

EQUIVALÊNCIA ENTRE INDENIZAÇÃO E FGTS

VICTÓRIO LEDRA
Juiz do Trabalho

A Lei 5.107/66 trouxe inovações quanto à cobertura econômica para o tempo de serviço do empregado brasileiro. Criou o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, sistema paralelo ao tradicional instituto da indenização por despedida injusta, passando ambos a vigorar concomitantemente. Trata-se de figuras jurídicas distintas, com características próprias, embora ambas se destinem a dar cobertura ao tempo de serviço do empregado. A primeira e grande diferença, dentre as várias existentes, está em que o Fundo de Garantia dá ao empregado que opte pelo sistema cobertura total do tempo de serviço, em qualquer circunstância, mesmo quando não haja despedida injusta, ou sequer rescisão do contrato de trabalho, sem indagar da ocorrência ou não de culpa por parte de qualquer dos sujeitos da relação jurídica. Cria, ademais, para o empregado uma série de outras vantagens, de que não cogita o instituto da indenização.

Em termos globais, como meio de proteção do tempo de serviço, no sentido de dar-lhe cobertura de caráter econômico, o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço é instituição bem mais vantajosa ao empregado que a da indenização, embora ambas se equivalham em sua finalidade precípua, qual seja, indenizar, dar cobertura econômica ao tempo de serviço do empregado.

A convivência dos dois institutos no sistema jurídico brasileiro foi pacífica, sem divergências no âmbito da doutrina ou da jurisprudência, quanto ao aspecto particular aqui enfocado, de sistemas destinados a dar respaldo ao tempo de serviço do empregado.

De dois anos a esta data, no entanto, houve mudança de posição: surgiram divergências, radicalizaram-se posições contraditórias, cindiram-se a doutrina e a jurisprudência.

É que a vivência veio a demonstrar que, comparado exclusivamente o valor recebido pelo empregado optante a título de Fundo de Garantia, por ocasião da despedida imotivada, e o valor da indenização recebida pelo empregado não-optante, em idêntica hipótese, os mesmos não se igualavam. Em certas circunstâncias, principalmente com relação a empregados que contassem com mais de 10 anos de serviço na empresa, o valor do FGTS era inferior ao da indenização, se cabível fosse. Em outros casos, quando o empregado contasse com menos anos de casa, e de maneira mais acentuada quanto aos que tinham tido uma progressão salarial menos rápida, o valor da conta vinculada sacado

por ocasião da despedida injusta mostrou-se superior ao que receberia como indenização, se optante não fosse.

Quanto a estes últimos casos, nenhum problema. Mas, aqueles que se sentiram prejudicados passaram a pleitear em juízo a diferença entre o valor resultante do FGTS e da indenização a que teriam direito, se despedidos sem justa causa e não-optantes. O êxito alcançado em algumas demandas estimulou outros pedidos idênticos e hoje a Justiça do Trabalho enfrenta uma avalanche de litígios de tal natureza, em todos os quadrantes do País.

Fundamenta a pretensão, invariavelmente, o art. 165, inciso XIII, da Constituição Federal, que assim reza:

"A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria de sua condição social:

"I — (omissis)"

"XIII — Estabilidade, com indenização ao trabalhador despedido ou fundo de garantia equivalente;

Seduzidos pela falácia da interpretação literal e levando a extremos o princípio da interpretação beneficente, sustentam os defensores da tese da equivalência ponto de vista segundo o qual a Constituição Federal garantiria ao empregado optante despedido sem justa causa o mesmo valor que receberia a título de indenização, se optante não fosse. Seriam sempre equivalentes, isto é, iguais em cruzeiros, o valor do FGTS e o da indenização por despedida.

Sedimentam sua convicção em dois argumentos principais:

a — A Constituição fala em indenização ou fundo de garantia "equivalente". Equivalente significa de igual valor. Logo, o valor do FGTS deve ser igual ao que seria recebido em caso de indenização.

b — Não é justo que empregados em identidade de condições recebam indenização de diferente valor por ocasião da despedida imotivada. Exatamente para evitar discriminações odiosas é que a Constituição determinou a equivalência.

No que tange ao primeiro argumento, apresenta-se sofismático e baseia-se unicamente na interpretação literal, o mais pobre e inadequado dos meios de interpretação, e por isto labora em graves equívocos...

Cumprido ressaltar desde logo que o vocábulo "equivalente" não tem um único sentido na língua portuguesa falada no Brasil. Numa busca, ainda que superficial, nos bons escritores e nos bons dicionários, verifica-se que "equivalente" significa "de igual valor", mas também é sinônimo, mais ou menos perfeito, de conformidade com o contexto, de "correspondente", "equivalente", "correlato", "proporcional", "análogo", "semelhante", e outros mais.

Um mínimo de prudência aconselha a indagar-se, já de início, em que sentido vem empregado determinado vocábulo, em determinado texto. Não parece legítimo aferrar-se o intérprete aprioristicamente a um único sentido, quando o vocábulo em questão os possua em grande variedade. Não se afigura atitude crítica adequada adotar como verdade final um único sentido vocabular, sem o exame da realidade, do contexto, da sistemática legal em que o texto vem inserido.

Bem examinado o texto constitucional em questão, ver-se-á que em momento algum preceitua o mesmo que o valor econômico da indenização e do Fundo de Garantia devam ser iguais. Não faz qualquer alusão a valores monetários. Declara apenas que a indenização ao trabalhador despedido equivale ao

Fundo de Garantia. E coloca entre a menção de ambos os institutos um conetivo de exclusão, exatamente para significar que o instituto da indenização e do Fundo de Garantia são paralelos e excludentes um do outro, mas se equivalem como sistemas garantidores de cobertura financeira para o tempo de serviço do empregado não-estável, quando despedido sem justa causa.

A equivalência afirmada pela Constituição de forma alguma representa igualdade em termos econômicos, em valores monetários, mas simplesmente em termos jurídicos e sociais, no sentido das características teleológicas de ambos os institutos legais, como sistemas.

Observe-se que, no mesmo inciso, o art. 165, XIII, da Constituição garante aos trabalhadores estabilidade, indenização, Fundo de Garantia. A palavra "estabilidade" vem separada das demais por uma vírgula, ao passo que as expressões "indenização ao trabalhador despedido" e "fundo de garantia" vêm ligadas pelo conetivo "ou", numa demonstração evidente de que o legislador tinha consciência plena de que "estabilidade" e "indenização por despedida" são conceitos conflitantes, não o sendo, porém, os de "indenização" e "fundo de garantia", equivalentes em suas finalidades precípuas, e excludentes um do outro, como sistemas.

Com efeito, o trabalhador estável não tem direito à indenização, e sim ao emprego. Em caso de despedida sem obediência às formalidades legais o direito do empregado estável é a reintegração e não a indenização. Converter o direito à reintegração em indenização é faculdade exclusiva do Juízo.

Ao estável despedido sem cumprimento das formalidades legais a lei assegura a reintegração; ao não-estável, a indenização ou o Fundo de Garantia. Assim, a Lei Maior declarou equivalentes a indenização e o Fundo de Garantia, e não este e a estabilidade ou esta e a indenização, que são conflitantes por sua origem, por sua destinação e por força de lei.

Tanto a estabilidade, como a indenização, como o Fundo de Garantia, se regulam por dispositivos legais próprios, por sistemas específicos, todos mantidos e nenhum ab-rogado ou derogado pela Constituição, que, como é óbvio e gritantemente evidente no artigo em exame, estabelece normas programáticas e não desce, nem pode descer, a particularidades quanto ao valor monetário das garantias que assegura. Desta matéria cuida a lei ordinária específica.

Aliás, esquecem-se os mentores da tese da equivalência baseada na interpretação literal de interpretar a letra de outra expressão contida no mesmo art. 165, *caput*, da CF, qual seja "nos termos da lei".

Diz o *caput* do artigo que "a Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, *nos termos da lei*, visem à melhoria de sua condição social". (Sublinhamos.)

Que significa esta expressão "nos termos da lei"? A que se refere ela? Na interpretação literal vários aspectos assumem relevância, tais como a semântica, a regência, a colocação, a sintaxe, a pontuação, o síndeto, assíndeto ou polissíndeto e muitas outras questões.

Sob o ponto de vista da semântica, por exemplo, cumpriria ao intérprete pesquisar todos os sentidos, todas as idéias contidas na palavra "equivalente", e não apanhar um só deles, como se fora o único, desvinculá-lo do contexto e do sistema legal e reapresentá-lo como a verdade final.

No caso da expressão mencionada, importa examinar sua colocação, sua ligação sintática. A expressão "nos termos da lei" no texto constitucional se referirá apenas aos outros direitos não previstos na Constituição ou também aos direitos que ela menciona?

A ambos, evidentemente. O contrário seria o absurdo e importaria em admitir que a Lei Maior revogou toda a legislação existente no País relacionada com as garantias que menciona expressamente.

Aquela expressão, sem qualquer alteração de seu sentido, poderia ocupar posições variadas dentro do mesmo texto. Tanto pode permanecer onde está, como vir no início da frase, como no fim, como após a palavra "direitos", ou "Constituição", ou "assegura", ou "trabalhadores", ou "visem". Em qualquer dessas posições, ao gosto da fonética ou do estilo do escritor, necessariamente, em face do contexto e da realidade jurídica brasileira, a expressão "nos termos da lei" significa sempre a mesma coisa, ou seja: A Constituição assegura ao trabalhador os direitos que menciona e outros, conforme está previsto na legislação em vigor. E tanto assim é que nenhum direito novo criou a Constituição Federal vigente em seu art. 165, nem revogou qualquer dos existentes.

O segundo argumento de que se socorre a corrente "equivalentista" é o da equidade, o da isonomia. Este chega a impressionar, à primeira vista. Com efeito, comparados apenas os valores em dinheiro recebidos pelo empregado optante e pelo não-optante despedido sem justa causa, no momento da despedida, a título de ressarcimento do dano, parece difícil explicar por que um deva receber mais que o outro, se estão em identidade de condições...

Suposto que estivessem, a situação, efetivamente, seria embaraçosa. Em verdade, distintas são as condições de um e de outro. Distintas do ponto de vista jurídico. Tão distintas quanto a situação do empregado contratado por prazo certo com relação ao que o foi sem determinação do prazo. Por isto mesmo, por ocasião de uma despedida imotivada, distintos serão os direitos de cada um, sendo impossível a igualdade em situações jurídicas desiguais.

Vale lembrar a lição do exímio RUI, quando ensina que a verdadeira igualdade consiste em tratar desigualmente aos desiguais.

Ora, o empregado optante e o não-optante jamais serão iguais, em sentido jurídico, quer na vigência do contrato de trabalho, quer em sua rescisão por iniciativa de qualquer das partes, com ou sem motivos justificados. Cada qual está sujeito a um regime jurídico próprio quanto à cobertura financeira de seu tempo de serviço. Cada um possui eventuais vantagens e sofre eventuais riscos, que são os previstos pelo sistema legal vigente. Livremente exercida, sem vícios de qualquer espécie, a opção pelo regime estatuído pela Lei 5.107 é ato jurídico perfeito, apto a produzir os efeitos legais que lhe são próprios, e não outros.

A retratação da opção após o rompimento do vínculo empregatício, simplesmente por perceber o empregado que o sistema a que se sujeitou ou esteve sujeito não lhe foi vantajoso, é procedimento inadmissível, aberrante, atentatório contra a indispensável segurança das relações jurídicas, da mesma forma que o seria a mudança do regime dos bens adotado no casamento, após o rompimento do vínculo matrimonial.

As consequências dos negócios jurídicos são as previstas em lei. A opção é uma declaração de vontade destinada a produzir os efeitos jurídicos previstos na legislação própria e os produz, a despeito da vontade posterior dos sujeitos da relação jurídica.

Que se diria do empregador que pretendesse sacar para si, após o rompimento de vínculo empregatício, os depósitos da conta vinculada de seu empregado optante demitido por justa causa, sob o pretexto de que, se optante não fosse, poderia retirar aqueles depósitos?...

O mesmo que se deve dizer do empregado optante que pretende complementação de sua conta vinculada sob pretexto de que, se optante não fosse, teria ganho mais... Ou do empregado não optante que, ao ser indenizado e tomar conhecimento de que, se optante fosse, ganharia mais, pretendesse haver diferenças entre o Fundo de Garantia e a indenização... Deliram, pois não os protege a lei.

Todavia, o problema assume proporções bem menores do que as muitas vezes apresentadas. É que o sistema do Fundo de Garantia é bastante complexo, muito mais que o da indenização e traz para o optante uma série de vantagens patrimoniais com relação ao respaldo econômico do tempo de serviço, vantagens estas totalmente desconhecidas no sistema da indenização.

Em termos globais, tanto do ponto de vista patrimonial, como do ponto de vista social, o Fundo de Garantia não apenas equivale, mas é superior à indenização por despedida. Por isto mesmo, não causa espécie que a Constituição Federal os declare equivalentes, pois que, sem embargo das diferenças dos valores monetários que eventualmente se constatem, valores estes que, conforme as circunstâncias, ora são maiores no Fundo de Garantia, ora na indenização, pode-se estabelecer equivalência em termos globais, e existe sempre equivalência teleológica, quanto à destinação específica dos institutos, como sistemas destinados a dar cobertura econômica ao tempo de serviço do empregado.

Acolhida a tese da equivalência econômica entre o valor do Fundo de Garantia e o da indenização, cumpriria indagar das conseqüências de tal equivalência, de sua extensão.

O art. 165, XIII, da Constituição Federal, ao dizer equivalentes o Fundo de Garantia e a indenização, não estabeleceu qualquer distinção. Sabe-se que onde a lei não distingue não é lícito ao intérprete distinguir.

Em conseqüência, a primeira conclusão a que necessariamente se chegaria é a de que a igualdade de valores, por força do preceito constitucional, deve sempre ser resguardada, quer favoreça ao empregado quer ao empregador. Assim, revogada estaria qualquer norma inserida no sistema legal brasileiro que se oponha à perfeita igualdade de valores entre o Fundo de Garantia e a indenização.

Por outra, sempre que o empregado não tivesse direito à indenização não o teria ao Fundo de Garantia equivalente. Se se aposentar, se pedir demissão, se despedido antes de completar um ano de casa, se der justa causa à rescisão, não terá direito aos depósitos da conta vinculada, porque, em tais hipóteses, seu direito à indenização equivale a zero.

Objetar-se-á que esta conclusão não se impõe, ou aberrando do texto constitucional, que estabelece a equivalência apenas quanto ao empregado "despedido"... Mas o empregado despedido por justa causa é, sem dúvida, um "empregado despedido". Perderia o valor da conta vinculada em favor do empregador, em nome da equivalência?... Por certo que não! Logo, a interpretação literal é que se equivoca.

Por outra parte, se os valores totais da conta vinculada ultrapassassem os devidos a título de indenização, caso o empregado optante não o fosse, as diferenças deveriam reverter ao empregador. Suponha-se a hipótese de empregado demitido sem justa causa, cumprido o aviso prévio, ao completar 17 meses de serviço, em 30.06.78. Seus salários mensais sempre foram de Cr\$ 10.000,00. Ao ser demitido seu direito à indenização equivaleria a Cr\$ 10.000,00. Os depósitos de sua conta vinculada, com juros e correção monetária,

ria e os 10% da rescisão, atingiriam a Cr\$ 22.917,67. Em nome da pretensa equivalência, este empregado perderia Cr\$ 12.917,67; acredita-se que em favor do empregador, porque a este caberia complementar a indenização se a hipótese fosse inversa...

Mas não param aí os absurdos a que levaria a tese da equivalência, baseada na interpretação literal.

A pautar-se pela nova e simplista doutrina da interpretação literal, várias outras consequências deveriam ser extraídas do texto constitucional:

— O mesmo inciso XIII do art. 165 garante aos trabalhadores "estabilidade" sem exceções e independentemente de condições. Logo, todo o trabalhador brasileiro seria estável, desde o primeiro dia de emprego, fosse ou não optante.

— O mesmo inciso assegura indenização ao trabalhador despedido. Assim revogada a legislação em vigor quanto à matéria, qualquer trabalhador despedido teria direito à indenização, tivesse ou não dado justa causa à rescisão.

— O inciso I do mesmo artigo garante "salário mínimo capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, as suas necessidades normais e de sua família". Portanto, qualquer empregado, cujo salário lhe parecesse insuficiente para seu sustento e de sua família, poderia pleitear em juízo sua complementação.

— O inciso II assegura "salário-família a seus dependentes". Desta forma, todos os dependentes do trabalhador teriam direito a salário-família, independentemente de idade e parentesco.

E o rol de disparates a que levaria a interpretação literal do art. 165 da Constituição poderia ser ainda muito aumentado. Literalmente a Constituição os ampara e consagra.

Mas à defesa de tais absurdos ninguém se atreve, porque existe a consciência plena de que, ao assegurar tais direitos aos trabalhadores brasileiros, o legislador constituinte nada mais pretendeu do que dar proteção constitucional a institutos jurídicos já existentes e que continuam a reger-se pela legislação ordinária em vigor.

EM CONCLUSÃO:

a) O art. 165 da Constituição Federal, em seus vários incisos, não derogou a legislação em vigor no País relativamente aos direitos que menciona. Manteve-os, deu-lhes garantia constitucional, continuando em plena vigência as normas jurídicas pertinentes a cada um deles.

O inciso XIII do mencionado artigo garante ao trabalhador a estabilidade, nos termos da lei ordinária, e indenização ou Fundo de Garantia, também nos termos da lei própria, sem inovações.

b) O inciso XIII do art. 165 da Constituição Federal não estabelece equivalência dos valores monetários entre o Fundo de Garantia e a indenização, mas declara equivalentes ambos os institutos, como sistemas jurídicos destinados a dar cobertura ao tempo de serviço do empregado, sendo um excludente do outro.

c) A tese da equivalência de valores monetários entre a indenização e o Fundo de Garantia, no momento da despedida, decorre da interpretação literal equivocada, simplista, dissociada do contexto em que a norma interpretada vem inserida, contrária ao espírito da lei e do legislador e divorciada de nossa sistemática jurídica.

d) Uma vez admitida a tese da equivalência entre o valor monetário do Fundo de Garantia e o da indenização do empregado despedido, dever-se-ia adotá-la sem distinções, quer se demonstrasse favorável ao empregado, quer ao empregador.

e) Para que o homem possa viver em sociedade, e para que possa manter-se a paz social, o poder estatal necessariamente assegurará a estabilidade das relações jurídicas e a eficácia das normas que regem aquelas relações, garantindo-lhes os efeitos previstos em lei, sendo inadmissível que um empregado opte, se considere e seja tratado como optante durante todo o tempo de duração de seu contrato de trabalho, sujeito a regime jurídico específico, em cumprimento à lei vigente, e que, após a rescisão do contrato de trabalho, possa retratar-se e sujeitar-se a outra lei. Isto repugna à consciência jurídica e atenta contra o princípio da estabilidade das relações jurídicas, e contra o respeito ao ato jurídico perfeito e aos direitos adquiridos, princípios estes garantidos pela Constituição Federal.

f) O absurdo das consequências a que levaria a interpretação literal do art. 165 da Constituição, em seus diversos parágrafos, entre eles o que fundamenta a tese da equivalência, põe em relevo o imenso equívoco em que esta labora.

