

9. A FINITUDE DO TRABALHO PROTEGIDO E A EFETIVIDADE DO DIREITO DO TRABALHO NAS RELAÇÕES PLATAFORMIZADAS

Ao contrário do apregoado por muitos de que as TICs levariam ao fim do trabalho, o que se verifica é a intensificação da contratação precária e a finitude do

trabalho protegido com as novas formas de organização do trabalho em plataformas digitais, que relegam trabalhadores e trabalhadoras à clandestinidade, posto que deixados à margem da proteção jurídica. No presente capítulo, procura-se demonstrar que, embora não esteja nas mãos dos juristas a solução para esse quadro de exploração sem limites, é possível conferir uma hermenêutica estruturante que garanta o trabalho digno no ambiente digital.

9.1. PARA UMA HERMENÊUTICA ESTRUTURANTE QUE ASSEGURE A MANUTENÇÃO/AMPLIAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS E A VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

Em que pese a autora deste livro discorde da existência de uma “classe emergente”, nos termos propostos por Standing, importa dizer que pode ser observada, nos/as trabalhadores/as estudados/as, a ausência das sete formas de garantia relacionadas ao trabalho por ele apresentadas, a saber⁶¹⁰: 1) garantia de mercado de trabalho; 2) garantia de vínculo empregatício; 3) segurança no emprego; 4) segurança do trabalho; 5) garantia de reprodução de habilidade; 6) segurança de renda; 7) garantia de representação.

O ambiente plataformizado é também retrato das discriminações de raça, cor e gênero – mazelas sociais que permeiam as sociedades antes mesmo do alvorecer do capitalismo, mas que com este foram intensificadas sobremaneira, encontrando-se na base do sistema, que foi alicerçado na subjugação de pretos e pretas, de indígenas, de povos colonizados e na exploração exacerbada do trabalho da mulher.

As pesquisas expostas no capítulo 5 constataram que a ampla maioria dos/as entregadores/as e motoristas é preta ou parda – o que demonstra que os piores postos de trabalho e ocupações continuam sendo relegados a tais grupos sociais. No mesmo sentido, a pesquisa da OIT relatada no capítulo 8 aponta para a intensa presença de discriminação no *crowdwork online*.

Por onde passam as empresas-aplicativos parece haver a aderência a um projeto de precarização do trabalho que surgiu da ideia de fazer bicos em tempo ociosos e que agora tem se tornado a realidade laboral de toda uma população, geralmente a mais marginalizada e oprimida.⁶¹¹

A abolição da escravidão no país, como mencionado no capítulo 2, relegou ao exército de reserva os negros e negras recém-libertos e seu/suas descendentes, o que mostra que, desde sempre, a população marginalizada no Brasil foi majoritariamente negra. Para a população branca,

a violência tinha como finalidade produzir a *força de trabalho assalariada*, enquanto que, para os negros, não havia projeto de inclusão na sociedade em formação, constituindo a violência no mecanismo para

⁶¹⁰ STANDING, Guy. **O precariado**: a nova classe perigosa. Belo Horizonte: Autêntica, 2014. p. 28-29.

⁶¹¹ OLIVEIRA, 2023, p. 84.

obrigar tais trabalhadores a permanecerem como supranumerários, cumprindo a função de rebaixamento da massa salarial.⁶¹²

A semelhança com o quadro narrado pelas pesquisas não é mera coincidência. A ausência de Justiça de Transição e de políticas públicas inclusivas tornou tais discriminações lugar comum.

As mulheres, por sua vez, recebem menor remuneração, como sói ocorrer nas ocupações em geral, mormente pelo fato de que, no trabalho por peça, a elevação da remuneração depende do aumento do tempo de trabalho e, considerando o baixo padrão remuneratório, a jornada precisa ser consideravelmente aumentada para que se possa receber um mínimo necessário para garantir a sobrevivência da trabalhadora e de sua família. Ocorre que as mulheres, quase sempre responsáveis pelo trabalho reprodutivo e pelo trabalho de cuidado, precisam se desdobrar entre as atividades laborais fora e dentro do lar.

De acordo com o IBGE⁶¹³,

a desagregação em grupos populacionais por cor ou raça, assim como o recorte por sexo, são também fundamentais para o reconhecimento das desigualdades de rendimentos no Brasil. Em 2021, a população ocupada de cor ou raça branca ganhava, em média, 73,4% mais do que a de cor ou raça preta ou parda e os homens, 25,0% mais que as mulheres [...]. Os resultados indicam uma desigualdade estrutural, dado que esses diferenciais, salvo pequenas oscilações, foram encontrados em todos os anos da série, de 2012 a 2020. Destaca-se também que as atividades econômicas que, historicamente, apresentam os menores rendimentos médios – Serviços domésticos, Agropecuária e Construção – são as que possuem, proporcionalmente, mais pessoas ocupadas de cor ou raça preta ou parda [...].

Trata-se de trabalhadores/as que foram alijados/as do mercado formal de trabalho; para os/as quais é negado o vínculo empregatício; não possuem estabilidade nem renda garantida⁶¹⁴; encontram-se expostos/as a riscos de acidentes e em situação de desamparo perante a Previdência Social⁶¹⁵; são facilmente descartados/as e substituídos/as, não contando com investimento em formação; possuem dificuldade de representação; e estão sujeitos/as a diversos tipos de discriminação. Portanto, a sociedade brasileira presencia um retrocesso social sem precedentes; uma supres-

⁶¹² SILVA, 2019, p. 105.

⁶¹³ IBGE, 2022, p. 24.

⁶¹⁴ Ludmila Abílio, usando a expressão cunhada por Vera Telles, identifica no trabalho por aplicativo o ato de “viração” – o que “significa um constante agarrar-se às oportunidades, que em termos técnicos se traduz na alta rotatividade do mercado de trabalho brasileiro [...]”. (ABÍLIO, Ludmila Costhek. Uberização do trabalho: subsunção real da viração. **Blog da Boitempo**, 22 fev. 2017. Disponível em: <https://blogdaboitempo.com.br/2017/02/22/uberizacao-do-trabalho-subsuncao-real-da-viracao/>. Acesso em: 16 ago. 2023).

⁶¹⁵ Os/As trabalhadores/as plataformizados/as dificilmente conseguem contribuir com a Previdência Social como autônomos/as, numa alíquota 20%, diante do baixo padrão remuneratório.

são dos mais mezinhos direitos laborais, frutos de intensas lutas de classe.

No que se refere aos trabalhadores e trabalhadoras do *crowdwork offline* analisado, é necessário superar a manipulação jurimétrica referida no item 7.4 e reconhecer os vínculos empregatícios, como reiteradamente mencionado no presente estudo, a fim de garantir direitos sociais há muito estabelecidos e combater a precarização mencionada. Das oito turmas do TST, inclusive, cinco já reconhecem os vínculos de emprego de trabalhadores plataformizados.

No que se refere ao *crowdwork online*, como visto, há uma miríade de possibilidades de classificação da relação mantida entre as partes, que vai desde o trabalho realmente autônomo, em que as empresas detentoras das plataformas digitais se comportam como verdadeiros *marketplaces*, passando pelo trabalho autônomo economicamente dependente, até o trabalho subordinado sob as perspectivas clássica, estrutural, integrativa ou reticular. A categorização dependerá da análise do caso concreto e, para tanto, o/a intérprete deve se socorrer dos princípios que regem o Direito do Trabalho.

Os manuais do Direito do Trabalho desde muito tempo afirmam que o ordenamento jurídico deve se apresentar como um todo unitário, mas, na ausência de norma específica para regular determinada situação fática, o/a intérprete não pode se furtar a julgar, motivo pelo qual a própria CLT, no art. 8º, assegura que, em tal caso, deve decidir

[...] pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Tem-se, assim, a integração do Direito por meio do preenchimento das lacunas normativas⁶¹⁶. Integrar, conforme Amauri Mascaro, “significa completar, concluir”, com a finalidade de manter a “plenitude do ordenamento jurídico”⁶¹⁷. A integração mantém uma relação fulcral com a interpretação ou hermenêutica. E sem hermenêutica não há possibilidade de aplicação da ordem jurídica.

Ensina Andrade que, no processo hermenêutico, é preciso ter cuidado com quatro deformações comumente observadas na experiência jurisdicional⁶¹⁸: a) o “instrumentalismo” decorrente da adaptação do Direito aos interesses dos/as advogados/as e de clientes; b) o autoritarismo que pode se originar do livre convencimento do/a magistrado/a e da sua “não aceitação de uma visão estruturante do próprio sistema normativo”; c) “a prevalência do *senso comum teórico dos juristas*, acumulado e recepcionado pela adoção das chamadas escolas interpretativas ou

⁶¹⁶ DELGADO, 2006, p. 241.

⁶¹⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro *apud* ANDRADE, 2022, p. 525.

⁶¹⁸ ANDRADE, 2022, p. 526.

hermenêuticas tradicionais”, nos termos propostos por Luís Alberto Warat; d) a “absorção ideológica” da “consciência jurídica”, conforme escólio de Enoque Feitosa, “legitimadora do aparato ideológico da superestrutura” do Estado.

No que se refere ao “senso comum teórico dos juristas”, ou “saber acumulado”, este corresponde a

noções – representações – imagens – saberes presentes nas diversas práticas jurídicas, lembrando que tal conjunto funciona como um arsenal de ideologias práticas. Em outras palavras, **essa montagem corresponde a normas que disciplinam ideologicamente o trabalho profissional dos juristas.**⁶¹⁹

Tal suposto saber está presente em vários métodos interpretativos, especialmente decorrentes do positivismo, que buscam **justificar a ordem jurídica ao invés de explicá-la. Oculta-se, assim, o “papel social do direito”.** Insta, no entanto, com amparo na Teoria Crítica do Direito, trilhar um caminho diverso.

Assegura Lenio Streck que, em um Estado Democrático de Direito, **a ordem jurídica deve se apresentar como instrumento de transformação social, contribuindo para levar a sociedade a patamares superiores de igualdades e liberdades. Nele há prevalência dos direitos fundamentais, que passa a “ser uma forma privilegiada de instrumentalizar a ação do Estado na busca do desiderato apontado no texto constitucional, entendido no seu todo dirigente principiológico”.**⁶²⁰

A hermenêutica jurídica condizente com o Estado Democrático de Direito é a que se distancia do senso comum teórico e do positivismo para se conectar com os princípios gerais, bem como com os princípios específicos de cada ramo. Trata-se de pilares de sustentação de uma ordem jurídica, que, no caso brasileiro, conforme o preâmbulo da Carta Maior, objetiva

o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.

Se a Constituição da República foi promulgada com tal mister, como se observa do seu preâmbulo citado, é porque todo o seu aparato normativo deve ser interpretado da maneira que melhor contribua para a efetivação de tais valores supremos e, portanto, para a construção de uma **“sociedade livre, justa e solidária”** (art. 3º, I, da CR), para o **“desenvolvimento nacional”** (art. 3º, II, da CR), para a **erradicação da pobreza e da marginalização** (art. 3º, III, da CR), para a **redução das desigualdades sociais e regionais** (art. 3º, III, da CR) e para a **promoção do bem de todos, sem qualquer forma de discriminação** (art. 3º, IV, da CR).

⁶¹⁹ WARAT, Luís Alberto *apud* ANDRADE, 2022, p. 527.

⁶²⁰ STRECK, Lenio *apud* ANDRADE, 2022, p. 528-529.

Ao/À jurista cabe se debruçar sobre a realidade fática, observar as mazelas sociais, e, conduzido/a pela ideia de melhoria das condições sociais, voltar-se à norma para interpretá-la conforme esse guia – o que se aproxima do que Márcio Bilharinho Naves chama de uma “teoria materialista do direito”⁶²¹.

Voltando-se ao Direito do Trabalho, Andrade⁶²² esclarece que ele “não foi construído a partir de fundamentos dogmáticos. Tampouco, de versões metafísicas, idealistas ou positivistas”. Ele foi forjado pelas lutas operárias e estas visam a desestabilizar o *status quo* social e, conseqüentemente, perturbar a ideologia jurídica.

Comprometer os sentidos da liberdade e da igualdade entre patrões e empregados, para conferir proteção e direitos ao empregado, a parte fraca da relação jurídica – mesmo sem eliminar a subordinação da força de trabalho ao capital –, foi, sim, algo perturbador, tanto que se trata de um fenômeno que surgiu e se consolidou em virtude das lutas reformistas e revolucionárias desencadeadas desde o século XIX e do aparecimento do socialismo real.⁶²³

Dentre os princípios do Direito Material do Trabalho realçados pela própria Teoria Clássica do Direito e constantes de diversos manuais desse ramo, sobressaltam o da Proteção, o do Princípio da Primazia da Realidade, o do Princípio da Vedação do Retrocesso Social e da Progressividade dos Direitos Sociais⁶²⁴. É pelas lentes desses princípios que há muito tempo a doutrina pátria propõe que sejam interpretadas e aplicadas as normas laborais.

O Princípio da Proteção, com seus caracteres de inderrogabilidade, irrenunciabilidade, indisponibilidade e ordem pública, é observado, entre outros, no preâmbulo da Carta Maior acima mencionado; no artigo 1º, que traz como fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho; no artigo 3º, que apresenta como seus objetivos a erradicação da pobreza, da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais; no artigo 6º, que assegura os direitos ao trabalho, à saúde, à previdência social e à assistência aos desamparados; e, mais especificamente, no artigo 7º, que garante uma série de direitos trabalhistas, dentre os quais, a relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, a proteção do salário, da gestante e, inclusive, a proteção em face da automação. Tratando-se de normas infraconstitucionais, o Princípio da Proteção se destaca nos artigos 9º, 444 e 468 da CLT.

O Princípio da Primazia da Realidade, por sua vez, prescreve que, na análise de uma relação de trabalho, deve-se dar maior importância aos fatos do que à forma.

⁶²¹ NAVES, Márcio Bilharinho. **A Questão do Direito em Marx**. 1. ed. São Paulo: Outras Expressões, 2014.

⁶²² ANDRADE, 2022, p. 533.

⁶²³ ANDRADE, 2022, p. 534.

⁶²⁴ Este estudo não se propõe a analisar todos os princípios do Direito do Trabalho, quer dispostos em manuais desse ramo, quer apresentados por juristas vinculados à Teoria Crítica do Direito. Limita-se a apresentar alguns dos princípios que servirão de análise para o objeto estudado.

A essência se sobrepõe à aparência. Esse princípio – que, segundo a OIT, goza de **vigência universal**⁶²⁵ – em alguns países é previsto expressamente por lei (art. 9º, 444 e 468 da CLT) e em outros foi condensado pela jurisprudência. Ele assegura que o *nomen iuris* atribuído ao contrato em nada releva para a sua qualificação. **Importa a realidade fática e, não, o formalismo contratual.** Tal princípio se destaca principalmente quando se está diante de contratos de adesão – como é o caso daqueles objetos do presente estudo.

O Princípio da Vedação do Retrocesso Social e da Progressividade dos Direitos Sociais é extraído, principalmente, do *caput* do art. 7º da Constituição da República, segundo o qual aos “trabalhadores urbanos e rurais” são garantidos os direitos elencados no artigo mencionado, “além de outros que visem à melhoria de sua condição social”. Desta feita, além de ser vedada a mera supressão de direitos, é estabelecida a premissa de que se deve buscar ampliar o rol protetivo.

Na Teoria Crítica do Direito tais princípios ganham relevância e são remodelados. Andrade⁶²⁶, por exemplo, faz uma vasta análise principiológica do Direito do Trabalho na sua segunda trilogia e propõe a reconfiguração do Princípio da Proteção, vez que o conceito amplo de classe trabalhadora, a classe-que-vive-do-trabalho, deve incorporar a totalidade dos/das trabalhadores/as assalariados/as, cada vez mais integrados/as pelas cadeias produtivas globais e que vendem sua força de trabalho como mercadoria em troca de salário, mas também abranger todos/as os/as despossuídos/as dos meios de produção, quer sejam trabalhadores/as produtivos/as, quer sejam improdutivos/as, desempregados/as, subempregados/as, informais.

O autor entrega-se a repensar o Princípio da Proteção porque este, como se observa das palavras de Delgado, foi formulado sob o prisma da relação empregatícia e a ela restrito⁶²⁷:

Princípio da Proteção – Informa este princípio que o Direito do Trabalho estrutura em seu interior, com suas regras, institutos, princípios e presunções próprias, uma teia de proteção à parte hipossuficiente e vulnerável na relação empregatícia – o obreiro –, visando retificar (ou atenuar), no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho.

O Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife, especialmente através da linha de pesquisa Direito do Trabalho e Teoria Social Crítica, com supedâneo na teoria de Everaldo Lopes Gaspar de Andrade⁶²⁸, vem promovendo uma guinada teórico/dogmática no Direito do Trabalho ao propor a redefinição de seu objeto a partir da reformulação de seus princípios. Do Princípio

⁶²⁵ OIT, 2006.

⁶²⁶ ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. **Direito do Trabalho e Pós-Modernidade**: fundamentos para uma teoria geral. São Paulo: LTr, 2005.

⁶²⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 197-198.

⁶²⁸ ANDRADE, 2005.

da Proteção, de caráter meramente jurídico e restrito ao âmbito das relações de emprego, parte-se, pelos fundamentos marxianos elaborados neste estudo, para a adoção do Princípio da Proteção Social, que visa a amparar toda a classe-que-vive-do-trabalho, inclusive os que se encontram à margem do sistema normativo, independentemente do tipo de relação de trabalho mantido. Do privilégio conferido pelo Direito Laboral às relações individuais de trabalho, parte-se para demonstrar a importância de se pôr em relevo os direitos coletivos e sindicais.

Se a acumulação de mais-valia é o fim primeiro e último do modo de produção capitalista, parece bem claro que a ficção jurídica do princípio da proteção ao hipossuficiente no interior do contrato individual de trabalho, por mais importante que tenha sido na tentativa de conter o avanço da exploração da força de trabalho, ainda que restrita ao âmbito do trabalho subordinado, não tem condições de equiparar, de fato, empregado e empregador no âmbito das relações de trabalho, tampouco se destinou a promover a emancipação coletiva dos trabalhadores em face do modo de produção capitalista.

Reconhecer a subordinação do trabalhador ao capital como decorrência da concentração dos meios de produção e subsistência nas mãos do capital, ou mais claramente, como pertencente ao núcleo íntimo da compra e venda da força de trabalho, independente da forma como realizada, representa, na mesma medida, a frustração dos fundamentos clássicos do Direito do Trabalho e a necessidade de sua superação. Desvela ainda que o reducionismo dessa construção jurídica ao trabalho subordinado se assentou nas necessidades da lógica produtiva do capital e, ao mesmo tempo, comprova a obsolescência atual do princípio da proteção à medida que outras formas de trabalho e renda se alastram no mercado de trabalho globalizado.⁶²⁹

Se a limitação do Direito do Trabalho à proteção apenas da relação de emprego encontrou algum fundamento outrora, quando tal modalidade de trabalho possuía alguma hegemonia nos países capitalistas centrais, hoje ela já não se justifica diante das inúmeras formas de dominação econômica, dos diversos modos de subordinação da força de trabalho ao capital que se encontram ao arrepio da lei.

Ocorre que, na contramão do acima exposto, a jurisprudência pátria, especialmente oriunda do Supremo Tribunal Federal, vem trilhando um caminho diverso e fazendo vista grossa aos princípios mencionados, inclusive àqueles há muito destacados pela Teoria Jurídica Clássica Trabalhista. Vem se utilizando do “senso comum teórico dos juristas” para conferir interpretações que tornam inefetivos direitos fundamentais. Trata-se de hermenêuticas não recepcionadas pelos princípios do Direito do Trabalho instrumentalizadas pela Teoria Econômica do Direito, que privilegia os interesses econômicos em detrimento dos interesses sociais mais caros à classe-que-vive-do-trabalho.

Embora não seja objetivo desta investigação discorrer sobre as decisões ju-

⁶²⁹ ACIOLI, 2018, p. 97.

diciais relativas ao tema estudado, não se pode deixar de mencionar que o próprio STF vem, reiteradamente, afrontando a Constituição da República e, especialmente, desconsiderando os princípios retromencionados. **Desconectado do Princípio da Primazia da Realidade, tem se apegado à forma em detrimento da materialidade fática do contrato.** Tem, com isso, legitimado a sonegação de Direitos Laborais consagrados, como aquele concernente ao registro e à assinatura da CTPS do/a empregado/a, o que afronta o Princípio da Proteção Social. Finda levando um elevado contingente de trabalhadores/as a condições existentes na época do surgimento do Direito do Trabalho – o que implica em agressão ao Princípio da Vedação do Retrocesso Social.

É o que se observou, por exemplo, nas decisões monocráticas proferidas em sede de Reclamação Constitucional que afastaram o vínculo de emprego de motoristas e de um entregador “por aplicativo” com as empresas contratantes, nos seguintes processos: Rcl 59.404, de relatoria do Ministro Luiz Fux, tendo como reclamante a Cabify; Rcl 59.795, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, tendo como reclamante a Cabify; Rcl 60.347, também de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, tendo como reclamante a Cabify; Rcl 61.267, de relatoria do Ministro Luiz Fux, tendo como reclamante a Cabify; Rcl 63.414, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, tendo como reclamante a Cabify; e Rcl 63.823, de relatoria do Ministro Cristiano Zanin, tendo como reclamante a Rappi.

Para fundamentar tais decisões denegatórias dos vínculos empregatícios, os ministros relatores alegaram afronta às teses firmadas pela Suprema Corte na ADPF 324/DF, no RE 958.252 RG/MG – Tema 725/RG e na ADC 48/DF. Ocorre que as teses firmadas giram em torno do tema terceirização, como se vê abaixo:

ADPF 324/DF

1. É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada.
2. Na terceirização, compete à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias, na forma do art. 31 da Lei 8.212/1993. (ADPF 324/DF, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJe de 6/9/2019).

RE 958.252 RG/MG – Tema 725/RG

É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante. (RE 958.252-RG/MG – Tema 725/RG, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe de 13/9/2019).

ADC 48/DF

Direito do Trabalho. Ação Declaratória da Constitucionalidade e Ação Direta de Inconstitucionalidade. Transporte rodoviário de cargas. Lei 11.442/2007, que previu a terceirização da atividade-fim. Vínculo meramente comercial. Não configuração de relação de emprego.

1. A Lei nº 11.442/2007 (i) regulamentou a contratação de transportadores autônomos de carga por proprietários de carga e por empresas transportadoras de carga; (ii) autorizou a terceirização da atividade-fim pelas empresas transportadoras; e (iii) afastou a configuração de vínculo de emprego nessa hipótese.

2. É legítima a terceirização das atividades-fim de uma empresa. Como já foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal, a Constituição não impõe uma única forma de estruturar a produção. Ao contrário, o princípio constitucional da livre iniciativa garante aos agentes econômicos liberdade para eleger suas estratégias empresariais dentro do marco vigente (CF/1988, art. 170). A proteção constitucional ao trabalho não impõe que toda e qualquer prestação remunerada de serviços configure relação de emprego (CF/1988, art. 7º). Precedente: ADPF 524, Rel. Min. Luís Roberto Barroso.

3. Não há inconstitucionalidade no prazo prescricional de 1 (um) ano, a contar da ciência do dano, para a propositura de ação de reparação de danos, prevista no art. 18 da Lei 11.442/2007, à luz do art. 7º, XXIX, CF, uma vez que não se trata de relação de trabalho, mas de relação comercial.

4. Procedência da ação declaratória da constitucionalidade e improcedência da ação direta de inconstitucionalidade. Tese: 'A Lei 11.442/2007 é constitucional, uma vez que a Constituição não veda a terceirização, de atividade-meio ou fim. 2 O prazo prescricional estabelecido no art. 18 da Lei 11.442/2007 é válido porque não se trata de créditos resultantes de relação de trabalho, mas de relação comercial, não incidindo na hipótese o art. 7º, XXIX, CF. 3 Uma vez preenchidos os requisitos dispostos na Lei nº 11.442/2007, estará configurada a relação comercial de natureza civil e afastada a configuração de vínculo trabalhista. (ADC 48/DF, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe de 19/5/2020).

Acontece que, por um lado, de terceirização não tratavam tais decisões, pois não se fazia presente a triangulação característica de tal sorte de contratação. Os trabalhadores e as trabalhadoras haviam sido contratados diretamente pelas empresas, sem interposta pessoa. Por outro lado, as decisões da Justiça do Trabalho, questionadas por meio das referidas Reclamações Constitucionais, reconheceram os vínculos de emprego em função da constatação de fraude trabalhista, posto que, debruçando-se sobre os fatos concretos, verificaram que, a despeito de os contratos (de adesão) mantidos entre as partes pretenderem indicar a existência de uma relação de trabalho autônoma, a realidade demonstrou que se faziam presentes os pressupostos da relação de emprego – o que atraiu o disposto no art. 9º consolidado.

A título de exemplo, veja-se o que consta, em síntese apertada, do voto do ministro Zanin nos autos Rcl 63.823:

No caso concreto, o TST, ao analisar o recurso de revista, assim decidiu:

‘[...]’

Nessa linha, o art. 452-A, §§ 1º e 2º, da CLT faculta ao empregador definir os períodos de atividade do empregado intermitente, o que lhe outorga flexibilidade para organizar os fatores de produção de sua atividade empresária, sem que isso lhe enquadre como trabalhador eventual.

[...]

16 - No caso dos autos, ficou consignado pelo Regional que o reclamante prestou serviços de forma pessoal. Além disso, não há qualquer registro fático de que o reclamante poderia se fazer substituir por outra pessoa no exercício de seu labor. Logo, é presente o requisito da pessoalidade.

17 – É também incontroverso (art. 374, III, CPC), o fato de o reclamante ter prestado serviços com o intuito de obter pagamento em dinheiro. Afinal, foi consignada a presença de tal elemento fático-jurídico. Logo, é presente o requisito da onerosidade.

18 – O Regional assentou que o reclamante tinha flexibilidade para determinar os horários de início e término de sua jornada, bem como a duração concernente: a carga horária de cada dia era definida pelo próprio reclamante. Contudo, tal circunstância fática consignada pelo Regional, por si só, não é apta a afastar a presença da habitualidade na prestação dos serviços.

19 - No caso concreto, a causa do trabalho do reclamante é a existência de contrato previamente celebrado entre as partes, a fim de que o reclamante, no momento em que sentir necessário, inicie ou termine a prestação laboral. Ademais, a manutenção de cadastro pela reclamada e sua contínua fiscalização dos serviços prestados (por meio de controle de avaliações lançadas ao aplicativo) viabiliza a conclusão de que tal prestação laboral era permanentemente tutelada pelas partes. Não significa que o labor houvesse de ser contínuo, mas, sim, que a relação jurídica contratual mantida entre as partes era contínua (não há consignação fática de que o termo final era um elemento acidental do negócio jurídico celebrado). Portanto, é presente, também, o requisito da habitualidade (não eventualidade). Destaco que se trata de relação entre um motociclista que entrega mercadorias e o aplicativo de intermediação de entregas, Rappi Brasil Intermediação de Negócios Ltda.’

A decisão, a despeito de observar a fraude praticada, findou concluindo que

na espécie, ao reconhecer o vínculo de emprego, a Justiça do Trabalho desconsiderou os aspectos jurídicos relacionados à questão, em especial os precedentes do Supremo Tribunal Federal que consagram a liberdade econômica e de organização das atividades produtivas.

Tais precedentes, como referidos, são os da ADPF 324/DF, do RE 958.252 RG/MG – Tema 725/RG e da ADC 48/DF, que se referem à terceirização. Insta ressaltar que eles não afastam a possibilidade de reconhecimento de vínculos empregatícios quando o/a intérprete estiver diante de situações fraudulentas. Da tese

firmada na Tese na ADPF 324 extrai-se o seguinte:

[...]

3. A terceirização não enseja, por si só, precarização do trabalho, violação da dignidade do trabalhador ou desrespeito a direitos previdenciários. É o exercício abusivo da sua contratação que pode produzir tais violações.

4. Para evitar tal exercício abusivo, os princípios que amparam a constitucionalidade da terceirização devem ser compatibilizados com as normas constitucionais de tutela do trabalhador, cabendo à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias (art. 31 da Lei 8.212/1993).

O Voto do Ministro Barroso na ADPF 324 é cristalino ao afirmar que:

A utilização abusiva da terceirização deve ser evitada e reprimida, e os ganhos de eficiência e de empregabilidade trazidos pela terceirização não podem, evidentemente, decorrer do descumprimento de direitos nem muito menos da violação da dignidade do trabalhador.

O voto do Ministro Alexandre de Moraes na mesma ação, por sua vez, destaca:

Se houver uma ilicitude travestida de fraudulenta terceirização, não se trata aqui, de terceirização, se trata de uma fraude, cuja roupagem dada de forma fraudulenta foi um contrato de prestação de serviços. Nesses casos, obviamente, nada impedirá a efetiva fiscalização e responsabilização dos responsáveis. O Direito não vive de rótulos. [...] O Direito vive da análise real da natureza jurídica das relações e aqui, no caso, das relações contratuais.

O ponto nevrálgico da questão é que as decisões nas Reclamações Constitucionais mencionadas ignoraram as provas fáticas carregadas aos autos, apesar de mencioná-las, ferindo de morte o Princípio da Primazia da Realidade. A incongruência dessas decisões é evidente, pois tanto fogem à lógica quanto carecem de respaldo jurídico.

A declaração de nulidade de contratos formais em função de constatação de fraudes não é gravada pela exclusividade da Justiça do Trabalho. Na Justiça Comum, por exemplo, é costumeira a declaração de nulidade de contrato de compra e venda, quando visa a camuflar uma doação praticada; ou a declaração de nulidade de um contrato de doação, quando objetiva prejudicar credores. Não se trata de refutar a legalidade, em tese, de contratos de compra e venda ou de doação. Trata-se de refutar o manuseio de tais tipos de contrato de forma fraudulenta. A Justiça do Trabalho, de igual forma, não vem declarando inconstitucional o instituto da terceirização. Vem declarando a fraude consubstanciada na utilização de um mo-

delo de contrato com o objetivo de camuflar a relação de emprego existente. Nesse sentido, cumpre lembrar das palavras do constitucionalista Ferdinand Lassale⁶³⁰:

Podem os meus ouvintes plantar no seu quintal uma macieira e segurar no seu tronco um papel que diga: ‘Esta árvore é uma figueira’. Bastará esse papel para transformar em figueira o que é macieira? Não, naturalmente. E embora conseguissem que seus criados, vizinhos e conhecidos, por uma razão de solidariedade, confirmassem a inscrição existente na árvore de que o pé plantado era uma figueira, a planta continuaria sendo o que realmente era e, quando desse frutos, destruiriam estes a fábula produzindo maçãs e não figos.

Impende acrescer que a Reclamação Constitucional manuseada para reformar decisões proferidas pela Justiça Laboral, inclusive pelas Varas do Trabalho, tem sido utilizada para suprimir instâncias trabalhistas, evitar o aprofundamento na análise fática dos casos e, conseqüentemente, tem assoberbado o STF com um elevado número de processos. Esse instrumento jurídico, ademais, não se presta ao exame probatório, mas à observância de violação à tese constitucional.

Descuidando-se da sua missão de guardião da ordem jurídica, o STF tem suprimido direitos trabalhistas não apenas ao apreciar casos relativos a trabalho por meio de plataformas digitais de transporte e entrega. É o que se vê, por exemplo, nos seguintes processos: Rcl 61.115 (médica contratada como pessoa jurídica por hospital); Rcl 53.899 (advogada contratada como sócia por escritório de advocacia); Rcl 55.769 (advogado contratado como associado por escritório de advocacia); Rcl 58.333 (corretor de seguros contratado por meio de contrato de franquia); Rcl 59836 (advogada contratada como autônoma por escritório de advocacia); Rcl 61514 (corretor de imóveis contratado por empresa de construção civil como prestador de serviço). Em todos os casos o Judiciário Trabalhista havia reconhecido a fraude à relação de emprego.

A incongruência dessas arbitrárias decisões é fruto do “instrumentalismo” decorrente da adaptação do Direito aos interesses neoliberais. Trata-se de decisões que sequer sopesaram os distintos princípios e objetivos expostos no texto constitucional. Decisões que põem em realce o Princípio da Livre Iniciativa em detrimento de outros princípios que visam à dignidade humana e à pacificação social. Decisões que sobrelevam a liberdade econômica, mas desconsideram que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e não apenas na livre iniciativa (art. 190 da CR). Decisões que fazem vista grossa aos diversos tratados internacionais, ratificados pelo Brasil, que impõem o respeito aos Direitos Humanos, entre os quais o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, segundo o qual toda pessoa tem direito a trabalho em condições justas e favoráveis. Decisões que ignoram também diferentes convenções e recomendações da OIT.

⁶³⁰ LASSALE, Ferdinand. **Que é uma Constituição?** Trad. Walter Stönnner. Versão digital: www.ebooksbrasil.org. Disponível em: https://disciplinas.usp.br/pluginfile.php/4134878/mod_resource/content/1/Ferdinand%20Lassalle-1.pdf. Acesso em: 19 jan. 2024.

Ao tratar de decisões judiciais trabalhistas que afrontam a Constituição da República e os Tratados de Direitos Humanos, Melo Filho ressalta que elas, via de regra, são direcionadas pela ideologia ultraliberal. Afirma, no entanto, que

cabe ao juiz, especialmente ao juiz do trabalho, reconhecer a disparidade nas condições das partes na disputa e atribuir o tratamento adequado à parte responsável. Cabe ao juiz aplicar normas trabalhistas com sensibilidade social, caso contrário, a execução de um raciocínio silogístico simples e formal conduzirá a uma decisão quase sempre injusta. É dever do juiz promover a dupla verificação da compatibilidade das regras, examinando a harmonia das normas com a Constituição e com os tratados internacionais de direitos humanos. Os juízes trabalhistas têm que considerar a adequação de suas decisões aos princípios do direito do trabalho, sob pena de subversão da ordem jurídica do trabalho. Para isso, muitas vezes, o magistrado haverá de resistir à pressão imposta pelas instâncias superiores e, acima de tudo, preservar, a todo custo, sua independência judicial, sem a qual, de maneira decisiva, nunca poderá se legitimar democraticamente.⁶³¹

Conclui-se, portanto, que ainda que a solução para a estratosférica precarização do trabalho platformizado não esteja nas mãos dos magistrados, é possível a adoção de uma hermenêutica estruturante que garanta o trabalho digno no ambiente digital. É dever dos/as magistrado/as aprofundar-se na análise dos fatos concretos e nas consequências das novas modalidades de organização produtiva para a classe-que-vive-do-trabalho para, fincados/as sobre uma sólida base principiológica, formar suas decisões.

~~9.2. A IMPORTÂNCIA DO RESGATE DAS LUTAS EMANCIPATÓRIAS PARA A EFETIVIDADE DO DIREITO DO TRABALHO E PARA SUPERAR O DÉFICIT PLANETÁRIO DE “GOVERNANÇA ALGORÍTMICA” DAS ESTRUTURAS TECNOLÓGICAS~~

~~O vínculo de emprego, as normas a ele aplicadas, os direitos que lhes são consectários e a própria dependência econômica precisam ser definidos internacionalmente, já que a contratação do trabalho se dá em âmbito planetário. Disto se impõe a necessidade de organização dos/as trabalhadores/as também em âmbito internacional e a criação de instâncias internacionais de mediação e resolução dos conflitos. Se as grandes corporações agem em espaço planetário, ignorando as fronteiras nacionais, dominando mercados e destruindo a concorrência com o *dumping social*; se impõem regras, inclusive trabalhistas, que elas mesmas solapam; se a mundialização do capital, como já prevista por Marx, era inevitável em função do seu movimento de acumulação e expansão, retratado no capítulo 1;~~

⁶³¹ MELO FILHO, Hugo Cavalcanti. O Papel dos Juízes na Defesa do Direito do Trabalho: Controles de Constitucionalidade e de Convencionalidade. In: MELO FILHO, Hugo (org.). **Direito do Trabalho e Teoria Social Crítica**: homenagem ao professor Everaldo Gaspar Lopes de Andrade. São Paulo: LTr, 2020. v. 1. p. 110.