

OS PODERES DO EMPREGADOR E OS DEVERES DO EMPREGADO NA RELAÇÃO DE EMPREGO, SEGUNDO DÉLIO MARANHÃO

Arion Sayão Romita*

1 – INTRODUÇÃO: DÉLIO MARANHÃO, JURISTA EXCELSO

Celebra-se em 2015 o centenário de nascimento de Délio Maranhão. Em 2011, ao ensejo do transcurso do septuagésimo aniversário da instalação da Justiça do Trabalho no Rio de Janeiro (01.05.1941), a *Revista do Tribunal Superior do Trabalho* publicou estudo do autor destas linhas intitulado *Délio Maranhão, jurista excelso*¹. Cabe, agora, quando se celebra o centenário de nascimento do excelso jurista, renovar a homenagem, desta feita debatendo aspectos doutrinários de sua obra.

Délio Barreto de Albuquerque Maranhão – Délio Maranhão, como é mais conhecido – foi jurista excelso. Nascido em 1915, formou-se em direito pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil (atualmente Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro), em 1937. Foi colega de turma de pessoas famosas, como Evaristo de Moraes Filho, Helio Bastos Tornaghi, Alzira Vargas do Amaral Peixoto (Alzirinha), Emerson Luís de Lima, José Vicente Pereira, Eremildo Luís Viana, Artur Machado Pauperio, Dante Vigiani, Marques Rabelo, Othon Moacyr Garcia, além de outras. Mas só ele e Evaristo de Moraes Filho se interessaram pelo Direito do Trabalho, Délio como magistrado, autor de obras jurídicas e professor, Evaristo igualmente como membro do Ministério Público do Trabalho, autor de obras jurídicas e professor. A turma de 1937 da então FND legou ao Brasil, como se vê, dois nomes exponenciais, que se destacaram nas letras jurídicas trabalhistas e cuja obra influenciou (e continua a influenciar) várias gerações de profissionais que atuaram (e atuam) na Justiça do Trabalho. Aqui cabe enfocar apenas a figura de Délio Maranhão.

* Professor titular (aposentado) nas Faculdades de Direito da UFRJ e UERJ; advogado.

1 ROMITA, Arion Sayão. Délio Maranhão, jurista excelso. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, Lex Magister, ano 77, n. 2, abr./jun. 2011, 2011, p. 43-48.

DOCTRINA

Délio foi magistrado de carreira. Presidente de Junta de Conciliação e Julgamento (como então se denominavam as atuais Varas do Trabalho), foi juiz do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região – Rio de Janeiro (hoje seria Desembargador Federal do Trabalho), e foi convocado por largos períodos para integrar o Tribunal Superior do Trabalho. Não chegou, porém, a ser ministro efetivo do TST.

Antes da Constituição de 1967, qualquer bacharel em direito podia ser nomeado ministro do TST. Não havia carreira de juiz do trabalho. O primeiro juiz do trabalho (juiz de TRT) a ser promovido a ministro do TST foi Mozart Victor Russomano. Délio pretendia ascender àquela alta magistratura, e dera provas cabais da sua alta qualificação para tal, durante os períodos em que nela atuou como juiz convocado. Entretanto, por injunções políticas, ao tempo em que era Presidente da República Juscelino Kubitschek, outro jurista foi nomeado para preencher a vaga a que Délio aspirava, o que o deixou bastante contrariado.

Mas Délio não se deixou abater. O contratempo da nomeação frustrada para o TST não o demoveu da rota que sempre trilhara, de absoluta retidão de caráter, de afabilidade no trato com os advogados, de estudo constante do Direito do Trabalho.

Falou-se de retidão de caráter. Símbolo de honestidade, Délio jamais se afastou do rumo que fixara para sua atuação como juiz.

Délio era um estudioso das causas sociais e trabalhistas. Autor de obras jurídicas definitivas, dessas de citação obrigatória, suas ideias estão presentes entre nós e suas lições são imorredouras.

As principais obras jurídicas de Délio Maranhão são as *Instituições de Direito do Trabalho*, o compêndio intitulado *Direito do Trabalho* e os pareceres elaborados em colaboração com Arnaldo Süssekind.

Grande homem, Délio viverá para sempre na memória dos pósteros. Dele, pode dizer-se: *Nemo est laudabilior quam qui ab omnibus laudari potest*. Ninguém é mais digno de louvor do que aquele a quem todos podem louvar.

Délio, porém, era homem de seu tempo e suas ideias são ideias do seu tempo. A doutrina por ele exposta reflete a doutrina dominante, praticamente pacífica, esposada pelos doutrinadores contemporâneos, tanto estrangeiros como nacionais.

As divergências doutrinárias são fecundas no campo do direito. Elas não traduzem menosprezo, por parte dos doutrinadores atuais, do trabalho dos que os antecederam, mas contribuem para o enriquecimento do saber jurídico

e oxigenam o pensar de quantos exercem atividade jurídica. O que se expõe adiante, posto que divergente em parte do pensamento de Délio Maranhão, não reflete intenção menos nobre, mas apenas tentativa de atualizar a doutrina assentada em torno dos temas em debate, espelhados no título do trabalho. Cabe iniciar pelo exame das noções de poder e de dever.

2 – NOÇÃO DE PODER (DIREITO PRIVADO)

Em sentido geral, a noção de poder se identifica com a de domínio de fato, força, potência, mas também com a de prerrogativa jurídica. Todavia, não se confunde com faculdade, entendida como a possibilidade jurídica de praticar ou não determinado ato. Ao contrário do direito subjetivo, a faculdade não corresponde a qualquer dever do outro sujeito da relação jurídica. No direito subjetivo, há sempre uma correspondência entre o direito do sujeito ativo e o dever do sujeito passivo, mas na faculdade inexistente correspondência entre a possibilidade de praticar o ato e qualquer dever do outro sujeito. Um bom exemplo de faculdade é a opção pelo regime do FGTS, prevista pelas Leis ns. 5.107, de 13.09.66 (art. 1º), e 5.958, de 10.12.73: o empregado podia ou não optar, independentemente de qualquer dever do empregador. As referidas Leis asseguravam ao empregado a possibilidade de optar pelo regime do FGTS, sem correspondência com qualquer dever do empregador. As leis facultavam a opção. Ao empregado era facultado optar ou não. Para conceder uma faculdade, a lei emprega a expressão “é facultado” (ex.: art. 843, § 1º, da CLT, em cujos termos “é facultado” ao empregador fazer-se substituir pelo preposto em audiência), ou então o verbo “poder” (ex.: art. 469, § 3º, da CLT, em cujos termos o empregador “poderá” transferir o empregado para localidade diversa da que resultar do contrato, em caso de necessidade de serviço).

Do ponto de vista estritamente jurídico, no campo do direito privado, o *Vocabulário Jurídico*, de Gérard Cornu, apresenta para “poder” cinco diferentes definições, das quais se destaca a quarta: “prerrogativa finalista que seu titular recebeu com a missão de exercer no interesse pelo menos parcialmente distinto do seu e cujo exercício se submete ao controle judicial (quando o poder é desviado do seu fim). Ex.: poderes dos titulares da autoridade paterna”²². Excluída a referência ao direito de família, esta definição se aplica aos poderes do empregador, valendo salientar a nota de que é exercido em interesse pelo menos parcialmente distinto do de seu titular.

2 CORNU, Gérard. Pouvoir. In: *Vocabulaire juridique*. 8. ed. Paris: PUF, 2007. p. 701.

DOCTRINA

O poder se expressa por meio do direito. Nas sociedades modernas, é pelo direito que o poder se define, se justifica, se estabiliza, se institucionaliza. O direito legitima relações e as torna aceitáveis. Neste particular, merece restrições a definição de Max Weber, que, pela ótica voluntarista, encampa o ponto de vista do detentor do poder, vale dizer, daquele que detém capacidade ou aptidão para realizar seus projetos, levando outras pessoas a agir na conformidade de sua vontade ou seus desígnios. Para Max Weber, poder significa “toda probabilidade de impor a própria vontade numa relação social, mesmo contra resistências, seja qual for o fundamento dessa probabilidade”³. No que diz respeito ao direito do trabalho brasileiro, a definição de Max Weber revela-se inadequada, por ampliar excessivamente o âmbito em que o detentor do poder (no caso em tela, o empregador) exerce a possibilidade de impor sua vontade: o exercício dos poderes do empregador, sob controle judicial, encontra limites nos direitos do trabalhador, além de se reconhecer pacificamente, na doutrina e na jurisprudência, em favor do empregado, o *ius resistentiae*. Esta assertiva, insuscetível de discepção, é encontrada em quase todos os compêndios⁴.

Como lembra Alessandro Levi, para que se entenda o significado do conceito de poder, como de resto de qualquer outro conceito jurídico, é necessário considerá-lo no confronto com o conceito de relação jurídica, vale dizer, como situação jurídica subjetiva⁵. Em toda relação jurídica existe um vínculo entre um sujeito ativo e um sujeito passivo (na mesma relação jurídica pode haver vários sujeitos ativos e passivos). Sujeito ativo é, por exemplo, o titular do direito subjetivo. Sujeito passivo é aquele sobre o qual recai o dever jurídico. A norma jurídica pode criar direitos e deveres. O dever jurídico pode ser positivo ou negativo. O primeiro consiste em um *dare* ou em um *facere*. Ex.: pagar salário (art. 459 da CLT); conceder férias ao empregado (art. 134 da CLT). O segundo importa um *non facere* (dever de omissão) ou em sofrer os efeitos do ato praticado pelo sujeito ativo. Ex.: ao empregador é vedado transferir o empregado (art. 469 da CLT); na execução do contrato de trabalho, o empregado está subordinado ao empregador (art. 3º da CLT).

Denomina-se direito subjetivo a possibilidade jurídica que tem o sujeito ativo de exigir o cumprimento do dever pelo sujeito passivo. No direito subjetivo, concretiza-se em favor de alguém um direito objetivo, baseado em uma norma jurídica, em virtude da qual o sujeito ativo pode exigir que, sob pena de sanção, o sujeito passivo cumpra o dever. A prestação é o conteúdo do dever

3 WEBER, Max. *Economia e sociedade*. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2000. v. I. p. 33.

4 Por todos: DONATO, Messias Pereira. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 100.

5 LEVI, Alessandro. *Teoria generale del diritto*. 2. ed. Pádua: Cedam, 1967. p. 316.

jurídico; incumbe ao sujeito passivo dar cumprimento à prestação a seu cargo. Prestação, portanto, é a ação humana a que o sujeito passivo se obriga, em virtude do direito subjetivo que assiste ao sujeito ativo. Os deveres que assume o sujeito passivo correspondem a um estado de sujeição⁶.

O poder jurídico é a concretização, em favor de um sujeito (ativo) de direito, da possibilidade jurídica, assegurada pelo ordenamento, de modificar situações jurídicas atinentes ao sujeito passivo, mediante atos praticados em um interesse pelo menos parcialmente distinto do de seu titular⁷. O poder é sempre imposto para a realização de um interesse. Se ao portador desse interesse for atribuída a possibilidade de pretender o cumprimento do dever, ele se tornará titular de uma pretensão. O dever correspondente a uma pretensão pode ser designado por obrigação⁸.

O poder jurídico se distingue do direito subjetivo porque neste o sujeito ativo exerce a pretensão em seu próprio proveito, enquanto no primeiro o ato é praticado no interesse de sujeito passivo ou do grupo social, sempre, pelo menos, no interesse do sujeito distinto do titular do poder. Quem exerce poder age no interesse de outrem. Ex.: o poder de comando do empregador. O empresário exerce o poder de comando em proveito do interesse da empresa ou, em última análise, em favor da coletividade, por ser ele necessário à organização do trabalho na empresa.

Característica fundamental a singularizar as figuras jurídicas do direito subjetivo e do poder é a bilateralidade, como assinala Vicente Ráo⁹. No campo específico da relação de trabalho, os poderes do empregador manifestam-se em face de pessoas que se acham em estado de sujeição, ou seja, os empregados, por serem estes juridicamente subordinados àquele.

3 – NOÇÃO DE DEVER JURÍDICO

O termo *dever* é polissêmico. Usado em sentido bastante geral, designa ações ou omissões impostas por normas vigentes em esferas importantes da vida social. No uso comum, a palavra é empregada em sentido mais restrito com referência a ações requeridas de alguém que tem de desempenhar funções relativamente duradouras num grupo social, daí falar-se em deveres de um cidadão, de um marido, de um servidor público. O uso do vocábulo está

6 GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 91.

7 GAILLARD, Emmanuel. *Le pouvoir en droit privé*. Paris: Economica, 1985. p. 21.

8 TRIMARCHI, Pietro. *Instituzioni di diritto privato*. 3. ed. Milão: Giuffrè, 1977. p. 54.

9 RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 3. ed. São Paulo: RT, s/d. p. 723. v. 2.

geralmente associado a assunto que envolve algum sacrifício, daí não serem consideradas como dever as regras de etiqueta ou de linguagem.

O vocábulo *dever* é de uso comum a vários ramos do saber humano: há um dever moral, um dever político, um dever jurídico.

O dever moral constitui o objeto do estudo da moral. A moral (de *mores*, costumes), também chamada ética, é a ciência das leis que regem os atos humanos e a arte de aplicá-las corretamente às diversas situações da vida. A moral se divide em: a) moral teórica, que é a ciência do dever e tem caráter especulativo, pois trata da natureza, das condições e das consequências da moralidade; e b) moral particular ou aplicada, que é a ciência dos deveres e entra nas minúcias dos preceitos e das regras a observar, com o fim de identificar os diferentes deveres do homem¹⁰. A relevância atribuída ao dever na ordem moral é de tal ordem que Chateaubriand (1798-1848) não hesitou em escrever que “é o dever que cria o direito e não o direito que cria o dever” (*Mémoires d’outre tombe*) e Augusto Comte (1798-1857) pôde dizer que “ninguém possui outro direito além daquele de sempre cumprir o seu dever” (*Système de politique positive*).

O dever político refere-se ao dever do cidadão de obedecer à lei. Toda lei ou regra é um mandamento. Se alguém formula ou declara o desejo de que eu faça ou me abstenha de fazer alguma coisa, e que infligirá um dano no caso de eu não me sujeitar a esse desejo, a expressão ou manifestação desse desejo é um mandamento. Ao ficar sujeito ao dano se não me conformar com tal desejo, ficarei sujeito ou obrigado ao mandamento, sob o dever de obedecer. Portanto, os termos *mandamento* e *dever* são correlatos. O dano que provavelmente será aplicado em caso de desobediência ao mandamento ou no caso de descumprimento do dever denomina-se *sanção*. Pode dizer-se que o mandamento ou o dever são sancionados ou impostos coativamente ante a possibilidade de sofrer um dano.

Do ponto de vista da ciência do direito, dever pode ser definido, em termos gerais, por “imposição a alguém de fazer ou deixar de fazer alguma coisa”, e dever jurídico como “o vínculo de que deriva a necessidade jurídica de cumprir aquilo a que se está obrigado”¹¹.

Segundo o *Vocabulário Jurídico*, de Gérard Cornu, dever é frequentemente sinônimo de obrigação, seja em sentido geral (para designar tudo o que alguém deve ou não fazer), seja em sentido técnico (relação jurídica: dever de

10 JASPERS, Ludgero. *Manual de filosofia*. 6. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1932. p. 401 e ss.

11 ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS JURÍDICAS. *Dever. Dicionário jurídico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 181.

reparação a cargo do responsável). Obrigação, em sentido técnico, é o lado passivo do direito pessoal (ou direito de crédito) pelo qual uma ou mais pessoas, os devedores, devem uma prestação (ação ou omissão) a outra (ou a outras), os credores, em virtude da lei, do contrato ou de outra fonte¹². O dever jurídico se distingue do dever moral porque enquanto o primeiro é exigível, o outro não o é.

Ao sujeito ativo a lei atribui poderes e ao sujeito passivo, deveres, ocorrendo, pois, a sujeição de um ao outro.

A doutrina frisa que “ao direito subjetivo contrapõe-se o dever jurídico”¹³ ou que “o lado oposto do direito subjetivo é o dever jurídico”¹⁴, mas é certo que a existência do dever do sujeito passivo também é identificada quando estamos diante de uma relação de poder. Esta precisão assume especial relevo quando se pensa no ilícito: todo ilícito, penal ou civil, constitui violação de deveres, mas com isso não se quer significar que a tais deveres correspondam direitos subjetivos.

As ações humanas só assumem natureza jurídica quando consistem em relações entre pessoas, “integrando-se no instante em que a bilateralidade pessoal se verifica e conjuga os poderes e os deveres que, assim, torna correlativos”. O que interessa à qualificação das relações jurídicas é a bilateralidade ou multilateralidade dos poderes e deveres distribuídos entre sujeitos diversos. A relação jurídica, que só pode dar-se entre pessoas, gera correlação entre os poderes e os deveres, caracterizada pelo vínculo jurídico que os une e os respectivos sujeitos ativos e passivos¹⁵.

4 – OS PODERES DO EMPREGADOR, NA LIÇÃO DE DÉLIO MARANHÃO

Na execução do contrato individual de trabalho, o empregador exerce poderes em face do empregado. Estes poderes são, de acordo com a corrente doutrinária majoritária, três: o diretivo, o regulamentar e o disciplinar. Diversos autores incluem o poder hierárquico.

A única referência legislativa a poderes do empregador encontra-se na definição contida no art. 2º, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho: o empregador “dirige a prestação pessoal de serviços” (poder diretivo ou de direção). Há silêncio total quanto ao poder regulamentar. Quanto ao poder

12 CORNU, Gérard. Devoir. Obligation. In: *Vocabulaire juridique*, cit., p. 307 e 627.

13 AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 249.

14 GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 314.

15 RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*, cit., p. 719 e ss.

disciplinar, sem emprego literal da expressão, cabe lembrar o disposto no art. 474 da CLT, que trata da suspensão como penalidade disciplinar.

Segundo Délio Maranhão, “a situação de subordinação é fonte de direitos e deveres para ambos os contratantes. Seja qual for a forma de trabalho subordinado, encontram-se (...) os seguintes direitos do empregador: a) de direção ou de comando (...); b) de controle (...); c) de aplicar penas disciplinares”. O regulamento de empresa está incluído entre as fontes formais (não fala em direito regulamentar)¹⁶.

Fiel à teoria contratualista que explica a natureza jurídica da relação individual de trabalho, Délio Maranhão não inclui, entre os poderes do empregador, o poder hierárquico, que costuma ser mencionado por diversos doutrinadores, tanto no exterior como no Brasil.

O empregador, como um dos sujeitos da relação de emprego, exerce poderes sobre o empregado. Na verdade, existe um poder: o poder de direção, do qual constituem emanções o poder regulamentar e o poder disciplinar. Não há “poder hierárquico”.

Nos termos do art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, o empregador dirige a prestação pessoal de serviços, pois assume os riscos da atividade econômica. Ao conceituar empregado, o art. 3º do mesmo diploma legal pressupõe a prestação de serviços sob a dependência do empregador.

Ditames legais, portanto, garantem ao empregador intervir na esfera jurídica do empregado, dele dependente, para dirigir, para comandar. Poder jurídico exerce, então, o empregador: poder de comando, ou poder de direção, a revestir caráter teleológico, pois é exercido com a finalidade de alcançar os fins perseguidos pelo empreendimento e assegurar a continuidade do exercício da atividade empresarial.

Mediante o exercício do poder regulamentar, o empregador elabora o regulamento interno, ou regulamento da empresa, no qual são fixadas regras destinadas a reger a organização da empresa ou do estabelecimento. Por força do poder disciplinar, o empregador está autorizado a infligir punições de ordem disciplinar ao empregado, em caso de violação, por parte deste, das obrigações derivadas do contrato ou das fontes de direito do trabalho.

Do reconhecimento da igualdade jurídica na formação e na execução do contrato de trabalho resulta a rejeição da concepção hierárquica. Não há hie-

16 MARANHÃO, Délio. *Instituições de direito do trabalho* (em colaboração com Arnaldo Süssekind, Segadas Viana e Lima Teixeira). 20. ed. São Paulo: LTr, 2002. v. 1. p. 242 e 167, respectivamente.

rarquia no contrato de trabalho. Hierarquia – conceito compatível apenas com os princípios do direito público e a organização das forças armadas – não se ajusta à noção de contrato. Hierarquia é a palavra de origem grega, formada por *ieros* (sagrado) + *arché* (governo), e pressupõe supremacia de um sujeito sobre o outro. No direito do trabalho brasileiro, não há falar em hierarquia exercida pelo empregador sobre o empregado. O abandono de função, em face do direito administrativo, tipifica delito (Código Penal, art. 323). Se o abandono ocorrer em organização militar, teremos deserção, crime militar (Código Penal Militar, art. 187). Trata-se de relações jurídicas de natureza estatutária. Entretanto, no direito do trabalho (direito privado), o abandono de emprego constitui apenas infração disciplinar (CLT, art. 482, alínea *i*). No campo do direito privado, não há “crime” de abandono de emprego, o que demonstra a incoerência de supremacia ou hierarquia entre os sujeitos do contrato de trabalho.

É certo que, à luz da teoria da organização – estudo da estrutura e do funcionamento das organizações e do comportamento dos indivíduos que a compõem –, não se desconhece que, na grande empresa, o comando deve ser considerado uma das formas de divisão de trabalho. Como todos os grandes conjuntos, a grande empresa pratica a técnica do comando indireto, que funciona por intermédio de escalões de transmissão de ordens. Por isso, o gerente é o superior hierárquico dos trabalhadores que atuam em sua seção ou departamento. Esta forma de hierarquia, contudo, não se confunde com o “poder hierárquico” do empregador, aqui expressamente rejeitado, na análise teórica do contrato de trabalho, considerado como instituto jurídico.

Com a melhor doutrina, Délio Maranhão não se refere ao poder hierárquico, embora autorizados doutrinadores a ele façam alusão, ao discriminarem os poderes do empregador.

5 – OS DEVERES DO EMPREGADO, SEGUNDO DÉLIO MARANHÃO

Na lição de Délio Maranhão, “ao direito do empregador de dirigir e comandar a atuação concreta do empregado corresponde o dever de obediência por parte deste; ao direito de controle correspondem os deveres de obediência, diligência e fidelidade (...). O dever de diligência importa para o empregado a obrigação de dar, na prestação do trabalho, aquele rendimento qualitativo e quantitativo que o empregador pode legitimamente esperar (...). Além do dever de obediência (...), impõe-se ao empregado, por força do contrato, o dever de fidelidade que decorre do caráter fiduciário da relação. Tal dever traduz-se num

sentido de lealdade do empregado não só em relação à pessoa do empregador, mas ao próprio empreendimento em que colabora”¹⁷.

Como se vê, Délio Maranhão atribui ao empregado, na execução do contrato de trabalho, os seguintes deveres: obediência, diligência e fidelidade, além de reconhecer o caráter fiduciário da relação. Cada um desses elementos merece exame isolado.

Obediência

Délio Maranhão sofre influência da doutrina italiana. Ao expor sua lição a respeito dos deveres do empregado, Délio cita Vincenzo Cassi, Lodovico Barassi e Luisa Riva Sanseverino.

Quanto ao dever de obediência, a doutrina italiana frisa que se trata de manifestação da sujeição do empregado ao poder diretivo do empregador. Com o emprego do termo sujeição em sentido técnico, só cabe falar em “dever de obediência”, não em “obrigação de obediência”. A despeito dessa afirmação, diversos autores utilizam a expressão “obrigação de obediência”, como Mario Ghidini e Domenico Napoletano, entre outros.

O Código Civil italiano, no art. 2.104, depois de instituir o dever de diligência, assinala ao empregado o dever de “observar as disposições para a execução e para a disciplina do trabalho impostas pelo empregador e pelos colaboradores dos quais depende hierarquicamente”. A hierarquia na empresa é regulada pelo art. 2.086 do mesmo diploma legal, em cujos termos “o empregador é o chefe (*capo*) da empresa e dele dependem hierarquicamente os seus colaboradores”. Assim, o empregado deve obedecer às ordens que o empregador, no exercício do poder de direção e como superior hierárquico, lhe dá.

Como observa Mario Ghidini, o Código Civil, inspirado por concepções de natureza autoritária, confere ao empregador os poderes de um chefe, investido de supremacia em face do inferior: trata-se, em substância, do *Führerprinzip*, da sociologia nazista. Hoje em dia, ultrapassada aquela etapa histórica, dá-se ao poder que tem o empregador de dar ordens ao empregado conteúdo e fundamento contratual: ao celebrar o contrato de trabalho, o empregado se obriga a seguir as orientações dadas pelo empregador. Este comanda não como chefe, mas como credor de trabalho; o empregado deve obediência não como inferior hierárquico, mas como contratante que, ao estipular o contrato, prometeu obedecer¹⁸. Aqui, mais uma vez, prevalece a teoria contratualista.

17 MARANHÃO, Délio. *Instituições de direito do trabalho*, cit., p. 242 e 252.

18 GHIDINI, Mario. *Diritto del lavoro*. 5. ed. Pádua: Cedam, 1973. p. 329.

Entretanto, o próprio Código Civil italiano, no art. 1.375, dispõe que o contrato deve ser executado de acordo com a boa-fé. No mesmo sentido, estabelece o Código Civil brasileiro, de 2002, no art. 422, que os contratantes são obrigados a guardar na execução do contrato o princípio da boa-fé. Contrato de trabalho, contrato é. Em sua execução, o empregado deve guardar o princípio da boa-fé. Daí a desnecessidade de impor ao empregado um dever específico de obediência, porquanto a boa-fé, que deve ser observada na execução do contrato, já compreende, em seu amplo significado, o dever que tem o empregado de acatar as ordens do empregador, nos limites impostos pelo contrato e pelas fontes formais do direito do trabalho¹⁹.

Diligência

Ainda sob a influência da doutrina italiana, Délio Maranhão inclui entre os deveres do empregado a diligência.

A prestação a cargo do empregado deve ser executada com diligência: dispõe o art. 2.104 do Código Civil italiano que “o prestador de trabalho deve usar a diligência requerida pela natureza da prestação devida, pelo interesse da empresa e pelo interesse da produção nacional”. O mesmo Código já dispunha, no art. 1.176: “Ao cumprir a obrigação, o devedor deve usar a diligência do bom pai de família”. Além disso, nos termos do art. 1.175, “o devedor e o credor devem comportar-se segundo as regras de correção”. O código introduziu um critério de avaliação, por assim dizer, técnico, ao precisar que, “no cumprimento das obrigações inerentes ao exercício de atividade profissional, a diligência deve ser avaliada como referência à atividade exercida”, adotando, assim, a tese da diligência objetiva²⁰.

O critério da diligência, concebido como medida do comportamento do devedor ao cumprir sua obrigação, contém um complexo de cuidados e cautelas que todo devedor deve normalmente empregar ao satisfazer a expectativa do credor na execução do contrato, levando-se em conta a natureza da relação e todas as circunstâncias de fato que concorrem para defini-lo. Trata-se, portanto, de um critério objetivo e geral e não subjetivo e particular.

O Código Civil brasileiro, de 2002, no já citado art. 422, obriga os contratantes, na execução do contrato, a guardar os princípios de probidade e boa-fé. Aqui, não se trata propriamente de execução de boa-fé do contrato de trabalho, mas, sem dúvida, a probidade deve ser considerada. A probidade, como inte-

19 SUPPIEJ, Giuseppe. *La struttura del rapporto di lavoro*. Pádua: Cedam, 1963. II. p. 71.

20 SANSEVERINO, Luisa Riva. *Della impresa: commentario del Codice Civile*, a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca. 4. ed. Bolonha: Nicola Zanichelli, 1969. p. 326.

gridade de caráter, honradez, pundonor, obriga o empregado a dar o melhor de si no cumprimento das obrigações que lhe incumbem na execução do contrato de trabalho. O contrato de trabalho deve ser executado com probidade: basta esta consideração para concluir-se pela desnecessidade de um dever específico de diligência, típico do regime corporativo italiano, mas inteiramente superfluo à luz da teoria contratualista. O chamado dever de diligência dá margem essencialmente à adoção de um critério para avaliar a conformidade do comportamento do empregado àquilo que dele se espera na execução do contrato de trabalho, enfim, à consagração de critério de responsabilidade²¹. A falta de diligência pode ser conceituada como desídia, justa causa para a resolução do contrato (CLT, art. 482, alínea e).

Fidelidade

O regime corporativo italiano atribuía ao empregado, na execução do contrato de trabalho, um dever de fidelidade (Código Civil italiano, de 1942, art. 2.105).

O dever de fidelidade não constitui apenas uma aplicação do princípio da boa-fé na execução dos contratos em geral (Código Civil italiano, art. 1.375), mas também, no ordenamento corporativo, uma “homenagem”²² prestada, mais do que à noção de instituição, à concepção germânica de *Gemeinschaft*, da qual se aproxima a solidariedade corporativa. Realmente, a fidelidade se liga à noção de comunidade. Fidelidade e comunidade são noções interdependentes e inseparáveis. A fidelidade é devida a um dos membros da comunidade ou à própria comunidade inteira. É um conceito jurídico típico do direito das pessoas e escapa à noção patrimonial ou obrigacional da relação de emprego: não pode ser concebida como elemento de uma relação contratual. A ideia germânica de comunhão medieval encontra no antigo *Treudienstvertrag* a origem do contrato de trabalho. Trata-se de um vínculo pessoal, por força do qual um homem livre se submetia a um *Herr*, que se obrigava a um *Fürsorgepflicht*, concebido como contrapeso ao dever de fidelidade. Surge uma relação do tipo senhoril. Relativamente à empresa, seria atribuído ao chefe (*capo*) um poder de *Führung* dos dependentes, para a realização de um fim comum²³.

Em resumo: o dever de fidelidade vincula o séquito (*Gefolgschaft*) e o guia (*Führer*), que, em contrapartida, assume o dever de assistência. Fidelida-

21 PERSIANI, Mattia. *Contratto di lavoro e organizzazione*. Pádua: Cedam, 1966. p. 214.

22 SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Saggi di diritto civile*. Nápoles: Dott. Eugenio Jovene, 1961. v. II. p. 957.

23 CESSARI, Aldo. *Fedeltà, lavoro, impresa*. Milão: A. Giuffrè, 1957. p. 127.

de e assistência são, em consequência, conceitos inseparáveis, um em face do outro e ambos em face da comunidade em que os sujeitos se acham inseridos.

É no âmbito da comunidade, em vista do comum favor e do imperativo de socorro mútuo, que a fidelidade se expressa, tudo isso abrangido no conceito de colaboração na empresa²⁴.

Ultrapassada essa concepção doutrinária, de evidente inspiração nazi-fascista, cuida-se de explicar a fidelidade à luz da teoria contratualista. Luisa Riva Sanseverino, salientando a dificuldade de dar conteúdo jurídico a um conceito de evidente aceção moral, relaciona o dever de fidelidade ao comportamento do trabalhador, que deve ser avaliado segundo critérios de boa-fé e de correção (Código Civil italiano, arts. 1.375 e 1.175, respectivamente). Já que a obrigação de prestar serviços, ínsita ao contrato de trabalho, caracteriza-se pela subordinação, os critérios de boa-fé e correção se traduzem em fidelidade e subordinação²⁵. Mattia Persiani salienta que, em certos casos, o empregado está sujeito a comportamentos que são obrigatórios, ainda que não ordenados pelo empregador. Desta forma, a fidelidade ultrapassa a subordinação, vale dizer, coloca-se além do exercício do poder de direção do empregador, prescindindo do exercício daquele poder. Por essa razão, quanto mais alta a posição do empregado na escala do pessoal a serviço da empresa, mais intensa se faz sentir a sua fidelidade²⁶.

No fundo, o dever de fidelidade pode deixar de ser aceito: Giuliano Mazzoni explica que a fidelidade é absorvida pelo conceito de boa-fé e se resolve em uma série de comportamentos que integram o objeto da obrigação de trabalhar de modo característico e peculiar, tal como ocorre com o cumprimento de qualquer outra obrigação²⁷. Carlos Smuraglia demonstra que a fidelidade, além de ser tomada em sentido positivo, como leal colaboração com a empresa, apresenta também um aspecto negativo, no sentido de abstenção de qualquer atividade ou comportamento que possam contrastar com os fins perseguidos pela empresa²⁸. Gino Giugni afirma, finalmente, que o conceito de dever de fidelidade deve ser considerado superado, substituído pela aplicação da noção da

24 MANCINI, Giuseppe Federico. *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1957. p. 127.

25 SANSEVERINO, Luisa Riva. *Il lavoro nell'impresa*. 2. ed. Turim: UTET, 1973. p. 347.

26 PERSIANI, Mattia. *Contratto di lavoro e organizzazione*, cit., p. 244-245.

27 MAZZONI, Giuliano. *Manuale di diritto del lavoro*. 5. ed. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1977. I. p. 517.

28 SMURAGLIA, Carlo. *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1967. p. 37.

boa-fé contratual²⁹. Na atualidade, o papel da fidelidade remete não a estimular o trabalhador a cumprir suas obrigações contratuais, mas a vedar-lhe certas condutas³⁰. De fato, o art. 2.105 do Código Civil italiano proíbe o empregado de tratar de negócios, por conta própria ou de terceiros, em concorrência com o empregador, divulgar notícias referentes à organização e aos métodos de produção da empresa, ou delas fazer uso de modo a causar-lhe prejuízo. Em suma, como sustenta Guido Trioni, o conceito de fidelidade se esvai, absorvido pelas noções de boa-fé e de correção³¹.

No que diz respeito ao direito do trabalho brasileiro, as mesmas conclusões a que chegou a doutrina italiana em face da questão da fidelidade encontram aplicação. Desnecessário é incluir a obrigação de fidelidade entre os deveres do empregado, pois a noção de fidelidade, incompatível com a teoria contratualista (já que apresenta feição unilateral, em contrato sinalagmático) pode ser perfeitamente substituída pela boa-fé e pela probidade (Código Civil brasileiro, de 2002, art. 422).

Como lembra Giuseppe Ferraro, a propósito da doutrina italiana, o emprego das cláusulas gerais (boa-fé, probidade, correção, etc.) torna-se cada vez mais frequente, já que superada a desconfiança que tradicionalmente acompanhava o reconhecimento da potencialidade de aplicação das referidas cláusulas, que abriam excessivos espaços de apreciação e estimulariam de modo inadequado a criatividade do intérprete³². Relativamente à doutrina brasileira, a mesma observação pode ser formulada, sem receio de erro.

O elemento confiança (fidúcia)

Ainda sob influência de Barasi, Délio Maranhão insiste no caráter fiduciário da relação de trabalho subordinado, do qual deriva o dever de fidelidade³³.

A fidúcia decorreria do caráter *intuitu personae* do contrato de trabalho, em relação à pessoa do empregado, que se obriga a prestar, pessoalmente, os serviços contratados. Já que a prestação de serviços há de ser pessoal, todo contrato de trabalho repousa sobre uma base de confiança. Como o empregador espera daquele em que ele confia um comportamento que corresponda a

29 GIUGNI, Gino. Intervenção. In: *L'obbligo di fedeltà nel rapporto di lavoro: atti dele giornate di Salsomaggiore*, abril de 1969. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1970. p. 59.

30 NICOLINI, Giovanni. *Diritto del lavoro*. Milão: Giuffrè, 1992. p. 386.

31 TRIONI, Guido. *L'obbligo di fedeltà nel rapporto di lavoro*. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1982. p. 214.

32 FERRARO, Giuseppe. *Autonomia e poteri nel diritto del lavoro*. Pádua: Cedam, 1992. p. 171.

33 MARANHÃO, Délio. *Instituições de direito do trabalho, cit.*, p. 252.

esta confiança, ressalta-se, na economia do contrato de trabalho, o elemento fiduciário³⁴.

De acordo com o disposto no art. 1.564 do Código Civil italiano, de 1942, em casos de inadimplemento, por uma das partes, de determinada prestação, a outra pode optar pela resolução do contrato, se o inadimplemento provocar a perda de confiança (*fiducia*) na execução das sucessivas prestações. Ressalta Carlos Smuraglia que, onde existe o *intuitus*, surge quase sempre uma relação particular de fidejussão, considerada como confiança nas qualidades do outro contratante, idônea a realizar o interesse do credor³⁵.

Na esteira desse entendimento, a doutrina trabalhista brasileira sufragava pacificamente a tese de que, em tema de justa causa para resolução do contrato de trabalho, a conduta do empregado deve implicar violação de seus deveres, “de modo a ficar quebrada ou abalada a confiança que o empregador nele depositava”³⁶.

Evaristo de Moraes Filho leciona que a “lesão da confiança” foi o primeiro critério apresentado para fundamentar o conceito de justa causa no término do contrato de trabalho por iniciativa do empregador. Era necessário “encontrar uma fórmula clara e precisa, que abrangesse tanto quanto possível as diferentes hipóteses de ruptura legítima”. Seria justa causa para a resolução de contrato de trabalho “todo fato que legitime o desaparecimento da confiança entre as partes”. Esse critério configura, na visão do autor, “um ponto de vista muito vago e insuficiente, uma vez que se restringe a um campo excessivamente subjetivo e imponderável”³⁷, entretanto, foi acolhido por inúmeros julgados na Justiça do Trabalho.

Acontece que o conceito de fidejussão, acoplado ao de fidelidade, representa manifestação da sujeição pessoal do súdito ao suserano, derivação feudal do conceito medieval de *fidelitas*. A concepção da fidejussão se define na Itália como critério de determinação da justa causa para resolução do contrato de trabalho. E não por acaso isto se verifica durante o período corporativo, porque a ideologia que impregna o ordenamento jurídico nesse período encontra na concepção de fidejussão uma elaboração dogmática facilmente utilizada em uma visão autoritária, segundo a qual o conflito entre as classes era resolvido pela imposição dos superiores interesses da produção nacional. A fidejussão se

34 MARANHÃO, Délio. *Direito do trabalho*. 17. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1993. p. 46 e 55.

35 SMURAGLIA, Carlo. *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, cit., p. 37.

36 RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à CLT*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. v. I. p. 557.

37 MORAES FILHO, Evaristo. *A justa causa na rescisão do contrato de trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 86-88.

torna uma obrigação de colaboração, com ênfase na obrigação de fidelidade. Ora, é evidente a inidoneidade intrínseca dos conceitos de colaboração e de fidelidade para ajustar-se à teoria contratualista da relação de emprego e, em consequência, a inaptidão dessas concepções autoritárias para conviverem em um ambiente político de coloração democrática. Por tal motivo, Alfredo Galasso fala do “mito da fidúcia”, repelindo a tendência a utilizar a fidúcia como instrumento técnico-operativo de fundamentação da justa causa para a resolução do contrato de trabalho. A noção de fidúcia ostenta, em consequência, significado mistificador³⁸.

Crítica

O efeito prático da relação dos deveres atribuídos aos empregados na execução do contrato de trabalho reside apenas na possibilidade do exercício do poder disciplinar pelo empregador. A violação de cada um dos deveres constitui falta disciplinar, suscetível de sanção pelo empregador. Na dependência da gravidade, pode ela ensejar a resolução do contrato de trabalho por justa causa. Assim, a violação do dever de obediência constitui indisciplina ou insubordinação (CLT, art. 482, alínea *h*); do dever de diligência: desídia (art. 482, alínea *e*); do dever de fidelidade: negociação habitual por conta própria ou alheia (alínea *c*), violação de segredo da empresa (alínea *g*), ato lesivo da honra e boa fama contra o empregador (alínea *k*).

Este é o entendimento de Délio Maranhão: “(...) do contrato de trabalho derivam para o empregado as obrigações fundamentais de obediência, diligência e fidelidade. Constituem, portanto, justa causa para a resolução do contrato de trabalho todos os atos do empregado que importarem violação dessas obrigações específicas”³⁹.

38 GALASSO, Alfredo. *La rilevanza dela persona nei rapporti privati*. Nápoles: Jovene, 1974. p. 326-333.

39 MARANHÃO, Délio. *Instituições de direito do trabalho*, cit., p. 568.