

CONHECER PARA RECONHECER

PREFÁCIO

RELAÇÕES TERCEIRIZADAS DE TRABALHO - 2006

Segunda-Feira, 22 de Junho de 2020 10:35:35

RODRIGO COIMBRA SANTOS

RELAÇÕES TERCEIRIZADAS DE TRABALHO



Karl Friedrich Schinkel – Povoado Medieval, após 1813
Óleo sobre tela, 94 x 126 cm – Neue Pinakothek, Munique

WUVA
EDITORA

.

PREFÁCIO

AUTOR: Luís Afonso Heck

LIVRO – DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

AUTOR: Rodrigo Coimbra Santos

ORIENTADOR: Luís Afonso Heck

PUBLICADO EM: Curitiba: Juruá Editora, 244 páginas, 2006

DISPONÍVEL EM: https://www.jurua.com.br/shop_item.asp?id=20103

ANEXOS: Prefácio / Sumário / Bibliografia

PREFÁCIO

O direito do trabalho tem como objeto a relação jurídica que é causada por trabalho dependente para outros. Ele concerne, em primeiro lugar, à relação jurídica entre empregado e empregador, mas ele também pode compreender relações para com terceiros, como, por exemplo, em prejuízos a estes por operações de trabalho. O tipo fundamental do direito do trabalho, da relação trabalhista, é de caráter privado. Mas ele contém, também, muitos direitos de organização¹ e prescrições de proteção, que têm natureza jurídico-pública.

A dependência do trabalho para outros, que é própria do direito do trabalho, pode ser pessoal ou econômica, em geral, porém, é ambas simultaneamente. Sob dependência pessoal pode-se entender a possibilidade da vinculação em instruções do empregador; sob dependência econômica, o ser dependente da renda do trabalho.

Com toda a forma de dependência une-se a carência de proteção. O princípio da proteção é um dirigente do direito do trabalho. A partir daqui deixam-se, então, fixar dois pontos: a possibilidade do emprego da cláusula geral da lealdade e boa-fé no âmbito da relação trabalhista e o direito do trabalho como direito fundamental, segundo o art. 7º, da Constituição Federal. Daquela agora se tratará.

¹ Para a relação entre realização e asseguramento de direitos fundamentais e organização e procedimento, ver HESSE, Konrad. **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**. 20 Aufl. (Neudruck), Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 1999, Rn. 358 ff., S. 160 f. Versão portuguesa: Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, número de margem 358 e ss., p. 287 e s. Tradução: Luís Afonso Heck.

I) CLÁUSULA GERAL DE LEALDADE E BOA-FÉ

A cláusula geral de lealdade e boa-fé encontra-se no § 242 do código civil alemão. Ela diz: “O devedor é obrigado a efetuar a prestação assim como a boa-fé em atenção aos costumes de tráfego, o exige.” Pois bem. Pode-se perguntar, agora, sobre os modos de aplicação dessa cláusula. Ela é, no essencial, aplicada em três funções, a saber²:

1. Com lealdade e boa-fé são fundamentados adicionalmente deveres secundários em relações jurídicas (função de complemento); distinguidos são deveres secundários relacionados à prestação, que concernem ao modo da prestação, deveres secundários conservadores da prestação e tais deveres e condutas secundários que são caracterizados, em parte, pelo conteúdo da prestação a que se aspira; em parte, pelo objetivo da proteção jurídica perseguida. Os deveres secundários complementadores facilitam, freqüentemente, a imposição de conseqüências secundárias desejadas de uma relação jurídica ou a imposição de desvantagens jurídicas convenientes. À medida que eles são compreendidos como deveres secundários dependentes, eles servem ao asseguramento e execução do dever de prestação principal; sua violação fundamenta somente um dever de ressarcimento de dano. Os deveres secundários independentes perseguem, ao contrário, apesar de sua vinculação ao dever principal, uma finalidade própria; sua não-observância fundamenta, por isso, uma pretensão de cumprimento reclamável judicialmente independente; trata-se, sobretudo, de deveres de informação e de cooperação;

2. Lealdade e boa-fé podem, porém, também limitar ou deixar desaparecer pretensões ou direitos (função de controle ou de barreira). Esse significado limitador do direito designa o âmbito de aplicação, certamente, mais importante, do princípio. Ele corta-se, em parte, com conceitos do abuso de direito e do exercício do direito inadmissível. Abusivamente de direito atua, em regra, quem

² Sigo, aqui, o Staatslexikon, Fünfter Band, 7. Aufl., Freiburg, Basel, Wien: Verlag Herder, 1989, Spalte 504 ff. (Treu und Glauben).

adquiriu um direito por conduta desleal, antilegal, antimoral ou anticontratual (BGHZ³ 57, 111), quando por meio disso nasceram, para o credor, vantagens ou, para o devedor, desvantagens que não se teriam produzido em conduta leal (BGH⁴ LM⁵ Nr.⁶ 226). O exercício de um direito é chicanista e inadmissível quando o beneficiário, com isso, não persegue nenhum direito digno de proteção ou interesses preponderantes do outro opõem-se. Essas idéias jurídicas hoje concretizaram-se nas objeções da aquisição de um direito desleal, da contradição inadmissível para com uma conduta própria mais antiga (*venire contra factum proprium*), do interesse que falta e da perda de direitos;

3. Por fim, o princípio da lealdade e boa-fé é capaz de, na questão, se uma determinada conduta é exigível ou um convênio deve ser mantido, limitar ou modificar direitos e deveres originais (função de correção). Essa função é usada quando, segundo a situação do caso particular, uma intervenção em uma pretensão parece inevitável para evitar um resultado incompatível com lealdade e boa-fé. O âmbito de aplicação mais importante da não-exigibilidade é a doutrina da falta ou desaparecimento da base do negócio (comparar a cláusula de direito comum *rebus sic stantibus*); ela possibilita, em alterações essenciais das circunstâncias, a adaptação correspondente do conteúdo do contrato.

II) DIREITO DO TRABALHO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O direito do trabalho, situado jurídico-constitucionalmente no âmbito dos direitos fundamentais, coloca várias questões. Aqui somente devem interessar algumas delas.

³ BGHZ: decisões do tribunal federal em matéria cível.

⁴ BGH: tribunal federal.

⁵ LM: obra de consulta do tribunal federal.

⁶ Nr.: número.

1 A QUESTÃO DA PONDERAÇÃO

1.1 A primeira lei da ponderação

O princípio da proporcionalidade decompõe-se em três subprincípios, ou seja, da idoneidade, da necessidade e da proporcionalidade em sentido restrito⁷. Naqueles, trata-se da otimização relativamente às possibilidades fáticas. Neste, da relativamente às possibilidades jurídicas. Aqui é o campo da ponderação. Segundo Alexy⁸, uma relação forma o núcleo da ponderação, a qual pode ser designada como “lei da ponderação”⁹ e deixa-se formular como segue: “Quanto mais alto é o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro”.

A lei da ponderação deixa reconhecer que a ponderação deixa-se decompor em três passos parciais. Em um primeiro passo deve ser comprovado o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio. A esse deve, em um segundo passo, a seguir, vir em seguida a comprovação da importância do cumprimento do princípio em sentido contrário. Em um terceiro passo deve, finalmente, ser comprovado se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não-cumprimento do outro.

1.2 A Segunda Lei da Ponderação¹⁰

A segunda lei da ponderação diz: “Quanto mais grave uma intervenção em um direito fundamental pesa, tanto maior deve ser a certeza das premissas apoiadoras da intervenção”.

⁷ Ver sobre isso, ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2 Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, S. 100 ff. Versão espanhola: *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 111 e ss. Tradução: Ernesto Garzón Valdés.

⁸ Ver para isso e para o seguinte ALEXY, Robert. *Die Gewichtsformel. Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, Berlin: De Gruyter, 2003, S. 772 f. Versão portuguesa: *A fórmula do peso* (no prelo). Tradução: Luís Afonso Heck.

⁹ Entre aspas no original.

¹⁰ Ver para isso e para o seguinte, ALEXY, R. (nota 8), S. 789.

Essa segunda lei da ponderação usa o predicado “epistêmico”¹¹, porque ela não direciona para a importância material dos fundamentos apoiadores da intervenção, mas para a sua qualidade epistêmica. A primeira lei da ponderação, que, como exposto, define o terceiro princípio parcial do princípio da proporcionalidade, pode, se se quer expressar a diferença para com o seu equivalente epistêmico, ser designada como, “lei da ponderação material”¹². “Ambas as lei levam à questão da fundamentação no âmbito dos espaços epistêmicos”.

2 A QUESTÃO DA FUNDAMENTAÇÃO¹³

A questão sobre a existência de espaços epistêmicos aparece quando o conhecimento daquilo que, em virtude da constituição, está ordenado, proibido ou liberado, é incerto. A incerteza pode ter a sua causa na incerteza de premissas empíricas ou normativas.

Incerteza empírica pode-se converter em problema em toda a parte. O lugar principal é o exame da idoneidade e necessidade¹⁴.

Em espaços epistêmicos normativos trata-se, pelo contrário, diretamente do conteúdo material da constituição.

Em conexão com isso, a questão da fundamentação, em geral, leva àquela da justificação interna e externa e, assim, à teoria da argumentação jurídica¹⁵.

¹¹ Entre aspas no original.

¹² Entre aspas no original.

¹³ Ver para isso e para o seguinte ALEXY, Robert. *Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit*, in: VVDStRL Bd. 61 (2002), S. 27 ff. Versão portuguesa: *Direito constitucional e direito ordinário – jurisdição constitucional e jurisdição especializada* (no prelo). Tradução: Luís Afonso Heck.

¹⁴ Ver supra, I.1.

¹⁵ Ver sobre isso, ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1983, S. 273 ff. Versão espanhola: *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 213 e ss. Tradução: Manuel Atienza e Isabel Espejo.

Nesse âmbito situa-se o trabalho de Rodrigo Coimbra Santos. Ele foi apresentado como dissertação de mestrado na UFRGS diante da banca examinadora composta pelos professores Glênio José W. Heckmann, José Luiz Ferreira Prunes, Luís Afonso Heck e Luiz Carlos Amorim Robortella. Ele obteve o grau máximo. Seu mérito está, primeiro, em ter trabalhado o tema na perspectiva jurídico-constitucional, com o que indica para a unidade do ordenamento jurídico¹⁶, e, segundo, por tê-lo abordado no plano analítico¹⁷, com o que, por um lado, praticou uma dogmática dos direitos fundamentais argumentativa¹⁸ e, por outro, apresentou aspectos da argumentação dogmática¹⁹.

Luís Afonso Heck

Prof. da UFRGS

¹⁶ Para isso, HECK, Luís Afonso. Apresentação, In: CACHAPUZ, Maria Cláudia. **Intimidade e vida privada no novo código civil brasileiro**. Uma leitura orientada no discurso jurídico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006. p. 11 e ss.

¹⁷ Ver sobre isso ALEXY, R. (nota 7), S. 23 ff.; p. 30 e ss.; mesmo autor (nota 15), S. 224 f.; p. 177 e s.

¹⁸ Para isso, ALEXY, R. (nota 7), S. 493 ff.; p. 524 e ss.

¹⁹ Para isso, ALEXY, R. (nota 15), S. 307 ff.; p. 240 e ss.

MARCADORES

Direitos fundamentais | Prefácios |