

OS APLICATIVOS COMO GESTORES DE MÃO DE OBRA E A EFETIVAÇÃO DA PROTEÇÃO SOCIAL AOS TRABALHADORES POR MEIO DA APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO PORTUÁRIA

APPLICATIONS AS LABOR MANAGERS AND THE IMPLEMENTATION OF SOCIAL PROTECTION FOR WORKERS THROUGH THE APPLICATION OF PORT LEGISLATION

*Thiago Maciel Borges**

Resumo: O presente artigo pretende demonstrar que a discussão em torno do reconhecimento de vínculo empregatício entre aplicativos, a exemplo o Uber, e trabalhadores deve ser abandonada. Os aplicativos são órgãos gestores de mão de obra, que organizam a prestação de serviços de trabalhadores avulsos. Nessa senda, pretende demonstrar que a legislação brasileira tem meios de proteger esses trabalhadores sem a necessidade de reconhecimento de vínculo empregatício. Há viabilidade de aplicação, por meio da analogia, às plataformas e aos trabalhadores que se utilizam delas, da legislação que rege os órgãos gestores de mão obra e os trabalhadores avulsos portuários, Lei 12.185/2013. Propõe-se, assim, que se altere o paradigma pelo qual se tem analisado essa relação, a fim de se fazer efetivar a proteção aos trabalhadores. Para atingir os objetivos, propõe-se a utilização do método comparativo, avaliando os termos de uso desses aplicativos e a legislação correspondente aos Órgãos Gestores de Mão de Obra - OGMO, bem como as similitudes entre os sujeitos que se utilizam dos aplicativos para trabalho e os que se servem do OGMO nos portos.

*Graduando de Direito na Universidade de Brasília, UnB, 7º Período.
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1169014715452916>.
Email: neufehelberg@gmail.com



Palavras-chave: Aplicativos. Gestores de mão de obra. Trabalhadores portuários. Analogia.

Abstract: The aim of this article is to demonstrate that the discussion surrounding the recognition of an employment relationship between apps, such as Uber, and workers should be abandoned. Apps are labor management agencies that organize the provision of services by freelance workers. With this in mind, the aim is to demonstrate that Brazilian legislation has the means to protect these workers without the need to recognize an employment relationship. It is feasible to apply, by analogy, to the platforms and the workers who use them, the legislation that governs labor management agencies and temporary port workers, Law 12.185/2013. It is therefore proposed to change the paradigm by which this relationship has been analyzed, in order to make worker protection effective. To achieve the objectives, we propose using the comparative method, evaluating the terms of use of these apps and the legislation corresponding to the Labor Management Bodies - OGMO, as well as the similarities between the subjects who use the apps for work and those who use the OGMO in ports.

Keywords: Apps. Labor managers. Port workers. Analogy.

1. INTRODUÇÃO

As alterações ocorridas com a globalização e o avanço tecnológico estão provocando revoluções no direito do trabalho. Há quem defenda que esse ramo do direito não tem mais função e que as relações devem ser regidas pelo direito civil, haja vista a autonomia e independência das partes na formulação dos contratos de trabalho. Há uma nova forma de produção estabelecida: a ideia do “empresário de si”, que presta serviço para outras empresas e se conecta com seus clientes por meio de plataformas digitais, as quais distribuem a demanda, conectando prestador e tomador, o que tornaria inaplicável o direito do trabalho. .

O novo contexto tem confrontado a ideia de proteção, que é o princípio e fundamento do direito do trabalho, colocando em xeque a sua finalidade essencial. Como princípio, a proteção orienta que a interpretação do direito material do trabalho deve procurar a aplicação da norma mais benéfica, quando duas regras podem ser igualmente aplicadas ao caso concreto.

No presente trabalho, pretende-se conciliar o basilar princípio da proteção com a problemática posta pela contemporaneidade. Assim, demonstrar-se-á que a norma mais benéfica a ser aplicada ao caso dos trabalhadores que utilizam plataformas de aplicativos é a legislação que rege o trabalhador avulso portuário, Lei 12.185/2013 e não o reconhecimento da relação de emprego para aplicação da CLT. Os aplicativos resistem a este reconhecimento e ameaçam deixar o país em caso de se levar adian-

te essa forma de regulação da relação que existe entre as plataformas e os trabalhadores. Muitos dos trabalhadores, igualmente, não desejam que a CLT seja aplicada a relação existente entre eles e os aplicativos. Assim, este artigo busca demonstrar que já existe uma forma de regulação desta relação, sem o reconhecimento de vínculo, mas com a efetivação da proteção ao trabalhador.

O artigo reconhece a nova forma de produção introduzida pela popularização dos *smartphones*. A ideia de “empresário de si mesmo” como nova forma de exploração do trabalho alheio. O estudo também reconhece a tentativa, realizada pelo novo modelo de produção, de afastar a aplicação da legislação trabalhista, o que se faz por meio do obscurecimento do conceito de relação de emprego e mediante a conceituação do trabalhador, ora como autônomo, ora como empreendedor.

Há, também, neste artigo o reconhecimento de uma lacuna na legislação trabalhista para proteção dos trabalhadores que se utilizam de aplicativos para o exercício de sua atividade laborativa. Como forma de solucionar o vácuo normativo, aponta o art. 8º da CLT como instituto legal que permite o uso da analogia, técnica apta ao suprimento de lacunas legislativas no direito do trabalho.

Nesse desiderato, aduz-se que, no Brasil, os trabalhadores avulsos portuários são submetidos a jornada e relação trabalhista semelhantes às que são impostas aos trabalhadores que se utilizam de aplicativos para exercer seu labor. Usuários de plataformas como Uber, 99, *I-Food*, etc, são trabalhadores por demanda, a exemplo dos trabalhadores avulsos portuários.

Após demonstrar as semelhanças entre as situações fáticas vivenciadas por trabalhadores portuários e os que se utilizam dos aplicativos, propõe-se o uso das normas que regem aquela relação, a Lei 12.815/2013. A demonstração de que o suporte fático suporta a aplicação da legislação referida é fundamental para a utilização da analogia. A exposição das similitudes será feita com base no princípio da primazia da realidade, com o fito de demonstrar a real relação estabelecida entre aplicativos e trabalhadores, o que permitirá a aplicação do dispositivo legal correspondente.

Para comprovação de que as situações fáticas que envolvem trabalhadores avulsos portuários e os trabalhadores que se utilizam de plataformas digitais no exercício de seu labor, faz-se o uso do método comparativo.

Assim sendo, após comprovado o argumento de que os casos são semelhantes, pela subsunção, amparada na analogia, o estudo propõe que se atribua, aos aplicativos e seus colaboradores, os efeitos da legislação existente, aplicável aos portuários e seu Órgão Gestor de Mão de Obra - OGMO, Lei 12.185/2013.



A primazia da realidade deve ser usada como “lente” para se realizar a leitura mais apropriada da relação existente entre as plataformas digitais e os trabalhadores que delas se utilizam. A partir da aplicação dessa “lente”, este artigo pretende fazer perceber que a relação entre aplicativos e trabalhadores que se utilizam deles para trabalhar é semelhante à existente entre trabalhadores avulsos e Órgão Gestor de Mão de Obra-OGMO, nos portos.

Nessa senda, amoldada a hipótese à legislação proposta, subsumindo o suporte fático à norma jurídica, demonstrar as consequências para os trabalhadores por aplicativos do uso dessa legislação, apontando como a proteção será efetivada no caso concreto.

2. PLATAFORMAS DIGITAIS E O NOVO MODELO DE PRODUÇÃO. OS PORTOS COMO AMBIENTES QUE JÁ ATUAVAM NO MODO DE EXPLORAÇÃO DE MÃO DE OBRA POR DEMANDA E A SIMILITUDE FÁTICA QUE PERMITE O USO DA ANALOGIA COMO FORMA DE SUPRIR A LACUNA LEGISLATIVA.

Acompanhamos a explosão de serviços prestados por meio de plataformas digitais. Esses aplicativos são uma consequência das inovações tecnológicas, uma vez que dependeram da popularização dos *smartphones*, atualmente disponíveis a grande parcela da população.

Segundo Raianne Coutinho, estamos presenciando a Revolução 4.0, ou seja, a Quarta Revolução Industrial. Nesse fenômeno, um prestador de serviço se cadastra em uma plataforma digital específica e o algoritmo faz a conexão deste profissional com algum demandante, que também foi previamente cadastrado. Serviços como faxina, transporte e entrega de um produto são exemplos de demandas que podem ser direcionadas por algoritmos a um prestador previamente cadastrado. (COUTINHO, 2021).

Cria-se, assim, um novo modelo de produção, a “economia sob demanda”, conceito criado por Valério De Stefano. (DE STEFANO, 2016).

Nesse novo modelo de prestação de serviços, são destaques as plataformas digitais, que vêm desafiando a legislação trabalhista.

Pois bem, o conceito de economia sob demanda, proposto por De Stefano, é fundamental para demonstrar que a solução para oferecer proteção ao trabalhador por aplicativo, que é trabalhador por demanda, é a já existente para este tipo de relação trabalhista, comum nos portos. Os portos brasileiros trabalham por demanda



v.7, n.2



e utilizam, para organizar a prestação de serviço, um Órgão Gestor de Mão de Obra, que tem, naquele ambiente, a mesma função que os aplicativos têm no novo modo de produção, denominado economia por demanda.

No modelo de exploração da força de trabalho com o uso de aplicativos, trabalho por demanda, o trabalhador cadastrado não é considerado empregado, mas sim profissional autônomo, ou até mesmo microempresário. Esta é uma forma de afastar a aplicação da CLT.

Como se pode observar em consulta à página inicial de cadastro de motoristas na Uber, o aplicativo designa os trabalhadores como motoristas parceiros, que uma vez cadastrados escolhem a própria rotina de trabalho. A plataforma ressalta, ainda, que os motoristas decidem o quanto querem dirigir e ganhar, salientando que quanto mais o parceiro dirigir, mais ele vai ganhar.

Observa-se uma certa dificuldade em oferecer proteção social a estes trabalhadores, pois, para incidência da legislação trabalhista, é premissa, o reconhecimento da relação de emprego.

Nesse desiderato, de busca para responsabilidades para as plataformas perante o trabalhador, tem-se optado por ações trabalhistas que visam à declaração estatal do vínculo empregatício entre os aplicativos e os trabalhadores. Essas ações trabalhistas não têm alcançado o êxito pretendido. Isso, pois, para o reconhecimento da relação de emprego, é necessário demonstrar que há onerosidade, subordinação, não eventualidade na prestação do serviço (habitualidade) e pessoalidade, justamente o que as plataformas têm conseguido demonstrar que não existe entre elas e o trabalhador.

Observando o que é oferecido pelas plataformas aos “parceiros”, o trabalho é não eventual, feito sem qualquer subordinação, ao alvedrio do trabalhador, que escolhe quando e quanto vai trabalhar. Essas características, apresentadas como benesses nesta nova forma de produção, são usadas para descaracterizar a existência de relação de emprego entre aplicativos e trabalhadores. As plataformas têm sido bem sucedidas neste intento.

No âmbito das ações com essa temática, a negativa do reconhecimento de vínculo empregatício tem ocorrido por não se demonstrar que a relação entre aplicativo e trabalhador se reveste de subordinação, tampouco há habitualidade na prestação deste serviço, veja-se:



AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE – VÍNCULO DE EMPREGO ENTRE MOTORISTA E PLATAFORMAS TECNOLÓGICAS OU APLICATIVOS CAPTADORES DE CLIENTES (UBER DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA.) – **IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DIANTE DA AUSÊNCIA DE SUBORDINAÇÃO JURÍDICA** – TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA RECONHECIDA – DESPROVIMENTO.

1. Avulta a transcendência jurídica da causa (CLT, art. 896-A, § 1º, IV), na medida em que o pleito de reconhecimento do vínculo de emprego envolvendo os recentes modelos de contratação firmados entre motoristas de aplicativo e empresas provedoras de plataformas de tecnologia por eles utilizadas ainda é nova no âmbito desta Corte, demandando a interpretação da legislação trabalhista em torno da questão. 2. Ademais, deixa-se de aplicar o óbice previsto na Súmula 126 desta Corte, uma vez que os atuais modelos de contratação firmados entre as empresas detentoras da plataforma de tecnologia (no caso, a "Uber Brasil Tecnologia Ltda.") e os motoristas que delas se utilizam são de conhecimento público e notório (art. 374, I, do CPC) e consoa com o quadro fático delineado pelo Regional. 3. Em relação às novas formas de trabalho e à incorporação de tecnologias digitais no trato das relações interpessoais – que estão provocando uma transformação profunda no Direito do Trabalho, mas carentes ainda de regulamentação legislativa específica – deve o Estado-Juiz, atento a essas mudanças, distinguir os novos formatos de trabalho daqueles em que se está diante de uma típica fraude à relação de emprego, de modo a não frear o desenvolvimento socioeconômico do país no afã de aplicar regras protetivas do direito laboral a toda e qualquer forma de trabalho. 4. Nesse contexto, analisando, à luz dos arts. 2º e 3º da CLT, a relação existente entre a "Uber Brasil Tecnologia Ltda." e os motoristas que se utilizam desse aplicativo para obterem clientes dos seus serviços de transporte, tem-se que: a) **quanto à habitualidade, inexistente a obrigação de uma frequência predeterminada ou mínima de labor pelo motorista para o uso do aplicativo, estando a cargo do profissional definir os dias e a constância em que irá trabalhar**; b) quanto à subordinação jurídica, a par da ampla autonomia do motorista em escolher os dias, horários e forma de labor – podendo desligar o aplicativo a qualquer momento e pelo tempo que entender necessário, sem nenhuma vinculação a metas determinadas pela Reclamada ou sanções decorrentes de suas escolhas -, a necessidade de observância de cláusulas contratuais (valores a serem cobrados, código de conduta, instruções de comportamento, avaliação do motorista pelos clientes), com as correspondentes sanções no caso de descumprimento (para que se preserve a confiabilidade e a manutenção do aplicativo no mercado concorrencial), não significa que haja ingerência no modo de trabalho prestado pelo motorista, reforçando a convicção quanto ao trabalho autônomo a inclusão da categoria de motorista de aplicativo independente, como o motorista da "Uber Brasil Tecnologia Ltda.", no rol de atividades permitidas para inscrição como Microempreendedor Individual - MEI, nos termos da Resolução 148/2019 do Comitê Gestor do Simples Nacional; c) quanto à remuneração, o caráter autônomo da prestação de serviços se caracteriza por arcar, o motorista, com os custos da prestação do serviço (manutenção do carro, combustível, IPVA), caber a ele a responsabilidade por eventuais sinistros, multas, atos ilícitos ocorridos, dentre outros (ainda que

a empresa provedora da plataforma possa a vir a ser responsabilizada solidariamente em alguns casos), além de os percentuais fixados pela "Uber Brasil Tecnologia Ltda.", de cota parte do motorista, serem superiores ao que este Tribunal vem admitindo como suficientes a caracterizar a relação de parceria entre os envolvidos, como no caso de plataformas semelhantes (ex.: 99). 5. **Já quanto à alegada subordinação estrutural, não cabe ao Poder Judiciário ampliar conceitos jurídicos a fim de reconhecer o vínculo empregatício de profissionais que atuam em novas formas de trabalho, emergentes da dinâmica do mercado concorrencial atual e, principalmente, de desenvolvimentos tecnológicos, nas situações em que não se constata nenhuma fraude, como é o caso das empresas provedoras de aplicativos de tecnologia, que têm como finalidade conectar quem necessita da condução com o motorista credenciado, sendo o serviço prestado de motorista, em si, competência do profissional e ao trabalho autônomo a inclusão da categoria de motorista de aplicativo independente, como o motorista da "Uber Brasil Tecnologia Ltda.", no rol de atividades permitidas para inscrição como Microempreendedor Individual - MEI, nos termos da Resolução 148/2019 do Comitê Gestor do Simples Nacional;** c) quanto à remuneração, o caráter autônomo da prestação de serviços se caracteriza por arcar, o motorista, com os custos da prestação do serviço (manutenção do carro, combustível, IPVA), caber a ele a responsabilidade por eventuais sinistros, multas, atos ilícitos ocorridos, dentre outros (ainda que a empresa provedora da plataforma possa a vir a ser responsabilizada solidariamente em alguns casos), além de os percentuais fixados pela "Uber Brasil Tecnologia Ltda.", de cota parte do motorista, serem superiores ao que este Tribunal vem admitindo como suficientes a caracterizar a relação de parceria entre os envolvidos, como no caso de plataformas semelhantes (ex.: 99). . 6. Assim sendo, não merece reforma o acórdão regional que não reconheceu o vínculo de emprego pleiteado na presente reclamação, ao fundamento de ausência de subordinação jurídica entre o motorista e a empresa provedora do aplicativo. Agravo de instrumento desprovido. (TST, AIRR-1092-82.2021.5.12.0045, Rel. Min. Ives Gandra da Silva Martins Filho, Dj. 02.12.2022). Grifamos.

Pois bem, observa-se que o principal argumento para afastamento do vínculo empregatício é a ausência de subordinação jurídica dos trabalhadores às plataformas digitais.

No entanto, buscar o reconhecimento de vínculo empregatício é o caminho errado para se efetivar a proteção ao trabalhador nesse novo modelo de produção.

É aferível, ao fazer o cotejo do recorte fático ao plano jurídico, que os aplicativos exercem gestão da mão de obra existente para determinada demanda. Essa função é a mesma dos Órgão Gestor de Mão de Obra - OGMO nos portos. Os aplicativos são gestores de mão de obra. Assim sendo, a exemplo do que ocorre com os órgãos gestores dos trabalhadores avulsos portuários, devem ser responsabili-



v.7, n.2



zados pelo recolhimento das parcelas referentes à proteção social do trabalhador, tais como fundo de garantia (FGTS) e previdência, sem necessidade de se reconhecer vínculo empregatício entre o trabalhador e a plataforma.

O exercício do trabalho através de aplicativos, é um trabalho por demanda, próprio de trabalhadores avulsos, os quais têm os mesmos direitos dos trabalhadores com vínculo empregatício, por determinação constitucional.

Importante ressaltar que reconhecer os trabalhadores como avulsos não os torna empregados dos aplicativos, mas lhes garante, por determinação constitucional, a equiparação em direitos aos trabalhadores com vínculo regular, nos termos determinados pelo inciso XXXIV, do art. 7º da Constituição Federal. (BRASIL, 1988)

O paradigma pelo qual estamos lendo a relação entre trabalhadores e aplicativos deve ser alterado. Não há necessidade de reconhecimento de vínculo empregatício entre aplicativos e trabalhadores para que lhes sejam garantidas as proteções inerentes aos trabalhadores com vínculo. O Brasil já possui exemplos bem sucedidos de proteção aos trabalhadores que atuam em economia por demanda, nos portos, sem reconhecimento de vínculo empregatício, mas com proteção efetiva dos seus direitos trabalhistas e previdenciários.

No voto proferido pelo Ministro Ives Gandra, transcrito acima, foi destacada uma fala do representante da Uber que define como a plataforma se conceitua:

*Ao participar como palestrante brasileiro do 2º Congresso Mundial do CIELO LABORAL 2018, realizado nos dias 12 e 13 de outubro, na Faculdade de Direito da Universidade de La República, em Montevideo (Uruguai), que teve como temática "Cuarta Revolución Industrial y Globalización: La Protección del Empleo, la Salud y Vida Privada de los Trabajadores ante los Desafíos del Futuro", tive a oportunidade de assistir à palestra do Dr. Mariano Otero, da Argentina, Diretor de Operações da UBER para a América Latina, no painel "UBER y la Economía Colaborativa". Chamou a atenção o enfoque dado pelo palestrante: **a plataforma UBER não servia apenas para que o celular servisse para se conseguir transporte, mas também para se conseguir trabalho, ligando cliente a motorista. Bastaria a alguém sem trabalho contatar com o UBER, mesmo sem ter veículo, que a empresa inclusive facilitaria todos os trâmites para se obter inclusive financiamento de veículo e começar a trabalhar** (FILHO MARTINS, Ives Gandra da Silva, AG-AIRR-1092-82.2021.5.12.0045, TST, Dj 02.12.2022). grifamos.*

Pode-se extrair da fala do representante, mencionada pelo Ministro em seu voto, que a própria UBER se identifica como um aplicativo para gestão de mão de obra, o que faz conectando cliente e motorista, resolvendo a demanda por transporte, neste exemplo específico.



Mutatis mutandis, o órgão gestor de mão de obra - OGMO portuário faz o mesmo que os aplicativos dizem estar fazendo de forma inovadora. Não é inovador o que a Uber e outros aplicativos fazem, pois o OGMO já exercia atividade semelhante, só que limitada ao labor portuário. O OGMO une trabalhadores e clientes para resolução do problema de vazão dos produtos que chegam aos portos brasileiros. O OGMO não presta o serviço, ele o organiza, sem ter trabalhadores contratados, nem subordinados, nem com vínculo empregatício, exatamente como os aplicativos estão fazendo.

Nos termos do art. 32 e incisos da Lei 12.815/2013, o OGMO é destinado a administrar o fornecimento da mão de obra aos navios que atracam nos portos, mediante a organização e distribuição das demandas aos trabalhadores avulsos portuários. Para tanto, o OGMO tem as seguintes atribuições: manter, com exclusividade, o cadastro do desses trabalhadores, treiná-los e habilitá-los, inscrevendo-os no cadastro; selecioná-los e registrá-los; estabelecer o número de vagas, a forma e a periodicidade para acesso ao registro do trabalhador portuário avulso; expedir os documentos de identificação do trabalhador portuário; e arrecadar e repassar aos beneficiários os valores devidos pelos operadores portuários relativos à remuneração e aos correspondentes encargos fiscais, sociais e previdenciários (BRASIL, 2013).

Em outras palavras, pode-se observar que as principais funções do OGMO incluem o cadastro e controle dos trabalhadores avulsos, pois é o responsável por cadastrar e manter um registro atualizado de todos os trabalhadores avulsos habilitados a atuar nos portos. Esse cadastro inclui informações sobre as habilidades e capacitações de cada trabalhador, para melhor destinação à demanda.

O OGMO também é o responsável pela escalação dos trabalhadores, o que faz com base nas necessidades de mão de obra dos terminais portuários, por isso a necessidade de registro das qualificações. O OGMO elabora escalas de trabalho que determinam quais trabalhadores avulsos serão convocados para cada turno ou atividade, mediante rodízio, para que todos os cadastrados possam equitativamente exercer seu labor, exatamente como a UBER faz com os motoristas, destinando o prestador mais próximo, ou seja, mais apto a prestar com mais rapidez e eficiência o serviço ao demandante.

O OGMO é fundamental para garantir que os trabalhadores avulsos portuários tenham seus direitos trabalhistas respeitados, como salário justo, pagamento de horas extras, benefícios sociais. Os aplicativos devem ser incumbidos da mesma atribuição. Eles devem ser colocados como parceiros na proteção ao trabalhador. Atualmente, apenas se beneficiam da força de trabalho humana, sem contrapartida



de proteção ao trabalhador. O único benefício que gera ao trabalhador é o de oferecer a demanda, sem proteção em caso de doença, velhice ou outro evento que incapacite o obreiro de exercer seu labor.

Além disso, como estabelecido pelo art. 33, inciso I da lei 12.815/2013 o OGMO também faz mediação de conflitos, exatamente como os aplicativos fazem entre prestador e tomador do serviço, sem ser o empregador do trabalhador.

Caso surjam conflitos entre os trabalhadores avulsos e as empresas ou entre os próprios trabalhadores, o OGMO atua como mediador para buscar soluções e manter a harmonia nas operações portuárias. Até sanções podem ser aplicadas pelo OGMO, sem caracterizar subordinação para fins de reconhecimento de vínculo empregatício (BRASIL, 2013).

Aplicativos, como Uber, organizam de forma semelhante a prestação de serviços dos trabalhadores, utilizando uma plataforma digital que conecta motoristas e passageiros de forma rápida e eficiente. Algumas das principais funções dos aplicativos são cadastro e verificação dos motoristas, pois para se tornar um motorista da Uber, por exemplo, o interessado deve passar por um processo de cadastro e verificação, o que inclui fornecer informações pessoais, documentos de identificação, licença de condução válida e certificados de seguro e de antecedentes criminais. Esse processo visa garantir que os motoristas atendam a certos critérios de segurança e confiabilidade. Note-se como isso é muito semelhante ao que é realizado pelo OGMO.

Outra forma de organização da jornada levada a efeito pelos aplicativos e invocada como barreira ao reconhecimento do vínculo empregatício é a flexibilidade de horários.

A flexibilidade de horário é apontada como uma das características distintivas dos aplicativos como Uber. Segundo as plataformas, os “parceiros” podem escolher quando desejam trabalhar, definindo seus próprios horários e decidindo quando estarão disponíveis para atender às solicitações de corrida. No entanto, isso não a distingue dos OGMO, pois de forma muito parecida, o OGMO organiza a escala dos trabalhadores avulsos, elencando as vagas existentes e os trabalhadores se cadastram para prestação dos serviços, nos horários que melhor os atenderem.

Os aplicativos ainda regulam a aceitação e/ou recusa de viagens. Os motoristas têm autonomia para aceitar ou recusar corridas. Quando um passageiro solicita uma viagem, os motoristas próximos têm a opção de aceitar ou não a solicitação. Essa liberdade de escolha permite que os motoristas decidam quais corridas



v.7, n.2



desejam realizar com base em suas preferências e localização, semelhante aos portuários, que quando desejam trabalhar, comparecem à escalação. Tanto que os trabalhadores avulsos podem ter vínculos regulares de emprego e, ainda assim, manter a prestação de serviço nos portos. No porto de Vitória, há trabalhadores do setor de segurança que são policiais, regularmente contratados pelo Estado, que exercem, sem qualquer ilegalidade, trabalho avulso portuário para complementação de renda, como explica Cabo Fonseca em seu vídeo Remuneração do OGMO, transmitido ao vivo em 29 de janeiro de 2022. Os trabalhadores por aplicativo fazem o mesmo. Utilizam, muitas vezes, a plataforma como forma de complementar renda, tendo, muitas vezes, outro vínculo trabalhista. No entanto, há trabalhador que conta apenas com a plataforma para auferir sua renda.

Os aplicativos também têm mecanismos de avaliação e feedback, pois tanto os motoristas quanto os passageiros têm a oportunidade de avaliar uns aos outros após cada viagem. Essa prática incentiva um bom comportamento e prestação de serviço de qualidade, pois as avaliações influenciam a reputação do motorista na plataforma.

Os motoristas que mantêm uma alta classificação tendem a receber mais solicitações de viagens. O OGMO também exerce o controle da prestação do serviço do trabalhador avulso, que pode inclusive sofrer sanções, conforme art. 33, I da Lei 12.815/2013 (BRASIL, 2013).

A Uber oferece suporte e atendimento ao motorista para auxiliar em questões relacionadas às viagens, aos pagamentos, aos problemas técnicos e a outras questões que possam surgir durante o trabalho, que são formas de resolução de conflitos entre os tomadores e prestadores de serviço, a exemplo do que faz o OGMO, em atenção ao determinado pelo art. 37 da Lei 12.815/2013 (BRASIL, 2013).

Em resumo, os aplicativos como Uber organizam a prestação de serviço dos trabalhadores ao fornecer uma plataforma digital que permite aos motoristas se cadastrarem para terem acesso ao consumidor que necessita daquele tipo de serviço, auferindo renda/lucro nessa transação de intermediação.

Outra controvérsia que se verifica e que dificulta a aplicação da legislação trabalhista aos trabalhadores por aplicativos é classificá-los como empresários. O trabalhador por aplicativo não é empresário. De acordo com o artigo 966 da Lei nº 10.406/02 (Código Civil), considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços, exceto quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária



ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa. (BRASIL, 2002).

Extraí-se do aludido diploma legal que se algum dos envolvidos deveria ter a forçosa classificação como empresário, seria o aplicativo, pois a atividade, a empresa, é exercida por ele ao enviar o prestador ao tomador. Quem resolve o problema, atendendo a uma demanda é o aplicativo.

Assim, entende-se que empresa é atividade realizada, a qual resolve alguma demanda por serviços de um tomador, por meio de uso de fatores produtivos, como o trabalho do motorista, por exemplo. As empresas levadas a efeito pelos aplicativos vão desde uma faxina a uma entrega de mercadoria, passando por transporte de pessoas, mediante a utilização da força de trabalho dos prestadores cadastrados.

No caso do motorista, a atividade econômica é o transporte de pessoas, organizada pela Uber, que auferir lucro ao resolver esse problema do cliente, enviando a ele o motorista mais próximo. Também resolve o problema do prestador, que precisa encontrar o cliente que necessita do trabalho que ele está disposto a oferecer. A empresa é o aplicativo. O contratante se fia na plataforma, ele nem conhece o prestador, confia no cadastro prévio realizado pelo aplicativo.

Assim, tem-se que a empresa é exercida pelo aplicativo e não pelo prestador do serviço, mero executante, chamado de “colaborador/parceiro” pelo verdadeiro empresário, que é o dono do aplicativo.

Além disso, sequer o valor da corrida pode ser definido livremente pelo motorista, que se submete às regras do aplicativo, o que impede a classificação como autônomo. Impor a essa categoria a classificação de trabalhador autônomo também prejudica o reconhecimento de direitos ao trabalhador por aplicativo, sendo outra controvérsia que se coloca na discussão sobre a regulação dessa nova forma de produção.

Nessa senda, repisa-se que a melhor classificação para esse obreiro é a de trabalhador avulso.

Nos termos do art. 12, inciso V da Lei 8.212/1991, o trabalhador avulso é aquele sindicalizado ou não que presta serviços de natureza urbana ou rural, sem vínculo empregatício, a diversas empresas, com a intermediação obrigatória do órgão gestor de mão de obra (BRASIL, 1991).



v.7, n.2



O trabalhador por aplicativo só consegue trabalhar com a intermediação da plataforma, que o liga ao cliente demandante daquele serviço. A figura jurídica que mais se amolda à espécie de trabalhador que exerce seu trabalho na dependência de aplicativos como Uber é a do trabalhador avulso. Além disso, é um trabalho por demanda, próprio de trabalhadores avulsos.

O trabalhador avulso portuário só consegue exercer seu labor por meio da intermediação do OGMO, que organiza e distribui os serviços de forma equânime entre os trabalhadores cadastrados, exatamente como ocorre com os motoristas e entregadores por aplicativo.

Além disso, outra semelhança com o trabalhador avulso portuário é que o trabalhador por aplicativo pode prestar serviço por meio de mais de um aplicativo e a mais de um cliente, como também é permitido aos trabalhadores avulsos, que podem, inclusive, terem vínculo empregatício tradicional, sem perderem sua classificação como avulsos, tampouco os direitos decorrentes.

A exemplo do OGMO, os aplicativos podem inclusive punir os motoristas colaboradores, o que fazem com a aplicação de multa, suspensão ou cancelamento do cadastro e, nos casos de inatividade, exclusão da plataforma (99app/2023).

Esse poder, não caracteriza a subordinação para fins de reconhecimento do vínculo empregatício, no entendimento dos tribunais pátrios e é o mesmo poder exercido pelos OGMO perante os trabalhadores avulsos portuários, nos termos do art. 33, I, da Lei 12.185/2013 (BRASIL, 2013).

3. O USO DA ANALOGIA PARA SUPRIR LACUNA NORMATIVA E PROMOVER A PROTEÇÃO AO TRABALHADOR NO NOVO MODELO ECONÔMICO

Para aplicação da analogia é preciso demonstrar que se está diante de uma lacuna normativa. Segundo Francisco Amaral, *apud* Maria Helena Diniz, uma lacuna é caracterizada como lacuna normativa quando a lei não contém previsão para o caso concreto (AMARAL, 2017).

No caso dos trabalhadores que se utilizam dos aplicativos para conseguir trabalhar, estamos diante de uma lacuna normativa, pois não há previsão legal específica para regular essa relação.



Quando o intérprete não encontra no sistema jurídico a norma à questão de fato, verifica-se uma lacuna, um vazio, uma imperfeição ou falta de previsão específica (AMARAL, 2017).

Identificada a lacuna, a técnica mais indicada para o suprimento do vazio normativo é a analogia. Segundo Francisco Amaral, a integração por meio da analogia consiste em recorrer a norma legal concernente a uma hipótese prevista e, por isso mesmo tipificada. Quando se verifica a mesma razão da lei, deve haver a mesma disposição legal. O fundamento jurídico-filosófico é o princípio da igualdade de tratamento, segundo o qual fatos de igual natureza devem julgar-se de igual maneira, e se um desses fatos já tem no sistema jurídico sua regra, é essa que se aplica. (AMARAL, 2017, p.181)

Primeiramente demonstrou-se que os aplicativos realizam a mesma atividade que o OGMO, motivo pelo qual se deve reconhecer que os aplicativos são gestores de mão de obra. Há consequências legais que advirão desse reconhecimento.

Assim, diante da falta de disposição legal específica, deve-se, com base na analogia, que é fonte do direito do trabalho, conforme o art. 8º da Consolidação das Leis Trabalhistas, CLT, fazer incidir nessa relação entre trabalhador e aplicativo a norma já existente que regula os órgãos gestores de mão de obra nos portos, pelo menos até que a regulamentação específica advenha (BRASIL, 1943).

Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, 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.

No caso dos trabalhadores que se utilizam de aplicativos para conseguirem clientes, estamos diante da figura semelhante à do trabalhador avulso, que trabalha por demanda, motivo pelo qual as regras aplicáveis àquela categoria, devem ser aplicadas a esta relação trabalhista, pois estamos diante do mesmo suporte fático.

A aplicação das normas atinentes aos trabalhadores avulsos, promoverá a proteção a essa categoria, atualmente desamparada, que tem sido a maior vítima da precarização das relações trabalhistas.

O OGMO (Órgão Gestor de Mão de Obra) e aplicativos como Uber têm semelhanças em relação à organização da prestação de serviços de trabalhadores, pois realizam a intermediação de mão de obra.



v.7, n.2



Tanto o OGMO quanto os aplicativos como Uber atuam como intermediários na prestação de serviços.

O OGMO intermedeia a contratação de trabalhadores avulsos nos portos, enquanto aplicativos como a Uber conectam, por exemplo, motoristas independentes a passageiros que desejam utilizar o serviço de transporte.

Ambos realizam cadastro e regularização dos trabalhadores. Tanto o OGMO quanto os aplicativos como Uber exigem que os trabalhadores (trabalhadores avulsos portuários e motoristas, respectivamente) se cadastrem na plataforma respectiva. Esses trabalhadores precisam atender a determinados critérios, como fornecer documentos de identificação, habilitação, seguro e outros requisitos, para garantir que estejam aptos a prestar os serviços

Outra característica que orienta o reconhecimento da semelhança entre OGMO e Aplicativos é a flexibilidade de horários. Tanto os trabalhadores avulsos registrados no OGMO quanto os motoristas da Uber têm a vantagem da flexibilidade de horários. Eles podem escolher quando desejam trabalhar e definir seus próprios horários de acordo com sua disponibilidade e preferências.

Na prestação de serviço mediante OGMO e aplicativos há liberdade de aceitar ou recusar trabalhos. Tanto os trabalhadores avulsos quanto os motoristas da Uber têm a liberdade de aceitar ou recusar trabalhos. Os trabalhadores avulsos podem escolher quando estarão disponíveis para trabalhar, e os motoristas da Uber podem aceitar ou recusar solicitações de corrida, de acordo com sua conveniência.

Os gestores de mão de obra têm um sistema de avaliação e *feedback*. Tanto o OGMO quanto os aplicativos como Uber têm sistemas de avaliação e *feedback*.

No OGMO, os trabalhadores avulsos e as empresas são avaliados com base no desempenho e comportamento nas atividades portuárias.

Nos aplicativos de transporte, tanto os motoristas quanto os passageiros podem se avaliar mutuamente após cada corrida, o que contribui para a reputação do prestador de serviço na plataforma.

Os gestores de mão de obra se utilizam da tecnologia.

Ambos, OGMO e Uber, utilizam tecnologia e plataformas digitais para conectar os trabalhadores aos empregadores (no caso do OGMO) ou aos usuários (no caso dos aplicativos como Uber). A tecnologia é um elemento central para a eficiência e o funcionamento desses sistemas.



Assim sendo, apesar de atuarem em contextos distintos, as formas de se relacionar são idênticas, apontando o mesmo suporte fático e permitindo, com base na analogia, que as implicações trabalhistas impostas aos OGMOs sejam atribuídas aos aplicativos como UBER, 99, etc.

Demonstrado que OGMO e aplicativos são gestores de mão de obra, os aplicativos passam a ser responsáveis, por força da Lei 12.185/2013, pela contribuição previdenciária, pois o OGMO é responsável por descontar a contribuição previdenciária dos salários dos trabalhadores avulsos, de acordo com a legislação previdenciária brasileira, Lei 8.213/1991. Essa contribuição é destinada ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e garante que os trabalhadores tenham acesso a benefícios como aposentadoria, auxílio-doença, pensão por morte e outros serviços previdenciários (BRASIL, 2013). Os aplicativos também terão de recolher para o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), haja vista que o OGMO, igualmente, é responsável por recolher o FGTS dos trabalhadores avulsos, conforme previsto na legislação suso mencionada.

O FGTS é um fundo de poupança obrigatório que os empregadores devem depositar em nome de seus funcionários, e o valor pode ser utilizado em situações específicas, como demissão sem justa causa, compra da casa própria e outras situações previstas em lei.

Os aplicativos deverão, ainda, recolher a contribuição sindical, porque os trabalhadores avulsos também podem ser filiados a sindicatos de sua categoria, e o OGMO recolhe a contribuição sindical desses trabalhadores, de acordo com a opção feita individualmente por cada trabalhador, isso na hipótese de os trabalhadores por aplicativos constituírem sindicato para sua categoria.

Como gestores de mão de obra, serão responsáveis por benefícios sociais e trabalhistas, pois além das contribuições previdenciárias e trabalhistas mencionadas acima, o OGMO também é responsável por garantir que os trabalhadores avulsos recebam outros benefícios sociais e trabalhistas previstos em lei, como férias remuneradas, 13º salário, adicional noturno, entre outros.

Outra importante consequência que advirá, é a facilitação do reconhecimento da qualidade de segurado do trabalhador por aplicativo, na hipótese de ser preciso recorrer a um benefício previdenciário, como o benefício por incapacidade temporária.

Para ter direito a receber um benefício previdenciário, o trabalhador precisa comprovar, inicialmente, que é um segurado.



v.7, n.2



Para o reconhecimento da qualidade de segurado, o trabalhador precisa comprovar que exerce atividade laborativa com vínculo empregatício, pois as contribuições são de responsabilidade do empregador ou quem lhe faça as vezes, nos termos do art. 167, XI, da CF/1988 e art. 11 da Lei 8.213/1991 (BRASIL, 1988; BRASIL 1991). Sendo o aplicativo o responsável pelo recolhimento, bastaria ao trabalhador comprovar que está cadastrado e que realiza os trabalhos por meio da plataforma. Com isso, teria sua qualidade de segurado da previdência reconhecida e, por consequência, o deferimento de seu pedido de benefício previdenciário, sem maiores desafios. Isso também garantirá saúde financeira ao Regime Geral de Previdência (RGPS), que passará a ter mais recolhimentos, advindos das plataformas, que exploram a mão de obra local, sem a correspondente contrapartida social. A Previdência Social protege toda a sociedade.

O OGMO desempenha um papel crucial na regularização e na garantia dos direitos dos trabalhadores avulsos portuários, contribuindo para um ambiente de trabalho mais justo e equitativo naquele setor, o que também deve ser atribuído aos aplicativos, que têm auferido vantagens com a exploração do trabalhador brasileiro, mas sem qualquer responsabilidade advinda dessa exploração.

Para tanto, como consequência da aplicação da Lei 12.6815/2013, os aplicativos passarão a serem obrigados a incluir no valor de cada corrida/entrega a parcela correspondente a esses recolhimentos, pois auferem lucro com o serviço prestado e facilmente podem ser obrigados a retirar do valor de cada corrida a parcela corresponde às contribuições sociais e previdenciárias antes de repassar os valores para o trabalhador. O valor será definido e fracionado por entrega/corrída realizada e não por hora trabalhada, haja vista serem trabalhadores por demanda. Os recolhimentos para os cofres da Previdência passarão a ser responsabilidade dos aplicativos e tudo isso sem a necessidade do reconhecimento de vínculo empregatício. O atual governo está propondo algo semelhante, com estipulação de alíquota de 27% para contribuição previdenciária dividida entre trabalhador e aplicativo, mas sem mencionar outros direitos trabalhistas como FGTS, horas extras, férias. No projeto de lei, os trabalhadores seriam classificados como autônomos, o que é um impasse, pois eles não definem os valores das corridas, tampouco das entregas e há resistência dos trabalhadores a essa classificação (GLOBO, G1, 2023). A classificação como avulso é a mais adequada, sem reconhecimento de vínculo, mas com a disponibilização de todo o catálogo de direitos trabalhistas, que virão por equiparação, como determina a norma constitucional.



v.7, n.2



4. CONCLUSÃO

Pelo que foi exposto, percebe-se que a legislação trabalhista brasileira oferece resposta ao desafio de proteção ao trabalhador, mesmo sob a nova forma de produção que se apresenta. Recorrer aos princípios orientadores desse ramo do direito permite a resposta adequada aos desafios atuais de proteção ao trabalhador.

O paradigma do reconhecimento do vínculo empregatício deve ser substituído pela demonstração de que os trabalhadores que se utilizam de plataformas digitais são trabalhadores avulsos e as plataformas digitais são gestoras de mão de obra, com dever de responsabilidade social perante os trabalhadores, por força da Lei 12.185/2013.

O reconhecimento da semelhança entre a situação vivida pelos trabalhadores portuários e os de aplicativo, haja vista a identidade de suportes fáticos, permitirá a adequada proteção social dos trabalhadores por aplicativo, mediante a utilização da legislação já existente que protege os portuários.

O presente trabalho demonstrou as semelhanças entre as situações dos trabalhadores avulsos portuários, que têm sua atividade organizada pelo OGMO e os trabalhadores que se utilizam dos aplicativos para exercer atividade laborativa.

Diante das semelhanças constatadas, propôs-se a aplicação da legislação que rege os trabalhadores avulsos portuários às relações entre prestadores de serviço e aplicativos, mediante o recurso à analogia.

As consequências esperadas da aplicação proposta neste trabalho são a melhoria da saúde financeira do sistema previdenciário e da proteção ao trabalhador que foi surpreendido pela 4ª Revolução Industrial e, até o momento, está desamparado do tecido de proteção social advinda das lutas passadas, que obrigaram o Estado a reconhecer um sistema de defesa aos trabalhadores.

A facilitação do acesso aos benefícios previdenciários em caso de imprevistos enfrentados pelo(a) trabalhador(a) e sua família, será outro dos efeitos da proteção social que se alcançará, além de direitos como férias, 13º (décimo terceiro salário), adicional noturno, até então inimagináveis pela mencionada classe de trabalhadores.

Assim, propõe-se reconhecer que a nova forma de produção está transformando as relações de trabalho em atividades por demanda, sendo os envolvidos gestores de mão de obra e trabalhadores avulsos, o que permite a aplicação da legislação existente nos portos, que deve ser aperfeiçoada e aplicada às novas formas de exploração do trabalho.



v.7, n.2



BIBLIOGRAFIA:

AMARAL, Francisco, *Direito Civil Introdução*, 9ª Edição revista, modificada e ampliada, 2017).

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 05 de jun. 2023.

BRASIL, *Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*, Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro/RJ: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em 05 de jun. 2023.

BRASIL, *Lei 12.185 de 05 de junho de 2013*. Brasília/DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12815.htm. Acesso em 05 de jun. 2023

BRASIL, *Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002, Código Civil*. Brasília/DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em 05 de jun. 2023.

BRASIL, *Lei 8.213 de 24 de julho de 1991*. Brasília/DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em 05 de jun. 2023.

COUTINHO, Raianne Liberal. *A subordinação algorítmica no arquétipo Uber: desafios para a incorporação de um sistema constitucional de proteção trabalhista*. 2021. 241 f., il. Dissertação (Mestrado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2021.

DE STEFANO, Valerio. *The rise of the “just-in-time workforce”: on-demand work, crowdwork and labour protection in the “gig-economy”*. Geneva: ILO, 2016.

FONSECA, Cabo, *REMUNERAÇÃO DO OGMO*, ES, transmitido ao vivo em 29 de janeiro de 2022. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=1z0Yr67tTBQ&t=928s>. Acesso em 05 de jun. 2023.

TST, *AIRR-1092-82.2021.5.12.0045*, Rel. Min. Ives Gandra da Silva Martins Filho, Dj. 02.12.2022.

UBER, *página inicial para cadastro de motorista*. Disponível em: <https://www.uber.com/br/pt-br/s/e/join>. Acesso em 05 de jun. 2023.



TERMOS E CONDIÇÕES. 99. Disponível em: <https://99app.com/legal/termos/motorista/>. Acesso em: 05 de jun. 2023.

GLOBO, plataformas de notícias G1, *Governo busca contornar impasses entre trabalhadores e empresas na regulação de trabalho por aplicativo; veja o que pode mudar*. Disponível em: <https://www.g1.globo.com/politica/noticia/2023/09/24/governo-busca-contornar-impasses-entre-trabalhadores-e-empresas-na-regulacao-de-trabalho-por-aplicativo-veja-o-que-pode-mudar.ghtml> (Acesso em 15 de out. de 2023).



v.7, n.2

