

Indenização ou Fundo de Garantia Equivalente

ANTÔNIO ALVARES DA SILVA

Professor de Direito do Trabalho da Faculdade
de Direito da UFMG

SUMARIO: 1. Introdução — 2. Dois Princípios Fundamentais de Direito do Trabalho — 3. A Estabilidade — 4. Colocação do Problema — 5. Tomada de Posição; 5.1. Etimologia e Significado da Palavra “Equivalente” — 6. Análise dos Argumentos em Contrário; 6.1. Opinião de Aluysio Sampaio; 6.2. Opinião de Délio Maranhão e A. Sussekind; 6.3. A Opinião de Edmo Lima; 6.4. A Opinião de Irany Ferrari; 6.5. Argumento de Clóvis Salgado; 6.5.1. O Art. 165, Item XIII não é Autoaplicável; 6.5.2. Equivalência e Opção; 6.5.3. Eficácia da Opção; 6.6. Equivalência Social de Sistemas e Estabilidade Econômica; 7. Responsabilidade Passiva — 8. Conclusões.

1. INTRODUÇÃO

O conjunto de regras de um ordenamento jurídico é a resposta de uma época aos seus problemas sociais. A conduta humana, dirigida imperativamente para um determinado sentido, significa o esforço do Estado para a construção de uma ordem social em que estas atitudes, como são, não bastam: é preciso orientá-las num outro sentido querido pela norma, significando este objetivo a vontade genérica do estado que coincide com as aspirações do povo em seus vários segmentos sociais.

O positivismo jurídico, na sua ânsia de explicar o direito como ele é e não como deveria ser,¹ já é uma doutrina superada na moderna dogmática pois a regra, trazendo uma prescrição à realidade, torna-se dela inseparável embora possa constituir num momento posterior objeto em si mesmo, (enquanto norma), das meditações jurídicas. Porém o nascimento da norma tem uma inquestionável motivação fática que o legislador apanha e descreve para devolvê-la posteriormente a esta mesma realidade como prescrição de conduta.²

O ordenamento jurídico é assim uma criação cultural em que se espelha impreterivelmente a realidade que o motivou. Dela não se pode prescindir como elemento motivador da regra. Em última análise, o mundo com seus acontecimentos sociais constitui o fato gerador da norma para o legislador, o elemento necessário para a aplicação da lei pelo juiz, o foco de interesses que serve de base à atuação do advogado. A "tessitura social" do Direito é um fato (DIE Sozialbezogenheit des Rechts ist ein Faktum) dizem com propriedade Kaufmann-Hassemer.³

Se o Direito é a resposta de um povo, em um dado momento histórico, aos seus problemas sociais, esta mesma realidade não pode ser um elemento desconhecido do jurista, qualquer que seja o plano do seu contato com o Direito. Ela é o ponto de referência que dá sentido aos códigos e às leis, sem a qual a norma não se vivifica, nem desce à realidade onde nasce e para onde obrigatoriamente voltará. Por isso não há coincidência absoluta das leis de um povo quando em comparação com outro. É que a problemática social de uma época, embora

1. KAUFMANN-HASSEMER. "Problemas Fundamentais da Filosofia e da Teoria do Direito Contemporâneo", Frankfurt, Athena um, 1971, pág. 46 — "Ele tenta responder à pergunta o que e como o direito é e não à pergunta como ele seria ou deveria ser feito — (sie versucht, die frage zu beantw norten, was und wie das Rechtist, nicht aber die Frage wie es sein oder gemacht werden soll)".

2. PAULO, L. I. de R. J. (50, 17). "Regula est, quae rem, quae est, "breviter enarrat". "A regra é tudo aquilo que, de modo breve, descreve a coisa que existe"

3. KAUFMANN-HASSEMER. op. cit., pág. 50.

unitária em seus princípios genéricos, assume os acontecimentos humanos que estruturam sua maneira peculiar de vida.

Ninguém nega que o Direito possa ser objeto de estudo independentemente da realidade que existe como objeto de suas regras. Pode sê-lo e freqüentemente o é, para que se deduza o aspecto geral de seus princípios, as características gerais de suas regras, os institutos como que necessariamente opera para a execução de seus fins. É analisado como dado cultural expresso em normas e passa a ser inclusive objeto de um ramo especial do conhecimento jurídico, a Teoria Geral do Direito.⁴ Esta perspectiva só é possível num momento posterior de evolução quando a ciência jurídica, já dotada de experiência normativa, abstrai tais normas da realidade de onde nascem para analisar seus próprios fundamentos formais. Porém esta perspectiva não significa um corte ou separação do Direito com a vida. Apenas demonstra uma de duas facetas, um ângulo a mais de seu objeto de conhecimento. E esta visão ampla do Direito e dos fatos sociais é necessária como suposto natural do conhecimento coerente e pleno do fenômeno jurídico.

O Direito, é, pois, objeto de dois tipos de conhecimento: o empírico e o científico. Aquele é um conhecimento histórico, circunstanciado no tempo, comprometido com os elementos sociais relacionados com a norma. Este é abstrato, separado da realidade concreta, buscando princípios universais que lhe permitam uma formulação genérica. Do ponto de vista prático, nasce da intersubjetividade das condutas humanas e é fruto da experiência e da indução.⁵ Desta dualidade de visão, não nasce nenhuma hierarquia metodológica nem se pode afirmar a importância de uma sobre outra. O Direito, como o próprio ser humano, é consequência da realidade e da abstração, da vida e da teoria, do momento e da eternidade. Ambas as pers-

4. NAWIAKNY, Hans. "Teoria general del derecho". Madrid, Rialp, 1962, p. 20 e ss.

5. PORTELA, Maria Alberto. "Introducción ao Derecho". Madrid, Rialp., 1962, p. 20 e ss.

pectivas se completam buscando a integração plena a que tende todo o conhecimento científico.⁶

A interpretação jurídica é a atividade que se localiza na esfera do conhecimento pragmático do Direito pois visa a conjugá-lo com a realidade social. Neste setor trabalham o juiz que aplica a lei, o advogado que requer o direito, o parecerista que, ante o caso concreto, emite a sua opinião quanto à regra aplicável. Todo este esforço é uma busca de reconstruir a vontade da norma, que vai regular a situação concreta do dado de uma faixa dos acontecimentos humanos, por ela pretendidos.

Esta atividade interpretativa é essencialmente reconstrutiva e analítica. O intérprete procurará o adequado encontro da regra com o fato, através das circunstâncias mais apropriadas para esta integração. Não poderá perder-se no casuísmo que impede qualquer generalização. Deverá atentar para a finalidade social da regra e para o ambiente histórico de que recebe o substrato social. Deverá, em suma, considerar a generalidade do campo social a que se destina, bem como os princípios genéricos do ramo do Direito de que provém, pois só assim se conseguirá a interpretação sistemática de acordo com o postulado de Von Jhering:

“Elevar as regras do Direito à categoria de elementos lógicos do sistema. Esta operação, tal qual é compreendida, tem também para o mundo a mais alta importância porque nos subministra, por assim dizer, os reativos simples para os fatos concretos da vida tão numerosos quão complicados”.⁷

2. DOIS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DE DIREITO DO TRABALHO

Todos os ramos do conhecimento jurídico adquirem sua autonomia em função de uma parcela determinada da realidade

6. VON JHERING, Rudolph. “O Espírito do Direito Romano”. Rio, Alba, 1943, vol. 1, pág. 34 — “As fórmulas poderiam definir-se: a conta que apresenta um povo do desenvolvimento de seu peculiar entendimento jurídico”.

7. VON JHERING. Op. cit., p. 38.

que ele disciplina de modo prioritário e genérico. Suas regras nascem em função desta própria realidade e das pessoas que, como sujeitos de direito, nele intervêm, constituindo relações jurídicas próprias, de conteúdo igual ou semelhante. Elas evoluem e buscam, por necessidade lógica, um sistema em que se disponham e organizem de modo harmônico e coerente.⁸

Esta passagem do casuísmo normativo para os princípios orientadores marcantes se faz por um trabalho de dogmática jurídica pela qual se subtraem, por generalizações sucessivas, aqueles pontos centrais que informam como denominador comum a maioria das relações jurídicas do ramo analisado. No Direito do Trabalho quais seriam estes aspectos?

A relação de emprego, como feixe dos acontecimentos fáticos que se desenrolam entre o empregado e o empregador, impulsionados pela prestação de trabalho subordinado, ainda tem uma origem volitiva, de base contratual. Não se trata de um contrato de direito privado porque nele não se confrontam pessoas iguais, nem uma relação de direito público porque um dos sujeitos não se subordina totalmente à vontade de outro.⁹ Trata-se de um contrato de natureza especial, corporificando uma relação jurídica que se situa abaixo do império do estado e acima da autonomia privada. Não se trata, pois, da força constitutiva plena da vontade do direito privado nem da imposição unilateral da vontade do direito público. Deste foco de interesses assim dimensionado e composto, surgem as principais conseqüências jurídicas que são o objeto e o próprio conteúdo do Direito do Trabalho.

Em que consistem as notas marcantes deste contrato? Do ponto de vista do direito individual, caracterizou-se pela

8. OLEA, Manuel Alongo. "Introdução ao Direito do Trabalho", P. Alegre, Sulina, 1969, p. 10.

9. BAUMANN. In Einführung in die Rechtswissenschaft, 3, Auf., Munchen, C. H. Beck, 1972, pág. 21-23. "O direito privado regulamenta as relações jurídicas de pessoas iguais (Rechtsbeziehungen zwischen den einzelnen gleichgeordneten Rechts unterworfenen) enquanto o direito público se caracteriza pela relação de ascendência de um sujeito de direito sobre outro. (Das öffentliche Recht ist Charakterisiert durch das Übergeordnetsein des einen Rechtssubjektes über das andere.)"

intervenção do estado, garantindo determinados conteúdos mínimos em favor do empregado, intangíveis pela autonomia privada.¹⁰ Se o contrato é um meio de composição de interesses pelo exercício da autonomia privada, é preciso que haja independência entre as partes contratantes para que ele seja um instrumento jurídico à altura de sua finalidade e não apenas uma abstração onde haja apenas igualdade formal mas não real. Reconhecendo que a inferioridade econômica do trabalhador importava em sua inferioridade jurídica, o estado interveio para reforçar sua vontade, na tentativa de reorganizar o equilíbrio contratual quebrado. Dois princípios marcaram daí pra frente, a evolução do Direito do Trabalho.

a) primeiramente, garantia de um salário justo do trabalhador pela contraprestação de seu trabalho, como símbolo de sua independência mínima e sobrevivência digna.

b) em segundo lugar, o tempo de serviço, como pressuposto necessário da aquisição de todos os seus direitos. O tempo não se refere apenas à jornada mas sim à permanência no emprego que simboliza a certeza da sobrevivência do trabalhador pelo recebimento dos salários como meio de suprir suas necessidades pessoais e familiares.¹¹

Em torno destes pilares básicos se ergueram todas as construções modernas do Direito do Trabalho e foram eles que sustentaram como inspiração seu objeto principal. Suas instituições se entranharam destas idéias que existiam sedimentadas no fundo de todas elas e se desdobraram pelos limites tanto de direito individual quanto de direito coletivo. Qualquer instituto jurídico-trabalhista que as negue significa um retrocesso evolutivo que contraria a tendência mais marcante do Direito do Trabalho contemporâneo.

10. Posteriormente, a evolução se fez com a intervenção dos sindicatos para a formação do Direito do Trabalho, nascendo a convenção coletiva e o próprio Direito Coletivo do Trabalho. Finalmente, como tendência atual, a evolução se verifica no sentido da conterminação e cogestão do emprego em relação à empresa a que pertence.

11. DE LA CUEVA, Mário. "El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo", México, Porrúa, 1978, p. XXXV (prólogo à terceira edição).

3. A ESTABILIDADE

A estabilidade é um dos institutos jurídicos de que se serve o Direito do Trabalho para concretizar aqueles dois princípios básicos. Talvez o mais eficaz de todos eles. Se o empregado permanece no emprego, ganha com certeza o sustento de sua vida. Fica a salvo das incertezas e ansiedades. Tem a segurança necessária para viver em paz. E tem, como consequência, além da garantia do salário, a condição de ganhar melhor. Em suma, é uma valorização do trabalhador que deixa de ser tratado apenas como instrumento da produção para ser objeto de proteção mais humana e digna.¹²

Não é aqui o lugar apropriado para apresentar dogmaticamente este instituto, nem discutir-lhe as principais características jurídicas. Basta dizer que o legislador brasileiro, colocando-se de acordo com a tendência universal do Direito do Trabalho, reconhece-o desde 1923. Em 1934, elevou-o à categoria de direito constitucionalmente garantido que foi mantido pela Constituição de 46. (Art. 157, inciso XII).

A CLT disciplinou-o nos artigos 492-510 e ele passou a fazer parte das conquistas mais inalienáveis do trabalhador brasileiro.

A partir de 64, planificou-se a sua extinção. Já no programa da ação coeconômica do governo para o biênio 64/66 previu-se sua substituição paulatina por um sistema de proteção securitária ao risco econômico do desemprego. Com esta confusão preliminar de conceitos (já que a estabilidade é um dos meios de combate ao desemprego e, por isso, deveria ser fortalecida e não extinta), começou-se a escalada de sua morte, não obstante o governo, em ato público, ter baixado declaração

12. DEVEALI, Mário L. "Prefácio da" obra *Princípios Jurídicos de Derecho a la Estabilidad*", de Horácio H. de La Fuente. Buenos Aires, Zavalia, 1976 — "La conservación del puesto y la posibilidad de empleo no responden unicamente a exigências de orden econômico sino también tiendem a la defensa de la personalidad del trabajador que ha dejado de ser um simple instrumento del proceso productivo para convertirse en ún sujeto activo del mismo".

na qual dizia ser irreversíveis as conquistas dos trabalhadores, a propósito da redação do art. 7º do Ato Institucional nº 1 que suspendia por seis meses as garantias de vitaliciedade e estabilidade. Esta declaração interpretativa mostrava claramente que o governo não visava a estabilidade trabalhista mas sim a funcionário público. Aquela era irreversível.¹³

Porém outros objetivos levaram o governo a mudar de opinião. A pretexto de arregimentar dinheiro para as atividades de saneamento e habitação, avançou-se contra a estabilidade que se transformou no maior dos males do trabalhador brasileiro e de empecilho ao desenvolvimento econômico. O golpe foi desferido e a lei nasceu. Hoje com mais de 10 anos de experiência, avaliam-se os saldos da lei e o tempo, que é o melhor meio de revelação da verdade histórica, está aí para demonstrar o grande erro em extinguir a estabilidade. Recentes declarações do Ministro do Trabalho, preconizando reformas para garantir a estabilidade, é a maior demonstração de que os tecnocratas estavam errados e a estabilidade não era nem nunca foi um mal ao trabalhador e ao país, não obstante a pesquisa liderada pela controvertida figura do Sr. Lincoln Gordon, à época embaixador dos Estados Unidos no Brasil. Os fatos puderam mais do que as impositões. Se tivessem sido ouvidos mais os juristas e menos os tecnocratas, não teríamos golpeado direito tão fundamental do trabalhador e não teríamos regredido nas conquistas sociais. O Fundo cumpriria sua destinação econômica mas ela não se faria à custa de uma injustiça ao trabalhador.

O primeiro projeto nem sequer previa a opção, extinguindo pura e simplesmente aquele direito. Acoimado de inconstitucional, pois ainda vigia a Constituição de 46, na qual se garantia a estabilidade —, contornou-se o problema com a introdução

13. CESARINO JÚNIOR, A.F. "Estabilidade e Fundo de Garantia". Rio Forense, 1968, p. 37.

da opção.¹⁴ A lei veio à lume e, modificada no dia seguinte por decreto-lei, extinguiu definitivamente a estabilidade no Brasil. A opção não é livremente exercida pelo trabalhador e sim imposta pelas empresas. Ela de fato não existe mais.

Com as reformas constitucionais posteriores, começaram-se os arranjos para livrar a lei do estigma da inconstitucionalidade que ainda pesava sobre sua cabeça. A Constituição de 24-1-67, disse em seu artigo 158:

“A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria de sua condição social: XIII — estabilidade, com indenização ao trabalhador despedido, ou fundo de garantia equivalente”.

A Emenda Constitucional nº 1, de 17-10-69, no artigo 165, diz:

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

XIII — estabilidade, com indenização ao trabalhador despedido ou fundo de garantia equivalente”.

A diferença do texto consistiu apenas na supressão da vírgula antes da palavra ou.

A linguagem constitucional adaptara-se assim ao direito objetivo, o que por si só já constitui uma anomalia de técnica

14. HAURIOU-SFEZ. *Institutions Politiques e Droit Constitutionnel*. Paris, Montchrestien, 1972, pág. 92. “O artifício evidentemente não retirou a eiva de inconstitucionalidade. O interesse das declarações de direitos consiste exatamente no fato de o estado não poder violá-las. Tais preceitos, por serem a síntese de uma aspiração coletiva, têm uma unidade de coesão que lhe são próprias. E sua violação consiste tanto no desrespeito ao seu comando quanto no esvaziamento de seu conteúdo. A vigência paralela de um instituto jurídico que contrariava a estabilidade significava a sua negação para aqueles que o adotassem através da opção. Com isso o preceito perdeu seu alcance unitário e tutelar do trabalhador. Indiretamente, foi reduzido ao nada.

jurídica só presenciável nos momentos de correria e tumulto legislativo fazendo com que a lei vá na frente da própria constituição, subvertendo a hierarquia universalmente reconhecida da ascendência da constituição sobre a lei.

Mas não é só. Quase 3 anos depois da lei, a Constituição ainda se expressa numa linguagem confusa que ocasiona profundas perplexidades ao intérprete, que poderiam ter sido facilmente evitadas se o legislador tivesse cuidado pelo menos de uma redação clara. Ficou evidente que a Constituição reconhecera os dois sistemas de garantia do tempo de serviço, já existentes perante a lei ordinária. Mas, ainda assim, fê-lo de modo conturbado.

Na primeira parte da proposição, disse: “estabilidade, com indenização ao trabalhador despedido”. Numa primeira análise, poder-se-ia supor: a Constituição garantiu a estabilidade mas o empregado pode ser despedido mediante indenização. Como a estabilidade se caracteriza pela garantia ao emprego, restringindo a liberdade unilateral de despedir, a interpretação não procede porque é ilógica. Seria o fim da estabilidade, inclusive para os empregados não optantes e a CLT estaria revogada neste aspecto. O que a Constituição quis dizer foi o seguinte: ela garante o sistema da estabilidade e ainda, quando for o caso, as indenizações ao trabalhador, pois a indenização por tempo de serviço é um dos modos indiretos de garantia de permanência no emprego (ou de estabilidade em sentido conceitual ou amplo). Porém a referência é ociosa já que a indenização por tempo de serviço é uma tradição do direito brasileiro e já vinha expressamente regulada pelo direito objetivo, prévio à Constituição. Bastaria, portanto, que ela dissesse que garantia a estabilidade no emprego e nada mais.

Porém o grande problema interpretativo se localizou na segunda parte da proposição quando a Constituição depois de garantir a “estabilidade, com indenização ao trabalhador despedido”, pôs o segundo elemento da alternância: “ou fundo de garantia equivalente”.

4. COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

O adjetivo “equivalente”, qualificando a expressão “fundo de garantia”, gerou uma grande dúvida. Dotado de transitividade, o nome exige uma petição de princípio: equivalente a quê? Como a proposição fora enunciada em forma alternativa, afirmou-se que a equivalência seria com a indenização ao trabalhador despedido. Mas em que termos se daria esta equivalência? A indenização se calcula em números e seria neste setor a equivalência? Ou a equivalência seria apenas uma referência ao outro sistema que, paralelamente com o último, regeriam o tempo de serviço do empregado?

Com os empregados de baixa renda, os depósitos do Fundo, acrescidos de juros e correção monetária, superam normalmente o valor da indenização se, por ocasião da dispensa, fosse este o sistema adotado. Porém quanto aos empregados de alta renda, pode acontecer diferente: a indenização calculada com o mais alto salário supera o valor do Fundo. Então surge o problema: fará ele jus à diferença, se se adotar o critério da equivalência em valor dos dois sistemas?

Assim colocado, a questão agita os autores e a jurisprudência e permanece ainda sem uma solução definitiva. Porém o tema merece uma análise detalhada pela importância que levanta. De sua interpretação dependem uma série de brasileiros e a norma constitucional, por ser programática e atingir a toda classe de trabalhadores, precisa de uma interpretação segura e exata que esteja à altura dos seus objetivos.

5. TOMADA DE POSIÇÃO

5.1. *Etimologia e significado da palavra equivalente*

A palavra formou-se do radical “equi” mais o adjetivo participial “valente”. O primeiro provém do adjetivo latino, *aequus*, a, um que é a palavra base. Tem em latim vários significados:

a) o sentido fundamental é a idéia de plano, liso. Por ex.: *aequus locus* (Cícero) — lugar plano. *In aequum locum deducere* — dirigir-se a um lugar plano), etc.

b) com base neste sentido, transpôs-se a palavra para uma dimensão moral, significante igual e daí justo: *aequo iure* (Cícero), com igual direito. *Aequissima libertas*, liberdade igual para todos (Cícero). A palavra tem ainda uma série de matizes intermediários, porém estes são os seus sentidos básicos.¹⁵ Em português, o radical, com o sentido de igual, formou diversas palavras que se incorporaram definitivamente, por via semi-erudita, ao nosso léxico.

O segundo elemento "valente", é participio presente do verbo valer provém do verbo latino *valeo*, es, *valui*, *valitum*, *valere*, que tem os seguintes sentidos básicos: a) ser forte. b) ter saúde. c) ser eficaz. d) ter força, estar em vigor. e) prevalecer. f) ter força ou poder de. (com infinitivo).¹⁶

Portanto, etimologicamente, a palavra significa: tudo aquilo que tem igual valor, igual eficácia, igual força. Com esta conotação, adentrou o léxico. Aurélio Buarque de Holanda lhe dá dois sentidos:

- a) de igual valor;
- b) aquilo que equivale.¹⁷

No sentido filosófico é comumente empregada no sentido de fazer uma identificação entre dois entes comparados. Paul Foulquié deu dela a seguinte definição bastante ilustrativa para as conclusões a que chegaremos:

"Equivalente. adj. y subst. lat. *aequivalens*. Lo que, desde el punto de vista considerado (cantidad, eficacia, poder aquisitivo...) no difiere en nada de aquello con que

15. Veja-se a propósito de nome as seguintes obras, com suas significações e exemplos tirados dos clássicos latinos: FRAILE, Augustín Blanquex. "Diccionario Latino-Español", Ramón Sopena. Barcelona, 1946, p. 46. TORRINHA, Francisco, "Diccionario Latino-Português", Porto Editora, 1942, p. 30. "Ernout-Meillet Dictionnaire etymologique de langue latine", Paris, Kleincksieck, 1959, p. 11.

16. Consultem-se as mesmas obras citadas, onde a palavra aparece com exemplos de emprego pelos clássicos.

17. HOLANDA, A.B. de. in "Novo Dicionário da Língua Portuguesa", Rio, Nova Fronteira, s.d., p. 548.

se lo compara. El salario suele consistir en una cierta suma de dinero pero ésta puede ser reemplazada por su equivalente en especie. La noción de equivalencia difiere así de la de identidad e incluso de la igualdad".¹⁸

Este sentido técnico-filosófico, foi também salientado por William Morris, no conhecido e completo "Dictionáry of the english language" onde se aponta inicialmente o sentido de igualdade com que a palavra se apresenta na linguagem comum. Porém, em segundo plano, di-la com a conotação já remarcada por Foulquié, de efeito similar ou idêntico:

"Equivalente: la. Egual in substance, degree, value, force. Having similar or identical effects".¹⁹

Portanto conclui-se que a palavra equivalente, numa proposição comparativa, não denota igualdade nem identidade. Denota, porém, que há uma correlação de identidade ou igualdade entre os dois entes comparados, sem que eles sejam iguais ou idênticos em si mesmos. Esta igualdade ou identidade se deduz segundo a natureza do ente comparado —, quantidade, eficácia, poder aquisitivo, cf. Foulquié. Em Direito, o significado é rico de ilustrações:

18. FOULQUIÉ, Paul. "Dicionário del lenguaje filosófico, Labor, Barcelona, 1966, p. 316.

19. FOULQUIÉ, Paul. "Dictionary of the english language", Boston, Houghton, 1975, p. 443. Ainda sobre o significado da palavra, ouça-se André Lalande: "Deux choses sont ditées équivalentes quand elles ne différent en rien relativement à l'ordre d'idées ou à la fin pratique que l'on considere. En particulier, on appelle équivalente en Géometrie les figures que ont la même aire ou le même volume sans pour cela être necessairement dire congruentes; en logique, les termes ou les propositions entre les quel il y a égalité logique. La substitution des équivalents est l'operation consistant à remplacer dans une formule un terme par un autre que lui est logiquement egal". Vocabulaire technique et critique de la philosophie. Paris. Presses Universitaires, 1956, p. 296. No mesmo sentido a definição do C. Ranzi: "Si dicono equivalenti due cose, ad es., due figure geometriche, quando no differiscono in nulla relativamente idee o al fine pratico que si considera". Dizionario dei Scienze filosofiche., Milano Ulrico Hoepli, 1926, p. 373.

a) o salário em espécie, no Direito do Trabalho, não é o mesmo que salário em dinheiro. Porém a primeira espécie se *equivale* à segunda, desde que avaliada na proporção da lei. (arts. 458, 81 e 82 da CLT) ;

b) quando o art. 50 do Código Civil classifica os bens móveis em fungíveis e não fungíveis, a noção de equivalência se torna nítida na primeira categoria: não se trata de bens idênticos ou iguais mas sim de bens que substituem outro pelos critérios de referência da quantidade, qualidade ou espécie;

c) na responsabilidade civil, a noção aparece também clara e precisa. A reparação do dano por uma conduta ilícita é uma obrigação legal: art. 159 do Código Civil. Porém esta reparação nem sempre se fará com a reposição da coisa lesada ao seu estado primitivo mas pelo seu equivalente em dinheiro.

Com base em tais premissas, necessárias para o esclarecimento do tema em discussão, passa-se à análise do texto constitucional. Que diz ele? Afirma que a Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria de sua condição social:

“estabilidade, com indenização ao trabalhador despedido ou fundo de garantia equivalente”.

Trata-se de uma proposição composta disjuntiva, pela análise lógico-formal de sua formulação. Conforme salienta Irving Copi, o Juízo disjuntivo se forma pela inserção da palavra “ou” entre os enunciados. Esta palavra é ambígua em todas as línguas modernas e participa na formação de dois juízos disjuntivos:

a) o disjuntivo fraco em que a palavra ou tem um sentido inclusivo, de adição. O exemplo que ele fornece é o seguinte: “não se pagarão prêmios em caso de doença ou de emprego”, onde a palavra equivale à conjunção “e” e o sentido é meramente aditivo;

b) o sentido forte ou disjuntivo propriamente dito, onde seu significado é “pelo menos um e no máximo um”. Cita o caso de um cardápio de restaurante onde se anuncia sobremesa: salada ou doce, onde é clara a exclusão das duas idéias, não

a adição.²⁰ Na disjunção inclusiva, pelo menos um dos enunciados é verdadeiro. Na exclusiva, pelo menos um é verdadeiro mas não ambos, por impossibilidade lógica.

O art. 165, item XIII, é uma proposição disjuntiva exclusiva ou forte pois tem-se ali o sentido de “pelo menos um”, não os dois. Equivaleria ao “aut” latino. Verifica-se claramente a exclusão das duas idéias, pois não se garantem ao empregado a estabilidade com indenização em caso de dispensa e, ao mesmo tempo, fundo de garantia. Por esta dedução, poder-se-ia concluir: os dois sistemas foram garantidos pela Constituição e pela Lei e eles se excluem reciprocamente. Logo os princípios de um não se aplicam aos princípios do outro. A conclusão seria silogisticamente impecável se o enunciado não contivesse o adjetivo “equivalente” na segunda proposição e fosse apenas assim enunciado: “estabilidade, com indenização ao trabalhador despedido ou fundo de garantia”.²¹ Porém o legislador constitucional utilizou-se do adjetivo “equivalente” e o sentido da proposição ficou irremediavelmente mudado.

Viu-se que o adjetivo “equivalente” é um funtor da linguagem científica para estabelecer uma relação de identidade e igualdade entre duas proposições sem que elas sejam em si mesmas idênticas ou iguais. O salário pago em espécie não é salário pago em dinheiro mas com ele se identifica ou se iguala nos moldes da lei. O mesmo se diz da indenização em relação ao dano e do bem fungível em relação aos outros que

20. COPI, Irving. M. Introdução à Lógica, São Paulo, Mestre Jou, 1974, p. 229. Nas línguas mais exatas a imprecisão não existe, porque a disjunção é indicada por palavras diferentes. Em latim, a partícula aut indica a disjunção forte: aut secundum naturam aut contra. (Cícero, Fi. 3,53). Já vel (da raiz de volo), permite a escolha entre os dois termos: eius modi coniunctionem tectorum oppidum vel urbem appellarunt. (Cícero, República, 1,41). Veja-se Ernout-Thomas, Syntaxe Latine, Paris, Klincksieck, 1953, p. 446).

21. Ou, mais precisamente ainda: “estabilidade ou fundo de garantia, cf. se dispuser em lei”, pois a expressão “com indenização ao trabalhador despedido” e despicienda, cf. já se argumentou.

o substituem. Há um mecanismo de assimilação de uma idéia à outra segundo um critério previamente estabelecido: quantidade, qualidade, eficácia, medida... Cf. COPI, "sempre que dois enunciados são materialmente equivalentes, implicam-se materialmente um no outro".²² Portanto as duas proposições são disjuntivas no sentido forte ou excludente mas com uma relação de equivalência entre elas, o que é perfeitamente lógico e possível.

Resta agora saber: em que sentido se deu tal equivalência. Quais foram os termos de comparação empregados em que sentido ela se fará.

A redação do dispositivo é clara e vê-se que a equivalência se dá entre o fundo de garantia e a indenização. Este conceito (indenização) é a referência ou a grandeza com que se estabeleceu a correlação de equivalência. Resta, pois, explicá-lo pelo sentido técnico que tem em Direito do Trabalho para que se deduza em que dimensão ela foi realizada e quais as conseqüências que trará.

A palavra "indenização", qualquer que seja o ramo do Direito em que venha empregada, tem sempre o sentido de compensação expressa em dinheiro ou valor para um dano sofrido. Diz a respeito de Plácido e Silva:

"Derivado do latim *indeminis* (indene), de que se formou no vernáculo, o verbo indenizar (reparar, recompensar, retribuir) em sentido genérico quer exprimir toda compensação ou retribuição monetária feita por uma pessoa a outrem, para reembolsar de despesas feitas ou para a ressarcir de perdas tidas".²³

É verdade que a indenização em direito privado pode assumir dois aspectos distintos:

a) pode consistir na reparação, recolocando a coisa lesada em seu estado anterior ao dano ou,

22. COPI, Op. cit., p. 252.

23. PLÁCIDO E SILVA. Vocabulário jurídico, Rio, Forense, 1963, vol. II, p. 815.

b) ou pode consistir numa reparação, em dinheiro.²⁴ Porém em Direito do Trabalho brasileiro, a expressão assume um sentido mais estrito ainda pois a indenização que ele prevê, em caso de dispensa, é do art. 477, isto é, indenização paga na base da maior remuneração que tenha o empregado recebido na empresa em caso de dispensa injusta. Esta indenização só pode ser em dinheiro. Primeiro porque a lei assim o diz expressamente (indenização paga na base da maior remuneração). Segundo porque, pela natureza continuada do contrato de trabalho, a reparação do dano presumido pela dispensa só seria possível se o empregador readmitisse o empregado. Se ele recusar, não haverá possibilidade da execução. Além do mais, não há lei que obrigue o empregador a readmitir (a não ser no caso do estável) o empregado despedido. Portanto a indenização só pode ser expressa em dinheiro.

Estes supostos já nos permitem chegar à conclusão central deste estudo: se a Constituição estabelece uma equivalência entre o fundo de garantia e a indenização trabalhista e se esta só pode ter uma expressão monetária, é fácil concluir que a equivalência a que se refere a lei maior só pode ser uma equivalência de valor entre ambos. Ninguém nega a conclusão a que chegou Júlio Assunção Malhadas²⁵ de que a equivalência entre duas noções não está obrigatoriamente associada a valor econômico. Porém no texto constitucional, da forma com que foi feita e considerando-se as unidades da equivalência, a conclusão não pode ser outra. O fundo de garantia deve ser equivalente à indenização. Este conceito é forçosamente avaliável em dinheiro no Direito do Trabalho.

24. LARENZ, Klaus. "Lehrbuch des Schuldrechts", München, C.H. Beck, 1970, vol. I, p. 320.

25. MALHADAS, Júlio Assunção. LTR, 42/192: "Parecem suficientes estas informações, para fazer notar que equivalente não está obrigatoriamente relacionado a valor econômico. Pode se referir a igualdade de qualidades, de força, de natureza, de classificação, de finalidade, etc."

6. ANÁLISE DOS ARGUMENTOS EM CONTRÁRIO

Edmo Lima de Marca passa em revista a opinião de vários autores reafirmando posição contrária à tese que defendemos.²⁶ Iremos apresentá-las para discuti-las, acrescida do pensamento de outros autores.

6.1. *Opinião de Aluysio Sampaio*

Esta opinião, em síntese, é a seguinte: “equivalência, porém, não é igualdade de regimes. Os regimes são diferentes em sua estrutura mas nas suas finalidades devem ser equivalentes”. A equivalência com a estabilidade é proteger o empregado dos malefícios do desemprego, pela certeza dos depósitos do FGTS. Portanto a equivalência consiste na criação de um sistema que proporcione ao trabalhador a proteção no desemprego, e não na igualdade de valor entre o fundo e a indenização.

Não se nega que os regimes são diferentes. O sistema do fundo é tão diferente que foi preciso violar a Constituição de 46 para impô-lo. Por isso não são iguais nem na sua estrutura nem na sua finalidade. Pelo contrário, há flagrante contradição entre ambos. A única igualdade que existe entre eles é que ambos consideram o mesmo fato jurídico: a dissolução do contrato de trabalho e seus efeitos. Porém com uma diferença fundamental: a estabilidade visa a garantir a permanência da relação de emprego e o regime do fundo facilita sua extinção. Afirmar-se que fundo previne o desemprego com seus depósitos é temerário. Como pode prevenir o desemprego um sistema que exatamente facilita a dispensa? Além do mais, quando os minguados depósitos de um trabalhador de salário mínimo lhe podem servir de meio de subsistência entre um emprego e outro?

Um empregado optante que permaneça um ano na empresa receberá os depósitos, em caso de dispensa sem justa causa,

26. MARCA, Edmo Lima de. LTR, 42/321. “Inteligência da expressão “fundo de garantia equivalente” (art. 165, XIII, da Constituição Federal).

que equivalem a pouco mais de um salário mínimo. Como o salário mínimo no Brasil é reconhecidamente nominal (pois não garante nem sequer a sobrevivência digna de trabalhador, sem falar de sua família...), o empregado gastará os depósitos em menos de um mês. Se não conseguir de pronto outro emprego, passará a pertencer à grande massa dos famintos. Como então dizer-se que o fundo protege o desemprego, com a certeza de seus depósitos? O jurista brasileiro tem que raciocinar com dados concretos, pertinentes à sua realidade, e não com dados formais, distantes da nossa vida econômica. O maior meio de proteção contra o desemprego não está nos depósitos minguados do FGTS mas sim na garantia do próprio emprego, como meio constante de garantia da sobrevivência do empregado, cuja ruptura é um mal para ele e para a própria sociedade a que pertence. Por isso a lei deve evitá-lo, prevenindo-se contra seus efeitos. Cf. salienta Söllner:

“a dissolução traz, em muitos casos, inúmeras dificuldades ao empregado, não só porque a relação de emprego é a base de sua existência material, mas também porque ela constitui uma parte essencial do conteúdo de sua vida”.²⁷

É o que faz o fundo de garantia senão facilitar a rotatividade da mão-de-obra pela dispensa imotivada. Como então dizer-se que ele previne o desemprego?

6.2. *Opinião de Délio Maranhão e A. Sussekind*

Está expressa com detalhes em parecer dado ao Banco Nacional de Habitação sobre incidência dos depósitos e sua natureza jurídica.²⁸ Os argumentos são os seguintes:

a) pela exposição de motivos da lei 5.107, deduz-se que a Constituição quis garantir o sistema da CLT, que conduz à estabilidade no emprego e prevê a indenização ao trabalhador

27. ZÖLLNER, Wolfgang. “Arbeitsrecht”, Munchen, C.H. Beck, 1977, p. 164.

28. MARANHÃO, Délio. “Direito do Trabalho e Previdência Social”, São Paulo, LTR., 1976, vol. 2º, p. 88.

despedido, ou o sistema equivalente do fundo de garantia, em que o empregado já não adquire estabilidade no emprego, mas que lhe possibilita total e continuada compensação pelo tempo de serviço (estabilidade econômica);

b) ambos os sistemas conduzem a uma compensação monetária do tempo de serviço mas não se confundem. A equivalência é social.

O argumento sub *a*) é deduzido da exposição de motivos da lei 5.107. A lei constitucional não quis estabelecer uma diferença de mecanismos entre os dois sistemas: indenização em caso de dispensa (no sistema da CLT) e a continuada compensação do fundo, pela mensalidade dos depósitos. A equivalência foi o sistema do fundo (fundo de garantia equivalente), à indenização. Como esta, em nosso direito do trabalho, tem uma expressão monetária, o raciocínio fica, por si só, desautorizado. Cumpre ainda salientar que este método de interpretação empregado não é o mais indicado para a exegese de um texto legal.²⁹ As leis quase nunca são unânimes em seu nascimento. Nos próprios corpos legislativos, há divergências sobre o seu texto definitivo. Nem aí ela representa uma unidade do pensamento. Paradoxalmente, muitas leis só alcançam sua vitalidade plena quando, em tempos posteriores, se emancipam definitivamente da época ou dos homens que a motivaram. Francisco Carrara diz a respeito:

“E por último não é difícil que uma lei encontra nos trabalhos preparatórios uma falsa justificação, ou que lá

29. VON JHERING. Op. cit., pág. 42. “Trata-se do chamado método histórico de interpretação em sentido estrito, consultando-se a exposição de motivo da lei ou o pensamento do autor do projeto. Uma vez em vigência, as leis não pertencem mais a quem as elaborou. A criatura emancipa-se do criador, tornando-se independente de sua vontade. Diz a propósito Jhering: “o legislador que produz uma lei tendo plena convicção do fim a que aspira e das intenções que vai realizar, não pode sustentar a idéia de que esta lei é somente obra sua e não contendo senão aquilo que ele quis que contivesse. É sem dúvida o espírito da época que deslisa nos materiais que tem à mão, sem que o legislador disso pressinta”.

apareça desvirtuado o seu espírito. Mas nem por isso o intérprete será vinculado pelas considerações errôneas ou limitadas dos redatores da lei, antes deverá apreciar a norma no seu valor objetivo, e em conexão com o sistema do direito".³⁰

A lei do FGTS não foi precedida do necessário debate público para que se transformasse num diploma representativo da vontade nacional. Foi um trabalho de tecnocratas, visando à arregimentação de fundos públicos que se aplicariam em finalidades diversas dos interesses imediatos do trabalhador, o qual até hoje (principalmente o de menor poder aquisitivo), ainda não usufruiu de nenhum dos seus objetivos. Russomano reconhecesse que foi ouvido muito mais o Ministério do Planejamento do que o Ministério do Trabalho na elaboração da idéia da lei. Portanto é hora de uma interpretação independente que a situe no sistema jurídico a que pertence, independentemente das exposições de motivos algo parciais que tinham por fim extinguir a estabilidade e arrecadar fundos públicos e não fazer uma lei no interesse do trabalhador.

Saliente-se por fim que o texto definitivo da lei ficou conhecido desde 14-9-66. A Constituição de 24-1-67, "ajustou-se" ao legislador ordinário, apresentando o artigo em torno do qual se polemiza. Se a vontade do legislador não era a equivalência monetária mas sim "social" entre os dois sistemas, por que manteve o texto equívoco, cuja má redação os próprios Délio Maranhão e Arnaldo Sussekind, expressamente reconheceram? Portanto a conclusão deve ser em sentido contrário: o legislador quis criar e manteve uma norma mais benéfica ao trabalhador. E neste sentido deve ser interpretada.

6.3. *A opinião de Edmo Lima*

"A equivalência aludida no texto constitucional não pode ser medida estritamente quanto ao valor da indenização mas quanto à alternativa que se oferece ao empregado para escolher

30. CARRARA, Francisco. "Interpretação e aplicação das leis". 2ª ed. Coimbra, Arménio Amado, 1963, p. 146.

entre o sistema indenizatório da CLT e o regime instituído pela Lei 5.107. Não se trata de comparação entre quantias mas de alternativas com efeitos jurídicos distintos. A indenização da CLT só cabe na hipótese da dispensa sem justa causa enquanto os efeitos da rescisão do contrato de trabalho do empregado optante são bem mais amplos". Estes, os pontos de vista do autor citado.

A equivalência do art. 165, item XIII não pode ser interpretada apenas como alternativa dos sistemas da CLT e do Fundo de Garantia como meios jurídicos à disposição do empregado para regular-lhe o tempo de serviço. Se assim fosse, não havia necessidade do dispositivo que seria truísmo prosaico e desnecessário no texto da Constituição, se já existia a lei ordinária na qual a opção pelo sistema novo foram expressamente prevista. A estabilidade já fora derrubada. Bastaria então que a Constituição nova silenciasse quanto a esta velha conquista do trabalhador brasileiro, que a lei colocara em franca extinção, quando estabeleceu outro sistema. A Constituição, entretanto, voltou a garantir o direito, dando ênfase à indenização ao trabalhador despedido que ela quis que fosse igual em valor ao FGTS. Para prever a dualidade dos dois sistemas, não precisava de mandamento constitucional. A missão era do legislador ordinário. E este já a realizara com a lei 5.107.

Não se pode ainda, como pretende o autor, comparar indenização prevista na CLT com efeitos de "rescisão" (sic.) (O melhor seria dissolução, cessação ou terminação do contrato de trabalho do empregado optante pois não se compara com lógica espécie com gênero). Ninguém nega que o Fundo trouxe uma série de alternativas ao empregado, por ocasião da dissolução do contrato. Aliás, vantagens mais aparentes do que concretas, mais ilusórias do que reais, com que procurou atraí-lo. Porém, ao instituir o sistema do Fundo, a Constituição quis expressamente garantir que o empregado não sofresse nenhum prejuízo com o novo sistema. Por isso, estabeleceu que o Fundo fosse equivalente à indenização. As razões que levaram o legislador constitucional a tal equivalência são evidentes: pretendeu

que o empregado optante não sofresse nenhum prejuízo em relação ao sistema vigente antes do Fundo e que regeria seu contrato de trabalho caso não houvesse opção. O legislador constitucional agiu com bom-senso e consciência pois, em matéria de conquistas sociais, não se admitem retrocessos. Não se compreende que instituísse um sistema (de tantas vantagens para o empregado segundo a hapolgia de seus defensores), que fosse inferior ao sistema da CLT. E não se diga que as vantagens do item 11 do art. 8º e outras da mesma dimensão que se poderiam enunciar aqui (por ex. art. 9º e 10º da lei 5.107), compensariam tal prejuízo. São concessões específicas da lei que não excluem a outra vantagem, de ordem constitucional, que faz a equivalência entre os depósitos do Fundo e a indenização que o empregado receberia se não fosse optante. O princípio visou a garantir que a indenização, direito fundamental do empregado até então garantido, não sofresse diminuição no seu valor monetário. Se o legislador visou aperfeiçoar o tratamento jurídico do tempo de serviço do empregado, como poderia criar uma lei que o prejudicasse em relação a este mesmo tempo de serviço, dando-lhe em troca pequenas concessões que, por não o garantirem o emprego, tornam-se inexpressivas de ponto de vista econômico?

6.4. *A opinião de Iruny Ferrari*³¹

O Fundo dá compensações outras que não se resumem simplesmente no levantamento de depósitos quando em cotejo com a indenização: aposentadoria, morte, pedido de demissão e até de dispensa por justa causa, “regalias e compensações essas que constituem vantagens adicionais, se feito o confronto daquilo que se deve entender por equivalência, em termos amplos, no tocante aos regimes do FGTS e da CLT”.

Estes argumentos já foram revidados no item 6.3. Agora se diga apenas que o levantamento do Fundo em casos de aposentadoria e morte seria de fato um ponto alto do sistema se ele garantisse o empregado no emprego, de forma a possibilitar

31. LTR, 115-77, apud Edmo Lima, LTR, 323.

o crescimento dos depósitos. A realidade é, entretanto, bem diversa. A rotatividade de empregos foi enormemente favorecida pelo Fundo. No fim da vida ou em caso de morte, constata-se esta realidade: o empregado não tem nem o Fundo nem a estabilidade.

O jurista não pode perder a realidade para a qual a lei existe. Seus argumentos devem considerar o cenário social em que vive. Todos sabemos que as supostas vantagens do Fundo nos casos do art. 8º, item 11 ou em caso de aposentadoria e morte só raramente existem porque a rotatividade dos empregos não permite que ele assuma um valor econômico de significação. Se o próprio salário mínimo do trabalhador não lhe possibilita nem sequer condição de sobrevivência digna, que se dirá do Fundo formado com base em tal salário? Evidentemente não será com a movimentação de seu Fundo que o trabalhador brasileiro vai conseguir meios para atividade comercial, industrial, casa própria, casamento, etc. Trata-se, como se vê, de uma abstração que se distancia da realidade e, por ser falsa em relação a ela, deve ser desmascarada pelo jurista.

6.5. *Argumento de Clóvis Salgado*³²

6.5.1. *O art. 165 item XIII não é autoaplicável* — As normas constitucionais são de duas naturezas distintas:

a) determinam os órgãos criadores da estrutura do estado e seu funcionamento;

b) determinam o conteúdo das leis futuras, através de princípios básicos que lhe servirão de fundamento e garantem os direitos do cidadão contra o estado.³³

Estas normas, embora de natureza constitucional, têm das normas os atributos gerais e lógicos: descrevem uma hipótese e prevêm uma consequência. Todos os setores da vida humana apresentam-se potencialmente como objeto de legislador. Cf.

32. SALGADO, Clóvis, LTR, 42/323.

33. KELSEN, Hans. "Teoria pura del Derecho", Buenos Aires, Eudeba, 1960, p. 118.

as necessidades sociais, ele legisla sobre determinados setores, impondo-lhes a conduta mais adequada. Por isso a lei incide diretamente sobre a situação de fato por ela querida. Já a norma constitucional, por estar num ponto superior da pirâmide jurídica, nem sempre prescreverá normas que atinjam diretamente à realidade a que pertencem. Ela nem sempre quer um comprometimento direto com ela. Deseja muitas vezes apenas programá-la: marca-lhe a direção sem lhe abrir concretamente o caminho. Tais normas se dizem programáticas e não se realizam objetivamente no mundo exterior. Para precisar seu conteúdo é necessário uma outra norma para vinculá-la a uma determinada realidade histórica para que ela se torne efetivamente jurídica.³⁴

Outras vezes, a norma constitucional tem a mesma eficácia do legislador ordinário e incide diretamente sobre a realidade que deseja imediatamente regular. Cria “relações de vida”, age como toda norma jurídica e cumpre a missão básica de todo o direito objetivo: confere direitos e impõe obrigações.³⁵ Trata-se então de regras jurídicas “bastantes em si mesmos” ou “self-executing, self-acting, self-enforcing”. Em uma palavra, a regra é bastante em si mesma para sua aplicação e incidência”.³⁶

Também neste sentido é a lição de Paulo Dourado de Gusmão, quando afirma que “são as leis imediatamente aplicáveis, independentemente de qualquer ato legislativo ou regulamentar” as chamadas leis auto-aplicáveis. Já a lei regulamentável enun-

34. MIRANDA, Pontes de. “Comentários à Constituição de 1946”. 4ª ed., Rio; Borsoi, 1963, Tomo I, pág. III, “regras programáticas são aquelas em que o legislador, constituinte ou não, em vez de editar norma de aplicação concreta, apenas traça linhas diretoras, pelas quais se hão de orientar os poderes públicos. A legislação, a execução e a própria justiça ficam sujeitas a esses ditâmes, que são como programas dados à sua função”. Comentários à Constituição de 1946, 4ª ed., Rio, Borsoi, 1963, tomo I, p. 111.

35. ENGLISH, Karl. “Introdução ao pensamento jurídico”. 2ª ed., Lisboa, Caloust Gulben Kian, 1968, p. 23.

36. MIRANDA, Pontes de. op. cit., p. 111.

cia apenas um princípio ou uma regra muito geral e necessita disciplina pormenorizada para ser aplicada.³⁷

Depois destas considerações, coloca-se a questão: será o art. 165, item XIII da C.F. não autoaplicável? O mandamento constitucional garante ao trabalhador estabilidade, com indenização em caso de dispensa ou fundo de garantia equivalente. Ele se estende direto à realidade por ele objetivada ou dependente de um regulamento intermediário para atingi-la? É evidente que a Constituição garantiu um direito e ele incide perfeitamente à parcela da realidade por ele visada. Que poderia dizer mais o legislador ordinário sobre tal dispositivo tão límpido e objetivo, que se dirige a um fim tão certo e claro? Se o preceito capta a realidade, como dizer-se que ele não é autoaplicável. A que se destinaria a sua regulamentação? Para proclamar o que já fora proclamado? O preceito tem todas as condições para aplicação e incidência. Finalmente, se se reconhece que o princípio não é autoaplicável, tal fato significa na admissão de sua existência que carece apenas de regulamentação. Portanto a equivalência ficou colocada pelo argumento, que pretendia ser a ela contrário.³⁸

37. GUSMÃO, Paulo Dourado de. "Introdução ao Direito", 8ª ed., Rio, Forense, 1978, p. 123.

38. VILHENA, Ribeiro de. LTR 42/318. Contra a auto-aplicabilidade do preceito, alega que "no plano constitucional, equivalem-se os regimes da CLT e do FGTS. Quem dita os termos dessa equivalência é o legislador ordinário". Direito do Trabalho & Fundo de Garantia. São Paulo, LTR., 1978, p. 25. O conceito jurídico-filosófico da palavra "equivalência" já foi amplamente discutido. A indenização, pelo Direito do Trabalho, já está fixada em lei ordinária — art. 477 da CLT, em pleno vigor, pois não foi alterado ou modificado nem pela Emenda Constitucional de 69 e nem pela lei 5.107, ambas posteriores. Se a equivalência se perfaz em função da indenização e se esta já tem definição na CLT, nada sobrar para o legislador ordinário, para disciplinar o referido preceito. A propósito, cita Almir Pazzianotto Pinto vários exemplos de autoaplicação de preceitos constitucionais, superando a lei ordinária, quando garantem maiores benefícios ao empregado:

a) a revogação, pelo art. 157, item III da Constituição de 46 (preceito mantido nas constituições posteriores), do art. 73 da CLT.;

6.5.2. *Equivalência e opção* — Se os dois sistemas se equivalessem igualmente não teria sentido falar-se em opção que significa escolha, em última análise. Ora, a opção pelo regime do FGTS não perde seu conceito essencial de escolha se se admite a equivalência da indenização com o fundo. O próprio autor diz que “na verdade, ao menos no aspecto econômico, no que se refere aos casos de extinção do vínculo empregatício, o sistema fundiário, na maioria das hipóteses, dá mais, é melhor para o empregado, em se comparando ao da CLT.” Pois bem. Se o empregado opta, escolhe este sistema que o próprio autor lhe reconhece como mais favorável. E, quando a Constituição equipara o fundo à indenização, ela não desvirtua a opção, nem esvazia o sistema do FGTS. Pelo contrário. Reforça-lhe os benefícios que concede ao trabalhador exigindo que, em caso de despedida, o valor do mesmo não seja inferior à indenização que o empregado receberia nas mesmas condições, se não fosse optante. A razão — mais uma vez se diz — foi clara: a Constituição não quis que a nova lei trouxesse um possível prejuízo

b) aposentadoria da mulher aos 30 anos, direito criado pela Constituição de 67.

Veja-se LTR., 42/318.

Inúmeros exemplos se citariam ainda perante outros ramos do direito brasileiro onde a norma constitucional mais benéfica teve aplicação imediata revogando a legislação ordinária. Aliás é o próprio jurista Ribeiro de Vilhena que, na sua obra *Relação de Emprego*, São Paulo, Saraiva, 1975, p. 57, afirma: “quanto ao Direito do Trabalho propriamente dito, o desdobramento normativo constitucional encerra preceitos de várias tonalidades vinculativas, que se refletem, necessariamente, no sistema legislativo ordinário, sobretudo na CLT. A técnica de imposição de tais preceitos, se chocam, é simplesmente a substitutiva, através da qual a norma constitucional se coloca no lugar da lei ordinária que com ela atrite. “Seguindo os rumos do pensamento aqui indicado, conclui-se: a norma do art. 165, item XIII nem sequer atrite com o direito objetivo preexistente. A CLT já existia e o Fundo, lei posterior, criou um outro sistema. Os dois existem paralelamente. A Constituição de 67 e a Emenda de 69, não mudaram em nada tal paralelismo. Apenas estabeleceram que o valor do fundo deve corresponder ao valor da indenização. Por que então negar-se a aplicação imediata deste princípio como norma mais benéfica ao trabalhador?”

ao empregado despedido, isto é, ganhar menos com os depósitos do fundo em relação ao que receberia se não fosse optante. Mas, poder-se-ia dizer: e as outras vantagens da lei, tais como levantamento do fundo no término dos contratos por prazo determinado, aposentadoria, demissão, dispensa por justa causa? Trata-se de vantagens que a lei concedeu de acordo com seu objetivo principal: melhorar o sistema da indenização. Porém tais benefícios nada têm a ver com a equivalência do fundo com a indenização. Aí a Constituição quis prevenir o empregado de prejuízo potencial que pudesse vir a ter. É um direito a mais que o empregado adquire e que nada tem de incompatível com os demais benefícios da lei 5.107.

6.5.3. *Eficácia da opção* — Diz finalmente o autor: efetuada a opção, torna-se ela ato jurídico perfeito. Como então admitir-se que, por ocasião, da rescisão do contrato, fizesse uma nova escolha, recebendo a título de indenização outra parcela além do FGTS?

Há um evidente desvio de perspectiva na afirmação. Se por acaso houver alguma diferença a ser paga (na hipótese de o fundo ser inferior à indenização), o empregado a receberá não a título de indenização, tal como conceituada na CLT, mas por força de dispositivo constitucional que a garante expressamente. Pode ser que a quantia recebida se enquadre no conceito genérico de indenização como reparação de um prejuízo concreto ou virtual, prevista em lei. Mas os conceitos genéricos se adaptam às noções particulares dos vários ramos da enciclopédia jurídica e assumem aí as características próprias de cada um deles.

No caso, não há nova opção nem muito menos ferimento a ato jurídico perfeito. O empregado não percebe a diferença por força da opção mas sim da Constituição. Seu direito tem fulcro na lei maior e não na lei ordinária. De optante, não se transforma a não-optante para receber a diferença que não é indenização no sentido que a CLT a conceitua. Não sai de sua esfera definida nem vai além do ato jurídico que a constituiu.

6.6. *Equivalência social, de sistemas e estabilidade econômica*

No art. 165, item XIII, o adjetivo “equivalente”, qualifica a expressão “fundo de garantia”, gerando a interpretação que se fez neste estudo, pelas razões já longamente expostas. Porém os exegetas contrários, voltando-se contra a clareza do texto constitucional, procuraram um outro tipo de equivalência e forjaram-se expressões e sucedâneos do texto legal dizendo-se que a equivalência era “social” (Sussekind-Maranhão), “de regimes” (Ribeiro de Vilhena),³⁹ e que a estabilidade agora era “econômica” (Sussekind-Maranhão).⁴⁰

A expressão “equivalência social” é dúbia e peca pela latitude de sentido. Que seria equivalência social? O adjetivo “equivalente” — já se disse — presume dois pólos de comparação para se estabelecer a equivalência entre os dois entes considerados. Mas social é tudo que diz à sociedade, à vida comunitaria. É um denominador bastante vago que, em termos de expressão técnica, nada diz.

Também a expressão “estabilidade econômica” é imprópria. O conceito de estabilidade, quando se trata de permanência no emprego, é essencialmente jurídico e não econômico. Substituir o direito à permanência no emprego por um sucedâneo de ordem econômica (depósitos, dinheiros, vantagens) é desfigurar o instituto em sua natureza mais íntima. Estes fatores, externos ao contrato de trabalho, são de outra qualidade e não servem de elementos de troca pelos quais o trabalhador possa negociar o direito à segurança máxima que um trabalhador pode gozar: a certeza do emprego, isto é, a certeza da subsistência.

A equivalência de regimes ou de sistemas não foi também o pretendido pelo legislador constitucional. O que está escrito no art. 165, item XIII, é que o Fundo de Garantia deve equivaler-se à indenização. E indenização é apenas um dos fatores

39. VILHENA, Ribeiro de. Op. cit.

40. SUSSEKIND-MARANHAO. Op. cit., p. 89.

que garantem o tempo de casa pelo regime da CLT. Para que houvesse uma equivalência entre sistemas era preciso que o dispositivo se referisse à CLT ou aos fatores que entendesse caracteristicamente protetores do tempo de serviço. A indenização é apenas um deles. Há outros, evidentemente, tais como aviso-prévio, estabilidade, estabilidade de dirigentes sindicais, garantia à gestante, etc. O artigo não diz “sistemas paralelos, sistema da CLT e do FGTS, o tempo de serviço será regido pela CLT e pelo FGTS, cf. se dispuser em lei ordinária”, ou outras expressões análogas. Quis dizer e disse claramente que, em caso de despedida o Fundo deve equivaler-se à indenização que o empregado receberia se não fosse optante.

Mas não é este ainda o argumento principal. Os defensores do Fundo repetem constantemente que este sistema é benéfico ao trabalhador. Beneficia-o em caso de aposentadoria, dispensa por justa causa, demissão, benefícios que não receberia se não fosse optante. Tal orientação contraria fundamentalmente a sistemática da CLT que protege o tempo de casa em função da dispensa sem justa causa. Portanto não há equivalência de sistemas, pois o Fundo ordena o tempo de serviço de modo totalmente diverso do sistema consolidado. Não há nenhuma unidade lógica pela qual se possa relacionar (equivaler) o Fundo com sistema consolidado pois, partindo de supostos diferentes, chega evidentemente a conclusões diversas. Por isso é que, ao buscarem uma unidade ou medida de relação para esta equivalência, os autores apresentam termos vagos, vazios de conteúdo técnico, tais como equivalência social, equivalência de sistemas ou de regimes, estabilidade econômica, etc.

7. RESPONSABILIDADE PASSIVA

Júlio Assunção Malhadas, no artigo já citado, termina-o indagando-o: se houvesse diferença entre a indenização e o FGTS, a quem caberia a responsabilidade de pagá-la? “A Constituição, como era de se esperar, não o diz, e não há lei que o diga. Poder-se-ia condenar o empregador a este pagamento? Entendemos que não, e invocamos desde logo o mandamento constitucional: “Ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de

fazer alguma coisa senão em virtude da lei". Seria o Fundo? Mas ele não tem personalidade jurídica. Se houvesse réu, ele seria a União?" Conclui: se for o empregador o responsável, quantas empresas haverá que não estão em condições de pagar. Irão engrossar as fileiras das concordatárias ou falidas.

O argumento, não obstante sua coerência com o pensamento do autor, em nada nos impressiona. O art. 165, item XIII, diz que "a Constituição assegura ao trabalhador os seguintes direitos...". O artigo, portanto, garante direitos ao trabalhador. Cumpriu a finalidade de todo comando, garantindo direitos e impondo obrigações (). A Constituição não disse de quem seria a responsabilidade passiva. Nem o diz nenhuma lei. Quando a lei, ordinária ou constitucional, garante objetivamente um direito, todas as pessoas beneficiadas tornam-se dele titulares. Porém não dirá quem é o responsável passivo da obrigação por uma evidente questão de lógica jurídica: o responsável passivo pelo cumprimento de um direito só surge quando este é considerado em seus aspectos objetivos, nos limites específicos de uma determinada relação jurídica concreta. O Código Civil assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens e de reavê-los de quem quer que injustamente os possua (art. 524). Quem é o responsável passivo por esta obrigação básica de todo o direito privado? O Código não diz nem enumera porque ela gera um direito subjetivo que é o cerne de um sem-número de relações jurídicas. Se alguém subtrai a coisa, ficará obrigado a devolvê-la. Se, num contrato real, a coisa for objeto de posse ilícita, responderá quem detém a coisa nesta condição: no contrato de aluguel, o locatário deve devolver a coisa locada. No contrato de compra e venda, o vendedor a entregará pelo preço; na doação, o doador disporá da coisa para outra pessoa que a aceitará, etc. No fundo há um direito subjetivo que, sob forma de pretensão, exige de outrem o cumprimento da obrigação que a ele se equivale.

No caso em discussão, se a Constituição garante um direito a um trabalhador, ele renascerá sob a forma subjetiva nas relações jurídicas do trabalho, isto é, na relação de emprego.

E, se ao empregado é dado um direito, quem é o responsável passivo da obrigação a ele equivalente? A resposta não demanda qualquer indagação jurídica: o — empregador. — Do mesmo modo que, ao direito de empregador, corresponde um dever do empregado.

A lei, no seu sentido objetivo, tem um fim abstrato. Não o concretiza em pessoa, mas sim nas relações jurídicas. Estas surgem da sua aplicação às relações concretas da vida quando a lei se materializa. Então, com base nela, alguém exigirá seu cumprimento perante outra pessoa que será a responsável passiva pela obrigação nascida.

Quanto à parte final do argumento, dizemos que a concessão de direitos ao trabalhador nunca foi responsável, pela ruína de qualquer empresa. Os dados nacionais estão aí para confirmar a assertiva. O governo e seus ministros anunciam a todo instante a potência do fenômeno da industrialização brasileira. Fala-se até de um milagre. Como não há industrialização sem empresas fortes, conclui-se que um simples direito concedido ao trabalhador não trará a derrogação do processo industrial. Lembra Evaristo de Moraes Filho, a frase do economista alemão da escolha histórica Wilhelm Roscher, em 1882:

“A cada nova lei de fábricas repete-se a profecia, até hoje nunca cumprida, de que sua aplicação produzirá a ruína do ramo de indústria correspondente”.⁴¹

E a história mundial mostra de fato que a profecia nunca se cumpriu nem se cumprirá. Está provado que o regime capitalista, com base no lucro e na iniciativa privada, pode conviver

41. MORAIS FILHO, Evaristo de. “Anteprojeto de código do trabalho”, Rio, 1963, p. 6. No mesmo sentido a citação que o autor faz de Paul Pic: “Na véspera da aplicação da lei regulamentar, levantam-se as mais vivas queixas. Quer em 1874, quer em 1892, viram-se eminentes economistas profetizar a próxima ruína da indústria nacional. No entanto, somente alguns meses foram suficientes, depois da promulgação de cada uma delas, para demonstrar a inexatidão destes prognósticos”. *Traité Elementaire de législation industrielle*, 6ª ed., Paris, 1930, p. 580.

com os ideais de justiça social. É esta aliás a condição para sua sobrevivência. É preciso que o lucro ceda um pouco de lugar à justiça, para que haja harmonia social. O direito do trabalhador nunca será destruição do capitalismo. Pelo contrário, será uma forma de humanizá-lo, para que possa sobreviver.

8. CONCLUSÕES

1 — A atividade interpretativa se localiza no campo pragmático do conhecimento jurídico e procura o encontro da regra com o fato através das circunstâncias apropriadas para esta integração. Sua finalidade é elevar a regra às categorias lógicas do sistema (Jhering).

2 — Salário justo e garantia do emprego são os dois fatores básicos que informam todas as instituições do moderno Direito do Trabalho e constituem o objeto principal de suas regras.

3 — A estabilidade é o meio jurídico mais eficaz para garantir estes dois princípios porque:

- a) conduz a permanência do trabalhador no emprego;
- b) em consequência lhe dá a possibilidade de auferir melhor salário e maior progressão funcional.

4 — A Constituição de 67 e a Emenda Constitucional de 69 (esta no art. 165, item XIII), garantiu ao trabalhador o direito à estabilidade, com indenização em caso de dispensa, ou fundo de garantia equivalente. Surgiu a questão da interpretação desta equivalência: seria de ordem quantitativo-numérica (fundo de garantia — indenização), ou seria uma equivalência de sistema para reger o tempo de serviço do empregado?

5 — Equivalente significa, na linguagem lógico-filosófica, que há uma relação de identidade ou igualdade entre dois termos ou entes de uma proposição comparativa, embora eles não sejam em si mesmos idênticos ou iguais.

6 — A Constituição estabelece uma equivalência entre o fundo de garantia e a indenização. Como esta, perante o Direito

do Trabalho brasileiro, só é exprimível em dinheiro, conclui-se que a equivalência entre ambos é quanto ao valor.

7 — Não há que falar em equivalência de regimes, porque não há unidade de comparação entre os dois sistemas. Não há nenhum termo ou medida que os possa tornar idênticos ou iguais porque suas finalidades são absolutamente diversas embora se baseiem no mesmo fato jurídico — tempo de serviço do empregado. — O sistema da CLT conduz-se pela orientação filosófica da garantia do emprego e o Fundo, pela idéia contrária de sua permanente rotatividade. Exatamente por não ser possível a equivalência de regimes, os autores forjam expressões vagas para caracterizá-la: equivalência de regimes, de sistemas, equivalência social, estabilidade econômica, etc., todas imprecisas e vagas do ponto de vista técnico.

8 — As possíveis vantagens da lei 5.107 (art. 8, 11 e artigos 9 e 10), vantagens estas mais aparentes do que reais, não excluem o benefício de ordem constitucional previsto no art. 165, item XIII, pois o objetivo do preceito foi exatamente deixar claro que o empregado não deveria sofrer nenhum prejuízo com a introdução do novo sistema caso por ele optasse. Por isso equiparou o Fundo à indenização para que o empregado optante não recebesse quantia menor àquela que receberia se não tivesse optado.

9 — O art. 165, item XIII, tem aplicação imediata, é auto aplicável, e não necessita de qualquer regulamentação do legislador ordinário.

10 — A interpretação do art. 165, item XIII, no sentido da equivalência monetária do Fundo com a indenização é a mais adequada porque:

a) corresponde à formulação lingüística da redação do artigo, emprestando à palavra equivalente o sentido que possui na linguagem filosófico-jurídica;

b) atende ao requisito básico e fundamental de toda interpretação que deve elevar a regra interpretada à categoria dos

elementos lógicos de todo o sistema jurídico, pois realiza uma exegese de acordo com os demais institutos de Direito do Trabalho existentes;

c) é a única interpretação coerente com a tendência universal e vitoriosa no Direito do Trabalho de todos os povos: visa a garantir o trabalhador no emprego, criando mais restrição à dispensa imotivada do empregado.