

Formação de contrato de trabalho de prestadores de serviços a plataformas digitais

Formation of the employment contract between services providers and digital platforms

DOI:10.34117/bjdv7n8-184

Recebimento dos originais: 07/07/2021

Aceitação para publicação: 02/08/2021

Maria Hemília Fonseca

Doutora em Direito e Livre-docente pela USP/FDRP, Av. Bandeirantes, 3900 - Monte Alegre - Ribeirão Preto - SP - CEP 14040-906,
E-mail: mariahemilia@usp.br

João Paulo Sanchez de Rezende Goulart

Graduando em Direito pela USP/FDRP, Av. Bandeirantes, 3900 - Monte Alegre - Ribeirão Preto - SP - CEP 14040-906,
E-mail: joaosrg@usp.br

Paulo Ricardo Artequilino da Silva

Graduando em Direito pela USP/FDRP, Av. Bandeirantes, 3900 - Monte Alegre - Ribeirão Preto - SP - CEP 14040-906
E-mail: pauloricardoartequilino@usp.br

RESUMO

A tendência contemporânea da efemeridade das relações trabalhistas pautadas por aplicativos que disponibilizam mão de obra vem acompanhada de desafios jurídicos cruciais, como a natureza jurídica dos contratos entre os prestadores de serviços e plataformas digitais e sua possibilidade de se caracterizar como contrato de trabalho.

Por isso, faz-se imperioso averiguar se a prestação de serviços padronizados, em termos de preço e modo de prestação, pode acarretar a formação de contrato de trabalho, mesmo que o tomador, intermediado por plataforma digital, não tenha expressamente contratado determinada quantidade de trabalho, mas tendo oferecido a oportunidade ao trabalhador e aceitado a prestação habitual, pessoal e subordinada telematicamente.

Para cumprir tal desiderato, far-se-á, por método dedutivo, revisão bibliográfica, de modo a encontrar critérios hermenêuticos satisfatórios para a situação, análise crítica dos julgados prolatados sobre o tema e da legislação.

O conteúdo do princípio da primazia da realidade é a rejeição de formalidades tendentes a omitir a realidade laboral. Deve-se, portanto, entender o perfazimento da relação de trabalho por um contrato-realidade, de forma que os fatos prevaleçam sempre sobre atos formais. A realidade ultrapassa a vontade exteriorizada formalmente.

À luz disso, nota-se que as recorrentes alegações de que a possibilidade abstrata de o trabalhador poder abandonar o aplicativo ao seu entender e a falta de combinação prévia sobre a modalidade da prestação de serviços, especialmente sua quantidade, não podem afastar a formação do contrato de trabalho, pois a empresa torna-se contraparte quando oferece, dirige – nos termos do art. 6º, parágrafo único, da CLT – e remunera serviços muitas vezes imprescindíveis para a subsistência do trabalhador, mesmo sem prévia estipulação rígida sobre os termos da prestação.

Palavras-chave: contrato de trabalho. uberização. primazia da realidade.

ABSTRACT

The contemporary tendency of ephemeral labor relations is based on applications that make labor available is accompanied of crucial legal challenges, such as the legal nature of the contracts between servicers providers and digital platforms and the possibility of being characterized as an employment contract.

Therefore, it is imperative to ascertain whether the provision of standardized services, in terms of price and mode of provision, may lead to the formation of an employment contract, even if the borrower, intermediated by digital platform, has not expressly hired a certain amount of work, but has offered the opportunity to the worker and accepted the usual provision, personal and telematically subordinated.

In order to fulfill such wish, a bibliographic review will be made, by deductive method, in order to find satisfactory hermeneutic criteria for the situation, critical analysis of the protracted judgments on the subject and the legislation.

The content of the principle of the primacy of reality is the rejection of formalities tending to omit the labour reality. Therefore, it is necessary to understand the formation of the labor relationship through a contract-reality, so that the facts always prevail over formal acts. Reality goes beyond the will formally exteriorized.

In light of this, it is noted that the recurring claims that the abstract possibility of the worker being able to abandon the application at his discretion and the lack of prior combination on the modality of service provision, especially its quantity, cannot rule out the formation of the employment contract, because the company becomes a counterpart when it offers, directs - under the terms of article 6, sole paragraph, of the CLT - and remunerates services often indispensable for the subsistence of the worker, even without prior strict stipulation on the terms of the provision.

Keywords: employment contract. uberize. primacy of reality.

1 INTRODUÇÃO

Tem-se encontrado na prática trabalhista, como se verá na análise jurisprudencial nas próximas páginas, a afirmação de que não há contrato de trabalho entre prestadores de serviço e plataformas digitais devido à possibilidade de o prestador “fazer seu próprio horário”, que é corolário da falta de um acordo de vontades anterior que especifique rigidamente a jornada e a obrigatoriedade do prestador se apresentar à empresa. Este argumento aparece na jurisprudência, ainda incipiente sobre o tema, sob a argumentação de que estes prestadores de serviços não sofreriam penalidades caso ficassem longo tempo *offline*, de modo que poderiam cumprir a rotina de trabalho de maneira livre em relação ao tempo disponível à empresa.

A tese central deste tipo de interpretação do sistema normativo justtrabalhista consiste em compreender a formação do contrato de trabalho somente quando o

empregado tem certa quantidade de trabalho a cumprir rotineiramente, ou seja, quando o ajuste de vontades prévio determina que ele estará disponível ao empregador durante certa quantidade de tempo, como se o requisito da não-eventualidade adviesse de um acordo de vontades prévio, e não da realidade da prestação dos serviços.

Dentre os defensores da tese de que a flexibilidade da prestação torna inexistente o vínculo, alguns chegaram a perverter o ordenamento trabalhista, tanto que um Relator chegou a afirmar na ementa do Acórdão que a exclusividade é relevante na análise da relação de emprego, como se vê: “Na medida em que a pessoa tem plena liberdade de definir o seu horário de trabalho, os dias de trabalho, podendo prestar serviços a outrem, inclusive aplicativo concorrente [...]” (RO nº 0010947-93.2017.5.15.0093, 2018). A exclusividade (CASSAR, 2017, p. 276) jamais foi característica da relação de emprego, e, ademais, a flexibilidade dos horários como elemento capaz de demonstrar a inexistência de vínculo é extremamente problemática.

É visível que este posicionamento jurisprudencial têm uma noção de emprego ligada ao modo de funcionamento de sistemas produtivos fordistas, tayloristas e toyotistas — típicos do século XX. Tal noção está conectada com tempos nos quais os empregados eram fixos e contratados para se apresentarem em determinado horário e cumprirem certa jornada de trabalho, tempo no qual estariam à disposição do empregador presencialmente, dada a impossibilidade de exercer o poder de direção telematicamente..

Com novos meios telemáticos de subordinação, no entanto, foi possível empregar mão de obra de forma ordenada capaz de suprir a demanda do mercado sem empregados fixos, mas a partir do trabalho *on demand*, conforme nomenclatura apresentada em estudo do Ministério Público do Trabalho (OITAVEN; CARELLI; CASAGRANDE, 2018, p. 17). Neste modelo *on demand*, a empresa oferece o serviço e o prestador cadastrado no aplicativo pode aceitar ou recusar a demanda.

Como será visto, essa nova modalidade de prestação de serviços apresenta muitas minúcias e tem muitas semelhanças tanto com o trabalho autônomo, quanto com a relação de emprego, de forma que exige uma análise mais cuidadosa do *modus operandi* dessas empresas.

Diante disso, restou consignado que a questão da formação do contrato de trabalho entre o prestador de serviços e a plataforma digital gira em torno de analisar, à luz da estrutura operacional deste tipo de empresa, (i) a possibilidade de o contrato apto a ingressar na ordem justralhista ter horários imprevisíveis, flexíveis e de serem escolhidos pelo prestador; (ii) verificar se a ingerência realizada pelas plataformas na

prestação de serviços preenche os requisitos do art. 3º da CLT. Deste modo, A problemática ora apresentada será analisada partir do método dedutivo amparado em revisão bibliográfica e pesquisa jurisprudencial,

2 ENQUADRAMENTO JURÍDICO E ONTOLOGIA DOS SERVIÇOS PRESTADOS EM PLATAFORMAS

Para que se possa emitir opinião jurídica sobre o tema, deve-se conhecer a realidade fática da prestação de serviços em plataformas digitais. Por isso, far-se-á uma análise dos padrões encontrados nas empresas realizam este tipo de operação, como *Uber*¹, *Ifood*, *Rappi*, dentre outras.

Deve-se analisar quais são os meios pelos os quais estas empresas conseguem mobilizar uma grande quantidade de trabalhadores, para em seguida verificar as consequências jurídicas, isto é, se o tipo de mobilização e controle que as plataformas exercem são relevantes para a ordem justralhista.

Conforme a descrição de ROSENBLAT (2018), que entrevistou, para o *The New York Times*, 125 motoristas nos EUA, há, no *Uber*, uma política de incentivos e sanções. Caso o prestador se adeque ao padrão desejado pela empresa, recebe elogios do algoritmo do aplicativo. Exemplificativamente, o algoritmo do aplicativo utiliza-se do acelerômetro do *smartphone* do motorista para mensurar se o nível de aceleração está dentro dos limites admitidos pela empresa. Ademais, os motoristas são incentivados a realizarem corridas em locais e horários com grande demanda a partir do aumento do preço do serviços nessas condições, o que é uma forma de a empresa mobilizar mão de obra para realizar seu intento de lucrar a partir da exploração de uma demanda concentrada em certo local ou horário.

A análise desenvolvida no estudo do Ministério Público do Trabalho entende que tal prática consiste em uma nova modalidade de controle do trabalhador, na qual a ideia de premiações e sanções (OITAVEN; CARELLI; CASAGRANDE, 2018, p. 33) gera insegurança no trabalhador, forçando os trabalhadores a se adaptarem aos padrões organizativos estabelecidos unilateralmente pelas empresas, de forma que o trabalhadores

¹ Esta plataforma, por ser paradigmática quanto ao modo de funcionamento, será analisada com mais minúcia em relação às outras, mas apresentam muitas semelhanças na estrutura funcional, de modo que não se mostra relevante analisar todas as plataformas.

encontrem-se dirigidos, pois, caso não sigam os padrões, sofrem sanções, e estão subsumidos à organização da atividade da plataforma (*ibidem*).

Tal insegurança, assinalada pelo estudo do Ministério Público do Trabalho, está ligada ao funcionamento ontológico do capitalismo e à sua dinâmica de classes, sendo típica da organização do trabalho sob este modo de produção, porquanto a alienação dos meios de produção dos trabalhadores os colocam sob dependência de quem detém os meios produtivos, de modo que o trabalhador, por estar nesta posição, sujeita-se ao poder diretivo do empresário. Este padrão descrito está presente em todos os seus aspectos nos serviços prestados para plataformas digitais, sem, no entanto, apresentar a característica tradicional fordista de ordens diretas e fiscalização presencial, mas a partir de mecanismos como (i) os de controle a partir da técnica de *sticks and carrots*, que tem o condão de mobilizar trabalhadores sob um padrão organizativo, devido à posição de dependência do trabalhador em relação à plataforma; (ii) controle técnico pleno da plataforma, que serve como força produtiva alheia ao controle do obreiro; (iii) controle dos preços e, por fim, (iv) o mecanismo de padronizar os serviços a partir do controle do modo da prestação com base em condutas impostas pela empresa, fiscalizadas pelos clientes e punidas pela empresa, caso transgredido algum padrão. Pela sua relevância em demonstrar a posição dos trabalhadores por aplicativos no capitalismo contemporâneo e serem elementos relevantes para o devido enquadramento jurídico, deve-se analisá-los nos seus pormenores.

Primeiramente, pode-se analisar a padronização dos serviços e das condutas. Não é demais lembrar que há uma política interna nas plataformas, especialmente *Uber*, de avaliações feitas pelos clientes do serviço prestado, segundo a qual o prestador pode ser desativado da plataforma caso não atinja um nível de satisfação mínimo.

Esta política interna adotada pela empresa transparece sua preocupação em padronizar serviços de acordo com seus preceitos, revelando certo cariz de subordinação, manifestando-se, nesta situação, o poder diretivo da empresa. Na descrição de MAGANO (1982, p. 116), o poder diretivo, que é “[...] o aspecto ativo da subordinação [...]”, é a efetivação concreta dos desígnios do empregador na forma do exercício da atividade do empregado. Tal poder diretivo é exercido pelas plataformas a partir da imposição de condutas devidas pelo prestador e condições que o trabalhador tem que cumprir, como a vedação de angariar clientes para si mesmo durante uma viagem com a *Uber* e as exigências feitas em relação ao veículo, como a exigência de o veículo ter sido fabricado a partir de 2008.

Entretanto, vale notar que o poder diretivo continua sendo exercido pela empresa, porém auxiliada pelas avaliações dos clientes, pois cabe a eles prestar informações à plataforma sobre as faltas cometidas pelo prestador. Foi estabelecido, portanto, um panóptico que atua em favor da empresa e a ajuda a manter o prestador sob o poder diretivo da empresa, sendo, porém, em última instância, aplicado o poder disciplinar àquele irredimido que tentar prestar serviços de maneira autônoma. Nota-se, ainda, a mesma lógica de “*sticks and carrots*”, pela qual a insegurança do trabalhador de ficar à deriva no mercado de trabalho o leva a aceitar os padrões apontados pela empresa e fiscalizados pelos clientes. Desta forma, a estrutura social é a mesma das relações de emprego típicas, só se alterando a forma de exercício do poder diretivo, permanecendo o trabalhador, porém, sob dependência e controle efetivos da empresa. Ademais, outro fator de grande relevo para compreender a estrutura ontológica do tipo de trabalho sob apreço é o controle dos preços pela empresa, que é uma prática generalizada nas plataformas.

Ao contrário de plataformas realmente classificáveis como de economia compartilhada, como a *Airbnb*, *Mercado Livre* e *Ebay*, que permite ao prestador do serviço de hospedagem estabelecer o preço livremente, outras plataformas, como *Uber*, definem o preço de modo unilateral a partir de um algoritmo próprio da empresa.

Este fato fere de morte os argumentos de que o prestador tem autonomia e assume os riscos do negócio. Ora, não se pode assumir os riscos de um negócio em que não há possibilidade de o trabalhador controlar os preços de acordo com as peculiaridades de sua realidade na prestação do serviço. Imagine-se o exemplo de um motorista utilizador de um carro com alto consumo de combustível, mas que ofereça maior conforto ao passageiro e agilidade na viagem. Neste caso, se ele controlasse os preços do seu serviço, estaria assumindo os riscos do negócio ao oferecer uma opção melhor para os consumidores por sua conta, mesmo que fosse intermediado por uma plataforma como o *Uber*. Quando a plataforma precifica o produto unilateralmente, ela assume uma coordenação extrínseca à pessoa do prestador, e, sendo este um aspecto fundamental ao sucesso do negócio perante os clientes e da viabilidade financeira do empreendimento, a empresa acaba assumindo os riscos, pois, minando a autonomia do prestador neste aspecto, ele não tem pleno controle sobre a viabilidade do negócio, além do tempo em que ele submete-se ao comando da plataforma. A ingerência nos preços, portanto, representa a assunção dos riscos pela plataforma e sufoca a autonomia do prestador.

Ademais, esse controle sobre os preços também é uma forma de controlar o tempo que os prestadores permanecerão trabalhando na plataforma, uma vez que quanto menor

as tarifas impostas pela empresa, mais tempo deverá ser despendido trabalhando na plataforma, para que o obreiro alcance os ganhos necessários para sua subsistência. No estudo técnico realizado pelo Ministério Público do Trabalho (OITAVEN; CARELLI; CASAGRANDE, 2018, p. 36), foi apontado que, entre 2016 e 2017, o *Uber* diminuiu suas tarifas três vezes. Pode-se enquadrar tais reduções como forma de manter a oferta de seus serviços de transporte sempre alta, pois não havia nesta época concorrentes que ameaçassem a dominância do *Uber* no mercado de transporte por aplicativo..

Desta forma, verifica-se verdadeiro poder de organização das plataformas deste tipo, pois elas têm capacidade de manejar fatores de produção, categoria que inclui os trabalhadores, segundo seus próprios interesses. Veja-se: as plataformas controlam os preços, os meios de pagamento e dominam o ambiente virtual de interação entre cliente e prestador de maneira que elas determinam unilateralmente quem o motorista irá conduzir, exemplificativamente. Tais práticas coadunam-se com a descrição dada pela doutrina sobre poder de organização. Afirma MAGANO (1982, p. 99) que o poder de organização consiste “na capacidade do empresário de determinar a estrutura técnica e econômica da empresa bem como a estratégia tendente à realização dos objetivos desta”, sendo que tal estrutura organizada subsume o trabalhador numa esfera estranha aos seus desígnios autônomos.

Neste sentido, de todo o exposto pode-se perceber a manifestação de subordinação estrutural, uma vez que o prestador encontra-se subsumido a um ambiente virtual totalmente controlado pela empresa, que impõe ao prestador uma dinâmica organizacional do empreendimento inescapável ao obreiro, fato impensável em prestação autônoma de serviços. No escólio de DELGADO (2017, p. 328), não importa a existência ou não de ordens diretas, mas “o fundamental é que esteja estruturalmente vinculado à dinâmica operativa da atividade do tomador de serviços.” Basta recordar que a plataforma tem total controle sobre o preço do serviço, sobre os clientes que o prestador irá atender e tem meios para disciplinar trabalhadores que não prestam os serviços conforme determinações padronizadoras das plataformas.

É verificável, também, a existência de poder disciplinar quando da ocorrência de desvio em relação à conduta esperada pela empresa. Como forma de sanção, é aplicável ao motorista a desativação da sua conta no aplicativo quando, por exemplo, tiver uma taxa de aceitação de viagens menor do que a taxa de referência na cidade em que atua, segundo as Políticas e Regras do *Uber*. Há, também, a possibilidade de ser desativado quando a avaliação do motorista feita pelos usuários for menor do que 4,6 estrelas. Cabe,

por fim, consignar que tal pontuação somente interessa à plataforma, pois o cliente não pode escolher o prestador. Ou seja, há um aparato tecnológico desenvolvido para que clientes informem as faltas do empregado às empresas, para que elas possam exercer o poder disciplinar, suspendendo ou bloqueando os prestadores que não atenderem aos padrões desejados.

Ademais, é possível vislumbrar a pessoalidade no tipo de prestação de serviços em apreço, pois as plataformas exigem vários documentos, como o *Uber*, que exige Carteira Nacional de Habilitação inscrita com a observação de Exercício de Atividade Econômica (EAR), atestado de bons antecedentes e certidão de “nada consta”, segundo testemunho prestado em processo trabalhista (OITAVEN; CARELLI; CASAGRANDE, 2018, pp. 130-131). No mesmo testemunho foi informado, ainda, que foi necessário passar por entrevista pessoal, testes psicológicos e análise de antecedentes (*ibidem*), de modo que não pode prestar o serviço quem não foi selecionado pela plataforma. Por fim, outro indicativo de pessoalidade é a vedação de proibição de compartilhamento da conta, ou seja, um motorista não pode fornecer seu cadastro na plataforma a outra pessoa, o que denota o caráter *intuitu personae* da relação em apreço, caracterizando a pessoalidade, cujo conteúdo concreto consiste na infungibilidade do prestador em relação à empresa (DELGADO, 2017, p. 315).

O requisito da onerosidade, que é a contraprestação, pecuniária ou não, devida ao prestador, encontra-se preenchido. Primeiramente, observa-se a existência de uma relação jurídica com direito e deveres atribuídos a ambos os pólos. Pode-se questionar o fato de ser o passageiro quem paga o prestador, e não a empresa. Entretanto, segundo julgamento proferido em São Paulo (TRT2, RO nº 1000123-89.2017.5.02.0038, 2018), ao oferecer oportunidade de ganhos ao trabalhador, como os garçons de receberem gorjetas, esses ganhos adquirem natureza remuneratória, capaz de caracterizar a onerosidade.

Do exposto, verifica-se que a alegação comum das empresas de plataformas digitais de que exploram tão somente o aplicativo e não o serviços oferecidos por meios dos prestadores, que seriam clientes das plataformas, encontra-se vencida pela realidade dos fatos. É visível que a plataforma consiste somente em fator produtivo voltado para outra atividade principal, como transporte, entrega de produtos e etc. No caso mais paradigmático das plataformas digitais, o caso *Uber*, a empresa impõe óbice à negociação entre o prestador e o usuário do serviço, tomando para si o poder de definir o preço, define quem será o passageiro do prestador, exclui prestadores com más avaliações, o que revela

ingerência da empresa no âmbito dos transportes, além das demais formas de exercício do poder diretivo estudadas alhures.

3 A FLEXIBILIDADE DA JORNADA E SUA RELEVÂNCIA PARA O DIREITO DO TRABALHO

A partir do Princípio da Primazia da Realidade, pode-se lançar nova luz sobre a questão, pois seu conteúdo jurídico determina que o contrato de trabalho tem sua morfologia assentada na lógica de um “contrato realidade”, no qual as condições efetivas e materiais da relação laboral é que são determinantes para a existência ou não da relação de trabalho, e não o que foi pactuado entre as partes (RODRIGUEZ, 1978, p. 210). A partir desse referencial teórico, pode-se confrontar a tese de que a falta de controle do tempo trabalhado impede a formação da relação de emprego.

Com isso, a formação do contrato de trabalho entre prestador de serviços e plataformas digitais não ocorre somente com o consentimento sobre os termos de uso, mas os requisitos da formação devem ser buscados nas condições efetivas da prestação do serviço. A formação do contrato ocorre, portanto, com a execução do trabalho sob dependência (subordinação) do empregador, de forma onerosa, habitual, pessoal e com os riscos assumidos pelo empregador, além de serem necessários o consentimento das partes e os demais requisitos formais, como a capacidade, todos presentes no caso das plataformas digitais.

Por isso, em respeito à carga deontológica do Princípio da Primazia da Realidade, a análise deve prescindir das faculdades abstratas concedidas contratualmente e focalizar a posição estrutural do trabalhador em face da empresa na dinâmica organizacional da atividade.

Tendo isso em vista, toma relevância para o Direito do Trabalho o fato de as plataformas, em geral, organizarem suas atividades econômicas de modo tendente a alienar os trabalhadores do controle da atividade em si. Assim, as plataformas não têm a necessidade de estabelecer previamente um horário, pois tem outros meios de regular a oferta de serviços a partir de sua ingerência em outros aspectos da atividade por ela exercida. Conforme já foi descrito, a ingerência das empresas no preço do serviço tem o condão de controlar o tempo que os trabalhadores ficam conectados à plataforma. Tal fato deve-se à posição estrutural de dependência ocupada pelos trabalhadores, que, para conseguirem obter ganhos suficientes, devem sujeitar-se à política de preços da empresa e permanecerem mais tempo disponíveis. Desta forma, pode-se concluir que os meios de

subordinação telemática prescindem das formas tradicionais de controle rígido de horários.

Sob o aporte teórico dado pela noção de contrato realidade, pode-se, ainda, constatar que o ajuste prévio sobre a quantidade de horas trabalhadas, no caso das plataformas, é irrelevante para configurar subordinação perante o ordenamento just trabalhista (VILHENA, 2005, p. 527). Uma vez que a plataforma oferece constantemente ao prestador um serviço marcado pela alheabilidade (*ajenidad*), dirigido e controlado por ela, a empresa torna-se empregadora de mão de obra, porquanto utiliza-se de seu próprio aparato organizacional de satisfação de uma demanda de mercado a partir de mobilização de pessoas que não têm qualquer influência no modo desta prestação de serviço. Ora, se o prestador não tem controle sobre como prestará o serviço, principalmente sobre a forma de remuneração, ele encontra-se controlado pela plataforma, inclusive o tempo à disposição da plataforma (PORTO, 2012, p. 176). Por fim, a utilização do controle sobre a remuneração para controlar o tempo dos prestadores é verificada quando empresas como *Uber* ofertam aos motoristas maior remuneração para atenderem a demanda em certos eventos, como jogos de futebol.

Desta forma, a organização das atividades das plataformas encontra suas necessidades satisfeitas independentemente de um controle rígido do tempo de trabalho. Corolário disso é a improcedência das afirmações de que a inexistência de avença sobre o tempo de trabalho elide a subordinação, pois, no caso em apreço, o poder diretivo da empresa é exercido de outra forma, controlando a quantidade de trabalho por meio da política remuneratória.

Nessa ordem de ideias, cumpre consignar que o Direito do Trabalho, a partir dos questionamentos levantados depois da Revolução Industrial, buscou tutelar a hipossuficiência de quem se submete ao poder de direção de outrem por meio do princípio da proteção, que oferece uma chave interpretativa em prol do reequilíbrio da relação a partir de normas jurídicas que elidam desigualdades materiais (RODRIGUEZ, 1978, p. 40). Deste modo, a faculdade de aceitar ou recusar chamados, consignada nos contratos de adesão das plataformas, não se mostra condizente com a disparidade entre a empresa detentora dos meios de produção e o trabalhador, que só detém a sua força de trabalho, fator decisivo para a submissão dele ao poder de direção do empregador. Uma vez que o meio de produção da empresa (a plataforma digital capaz de atrair clientes e gerar demanda ao trabalhador) é essencial para o prestador poder trabalhar, este encontra-se em posição na qual a recusa de um serviço cujo preço e modos de prestação são

heteronomamente controlados pode comprometer sua sobrevivência. Esta disparidade material entre as partes, juntamente com os demais requisitos da relação de emprego, atrai a aplicação das normas trabalhistas, sendo incompatível com a realidade dos fatos o enquadramento do tipo de trabalho em apreço como autônomo. O trabalhador autônomo tem possibilidade de negociar com as empresas e devem prestar seus os serviços sem a ingerência desta, pois são contratados devido a um conhecimento que o empregador não possui, como, por exemplo, contadores, programadores de *softwares* e etc. Tais ponderações, por fim, são decorrências da primazia da realidade, que permite questionar criticamente o discurso das plataformas digitais de que a relação dela com os prestadores é um contrato de natureza civil, pautado pelos termos da oferta contratual. A já demonstrada alheabilidade da organização e direção do trabalho exercidas pelas plataformas colocam o trabalhador em posição de hipossuficiência, o que o leva a cumprir longas jornadas de trabalho não por ordens diretas da empresa, mas pela sua posição de um ser incapaz de gerir e organizar o próprio trabalho, de modo que não deve predominar o regime civil de oferta e aceitação a reger o contrato de trabalho, mas, sim, o modo como é efetivamente prestado o trabalho que deve definir o regime contratual.

Diante do exposto, só se pode concluir que a faculdade de “fazer o próprio horário” não encontra plena correspondência na facticidade da prestação laboral devido ao fato de muitos trabalhadores cumprirem extensas jornadas para atingirem a remuneração desejada, sendo que o *quantum* trabalhado é diretamente determinado pelo preço do serviço, controlado pela plataforma. Deste modo, a referida flexibilidade dos horários só encontra correspondência com a realidade no nível do discurso, porquanto os trabalhadores encontram-se subsumidos em uma realidade de prestação de serviços em que referida flexibilidade é só formal, devendo eles, por causa da heteronomia da organização, imporem a si mesmos ritmo de trabalho mais intenso possível.

3 O ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS²

Com as palavras-chave utilizadas³, foram encontradas 38 decisões⁴, quase todas envolvendo a Uber. Cabify aparece em cinco dos julgados; o aplicativo 99, em dois. Desse

² Pesquisa jurisprudencial realizada em julho de 2019, tendo como recorte os seguintes tribunais: TRTs das 2ª, 3ª e 15ª regiões e TST.

³ Uber + vínculo, plataforma digital + vínculo, motorista + vínculo + aplicativo

⁴ A maioria deriva do TRT da 3ª Região (30, apenas duas a favor do vínculo); As demais, 6 do TRT2 (uma a favor), uma contrária do TRT15 e, por fim, também contra, uma do TST (advinda, por meio de um agravo de instrumento em recurso de revista do TRT3)

total, 35 decidiram contra a relação de emprego entre motorista e a plataforma digital. Destas, cabe analisar individualmente – por ter ocorrida em uma turma da Maior Corte Justrabalhista do país – a de relatoria da Min. Dora Maria da Costa, do TST (AIRR nº 11199-47.2017.5.03.0185, 2018), que manteve decisão de acórdão regional — desconhecendo o vínculo —, de modo a compreender os argumentos utilizados. Logo em seguida, com a mesma finalidade, analisar-se-á, entre os acórdãos que obtiveram voto favorável ao vínculo empregatício, aquele cuja relatoria é do Min. Luiz Antônio de Paula Iennaco (ROT nº 0010806-62.2017.5.03.0011, 2019), do TRT-3, por ser considerado o melhor fundamentado por estes autores.

Fundamentando, a Min. Dora não reconhece, entre os requisitos para a relação de emprego, a subordinação. Para ela, a) há a pessoalidade, porquanto esta prescinde de exclusividade; b) habitualidade: no caso em tela, constatou-se que o autor, nos meses em que trabalhou para a discutida empresa, a esta prestou de forma contínua seus serviços; c) onerosidade: o recebimento de pagamento pecuniário pelos serviços de transporte prestados, independentemente se de forma direta ou não à reclamada.

Porém, trazendo a argumentação do juízo anterior⁵, acrescenta: a) poder de direção e comando são inexistentes, pois existiam meras orientações que eram dadas ao motorista, direta ou virtualmente; b) era o próprio motorista que, a seu querer, determinava seus horários, sem interferência da reclamada; c) os riscos da atividade econômica eram assumidos pelo autor (manutenção do carro, por exemplo); d) Uber não é empresa de transporte, mas plataforma digital que facilita interligar usuários de transporte com motoristas cadastrados; e) regime de parceria, visto que motorista fica com uma parcela considerável dos ganhos, cerca de 75%⁶, o que não é um regime comum entre contratos de emprego; f) única interferência manifesta da reclamada se dá na imposição de preço da corrida, mas que, segundo ela, não prejudica a autonomia do motorista.

Finalizando este tópico, cabe, agora, identificar as razões utilizadas pelo Min. Luiz Antônio, que reconheceu o vínculo. Por conseguinte, para este, todos os requisitos da relação de emprego estão presentes – e o relator faz uma análise de cada requisito.

⁵ Segundo este, não há subordinação jurídica porque o reclamante não recebia ordens da reclamada, não comparecia ao estabelecimento da ré, não havia horário de trabalho fixo e apenas uma quantidade mínima de atendimentos diários realizados; não era avaliado pela Uber, apenas pelos usuários, demonstrando, aqui, falta de poder diretivo; iniciativa do autor para entrar no ramo (mero cadastro *online*).

⁶ Hoje, a taxa é variável. Na época, era fixa, variando de 20% a 25% para a Uber.

Entretanto, naquele mais polêmico, o da subordinação, fá-lo de forma bastante minuciosa. Por isso, alguns pontos são mais importantes destacar.

São eles: a) ao estabelecer os critérios de remuneração de seus motoristas, isto mostra que a Uber controla e desenvolve o negócio; b) a alegação de que não há regras de conduta é uma inverdade. Caso o trabalhador seja mal avaliado pelos usuários ou simplesmente não pegue muitas das viagens que aparecem em seu aparelho, sofre o poder disciplinador da incorporadora, sendo desativado do sistema (existe um limite de cancelamento de viagens); c) o trabalhador só sabe do destino da viagem escolhido pelo usuário no momento em que este já está em seu veículo e ao dar o comando de início da corrida; d) o motorista não tem total autonomia, pois o valor a ser cobrado do usuário é gerado pela calculadora de preço da Uber – e, embora o motorista possa conceder desconto, o valor destinado à empresa (a taxa de serviços) será aquele calculado em cima do valor gerado por essa calculadora.

Todavia, reconhece o julgador que cada caso deverá ser analisado de forma individual, pois, a título de exemplo, há motoristas que realmente trabalham de forma eventual, o que não configura o vínculo aqui discutido.

4 CONCLUSÃO

Diante do exposto, apesar do posicionamento jurisprudencial ser contrário ao que se defende aqui, deve-se concluir que as novas modalidades de prestação de serviços impõem a formulação de novas interpretações, principalmente para o conceito de subordinação, a fim de tutelar devidamente a hipossuficiência do trabalhador. Assim, o conceito tradicional de subordinação como ordens diretas e controle do tempo perdeu espaço para uma formulação que leve em conta a alheabilidade da estrutura organizacional do empregador em relação ao trabalhador, de modo que este tenha o dever de aceitar a organização do trabalho realizada heteronomamente.

Por isso, o novo paradigma de subordinação não exige e nem se confunde com cumprimento de horário fixo, conforme firme posição doutrinária (VILHENA, 2005, p. 527), pois a posição de dependência do empregador na organização do trabalho, vista sob o ponto de vista da primazia da realidade, faz com que a efetividade do trabalho seja uma intensa aproveitamento de mão de obra a partir do mecanismo tecnológico de controle do trabalho e do seu preço.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452compilado.htm. Acesso em: 25 jul. 2019.

_____. Tribunal Regional do Trabalho - 2ª Região. Acórdão de Decisão que reconheceu vínculo trabalhista entre trabalhador e *Uber*. Recurso Ordinário nº 1000123-89.2017.5.02.0038. Relatora: Ministra Beatriz de Lima Pereira. 17 de agosto de 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/8/art20180824-04.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2019.

_____. Tribunal Regional do Trabalho - 15ª Região. Acórdão de Decisão que negou vínculo trabalhista entre trabalhador e *Uber*. Recurso Ordinário nº 0010947-93.2017.5.15.0093. Relator: Ministro Edison do Santos Pelegrini. 29 de novembro de 2018. Disponível em: <https://pje.trt15.jus.br/segundograu/VisualizaDocumento/Publico/popupProcessoDocumento.seam?idBin=3fa546150066549b0d3c6c4d884da52693abd6a39c1bf2c5fb1decfc686521d44e3fb3953bd8ed9dd332e2cffe8c8544&idPD=3dd4905dce3085d07f08456c0d854d014f00deaceffb1ef89810ebdfb4aba295&cid=164587>. Acesso em: 15 ago. 2019.

_____. Tribunal Regional do Trabalho. Acórdão de Decisão que reconheceu vínculo trabalhista entre trabalhador e *Uber*. Recurso Ordinário Trabalhista - 0010806-62.2017.5.03.0011, Relator: Ministro Luiz Antônio de Paula Iennaco. 17 de julho de 2019, 11ª Turma. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/justica-minas-reconhece-vinculo.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2019.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão de Decisão que negou vínculo trabalhista entre trabalhador e *Uber*. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 11199-47.2017.5.03.0185. Relatora: Ministra Dora Maria da Costa, 18 de dezembro de 2018, 8ª Turma. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/f34b76c575f57cbd3ba2f8a132c57d50>. Acesso em: 15 ago. 2019.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 14ª ed., Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16ª ed., São Paulo: LTr, 2017.

MAGANO, Octavio Bueno. **Do Poder Diretivo na Empresa**. São Paulo: Saraiva, 1982.

OITAVEN, Juliana Carreiro Corbal; CARELLI, Rodrigo de Lacerda; CASAGRANDE, Cássio Luís. **Empresas de transporte, plataformas digitais e a relação de emprego: um estudo do trabalho subordinado sob aplicativos**. Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2018.

PORTO, Lorena Vasconcelos. A Submissão dos Trabalhadores aos Poderes Empresariais e os Conflitos de Interesse. Brasília: **Revista do TST**, vol. 74, nº 4, 2012, pp. 166-181.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1978.

ROSENBLAT, Alex. **When your boss is an algorithm**. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2018/10/12/opinion/sunday/uber-driver-life.html>. Acesso em: 27 jul. 2019.

UBER. **Políticas e Regras**. Disponível em: <https://www.uber.com/pt-BR/drive/resources/regras/>. Acesso em: 27 jul. 2019.

VENTURA, Felipe. **Uber deixa de cobrar taxa fixa dos motoristas no Brasil**. Disponível em: <https://tecnoblog.net/249553/uber-fim-taxa-fixa-motoristas-brasil/>. Acesso em: 15 ago. 2019.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro. **Relação de Emprego: estrutura legal e supostos**. 3ª ed., São Paulo: LTr, 2005.