

TRABALHO EM PLATAFORMAS DIGITAIS: O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO ESTÁ APTO A ENFRENTÁ-LO?

WORK ON DIGITAL PLATFORMS: IS THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM ABLE TO FACE IT?



Assista aos comentários da autora para esse artigo

ARIANE JOICE DOS SANTOS

Doutoranda, Mestre em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Especialista em Direito do Trabalho pela Cogeae – PUC/SP. Professora de graduação e pós-graduação. Autora e Coordenadora de livros jurídicos. Advogada. diretoria@arianejoyce.com.br

ÁREAS DO DIREITO: Trabalho; Digital

RESUMO: O trabalho em plataformas digitais tem sido objeto de estudo, interpretação e aplicação das normas jurídicas internas, bem como do direito comparado e da jurisprudência. O presente estudo tem como escopo investigar o enfrentamento das questões relacionadas em face do atual ordenamento jurídico brasileiro e como deve ocorrer a resolução dos conflitos existentes nessas relações privadas de trabalho mediante a interpretação do ordenamento jurídico, das lacunas existentes e da teoria da força normativa dos princípios que garantem a efetividade dos direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Economia compartilhada – Plataformas Digitais – Direitos Fundamentais.

ABSTRACT: Work on digital platforms has been the object of study, interpretation and application of internal legal norms, as well as comparative law and jurisprudence. The present study aims to investigate the confrontation of issues related to the current Brazilian legal system and how the resolution of existing conflicts in these private labor relations should occur through the interpretation of the legal system, the existing gaps and the theory of the normative force of the principles that guarantee the effectiveness of fundamental rights.

KEYWORDS: Shared economy – Digital Platforms – Fundamental rights.

SUMÁRIO: 1. Homenagem ao saudoso Professor Doutor Pedro Paulo Teixeira Manus. 2. Introdução. 3. Ordenamento jurídico, papel social da norma e o poder como seu instrumento. 4. Ciência do Direito e algumas concepções de sistemas jurídicos. 4.1. Teoria pura do Direito de Hans Kelsen. 5. A concepção pós-positivista e a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas. 5.1. Panorama das fases da normatividade dos princípios. 5.2. Estrutura dos princípios na concepção pós-positivista. 5.3. Direitos fundamentais nas relações de

trabalho e aplicação no contexto do trabalho em plataformas digitais. 6. Conclusão. 7. Bibliografia.

1. HOMENAGEM AO SAUDOSO PROFESSOR DOUTOR PEDRO PAULO TEIXEIRA MANUS

Não bastassem as marcas registradas na areia de Riviera de São Lourenço-SP no dia 25 de dezembro de 2021 para expressar gratidão ao meu ex-orientador no curso de doutorado da PUC-SP entre os anos de 2020 e 2021, registro no presente trabalho algumas palavras para elucidar minha admiração e imenso pesar pela perda do Professor Doutor Pedro Paulo Teixeira Manus.

Professor Manus, como todos o chamavam carinhosamente, grande mestre e pessoa de extrema humanidade, ensinou-me princípios de humildade, respeito, reconhecimento dos trabalhadores menos favorecidos e principalmente da necessidade de garantia do direito fundamental da igualdade e dignidade da pessoa humana, núcleo do Estado Democrático de Direito (artigos 1º, III e 5º, *caput*, CF/88).

Personalidade na área do Direito do Trabalho, alcançando os mais altos postos na magistratura, academia e demais ramos da sociedade, jamais deixou de me ouvir, responder, atender, orientar ou aconselhar. A perda, inevitável, porém precoce e repentina, por vezes me levou a refletir sobre o real sentido da vida. E esse, sem dúvida, revela-se num de seus vieses, na continuação do legado deixado por aqueles que nos ensinaram, instruíram e, mais do que isso, acreditaram que seríamos capazes e alcançaríamos nosso objetivo, por vezes, muito mais do que nós mesmos.

Ao Professor Doutor Pedro Paulo Teixeira Manus, minha eterna gratidão.

2. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como premissa investigar o enfrentamento das questões relacionadas ao trabalho em plataformas digitais na chamada “Indústria 4.0” em face do atual ordenamento jurídico brasileiro e como deve ocorrer a resolução dos conflitos existentes nas relações privadas de trabalho em tal modalidade.

A importância do trabalho se revela nas diversas alterações legislativas nos últimos anos para regulamentar a relação capital x trabalho, para ponderar se elas foram capazes de suprimir lacuna existente quanto ao tema, bem como se de acordo com a teoria da força normativa dos princípios é possível conferir efetividade aos direitos fundamentais nessa relação sem mesmo invocar ausência de legislação infraconstitucional.

No cenário interno, a primeira e grande mudança nos últimos anos ocorreu com a aprovação da lei sobre terceirização (Lei 13.429, de 31 de março de 2017), que alterou a lei do trabalho temporário (Lei 6.019/74), unindo, em único diploma, o tratamento

jurídico conferido aos trabalhadores terceirizados e temporários, seguida da Lei da Reforma Trabalhista (Lei 13.467, de 11 de novembro de 2017), que alterou a Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei 5.452, de 1º de maio de 1943) em mais de 100 pontos.

No tocante às alterações na legislação trabalhista e o objeto do presente estudo, destaca-se a regulamentação do teletrabalho como aquele desenvolvido em distintos locais com a utilização de equipamentos eletrônicos, de tecnologia da informação e diversos meios de comunicação.

O tema proposto é de salutar relevância para investigar a interpretação do ordenamento jurídico e a aplicação das normas jurídicas nas relações de trabalho a partir do uso da tecnologia digital e do surgimento das novas formas de trabalho na “Indústria 4.0”, a exemplo do trabalho em plataformas digitais, mediante análise das lacunas existentes e da teoria da força normativa dos princípios que garantem a efetividade dos direitos fundamentais nas relações privadas.

3. ORDENAMENTO JURÍDICO, PAPEL SOCIAL DA NORMA E O PODER COMO SEU INSTRUMENTO

Todo estudo¹ sobre ordenamento jurídico remete ao significado da palavra *ordem*, que dá ideia de unidade de estrutura, de normalidade; é um bem adquirido na vida da comunidade, porque evita caos e promove equilíbrio social. Toda ordem requer um *poder* que assegure a sua continuidade e integridade, que é a força para que os homens reconheçam e obedeçam às suas posições. O *poder* está a serviço da *ordem* e é um instrumento dessa, mesmo que decorrente de força, mas desde que haja aceitação do povo. O governo ou *poder* legítimo é aquele que requer a constituição conforme a norma; o poder de fato aclamado pelo povo não tem legitimidade, mas legitimação. Legitimidade do *poder* requer interesse do povo, que se traduz na ideia de bem a realizar, ou seja, uma finalidade a alcançar e a forma para se chegar ao objetivo deve estar institucionalmente prevista numa norma. Já a ilegitimidade ocorre quando o *poder* não atinge os anseios do povo, quando for tirânico e quando der azo ao poder de resistência. Portanto, todo *poder* é elemento essencial na criação da norma jurídica, é a força exercida pela ideia de bem a realizar, capaz de impor atitudes e assegurar a ordem jurídica. Goffredo Telles Junior define norma jurídica como um imperativo autorizante, harmonizado com a ordenação ética vigente.²

A ordem jurídica, por sua vez, requer decidibilidade, é resultante da incidência contínua da norma na convivência humana, portanto, é o poder que decide quais condutas devem ser obrigadas, permitidas e proibidas; conseqüentemente, se o poder decide, tem

1. Itens 3 e 4 do presente estudo baseados no aprendizado das aulas da Prof.^a Maria Helena Diniz, na disciplina “Ordenamento Jurídico e Sistema” do doutorado em Direito na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP – 2º semestre de 2021.

2. TELLES JUNIOR, Goffredo. *Iniciação na ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 103.

SANTOS, Ariane Joice dos. Trabalho em plataformas digitais: o ordenamento jurídico brasileiro está apto a enfrentá-lo? *Revista de Direito do Trabalho e Seguridade Social*. vol. 225. ano 48. p. 317-340. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2022.

decidibilidade sobre quais comportamentos podem ser exigidos. Toda norma jurídica é um ato decisório do poder. O conjunto de normas jurídicas forma o ordenamento jurídico; esse poder é o que tem o controle e a disciplina social ao emitir norma jurídica, cujo conjunto é um ordenamento jurídico. Portanto, a norma jurídica gera um sentimento de obrigatoriedade, pois o destinatário é o aplicador dela.

O ordenamento jurídico é composto de mais de uma norma e nele surgem problemas que envolvem questões de unidade, hierarquia, consistência e completude. Para solucionar esses problemas é que vem a sistematização, a análise feita pelo jurista, relativamente ao ordenamento jurídico. A unidade, a questão da hierarquia, da consistência, a solução das antinomias reais e aparentes requerem a sistematização, e o problema da completude e incompletude do ordenamento jurídico também requer que haja a criação de um sistema pelo jurista, apontando caminhos para o preenchimento dessas lacunas.

4. CIÊNCIA DO DIREITO E ALGUMAS CONCEPÇÕES DE SISTEMAS JURÍDICOS

Na concepção de Miguel Reale, a ciência do Direito tem por objeto o estudo do Direito enquanto norma, fato e valor que são elementos heterogêneos. Nessa concepção, o jurista, na análise do Direito, deve seguir o método lógico dialético e ter por critérios enunciados científicos que não têm validade absoluta, mas estão a serviço da realizabilidade do Direito e de sua aplicação. Portanto, a problemática central é a decidibilidade, porque o poder escolhe e decide por uma das várias possibilidades de regulamentação, apontando o que é proibido, o que é permitido e o que é obrigado.³

O jurista, ao analisar decisões do poder competente, fundamentadas em normas, enuncia respostas que são aptas para demonstrar uma decisão solucionadora de um problema social sem causar perturbação. A ciência do Direito tem o ideal, o dinamismo jurídico, o raciocínio voltado a questionamentos, perguntas e respostas, mediante a argumentação tópica, a qual levanta problemas para solucioná-los.

A ciência do Direito apresenta *modelos teóricos inter-relacionados*. O primeiro *modelo teórico* é o *analítico*, cuja decidibilidade é uma relação hipotética entre conflito hipotético e decisão hipotética, porque o jurista não tem em mãos um caso concreto para decidir. A ciência do Direito, então, tem por escopo a sistematização; passa a ter uma função organizatória, cria condições para classificar, tipificar e sistematizar os elementos relevantes do Direito. Logo, compete ao jurista a construção do sistema, avaliar elementos do Direito em cadeia de proposições, buscando por meio da lógica a unidade sistemática dos elementos.

O critério lógico utilizado por Kelsen para a unidade do sistema é a norma hipotética fundamental. Para Hart, é a norma última de reconhecimento. Para Tércio Ferraz Júnior

3. REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 64-68.

e para os adeptos de Miguel Reale, o que une esses elementos no sistema é denominado regra de calibragem.⁴

Cabe à ciência do Direito, enquanto *modelo teórico analítico*, averiguar a vigência da norma jurídica, a validade constitucional, a validade formal (se foi emitido por alguém competente, estabelecida em norma), a validade fática (possibilidade de ser aplicada), se a norma tem eficácia social e a validade ideal (solução justa para um conflito qualquer).

A ciência do Direito pode ter também um aspecto diferente do modelo teórico analítico. Pode apresentar-se como *modelo teórico hermenêutico*, com função interpretativa, porque compete ao jurista interpretar normas, buscando o sentido e o alcance delas, criando condições para uma decisão possível quando opta por uma ou mais técnicas interpretativas. Compete ao jurista verificar a existência da lacuna e apontar meios de preenchimento, afastar contradições, apontando os critérios normativos para solução das antinomias, sejam elas aparentes ou reais.

A função da ciência do Direito enquanto *modelo teórico-hermenêutico* é uma função interpretativa, mas a ciência do Direito pode assumir a veste de modelo teórico em perigo, que tem uma função de previsão, caso em que a ciência do Direito aparece como uma teoria da decisão, apontando dentro do princípio da legalidade a decisão condizente ao controle da conduta.

Assim, questiona-se, qual a solução para aplicação da norma? Seria subsunção, integração de lacuna ou correção de antinomia real? Surge aqui o problema da qualificação jurídica, porque existe indeterminação semântica dos vocábulos normativos, que requerem definição pelo jurista. O julgador, quando tem o caso concreto, desconhece os fatos; ele só sabe o que consta nos autos, então compete ao jurista indicar caminhos para o Poder Judiciário solucionar essa falta de informação de fatos, como presunções, *onus probandi* etc.

A ciência do Direito fica presa ao apontar as diretrizes para uma possível solução ao aplicador, apontando requisitos técnicos para uma decisão justa. Ela é uma ciência em que os juristas procuram conhecer o direito, que também tem a sua linguagem, que é a linguagem objeto, linguagem legal, que, por sua vez, é uma preposição prescritiva. A ciência do Direito abrange dois lados: i) a atividade do jurista; ii) o contexto científico – esse é uma exposição sequencial de enunciados sobre as conclusões a que o jurista chegou e possui dois níveis: a) a particularidade do texto, pois cada autor tem a particularidade no texto e o público-alvo; b) a sistematicidade do discurso sempre condicionado a uma corrente jusfilosófica.⁵

Portanto, o jurista, ao analisar os termos usados na lei, não pode mostrar contradição porque o ordenamento jurídico é contraditório; o sistema jurídico criado pelo jurista não pode apresentar contradições, deverá ser coerente logicamente. O jurista deve, portanto,

4. DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 104-106; 132-146; 157-180; 196-198.

5. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 198-204.

SANTOS, Ariane Joice dos. Trabalho em plataformas digitais: o ordenamento jurídico brasileiro está apto a enfrentá-lo? *Revista de Direito do Trabalho e Seguridade Social*, vol. 225, ano 48, p. 317-340. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2022.

seguir determinado método, e isso dependerá da corrente jusfilosófica que adotar. Se for adepto de Kelsen, usará o *método lógico transcendental*. Se for adepto de Miguel Reale, o *método lógico dialético*, e assim por diante.⁶

4.1. Teoria pura do Direito de Hans Kelsen

Não se julga que o prisma sobre o qual a ciência jurídica há de considerar o seu objeto seja algo que o jurista encontre determinado de modo rígido. É ele, em grande parte, produto da sua eleição, ou seja, a escolha da perspectiva em que se vai conhecer o direito depende do sistema de referência daquele que conhece o objeto, se é kelseniano, se é jus-naturalista, se é tridimensionalista. A reflexão parte das finalidades cognitivas que se deseja obter sobre o tipo de conhecimento que se pretende alcançar.

De acordo com a natureza metódica de Kelsen, o direito – objeto da Ciência do Direito – não deve ser entendido somente como norma, mas também como conduta que é conteúdo de norma jurídica, ou seja, a conduta do poder competente para normatizar que está prevista em norma superior, bem como em fatos e situações que condicionam a competência de alguém. O objeto da Ciência do Direito é o próprio direito visto enquanto norma jurídica; é a conduta humana com conteúdo de norma jurídica, conduta de alguém competente. Essa competência está em norma superior e abrange os fatos, as situações que condicionam a conduta humana enquanto conteúdo de normas.⁷

A ciência do Direito pode apresentar-se sobre a forma de uma *teoria jurídica estática ou dinâmica*. A *estática* ocorre quando a ciência do Direito estuda normas e, ao estudá-las, cria um sistema normativo. A *dinâmica* estuda condutas humanas enquanto conteúdo de normas e fatos condicionantes à conduta humana enquanto conteúdo de normas, isto é, o fato de o Presidente da República baixar normas indica que ele precisa ser presidente, ter moral ilibada etc. O mesmo ocorre no contrato: para firmar contrato, é necessário ser absolutamente capaz, o relativamente incapaz precisa estar assistido, o absolutamente incapaz deverá ser representado, precisa ter legitimidade. São fatores que condicionam a competência de alguém enquanto conteúdo de norma jurídica. Quando a Ciência do Direito estuda a competência de alguém competente e os fatores que condicionam alguém competente, cria um sistema de atos aplicadores de norma superior e criadores de norma inferior.⁸

No *sistema normativo estático*, o jurista estuda a norma pronta e acabada e terá que pressupor uma norma hipotética fundamental que tem um fundamento e conteúdo de validade dessas normas descritas no sistema. A norma hipotética fundamental não é uma norma posta por alguém competente, mas é um pressuposto decorrente do conhecimento do jurista, é o ponto terminal da relação de imputação. Em análise do exemplo do enunciado *devemos*

6. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 51-52.

7. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 50.

8. KELSEN, Hans. Op. cit., p. 51.

amar o próximo, significa que todas as normas requerem o bem-estar das pessoas (não matar, não roubar, pagar os credores), ou seja, o conteúdo da norma deve estar na norma superior. Portanto, o jurista kelseniano não pode construir sistema normativo estático porque requer juízos de valores, ou seja, os juízos valorativos devem ser feitos pelo aplicador, pelo órgão competente para criar normas, sendo que o jurista apenas descreve essas normas.⁹

A dinâmica jurídica se refere à *teoria jurídica estática*, na medida em que constrói sistema normativo dinâmico, mediante um *método normológico lógico-transcendental*, de forma que a norma hipotética fundamental apenas confia às normas descritas o fundamento de validade. O jurista só vale para construir um sistema normativo dinâmico atentar-se às relações de competência, isto é, aquela conduta que está prevista em norma superior, dando competência para alguém criar norma inferior. Ao jurista interessa a competência criadora da norma, que dará validade às normas criadas por alguém que tenha poder para aplicar norma superior e criar norma inferior. O jurista não deve inferir o conteúdo da norma inferior com base no conteúdo da norma superior, só pode olhar relações de competência, pois se baseia no *dever ser*, na norma superior com a norma inferior, relação meramente de competência. A norma hipotética fundamental é um pressuposto *teorético gnosiológico*. Para que se possa enunciar o método lógico transcendental, o jurista terá primeiro que analisar qual é o poder que domina aquela sociedade para depois enunciar a norma hipotética fundamental.¹⁰

Consequentemente, não pode haver conflito no sistema descrito pelo jurista, mas somente no ordenamento jurídico, pois quem o resolverá será o órgão aplicador, o qual poderá analisar o conteúdo da norma, optar por uma entre duas normas igualmente fortes e válidas. O jurista só pode descrever essas normas tendo por base relação de competência, sem ater-se ao conteúdo da norma.

Na teoria de Kelsen, o princípio da legitimidade é limitado pelo princípio da efetividade, porque a escolha do jurista para enunciar a norma hipotética fundamental depende da observação do poder social predominante na sociedade. Esse poder social predominante é um fato social. A eleição da hipótese depende do jurista, mas ele não tem liberdade para escolher a hipótese que dará o sistema, pois é algo imanente à experiência jurídica. Consequentemente, é fácil perceber que o sistema construído por Kelsen é a teoria pura do direito porque pretende que a pureza da Ciência do Direito seja a abstração da observação de valores e de fatos para a construção do sistema normativo dinâmico.¹¹

No escalonamento hierárquico das normas, existe a Constituição Federal, abaixo dela, as normas jurídicas gerais e, abaixo, as normas individuais. A Constituição Federal é norma posta pelo poder constituinte originário e derivado. As normas jurídicas gerais abrangem as leis, os decretos, os costumes, as normas jurídicas individuais, as sentenças, os atos administrativos, os contratos etc.

9. KELSEN, Hans. Op. cit., p. 135-136.

10. KELSEN, Hans. Op. cit., p. 141-143.

11. KELSEN, Hans. Op. cit., p. 146-147.

A Constituição Federal é a maior norma descrita na pirâmide e, segundo Kelsen, pode ter dois sentidos, o material e o formal. O material indica quais são as normas que regem a produção das normas jurídicas gerais; o formal diz respeito a assuntos políticos importantes e também à questão da revogação das normas constitucionais mediante como o poder constituinte derivado pode alterar a Constituição Federal.

Abaixo da Constituição Federal, existem as normas jurídicas gerais que decorrem de processo centralizado e descentralizado. O centralizado gera as leis, as medidas provisórias, entre outras; e o descentralizado, os costumes. Esse direito geral, também entendido como normas jurídicas gerais, pode apresentar-se como um direito material ou formal. O direito formal é o conjunto de normas que organiza o processo, ou seja, as que conferem competência às autoridades judiciais administrativas, que contêm os chamados processos civil, penal, administrativo. O direito material diz respeito ao conteúdo das normas dos atos judiciais, dos atos administrativos. Esse conteúdo é apreciado pelo aplicador.

O direito formal é o que interessa mais para o jurista kelseniano na construção do sistema normativo dinâmico. Para Kelsen, a grande fonte do direito é a norma hipotética fundamental e a norma imediatamente superior à norma que se está examinando, porque essa confere o fundamento de validade; ou seja, se a norma examinada foi emitida por alguém competente, de acordo com o processo estabelecido em norma superior. Contudo, existem fontes não no sentido jurídico, mas fontes para o jurista kelseniano na construção do sistema normativo dinâmico. Para o jurista, só importa a norma hipotética fundamental e a relação entre norma superior e inferior no que atine à competência do elaborador e ao processo de criação da norma. Entretanto, existem outras fontes para o aplicador do direito, como os princípios morais, políticos; as teorias jurídicas; os pareceres, valores.¹²

Abaixo das normas jurídicas gerais estão as descrições das normas jurídicas individuais, as sentenças, os acórdãos etc. A decisão judicial, para Kelsen, tem caráter constitutivo, porque a função do tribunal não é a simples descoberta do direito, mas simples criação do direito de norma jurídica individual para o caso que está se examinando e tem o controle da constitucionalidade.

Além disso, compete ao Poder Judiciário a solução das lacunas no direito e, para tanto, pode até averiguar questões valorativas, fáticas, pois é próprio do aplicador fazer análise sobre o conteúdo das normas. Para o jurista kelseniano, não há lacuna, pois ele não examina o conteúdo da norma, só relações de competência. Se uma conduta foi “normada” ou não, é questão de jurisdição, pois é o juiz quem deve solucionar as lacunas; já o Legislativo é quem deve resolver as lacunas técnicas, aquelas em que a própria lei requer a edição de normas. A lacuna, portanto, não é problema do jurista, o sistema normativo dinâmico de Kelsen é um sistema fechado, completo, sem lacunas.

Dentro da escala das normas jurídicas individuais, além da sentença, existem os negócios jurídicos, atos administrativos, entre outros. A Constituição Federal está no ápice

12. KELSEN, Hans. Op. cit., p. 160-162.

da pirâmide kelseniana e não cabe ao jurista responder à questão se determinada norma criada por um órgão está de acordo com ela ou não, somente importando se ela foi emitida por alguém competente, estabelecido em norma constitucional para baixar a norma jurídica geral. O conteúdo, portanto, é problema do aplicador, pois o jurista não pode analisar o conteúdo da norma para afirmar se é constitucional ou inconstitucional; ele só pode interpretar as leis inconstitucionais como leis, conforme a Constituição Federal, anuláveis por um processo especial.

O jurista kelseniano não pode averiguar constitucionalidade da norma que está descrevendo tendo por suporte o conteúdo da norma porque ele não deve construir o *sistema normativo estático* que requer que todas as normas descritas retirem da norma hipotética fundamental o seu fundamento e conteúdo de validade. A questão do conteúdo é do aplicador, logo, o jurista kelseniano só pode construir o *sistema normativo dinâmico*.

5. A CONCEPÇÃO PÓS-POSITIVISTA E A APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

A fim de delimitar o tema e conferir ao estudo científico um corte metodológico, necessário se torna pontuar, ao lado da pirâmide kelseniana, a concepção pós-positivista da aplicação dos princípios constitucionais nas relações privadas, em específico, dos direitos fundamentais nas relações laborais.

Para tanto, é importante demonstrar os diversos conceitos de princípios, desde sua concepção embrionária – quando tratados unicamente como princípios gerais de direito – até a tese de sua normatividade.

Na visão civilista, os princípios têm vida própria independentemente de estarem prescritos no Direito Positivo.¹³

A Corte Constitucional italiana de 1956 estabeleceu que os princípios são orientações de caráter geral e fundamental extraídos da interpretação das normas, concorrendo para a formação do ordenamento jurídico.¹⁴

Na linguagem geométrica, os princípios estão – como o próprio nome diz – no princípio; são premissas do sistema jurídico como normas jurídicas, possuindo vigência, validade e cumprimento.¹⁵

13. CLEMENTE, F. de. El método en la aplicación del Derecho Civil. *Revista de Derecho Privado*, ano IV, n. 37, out. 16, p. 290 Apud BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 256.

14. *Idem*.

15. PICAZO, Luís-Diez. Los principios generales del Derecho en el pensamiento de F. de Castro. In: *Anuario del Derecho Civil*, t. XXXVI, fasc. 3º, out./dez. 1983, p. 1.267 e 1.268 Apud BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 255-256.

Verifica-se que os princípios foram tratados, inicialmente, como premissas de caráter geral para o comando da elaboração das normas. Essas, por sua essência, continham diretrizes de um determinado princípio que as originava.

A partir do século XX, os princípios ultrapassaram a fase hermenêutica conhecida como normas programáticas, ao passo que inseridos nas leis, deixando o caráter de sustentação das normas para se tornarem as próprias normas positivadas no ordenamento jurídico.

A doutrina contemporânea conceitua princípio com um traço de normatividade, segundo o qual é o pressuposto de uma norma jurídica subordinada, sendo esta direcionada para determinada particularidade em resumo do conteúdo daquele, podendo ser efetivamente posta ou dedutível do princípio geral que as contém.¹⁶

Essa nova concepção deu origem à positivação dos princípios nas Constituições de vários países, fenômeno esse conhecido como a constitucionalização do direito, ante a intervenção constitucional no âmbito privado.¹⁷

A primeira Constituição a possuir princípios laborais foi a alemã, de Weimar, de 1919, seguida por várias outras, em especial após a Segunda Guerra Mundial, quando então as Constituições passaram a tratar dos direitos fundamentais.

Norberto Bobbio relata que, somente após a ocorrência de dois grandes problemas do nosso tempo, quais sejam, a guerra e a miséria, houve a necessidade de consagração da internacionalização dos direitos do homem. São suas as palavras: “[a] efetivação de uma maior proteção dos direitos do homem está ligada ao desenvolvimento global da civilização humana”.¹⁸

Antes mesmo de se avançar no fundamento de que os textos constitucionais do final do século XX assumiram a concepção da dignidade da pessoa humana como valor, o próximo passo é caminhar pelas fases da normatividade dos princípios, a fim de conferir uma construção lógica e fundamentada da necessidade da aplicação dos direitos fundamentais nas relações laborais.

5.1. Panorama das fases da normatividade dos princípios

A normatividade dos princípios passou por três fases distintas, cabendo-nos ilustrar de forma sucinta cada uma delas, sem, contudo, a intenção de esgotar o tema.

A fase jusnaturalista – também conhecida como fase metafísica e abstrata dos princípios – teve origem na Revolução Francesa com a filosofia de que o direito nasce de uma

16. CRISAFULLI. *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, p. 15 Apud BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 257.

17. ABRANTES, José João. *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 13.

18. BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campos, 1992. p. 45.

força superior e divina e não do homem. Os princípios foram considerados muito além do ideal de justiça, dado o caráter abstrato de normatividade duvidosa.

O Direito Natural entrou em decadência com o surgimento da Escola Histórica do Direito e a elaboração dos Códigos, desde o século XIX até a primeira metade do século XX. Nesse período, os princípios passaram do campo abstrato para o concreto, ingressando nos Códigos como fonte normativa subsidiária. A segunda fase da teorização dos princípios, portanto, conhecida como positivismo jurídico ou juspositivismo, surgiu com a intenção de preencher o vazio normativo, com a concepção de “que os princípios gerais de Direito equivalem aos princípios que informam o Direito Positivo e lhe servem de fundamento”, porém, sem qualquer interpretação de cunho axiológico.¹⁹

Em tal concepção, a ideia inicial, que era a de consagrar direitos da burguesia na época em que imperava o jusnaturalismo, passou a ser a da concretude da lei, em busca do real sentido da norma. Esse modelo, no entanto, foi esvaziado por possuir uma ideia falsa de justiça, como a elaboração de regras postas que conferiam validade jurídica ao nazismo e fascismo, ambos previstos na legislação alemã e italiana.

A terceira fase foi marcada por Dworkin, no mundo anglo-americano, e Mülher, na Alemanha, rompendo a tradição de alguns precursores positivistas desses países, como Kelsen e Hart, e contribuindo para a concepção do pós-positivismo, em que princípios são normas-valores com maior peso quando constitucionalizados.²⁰

O pós-positivismo, com as referências das figuras anteriores, buscou reviver o jusnaturalismo com a necessidade de positivar regras, conferindo ao magistrado a possibilidade de interpretação dos princípios com cunho axiológico. Nessa fase, os princípios deixam de ter a característica de princípios gerais de direito e passam a ter caráter normativo, vinculando as decisões judiciais assim como as regras positivadas.

A normatividade dos princípios ocorre, em outros dizeres, quando os princípios gerais de direitos são positivados na ordem jurídica de um país, possuindo validade, vigência e eficácia. Tais princípios são constitucionalizados à medida que inseridos nas Constituições dos países, sobretudo quando há o reconhecimento, pelo legislador constitucional, dos direitos do homem, ditos direitos fundamentais.

Os princípios, contudo, se diferem das regras na medida em que são invocados sempre objetivando a análise do caso concreto, podendo um princípio ser afastado ante a prevalência de outro num determinado caso, sem deixar de existir no mundo jurídico. As regras, diversamente, são editadas visando a coibir ou punir determinada conduta irregular e devem ser aplicadas na ocorrência dessa conduta. Dessa forma, não poderão conflitar com outras regras, sob pena de serem invalidadas pelo ordenamento jurídico, conforme será detalhado no próximo tópico.

19. FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín Arces y. Los principios generales del derecho y su formulación constitucional, p. 38 Apud BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 261.

20. FLÓREZ-VALDÉS. Op. cit., p. 274.

SANTOS, Ariane Joice dos. Trabalho em plataformas digitais: o ordenamento jurídico brasileiro está apto a enfrentá-lo? *Revista de Direito do Trabalho e Seguridade Social*, vol. 225, ano 48, p. 317-340. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2022.

5.2. Estrutura dos princípios na concepção pós-positivista

Para que seja possível traçar diretrizes na solução de impasses decorrentes do tema ora proposto, impende distinguir regras de princípios, diante da eficácia que esses últimos desenvolvem quando aplicados ao caso concreto.

Ademais, é imperioso ressaltar a distinção entre regras e princípios por constituir “estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais”, ponto crucial para um critério de ponderação entre os princípios que norteiam a presente matéria.²¹

A doutrina contemporânea, consagrada por Robert Alexy e Ronald Dworkin, distingue princípios de normas e regras, partindo do pressuposto de que princípios são normas e essas últimas compreendem princípios e regras. Em outros dizeres, norma constitui gênero, enquanto princípios e regras, espécies. As regras e os princípios também são normas, pois possuem expressões deônticas como mandamento, permissão e proibição, possuindo juízos concretos de dever.²²

Existem diversos critérios para se discernir regras de princípios, tais como generalidade, determinabilidade dos casos de aplicação, forma de seu surgimento, conteúdo axiológico, referência à ideia de direito ou a uma lei jurídica suprema, valores constitucionais e importância para a ordem jurídica.²³ No entanto, Robert Alexy entende por correta a diferença qualitativa entre regras e princípios, na medida em que princípios são mandamentos de otimização, ao passo que as regras são normas sempre satisfeitas ou não satisfeitas.²⁴

Do ponto de vista do caráter *prima facie* das regras e dos princípios, referido doutrinador alemão assevera que os princípios “não contêm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*”, na medida em que não exigem determinado resultado para o caso concreto, pois representam razões que podem ser afastadas por razões em sentido contrário.²⁵

Já Ronald Dworkin afirma que regras, quando válidas, devem ser aplicadas de forma tudo ou nada; e que os princípios apenas guardam razões que indicam uma direção, porém, não têm como consequência necessária uma determinada decisão.²⁶

Importante, por ora, apenas ponderar a concepção pós-positivista em relação à esfera do direito positivo, pois, nessa, os princípios estão no nível constitucional e possuem duas fases: (i) a programática – cuja norma depende de regulamentação por meio de

21. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. Berlim: Suhrkamp Verlag, 1986; São Paulo: Malheiros, 2008. p. 85.

22. ALEXY, Robert. Op. cit., p. 87.

23. ALEXY, Robert. Op. cit., p. 90 e 101.

24. ALEXY, Robert. Op. cit., p. 91.

25. ALEXY, Robert. Op. cit., p. 103-104.

26. DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. 19 ed. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2002. p. 24.

legislação infraconstitucional; e (ii) a não programática – de concretude, objetividade, aplicação direta e imediata.²⁷

Para melhor compreensão do tema proposto, imprescindível se torna a análise da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas e sua eficácia para posterior averiguação da necessidade de sopesamento dos valores inerentes aos princípios constitucionais fundamentais sobre a matéria.

5.3. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho e aplicação no contexto do trabalho em plataformas digitais*

Os direitos fundamentais consubstanciados na ordem constitucional brasileira – em especial os reconhecidos pelo Estado nas relações laborais e, em específico, na despedida coletiva – merecem estudo detalhado quanto à dimensão, à aplicabilidade e aos efeitos, pois inexistem, no ordenamento jurídico pátrio, legislação infraconstitucional regulamentando o tema ora proposto.

Os direitos fundamentais são direitos humanos internalizados na ordem jurídica de um país, na medida em que sua positivação reconhece os direitos inerentes ao homem. Esses direitos são identificados por meio de grupos que alguns doutrinadores denominam “geração”, outros, “dimensão” e, outros, “famílias” ou “naipes”.²⁸

Importante identificar os grupos dos direitos fundamentais para análise posterior e particularizada dos direitos sociais (laborais). Numa contextualização histórica e conceitual, os direitos fundamentais de primeira geração ou dimensão se referem aos direitos da cidadania; os de segunda geração, aos direitos econômicos, sociais e trabalhistas; e os de terceira geração, aos direitos de solidariedade e fraternidade.²⁹

Em outros dizeres, a primeira família de direitos fundamentais se refere aos direitos individuais; a segunda, aos direitos coletivos, chamados de econômicos e sociais; e a terceira, aos direitos supraindividuais ou metaindividuais, considerados aqueles que ultrapassam a individualidade e interessam a toda uma coletividade sem titulares individualizados, como o direito do consumidor.³⁰

27. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 273-274.

28. Renato Rua de Almeida utiliza a expressão “geração” ou “dimensão” no artigo publicado na obra *Direitos fundamentais aplicados ao direito do trabalho*. Willis Santiago Guerra Filho emprega o termo “dimensão”. Para um estudo mais aprofundado, vide sua obra: *Processo constitucional e direitos fundamentais*. Arion Sayão Romita prefere as expressões “família” ou “naipes”, as quais são empregadas na obra *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*.

29. ALMEIDA, Renato Rua de (Coord.). *Direitos fundamentais aplicados ao direito do trabalho*. São Paulo: LTR, 2010. p. 145.

30. ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTR, 2009. p. 106-107.

SANTOS, Ariane Joice dos. Trabalho em plataformas digitais: o ordenamento jurídico brasileiro está apto a enfrentá-lo? *Revista de Direito do Trabalho e Seguridade Social*. vol. 225. ano 48. p. 317-340. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2022.

Os direitos fundamentais de primeira geração, anteriormente expressados como direitos individuais ou de cidadania, estão indiscutivelmente presentes na relação de trabalho, na medida em que o empregado não deixa de lado sua essência de “ser humano” quando se coloca à disposição do empregador. Ao contrário, todos os direitos inerentes ao homem como “pessoa” o acompanham no desempenho de seu mister.

Já os direitos de segunda geração ou dimensão ou família são os direitos fundamentais específicos da relação de trabalho, chamados de direitos econômicos e sociais, assegurados ao indivíduo num contexto coletivo, de grupo. Exigem do Estado “prestações positivas”, no sentido de igualdade material.³¹

Sem menor importância são os direitos fundamentais da terceira família, reconhecidos por meio da necessidade dos grupos, como qualidade de vida, preservação do meio ambiente, paz, patrimônio comum da humanidade, entre outros.³²

Importante destacar que os direitos laborais, como direitos fundamentais dos trabalhadores, foram reconhecidos no Brasil somente com o advento da Constituição de 1988, ao passo que os direitos sociais foram inseridos no Capítulo II do Título II “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”.

Os direitos fundamentais surgiram na fase jusnaturalista, sob a concepção de que o ser humano, por sua essência, era detentor de direitos naturais. As primeiras declarações sobre direitos fundamentais foram a Declaração de Direitos do povo da Virgínia, de 1776, e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, na França. Essa última teve papel fundamental no reconhecimento dos direitos fundamentais das Constituições do século XIX.

As Constituições francesas de 1793 e 1848, a brasileira de 1824 e a alemã de 1849 foram as primeiras a tratar das prestações sociais estatais, no entanto, somente as Constituições do segundo pós-guerra reconheceram efetivamente os direitos fundamentais dos trabalhadores.³³

O Estado de Direito, formado inicialmente numa concepção liberal, cedeu espaço no decorrer do século XIX – com o “impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam” – à fase do bem-estar social.³⁴ Nessa época, foi concebida a constitucionalização dos direitos fundamentais, em específico, dos direitos sociais, ditos trabalhistas.

Tal fato ocorreu em face da “universalização dos direitos humanos em tratados internacionais, tendo como ápice a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948”, sendo “as constituições alemã de 1949, a portuguesa de 1976, a espanhola de 1978 e a

31. ROMITA, Arion Sayão. Op. cit., p. 106.

32. ROMITA, Arion Sayão. Op. cit., p. 107.

33. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. ver. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado ed., 2007. p. 57.

34. SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 56.

brasileira de 1988 exemplos de consagração dos direitos humanos como direitos fundamentais”.³⁵

Os direitos fundamentais, nesse cenário histórico, foram frutos da positivação dos direitos humanos, visando a proteger o indivíduo na relação em que o Estado era parte. Referidos direitos, inicialmente, encontravam-se presentes na relação vertical Estado-indivíduo, na qual somente um sujeito nessa relação os detinha, numa nítida distinção entre o Direito Público e o Direito Privado.

A concepção de aplicação dos direitos fundamentais para além da relação Estado-indivíduo passou a ser vislumbrada a partir da invocação de tais direitos na autonomia privada, na medida em que a violação dos direitos fundamentais também se fazia presente na relação horizontal. Não obstante, naquela relação, a aplicação dos referidos direitos se dava em prol do indivíduo. E na relação privada? Nessa, os direitos fundamentais terão prevalência em face de qual sujeito da relação?

Virgílio Afonso da Silva aponta preocupação pelo tema ser pouco tratado na doutrina e na jurisprudência brasileira, sobretudo porque nossa Constituição Federal possui vários dispositivos que contêm efeitos nas relações dos indivíduos entre si, como a liberdade de expressão e o direito de resposta (art. 5º, IV e V, respectivamente).³⁶

A negação da eficácia dos direitos fundamentais entre os particulares, por sua vez, não será tratada em capítulo apartado, pelo fato de essa corrente ser pouco seguida, não cabendo ao nosso estudo um aprofundamento mais maduro. Impende, porém, ilustrar duas vertentes no sentido de que os direitos fundamentais não podem ser aplicados nas relações privadas.

A primeira diz respeito à negação dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares pelo fato de incidirem apenas em face do Estado. Um dos seus precursores de maior referência é Uwe Diederichsen, sob o fundamento de que as relações de direito privado devem ser encaradas entre sistemas normativos de um mesmo nível.³⁷

A segunda se refere à doutrina norte-americana da *state action*, a qual procura determinar que, quando um ato privado viola direitos fundamentais – especialmente o direito de igualdade –, pode ser objeto de controle judicial. Não seria reconhecer que os direitos fundamentais vinculam os particulares, mas, sim, declarar sua violação numa relação privada por meio de uma ação estatal, definindo condutas dos particulares que se vinculam a esses direitos.³⁸

35. ALMEIDA, Renato Rua de (Coord.). Op. cit., p. 145.

36. SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 22.

37. “Die Rangverhältnisse zwischen den Grundrechten und dem Privatrecht”. In: SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 73.

38. SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., p. 99.

Partindo do pressuposto de que a eficácia dos direitos fundamentais não está adstrita somente à relação vertical, mas também à chamada relação horizontal, impende desmitificarmos alguns pontos dessa vertente.

O primeiro se refere à existência de duas ordens dos efeitos dos direitos fundamentais no direito privado: a) efeitos na produção legislativa; e b) efeitos nas relações jurídicas entre os indivíduos.³⁹

Os efeitos na produção legislativa decorrem de um caráter sem normatividade dos princípios. Muitas das Constituições contêm mandamentos de eficácia e aplicabilidade de direitos fundamentais nesse sentido, como a Constituição alemã e a brasileira. Nesta última, o art. 5º, § 1º, dispõe que *as normas definidoras dos direitos e das garantias fundamentais têm aplicação imediata*.

Já os efeitos nas relações jurídicas entre os indivíduos decorrem necessariamente de um “caráter normativo, de fornecer uma resposta adequada a um problema”.⁴⁰ Esse segundo ponto diz respeito justamente à eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas, se esses ocorrem de forma direta e imediata ou de forma indireta e mediata. De que modo e com que limites os direitos fundamentais devem ser aplicados nas relações privadas?

O princípio ou teoria da aplicabilidade imediata, também conhecida como aplicabilidade direta dos direitos fundamentais (*direkte Drittwirkung*), foi pioneiramente defendido por Hans Carl Nipperdey, juiz do Tribunal Federal do Trabalho alemão. Para ele, “os direitos fundamentais têm efeitos absolutos e, nesse sentido, não carecem de mediação legislativa para serem aplicados a essas relações”.⁴¹

Por aplicação imediata dos direitos fundamentais, entende-se a efetivação desses direitos nas relações entre particulares, da mesma forma como ocorre na relação entre o Estado e os cidadãos, sem a necessidade de produção legislativa infraconstitucional conferindo tal permissão. Isso porque a mediação legislativa se torna desnecessária para conferir efetividade aos direitos fundamentais, na medida em que tais direitos produzem efeitos diretos nas relações entre particulares.⁴²

Essa corrente possui duas ideias fundantes: a primeira diz respeito ao fato de que Hans Carl Nipperdey “baseia sua análise em um catálogo positivado de direitos fundamentais”, numa concepção contrária ao caráter jusnaturalista da norma. A segunda é no sentido de que os direitos fundamentais não são absolutos, pois permitem que a

39. SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., p. 68.

40. SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., p. 69-70.

41. Grundrechte und Privatrecht. In: Hans Carl Nipperdey (Hrsg.). Festschrift für Erich Molitor zum 75. Geburtstag. München, C.H. Beck, 1962, p. 15, apud SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 87. Quanto à expressão “efeitos absolutos”, importante destacar que não se trata de “direitos absolutos”, esses aplicáveis sem qualquer limitação.

42. SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., p. 88-89.

liberdade de um indivíduo encontre-se limitada nas relações com outros indivíduos, o que possibilita o sopesamento de tais direitos quando em conflito.⁴³

De outra sorte, essa teoria pondera que todos – tanto o Estado como terceiros – estão vinculados por um dever geral de respeito aos direitos fundamentais, já que os indivíduos, numa relação horizontal, assumem um papel de indivíduo-poder. Significa dizer que, numa relação privada, em que esteja presente a desigualdade de poder, os direitos fundamentais devem ser respeitados pela parte superiormente hierárquica, da mesma forma que o Estado assim se posiciona numa relação vertical. Tal constatação seria, no entanto, diversa quando presentes numa relação entre particulares sujeitos com o mesmo poder.

No que diz respeito à normatividade dos direitos fundamentais, há quem sustente que, no direito brasileiro, o art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988 encontra suporte nessa teoria, ao dispor que *as normas definidoras dos direitos e das garantias fundamentais têm aplicação imediata*. No entanto, como anteriormente mencionado, os efeitos na produção legislativa decorrem de um caráter sem normatividade, tese essa que não defendemos no presente trabalho; ao contrário, todo um estudo já foi elaborado no que concerne à força normativa dos princípios constitucionais. O que prevalece são os efeitos nas relações jurídicas entre os indivíduos com o único intuito de se chegar a uma resposta adequada para cada caso concreto.

Muito embora exista a discussão sobre a abrangência do citado dispositivo da Constituição Federal brasileira, ou seja, se aplicável a todo e qualquer direito fundamental previsto no diploma ou se restrito apenas aos direitos individuais e coletivos previstos no artigo 5º da Carta Maior, entendemos que os métodos de interpretação das normas constitucionais (literal, sistemático, teleológico) não desvendarão a necessidade de aplicação desses direitos nas relações privadas à luz do pós-positivismo jurídico. No entanto, parece mais acertada a tese defendida por Ingo Wolfgang Sarlet, no sentido de que os direitos fundamentais não se encontram somente no citado artigo, mas em todo diploma constitucional.⁴⁴

Por outro lado, indispensável trazer à presente reflexão o fato de que os direitos fundamentais de primeira geração, quais sejam, os direitos da cidadania, se obrigatoriamente observados numa relação vertical e aplicados de forma direta e imediata, tão quanto devem ser (da mesma forma) reconhecidos nas relações horizontais. Isso porque não haveria sentido a internalização dos direitos humanos nos textos constitucionais para o

43. Nipperdey entende que apenas os efeitos dos direitos fundamentais são absolutos, não conferindo caráter absoluto aos direitos fundamentais em si (NIPPERDEY, Hans Carl. Grundrechte und Privatrecht. In: Hans Carl Nipperdey (Hrsg.). Festschrift für Erich Molitor zum 75. Geburtstag. München, C.H. Beck, 1962, p. 15 apud SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 88).

44. SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 77-82.

reconhecimento dos citados direitos por parte única e exclusiva do Estado, eles também devendo ser reconhecidos numa relação horizontal.

A teoria da eficácia mediata ou indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas, por sua vez, foi primeiramente defendida por Günter Dürig. Segundo essa teoria, o reconhecimento do direito geral de liberdade impede que os direitos fundamentais tenham efeito absoluto nas relações privadas, impossibilitando o domínio do direito constitucional ao direito privado.⁴⁵ Nessa visão, os direitos fundamentais são relativizados à autonomia privada e à responsabilidade individual.⁴⁶

Diferentemente do que possa parecer, a liberdade dos sujeitos e a autonomia de direito privado também não são absolutas, pois, se assim o fossem, estaria havendo uma sobreposição do direito civil ao direito constitucional, o que também não poderia prevalecer.

Para dirimir a questão conciliando ambas as esferas, a solução proposta por Günter Dürig é a influência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares por meio da normatização do próprio direito privado, conferindo um valor daqueles nestes, pelas chamadas cláusulas gerais. A liberdade contratual é, portanto, limitada pelos efeitos indiretos dos direitos fundamentais, possuindo esses valores e o caráter de cláusulas gerais.⁴⁷

Para Virgílio Afonso da Silva, um sistema de valores “é o ponto de partida, vinculante, para uma constitucionalização do direito e uma ampliação da própria força normativa da constituição”. As cláusulas gerais, por sua vez, “requerem um preenchimento valorativo na atribuição de sentido”, por meio dos valores consagrados pela Constituição, pois se trata de conceitos abertos.⁴⁸

Dessa óptica, tem-se que os direitos fundamentais não são mera declaração de princípios, mas compreendem normas jurídicas, o que implica a força normativa da Constituição. Referida corrente vem sendo defendida com afinco na Alemanha, sob o enfoque de que os direitos fundamentais devem incidir diretamente apenas na relação entre o Estado e os cidadãos, cabendo ao direito privado, por meio de legislação infraconstitucional, conferir efeitos indiretos desses direitos às relações entre particulares.

Portanto, para o enfrentamento das questões relacionadas ao trabalho em plataformas digitais na chamada “Indústria 4.0”, mediante a interpretação do ordenamento jurídico brasileiro na resolução dos conflitos existentes nas relações privadas de trabalho em tal modalidade, tem-se que as diversas alterações legislativas nos últimos anos não foram capazes de suprimir lacuna existente quanto ao tema na visão da pirâmide kelseniana;

45. Grundrechte und Zivilrechtsprechung. In: Theodor Maunz (Hrsg.). Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung: Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky. München, Isar, 1956, p. 159, apud SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 75.

46. SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., p. 76.

47. SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., p. 76.

48. SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., p. 78-79.

contudo, de acordo com a teoria da força normativa dos princípios, é possível conferir efetividade aos direitos fundamentais nessa relação sem mesmo ser invocada ausência de legislação infraconstitucional.

6. CONCLUSÃO

O trabalho desenvolvido por profissionais na chamada “Indústria 4.0” a partir do uso das novas tecnologias, formas e ferramentas de trabalho não enquadradas na relação jurídica clássica empregatícia deve ser investigado não só mediante a existência de normas regulamentadoras na concepção kelseniana, mas sob o prisma da garantia de um patamar mínimo de direitos a partir da tese da eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho afetos à valorização do homem, que tem como núcleo central a dignidade da pessoa humana, insculpida no artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988, à luz do pós-positivismo jurídico, cujos princípios possuem força de normatividade.

Nesse viés, há necessidade de ser desenvolvida tese do patamar mínimo de direitos fundamentais aplicáveis ao trabalhador atípico, a partir do estudo dos direitos dos trabalhadores insculpidos na Constituição Federal de 1988, como os chamados *direitos inespecíficos*, os quais, além da dignidade da pessoa humana sob a óptica do núcleo central da valorização do homem (art. 1º, III), consagram o direito à vida, à isonomia, à liberdade, à privacidade, à intimidade, à liberdade de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, à saúde, à alimentação, ao transporte, ao lazer, à segurança, entre outros previstos nos artigos 5º e 6º da CF/88; bem como os denominados *direitos específicos* dos trabalhadores que possuem como premissa a relação de emprego, a exemplo do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, salário mínimo, décimo terceiro salário, adicional noturno, adicional de horas extras, férias mais 1/3, aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço, adicional de penosidade, insalubridade, periculosidade, atuação sindical, representação dos trabalhadores na empresa e direito de greve, previstos nos artigos 7º, 8º a 11 da CF/88.

O direito fundamental de primeira geração da dignidade da pessoa humana possui caráter *prima facie* sobre outros princípios da ordem constitucional, em face da internacionalização dos direitos do homem nas cartas constitucionais como direitos fundamentais, de forma que todo sopesamento deva respeitar, num primeiro plano, os direitos da personalidade.

Nesse ponto, o presente estudo revelou o panorama das fases da normatividade dos princípios, iniciando com a fase jusnaturalista – também conhecida como fase metafísica e abstrata dos princípios –, que teve origem na Revolução Francesa com a filosofia de que o direito nasce de uma força superior e divina, e não do homem, sendo os princípios considerados muito além do ideal de justiça, dado o caráter abstrato de normatividade duvidosa. Posteriormente, com a decadência do Direito Natural a partir do surgimento da Escola Histórica do Direito e a elaboração dos Códigos, desde o século XIX até a primeira metade do século XX, os princípios passaram do campo abstrato para o concreto,

ingressando nos Códigos como fonte normativa subsidiária. Foi demonstrado que essa segunda fase da teorização dos princípios, conhecida como positivismo jurídico ou jus-positivismo, surgiu com a intenção de preencher o vazio normativo, com a concepção de “que os princípios gerais de Direito equivalem aos princípios que informam o Direito Positivo e lhe servem de fundamento”, porém, sem qualquer interpretação de cunho axiológico.⁴⁹ Nessa concepção, a ideia inicial, que era a de consagrar direitos da burguesia na época em que imperava o jusnaturalismo, passou a ser a da concretude da lei, em busca do real sentido da norma. Esse modelo, no entanto, foi esvaziado por possuir uma ideia falsa de justiça, como a elaboração de regras postas que conferiam validade jurídica ao nazismo e fascismo, ambos previstos na legislação alemã e italiana.

A terceira fase, marcada por Dworkin, no mundo anglo-americano, e Mülher, na Alemanha, rompeu a tradição de alguns precursores positivistas desses países, como Kelsen e Hart, e contribuiu para a concepção do pós-positivismo de que princípios são normas-valores com maior peso quando constitucionalizados.⁵⁰ O pós-positivismo, com as referências das figuras anteriores, buscou reviver o jusnaturalismo com a necessidade de positivizar regras, conferindo ao magistrado a possibilidade de interpretação dos princípios com cunho axiológico. Nessa fase, os princípios deixaram de ter a característica de princípios gerais de direito e passaram a ter caráter normativo, vinculando as decisões judiciais assim como as regras positivadas.

A normatividade dos princípios ocorre, em outros dizeres, quando os princípios gerais de direitos são positivados na ordem jurídica de um país, possuindo validade, vigência e eficácia. Tais princípios são constitucionalizados à medida que são inseridos nas Constituições dos países, sobretudo quando há o reconhecimento, pelo legislador constitucional, dos direitos do homem, ditos direitos fundamentais.

Nesse viés, muito embora não exista regulamentação conferindo direitos mínimos aos trabalhadores sem vínculo empregatício que atuam nos novos postos de trabalho na chamada “Indústria 4.0”, esses devem ser examinados à luz do pós-positivismo jurídico, conferindo-se tratamento efetivo da dignidade da pessoa humana na aplicação dos direitos fundamentais nessas relações de trabalho. Para tanto, necessária a incidência dos direitos mínimos aplicáveis a todo trabalhador, independentemente do regime jurídico em que está enquadrado, a partir da análise dos direitos fundamentais inespecíficos e específicos dos trabalhadores insculpidos na Constituição Federal de 1988.

49. FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín Arces y. Los Principios Generales Del Derecho y su Formulación Constitucional, p. 38 apud BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 261.

50. FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín Arces y. Op. cit., p. 274.

7. BIBLIOGRAFIA

- ABRANTES, José João. *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- ALMEIDA, Renato Rua de (Coord.). *Direitos fundamentais aplicados ao direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.
- ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. A organização internacional do trabalho e a proteção aos direitos humanos do trabalhador. *Justiça do Trabalho*, Porto Alegre, ano 24, n. 280, p. 29-50, abr. 2007.
- ÁVILA, Humberto B. *Teoria dos princípios*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BARCELOS, Ana Paula de. *Eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BELTRAN, Ari Possidonio. *Dilemas do trabalho e do emprego na atualidade*. São Paulo: LTr, 2001.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campos, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BRANCO, Ana Paula Tauceda. *A colisão de princípios constitucionais no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.
- BRAMANTE, Ivani Contini; CALVO, Adriana (Org.). *Aspectos polêmicos e atuais do direito do trabalho: homenagem ao Prof. Renato Rua de Almeida*. São Paulo: LTr, 2007.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. 2. reimpr. Coimbra: Almedina, 2009.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- CASSAR, Vólia Bomfim. *Resumo de direito do trabalho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.
- COSTA FILHO, Armando Casimiro et al. *Consolidação das Leis do Trabalho*. 48. ed. São Paulo: LTr, 2017.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016.
- DELGADO, Mauricio Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. *Revista LTr – Legislação do Trabalho*, São Paulo, v. 70, p. 657-667, 2006.
- DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 8. ed. adaptada ao novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2011.

- FERNANDES, António Lemos Monteiro. *Direito do trabalho*. 11. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- FRANCIULLI NETO, Domingos (Org.). *O novo Código Civil: homenagem ao Professor Miguel Reale*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: RCS, 2007.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LIMA, Leonardo Tibo Barbosa. *Lições de direito processual do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2017.
- MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- MARANHÃO, Délio; CARVALHO, Luiz Inácio Barbosa. *Direito do trabalho*. 17. ed., rev. e atual. de acordo com a Constituição de 1988 e legislação posterior. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getulio Vargas, 1993.
- MARTINS COSTA, Judith; BRANCO, Gerson L. Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- MEIRELLES, Edilton. *O novo Código Civil e o Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.
- MOURA, Marcelo. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 38. ed. São Paulo: LTr, 2013.
- NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- PASTORE, José. O trabalho do futuro e o futuro do direito. *Revista LTr*, São Paulo, v. 83, n. 08, p. 908-919, ago. 2019.
- PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. *O princípio da dignidade da pessoa humana na perspectiva do direito como integridade*. São Paulo: LTr, 2009.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- PINTO, José Augusto Rodrigues. O fator tecnológico na reforma trabalhista brasileira. *Revista LTr*, São Paulo, v. 68, n. 12, p. 1417-1428, dez. 2004.
- PROSCURCIN, Pedro. *Do contrato de trabalho ao contrato de atividade*. São Paulo: LTr, 2003.
- REALE, Miguel. *Nova fase do direito moderno*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. 3. ed. atual. São Paulo: LTr, 2000.
- ROMAR, Carla Teresa Martins. *Direito do trabalho esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2013.

- RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Direito do trabalho, parte I: dogmática geral*. Coimbra: Almedina, 2005.
- ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2009.
- SANTOS, Ariane Joice dos. *Direito Individual do Trabalho: com apontamentos da Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017) e Medida Provisória 808/2017 (vigência encerrada)*. São Paulo: LTr, 2018.
- SANTOS, Ariane Joice dos. *Direito Coletivo do Trabalho: as relações coletivas de trabalho após o advento da Lei da Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017)*. São Paulo: LTr, 2019.
- SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Internacionalização dos direitos humanos trabalhistas. *Revista LTr*, São Paulo, v. 72, n. 03, p. 277-284, mar. 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed., rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008.
- SILVA, Virgílio Afonso da. (Org.). *Interpretação constitucional*. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2007.
- STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- SÚSSEKIND, Arnaldo. *Curso de direito do trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- TELES, Vera da Silva. Questão social: afinal do que se trata? *São Paulo em Perspectiva*, v. 10, n. 4, p. 85-95, out.-dez. 1996.
- TELLES JUNIOR, Goffredo. *Iniciação na Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v. II.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Trabalho; Digital

Veja também Doutrinas relacionadas tema

- Incidências das novas tecnologias nas relações de trabalho, de Thereza Christina Nahas – *RDT - Especial 1*;
- Plataformas digitais e vínculo empregatício? os indícios de autonomia, subordinação e dependência, de José Eduardo de Resende Chaves Júnior, Murilo Carvalho Sampaio Oliveira e Raimundo Dias de Oliveira Neto – *RT 1034/319-334*; e
- Relações coletivas de trabalho na era digital: a opacidade algorítmica e o direito de informação de quem trabalha, de Francesca Columbu e Túlio de Oliveira Massoni – *RDT 222/221-245*.