

FUNDO DE GARANTIA EQUIVALENTE OU ESTABILIDADE?

Lulz Carlos Déa

Muito se tem discutido, atualmente, sobre o problema da indenização do tempo de serviço do trabalhador que é despedido sem justa causa, na hipótese de o mesmo ter optado pelo regime instituído pela Lei n. 5.107, de 13.9.66, que criou o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço. Em virtude do disposto no artigo 165, XIII, da Constituição Federal, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional n. 1/69, têm alguns Tribunais do Trabalho entendido que a indenização do trabalhador despedido sem justa causa, mesmo tendo ele optado pelo regime da Lei n. 5.107, deve ser igual à indenização prevista no artigo 478, da Consolidação das Leis do Trabalho. Tal entendimento, não é pacífico. Entendem outros que a equivalência mencionada na Constituição é uma equivalência jurídica e não de valores. Assim, o principal ponto de atrito entre as duas correntes que se formaram gira em torno do significado da palavra "equivalente", que aparece no texto constitucional.

Creemos, **venia permissa**, que o assunto não está sendo enfocado pelo seu melhor ângulo. Entendemos que antes de se solucionar o problema relativo ao significado da palavra "equivalente", outro aspecto da questão, ao nosso ver mais importante, deve ser enfrentado. O que a Constituição garante ao trabalhador pelo artigo 165, XIII, é a ESTABILIDADE. Transcrevemos, a seguir, o texto constitucional, para que melhor se fixe tal idéia:

- "Art. 165 — A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros, que nos termos da lei visem a melhoria de sua condição social:
- XIII — **ESTABILIDADE**, com indenização ao trabalhador despedido ou fundo de garantia equivalente;"

Ora, se o que a Constituição garante ao trabalhador é a estabilidade, a indenização e o fundo de garantia equivalente mencionados na

segunda parte do dispositivo, nada mais são do que mera consequência daquela. Sobre este aspecto do problema voltaremos a falar mais adiante. Vejamos, antes, como se adquire a estabilidade, uma vez que a Constituição nada diz a respeito. A solução deve ser buscada na lei ordinária e esta diz que a estabilidade é adquirida pelo empregado que completar dez anos de serviço na mesma empresa (art. 492, da CLT). Assim, aquele que completar dez anos de serviço na mesma empresa, tem garantida, pela Constituição, a estabilidade. Diz-se, no entanto, que quem opta pelo regime da Lei n. 5.107, renuncia ao direito à estabilidade. **Data venia**, assim não é. A estabilidade está constitucionalmente garantida para os dois regimes. Observe-se que a Constituição prevê consequências para ambos. Indenização para o não optante e fundo de garantia equivalente para aquele que for optante. Saliente-se que a Emenda Constitucional n. 1/69, além de ser hierarquicamente superior à Lei n. 5.107/66, a ela é posterior. Atente-se para o fato de que a lei ordinária pode fixar o tempo necessário para que o trabalhador adquira a estabilidade: 8 meses, 2 anos, 10 anos, 12 anos, etc. Dependerá do legislador, pois a Constituição não fixou o prazo. Mas o que a lei ordinária não poderá, diante do texto do art. 165, XIII, será eliminar a estabilidade. Se a lei contiver qualquer disposição que negue aquilo que está garantido pela Constituição, isto não terá qualquer valor.

A principal ilação que se tira desta interpretação é de que o trabalhador que tenha adquirido a estabilidade (leia-se: que esteja há mais de dez anos na mesma empresa), seja ou não optante, não podem se referir aos trabalhadores que adquiriram a estabilidade. Veja-se, novamente, o texto: "Estabilidade, COM indenização... ou fundo de garantia equivalente". A preposição "com" faz que a indenização, terá direito à reintegração. Se esta não for aconselhável, fará jus a uma indenização (se não for optante) ou a fundo de garantia equivalente (se optante).

Neste ponto devemos voltar à análise das consequências da violação à garantia da estabilidade. Se a Constituição, no referido inciso XIII, na sua primeira parte, garante a estabilidade, parece-nos que as consequências patrimoniais previstas na sua segunda parte somente podem se referir aos trabalhadores que adquiriram a estabilidade. Veja-se, novamente, o texto: "Estabilidade, COM indenização... ou fundo de garantia equivalente". A preposição "com" faz que a indenização ou o fundo sejam acessórios da garantia "estabilidade". A Constituição não garante, em momento algum, que o trabalhador despedido tenha direito à indenização ou ao fundo. O que a Constituição garante é indenização ou fundo de garantia equivalente para o trabalhador que tenha ESTABILIDADE.

Sobre o que seja a indenização do trabalhador que adquira a estabilidade não há discussão: é a prevista no artigo 478, da CLT, paga em dobro por força do disposto nos artigos 496 e 497. E se a indenização é medida por um valor pecuniário, não há dúvida de que o Fundo de Garantia também deverá ser medido por um valor pecuniário. Dizendo a Constituição que o fundo de garantia deve ser equivalente, a conclusão lógica é de que o valor do fundo deve ser igual ao valor da indenização.

Constata-se, porém, que o valor do fundo dificilmente será igual ao da indenização em dobro. Argumentam alguns, então, que o empregador, que cumpriu todas as disposições da Lei n. 5.107, não pode ficar obrigado a complementar o valor do fundo até o valor da indenização, uma vez que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. E o empregador cumpriu a lei. Se é certo que cumpriu a lei ordinária, fazendo os depósitos, não é menos certo que terá de cumprir a Constituição, complementando-os. Sendo a Constituição hierarquicamente superior à lei ordinária e determinando ela que o valor do fundo deve ser equivalente ao valor da indenização, não há possibilidade de qualquer discussão em torno disso. Sob pena de ficar estabelecida a mais completa subversão em matéria de aplicação das leis. Por outro lado, a obrigação de indenizar o empregado jamais mudou de mãos. Sempre pertenceu (e continua pertencendo) ao empregador. Se este é obrigado a indenizar o trabalhador que não optou, também é obrigado a indenizar àquele que optou. Tanto isto é verdade que faz os depósitos. Deve, pois, complementá-los, na forma imposta pela Constituição.

Destarte, podemos concluir, salvo melhor entendimento, que:

- 1 — O trabalhador que conta com mais de dez anos de serviço na mesma empresa, seja optante ou não, tem constitucionalmente garantida a estabilidade;
- 2 — Ao trabalhador estável é garantido, constitucionalmente, no caso de despedida sem justa causa, que o valor do fundo de garantia seja equivalente ao valor da indenização;
- 3 — A obrigação de pagar a indenização ou de fazer os depósitos e complementá-los é do empregador;
- 4 — Os empregados não garantidos pela estabilidade não têm direito a um fundo de garantia equivalente ao valor da indenização. Somente têm direito ao que a legislação ordinária lhes assegura.