociedade, sendo totalmente desprezado, humilhado, passando por situações que muitos acham normal em decorrência de um serviço terceirizado.

No entanto, chamamos atenção para informar que não se trata de fazer valer o direito de um indivíduo ou de um grupo de empregados, mas de preservar o conteúdo essencial dos direitos trabalhistas, cujo cumprimento se reveste de inequívoco interesse público por se tratar de norma fundamental, assim instituída na Constituição Federal de 1988.

## 7 RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

### 7.1 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

A responsabilidade subsidiária consiste em uma determinada ordem hierárquica, ou seja, em caso de inadimplemento da prestadora de serviço o tomador de serviço será responsável pelo inadimplemento do débito, exaurindo todas as forças em busca do patrimônio dos devedores principais. O surgimento desta teoria na seara é decorrente do inadimplemento das prestadoras de serviços quanto às obrigações trabalhistas, que desapareciam e deixavam os trabalhadores sem garantias, assim o tomador responde pelos débitos de forma subsidiária.

Martinez (2012, p.232) explica claramente a consistência da responsabilidade subsidiária, senão vejamos:

A responsabilidade subsidiária pressupõe, assim, uma ordem, uma sequencia. Essa ordem é empreendida em decorrência de elementos de natureza subjetiva (culpa ou dolo). Normalmente, o responsável subsidiário assume essa qualidade, por força do disposto na legislação civil, porque, por ação ou omissão, prejudicou terceiro ( no caso, o credor). Ordinariamente essa culpa, consoante mencionado, é *in eligendo* ou *in vigilando*, como ocorre com as empresas tomadoras de serviços em relação às dívidas das prestadoras. Revela-se, então, mais do que natural permitir a quem é apontado como responsável subsidiário o direito de, em litisconsórcio passivo com a empresa prestadora, melhorar, no que for possível, a resposta desta (*vide* o art. 320, I do CPC) ou até, em relação obviamente aos mesmos interesses, recorrer (*vide* o caput do art. 509 do CPC).

A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços teve por fundamento na responsabilidade civil subjetiva, prevista nos artigos 186 e 927 do Código Civil. Eis o que preceituam os citados dispositivos legais:

Art. 186 - Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927 - Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Assim, esta modalidade de responsabilidade possui natureza cível, tendo a possibilidade de aplicação para configurar a responsabilidade do tomador de serviço pautada na “culpa *in eligendo*” ou “ culpa *in vigilando*” tratadas pelos artigos 186 e 927 do Código Civil.

Dos dispositivos transcritos, extrai-se que a verificação de culpa do agente é um dos requisitos essenciais à atribuição de responsabilidade civil subjetiva. Com efeito, uma das modalidades de culpa hábil a justificar a responsabilização da Administração Pública é a

chamada culpa *in vigilando*, que ocorre quando o tomador de serviço se omite quanto ao dever de vigiar e fiscalizar a ação de terceiros.

A responsabilidade subsidiária está prevista no inciso IV da Súmula 331 do TST, *in verbis*:

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. (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993 - Nova Redação - Res. 174/2011 - DeJT 27/05/2011).

O texto jurisprudencial informa que para ocorrer o reconhecimento da responsabilidade subsidiária da tomadora de serviço e necessário a comprovação da ausência de fiscalização do tomador de serviços quanto ao inadimplemento das obrigações trabalhistas da prestadora de serviço. O objetivo da responsabilidade subsidiária na terceirização é que o trabalhador consiga efetivar seus direitos trabalhistas, evitando apenas o reconhecimento no processo, tendo a real proteção que lhe é necessária para obter seus créditos decorrentes da força de trabalho concedida para a tomadora de serviço.

A recente lei 13.429/2017 que trata da terceirização irrestrita também prever a responsabilidade subsidiária em seu artigo 5-A, §5º:

§ 5º A empresa contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços, e o recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

A empresa contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços, como já constava na Súmula 331 do TST, ou seja, a empresa tomadora de serviços na hipótese de a prestadora não cumprir com as obrigações trabalhistas garante superficialmente que o trabalhador não tenha prejuízos.

A Súmula 331 do TST merece um posicionamento elevado, tendo em vista que trata-se de responsabilidade subsidiária que somente permite a responsabilização do tomador de serviço quando esgotadas todas as possibilidades de cobrar do responsável principal a dívida trabalhista judicialmente conhecida.

Destarte, conclui-se que a questão se enquadra exatamente na aplicação da súmula 331, inciso IV, do TST, visto que a única exceção expressa neste verbete diz respeito ao tomador que não tenha participado da relação processual ou que não conste no título executivo judicial.

Por fim, chama a atenção para nossos julgadores, interpretes da legislação, vez que a responsabilidade subsidiária implica na observância do benefício de ordem a fim de efetivar o

direito do trabalhador podendo a tomadora de serviço propor a ação regressiva contra a tomadora em caso de ser prejudicada mediante fraude do prestador, devendo sempre o trabalhador ser o visto como o credor principal desta relação de cumprimento de obrigações face aos direitos fundamentais da classe operária.

## 7.2 RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO NOS CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO

Responsabilidade civil do Estado é quando qualquer agente público em decorrência das suas atividades cometem atos lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, contra pessoa física e pessoa jurídica, devendo ser ressarcido o prejuízo causado. Assim, o agente exerce sua atividade em nome do Estado, sendo este responsável direto pelos danos que o mesmo cause.

Na responsabilidade subjetiva é necessário haver a conduta, o dano, nexos causal e culpa ou dolo do agente, no caso deste trabalho, o Estado contrata um serviço terceirizado, entretanto ao ocorrer o inadimplemento das obrigações trabalhista o legislador entende que se torna necessário comprovar a ausência de fiscalização do Estado no cumprimento dos direitos trabalhistas pela terceirizada, configurando assim uma responsabilidade subjetiva, devendo comprovar que o comportamento negligente, imprudente e imperito do Estado para saber se contribuiu para o evento danoso.

Extrai-se que a verificação de culpa do agente é um dos requisitos necessário para aplicar de responsabilidade civil subjetiva, assim, torna-se uma das modalidades para realizar a responsabilização do Estado denominada de *culpa in vigilando*, que ocorre quando o agente se omite quanto ao dever de vigiar e fiscalizar a ação de terceiros.

Os artigos 58, III, e 67 da Lei nº 8.666/93 informa diretamente a obrigação da Administração Pública de acompanhar e fiscalizar a execução dos contratos administrativos de prestação de serviços vejamos:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: [...] III - fiscalizar lhes a execução.

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.

O ente público tomador dos serviços não cumpre adequadamente essa obrigação, permitindo que a empresa prestadora contratada deixasse de pagar regularmente a seus

empregados às verbas trabalhistas que lhes eram devidas, configurando a *culpa in vigilando*, justificando a atribuição de responsabilidade subsidiária.

Na reponsabilidade objetiva é necessário haver conduta, o dano e o nexo causal, dispensando a culpa e o dolo, não necessitando a verificação do elemento culpa, estando devidamente regulamentada no artigo 37, §6 da CF/88, aqui a simples ausência de fiscalização do Estado gera automaticamente responsabilidade subsidiária, independente de culpa, a Administração Pública ao efetuar um contrato com uma empresa para que esta realize determinado serviço assume os riscos atrelados a essa contratação, dentre eles, o de uma eventual e futura inadimplência por parte da empresa prestadora perante seus empregados, devendo ser responsabilizado de forma objetiva.

A responsabilidade objetiva tem o intuito de trazer o dever de indenizar por parte do Estado independentemente de uma ação ou omissão culposa desta, assim, se a prestadora de serviço não satisfaz os créditos trabalhistas do trabalhador que cedeu sua força de trabalho para a Administração Pública, cabe a esta pagar este débito como consequência automática.

Na atualidade, após o julgamento do recurso extraordinário 760.931 Distrito Federal que confirmou o entendimento adotado na ADC 16, prevalece à aplicação da responsabilidade subjetiva quanto à responsabilidade da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa terceirizada, não devendo transferir esta responsabilidade automaticamente.

### 7.3 RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Na verdade esta responsabilidade deveria ser chamada de responsabilidade do Estado, entretanto denominamos de responsabilidade da Administração Pública, este termo está incorreto face a ausência da personalidade jurídica da mesma, não tendo nenhum direito, não devendo sofrer qualquer responsabilidade, mas sim o Estado por ser pessoa jurídica pública ou privada.

Na década de 60 o setor público começou a terceirizar serviços, sendo regulamentado pelo Decreto-Lei nº 200/67, onde desobrigava a o ente público de executar atividades indiretas podendo ser executadas por terceiros, no objetivo de evitar o crescimento desacelerado das tarefas no âmbito público, evitando altas despesas na folha de pagamento do Estado.

Na década de 70 diante da ausência de indicação de quais seriam os serviços que poderiam ser delegados a terceiro, bem como, a ausência de eficiência no serviço público,

surge a Lei 5.645/70, que indica as atividades que poderiam ser executadas por terceiro, no entanto, o rol é apenas exemplificativo, criando assim uma insegurança jurídica na execução da norma.

Na década de 90 surgiram várias regulamentações que incluíam sempre a Administração Pública, o Decreto nº 2.271/97 dando a possibilidade da execução de serviço por terceiro na Administração Pública Federal, Autarquias e Fundacional, a Lei 8.863/94 incluindo vigilância nos serviços públicos, as Leis 8.987/95 e 9.472/97, possibilitando a concessão do serviço público, podendo contratar com terceiros a realização de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço.

O TST editou a súmula 256 que regulamenta a terceirização, entretanto no ano de 1993 edita a súmula 331 trazendo a terceirização no âmbito da Administração Pública e no mesmo ano publica a lei 8.666/93 regulamentando a contratação de serviços pela Administração Pública através da licitação, trazendo a responsabilidade do Estado em seu artigo 71, §1, a saber:

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 perante o registro de imóveis.

No ano de 2000 o TST fortalece a súmula 331 para incluir o item IV, quanto à responsabilidade da subsidiária da Administração Pública indireta, trazendo a responsabilidade quanto ao inadimplemento das obrigações trabalhistas, vejamos:

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial.

O primeiro combate entre as normas surgiu com a Lei de Licitação que esquivava a Administração Pública da Responsabilidade Subsidiária quanto aos débitos trabalhistas e a súmula 331 do TST que imputa a responsabilidade Subsidiária da Administração Pública pelo inadimplemento de obrigações trabalhistas da empresa contratada.

O STF julgou este confronto de normas em 2010 na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16 definindo a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei 8.666/93, assim a responsabilidade subsidiária da Administração Pública não poderia ser imputada pela simples inadimplência do prestador de serviço, ou seja, o STF afastou a responsabilidade objetiva não podendo o ente público ser responsabilizado de forma automática, devendo haver

a comprovação da falta de fiscalização (*culpa in vigilando*) para ser reconhecida sua responsabilidade.

A decisão proferida ADC16-DF não chega a engessar o judiciário trabalhista na comprovação da *culpa in vigilando* do ente público quanto ao descumprimento dos encargos trabalhistas, mesmo porque a citada decisão não significa salvo conduto para práticas que atendem contra os princípios basilares do Direito do Trabalho.

A entidade estatal que pratique terceirização com empresa que se torne inadimplente com relação a direitos trabalhistas mesmo que tenha firmado a seleção por meio de processo licitatório, ainda que sem culpa deve responder pelas verbas trabalhistas devidas pelo empregador terceirizante, pois, quando o ente estatal firma o contrato administrativo com a empresa privada depois do devido procedimento licitatório, deve se presumir que este se auto responsabiliza, independente de *culpa in eligendo* (má escolha do contratante) ou *culpa in vigilando* (má fiscalização das obrigações).

A constitucionalidade do artigo 71 da Lei 8.666/93 deve ser interpretada com as devidas ressalvas do judiciário trabalhista em observar os fatos sob o ponto de vista concreto. Não se cogita aqui a inconstitucionalidade a ser invocada quanto ao artigo em comento, mas de sua inaplicabilidade ao caso concreto, respeitando de logo a primazia da realidade imposta sobre o trabalhador.

O legislador deve apreciar o princípio da primazia da realidade, onde se observar a realidade dos fatos em detrimento dos aspectos formais que eventualmente os atestem, ou seja, a empresa inadimplente esquece que o trabalhador está na busca de receber sua contraprestação, buscando a entidade que realizou contrato com a terceirizada, a fim de obter seus direitos trabalhistas, sendo que o ente público tenta afastar de todo modo a responsabilidade que lhe cabe, no entanto, o princípio da primazia da realidade junto com o princípio da proteção ao trabalhador autoriza a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços independente de comprovação de fiscalização deste.

O TST ao tomar ciência da decisão da ADC 16 se viu preocupado com a situação do trabalhador no ano de 2011, suplementando novamente a súmula 331, reformulando o item IV e criando os itens V e VI, a saber:

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

V – Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de

serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação.

O novo texto elimina a responsabilidade objetiva e subjetiva da culpa *in elegendo* quanto à contratação no processo de licitação para averiguação dos requisitos necessários expressos na lei e preservou a culpa *in vigilando* quanto à ausência da fiscalização nos contratos de prestação de serviço do tomador com o prestador.

Não foi observado na decisão da ADC 16 o princípio da proteção ao trabalhador, onde não se pode admitir que o ente público não seja responsabilizado de forma subsidiária em caso da mão de obra de empresa terceirizada se a mesma não tem capacidade de cumprir com suas obrigações trabalhistas do empregado posto a serviço, independente de culpa ou não.

O novo texto legal da terceirização é omissivo quanto à responsabilidade da Administração Pública perante o inadimplemento das obrigações trabalhista pelo prestador de serviço, no entanto, o Plenário do STF no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 760931 no dia 30 de março de 2017 definiu o entendimento adotado na Ação de Declaração de Constitucionalidade (ADC) 16, que veda a responsabilização subsidiária automática da administração pública, só cabendo sua condenação se houver prova inequívoca de sua conduta omissiva ou comissiva na fiscalização dos contratos.

#### 7.4 ÔNUS DA PROVA NA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A quem compete o ônus probatório para comprovar a culpa do tomador de serviço na ausência de fiscalização das obrigações trabalhistas das empresas prestadoras de serviços? Cabe ao trabalhador ou a Administração Pública? A dificuldade de delimitar o ônus probatório nesta situação parece ser difícil, entretanto o reclamante não merece receber um fardo tão pesado para se desincumbir.

De início se interpretamos do artigo 818 da CLT e do artigo 373 do CPC nesta situação mencionada é determinando que cabe ao reclamante a incumbência de comprovar a culpa *in vigilando* da Administração Pública, não tendo provas nos autos da ausência de fiscalização não há que se falar em responsabilidade subsidiária da mesma. No entanto, a jurisprudência percebe que o trabalhador é parte hipossuficiente desta relação não tendo

qualquer força técnica para produzir esta prova, assim, a teoria da inversão da prova e o princípio da aptidão da prova vem sendo aplicado em vários Tribunais do país.

Carlos e Camargo (2017, p.144), relatam sobre a aplicabilidade deste princípio no processo do trabalho:

No processo do trabalho, podemos constatar que disposição similar à Teoria Dinâmica de Distribuição do Ônus da Prova vem sendo utilizada: a aplicação do princípio da aptidão para a prova ou da adequação, que significa que deve provar a parte que possuir maior aptidão para produzi-la, independentemente de ser reclamante ou reclamado.

A Administração Pública tem mais facilidade e aptidão para comprovar a fiscalização ou não das obrigações trabalhistas, pois detém de toda a prova documental capaz de comprovar que estava fiscalizando a todo o tempo a empresa terceirizada, assim, deve ser aplicado à teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova para trazer efetividade nas demanda trabalhista que versa sobre o tema.

Com a aplicação da teoria supracitada a Administração Pública ao se defender não negaria o fato a fim de ver invertido o encargo probatório para dificultar a realização de prova pelo obreiro, sendo que agora a prova caberia a quem tem mais aptidão para realizá-la e não mais a quem a lei determina. O tomador trazendo toda a documentação da contratação da empresa prestadora e comprovando toda a regularidade desde a licitação não responderá de forma subsidiária.

Percebemos que o trabalhador não detém de condições aptas para provar a ausência de fiscalização do tomador de serviço, estando em sua mão à famosa “prova diabólica”, pois, como o reclamante teria capacidade de ter em sua mão documentos de fiscalização entre a Administração Pública e a empresa terceirizada, sendo muito difícil através de uma prova oral arrolado pelo mesmo provar esta situação, estando o trabalhador totalmente vulnerável, dependendo do compartilhamento probatório para chegar ao sucesso da sua pretensão.

É ônus da Administração Pública trazer aos autos os documentos que comprovam o acompanhamento da supervisão da empresa prestadora de serviço durante todo o pacto laboral do obreiro, esta tem mais capacidade de produzir a prova sem qualquer prejuízo, ao contrário do obreiro que caso deixe de desincumbir do seu ônus terá o maior prejuízo, pois concedeu sua força de trabalho para o setor público que sequer fiscalizou a empresa terceirizada e ainda acaba não sendo responsabilizado na justiça por causa de um ônus que competia ao mesmo referente a uma prova impossível.

Ocorre que o judiciário ainda tem empecilhos em aplicar a distribuição dinâmica da prova nesta situação específica, por motivo político ou em caso de declaração da

responsabilidade subsidiária criará um débito inestimável para o setor público diante dos milhares de processos que percorre pelo país sobre esta matéria, correndo o risco de quebrar financeiramente a máquina estatal.

A distribuição da prova dinâmica agora devidamente regulamentada na CLT vai proporcionar maior segurança para os jurisdicionados mediante o fornecimento de uma base legal expressa para motivar a partilha do ônus da prova pelos magistrados, à imposição de regras procedimentais em perfeita sintonia com as garantias da Constituição Federal trará resolução processual. O administrador público deverá tomar ciência da decisão que fundamentou a partilha das provas e terá o direito de produzir as provas aptas para demonstrar se teve ou não culpa na fiscalização das obrigações trabalhistas.

É através do ônus probatório que podemos conduzir um processo justo, colocando limites de quem compete desincumbir, estamos abrindo mão na busca real de um fato que pode gerar um direito por causa de delimitação normativa, com a chegada da partilha do ônus probatória podemos evitar a frustração da parte na busca pelo seu direito por ausência de provas necessárias para o deslinde do feito.

## 7.5 PROVA DIABÓLICA

A parte que alega o fato terá que desincumbir do seu ônus probatório, entretanto, nem sempre a parte tem condições técnicas, financeiras, sociais, informais para realização daquela prova, estamos diante de uma dificuldade da parte em provar o que alegou, é a chamada “prova diabólica”.

No tema abordado neste trabalho, o reclamante presta serviço durante todo o contrato de trabalho para o tomador de serviço, quando a prestadora de serviço encerra o vínculo contratual do obreiro sem pagar seus créditos trabalhistas, o mesmo propõe ação em face do prestador de serviço como devedor principal e do tomador de serviço como devedor subsidiário por ter se beneficiado da força de trabalho do reclamante.

Ocorre que, o tomador de serviço nega que o reclamante prestou serviço para o mesmo, no intuito de se desvincular do ônus probatório deixando para o obreiro, que é a parte hipossuficiente da relação processual, não tendo condições de produzir aquela chamada “prova diabólica” diante da impossibilidade de realizá-la, tendo sua reclamação trabalhista frustrada quanto ao devedor subsidiário detentor do capital.

A fim de se evitar este prejuízo decorrente de uma norma processual limitada, é necessária a aplicação da inversão do ônus da prova ou a aplicação da distribuição dinâmica

do ônus da prova, sob o fundamento de que quem tem melhores condições de produzir a prova ou parte que detém de capacidade técnica.

Difícilmente o trabalhador consegue trazer provas no caso abordado, torcendo então para que o Juiz inverta o ônus probante, no entanto, a maioria dos magistrados não realiza facilmente este procedimento de inversão probatória, tornando-se assim uma “prova diabólica” diante da impossibilidade de o reclamante se desincumbir, assim, faz-se necessário à justiça do trabalho aplicar urgentemente a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, recentemente aprovada na ”reforma trabalhista”, que começa a vigorar no meado de novembro de 2017.

A necessidade de distribuir o ônus da prova perante a dificuldade de produção na justiça do trabalho é muito grande, diante da magnitude do direito material laboral, surgindo a cada dia novas relações de trabalho, conseqüentemente novos meios de prova onde o reclamante e reclamado tendo dificuldade em produzir tal prova cabe ao Juízo distribuir de forma fundamentada o ônus de cada um.

Tirar o peso de um quanto à produção da prova e dividir com o outro, além de trazer efetividade e celeridade no processo, traz uma segurança jurídica e equilíbrio entre as partes, afastando a produção da prova de forma unilateral.

## 7.6 APLICAÇÃO DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Antes da regulamentação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, o Tribunal Superior do Trabalho já vinha distribuindo o ônus da prova para quem tem melhores condições de desincumbir, utilizando como fundamento o princípio da aptidão da prova, vejamos algumas jurisprudências:

RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO - EXCLUSÃO - NECESSIDADE DE EXAME DA CULPA PELA AUSÊNCIA DE FISCALIZAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES DA PRESTADORA DE SERVIÇO - PRINCÍPIO DA APTIDÃO DA PROVA - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - PRESUNÇÃO DA CULPA. Esta Corte, por meio da Resolução n.º 174, de 24 de maio de 2011, alterou o item IV e acrescentou o item V a Súmula n.º 331, cujas redações são no seguinte sentido: IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial; V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero

inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.- No entanto, em que pese a razoabilidade da tese de contrariedade à Súmula n.º 331 desta Corte, porque não delineado, no presente caso, o quadro fático acerca da efetiva existência, ou não, de culpa do ente público tomador dos serviços, pela ausência de fiscalização das obrigações da prestadora de serviço, ressalvado o meu posicionamento, por disciplina judiciária e economia processual, adoto o entendimento da Turma que, em sua maioria, decidiu pela impossibilidade de se exigir do empregado a comprovação de que houve culpa do Ente Público. Nessa hipótese, aplica-se o princípio da aptidão da prova, sendo perfeitamente cabível a presunção de culpa nessas circunstâncias, inclusive com inversão do ônus da prova. Recurso de revista não conhecido.

(TST-RR-2309-44.2010.5.10.0000, Relator: Ministro Renato de Lacerda Paiva, 2.ª Turma, DEJT 7/10/2011.)

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. TERCEIRIZAÇÃO. ENTE PÚBLICO. CULPA IN VIGILANDO. ÔNUS DA PROVA. PRINCÍPIO DA APTIDÃO PARA A PROVA. Nos termos do acórdão regional, a condenação do Estado do Rio de Janeiro, tomador da mão de obra, decorreu da inversão do ônus da prova, em razão de ser o ente público detentor dos documentos capazes de demonstrar sua efetiva fiscalização. O Juízo a quo pautou-se no princípio da aptidão para a prova. Verifica-se, ademais, que o Regional não se afastou do entendimento exarado pelo STF, no julgamento da ADC n.º 16/DF, o qual previu a necessidade da análise da culpa in vigilando do ente público tomador de serviços. Atribuiu, no entanto, ao Recorrente o ônus de demonstrar que fiscalizou a empresa prestadora de serviços no inadimplemento das obrigações trabalhistas. A decisão, calcada no princípio da aptidão para a prova, está em consonância com a atual jurisprudência desta Corte Superior. Agravo de Instrumento conhecido e não provido.

(TST - AIRR: 3852120125010471, Relator: Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 17/02/2016, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/02/2016)

RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO TOMADOR DE SERVIÇOS. ENTE INTEGRANTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CARACTERIZAÇÃO DA CULPA "IN VIGILANDO". SÚMULA N.º 331, V, DO TST. PRINCÍPIO DA APTIDÃO PARA A PROVA. Na diretriz do item V da Súmula n.º 331 do TST: "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 8.666/93, de 21/6/1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada". Na hipótese dos autos, foram devidamente consignados pelo Regional os motivos pelos quais ficou evidenciada a culpa "in vigilando" do tomador de serviços. Note-se que compete ao ente público provar que cumpriu com o seu dever legal, sobretudo porque eventuais documentos que demonstram a fiscalização estão em seu poder. Recurso de Revista não conhecido.

(TST - RR: 1354220125050029, Relator: Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 04/03/2015, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 06/03/2015)

Com a regulamentação desta recente teoria a Justiça do Trabalho tem a possibilidade de determinar que a Administração Pública detenha do ônus de provar que ocorreu ou não a sua culpa *in vigilando*, não deixando para o trabalhador um ônus impossível de se desvencilhar.

A recente “reforma trabalhista” e o recente CPC regulamenta a distribuição dinâmica do ônus prova, trazendo uma nova alternativa como meio para se chegar a uma resolução justa no processo, não deixando de lado a teoria estática e nem a inversão do ônus da prova, mas em casos específicos na esfera trabalhista podemos utilizar a partilha da prova, observando no caso concreto quem tem melhores condições de produzir a prova.

Diante da realidade dos vários processos sobre este tema, a aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova é fundamental para ajudar a resolver a lide, pois neste caso, é a Administração Pública que tem plena capacidade para realizar a prova quanto à fiscalização ou não do cumprimento das obrigações trabalhistas pela terceirizada.

## 8 CONCLUSÃO

A necessidade de uma nova teoria no direito processual brasileiro é notória diante da do surgimento de novas demandas no direito material, a busca pela efetividade jurisdicional nas relações processuais faz com que surjam novos procedimentos instrumentais, assim, a aplicação da Teoria da Distribuição Dinâmica da Prova na Justiça do Trabalho se torna essencial para resolver matérias específicas no intuito de trazer segurança jurídica, entretanto, a mesma ainda precisa ser mais observada e estudada para formar uma estrutura onde haja participação das partes com mais solidez na partilha probatória.

A partilha da prova entre as partes revela-se um meio eficiente para se chegar a um processo justo, no caso deste trabalho, a aplicação da teoria evita que a parte mais fraca da relação tenha um prejuízo processual e que o hipersuficiente da relação traga as provas cabíveis para resolver a lide, veja que distribuindo a prova para quem tem melhores condições de produzir dá mais celeridade, economia processual e principalmente a efetividade na tutela jurisdicional.

Provar um fato significa atestar a veracidade do quanto alegado, a parte deve sempre saber qual o objeto da prova, quais os meios legais para atesta a veracidade de um fato, podendo ser através de documentos, testemunhas, confissão, perícia, inspeção judicial, etc. Os princípios que regem a prova tem uma enorme importância na formação de qualquer teoria de instrumento processual, devendo sempre ser utilizados no momento da aplicação do direito, pois, é a base da formação jurídica

O ônus é a carga que a parte tem de desvencilhar sob pena de não ver o sucesso da sua pretensão, devendo sempre saber o momento de desincumbir o seu encargo, caso a parte não consiga se desincumbir do ônus não sofre punição, daí a diferença do dever e obrigação que tem como pena a punibilidade.

O ônus da prova determina a cada parte o que lhe compete provar, chamamos de ônus subjetivo, sendo que o Juízo deve sempre observar no momento de julgar o processo a quem competia o ônus, chamamos de ônus subjetivo. O artigo 373 do CPC, incisos I e II, determina a distribuição do ônus da prova para o autor quando alega o fato e para o réu quando alega fatos modificativos, impeditivos e extintivos de direito, no entanto, a justiça pode aplicar outra teoria a depender do caso concreto para evitar situações onde a norma acaba frustrando a pretensão probante das partes, o intuito do instrumento de partilha da prova é de trazer eficácia processual.

A teoria da inversão do ônus da prova que é regulamentada no CDC e aplicada de forma subsidiária ou supletiva no processo do trabalho, onde o autor é parte hipossuficiente ou havendo verossimilhança nas alegações o Juízo poderá inverter o ônus probante para o réu na audiência de instrução ou quando o Juízo prolatar a sentença, este último à doutrina informa que fere o princípio do contraditório e da ampla defesa. O ônus da prova do fato negado observa-se que a negação de um fato sendo modificativo, impeditivo e extintivo compete ao réu, pois, configura-se em um fato positivo, acabando de vez com o caso da alegação da negação total que o ônus recaia sobre o autor.

A recente regulamentação da distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho determina que cada parte terá o ônus daquilo que melhor possua condições de provar, não obtendo o ônus quando a prova tiver excessiva dificuldade na sua realização. A dificuldade de atestar um fato é muito grande em um processo quando a parte não tem qualquer capacidade de realizar, sendo necessário a partilhar probatória, mas deve ser analisado se a parte contrária tem plenas condições de provar, não devendo o Juízo apenas determinar o que a norma impõe, observando sempre a situação processual que encontra-se as partes.

Alguns princípios aparecem para formar a base da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, tendo como principais: o princípio da aptidão da prova, aqui o ônus compete a parte que tem melhor aptidão para realizar a prova, e o princípio do acesso a justiça, neste as partes devem ter o direito de provocar o judiciário e ter um serviço processual eficaz, pois, o simples fato de propor uma ação sem que o Juízo busque meio para o surgimento de provas no autos se configuraria em defeito no instrumento jurisdicional, este princípio traz a base do funcionalismo do órgão julgador, propiciando as partes condições para chegar a satisfação no processo.

A distribuição dinâmica do ônus da prova não chega para extinguir a delimitação do artigo 818 da CLT e artigo 373, incisos I e II do CPC, ao contrário, vem como um subsídio perante a crise que a teoria estática do ônus probatória vem sofrendo, em vários casos concretos a simples aplicação estática do ônus da prova acaba deixando as partes com uma prova impossível de produzir em suas mãos, necessitando que outras teorias processuais ajudem a limitada teoria mencionada.

No processo do trabalho é fundamental a aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova, geralmente é o reclamante que tem o fardo de provar suas alegações, e, na maioria das vezes sofre com a realização da prova em decorrência da dificuldade de produzi-la. Com inclusão do parágrafo primeiro do artigo 818 da CLT, que trás a teoria da distribuição

dinâmica do ônus da prova à justiça laboral se vê diante de uma formula onde poderá resolver várias matérias que vem sendo uma “guerra processual entre as partes“ há anos, podendo resolver vários impasses quando começar a aplicar esta nova teoria, principalmente no caso concreto abordado neste trabalho.

O Juízo para aplicar este novo instrumento processual terá sempre que fundamentar por quais motivos esta partilhando a prova entre as partes a fim de evitar nulidade processual, a importância da fundamentação do magistrado neste novo instrumento processual é fundamental para determinar que a parte detenha do ônus, sendo que o momento para este procedimento é na abertura da audiência de instrução, onde a parte que obteve este ônus poderá requerer adiamento da audiência, veja que a regulamentação desta teoria trouxe todo um ordenamento devidamente estruturado para evitar qualquer situação de cerceamento de defesa capaz de gerar nulidade. Quanto ao fato negativo este novo instrumento processual extingue totalmente o procedimento de alegação do fato negativo que era de costume do réu a fim de inverter o ônus para a parte contrária, agora quem produz a prova é quem tem melhor condição para tanto.

Terceirização é quando o tomador de serviço delega atividade secundária para a prestadora de serviço, este modelo de produção surgiu decorrente do modelo de produção chamado de *Toyotismo*, chega ao Brasil na década de 30/40, várias normas jurídicas no país implantam o modelo da terceirização até mesmo o setor público inclui a contratação de terceiros, entretanto a justiça através da súmula 256 e substituída pela atual súmula 331 do TST regulam a terceirização, entretanto, na atualidade surge a lei autorizando a terceirização irrestrita, entretanto, é omissa quanto ao ônus probante em caso de inadimplemento da obrigações trabalhista nos contratos da tomadora de serviços com as empresas terceirizada.

A responsabilidade subsidiária define como obedecer à ordem hierárquica quando a uma condenação da tomadora de serviço, devendo primeiramente ser responsável à empresa principal e em seguida a empresa secundária, esta responsabilidade começa a ser aplicado na justiça do trabalho decorrente do inadimplemento das obrigações trabalhista pela terceirizada, sendo a tomadora de serviço condenada de forma subsidiária a pagar os direitos trabalhistas.

No caso da Administração Pública surge o impasse, pois, para ser condenada de forma subsidiária teria que haver a ausência de culpa quanto à fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas perante a empresa prestadora, entretanto, quem detém deste ônus quanto à comprovação da *culpa in vigilando* é o autor nos termos do artigo 818 da CLT, mas que tem melhores condições de provar é a Administração Pública que está na posse de toda a prova documental capaz ou não de comprovar o quanto alegado pelo trabalhador.

O artigo 818 da CLT e subsidiariamente ou supletivamente o 373 I e II do CPC deixa na mão do trabalhador uma “prova diabólica” diante da impossibilidade do mesmo produzir, a necessidade do Juízo neste caso de distribuir o ônus probante para que tenha melhores condições de realizar é notório, não havendo esta distribuição para o trabalhador, que se vê em uma situação onde terá uma execução infrutífera perante o prestador de serviço.

Conforme a teoria da distribuição da prova dinâmica do ônus da prova, se o autor alega em sua petição inicial que a Administração Pública não fiscalizou a prestadora de serviço, pedindo ao judiciário a declaração da responsabilidade subsidiária do ente público pelo descumprimento das obrigações trabalhista da empresa contratada, cabe a esta o ônus de provar que fiscalizou a prestadora de serviço por ter melhores condições de realizar a prova.

Com a regulamentação deste novo instrumento processual que tem como objetivo trazer a igualdade processual entre as partes, a Justiça do Trabalho tem a obrigação de aplicar no direito material laboral, evitando que a carga de provar apenas pese para uma parte, permitindo o acesso à justiça, disponibilizando ao Juízo a busca da verdade e um julgamento totalmente coerente.

Essa teoria recém chegada ao sistema processual brasileiro será uma revolução no deslinde dos processo, dando resultado quanto ao processamento da matérias de forma eficiente e justa, além de incentivar a colaboração e a participação entre as partes.

## REFERÊNCIAS

AMBROSIO, Graziella. **A distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2013.

ARAUJO, Jayne Carvalho de Souza. **O Ônus da Prova no Processo do Trabalho**. 2011. 72 f. Monografia (Pós-Graduação) - Instituto Brasiliense de Direito Público. Brasília.

BALDINI, Renato Ornellas. **Distribuição do Ônus da Prova no Processo do Trabalho**. 2013. 235 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito. Universidade São Paulo. São Paulo.

BRASIL. 246 - Responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviço. Recurso Extraordinário 760931. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4434203&numeroProcesso=760931&classeProcesso=RE&numeroTema=246>>. Acesso em: 24 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 05 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Brasília, DF, 25 fev. 1967. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del0200.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm)>. Acesso em: 03 set. 2016.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 2.271, de 07 de julho de 1997. Dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências. Brasília, DF, 7 jul. 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d2271.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2271.htm)>. Acesso em: 03 set. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei n. 5.645, de 10 de dezembro de 1970. Estabelece diretrizes para a classificação de cargos do Serviço Civil da União e das autarquias federais, e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 10 dez. 1970. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5645.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5645.htm)>. Acesso em: 05 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei n. 6.019, de 03 de janeiro de 1974. Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 3 de janeiro de 1974. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6019.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6019.htm)>. Acesso em: 06 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei n. 7.102, de 20 de junho de 1983. Dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores, e dá outras providências.

**Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 21 jun. 1983. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7102.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7102.htm)>. Acesso em: 07 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)>. Acesso em: 19 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.666, de 21 de junho 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm)>. Acesso em: 15 maio 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.863, de 28 de março 1994. Altera a Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 29 mar. 1983. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8863.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8863.htm)>. Acesso em: 05 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 14 fev. 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8987compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987compilada.htm)>. Acesso em: 05 out. 2016

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 jul. 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9472.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9472.htm)>. Acesso em: 05 out. 2016

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 05 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 mar. 2017. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 13 dez. 2016

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017. Altera dispositivos da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 31 mar. 2017. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm)>. Acesso em: 02 abr. 2017

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 jul. 2017. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm)>. Acesso em: 04 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Pesquisa de Jurisprudência - *Acórdãos*. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+760931%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+760931%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/qapv2fb>>. Acesso em: 15 set. 2017

\_\_\_\_\_. Súmulas da Jurisprudência Uniforme do Tribunal Superior do Trabalho. **Tribunal Superior do Trabalho**. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/sumulas>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

\_\_\_\_\_. Doenças preexistentes e ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo: Dialética, nº 31, 2005.

CARRION, Valentin. **Comentários a Consolidação das Leis do Trabalho**. 36ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAVALCANTI, Caio de Oliveira. **Por Uma Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova**. 2014. 155 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra.

CHEHAB, Gustavo Carvalho. A teoria dinâmica da distribuição do ônus da prova e a sua aplicação no processo trabalhista brasileiro. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região**, Brasília, DF, v. 19, n. 19, p. 108-123, jun. 2015.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso; GOULART, Rodrigo Fortunato (Coord.). **Novo CPC e o processo do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2016.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15ª ed. São Paulo: LTr, 2016.

DIDIER JR., Fredie. **Direito Processual Civil**. 4ª ed. Vol. I. Salvador: Juspodivm, 2004.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho: critérios e casuística. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, São Paulo, n. 32, p. 103-112, jan./jun. 2008.

FILHO, Montenegro Misael. **Processo Civil**. 6ª ed. São Paulo: Método, 2009.

FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FUGA, Bruno Augusto Sampaio. **A prova no Processo Civil: Principais Inovações e Aspectos Contraditórios**. 1ª ed. São Paulo: Boreal, 2016.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Contrato e Atos Unilaterais**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. **Responsabilidade Civil**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. As provas e ônus dinâmico no NCPC e seus desdobramentos para o processo do trabalho. **Revista do Tribunal do Trabalho da 2ª Região**, São Paulo, n. 18, p. 48-62, 2015.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. Vol.1. 55ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

JÚNIOR, José Cairo. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 5ª ed. Bahia: Juspodivm, 2012.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOURENÇO, Haroldo. **Teoria Dinâmica do Ônus da Prova no Novo CPC**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

MAGALÓ, Fábio Machado. **Distribuição dinâmica do ônus da prova**. 2014. 260 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade São Paulo, São Paulo.

MANHABUSCO, José Carlos; MANHABUSCO, Amanda Camargo. **(A) Inversão do Ônus da Prova no Processo do Trabalho: Teoria Dinâmica do Ônus da Prova**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2017.

MARECO, Gabriella Dinelly Rabelo. O ônus da prova no direito do trabalho: distribuição dinâmica e inversão. **Revista de direito do trabalho**, São Paulo, v. 36, n. 140, p. 45-60, out./dez. 2010.

MARTINS, Luíza Soares Sabioni. **Terceirização e precarização social do trabalho: uma análise das possibilidades de configuração do dano existencial ao trabalhador terceirizado**. 2015. 66 f. Monografia (Graduação) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho: A História e Teoria Geral do Direito do Trabalho: Relações Individuais e Coletivas do Trabalho**. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NUNES, Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

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

PEREIRA, Leone. **Manual de Processo do Trabalho**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIRES, Rosemary de Oliveira; DIAS, Ana Cláudia Barbosa. A prova no CPC de 2015 e no processo do trabalho: a distribuição do ônus probatório e seus questionamentos. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 62, n. 93, p. 109-122, jan./jun. 2016.

RAINHA de Katwe, Filme, Direção Mira Nair, 2016, Duração 2h 04 min.

SARAIVA, Renato. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 6ª ed. São Paulo: Método, 2009.

SARAIVA, Vivian Diniz Gondim. **Terceirização trabalhista no âmbito da administração pública: a evolução jurisprudencial e perspectivas atuais da análise pelo TST e STF da demonstração da culpa do ente público (tomador de serviços) pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas pela empresa interposta (prestadora de serviços) a partir do julgamento da ADC 16 – DF**. 2016. 57 f. Monografia (Pós-Graduação) - Escola de Direito de Brasília – EDB/IDP, Brasília.

SANTOS, Thiago Alexandre dos. **Responsabilidade Civil da Administração Pública e o Inadimplemento de Encargos Trabalhistas na Terceirização**. 2012. 64 f. Monografia (Graduação) - Faculdade de Direito, Universidade do Paraná, Curitiba.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 10ª ed. São Paulo: LTr. 2016.

\_\_\_\_\_. **Provas no Processo do Trabalho**. 5ª ed. São Paulo: LTr. 2017.

SILVA, Daniel Gomes da. **A Prova Diabólica e a Responsabilidade Subsidiária da Administração Pública no caso do Inadimplementos da Obrigações Trabalhistas pela Empresa Prestadora de Serviços**. 2012. 61 f. Monografia (Graduação) - Faculdade Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. O ônus da prova e sua inversão no processo do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, São Paulo, n. 25, p. 162-180, jul./dez. 2004.

STACK, Gil Gustavo Monegol. **A terceirização no direito do trabalho a responsabilidade das empresas terceirizadoras e das empresas contratantes de serviços terceirizados**. 2014. 58 f. Monografia (Graduação) - Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais, Rio Grande do Sul.

TAMBELLINI, Guilherme Luis da Silva. Responsabilidade subsidiária da Administração: conta vinculada para provisionamento de verbas trabalhistas. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3254, 29 maio 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21884>>. Acesso em: 29 maio 2013.

VASCONCELOS, Elaine Machado. A discriminação nas relações de trabalho: a possibilidade de inversão do ônus da prova como meio eficaz de atingimento dos princípios constitucionais. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Porto Alegre, v. 71, n. 2, p. 94-107, maio/ago. 2005.