

## ESTRATÉGIAS POSSÍVEIS PARA UMA ATUAÇÃO ADVOCATÍCIA PROPOSITIVA NO CAMPO DOS DIREITOS HUMANOS TRABALHISTAS FRENTE AO ATUAL PADRÃO DECISÓRIO DO STF

*POSSIBLE STRATEGIES FOR A PROACTIVE LEGAL PRACTICE IN THE FIELD OF  
LABOR HUMAN RIGHTS, IN LIGHT OF THE SUPREME FEDERAL COURT'S CURRENT  
DECISION-MAKING PATTERN*

Gabriela Neves Delgado\*

Orcid: 0000-0002-9400-4293

Ana Luísa Gonçalves Rocha\*\*

Orcid: 0000-0001-8077-9410

### Resumo

**Contextualização:** O Brasil experimenta prolongado período de refluxo nas garantias e proteções trabalhistas, que tem afetado intensamente o Direito do Trabalho e a Justiça do Trabalho, nos seus aspectos jurídicos e institucionais.

**Objetivo:** Analisar possíveis estratégias para uma atuação advocatícia propositiva, no campo dos direitos humanos trabalhistas e do constitucionalismo humanista e social, frente ao atual padrão decisório do Supremo Tribunal Federal em matéria trabalhista.

**Método:** Análise da jurisprudência do STF, com base em amostra de ações de controle concentrado de constitucionalidade e recursos extraordinários julgados até 01.02.2023; Análise bibliográfica.

**Resultados:** Elencam-se, como possíveis estratégias para a advocacia trabalhista, o robustecimento da argumentação no campo do direito internacional do trabalho; a exigência de efetivação da Recomendação 198 da OIT; o conhecimento dos precedentes e a realização do *distinguishing*; além da defesa da competência da Justiça do Trabalho, à luz da EC 45/2004.

**Palavras-chave:** Direitos humanos trabalhistas; Supremo Tribunal Federal; Atuação advocatícia.



#### Artigo de convidado

Artigo recebido em: 25/9/2024

Artigo aprovado em: 26/9/2024

#### DOI:

<https://doi.org/10.37497/RevistaTDJ.TR.T9PR.2.2024.106>

\* Professora Titular de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da UnB. Advogada. Pesquisadora Coordenadora do Grupo de Pesquisa *Trabalho, Constituição e Cidadania* (UnB/CNPq). Pós-Doutorado em Desigualdades Globais e Justiça Social: diálogos sul e norte pela Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais e seu Colégio Latino Americano de Estudos Mundiais (FLACSO). Pós-Doutorado em Sociologia do Trabalho pelo Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP). Doutora em Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas).

\*\* Mestre em Direito, Estado e Constituição pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília. Graduada em Direito pela Universidade de Brasília. Integrante do Grupo de Pesquisa *Trabalho, Constituição e Cidadania* (UnB/CNPq). Advogada.

**Abstract**

**Contextualization:** Brazil has been experiencing a prologed period of reflux in labor protections and weakening of the Labor Courts.

**Objective:** To analyze possible strategies for a proactive legal practice in the field of labor human rights and social constitutionalism, in light of the Supreme Federal Court's current decision-making pattern in labor matters.

**Method:** Analysis of the Supreme Federal Court's case law, based on a sample of cases involving judicial review and extraordinary appeals judged until 02/01/2023; Bibliographic analysis.

**Results:** Possible strategies for labor law practice include strengthening arguments in the field of international labor law; demanding the implementation of ILO's Recommendation 198; understanding precedents and applying *distinguishing*; and defending the jurisdiction of the Labor Courts in light of the Constitutional Amendment 45/2004.

**Keywords:** Labor human rights; Supreme Federal Court; Legal Practice.



## 1. INTRODUÇÃO

Há décadas, o Brasil experimenta um período de refluxo nas garantias e proteções trabalhistas. Esse cenário flexibilizatório tem afetado intensamente o Direito do Trabalho e a Justiça do Trabalho, nos seus aspectos jurídicos e institucionais.

Este artigo se concentra em identificar algumas alternativas jurídicas para a construção de um sistema jurídico de proteção ao trabalho humano direcionado pelos direitos humanos trabalhistas e pelo constitucionalismo humanista e social.

A intenção, aqui alavancada, é a de pontuar possíveis estratégias para atuação da advocacia trabalhista perante os Tribunais Superiores, e especificamente perante o Supremo Tribunal Federal (STF), a partir da análise de amostra de pesquisa do atual padrão decisório da Corte Constitucional em matéria trabalhista.

## 2. DIAGNÓSTICO DO ATUAL PADRÃO DECISÓRIO DO STF EM MATÉRIA TRABALHISTA

Uma das análises necessárias para a melhor compreensão do papel da advocacia trabalhista na atualidade recai sobre a atuação do STF em face de temas trabalhistas.

A análise diagnóstica aqui apresentada parte de pesquisa jurisprudencial prévia quanto ao papel do STF no cumprimento da Agenda 2030 da ONU, mais especificamente no tocante ao Objetivo de Desenvolvimento Sustentável n. 8 (ODS 8), relacionado ao “trabalho decente e crescimento econômico”. Na amostra, foram considerados os processos indexados pelo próprio Tribunal ao ODS 8, no painel de dados “STF e Agenda ONU 2030”, até a data de 01.02.2023 (DELGADO, ROCHA, PARANHOS, 2023).

Do total de processos indexados ao ODS n. 8, foram filtrados aqueles classificados como Ações de Controle Concentrado de Constitucionalidade ou Recurso Extraordinário, envolvendo diretamente temas de Direito Material ou Processual do Trabalho, com julgamento finalizado. Assim, no total, foram analisados 31 processos (DELGADO, ROCHA, PARANHOS, 2023).

O conjunto da amostra proporcionou três grandes constatações sobre o padrão decisório do STF, considerado o período demarcado, no que tange à pauta trabalhista (DELGADO, ROCHA, PARANHOS, 2023).

Em primeiro lugar, observou-se que, em causas nas quais foram evidentemente ameaçados os direitos fundamentais elencados na Declaração da Organização Internacional do Trabalho (OIT) de 1998 – com exceção para o direito à negociação coletiva –, o STF privilegiou o caráter tuitivo do Direito do Trabalho (DELGADO, ROCHA, PARANHOS, 2023).

No que se refere à eliminação do trabalho forçado e do trabalho infantil, destacam-se os julgamentos da ADPF n. 509 (j. 16.09.2020, Rel. Min. Marco Aurélio Mello) e da ADI n. 2.096 (j. 13.10.2020, Rel. Min. Celso de Mello), nos quais o Supremo declarou a constitucionalidade, respectivamente, da “lista suja” do trabalho escravo e da elevação da idade mínima para a admissão no trabalho. Em relação à não discriminação, cita-se a ADI n. 5.938 (j. 25.09.2019, Rel. Min. Alexandre de Moraes), em que declarada a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei n. 13.467/2017 que condicionavam o afastamento de gestantes e lactantes de trabalhos em ambientes insalubres em graus mínimo e médio à apresentação de atestado médico.

Essa última ADI também integra um grupo de processos nos quais o STF decidiu com base na proteção à saúde e ao meio ambiente de trabalho, como é o caso do RE n. 828.040 (Red. Min. Gilmar Mendes, j. 12.03.2020, tema 932) – em que se assentou a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva aos danos decorrentes de acidentes de trabalho em atividades de risco –, e do referendo da medida cautelar na ADI n. 6.327 (j. 03.04.2020, Rel. Min. Edson Fachin), que tratou do termo inicial para a licença maternidade em hipóteses de internação prolongada.

Em segundo lugar, constatou-se que o mesmo posicionamento não foi adotado pelo STF em relação aos temas afetos ao Direito Coletivo do Trabalho. Nesses casos, o Supremo tendeu a adotar postura comedida em relação à aplicação protetiva dos direitos trabalhistas (DELGADO, ROCHA, PARANHOS, 2023).

Embora tenha destacado a necessidade de intervenção dos sindicatos nos processos de demissão em massa, a tese fixada no RE n. 999.435 (j. 08.06.2022, Red. Min. Luís Roberto Barroso, tem 638) dispensa expressamente a necessidade de celebração de acordo ou convenção coletiva. Em prejuízo mais evidente, tem-se, na ADI n. 6.363 (j. 17.04.2020, Red. Min. Alexandre de Moraes), a dispensa da participação dos entes sindicais na formulação dos acordos

de redução de salário e jornada e de suspensão contratual no âmbito do programa emergencial da Covid-19.

Ainda nessa linha, no julgamento do ARE n. 1.121.633 (rel. Min. Gilmar Mendes, j. 02.06.2022, tema 1.046), observou-se o alargamento da autonomia coletiva em detrimento da preservação de direitos trabalhistas, com a fixação da tese de repercussão geral de que “são constitucionais os acordos e as convenções coletivos que, ao considerarem a adequação setorial negociada, pactuam limitações ou afastamentos de direitos trabalhistas, independentemente da explicitação especificada de vantagens compensatórias, desde que respeitados os direitos absolutamente indisponíveis”.

É importante registrar, de toda forma, que houve um importante julgamento no STF, superveniente à pesquisa jurisprudencial ora indicada, em que foi declarada “constitucional a instituição, por acordo ou convenção coletivos, de contribuições assistenciais a serem impostas a todos os empregados da categoria, ainda que não sindicalizados, desde que assegurado o direito de oposição” (ARE 1018459, Rel. Min Gilmar Mendes, tema 935). Nesse caso, parece haver um recuo do Tribunal em favor do financiamento da atuação coletiva.

Em terceiro lugar, a pesquisa identificou que, nas ações referentes a direitos patrimoniais trabalhistas, com grande repercussão econômica, o STF foi conservador, pois tendeu a sobrepor o valor da livre iniciativa ao valor social do trabalho, priorizando a análise econômica do direito (DELGADO, ROCHA, PARANHOS, 2023).

Nessa toada, o Tribunal avalizou formas atípicas de contratação trabalhista, num cenário predominantemente flexibilizatório. Foi o que se verificou nos casos emblemáticos do RE n. 958.252 (j. 30.08.2018, Rel. Min. Luiz Fux, tem 725), da ADI n. 5685 (j. 16.06.2020, rel. Min. Gilmar Mendes) e do ARE n. 791.932 (j. 11.10.2018, rel. Min. Alexandre de Moraes), nos quais se afirmou a licitude da terceirização, seja na atividade-meio, seja na atividade-fim.

Também vale citar o julgamento da ADI n. 5.625 (j. 28.10.2021, Red. Min. Nunes Marques), em que se declarou a constitucionalidade da Lei do Salão-Parceiro, a qual afasta, a priori, a configuração de vínculo empregatício entre proprietários de salões de beleza e trabalhadores contratados sob regime de “parceria”.

### **3. A PARTIR DESSE DIAGNÓSTICO, QUESTIONA-SE: QUAIS SERIAM AS POSSÍVEIS ESTRATÉGIAS A SEREM ADOTADAS PELA ADVOCACIA TRABALHISTA PARA ATUAÇÃO NOS TRIBUNAIS SUPERIORES, E ESPECIFICAMENTE NO STF?**

A partir da análise jurisprudencial indicada, e para que seja possível reforçar o sistema

jurídico de garantias e proteções trabalhistas, é que se pretende, neste momento, retomar quatro possíveis encaminhamentos para atuação da advocacia trabalhista perante os Tribunais Superiores, mais especificamente no STF, na linha dos direitos humanos trabalhistas e do constitucionalismo humanista e social.

Tais encaminhamentos, por certo, também são válidos para a atuação nas instâncias ordinárias, tendo-se optado, no entanto, por focalizar as reflexões sobre a prática advocatícia perante o STF, considerado o recorte da pesquisa jurisprudencial anteriormente apresentado.

É o que se segue.

### **3.1. Robustecimento da argumentação no campo dos direitos humanos trabalhistas e do direito internacional do trabalho**

Em primeiro lugar, considera-se fundamental que a advocacia trabalhista ancore os pedidos, perante o STF, em normas de direitos humanos trabalhistas e de direito internacional do trabalho, de modo a ampliar a possibilidade do controle de convencionalidade.

Sabe-se que a Constituição Federal acolhe um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais (SARLET, 2018, p. 75-79), ao prever, em seu art. 5º, § 2º, que os direitos e as garantias nela expressos “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

É com base nessa disposição que se defende que os tratados internacionais de direitos humanos, independentemente do rito de aprovação, são materialmente constitucionais (MAZZUOLI, 2019, p. 502-515). Do ponto de vista formal, no entanto, o art. 5º, § 3º, equipara às emendas constitucionais somente os tratados de direitos humanos aprovados mediante rito especial, sendo que aqueles que forem incorporados sob rito ordinário têm status supralegal, conforme entendimento do STF sedimentado no julgamento do RE 466.343 (j. 03.12.2008, Rel. min. Cezar Peluso, Tema 60).

De toda forma, é certo que o ordenamento jurídico brasileiro comporta um controle duplo de proteção de direitos humanos, cujos tratados internacionais têm status, no mínimo, supralegal. Há o parâmetro da Constituição, que serve de base para o controle de constitucionalidade, e o parâmetro dos tratados e convenções de direitos humanos dos quais o país é signatário (MAZZUOLI, 2019, p. 502-515). Isso significa que os atos normativos do país devem ser examinados não só à luz das disposições constitucionais, mas também à luz das normas internacionais.

Silvio Beltramelli Neto (2018, p. 285) observa que o controle de convencionalidade é consectário da obrigação de os Estados adequarem suas legislações internas aos compromissos

assumidos na esfera internacional. O autor aponta, no campo dos Direitos Humanos, o importante papel da Corte Interamericana na realização do controle concentrado de convencionalidade, destacando, no entanto, a necessidade de que:

[...] administradores, legisladores e juízes, nas respectivas searas nacionais e dentro de suas competências (material e territorial), já pratiquem esse juízo de convencionalidade, na medida em que o Direito Internacional dos Direitos Humanos integra o ordenamento jurídico interno (no caso do Brasil, por força sobretudo do art. 5º, § 2º do art. 5º da CF), bem assim porque todos os agentes estatais estão adstritos ao dever de respeitar, proteger e promover os direitos humanos de acordo com padrões adotados pelos tratados, pelas normas costumeiras e pela jurisprudência internacionais (BELTRAMELLI NETO, 2018, p. 285).

Assim, no que se refere especificamente ao Poder Judiciário brasileiro, objeto de maior interesse desta pesquisa, vale trazer a lição de André de Carvalho Ramos, segundo o qual o controle de convencionalidade consiste:

[...] na análise da compatibilidade entre as leis (e atos normativos) e os tratados internacionais de direitos humanos, realizada pelos juízes e tribunais brasileiros, no julgamento de casos concretos, nos quais se deve deixar de aplicar os atos normativos que violem o referido tratado (RAMOS, 2023, p. 9).

De acordo com Valerio Mazuolli (2019, p. 494), cumpre ao Judiciário dar aplicabilidade aos tratados internacionais no âmbito interno e às leis que os regulamentam, bem como afastar a incidência das normas internas a eles contrárias. Esse papel deve ser exercido tendo-se em primeiro plano a noção de que infringir o dever de respeito às normas internacionais pode implicar a responsabilização internacional do Estado. Ou seja, cabe ao Judiciário zelar, também na esfera dos compromissos internacionais, pelo *pacta sunt servanda*, o que pode ser feito, entre outros instrumentos por meio do controle de convencionalidade.

Assim, para o autor, incumbe ao juiz conhecer e se familiarizar com as normas internacionais e com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, aplicando-as, inclusive, de ofício. O autor também defende o exame de compatibilidade da norma interna em relação à internacional como pressuposto, devendo ocorrer de maneira prévia à apreciação do mérito da causa (MAZZUOLI, 2018, p. 36 e 37).

Vale citar, nessa linha, a Recomendação n. 123 do Conselho Nacional de Justiça, de 2022, a qual recomenda aos órgãos do Poder Judiciário:

a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil e a utilização da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), bem como a necessidade de controle de convencionalidade das leis internas.

Delaíde Miranda Arantes (2022) afirma que é dando efetividade a essa Recomendação, por meio da incorporação das normas internacionais do trabalho – especialmente as da OIT e inclusive por meio do controle de convencionalidade – e da aplicação da norma mais benéfica

à promoção dos direitos fundamentais, que o Judiciário contribuirá para a concretização do trabalho decente no Brasil.

Em direção aproximada, compreende-se que a advocacia também deve ampliar a fundamentação dos seus pedidos, desde a base do processo, com base no regramento internacional, suscitando a obrigação do cumprimento dos instrumentos internacionais dos quais o Brasil é signatário.

Ou seja, ainda que o controle de convencionalidade possa ser promovido, de ofício, pelo Juiz ou Tribunal, é importante que a advocacia suscite expressamente a necessidade de se compatibilizar a interpretação da legislação interna aos tratados internacionais de direitos humanos.

Portanto, uma atuação proativa da advocacia nesse sentido é essencial para promover uma cultura de respeito às normas internacionais, as quais também dão respaldo à proteção dos direitos patrimoniais e extrapatrimoniais trabalhistas. Nesse sentido, é preciso lembrar, por exemplo, que normas relativas ao pagamento de salários e à limitação de jornada também estão ancoradas em normas de direitos humanos.

Como identificado na amostra da pesquisa jurisprudencial, o STF, em regra, caminha melhor nas pautas diretamente relacionadas à proteção dos direitos humanos trabalhistas, notadamente aqueles previstos na Declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais no trabalho.

Ocorre que a efetivação desses princípios e direitos fundamentais demanda a inserção do trabalhador em relações formalmente reconhecidas e protegidas. Os contratos de natureza civil – cuja expansão, em substituição ao contrato de trabalho, tem tido a anuência do STF – não garantem, regra geral, a efetivação de um patamar mínimo de direitos trabalhistas, o que limita a proteção preconizada pelo próprio Tribunal nos casos de direitos humanos trabalhistas. Por isso a importância do controle de convencionalidade.

Enfim, o controle de convencionalidade é mais um instrumento para o alcance de uma atuação mais propositiva no campo do Direito do Trabalho, além do controle de constitucionalidade, é claro.

### **3.2. Exigência de efetivação da recomendação 198 da OIT: a aplicação da primazia da realidade sobre a forma como espaço para a preservação do vínculo de emprego**

Em segundo lugar, para uma atuação judicial propositiva no campo dos direitos humanos trabalhistas e do direito internacional do trabalho, sobretudo neste contexto de profusão de contratos de natureza civil a encobrirem vínculos empregatícios, cabe à advocacia

trabalhista resgatar e reforçar o princípio da primazia da realidade sobre a forma na argumentação jurídica, exigindo o cumprimento, além das disposições constitucionais e legais, da Recomendação 198 da OIT.

Conforme a Recomendação 198, a determinação da existência de uma relação de emprego “deverá ser guiada principalmente pelos fatos relativos à execução do trabalho e à remuneração do trabalhador, ainda que a relação seja caracterizada de forma diversa em qualquer arranjo acordado entre as partes” (tradução livre - OIT, 2006).

Ou seja, a Recomendação 198 preconiza a aplicação do princípio da primazia da realidade sobre a forma no que se refere à determinação da existência de relação de emprego. Também propõe o estabelecimento de presunção legal de existência de relação de emprego em havendo um ou mais indicadores de sua presença<sup>1</sup>.

Assim, o documento prevê que os Estados membros formulem e implementem políticas nacionais de proteção à relação de emprego, que incluam, entre outras, medidas destinadas a: orientar empregadores e trabalhadores quanto à determinação, de forma eficaz, da existência da relação de emprego e à distinção entre empregados e trabalhadores autônomos; combater relações de emprego disfarçadas, como, por exemplo, as que se valem de outras formas contratuais para dissimular ou ocultar o estatuto jurídico do trabalho e zelar pelo cumprimento e pela aplicação efetiva da legislação do trabalho.

Em referência à Recomendação 198, Rodrigo Carelli (2013, p. 239) reforça a importância da utilização dos fatos como guia para a aferição da existência da relação de emprego, sobretudo diante dos novos arranjos e formas de contratação de trabalhadores e de organização de produção de bens e serviços.

É importante destacar que, em abril deste ano, o Parlamento Europeu aprovou Diretiva para a regulamentação do trabalho em plataformas digitais, na linha da Recomendação 198 da OIT<sup>2</sup>. A Diretiva determina que os países da União Europeia estabeleçam mecanismo de presunção legal de vínculo empregatício, que somente pode ser elidida mediante prova em contrário. Assim, cabe à plataforma demonstrar a inexistência da relação de emprego, se houver demanda nesse sentido.

Segundo a relatora, a Diretiva “corrigirá o falso trabalho por conta própria, evitará a concorrência desleal e protegerá o verdadeiro trabalho por conta própria” (Parlamento Europeu,

<sup>1</sup> A Recomendação também reconhece que há trabalhadores que são particularmente afetados pela incerteza quanto à existência da relação de emprego – mulheres, jovens, idosos, informais, migrantes e pessoas com deficiência –, estipulando que os Estados membros tenham “especial cuidado” para garantir a sua proteção.

<sup>2</sup> Ainda está pendente a adoção da diretiva pelo Conselho da União Europeia.

2024). Além disso, a Diretiva prevê regras para proteção de dados pessoais dos trabalhadores e para transparência e *accountability* dos algoritmos.

Murillo van der Laan (2024) observa que a proposta da Diretiva, elaborada a partir de consulta a entidades patronais e sindicais, passou por amplo período de maturação e negociação no âmbito das instituições da UE. Para o pesquisador, a Diretiva representa uma experiência paradigmática para a regulamentação do trabalho em plataformas digitais, tanto em razão da construção da presunção do vínculo empregatício – que deve ser estipulada internamente pela legislação de cada país –, quanto em virtude das disposições relativas à gestão algorítmica do trabalho, com mecanismos de transparência, avaliação, consulta, fiscalização e proteção de dados aplicáveis inclusive ao trabalho autônomo.

Vê-se que tanto a Recomendação 198 quanto a Diretiva da UE partem expressamente da constatação de que a presunção relativa da relação de emprego é necessária em face das disparidades de poder existentes entre os sujeitos contratantes – sendo que, no caso dos trabalhadores em plataformas digitais, essa vulnerabilidade é ainda mais intensa.

Nada obstante, o Brasil caminha exatamente no sentido contrário. No caso do trabalho em plataformas digitais, observa-se, na prática, a preterição do princípio da primazia da realidade sobre a forma e da regra do art. 9º da CLT, que prevê a nulidade de atos destinados a fraudar os preceitos celetistas.

Importante ainda registrar que o STF se debruçou sobre o tema ao reconhecer a repercussão geral do RE 1.446.336 (j. 02.03.2024), nos seguintes termos: “A controvérsia acerca do reconhecimento de vínculo empregatício entre motorista de aplicativo de prestação de serviços de transporte e a empresa criadora e administradora de plataforma digital tem repercussão geral”.

Embora o mérito da questão ainda não tenha sido apreciado de forma vinculante, identifica-se tendência do STF a cassar decisões oriundas da Justiça do Trabalho em que reconhecida a existência de vínculo empregatício do trabalhador uberizado, por meio de pronunciamentos monocráticos ou turmários em sede de Reclamação Constitucional, sem a observância do princípio da primazia da realidade sobre a forma (ANAMATRA, NTADT, 2024).

Essas decisões do STF têm sido fundamentadas nos precedentes da ADPF 324 e do Tema 725 de Repercussão Geral, relativos à terceirização, além da ADC 48, que tratou da constitucionalidade da Lei n. 11.442/2007, a qual estipula a natureza comercial do contrato de transporte autônomo de cargas para motoristas profissionais, afastando a configuração do vínculo trabalhista (ANAMATRA, NTADT, 2024).

O que se observa, portanto, é que o STF – a fim de afastar a configuração do vínculo empregatício identificada nas instâncias inferiores – tem optado por adotar, nas decisões em sede de Reclamação, precedentes que tratam de matérias diversas às relações de trabalho em plataformas digitais, o que é um equívoco.

### 3.3. Conhecimento dos precedentes e realização do *distinguishing*

Outra possível estratégia para atuação da advocacia trabalhista perante o STF, na linha dos direitos humanos trabalhistas, diz respeito ao conhecimento dos precedentes (e de seus limites) e à realização do *distinguishing*.

Considera-se de suma importância conhecer detalhada e aprofundadamente a *ratio decidendi* dos precedentes, de forma a compreender sua extensão e exigir respeito aos seus limites.

Cesar Zucatti Pritsch (2020, p. 112) conceitua a *ratio decidendi* como “a parte essencial ou necessária de uma decisão, da qual depende sua conclusão”. Segundo ele, a *ratio decidendi* constitui o elemento central do sistema de precedentes vinculantes, definindo os padrões decisórios que serão necessariamente reproduzidos no futuro, em situações fáticas idênticas ou analógicas.

Em sentido comum, Augusto César Leite de Carvalho (2021, p. 762) destaca que a essência do precedente reside na *ratio decidendi*, cabendo ao julgador aplicá-lo “se os fatos e fundamentos jurídicos da causa coincidirem com os que foram levados em consideração na formação da tese jurídica, comportando a subsunção daqueles nesta”.

Nessa linha, tem-se que a vinculação à *ratio decidendi* promoveria o equilíbrio entre a estabilidade da jurisprudência e a independência funcional do julgador, evitando que um caso futuro “seja regido por entendimentos excessivamente abrangentes ou abstratos, inapropriados para seus fatos concretos” (PRITSCH, 2020, p. 113).

É preciso, portanto, defender a aderência estrita aos precedentes, impedindo o seu extravasamento. Ou seja, o advogado trabalhista deve necessariamente atuar quando houver interpretação extensiva de precedente do STF.

Nos termos do art. 489, V, do Código de Processo Civil, não se considera devidamente fundamentada a decisão que “se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”.

Nesse contexto, a figura do *distinguishing* surge como ferramenta central para a advocacia. A técnica do *distinguishing*, ou simplesmente distinção, deve ser utilizada com o

propósito de descolamento em relação ao precedente ou caso-líder quando houver “elementos diferenciados no caso sob julgamento (ou diferenças sensíveis na *ratio decidendi*)” (CARVALHO, 2021, p. 769).

Assim, estando-se diante de fatos diversos àqueles compreendidos pela *ratio decidendi*, há dois caminhos possíveis, conforme ensina Pritsch. Se esses fatos “forem suficientemente similares, em aspectos relevantes para a relação jurídica debatida, a ponto de justificar o mesmo tratamento”, aplica-se o precedente. Por outro lado, “se os fatos necessários do precedente e do caso atual forem distintos a ponto de recomendar solução diversa daquela do precedente”, deve haver o *distinguishing*, não incidindo o precedente (PRITSCH, 2020, p. 153).

Portanto, a advocacia deve demonstrar, de forma clara e precisa, a distinção das circunstâncias materiais e/ou jurídicas do caso concreto em relação à tese jurídica, a fim de afastar a aplicação do precedente, se for o caso.

Por exemplo, no que tange aos profissionais liberais pejetizados – além dos já citados trabalhadores em plataformas digitais –, há diversas decisões do STF, em sede de Reclamação Constitucional, que suspenderam o reconhecimento do vínculo empregatício e determinaram a realização de novo julgamento pela Justiça do Trabalho em atenção ao precedente da terceirização (ADPF 324 e Tema 725 de repercussão geral), o que é um equívoco (ANAMATRA, NTADT, 2024).

Importa, desse modo, demonstrar ao julgador a diferenciação entre terceirização, enquanto mecanismo de intermediação de mão de obra avalizado pelo STF, e a pejetização, enquanto prática destinada a fraudar a legislação celetista por meio da contratação de trabalhador subordinado como sócio de pessoa jurídica.

Também os precedentes do salão-parceiro e do transporte autônomo de cargas (bem como as legislações declaradas constitucionais) não afastam peremptoriamente a possibilidade de configuração do vínculo de emprego. Têm-se presunções relativas, que devem ser afastadas uma vez identificados, nas situações concretas, os elementos fático-jurídicos da relação empregatícia.

### 3.4. Defesa da competência da Justiça do Trabalho, à luz da EC 45/2004

Ainda considerando a profusão de Reclamações Constitucionais contra decisões em que configurado o vínculo empregatício, identifica-se, como desafio emergente, a defesa da competência da Justiça do Trabalho pela advocacia trabalhista e demais intérpretes do Direito do Trabalho.

Pesquisa jurisprudencial realizada pelo Núcleo de Extensão e Pesquisa “O Trabalho

Além do Direito do Trabalho” (NTADT), da Faculdade de Direito da USP, em parceria com ANAMATRA, traz importantes apontamentos nesse sentido (2024).

Foram analisadas quantitativa e qualitativamente 1.039 decisões em Reclamação Constitucional, proferidas pelo STF entre 01.07.2023 e 16.02.2024, cujo objeto foi o reconhecimento de vínculo de emprego pela Justiça do Trabalho (ANAMATRA, NTADT, 2024).

As decisões compreenderam diversos tipos de atividades profissionais e de trabalhadores, com destaque para os transportadores autônomos de carga, os trabalhadores por demanda em plataformas digitais de transporte de pessoas e entrega de mercadorias, os advogados associados, os representantes comerciais, os trabalhadores parceiros em salões de beleza, os trabalhadores terceirizados e os profissionais liberais pejotizados (ANAMATRA, NTADT, 2024).

O estudo concluiu que as decisões do STF em Reclamação Constitucional têm contribuído para uma maior fragilização da Justiça do Trabalho, uma vez que colocada em xeque a sua competência material (ANAMATRA, NTADT, 2024).

Nota-se que, em 65% dos casos analisados, o STF devolveu os autos à origem para novo julgamento em observância aos precedentes da Corte ou apreciou ele próprio o mérito da ação, reduzindo a capacidade da Justiça do Trabalho para analisar fatos e provas e atender ao princípio da primazia da realidade sobre a forma (ANAMATRA, NTADT, 2024).

Mais grave ainda, em 21% dos casos, o STF afastou a competência da Justiça do Trabalho, em casos de discussão de vínculo de emprego, determinando a remessa dos autos para a Justiça Comum, sob o argumento de que os contratos seriam de natureza civil (ANAMATRA, NTADT, 2024).

No entanto, no real do trabalho, sabe-se que, não raras as vezes, há fraude à relação de emprego e desconsideração do princípio da realidade sobre a forma, como já apontado. Nessa linha, é necessário reforçar que cabe à própria Justiça do Trabalho, à luz dos fatos e das provas pertinentes ao caso concreto, avaliar, em atenção ao art. 9º da CLT, a existência de fraude na contratação civil, de modo a aferir a configuração de uma relação de trabalho ou mesmo de emprego.

À luz dessas constatações, não se pode perder de vista o parâmetro da Emenda Constitucional n. 45, de 2004, responsável por estender a competência da Justiça do Trabalho ao julgamento das ações decorrentes das relações de trabalho em geral, para além das relações de emprego.

A EC n. 45/2004, que neste ano completa 20 anos de promulgação, representa um marco

na história da Justiça do Trabalho, reforçando a sua missão institucional de promover justiça social e condições de dignidade nas relações de trabalho (DELGADO, COUTINHO, DI ASSIS, 2021, p. 588-595).

Portanto, sob a égide da referida Emenda Constitucional, a Justiça do Trabalho não se limita a dirimir os conflitos decorrentes das relações de emprego – as quais são apenas uma das espécies do gênero relação de trabalho. O simples fato de haver, no concreto da vida, uma relação de trabalho, independente da formulação contratual, é suficiente para atrair a competência justrabalhista. Entender de modo diverso significa negar vigência ao art. 114, I e VI, da Constituição Federal, o que não se pode admitir.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desafio de resistência à flexibilização do Direito do Trabalho e ao enfraquecimento da Justiça do Trabalho está posto.

Nesse cenário, torna-se imprescindível à advocacia trabalhista reivindicar a prática dos direitos humanos trabalhistas e do constitucionalismo humanista e social nas ações judiciais, com criterioso rigor técnico e científico.

Enfim, é certo que, no momento em que as grandes batalhas são travadas no plano argumentativo, nada é mais importante do que o conhecimento.

#### 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARANTES, Delaíde Miranda. **Trabalho Decente**: uma análise na perspectiva dos direitos humanos trabalhistas a partir do padrão decisório do Tribunal Superior do Trabalho. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília. Brasília, 2022.

BELTRAMELLI NETO, Silvio. **Direitos Humanos**. 5ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Recomendação n. 123, de 11 de janeiro de 2022. DJe/CNJ nº 7/2022, de 11 de janeiro de 2022, p. 5-6. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4305>. Acesso em 19.09.2024.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. A terceirização no século XXI. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 79, n. 4, p. 232-244, out./dez. 2013.

CARVALHO, Augusto César Leite de. **Sistema de precedentes**: aplicação direta, aplicação analógica e afastamento por distinção. 5 anos do CPC e sua integração ao processo do trabalho. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p. 751-769.

DELGADO, Gabriela Neves; COUTINHO, Raianne Liberal; DI ASSIS, Carolina. A Competência da Justiça do Trabalho nas Relações de Trabalho Digitais Uberizadas:

apontamentos sobre a decisão do Superior Tribunal de Justiça no Conflito de Competência n. 164.554-MG. **Revista LTr**. Legislação do Trabalho, v. 5, p. 588-595, 2021.

DELGADO, Gabriela Neves; ROCHA, Ana Luísa Gonçalves; PARANHOS, Ana Carolina. O papel do Supremo Tribunal Federal no cumprimento da Agenda 2030 da ONU à luz do objetivo do Trabalho Decente. **Revista Jurídica Trabalho e Desenvolvimento Humano**, v. 6, 4 jul. 2023.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ANAMATRA; NTADT. **Nota Técnica nº 1, de 25.04.2024**, relativa ao convênio NTADT – ANAMATRA. Referência: Análise dos recentes julgados do STF acerca da competência da Justiça do Trabalho no Brasil: período de 01.jul.2023 a 16.fev.2024. Disponível em: [https://www.anamatra.org.br/images/DOCUMENTOS/2024/2%C2%BA\\_Relat%C3%B3rio\\_NTADT\\_Anamatra\\_-\\_2024.pdf](https://www.anamatra.org.br/images/DOCUMENTOS/2024/2%C2%BA_Relat%C3%B3rio_NTADT_Anamatra_-_2024.pdf). Acesso em 19.09.2024.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Recomendação n. 198** – Relativa à Relação de Trabalho, 2006. Disponível em: [https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:55:0::NO::P55\\_TYPE,P55\\_LANG,P55\\_DOCUMENT,P55\\_NODE:REC,es,R198,%2FDocument](https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:55:0::NO::P55_TYPE,P55_LANG,P55_DOCUMENT,P55_NODE:REC,es,R198,%2FDocument). Acesso em 18.09.2024.

PARLAMENTO EUROPEU. Atualidades. Comunicado de imprensa: Parlamento adota diretiva sobre condições de trabalho nas plataformas digitais. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/news/pt/press-room/20240419IPR20584/parlamento-adota-diretiva-sobre-condicoes-de-trabalho-nas-plataformas-digitais>. Acesso em 19.09.2024.

PRITSCH, Cesar Zucatti. Como identificar a *ratio decidendi* e aplicar ou distinguir um precedente. **Precedentes no processo do trabalho**: teoria geral e aspectos controvertidos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 111-154.

RAMOS, André de Carvalho. Controle de convencionalidade: origem, conceito e desdobramentos. **Escola Superior do Ministério Público da União**, 2023. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/plataforma-aprender/acervo-educacional/conteudo/direitos-humanos-tratados-internacionais-e-o-controle-de-convencionalidade-na-pratica-do-sistema-de-justica-brasileiro/Aula5controlededeconvencionalidadeorigemconceitoed.pdf>. Acesso em 19.09.2024.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

VAN DER LAAN, Murillo Augusto de Souza. A proposta de diretiva para a União Europeia é a lei de regulamentação do trabalho de plataforma mais completa que a gente tem até o momento. [Entrevista concedida a] Cátia Guimarães. **Escola Politécnica de Saúde Joaquim Venâncio**, Fiocruz, 27 mai. 2024. Disponível em: <https://www.epsjv.fiocruz.br/noticias/entrevista/a-proposta-de-diretiva-para-a-uniao-europeia-e-a-lei-de-regulamentacao-do>. Acesso em 18.09.2024.