

A PLATAFORMIZAÇÃO DO TRABALHO SUBORDINADO E A ZONA CINZENTA ENTRE AUTONOMIA E SUBORDINAÇÃO

THE PLATFORMING OF SUBORDINATED WORK AND THE GRAY ZONE BETWEEN AUTONOMY AND SUBORDINATION

Rosildo da Luz Bomfim¹

Resumo: Com o desenvolvimento da Tecnologia da Informação e da Comunicação (TIC) implantou-se no mundo do trabalho o fenômeno da uberização ou plataformização através de modelos de negócios e relações contratuais denominadas “economias de compartilhamento”, onde pessoas jurídicas se autodenominam empresas de aplicativos. Essas albergam em suas plataformas eletrônicas trabalhadores, os quais chamam de autônomos. O presente trabalho pretende investigar o real enquadramento desses trabalhadores da era digital: são eles realmente trabalhadores autônomos, como afirmam as empresas de aplicativos? Ou são trabalhadores albergados pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT? As plataformas digitais facilitam o empreendedorismo genuíno ou suas relações com os prestadores de serviços são mais hierarquizadas a ponto de caracterizarem vínculo empregatício? Outro ponto de investigação: os prestadores de serviços “autônomos” podem receber medidas disciplinares das plataformas de aplicativos sem que fique configurada relação com vínculo empregatício? O bloqueio temporário de acesso ao trabalhador à plataforma ou a ausência de liberdade de definir seus próprios preços para os serviços prestados lhes retiram o enquadramento de trabalhadores autônomos? O avanço da tecnologia propõe questões inovadoras e exige respostas dos juristas.

Palavras-chave: Plataformização do trabalho; uberização do trabalho; autonomia; subordinação do trabalho sob demanda; algoritmo.

Abstract: With the development of Information and Communication Technology (ICT), the phenomenon of uberization or platforming was implemented in Brazil through business models and contractual relationships called “sharing economies”, where legal entities call themselves application companies. They house workers on their electronic platforms, whom they call self-employed. This paper aims to investigate the real situation of these workers in the digital age: are they really self-employed workers, as the application companies claim? Or are they workers housed by the Consolidation of Labor Laws - CLT? Do digital platforms facilitate genuine entrepreneurship or are their relationships with service providers more hierarchical to the point of characterizing employment relationships? Another point of investigation: can “autonomous” service providers receive disciplinary measures from application platforms without having a job relationship? Does the temporary blocking of workers access to the platform or the absence of freedom to define their own prices for the services rendered remove them from the self-employed workers? The advancement in technology poses innovative questions and demands answers from lawyers.

Keywords: Platforming of work; uberization of work; autonomy; subordination of work on demand; algorithm.

¹ Mestrando em Meio Ambiente do Trabalho Construído pela Universidade Santa Úrsula - USU, atualmente é professor do Curso Toga Estudos Jurídicos (preparatório para os concursos de Juiz do Trabalho e Ministério Público do Trabalho), do Ius Premium, do Instituto Direito Social América Latina e da Escola Superior de Advocacia OAB-RJ. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Processual Civil, Direito Processual do Trabalho e Direito do Trabalho. Membro efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros - IAB, Presidente da Comissão de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho do Instituto Brasileiro de Pesquisa e Estudo Jurídico - IBRAPEJ, Membro da Comissão de Direito e Processo do Trabalho da OAB-RJ. Coautor dos Projetos de Leis 9.466/2018 e 9.467/2018, protocolado pelo Deputado Federal Alexandre Molon, cujo escopo é minimizar os prejuízos ocorridos aos trabalhadores com a Lei 13.467/2017 (Lei da Reforma Trabalhista). Participante efetivo, na qualidade de representante do Movimento dos Advogados Trabalhista Independente - MATI, da comissão para a elaboração do Estatuto do Trabalhador, em trâmite no Congresso Nacional, e de audiências públicas na Comissão de Direitos Humanos - CDH - para discussão e debate sobre a Lei 13.467/2017. Autor de obras jurídicas. (<http://lattes.cnpq.br/9682519799593477>, email : rlbomfim@uol.com.br).

INTRODUÇÃO

O estudo tem como objetivo analisar o fenômeno da uberização e/ou plataformização no mundo do trabalho, visando o enquadramento dos trabalhadores como autônomos (sem vínculo empregatício) ou empregados (com vínculo empregatício).

Em última razão pretende-se investigar se nas relações estabelecidas entre a empresa de aplicativo e seus prestadores de serviços se encontram os seguintes requisitos caracterizadores da relação de emprego:

- a) não eventualidade;
- b) subordinação;
- c) onerosidade;
- d) pessoalidade.

Registre-se que o artigo 6º, parágrafo único da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) preconiza a possibilidade de subordinação jurídica através de meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão.

Após a constatação da existência ou não dos requisitos acima expostos, comparar se tais requisitos caracterizam o vínculo do trabalho autônomo, na moldura do artigo 443-B da CLT, ou o trabalho com vínculo empregatício, consoante com os artigos 2º e 3º do mesmo diploma legal.

Com o desenvolvimento da Tecnologia da Informação e Comunicação (TIC), o acesso democratizado à Internet, aos smartphones e aos aplicativos de celulares criou um campo propício para a economia de compartilhamento. Este tipo de economia foi introduzido no campo das relações laborais por entusiastas do mundo tecnológico, originando uma nova forma de consumo na qual as pessoas preferem alugar, compartilhar, pegar emprestado ao invés de comprar.

Três forças fundamentais diferenciam o avanço da Tecnologia da Informação e Comunicação (TIC) dos demais avanços científicos: a) a primeira inovação tecnológica é a transformação de coisa em informação. A música e ou a voz são transformadas em informações com representação digital e são comercializadas em plataformas de streaming, onde a voz vira objeto de comercialização (o streaming é a tecnologia de transmissão de dados pela Internet, principalmente áudio e vídeo, sem a necessidade de baixar o conteúdo); b) a segunda é a possibilidade exponencial de armazenamento de informações em dispositivos digitais miniaturizados; c) e a terceira é a agregação de valores nos aparelhos digitais, como baixa de aplicativos no smartphone com possibilidade de integração dos aparelhos digitais às

plataformas de aplicativos, o que facilita em grande escala o uso do smartphone para prestação de serviços através de plataformas digitais.

Na crista desta onda de inovação tecnológica surgiram no Brasil e no mundo empresas de aplicativos como a Uber do Brasil Tecnologia Ltda., 99 Tecnologia Ltda., Cabify Agência de Serviços de Transporte de Passageiros Ltda., AIRBNB Serviços Digitais Ltda. (motor de busca de meios de hospedagem), ZIPCAR (serviço de compartilhamento de veículos) e RAPPI (startup de entrega sob demanda). Essas empresas desafiam o modelo tradicional de prestação de serviços com vínculo empregatício nas relações laborais.

Os prestadores de serviços cadastrados nas plataformas das empresas de aplicativos passam a ter acesso aos clientes dessas empresas (que afirmam que os clientes são dos prestadores de serviço), para prestação de seus serviços através de aplicativos baixados em seus celulares. Essas plataformas intermediadoras de mão de obra são as grandes beneficiárias das transações comerciais realizadas nas operações que intermediam, pois não assumem nenhuma obrigação com relação aos prestadores de serviços e os consumidores dos serviços prestados.

O que se percebe é que as empresas de aplicativos que intermediam negócios jurídicos são despersonalizadas quanto às suas responsabilidades perante as pessoas e os negócios realizados. Voltando a se personalizar quando da participação nos lucros gerados pela intermediação.

Nessa linha de pensamento, impõem-se os seguintes questionamentos: a serviço de quem ou de que está a tecnologia? A tecnologia é neutra? Ela aumenta as desigualdades sociais? Ela permite a completa desregulamentação das relações trabalhistas entre patrão e empregados? A empresa de aplicativo dirige a prestação pessoal do serviço prestado pelos motoristas? O motorista presta serviço não eventual mediante ordens da empresa de aplicativo, ainda que por algoritmos? O não cumprimento das recomendações da empresa de aplicativo acarreta alguma sanção aos motoristas? O contrato assinado entre as partes permite negociação das cláusulas pactuadas ou trata-se de contrato padronizado elaborado pela empresa de aplicativo de forma unilateral e inegociável? Os prestadores de serviço pagam pelo uso do aplicativo ou o mesmo é fornecido gratuitamente? Os prestadores de serviço podem receber medidas disciplinares sem afastar sua autonomia? Os prestadores podem angariar clientes novos fora da plataforma de aplicativo? Os prestadores de serviço têm liberdade de fixar o preço pelo serviço prestado? O Poder Judiciário está atento a todas essas indagações? E suas decisões refletem esses questionamentos?

O que se percebe é que os veículos de comunicação ao afirmarem, em sua grande maioria, que os prestadores de serviços mediados por plataforma de aplicativos são autônomos não abordam os questionamentos supramencionados.

A tese da autonomia tem como fundamento quase que exclusivo a possibilidade do trabalhador poder escolher que horas e que dias pretende trabalhar.

A tese de ausência de subordinação em razão de o trabalhador sob demanda poder escolher quais os dias e horas que pretende trabalhar não tem fundamento porque a subordinação, caracterizadora do vínculo empregatício, está presente em contratos de trabalho onde é dada ao trabalhador a possibilidade de recusa de oferta de trabalho, como se depreende do artigo 452-A, parágrafo 3º da CLT: **A recusa da oferta não descaracteriza a subordinação para fins do contrato de trabalho intermitente.** (grifos nossos).

Para que o tema não seja tratado na mídia de forma tão rarefeita deveria, no mínimo, ser abordada a análise do termo de uso e privacidade das plataformas de aplicativos, pois lá se encontram as cláusulas contratuais indicadoras da autonomia ou subordinação.

Assim, as divulgações apresentadas na grande mídia se divorciam da realidade ao não enfrentarem os diversos conteúdos componentes do tema que abordam.

Nos casos em que não há marcadores definitivos de autonomia e subordinação para enquadramento da relação empregatícia entre trabalhadores sob demanda e as empresas de aplicativos, pode-se estabelecer um paralelo entre os trabalhadores de aplicativos (trabalho sob demanda) e os trabalhadores portuários avulsos, posto que embora não sejam reconhecidos como empregados, em razão do poder de hétero-organização unilateral da prestação de seus trabalhos pelos Órgãos Gestores de Mão-de-Obra - OGMO's, possuem direitos trabalhistas iguais aos dos trabalhadores empregados desde o advento da Constituição de 1988, nos termos do artigo 7º, XXXIV da CRFB.

Ora, as empresas de aplicativos para abrirem novos mercados em países distintos de sua sede e atuarem em redes globais necessitam de completa desregulamentação das relações trabalhistas para maior mobilidade, redução de custos e aumento de lucros. É inegável a contribuição da tecnologia para o desenvolvimento econômico, mas não se pode ignorar os seres humanos, a natureza e um futuro melhor para a humanidade.

1 INFORMAÇÃO GLOBALIZADA E DISTORCIDA DE REALIDADE

Os veículos de comunicação nos dão conta de que os prestadores de serviços intermediados por plataformas de aplicativos assim atuam de modo autônomo. Ora, as informações do que realmente acontece não se extraem exclusivamente de interação entre

peçoas, mas sim do que é veiculado na grande mídia, que detém o monopólio das informações, e por vezes publicam matérias patrocinadas, inclusive pelas empresas de aplicativos que fomentam a autonomia dos trabalhadores sob demanda. As informações disponíveis estão centralizadas em um número limitado de empresas jornalísticas, sejam televisivas, escritas ou veiculadas nas plataformas digitais. Assim, as informações são interpretadas pela grande mídia de forma interessada, como afirma Santos:

Uma dessas fábulas é a tão repetida ideia de aldeia global (Octávio Ianni, Teorias da Globalização, 1996). O fato de que a comunicação se tornou possível à escala do planeta, deixando saber instantaneamente o que se passa em qualquer lugar, permitiu que fosse cunhada essa expressão, quando, na verdade, ao contrário do que se dá nas verdadeiras aldeias, é frequentemente mais fácil comunicar com quem está longe do que com o vizinho. Quando essa comunicação se faz, na realidade, ela se dá com intermediação de objetos. **A informação sobre o que acontece não vem da interação entre pessoas, mas do que é veiculado pela mídia, uma interpretação interessada, senão interesseira, dos fatos** (SANTOS, 2020, p.44-41). (grifos nossos)

(...)

A informação é centralizada nas mãos de um número extremamente limitado de firmas. Hoje, o essencial do que no mundo se lê, tanto em jornais como em livros, é produzido a partir de meia dúzia de empresas que, na realidade, não transmitem novidades, mas as reescrevem de maneira específica. A pesar de as condições técnicas da informação permitirem que toda a humanidade conheça tudo o que o mundo é, acabamos na realidade por não sabê-lo, por causa dessa intermediação deformante (SANTOS, 2020, p.66).

Em razão da tirania da informação veiculada na grande mídia, acabamos por repetir o discurso da autonomia dos prestadores de serviços através de plataforma de aplicativos sem analisarmos com profundidade os elementos que envolvem o contrato entre os prestadores de serviços e as empresas de aplicativos.

Como as informações sobre os prestadores de serviços de plataformas digitais são coletadas ou selecionadas através de pessoas jurídicas com interesses corporativos, a mídia perde totalmente o domínio da cena informativa, vez que a imprensa passa a ser uma expectadora externa dos fatos. O que leva a uma interpretação interessada ou interesseira dos fatos.

Juridicamente a interpretação quanto à natureza jurídica dos trabalhadores sob demanda deve se pautar em dois pontos centrais: há a possibilidade de subordinação dos trabalhadores sob demanda através de algoritmos? Os termos de uso e privacidade das empresas de aplicativo apresentam cláusulas onde se denotam elementos caracterizadores de vínculo de emprego?

A resposta ao primeiro questionamento é positiva, visto que o legislador no parágrafo único do artigo 6º da CLT, acrescentado pelo Projeto de Lei 3.129/2004, transformado na Lei 12.551/2011, prevê a subordinação de trabalhadores através de controle e supervisão por meios

telemáticos e informatizados. Em sendo assim, cabe verificar se as empresas de aplicativos exercem esses controles.

Da análise, por exemplo, do termo de uso e privacidade da Uber percebemos diversas cláusulas onde a empresa exerce poder de comando dos trabalhadores sob demanda. Como, por exemplo, em sua cláusula nona está claro que é a empresa que estabelece o valor da viagem ou o preço da entrega dos pedidos da Uber Eat. Ora, tal cláusula denota a ingerência da empresa de aplicativo sobre o trabalho do trabalhador sob demanda.

Já no item III D 9.3 encontramos regra de avaliação e desativação dos ditos motoristas parceiros, em caso de avaliação baixa. Trata-se de poder compatível com o poder de empregador.

Os motoristas não têm o poder de cancelar viagens de passageiros em razão de a Uber aplicar sanções àqueles que apresentam cancelamento de corridas de forma rotineira. Outro fator que nos chama a atenção é o teor da cláusula 5.1 do termo e condições gerais dos serviços de intermediação digital da Uber onde é imposto ao trabalhador sob demanda a personalidade na prestação de serviço, já que a referida cláusula afirma que a concessão de licenciamento é intransferível, sublicenciável, não permitindo ao trabalhador emprestar o seu veículo para que terceiros prestem o serviço de transporte individual.

Da análise do Termo e Condições Gerais dos Serviços de Intermediação Digital, percebe-se que a cláusula 13.3 é antagônica às argumentações veiculadas no processo nº 0101036-14-2017.5.01.0042, já referenciado:

O(A) Cliente reconhece expressamente e consente que ao formular as condições deste Contrato intenciona **prestar Serviços de Transporte de forma rotineira** e, desta forma, a Uber considerará o(a) cliente e seus (suas) motoristas como sujeitos passivos, se assim previstos na lei tributária aplicável.

Ora, o transporte de passageiros é uma atividade do cotidiano, rotineira. Logo, se há rotina há habitualidade, o que se aproxima, mais uma vez, do contrato de trabalho com vínculo empregatício, já que, como afirmado pela própria empresa investigada, a UBER se remunera pelas atividades rotineiras dos “motoristas parceiros”.

Slee afirma que os motoristas são obrigados a aceitar 90% das corridas sob pena de serem notificados:

Os motoristas, como já dissemos, devem aceitar 90% dos pedidos, ou recebem uma notificação: “por favor, melhore sua taxa de aceitação se quiser continuar a usar a plataforma da Uber” (SLEE, 2019, p.143)

[...] Se a classificação do motorista cai levemente – abaixo de 4,7 em muitas cidades – ele pode ser “desativado” ou chutado para fora da plataforma. (SLEE, 2019, p.145)

Ademais, ainda que a prestação do trabalhador fosse intermitente, essa situação não descaracterizaria o vínculo de emprego porque a previsão do artigo 452-A da CLT afigura o trabalho intermitente sem prejuízo do vínculo empregatício em seu parágrafo 3º. Há uma proximidade entre o trabalho sob demanda e o trabalho intermitente na visão de Barbosa Jr:

Noutra linha, Braghini percebe uma aproximação entre o Contrato de Trabalho Intermitente e o desenvolvido na *gig economy*, especialmente porque não há uma regularidade da prestação de serviços, com pagamento direto por horas de trabalho executados em períodos diferentes do ano, sem qualquer obrigação de continuidade na atividade laboral. (BARBOSA JR, 2019, p.53)

Não há dúvida que o capitalismo passa por uma profunda transformação em razão do avanço tecnológico e isso gera maior flexibilidade nas relações entre empregado e empregador, mas não afasta a subordinação quando há comando pelo empregador através de algoritmos. Tal fato não passou despercebido por Castells:

O próprio capitalismo passa por um processo de profunda reestruturação caracterizado por maior flexibilidade de gerenciamento; descentralização das empresas e sua organização em redes tanto internamente quanto em suas relações com outras empresas. (CASTELLS, 2002, p.39)

Assim, a mudança nas relações laborais ocorre apenas de forma instrumental, ou seja, criou-se um novo modelo de subordinação e não uma mudança na atividade laborativa subordinada. Nesse passo, Pitassi nos informa:

[...] as novas regras das estratégias de negócio fundamentadas na velocidade, na digitalização, na conectividade, no acesso universal à informação, no fim das hierarquias e no marketing reverso, servirão como instrumentos para aumentar a competitividade das organizações, jamais para mudar os paradigmas da sociedade em que se inserem. São, portanto, mudanças adaptativas, que visam à manutenção do status quo, ainda eu venham embaladas por um discurso pseudo-revolucionário e repleto de clichês cibernéticos. (PITASSI; LEITÃO, 2002, p.80)

Sundararajan estabelece critérios para identificarmos se o trabalhador sob demanda é autônomo ou empregado. Afirma o autor que em sendo empregado a empresa de aplicativo deve: fornecer as ferramentas de trabalho; aplicar medidas disciplinares; restringir a liberdade dos motoristas de angariar seus clientes e definir preços dos seus próprios serviços. Tais características configuradoras de emprego assim são questionadas pelo autor:

[...] Em quarto lugar, o trabalhador pode receber medidas disciplinares? Prestadores de serviço podem ter seus contratos rescindidos, mas não podem receber medidas disciplinares, como empregados.

Em quinto lugar, o trabalhador tem a liberdade de angariar novos clientes e definir seus próprios preços? Prestadores de serviço podem angariar novos clientes, enquanto empregados não podem – ou não devem – fazer isso, na maior parte das vezes [.....]. (SUNDARARAJAN, 2018, 257-258)

Atrás da tela de um *smartphone* ou de um computador há uma massa de trabalhadores empregados que são constantemente vigiados e controlados, como se extrai dos termos de uso das empresas de aplicativo e do posicionamento de Scholz:

Há uma massa de corpos sem um nome, escondida por trás da tela, exposta à vigilância no ambiente de trabalho, espoliação da multidão, roubo de salários e software proprietários. Como alertado pelo ativista do software livre Micky Metts: “Ao construir plataformas, você não pode construir liberdade com base na escravidão de outrem”. (SHOLZ, 2016, p.24).

As decisões judiciais que negam o vínculo de emprego entre os trabalhadores de aplicativos e as empresas de aplicativos analisam o tema no campo físico e não no virtual e julgam com base exclusivamente na prova oral (depoimento testemunhal e pessoal), contrariando os argumentos supramencionados, como se observa da ementa abaixo:

RELAÇÃO DE EMPREGO. RECONHECIMENTO DE VÍNCULO. TRABALHADOR AUTÔNOMO. MOTORISTA. APLICATIVO. UBER. IMPOSSIBILIDADE. TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA RECONHECIDA. NÃO PROVIMENTO. I. Discute-se a possibilidade de reconhecimento de vínculo de emprego entre motorista profissional que desenvolve suas atividades com utilização do aplicativo de tecnologia “Uber” e a sua criadora, Uber do Brasil Tecnologia Ltda. II. Pelo prisma da transcendência, trata-se de questão jurídica nova, uma vez que se refere à interpretação da legislação trabalhista (arts. 2º, 3º, e 6º, da CLT), sob enfoque em relação ao qual ainda não há jurisprudência consolidada no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho ou em decisão de efeito vinculante no Supremo Tribunal Federal. Logo, reconhece-se a transcendência jurídica da causa (art. 896-A, § 1º, IV, da CLT). III. Na hipótese, o Tribunal Regional manteve, pelos próprios fundamentos, a sentença em que se reconheceu a condição de trabalhador autônomo do Reclamante. No particular, houve reconhecimento na instância ordinária de que o Reclamante ostentava ampla autonomia na prestação de serviços, sendo dele o ônus da atividade econômica. **Registrou-se, ainda, a ausência de subordinação do trabalhador para com a Reclamada, visto que “o autor não estava sujeito ao poder diretivo, fiscalizador e punitivo da ré”.** Tais premissas são insusceptíveis de revisão ou alteração nessa instância extraordinária, conforme entendimento consagrado na Súmula nº 126 do TST. IV. A relação de emprego definida pela CLT (1943) tem como padrão a relação clássica de trabalho industrial, comercial e de serviços. As novas formas de trabalho devem ser reguladas por lei própria e, enquanto o legislador não a edita, não pode o julgador aplicar indiscriminadamente o padrão da relação de emprego. O contrato regido pela CLT exige a convergência de quatro elementos configuradores: pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e subordinação jurídica. Esta decorre do poder hierárquico da empresa e se desdobra nos poderes diretivo, fiscalizador, regulamentar e disciplinar (punitivo). O enquadramento da relação estabelecida entre o motorista de aplicativo e a respectiva plataforma deve se dar com aquela prevista no ordenamento jurídico com maior afinidade, como é o caso da definida pela Lei nº 11.442/2007, do transportador autônomo, assim configurado aquele que é proprietário do veículo e tem relação de natureza comercial. O STF já declarou constitucional tal enquadramento jurídico de trabalho autônomo (ADC 48, Rel. Min. Roberto Barroso, DJE nº 123, de 18/05/2020), a evidenciar a possibilidade de que nem todo o trabalho pessoal e oneroso deve ser regido pela CLT. V. O trabalho pela plataforma tecnológica – e não para ela -, não atende aos critérios definidos nos artigos 2º e 3º da CLT, **pois o usuário-motorista pode dispor livremente quando e se disponibilizará seu serviço de transporte para os usuários-clientes, sem qualquer exigência de trabalho mínimo, de número mínimo de viagens por período, de faturamento mínimo, sem qualquer fiscalização ou punição por esta decisão do motorista,** como constou das premissas fáticas incorporadas pelo acórdão Regional, ao manter a sentença de primeiro grau por seus próprios fundamentos, em procedimento sumaríssimo. VI. Sob esse enfoque, fixa-se o seguinte entendimento: o trabalho prestado com a utilização de plataforma tecnológica de gestão de oferta de motoristas-usuários e demanda de clientes-usuários, não se dá para a plataforma e não atende aos elementos configuradores da relação de emprego previstos nos artigos 2º e 3º da CLT, inexistindo, por isso, relação de emprego entre o motorista profissional e a desenvolvedora do aplicativo, o que não

acarreta violação do disposto no art. 1º, III e IV, da Constituição Federal. VII. Agravo de instrumento de que se conhece e a que se nega provimento (PROCESSO Nº TST-AIRR-10575-88.2019.5.03.0003, 4ª turma, relator; Ministro Alexandre Luiz Ramos). (grifos nossos)

As decisões desprezam o meio ambiente de trabalho virtual onde são realizados os comandos das empresas de aplicativo através de algoritmos, que correspondem ao regramento de comando a distância, normatizado nos precisos termos do artigo 6º, parágrafo único da CLT, com o seguinte teor: os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.

Até mesmo a prova documental é desprezada no momento do julgado, como se averigua no item III da ementa supramencionada: **registrou-se, ainda, a ausência de subordinação do trabalhador para com a Reclamada, visto que “o autor não estava sujeito ao poder diretivo, fiscalizador e punitivo da ré”**. (grifos nossos)

Ora, dados sugestivos de fiscalização extraem-se da seguinte passagem do termo de uso e privacidade:

Dados de outras fontes. Isso inclui:

- **Feedback do usuário, como avaliações, comentários ou elogios** (item III.A.3.1 do termo de privacidade). (grifos nossos)
- **Usuários** ou outras pessoas que fornecem **dados relativos a reclamações** ou contestações (item III.A.3.2 do termo de privacidade). (grifos nossos)
- **Fornecedores** que nos ajudam a **confirmar a identidade dos usuários**, informações de **antecedentes e qualificação** para a parceria, para fins de regulamentação e segurança (item III.A.3.7 do termo de privacidade). (grifos nossos)
- **Determinar avaliações de motoristas parceiros e parceiros** de entregas e **desativar motoristas parceiros**, passageiros e parceiros de entregas **com avaliação baixa**. Para mais informações sobre o processo de determinação e uso das avaliações, clique aqui para avaliações de passageiros, aqui para avaliações de motoristas parceiros e aqui para avaliações de parceiros de entregas. Para mais informações, consulte também a seção “Visualização de avaliações” abaixo (item III.B.9.3. (grifos nossos)
- **Desativar usuários** que foram identificados como envolvidos em fraudes ou atividades que possam prejudicar a Uber, seus usuários ou outras pessoas. Em alguns casos, como quando determinarmos que um usuário está abusando do programa de indicação da Uber, esse comportamento pode resultar em desativação automática (item III.B.9.4). (grifos nossos)

O que se pode interpretar destas regras do termo de uso e privacidade é que a Uber terceiriza as avaliações dos “motoristas parceiros” para os usuários do aplicativo; recebe reclamações dos usuários de eventuais falhas dos motoristas na prestação de serviços, e obtém dos fornecedores informações de antecedentes e qualificações de seus “parceiros”. Trata-se de autêntico poder fiscalizatório.

Como inserido no próprio termo de uso e privacidade, a avaliação do motorista (dados de entrada) tem como finalidade, se insatisfatória, a sua desativação da plataforma, o que equivale à demissão no Direito do Trabalho.

Como nos ensina Magalhães e Vieira (2020, p.37-51), não se pode perder de vista que o computador não substitui o ser humano porque nada sabe, até que seja programado para isso. As informações que os algoritmos produzem são deduções lógicas de premissas e instruções de programas determinados pela empresa de aplicativo. Logo, quem pensa é o ser humano por “trás” do computador. No caso aqui investigado, quem pensa e dá as ordens de comando aos trabalhadores sob demanda é a empresa de aplicativo, através de aparatos tecnológicos.

Armstrong (2019, p. s/n) nos traz, como exemplo de inovação disruptiva, a empresa de serviços de transportes Uber que, apesar de ter desalojado vários serviços de táxi enraizados mundo afora, não criou nada novo, apenas rompeu com as práticas de um sistema existente. De fato, a empresa investigada nada criou na forma subordinada dos trabalhos prestados pelos “motoristas parceiros”, apenas rompeu com a prática da subordinação física para subordinação virtual e essa alteração de instrumento de comando ainda não passou pela percepção do Poder Judiciário nem da grande mídia.

2 ANÁLISE DO TERMO DE USO E PRIVACIDADE DAS PLATAFORMAS DE APLICATIVOS E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

Neste tópico vamos nos debruçar sobre o termo de uso das plataformas de aplicativos, a fim de observar se há centralização e controle das atividades dos prestadores de serviços e se, na hipótese de eventuais controles das atividades, há caracterização de vínculo de emprego.

Vejam os termos de uso da empresa de aplicativo 99 TECNOLOGIA LTDA prevê sanções aos motoristas incompatíveis com a figura do trabalhador autônomo. E para tanto, analisaremos a cláusula 8.1 que tem a seguinte dicção:

8.1. O Motorista Parceiro concorda que a 99, à sua livre discrição, poderá aplicar multa, suspender ou cancelar sua utilização do Serviço, incluindo, mas não se limitando: (i) por descumprimentos e/ou violação destes Termos; (ii) pelo resultado de sua avaliação pelos Passageiros e pela análise de sua taxa de cancelamento e outros critérios, nos termos da Cláusula 6, acima; (iii) em função de ordem judicial ou requisição legal de autoridade pública competente; (iv) por requisição do próprio Motorista Parceiro; (v) por desativação ou modificação do Serviço (ou de qualquer de suas partes); (vi) por caso fortuito, força maior e/ou questões de segurança; (vii) por inatividade da conta por um longo período de tempo; (viii) pela suposta prática de qualquer infração de trânsito, atividade fraudulenta ou ilegal por parte do Motorista Parceiro, a critério da 99; (ix) pelo uso inadequado ou abusivo do Aplicativo, incluindo a utilização por terceiros ou transferência de sua Conta, a realização de corrida com veículo distinto do cadastrado no Aplicativo, utilização de quaisquer aplicativos ou programas que visem a alterar a informação da localização geográfica do Motorista Parceiro para manipular o Aplicativo, e outras hipóteses de uso indevido

ou abusivo do Aplicativo, a critério da 99; e/ou (x) por inadimplemento por parte do Motorista Parceiro de quaisquer obrigações, valores, pagamentos devidos em razão do Serviço, quando aplicável. (Disponível em <https://99app.com/legal/termos/motorista/>).

O que se extrai da cláusula supramencionada é que a empresa de aplicativo 99 TECNOLOGIA LTDA. pode livremente, por exemplo, em razão de má avaliação ou taxa de cancelamento de corrida, impor multa, desativar o motorista do uso do aplicativo ou suspendê-lo por um lapso de tempo.

Ora, a imposição de multa, a desativação do aplicativo ou a suspensão de motoristas não se coadunam com o qualificativo de motoristas autônomos. Longe da autonomia propagada nos veículos de comunicação, tais condutas da empresa de aplicativo se assemelham aos instrumentos disciplinadores do empregado registrado na CLT.

É sabido que a suspensão prevista no item 8.1 tem caráter disciplinar com o fim específico de resgatar o comportamento do motorista, conforme as exigências da empresa, tal qual a suspensão prevista no artigo 474 da CLT.

Outra inverdade divulgada pelas empresas de aplicativos é a afirmativa de que os motoristas trabalham quando querem. Como já demonstrado, a cláusula 8.1 permite a condenação em multa, desativação do aplicativo ou suspensão do motorista em caso de não acesso ou acesso limitado ao aplicativo. Logo, está demonstrado que há exigência, por parte das empresas, de que os motoristas têm de trabalhar por períodos longos, conforme estabelecido pela cláusula 8.1, item VII do Termo de Uso da empresa de aplicativo 99 TECNOLOGIA LTDA. e pelo artigo 13.3 do Termo e Condições Gerais dos Serviços de Intermediação Digital da UBER DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA, respectivamente:

Cláusula 8.1

O Motorista Parceiro concorda que a 99, à sua livre discricção, poderá aplicar multa, suspender ou cancelar sua utilização do Serviço, [...]

Item VII: por inatividade da conta por um longo período de tempo;
(Disponível em: <<https://99app.com/legal/termos/motorista/>>)

Artigo 13.3

O(A) Cliente reconhece expressamente e consente que ao formular as condições deste Contrato intenciona **prestar Serviços de Transporte de forma rotineira** e, desta forma, a Uber considerará o(a) cliente e seus (suas) motoristas como sujeitos passivos, se assim previstos na lei tributária aplicável. (grifos do autor)

(Disponível em: <<https://www.uber.com/legal/pt-br/document/?name=privacy-notice&country=brazil&lang=pt-br>>)

Onde está a autonomia do motorista para laborar a hora que bem entender? Exige-se, sim, uma jornada de trabalho sob pena de severas sanções, incluindo a desativação do motorista, o que equivale à demissão registrada na CLT.

Da análise do Termo de Uso e Privacidade da UBER DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA. verificamos, como acontece nas demais empresas de aplicativo, que é ela que determina o valor das corridas de passageiros através de decisão automatizada, como se depreende do item 09 abaixo do termo em comento:

9. Decisões automatizadas

Ativar o preço dinâmico, no qual o valor de uma viagem ou preço de entrega dos pedidos do Uber Eats é determinado segundo fatores que estão sempre mudando, como o tempo estimado e a distância, o trajeto previsto, o tráfego estimado e o número de passageiros e motoristas que utilizam a Uber em um dado momento (item III.B.9.1). (Disponível em: <<https://www.uber.com/legal/pt-br/document/?name=privacy-notice&country=brazil&lang=pt-br>>)

O texto supramencionado deixa claríssimo que é a UBER que decide, sempre através de algoritmos, qual o preço da tarifa a ser cobrada aos “clientes dos motoristas parceiros”. Indaga-se: se os clientes são dos motoristas e não das empresas de plataforma, como se explica a UBER administrar os preços das tarifas das viagens dos passageiros? A resposta é óbvia: porque ela é a dona do negócio e não os motoristas. Sendo assim, não há que se falar em autonomia.

O que se observa é que todas as empresas de aplicativo têm critérios permanentes de avaliação dos ditos trabalhadores autônomos. E ainda que as empresas terceirizem aos usuários essas avaliações, que servem como regra de rescisão contratual de forma unilateral, como está claro na cláusula 5ª do Termo de Uso e Condições Gerais para condutores da CABIFY AGÊNCIA DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE DE PASSAGEIROS LTDA. abaixo descrita:

Cláusula Quinta – Das avaliações pelos Passageiros

5.1 O **Condutor** poderá ser avaliado pelos **Passageiros** após a prestação dos **Serviços de Motorista** relativamente à qualidade dos serviços prestados, após cada uma das corridas realizadas.

5.1.1. Referida avaliação será facultada aos **Passageiros** após o término da corrida solicitada e será realizada de acordo com critérios subjetivos dos mesmos, classificando a qualidade do serviço prestado em escala de 1 (um) a 5 (cinco), sendo 1 (um) a pior qualidade e 5 (cinco) a melhor qualidade, podendo, ainda, segmentar por parâmetros pré estabelecidos pela Cabify relativamente a quesitos de conduta, técnica, cordialidade entre outros, além de um campo para livre preenchimento.

5.1.2. A **Cabify**, a seu exclusivo critério, visando à melhora constante da qualidade dos serviços agenciados, poderá, com base nas avaliações dos **Passageiros**, excluir o Condutor de sua base de cadastro, rescindindo o presente **Termo**. (grifos do autor)
(Disponível em: https://assets.cabify.com/app/driver/terms/br/T%26C_CabifyBrazil_2017.pdf):

Avaliação direta e específica após cada uma das corridas realizadas (5.1), critérios de avaliação fixados pela empresa de aplicativo (5.1.1) e rescisão unilateral com base em avaliações constantes e diárias por critérios estabelecidos pela empresa (5.1.2) caracterizam a

figura do empregador. Isso porque à luz do artigo 2º da CLT há direção e controle da prestação pessoal do trabalho executado pelo dito trabalhador autônomo.

Contrariando os regramentos de trabalho autônomo a empresa de aplicativo LALAMOVE TECNOLOGIA (BRASIL) LTDA. estabelece prazo de entrega cronometrado e ordem de entrega de mercadorias, como se extrai dos itens abaixo mencionados do seu termo de uso.

1. INTERPRETAÇÃO

g. “Entrega Cronometrada” significa uma Entrega que precisa ser realizada dentro do período de tempo indicado na Plataforma;

4. Da operação da Plataforma

4.1. A Lalamove oferece, por meio da Plataforma, um serviço de intermediação de Entregas e fretes de Cargas. As regras que regem os principais passos para a utilização da Plataforma serão as seguintes:

v. **É possível que um só Pedido implique Entregas em múltiplos destinos?** Sim e caso a Plataforma indique que uma Entrega tem múltiplos Destinos, **AO ACEITAR VOCÊ ENTENDE E CONCORDA QUE DEVERÁ REALIZAR, NO MESMO DIA E SEGUINDO AS INSTRUÇÕES DO CLIENTE, AS ENTREGAS EM TODOS OS DESTINOS INDICADOS, NA ORDEM ESTABELECIDADA PELA LALAMOVE E/OU CLIENTE E DISPONIBILIZADA A VOCÊ NA PLATAFORMA.** (grifos do autor) (Disponível em: <https://www.lalamove.com/brasil/termos-e-condicoes>).

Mais uma vez, a conduta da empresa de aplicativo que determina ao “suposto autônomo” a entrega de mercadoria cronometrada e em ordem de destino estabelecida fere frontalmente a autonomia do prestador de serviço. E se assemelha à direção na prestação de serviço do empregado configurada no artigo 2º da CLT:

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e **dirige a prestação pessoal de serviço.** (grifos nossos)

De todos os casos até aqui analisados o que mais causa espanto é o do **Tribunal do Consumidor Tecnologia e Recuperação de Créditos Ltda.** que licencia sua plataforma para advogados atuarem como conciliadores extrajudiciais.

Em seu contrato de licenciamento de software percebe-se que é a própria empresa que: fixa o horário de trabalho em dias uteis das 08h:00min às 18h:00min e aos sábados das 08h:00min às 12h:00min (clausula 6.10.2.2), podendo se estender em até 15 minutos após o prazo regulamentar, isso em todos os dias (6.10.2.5), bem como a forma de vestimenta para atender clientes (6.10.3.1); condiciona a apresentação da carteira da OAB para utilização da plataforma (13.1) e promove a avaliação dos conciliadores para fins de rescisão contratual e expedição de advertências (15).

Abaixo, eis as cláusulas retromencionadas para conferência devido à semelhança destas com as regras de um contrato de trabalho com o vínculo empregatício estabelecidas na CLT:

6.10.2.2 - O CONCILIADOR deverá obedecer a horários entre segunda a sexta-feira, de 08:00hs às 18:00hs, e aos sábados, de 08:00hs às 12:00hs

6.10.2.5 - Será disponibilizado um período de 15 (quinze) minutos de tolerância ao CONCILIADOR EXTRAJUDICIAL para encerrar o último atendimento, devendo este comunicar ao CONSUMIDOR o horário e regra de funcionamento.

6.10.3.1 - A reunião será em tom formal, devendo o CONCILIADOR EXTRAJUDICIAL, mesmo que a distância, estar trajado com roupas que respeitem o padrão normal jurídico do país. Além disso, o CONCILIADOR deve realizar atendimento pautado em ética, respeito, sigilo, conhecimento e cordialidade.

13.1 - Para utilizar a PLATAFORMA e se conectar com EMPRESA e CONSUMIDOR, o CONCILIADOR EXTRAJUDICIAL deverá efetuar seu cadastro junto ao TDC na referida categoria, apresentando ao TDC as seguintes informações e documentos válidos:

- Carteira Nacional de Habilitação (CNH) na categoria apropriada;
- Cédula de identidade RG;
- Cadastro de Pessoa Física (CPF);
- Foto de identificação;
- Número de telefone e/ ou celular (preferencialmente, com acesso ao aplicativo WathsApp);
- Comprovante de residência válido e com no máximo 06 (seis) meses;
- Carteira da OAB – Ordem dos Advogados do Brasil, caso seja advogado;
- Declaração de matrícula ou de diploma emitido por Instituição de Ensino regularmente cadastrada pelo MEC em curso de nível médio ou superior;
- Quaisquer documentos adicionais que o TDC julgar necessários para realizar o cadastro.

[....]

15. DA AVALIAÇÃO DOS CONCILIADORES JURÍDICOS E DA MANUTENÇÃO DO PADRÃO DE QUALIDADE TDC

15.1. A PLATAFORMA permite que EMPRESAS e CONSUMIDORES avaliem o serviço de atendimento e negociação individual prestado pelo CONCILIADOR EXTRAJUDICIAL. Essa avaliação é facultativa para o cliente, e consiste na atribuição de uma nota de 1 (um) a 5 (cinco) para o atendimento e negociação do CONCILIADOR EXTRAJUDICIAL. Adicionalmente à avaliação feita pelos usuários, o TDC poderá avaliar o CONCILIADOR EXTRAJUDICIAL de acordo com a sua atuação, inclusive no que tange ao disposto na cláusula 5.7 acima.

15.1.1. Na avaliação do atendimento do CONCILIADOR EXTRAJUDICIAL, o cliente é livre para considerar a gentileza, a presteza, a eficiência e a clareza na transmissão das informações, bem como demais critérios que indiquem a qualidade do atendimento. (Disponível em: <https://www.tribunaldoconsumidor.com.br/Termos.pdf>).

Embora tais cláusulas contratuais denotem cabalmente um contrato de trabalho com vínculo empregatícios, na cláusula 8.1 a referida empresa nega o vínculo empregatício, asseverando que:

8. DA INEXISTÊNCIA DE VÍNCULOS ENTRE O TDC E O CONCILIADOR EXTRAJUDICIAL

8.1 O CONCILIADOR EXTRAJUDICIAL reconhece que estes TERMOS DE USO e o seu cadastro junto ao TDC **não estabelecem qualquer tipo de vínculo** societário, associativo, cooperativo, **empregatício** ou econômico entre as partes, direta ou indiretamente (grifos nossos).

O caso supramencionado configura típico contrato de trabalho com vínculo empregatício na modalidade de teletrabalho, nos moldes do artigo 75-B da CLT, a saber:

Art. 75-B. Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo.

Assim, a subordinação cara a cara deixou de ocupar posição hegemônica e passou a conviver com novas lógicas de organização da força de trabalho, que adotam instrumentos distintos de controle e gestão do labor humano. Nesse passo, não obstante as divergências apontadas colhe-se o ensinamento de Romita (1979, p.s/n): o tradicional critério subjetivista e personalista, que considera a subordinação pelo prisma da direção e fiscalização, do poder de mando e dever de obediência mostra-se, hoje em dia, insuficiente.

Impende observar que a etimologia da palavra subordinação advém dos termos sujeição e submissão, e se refere ao submetimento às ordens de outro. Um trabalhador de aplicativo (trabalho sob demanda) pode ser submetido ao seu empregador através de ordens diretas ou via remota, como no caso das empresas acima.

Quando os trabalhadores de aplicativos (trabalhadores sob demanda) recebem ordens à distância de seu empregador, não há que se falar em descaracterização da subordinação jurídica. A plataforma (algoritmos) é apenas o instrumento utilizado ou meio de comunicação para concessão das ordens e dos respectivos acatamentos, logo, pode-se perfeitamente caracterizar o vínculo de emprego.

Carelli afirma que o algoritmo nada mais é do que o meio de comando, controle e supervisão do trabalhador empregado através de comandos telemáticos e informatizados:

São trabalhadores pobres, sem nenhum poder de escolha, que cumprem longas jornadas em todos os dias da semana. Isso tudo é determinado pelo **algoritmo, que nada mais é do que o meio telemático e informatizado de comando, controle e supervisão que nos fala o parágrafo único do art. 6º da Consolidação das Leis do Trabalho.** (CARELLI, 2020, p.140) (grifos nossos)

Esse dispositivo legal equipara esse tipo de controle à subordinação direta para caracterizar a condição de empregado. São trabalhadores controlados via aplicativo, que faz as vezes de chefe, ou melhor, nada mais é do que a voz eletrônica do empregador. Aliás, a sentença, em sua idealização, não citou esse dispositivo legal, como também não o fizeram todas as decisões judiciais que negaram o vínculo empregatício de trabalhadores de plataforma. (CARELLI, 2020, p.141) (grifos nossos)

A Tecnologia da Informação transformou a figura do gerente em algoritmo ou gerência por algoritmo. Há relação direta entre o desenvolvimento de tecnologia e formas de

controle de trabalhadores sob demanda (JANSEN; MAEHLER, 2016, p. 135-152). O controle do trabalhador por gerente está gradativamente sendo substituído por algoritmos, ambos guardam entre si a mesmas características: os velhos elementos de sujeição/subordinação (REIS; CORASSA, 2017, p. 158).

O controle rígido e incisivo sobre o horário e frequência de trabalho quando realizado de forma presencial acaba por ceder espaço a formatos mais flexíveis de jornada, sem que fique prejudicado o requisito da subordinação, conforme ementa do seguinte julgado do TRT-3:

CONTRATO DE EMPREGO - PRESSUPOSTOS FÁTICOS - NÃO EVENTUALIDADE E SUBORDINAÇÃO - Os fios com os quais se tece o contrato de emprego continuam sendo os mesmos de mais de meio século: pessoa física, personalidade, não eventualidade, subordinação e salário. No entanto, o molde sobre os quais são derramados os fatos sociais para fins de sua tipificação sofre erosões com o passar do tempo, que tudo modifica, tudo consome, menos a si próprio, já que, como se diz, o tempo não se mede com, nem pelo tempo, mas com e pelo homem, que em sua existência terrestre é efêmero. Logo, o velho artigo 3º da CLT, precisa ser lido e interpretado em contraste com a empresa pós-moderna, que sempre foi e continuará sendo a entidade organizadora e utilizadora da mão de obra de terceiros, dentro e fora do seu ambiente natural de produção, e sem cujo concurso não atinge os seus fins. **A não eventualidade e a subordinação aproximam seus conceitos, em idêntica força e na exata medida em que a empresa se despessoaliza, se volatiliza, se enxuga, se horizontaliza, na busca de maior agilidade e mais lucro. Por outras palavras, quanto mais a empresa desloca o seu eixo de produção, interna ou externamente, mais e mais a não eventualidade e a subordinação jurídica caminham em direção a um critério objetivo e não subjetivo para a sua caracterização.** Novos e modernos métodos de administração e gestão empresarial desafiam atuais e contemporâneas técnicas de interpretação dos fatos sociais, sem os quais o Direito é vazio de significado. Por conseguinte, **a análise da não eventualidade e da subordinação não se esgota na esfera do subjetivismo empresarial, em rígida estrutura de níveis hierárquicos própria da era industrial, mas no objetivismo da empresa de uma era denominada de informacional. O tempo realizou nítida e silenciosa passagem da intersubjetividade para a interobjetividade das relações empregatícias, avaliadas, definidas e conceituadas com base na inserção do prestador de serviços na engrenagem, na cadeia do ciclo produtivo nuclear da empresa. Em suma, fragmenta-se o tempo, dilui-se o controle, afrouxa-se, abrandando-se o cinturão da submissão pessoal, mas continua a exigir-se o mesmo ou maior ritmo frenético de resultados, que, em última análise, é o que interessa ao Direito do Trabalho** (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (3. Região). Primeira Turma. Recurso Ordinário n. 0010535 07.2017.5.03.0091. Relator: dez. Luiz Otavio Linhares Renault. Data de disponibilização: 16 ago. 2018. (grifos nossos)

Nesse passo, diante da equiparação da subordinação pessoal realizada através de controle telemático e informatizado de comando previsto no artigo 6º, parágrafo único, é factível a subordinação através de algoritmo.

3 CASO DA ZONA CINZENTA ENTRE TRABALHO E EMPREGO – ISONOMIA AOS TRABALHADORES PORTUÁRIOS AVULSOS

É perfeitamente possível em caso de afastamento de vínculo de emprego quando não há marcadores nítidos de vínculo de emprego, estabelecer um paralelo entre os trabalhadores de aplicativos (trabalho sob demanda) e os trabalhadores portuários.

Nos termos da Lei 12.815/2013, artigo 40, são trabalhadores portuários aqueles que trabalham nos portos e que exercem as funções de estiva, conferência de carga, conserto de carga, bloco e vigilância de embarcações, contratados de forma autônoma ou com vínculo de emprego diretamente com a empresa operadora portuária.

Na modalidade de trabalhador autônomo avulso portuário o seu labor é intermediado pelo Órgão de Gestão da Mão de Obra (OGMO) do trabalho portuário, entidade que atua no setor portuário com funções administrativas, fiscalizadoras e profissionalizantes.

Cabem aos OGMO's o estabelecimento da escala de trabalho dos portuários autônomos avulsos, cadastramento, registro, controle e fiscalização da mão de obra e pelo pagamento dos encargos sociais e previdenciários, treinamento e habilitação da categoria profissional, como se expressa o artigo 41 da Lei 12.815/2013:

Art. 41. O órgão de gestão de mão de obra:

I - organizará e manterá cadastro de trabalhadores portuários habilitados ao desempenho das atividades referidas no § 1º do art. 40; e

II - organizará e manterá o registro dos trabalhadores portuários avulsos.

§ 1º A inscrição no cadastro do trabalhador portuário dependerá exclusivamente de prévia habilitação profissional do trabalhador interessado, mediante treinamento realizado em entidade indicada pelo órgão de gestão de mão de obra.

§ 2º O ingresso no registro do trabalhador portuário avulso depende de prévia seleção e inscrição no cadastro de que trata o inciso I do caput, obedecidas a disponibilidade de vagas e a ordem cronológica de inscrição no cadastro.

§ 3º A inscrição no cadastro e o registro do trabalhador portuário extinguem-se por morte ou cancelamento.

Os trabalhadores portuários avulsos podem trabalhar para diversas operadoras portuárias, intermediados pelo OGMO que, além de intermediar a mão de obra tal quais as plataformas da empresa de aplicativo, têm função fiscalizadora podendo praticar multas, repreensão verbal, suspensão do registro do trabalhador avulso ou cancelamento definitivo, como se depreende do artigo 33 da Lei 12.815/2013:

Art. 33. Compete ao órgão de gestão de mão de obra do trabalho portuário avulso:

I - aplicar, quando couber, normas disciplinares previstas em lei, contrato, convenção ou acordo coletivo de trabalho, no caso de transgressão disciplinar, as seguintes penalidades:

a) repreensão verbal ou por escrito;

b) suspensão do registro pelo período de 10 (dez) a 30 (trinta) dias; ou

c) cancelamento do registro;

Assim, a situação dos trabalhadores de aplicativos (trabalho sob demanda) é similar aos dos trabalhadores portuários avulsos, já que ambos têm seu labor intermediado por terceiros, os portuários avulsos pelo OGMO e os trabalhadores de aplicativos pelas plataformas.

As empresas de aplicativos têm o poder, através de seus termos de uso e privacidade, de aplicar diversas sanções aos trabalhadores cadastrados em suas plataformas, sanções essas similares às descritas no artigo 33 da Lei 12.815/2013. Inclusive, o poder de desativar o trabalhador, o que equivale ao cancelamento do registro do trabalhador portuário avulso descrito na alínea “b” do inciso I da lei supramencionada.

Muito embora os trabalhadores portuários avulsos não mantenham vínculo de emprego com o OGMO ou com os operadores portuários, eles possuem direitos trabalhistas iguais aos dos trabalhadores empregados desde o advento da Constituição de 1988:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
XXXIV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso.

É sabido que os trabalhadores portuários avulsos são trabalhadores sob demanda intermediados pelo OGMO, da mesma forma que os trabalhadores de aplicativos (trabalho sob demanda). Logo, nos casos em que não se percebe uma autêntica figura de empregado há de se aplicar por isonomia o regramento constitucional tipificado no artigo 7º, XXXIV da Constituição Federal.

A isonomia pretendida se dá em razão de que ambas as categorias, trabalhadores portuários avulsos e trabalhadores de aplicativos, se enquadram no requisito de vulnerabilidade caracterizada, entre outros exemplos, pelo fato desses trabalhadores poderem ter suspenso ou cancelado seu registro pelo OGMO ou pela plataforma, de forma unilateral (vide cláusula 8.1 do Termo de Uso da empresa de aplicativo 99 TECNOLOGIA LTDA transcrita no item 03 acima).

O avanço da tecnologia de forma avassaladora propõe questões inovadoras no mundo do trabalho. E, por isso, exige reposta dos juristas que influenciarão o legislador no momento da criação da norma, conferindo-lhe competência técnica para não cometer equívocos ou falsear a realidade fática e jurídica da natureza de cada instituto estudado.

Assim, é necessário um processo investigatório científico robusto com análise de amplos fatores para se chegar a respostas do tema de maior inquietude para o Direito do Trabalho: os trabalhadores de aplicativos são empregados ou autônomos? Da análise dos termos de uso das empresas de aplicativo foi verificado, ainda que por algoritmos, a

subordinação jurídica, a exigência de prestação pessoal e de trabalho de forma rotineira, o comando da empresa precificando o valor do trabalho, a avaliação dos trabalhadores e a desativação dos mesmos em caso de baixa avaliação.

Diante de tais constatações percebe-se que todos os elementos caracterizadores do vínculo empregatício estão presentes nas relações dos trabalhadores com as respectivas empresas de aplicativos realizados através de algoritmos, nos exatos termos do parágrafo único do artigo 6º da CLT.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O controle do trabalhador empregado que antes se realizava através de um superior hierárquico, hoje se realiza através de uma gestão por algoritmos inseridos em um software, ou seja, a subordinação e o controle efetivo dos trabalhadores de aplicativo (sob demanda) se dão através da figura da pessoa jurídica intermediada pela plataforma de aplicativo.

Há necessidade de uma investigação rigorosa e científica para se atestar se os trabalhadores de aplicativos (sob demanda) têm vínculo de subordinação e demais consectários do contrato de emprego. Um estudo rigoroso dos diversos contratos de licenciamento de uso de aplicativos das empresas ditas de tecnologia abalizará a resposta quanto à autonomia ou subordinação dos trabalhadores.

A figura do trabalhador autônomo é incompatível com sanções disciplinares como a suspensão e multa inseridas no termo de uso e privacidade das empresas analisadas no item 03 acima.

O trabalhador autônomo tem a liberdade de angariar novos clientes e definir o preço de seus serviços, o que não ocorre nos casos das empresas aqui estudadas que, de forma automatizada, fixam o preço dos serviços prestados pelos supostos “trabalhadores autônomos”.

As empresas de aplicativos, para abrirem novos mercados em países distintos de sua sede e atuem em rede global, necessitam de completa desregulamentação das relações trabalhistas para maior mobilidade e produtividade. É inegável a contribuição da tecnologia e da ciência para o desenvolvimento econômico e para a sociedade, mas não se pode ignorar os seres humanos, a natureza e um futuro melhor para a humanidade. Não se pode confiar sem limites nelas a ponto de as pessoas se submeterem sem restrições ao conforto que seus aparatos e dispositivos técnicos proporcionam a elas no dia a dia. Isto porque é perigosa essa entrega cega ao fascínio da modernidade tecnológica, olvidando que questões sociais, éticas e políticas estão englobadas pela ciência e tecnologia.

A tecnologia representada pelas plataformas de aplicativos não teve como finalidade o aumento da produtividade para melhorar a vida dos trabalhadores, assegurando-lhes maiores salários e garantias sociais. Ao contrário, sua motivação foi o aumento da lucratividade e, conseqüentemente, o aumento das ações das empresas cuja tecnologia serve de instrumento para o alcance de tais objetivos.

Isso porque o “capitalismo informacional” não se importa com a tecnologia por ela mesma nem com o aumento de produtividade para melhorar a humanidade. Mas, sim, em atuar de acordo com as normas de um sistema econômico num certo momento histórico, que ao final (re)aprovará sua atitude. Dessa forma, o que motiva as empresas não é a produtividade, mas sim a lucratividade e o aumento do valor de suas ações, podendo a produtividade e a tecnologia serem meios importantes, mas, definitivamente, não os únicos.

Analisar se há ou não subordinação jurídica dos motoristas parceiros apenas com o velho conceito de subordinação - onde empregados e seus superiores hierárquicos laboravam no mesmo espaço físico sem ater-se às novas hipóteses de comando através das novas ordens de tecnologias-, é praticar uma inteligência cega. E isso destrói o conjunto dos objetos a serem pesquisados, afastando-os do meio ambiente laboral e, por consequência, aponta resultados imprecisos e equivocados.

Assim, em conclusão, a subordinação ou não dos trabalhadores sob demanda deve ser analisada à luz do conceito científico de algoritmos, sua finalidade e se há poder de controle sobre esses trabalhadores com este novo aparato tecnológico. Após tais investigações, em caráter multidisciplinar, analisar o conceito jurídico de subordinação desenvolvido no Direito do Trabalho. Pois, uma análise sobre o prisma apenas da ciência jurídica nos induzirá, fatalmente, em erro.

Não se deve esquecer que há possibilidade de saber como funcionam as decisões automatizadas e todos os mecanismos de controle adotados pelas empresas de tecnologia ao fornecerem aos trabalhadores a concessão de uso de suas plataformas. A análise dos critérios e dos procedimentos que geram decisões automatizadas das empresas de aplicativo pode ser objeto de perícia judicial e até mesmo de auditoria.

Conclui-se que: há instrumentos idôneos para atestarmos o real enquadramento dos trabalhadores sob demanda (empregados ou autônomos); há falhas investigatórias nos processos judiciais em ações de reconhecimento de vínculo empregatício dos trabalhadores em face das empresas de aplicativos e não há realização de perícia forense computacional, nos processos relacionados ao tema, para análise nos computadores das empresas (algoritmos) e de

seus termos de uso e privacidade para chegar-se à verdade real, ou seja, não se pode se satisfazer com a realidade formal dos fatos, mas, sim, buscar a verdadeira realidade dos fatos.

O aparato tecnológico fez surgir um novo ambiente de trabalho denominado meio ambiente de trabalho virtual. Convivemos hoje num mundo laboral com dois ambientes de trabalho: físico e virtual. As decisões judiciais continuam analisando apenas o campo físico do trabalho nas ações em que se pretende o reconhecimento do vínculo de emprego. A ausência de investigação do meio ambiente de trabalho virtual traz como consequência uma verdade formal. Ora, se as relações ocorrem no campo virtual, é lá que a investigação deve ser realizada, sob pena de não se chegar à verdade real dos fatos.

E que, em último caso, não se reconhecendo ser o trabalhador empregado, em razão da sua vulnerabilidade, deverá ser aplicada a mesma regra de isonomia dos trabalhadores portuários avulsos.

REFERÊNCIAS

AVISO DE PRIVACIDADE DA UBER. **UBER**, Brasil, 2020. Disponível em: <https://www.uber.com/legal/pt-br/document/?name=privacy-notice&country=brazil&lang=pt-br>. Acesso em: 13 jul. 2020.

BARBOSA JR, Francisco de Assis. **GIG economy e contrato de emprego: aplicabilidade da legislação trabalhista aos vínculos de trabalho da nova Economia**. Rio de Janeiro: LTr, 2019.

BAZZO, Walter Antonio. **Ciência, tecnologia e sociedade: e o contexto da educação tecnológica**. Santa Catarina: UFSC, 2014, p.129.

BRASIL. Presidência da República. **Projeto de Lei 3.129/2004**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=155964>. Acesso em: 14 jun. 2020.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. O caso Uber e o controle por programação: de carona para o século XIX. In: LEME, Ana Carolina Paes; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo Resende (coord.). **Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano: a intermediação de mão de obra a partir das plataformas eletrônicas e seus efeitos jurídicos e sociais**. São Paulo: LTr, 2017, p. 140-141.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em rede**. Tradução de Roneide Venancio Majer com a colaboração de Klauss Brandini Gerhardt. 6. ed., São Paulo: Paz e Terra S/A, 2002, p.39.

CONTRATO DE LICENCIAMENTO DE SOFTWARE. Conciliador Extra Judicial – TDC. **TRIBUNAL DO CONSUMIDOR**. Disponível em: <https://www.tribunaldoconsumidor.com.br/Termos.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2021.

JANSEN, Aline; MAEHLER, Alisson. O uso da tecnologia da informação como mecanismo de controle: análise de múltiplos casos no setor bancário. **Revista de Gestão do Unilasalle**, Canoas, v. 5, n.1, p. 135-152, 2016.

MAGALHÃES, Diego de Castilho Suckow; VIEIRA, Ana Lucia. Direito, tecnologia e disrupção. **Revista Eletrônica CNJ**, v. 4, n. 1, p.37-51, jan./jul. 2020.

PITASSI, Claudio; LEITÃO, Sérgio Proença. Tecnologia de informação e mudança: uma abordagem crítica. **RAE - Revista de Administração de Empresas**, 2002, p. 78-80. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rae/v42n2/v42n2a07.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2020.

REIS, Daniela; CORASSA, Eugênio. Aplicativos de transporte e plataforma de controle: o mito da tecnologia disruptiva do emprego e a subordinação por algoritmos. In: LEME, Ana Carolina et al (org.). **Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano**. São Paulo: LTr, 2017.

ROMITA, Arion Sayao. **A subordinação no contrato de trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal**. 31. ed. Rio de Janeiro: Record, 2020.

SCHOLZ, Trebor. **Cooperativismo de plataforma**. Tradução e comentários de Rafael A. F. Zanatta. São Paulo: Elefante, 2016.

SLEE, Tom. **Uberização: a nova onda do trabalho precarizado**. Tradução de Joao Peres. 4. Ed. São Paulo: Elefante.

SUNDARARAJAN, Arun. **Economia compartilhada: o fim do emprego e a ascensão do capitalismo de multidão**. Tradução de André Botelho. São Paulo: SENAC, 2018.

TERMO DE USO E CONDIÇÕES GERAIS PARA CONDUTORES. **CABIFY**. São Paulo, 2017. Disponível em: https://assets.cabify.com/app/driver/terms/br/T%26C_CabifyBrazil_2017.pdf. Acesso em: 19 fev. 2021.

TERMOS E CONDIÇÕES DE USO LALAMOVE PARA MOTORISTAS PARCEIROS. **LALAMOVE**. Brasil, 2020. Disponível em: <https://www.lalamove.com/brasil/termos-e-condicoes>. Acesso em: 19 fev. 2021.

TERMOS E CONDIÇÕES. **99**. Disponível em: <https://99app.com/legal/termos/motorista/>. Acesso em: 19 fev. 2021.

Recebido em: 05/03/2020

Aceito em: 20/04/2020