



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Uma visão crítica da incidência das contribuições previdenciárias sobre as ditas verbas indenizatórias à luz da proteção do Direito Fundamental a Previdência Social.

Catarine da Fonseca de Souza

Rio de Janeiro
2012

CATARINE DA FONSECA DE SOUZA

Uma visão crítica da incidência das contribuições previdenciárias sobre as ditas verbas indenizatórias à luz da proteção do Direito Fundamental a Previdência Social.

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para a obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof^a. Mônica Areal
Prof^a. Néli L.C. Fetzner
Prof. Nelson Tavares

Rio de Janeiro
2012

UMA VISÃO CRÍTICA DA INCIDÊNCIA DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS SOBRE AS DITAS VERBAS INDENIZATÓRIAS À LUZ DA PROTEÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL A PREVIDÊNCIA SOCIAL

Catarine da Fonseca de Souza

Graduada pela Universidade Estácio de Sá. Advogada. Pós- Graduada em Direito Público e Privado pela EMERJ.

Resumo: A incidência das contribuições previdenciárias sobre uma série de rubricas tais como, aviso prévio dito indenizado, salário maternidade, primeiros 15 dias não trabalhados em caso de auxílio doença, abono de férias, abono pecuniário, décimo terceiro salário, décimo terceiro salário proporcional e férias proporcionais em caso de demissão, têm sido objeto de inúmeras ações judiciais em que os autores visam eximir-se do recolhimento das referidas contribuições sobre tais eventos. Este trabalho procura contribuir na discussão sobre o caráter indenizatório ou não das citadas verbas, pois essas questões são fundamentais para o financiamento, estabilidade e, até mesmo, a sobrevivência da Previdência Social Pública como Direito Fundamental consagrado pela Constituição da República Federativa do Brasil.

Palavras-chaves: Direito Previdenciário. Contribuições Previdenciárias. Verbas Indenizatórias. Salário. Financiamento da Seguridade Social.

Sumário: Introdução. **1.** Um breve histórico da Previdência. **2.** Da origem e evolução legislativa brasileira da Previdência Social. **3.** Salário e Verbas Indenizatórias. **3.1.** Conceito de salário. **3.2.** Conceito de indenização. **4.** Da natureza jurídica das rubricas objeto de discussão e da incidência de contribuição previdenciária sobre as aludidas parcelas. **4.1.** Do auxílio-doença. **4.2.** O aviso prévio “indenizado”. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Muito tem se falado, sobre os efeitos do *déficit* da Previdência Social nas contas da União, sendo apontado, por muitos, como o grande responsável pelo desequilíbrio das contas públicas.

Este é um tema recorrente nos jornais, revistas semanais e emissoras de televisão, além de outros formadores de opinião, os quais informam e cria quase um consenso que o sistema público de previdência brasileira é um fardo pesado a ser suportado por toda a sociedade e que

deveria ser praticamente extirpado, ignorando a importância principal da existência da previdência social: proteção aos direitos fundamentais do trabalhador.

Portanto, este trabalho visa desvelar a importância de um sistema efetivo de Seguridade Social, em especial na área da Previdência Social, no equilíbrio de uma sociedade mais igualitária, trazendo à tona reflexões que são frequentemente ignoradas, buscando assim, uma melhor compreensão da significância de tal sistema.

Entende-se que uma sociedade organizada e civilizada tem como obrigação amparar aqueles que não podem trabalhar, pois se assim não fosse, teria lugar uma multidão de desvalidos, verdadeiros párias sociais, situação esta, que somente demonstra a relevância cada vez maior de tal instituição em nosso país.

Neste artigo, com o intuito de perfazer o objetivo delineado, há necessidade de identificar as principais fragilidades da Previdência Social, especialmente considerando suas Fontes de Custeio para, em última análise, sinalizar que a fragilidade do sistema subsiste em um modo de interpretação errôneo da lei, que leva a condutas discrepantes, como a não tributação de diversos fatos tributáveis que fomentariam o custeio da Instituição, principalmente as designadas verbas trabalhistas de caráter indenizatório, como o aviso prévio indenizado, as férias não gozadas e congêneres.

Desse modo, este trabalho está organizado em quatro capítulos a saber: um breve Histórico da Previdência Social no mundo e no Brasil, no qual será abordada a relevância da Previdência Social; a diferenciação entre salário e verbas indenizatórias, ponto crucial para se determinar se ocorre a incidência do fato gerador das contribuições previdenciárias, no terceiro capítulo a natureza jurídica das rubricas objeto de discussão, e, ao final, a conclusão de que se não tratarmos de forma mais responsável a Previdência Social Pública, inviabilizado estará o sustento, e até mesmo a sobrevivência, daqueles que não podem mais trabalhar afrontando, então, o princípio da Dignidade Humana.

Cabe ressaltar que este trabalho é baseado em uma pesquisa descritiva, bibliográfica, pressupondo a existência de material legal e jurisprudencial para a sua realização.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 elenca o direito previdenciário como direito social, o qual exige uma atuação positiva do Estado para demandar recursos públicos, a fim de satisfazer as prestações positivas exigidas pelo direito fundamental, de segunda geração.

O advento desta Carta Magna, ora supracitada, fez com que não restasse qualquer dúvida de que o direito previdenciário seja um direito fundamental, “direito social de natureza prestacional”, trazendo para o ordenamento pátrio os ideais de solidariedade e justiça social, garantindo assim, um maior amparo ao trabalhador brasileiro.

No Brasil, a seguridade social divide-se em três áreas: Previdência Social, Saúde e Assistência Social. A denominada Previdência Social ao longo dos anos sofreu diversas mutações de acordo com os contextos históricos, políticos e sociais vigentes. Em acepção contemporânea, a Previdência Social se traduz como um seguro social ao indivíduo contribuinte, sendo uma instituição pública, cujo objetivo é reconhecer e conceder direitos aos segurados, transferindo-lhe renda, em dadas hipóteses e desde que implementadas certas condições.

Conforme dispõe a Constituição a República Federativa do Brasil de 1988, em seus artigos 194 e 195, a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Hodiernamente, vários setores da sociedade vêm questionando sobre os efeitos do *déficit* da Previdência Social nas contas da União, sendo apontado, por determinados segmentos, como o grande responsável pelo desequilíbrio das contas públicas, como ora supramencionado, porém alguns desses setores não entendem que em razão dos Princípios da Solidariedade (art.3º, I, CF/88), Dignidade da Pessoa Humana (art.1º, III, CF/88) dentre muitos outros, o Estado tem o dever de criar e/ou adequar leis e normas que visem tornar a sociedade brasileira mais livre, justa e organizada.

Sendo assim, vale destacar um pensamento Lockeano suscitado na obra de Pedro Buck Avelino o qual denota que o Estado é uma simples ficção humana que traz a viabilidade da vida em coletividade:

Sendo o homem, conforme já foi dito, por natureza, livre, igual e independente, ninguém poderá ter tais características desrespeitadas e ser submetido ao poder político de outrem sem que concorde com isso, consentimento este que será realizado mediante a concordância com outros homens de se unirem em uma comunidade, para conforto, segurança e paz mútua, num gozo seguro de suas propriedades, e uma segurança maior

contra aqueles que não disponham desta mesma propriedade simultaneamente como um fim.¹

Por isso, ressalta-se o entendimento de que o conteúdo do preceito legal insculpido no art.3º, III, CRFB/88, que é o valor da solidariedade, é oriundo da sociologia para o direito pátrio, passou a ter a qualidade de uma norma constitucional.

Portanto, é indiscutível que a natureza jurídica do dispositivo que perfaz o princípio da solidariedade expressa um comando, uma ordem voltada para a nação brasileira no sentido de que existe o dever da nação brasileira de pautar suas ações para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Logo, trata-se de um estado ideal a ser alcançado, uma finalidade a ser atingida pelos cidadãos brasileiros.

Então, a interpretação literal do dispositivo que preceitua tal princípio, mostra que a solidariedade forma um dos objetivos fundamentais de República Brasileira, em que o constituinte originário utilizou tal norma constitucional para designar um rol de situações concretas a serem introduzidas em caráter fundamental, em que o Estado e também até certo ponto, os seus particulares também implementam a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

O entendimento majoritário na doutrina diz que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, quando se refere à aplicabilidade das normas vinculadoras de direitos fundamentais nas relações entre particulares é mediata, isto é, os direitos fundamentais seriam direitos relativos à defesa do particular contra o poder do Estado, implicando que as relações extra-estatais não estariam incluídas na zona de incidência dos direitos fundamentais, entregando, aos diversos subsistemas jurídicos autonomia plena.

Igualmente, o ilustre autor Daniel Sarmento sustenta o entendimento de que a teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais na esfera privada, hoje adotada pela maioria da doutrina alemã e pela sua Corte Constitucional, nega a possibilidade de aplicação direta de tais direitos nas relações privadas, haja vista que a sociedade alemã e qualquer outra sociedade desenvolvida não é tão injusta e assimétrica, logo não necessita de um reforço na

¹ AVELINO, Pedro Buck. Princípios da solidariedade: imbricações históricas e sua inserção na constituição de 1988. *Revista de direito constitucional e internacional*, n.º 53, out/dez, São Paulo: RT, 2005, p. 240.

tutela dos direitos humanos no campo privado, como na sociedade brasileira, onde reinam a opressão e a violência.²

Entretanto, é fato que os direitos fundamentais produzem eficácia imediata e irrestrita, o que provoca a eficácia nas relações privadas, ou seja, a aplicabilidade do art. 5º, § 1º da CRFB/88 não se restringe somente ao Poder Público, mas também, as relações jurídicas estabelecidas entre particulares.

Ademais, a Constituição Federal Brasileira de 1988 prescreve que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, mas não delimita ou restringi a sua atuação, isto é, não há bloqueio constitucional na aplicação dos direitos fundamentais, ou seja, independe do tipo de relação, quer seja ela pública, mista e privada.

Atualmente, no cenário global impõe poderes, muitas vezes, irrestritos a incorporações que detém um vasto poder social e econômico, logo a eficácia dos direitos fundamentais na esfera privada possibilita defesa da pessoa humana frente aos abusos sociais e econômicos praticados por particulares.

Por isso se enfatiza reiteradamente a obrigação do Estado de proteger e amparar todo e qualquer trabalhador que não tem mais o poder laborativo, que independente do motivo, quer seja em situação transitória ou permanente, para que não ocorram certas desigualdades e injustiças no que tange o trabalhador brasileiro.

Vale observar que a discussão neste trabalho gira em torno da legalidade e abusividade das contribuições previdenciárias sobre as verbas indenizatórias, em que muitos defendem a tese de que não deveria mais existir tais contribuições, entretanto, esquecem-se da repercussão no futuro dos trabalhadores no que diz respeito até mesmo ao mínimo existencial dos cidadãos, gerando assim, um verdadeiro retrocesso histórico ao ponto de afrontar não só o atual maior mandamento do ordenamento pátrio, como também os pensamentos dos mais antigos filósofos da sociedade humana como Platão, Aristóteles, John Locke, Hobbes, Rousseau e entres outros, que defenderam o princípio máximo do Estado Democrático de Direito.

Logo, nessa pesquisa, mostrar-se-á a natureza jurídica das rubricas trabalhistas objeto de discussão, e, ao final, apontar-se-á a previsão, segunda a qual a Previdência Social precisa

² SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.197-198.

ser tratada de forma mais responsável por toda a sociedade, caso contrário, restará inviabilizado o seu sustento, gerando efeitos devastadores em cadeia, afetando a todos os membros da sociedade, com a ofensa ao princípio constitucional basilar da Dignidade Humana (art.1º, III, CFRB/88).

1. UM BREVE HISTÓRICO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

A origem da Seguridade social está ligada à própria origem da Humanidade, haja vista que houve diversos acontecimentos de Proteção Social na Antiguidade e Idade Média, como por exemplo, a época da Babilônia, com o Código de Hamurabi, e na Índia com o Código Manu, que já traziam em seu conteúdo as primeiras regras assistencialistas.

No Egito, Roma, Grécia e China, a preocupação com o infortúnio do homem foi caracterizada com a criação das instituições de cunho mutualista, em que existiam as caixas de socorro como fonte de previdência. Até na América pré-colombiana há registros de assistência provida das tribos àqueles pares que dela necessitavam.³

Na Idade Média, o fato que caracterizou a presença da Proteção Social, foi o início da existência das corporações artesanais ou de ofício, em que já se preocupavam com o bem-estar dos seus membros, visto que muitas delas tinham o objetivo de ajuda mútua em períodos difíceis, segundo Leo Huberman: “[...] Se qualquer pessoa dito do ofício sofrer de pobreza pela idade ou porque não pode trabalhar (...) terá 7 (sete) dinheiros, para seu sustento, se forem homem de boa reputação”.⁴

Em 1601, na Inglaterra criou a famosa Lei de Amparo aos Pobres (*Poor Relief Act*, também chamada de *Poor Law Act*), que foi a primeira manifestação estatal com o intuito Protetivo ao trabalhador.

A Revolução Industrial no século XVIII fez com que a Lei de Amparo aos Pobres sofresse algumas reformas em 1832 e 1834, devido a crescente demanda da Proteção Social, visto que a invenção do tear mecânico gerou muitos trabalhadores desempregados.

³ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 3.ed. São Paulo: Atlas. 1985, p. 65.

⁴ HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem*. 21. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1986, p. 125.

Apesar da França e a Alemanha serem países conhecidos como criadores da Previdência Social, foi na Alemanha, em 1883, que o chanceler Otto Von Bismark, promulgou a famosa Lei Bismark, em que surgiu finalmente a Previdência Social ou Seguro Social propriamente dito, visto que institui em 13 de junho de 1883, o seguro-doença para os trabalhadores da indústria.

Em 1917, o México foi a primeira nação a incluir em seu bojo da Constituição o seguro social, porém quem deu origem à chamada Seguridade Social foi os Estados Unidos com a expressão *Social Security Act* em 1935, criando assim, um amparo generalizado para o cidadão dos riscos sociais em geral.

Vale frisar que tanto a Constituição alemã de Weimar de 1919 e a Constituição do México de 1917, tem o status de serem as primeiras constituições a falar de previdência, e é por isso que muitos confundem se foi ou não a Alemanha que deu origem a previdência.

A terceira fase da evolução da previdência social ocorreu na Inglaterra em 1942, quando surgiu o famoso Plano Beveridge, em que Sir Willian Beveridge, Doutor pela Universidade de Oxford e Diretor da London of school economics, foi escolhido para fazer a reconstrução social inglesa devido ao cenário da Segunda Guerra Mundial na Europa.

2. DA ORIGEM E EVOLUÇÃO LEGISLATIVA BRASILEIRA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

Na época do Império houve as primeiras manifestações de Previdência Social no Brasil com a criação dos Montepios e Monte Socorro com o intuito de amparar os servidores públicos e dependentes.

Vale ressaltar que a introdução dos direitos sociais no Brasil passaram por várias fases de evolução legislativa previdenciária com o intuito de melhorar os serviços prestados aos seus assegurados.

A Constituição de 1824, apesar de inspirada no ideal “Igualdade, Liberdade, e Fraternidade”, tinha um enunciado por demais vago e genérico, e que não exprimia qualquer garantia ou amparo ao trabalhador, quando trouxe expresso esse preceito no art.179, inciso XXXI: “A Constituição também garante os socorros público”.

Já a Constituição de 1891 promulgada quase dois anos depois da Proclamação da República do Brasil trazia no enunciado do art.75 o termo aposentadoria e que ela seria concedida somente aos funcionários públicos em caso de invalidez em serviço da nação, sendo que, obviamente, seria custeada pelos indivíduos que formavam a nação.

Contudo, o verdadeiro início da Previdência Social no Brasil se deu com o advento do Decreto-lei nº 4.682, de 24 de janeiro de 1923, também conhecido como Lei Eloy Chaves. Esta lei criou para cada estrada de ferro do país uma Caixa de Aposentadoria e Pensões, em que somente com a entrada em vigor da supramencionada lei, finalmente os empregados das empresas ferroviárias puderam usufruir do benefício “aposentadoria por invalidez”, “aposentadoria por tempo de serviço” (chamada na época de aposentadoria ordinária), “pensão por morte” e a “assistência médica”.

Cabe notar que a tal caixa supracitada foi instalada em 20 de março de 1923 para atender os empregados da empresa Great Western Brasil. E por isso, o dia 24 de janeiro é considerado hoje, oficialmente no Brasil, como o dia nacional da Previdência Social.

Com o advento da Constituição de 1934 se deu, finalmente, o início da aplicação dos direitos sociais no Brasil, visto que este texto constitucional foi dotado de diversos dispositivos legais que abordavam a proteção social ao trabalhador expresso no art.121, § 1º, alínea “h”. O referido dispositivo já trazia de certa forma a licença maternidade, auxílio acidente, aposentadoria por invalidez e por tempo de serviço.

Nesta Carta magna, ora supracitada, também trouxe a equiparação do profissional liberal como trabalhador, segundo o art.123, e ao trabalhador rural reservou “regulamentação especial” no art.121,§1º. O constituinte não se esqueceu do tema assistência social, já que determinou o amparo aos desvalidos (art.138, alínea “a”), aos infames (art.138, alínea “c”) e as famílias paupérrimas e com prole numerosa (art.138, alínea, “d”).

Também abordou no tema funcionalismo público a aposentadoria compulsória aos 68 anos em seu art.170, §3º; inscreveu a aposentadoria por invalidez com valor integral para quem tivesse no mínimo de 30 anos de trabalho, conforme o art.170,§4º; além de benefícios integrais aos acidentados, segundo o art.170,§ 6º; e já suscitou também no art.170,§7º, o princípio segundo os proventos não podem superar os vencimentos.

A constituição de 1934, segundo Wladimir Novaes Martinez, “é a primeira referir-se expressamente a previdência, sem o qualificativo “social”⁵”.

Já Constituição de 1937 consagra o termo “Seguro Social”, em previdência social, em que trouxe um conteúdo pobre no que tange o tema proteção social, dotado de um retrocesso histórico legislativo inexplicável.

Em 1946, foi mencionado pela primeira vez o termo “Previdência Social”, em que seu inciso XVI, trouxe a fórmula que seria usada nas futuras constituições de 1967/69, pois já abordavam os seguintes temas: licença maternidade, auxílio - doença, aposentadoria por tempo de serviço e pensão por morte; em que desde o trabalhador ao ente federativo, no caso, a União deveria contribuir com o objetivo de amparar no momento do infortúnio o cidadão brasileiro. E segundo Martinez, “no seu inciso XX, alude em particular, a proteção acidentária”.⁶

O art.158 da Constituição de 1967 compila praticamente do enunciado do art.157 da Constituição de 1946. O conteúdo relevante do referido dispositivo em 1967 está contido em seu parágrafo único, em que fixa a precedência do custeio em relação às prestações previdenciárias.

Já na Constituição de 1969 não houve nenhuma alteração substancial nas constituições de 1946 e 1967.

Por fim, a Constituição de 1988, inscreveu alterações importantes para a área da previdência social, além de programas idênticos. A significativa alteração foi a introdução de um capítulo inteiro dedicado a “Seguridade Social” dividido em três partes: saúde, previdência social e assistência social.

3. SALÁRIO E VERBAS INDENIZATÓRIAS

Cumpramos observar, inicialmente, que este trabalho faz alusão de uma visão crítica das contribuições previdenciárias sobre as ditas verbas indenizatórias, logo vale notar a diferença que cerca salário e verbas indenizatórias quanto ao conceito e sua aplicação.

⁵ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *A seguridade social na constituição federal*. 2 ed. São Paulo:LTR, p. 27.

⁶*Ibidem*, p.30.

3.1. Conceito de Salário

Em princípio é necessário destacar que a legislação pátria não desvela o conceito de salário, há somente referências trazidas pelos artigos. 3º, 76, 457, da Consolidação das Leis do Trabalho, e os incisos IV, V, VI, VII, VIII, XXX, do art. 7º, da Constituição da República de 1988, e uma vaga definição positivada na Convenção nº. 95, da Organização Internacional do Trabalho, aprovada na Conferência de Genebra de 1940.

Embora não se trate do objeto tema do presente artigo científico, o Direito do Trabalho em si e seus institutos, faz-se imperioso trazer uma pacífica conceituação de salário. Este diz respeito a toda remuneração ou estipêndio devido pela prestação de serviço ou ainda, em sentido estrito, remuneração ajustada ou atribuída ao empregado como compensação ou em troca do seu trabalho.

Em uma breve análise do conceito, pode-se apontar um traço de reciprocidade caracterizador da relação de emprego indissociável do salário, enquanto contraprestação pelo serviço prestado. Porém, um acurado exame do ordenamento jurídico brasileiro e da doutrina especializada traz elementos suficientes para afastar a tese de que somente teria natureza salarial à remuneração paga por um serviço efetivamente realizado. Lecionando sobre o tema, Arnaldo Süssekind escreve que:

Ao conceituar o salário como contraprestação devida e paga pelo empregador, pelos serviços que lhe são prestados, o art. 457 não adotou, entretanto, como já se tem afirmado, a regra absoluta segundo a qual só deve ser entendida como salário a retribuição que corresponde ao pagamento de um serviço efetivamente prestado ao empregador. É que a própria Consolidação, assim como as leis de proteção ao trabalho que lhe sucederam, consagra diversas exceções a essa regra, considerando como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ordens, sem trabalhar (art. 4º da CLT); determinando o pagamento do salário nos dias de repouso compulsório (descanso semanal e em feriados Lei n. 605, de 1949); impondo o pagamento de remuneração normal durante as férias anuais do empregado (art. 140 da CLT); garantindo ao empregado enfermo, nos primeiros quinze dias de ausência ao serviço, o direito de receber seus salários, por conta do seu empregador (art. 25 da Lei n. 3.807, de 26.8.60) etc. Desse modo, não há como sustentar uma rígida correlação entre o salário e o serviço prestado pelo empregado, considerando ainda a intervenção estatal nas relações de trabalho, com foco sobre os salários, como meio único de subsistência do trabalhador. É indispensável ter em mente todo o contrato

de trabalho é sinalagmático no que tange ao seu conjunto, ou seja, onera ambas as partes de modo global.⁷

No Direito do Trabalho há a imposição legislativa pela qual o empregador, em diversas hipóteses, detém a obrigação de pagar salários mesmo quando a prestação de serviços é interrompida por motivos de ordem biológica ou de interesse social, desde que o empregado não tenha direito de receber de outras fontes, os meios necessários ao seu sustento e ao de sua família.

3.2. Conceito de Indenização

Em acepção genérica, a indenização consiste em reparação de um dano causado a alguém alinhado a um nexo de causalidade existindo culpa lato ou *stricto sensu*.

Ao trazer o conceito de indenização para a esfera do Direito do Trabalho, pode se dizer que as verbas trabalhistas detêm natureza indenizatória quando se destinam à reparação de um direito mal ferido. Estabelecendo um correlato com o conceito tratado no item anterior, a indenização não se traduz como salário. No entendimento de Amauri Mascaro Nascimento, “a indenização não se confunde com o salário, tratando-se de verdadeira reparação de danos”⁸.

Assim, não se confundem com salário as indenizações advindas de dispensas sem justa causa dentre outros, como as diárias e as ajudas de custo, cuja natureza é também de ressarcimento.

4. DA NATUREZA JURÍDICA DAS RUBRICAS OBJETO DE DISCUSSÃO E DA INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE AS ALUDIDAS PARCELAS

Vale observar que este trabalho poderia salientar sobre outros institutos que também tem incidência de contribuição previdenciária, mas é interessante abordar quanto à aplicação

⁷ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Instituições de direito do trabalho*. Vol I. 19. ed. São Paulo: LTR. 2000, p. 329.

⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Manual do salário*. 2.ed. São Paulo:LTR. 1985, p.58.

de dois institutos de fundamental importância na vida do empregado no momento que ele mais necessita do “apoio estatal” para sua sobrevivência em momentos de infortúnio: auxílio – doença e aviso prévio “indenizado”.

4.1. Do Auxílio-Doença

De acordo com o art. 59 da Lei n. 8.213/91, o auxílio-doença é o benefício previdenciário devido ao segurado que se afastar do trabalho ou da sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.

Ao segurado empregado somente será devido o auxílio doença a partir do décimo sexto dia do afastamento das suas atividades laborais. Sendo que durante os primeiros quinze dias consecutivos de afastamento que antecedem o benefício, caberá ao empregador pagar o salário integral. É o que dispõe o art. 60, caput, c/c seu § 3º, da Lei n. 8.213/91, na redação dada pela Lei n. 9.876/99.

Os quinze primeiros dias de afastamento dos empregados doentes ou acidentados (antes da obtenção do auxílio-doença ou do auxílio-acidente), que são arcados pelo empregador, integram a base cálculo da contribuição previdenciária, como restará demonstrado ao final do presente artigo. Logo, o dispositivo supramencionado somente evidencia a responsabilidade do empregador pelos quinze primeiros dias de afastamento do empregado.

Por sua vez, o art. 75 do Decreto n. 3.048/99, que aprovou o Regulamento da Previdência Social - RPS, ao regulamentar o dispositivo reproduzido nos parágrafos anteriores, repete essa mesma norma, conforme se verifica pelo texto abaixo transcrito, *in verbis*:

Art. 75. Durante os primeiros quinze dias consecutivos de afastamento da atividade por motivo de doença, incumbe à empresa pagar ao segurado empregado o seu salário. (Redação dada pelo Decreto nº 3.265, de 1999).

É de rigor notar, portanto, que não existe qualquer ilegalidade na exação, porquanto proveniente de lei, cuja literalidade permite, plenamente, a identificação do tipo tributário.

Importante proceder à análise do artigo 22, I, da Lei 8.212/91, a Lei de Custeio, transcrito abaixo:

Art.22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de:

I - vinte por cento sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título, durante o mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos que lhe prestem serviços, destinadas a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços, nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa. (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).

Uma interpretação duvidosa e restritiva do dispositivo supramencionado pode conduzir a afirmação que a ausência de prestação (efetiva ou potencial) de serviços retiraria a natureza salarial dos valores pagos pelo empregador e, portanto, afastaria a incidência da contribuição previdenciária, revelando total desconhecimento do real conteúdo da norma prevista.

Na verdade, o inciso I do art. 22 da Lei n. 8.212/91 estabelece os contornos da base de cálculo da contribuição previdenciária a cargo da empresa, incidente sobre as remunerações pagas aos seus segurados empregados e trabalhadores avulsos.

A Lei de Custeio não se preocupou em definir a fonte pagadora (se o próprio empregador ou não), mas sim, ressaltar que deve ser considerado (como base de cálculo) todo o montante recebido ou a receber (seja de quem for), desde que destinado a retribuir o trabalho.

Cabe ressaltar que, acredita-se, por equívoco, que a expressão “que lhe prestem serviços” do dispositivo supracitado possui o condão de transformar a ausência de execução de serviços em exclusão de responsabilidade trabalhista e previdenciária sobre o período de afastamento dos primeiros quinze dias e seus consectários legais.

Vale lembrar que em razão de uma interpretação excessivamente restritiva do conceito de remuneração e de contrato de trabalho, por vezes, ocorre uma confusão de dois institutos jurídicos distintos: a interrupção e a suspensão do contrato de trabalho. Tais institutos possuem efeitos diferentes quando se refere à relação de trabalho.

Conforme expõe Orlando Gomes, na interrupção do contrato de trabalho “o que interrompe, realmente, é a relação de emprego; daí não ser terminologia apropriada falar-se

em interrupção do contrato; seus efeitos é que se suspendem temporariamente, interrompendo-se a prestação do trabalho, que é seu efeito objetivo”.⁹

É pacífico na doutrina trabalhista que nos quinze primeiros dias de afastamento do empregado o seu contrato de trabalho com o empregador fica interrompido e a partir do 16º (décimo sexto) dia em diante, esse mesmo contrato de trabalho é suspenso. Apesar de ambos os institutos supramencionados se referirem a suspensão restrita ou ampliada dos efeitos contratuais do trabalho durante certo lapso temporal, é de suma importância destacar as suas diferenças.

Dessa forma, o principal efeito da interrupção do contrato de trabalho é a suspensão da obrigação mais relevante do trabalhador, a saber, a de trabalhar; mantendo intacta, contudo, a principal obrigação do empregador, ou seja, a de efetuar o pagamento conforme pactuado.

Portanto, em todos os casos de interrupção do contrato de trabalho, dentro do qual se têm o período dos quinze dias de afastamento que antecede o auxílio-doença, haverá o pagamento de salário, como expressamente assim denominou a Lei n. 8.213/91, mesmo sem a correspondente prestação de serviços.

Cumpra destacar que a Carta Magna, ao estabelecer as fontes de custeio da Previdência Social determinou em seu art. 195, inciso I, alínea “a”, *in verbis*:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:
I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)
a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

Veja-se que o preceito constitucional ao estabelecer a responsabilidade do empregador sobre quem lhe preste serviço, com ou sem vínculo empregatício, não exigindo que tal financiamento incida apenas sobre o período de efetiva prestação de serviço, vale dizer, não exclui os afastamentos previstos em lei, haja vista que os reconhece no já citado art. 7º da Lei Maior, não cabendo interpretação restritiva.

⁹ GOMES, Orlando. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo:Forense. 1971, p.329.

Em sintonia com tal interpretação, o salário-de-contribuição é o conceito que exprime, a nível infraconstitucional, o *quantum* que servirá com base de cálculo para as contribuições previdenciárias:

Art. 28. Entende-se por salário-de-contribuição:

I - para o empregado e trabalhador avulso: a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa; (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97).

Por fim, só há uma previsão na legislação previdenciária em que o empregador é desonerado da obrigação de efetuar o recolhimento sobre os quinze primeiros dias de afastamento do empregado por motivo de doença, a saber, a prevista no § 3º do art. 75 do Decreto n. 3.048/99, que aprovou o Regulamento da Previdência Social.

Confirmando a natureza salarial do pagamento efetuado nos primeiros quinze dias de afastamento do trabalhador e a conseqüente incidência de contribuição previdenciária, segue o julgado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, *in verbis*:

ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. AUXÍLIO-DOENÇA. PRIMEIROS QUINZE DIAS DE AFASTAMENTO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INCIDÊNCIA.

1. O pagamento efetuado ao empregado, durante os primeiros quinze dias de afastamento, por motivo de doença, tem natureza salarial, uma vez que esta não se resume à prestação de serviços específica, mas ao conjunto das obrigações assumidas por força do vínculo contratual. 2. Devido o recolhimento da respectiva contribuição previdenciária. 3. Indemonstrada a verossimilhança das alegações, é de ser mantida a decisão que indeferiu a antecipação dos efeitos da tutela.¹⁰

Vale mencionar, ainda, o entendimento da doutrina acerca da incidência de contribuição previdenciária sobre a parcela em questão, conforme os comentários de Fábio Zambitte Ibrahim abaixo reproduzidos:

De acordo com precedente do STJ, não seria devida a contribuição previdenciária sobre estes 15 primeiros dias pagos ao empregado pela empresa, pois tal verba, na visão do Tribunal, não consubstancia contraprestação a trabalho e, portanto, seria desprovida de natureza salarial (Resp. 1.086.141-RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 16/12/2008, entre outros). Desconhece o tribunal que, ao excluir tais parcelas do salário-

¹⁰ TRF 4ª Região. AG 2006.04.00.019849-5/RS, SEGUNDA TURMA. Desembargador Marcos Roberto Araújo dos Santos, DJU de 09/08/2006. Disponível em: < http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado_pesquisa.php_ >. Acesso em: 21 mar. 2012.

de-contribuição, o segurado é, em verdade, o maior prejudicado, pois este interregno não será necessariamente computado como tempo de contribuição e carência. Ademais, diversas verbas trabalhistas não têm relação direta com a contraprestação do serviço, como o descanso semanal remunerado, e não por isso são afastadas da base-de-cálculo. Excluir tais incidências também prejudica, ainda que limitadamente, o equilíbrio atuarial do sistema, pois a organização inicial do sistema foi feita com base na premissa de sua incidência, além de reduzir o futuro benefício que será concedido ao segurado.

Novamente, o que falta aos profissionais do direito é a análise do custeio necessariamente conjugada com o benefício, além da eterna busca do equilíbrio financeiro e atuarial [...] ¹¹

De fato, como bem destaca o autor no texto acima, é imprescindível que a análise do custeio ocorra de forma vinculada com o benefício, mormente no atual momento em que se busca se atribuir maior efetividade aos direitos sociais.

Logo, nota-se que é manifestamente equivocado o entendimento sustentado por muitos. Assim, as verbas devidas aos empregados nos primeiros 15 dias de afastamento por motivo de doença não detém caráter securitário, motivo pelo qual a cobrança da contribuição previdenciária sobre tais valores não representaria a tributação do próprio benefício previdenciário, afastando a configuração de possível '*bis in idem*'.

Em sendo o segurado um empregado, o período de afastamento, mesmo que devidamente comprovado por atestado médico, será considerado como interrupção do contrato de trabalho, período em que compete à empresa o pagamento do respectivo salário (conforme disposto no já citado art. 75 do Decreto n. 3.048/99) e, conseqüentemente, da contribuição previdenciária correspondente, até porque nem há que se falar em concessão de auxílio-doença nesse caso, mas mera expectativa.

Nessa perspectiva, não há que se falar em *bis in idem*, uma vez que não há múltipla exigência tributária, por parte da União, decorrente do mesmo fato gerador da obrigação respectiva. Ocorre tão somente o recolhimento de contribuição previdenciária durante esse período em que não há concessão do auxílio-doença, para o custeio de benefícios previdenciários por parte das empresas e equiparadas.

Nada obstante os argumentos ora apresentados, o art. 201, § 11º, da Constituição Federal, incluído pela EC n. 20/1998 estabelece expressamente que os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e conseqüente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei.

¹¹ZAMBITTE, Fábio Ibrahim. *Curso de direito previdenciário*. Niterói, RJ: Impetus. 14. ed. 2009, p. 650.

Dessa forma, como se percebe, o preceito constitucional faz remissão à lei, atribuindo a esta a previsão dos casos em que há ou não a incidência da contribuição patronal, uma vez que tais parcelas encontram-se incluídas na base de cálculo prevista no art. 22, inciso I, da Lei n. 8.212/91, sendo consideradas como remuneração destinada a retribuir o trabalho prestado. Além disso, a verba em questão não foi expressamente excluída da incidência da contribuição previdenciária pelo art. 28, § 9º, da Lei de Custeio, configurando, portanto, um ganho habitual dos empregados que porventura as recebam.

4.2. Aviso prévio “indenizado”

Em linhas gerais, o aviso prévio, instituto típico dos contratos de trabalho por prazo indeterminado, consiste no dever que cabe à parte contratual de comunicar à outra sua intenção de rescindir o contrato, sem justa causa, com um prazo de antecedência fixado em lei, período este em que, resta assegurado ao empregado o direito ao recebimento do salário.

Costuma-se afirmar que existem duas espécies de aviso prévio nos casos de dispensa promovida pelo empregador: a) primeiro, denominado de aviso prévio trabalhado, que é aquele em que o empregado permanece trabalhando, ao longo de 30 (trinta) dias, com redução da jornada de trabalho, sem prejuízo da integralidade do salário; b) segundo, comumente chamado de aviso prévio indenizado, que é aquele em que o empregador dispensa o empregado de continuar trabalhando nos próximos 30 trintas, mas deve-lhe, mesmo assim, pagar o respectivo salário.

Nos termos do artigo 487 da CLT percebe-se que o empregador deve conceder o aviso prévio. Todavia, caso não seja concedido, o salário ao qual faria jus o empregado, caso houvesse trabalhado no período do pré-aviso, continua sendo devido, mesmo sem a efetiva contraprestação de serviço (artigo 487, § 1º, da CLT). Aliás, esse período (sem efetivo trabalho) integrará o tempo de serviço do empregado para todos os efeitos legais (artigo 487, § 6º, *in fine*, da CLT). O aviso prévio não-trabalhado ou não-concedido passou a ser conhecido pela doutrina e jurisprudência trabalhistas como aviso prévio “indenizado”.

No entanto, a questão que se apresenta é a seguinte: o aviso prévio não concedido pelo empregador, também conhecido como aviso prévio “indenizado”, possui, de fato, natureza indenizatória?

Formulada a indagação, e considerando a necessidade de se atribuir prevalência ao conteúdo sobre o mero rótulo que se possa atribuir a um determinado instituto jurídico, por mais arraigado que esteja pelos usos e costumes, cabe examinar, de forma mais acurada, o denominado aviso prévio “indenizado”, notadamente para aferir a efetiva existência de natureza indenizatória.

O instituto jurídico em exame deita suas origens no direito civil, como visto nas linhas acima, cumpre buscar, nesse ramo do direito, os elementos necessários à investigação da verdadeira natureza jurídica dos valores recebidos a título de aviso prévio “indenizado”.

Embora o vocábulo indenização admita várias acepções, inclusive no sentido de recompensa por serviço prestado, forçoso reconhecer que aqueles que invocam o caráter indenizatório dos valores recebidos a título de aviso prévio “indenizado”, notadamente para subtraí-los da devida tributação, o fazem baseados na ideia de reparação, de recompensa, ou melhor, de recomposição de um dano supostamente sofrido pelo empregado privado do aviso prévio trabalhado.

De fato, no âmbito da responsabilidade civil, tanto contratual como extracontratual, a existência de dano, ressalvadas raríssimas exceções previstas em lei, apresenta-se como pressuposto do dever de indenizar ou suportar perdas e danos. Nesse sentido é a posição da doutrina, valendo citar, a título ilustrativo, o magistério de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

Indispensável à existência de dano ou prejuízo para a configuração da responsabilidade civil.

Mesmo em se tratando de responsabilidade contratual, o comportamento da parte inadimplente que deixa de cumprir a obrigação convencionada carrega em si a presunção de dano.

Sem a ocorrência deste elemento não haveria o que indenizar, e, conseqüentemente, responsabilidade. Logo, poderíamos então afirmar que, seja qual for a espécie de responsabilidade sob exame (contratual ou extracontratual, objetiva ou subjetiva), o dano é requisito indispensável para a sua configuração, qual seja, sua pedra de toque.

Com absoluta propriedade, SÉRGIO CAVALIERI FILHO, em sua excelente obra Programa de Responsabilidade Civil, salienta a inafastabilidade do dano nos seguintes termos:

O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver

responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. Na responsabilidade objetiva, qualquer que seja a modalidade do risco que lhe sirva de fundamento - risco profissional, risco proveito, risco criado etc. -, o dano constitui o seu elemento preponderante. Tanto é assim que, sem dano, não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa.¹²

Nesses termos, poder-se-ia conceituar o dano ou prejuízo como sendo a lesão a um interesse jurídico tutelado - patrimonial ou não -, causado por ação ou omissão do sujeito infrator.

Alinhados com a melhor doutrina, ou seja, exigindo a presença de dano para que surja o direito à indenização, apresentam-se os art.927 caput e § único; art.944 *caput* e § único do Código Civil que regem tal matéria.

É evidente a impossibilidade de se falar em indenização sem a existência de dano. Fixada a indissociável correlação indenização-dano, cumpre perquirir acerca do pretense dano suportado pelo empregado que, em vez de trabalhar durante o respectivo período de trinta dias é, desde logo, dispensado da prestação laboral.

Assim, considerando que o referido aviso prévio “indenizado” possui os mesmos efeitos legais do aviso prévio trabalhado, não é possível identificar quais seriam os prejuízos sofridos pelo empregado que, de imediato, fica liberado da prestação laboral e, conseqüentemente, com muito mais tempo disponível para encontrar uma nova colocação no mercado de trabalho.

Denota-se, assim, que o aviso prévio trabalhado é, a cabo, muito mais gravoso ao empregado que o aviso prévio “indenizado”, pois, mesmo sabendo da iminente extinção do contrato de trabalho, necessita continuar cumprindo sua jornada habitual, com mera redução de duas horas diárias ou supressão total do trabalho nos últimos sete dias do aviso.

Ademais, trata-se de ofensa ao princípio da isonomia, no caso do empregado que trabalha durante o aviso prévio, ou seja, que possui pouquíssimo tempo para procurar novo emprego seja onerado pela tributação. Já aquele que conta com trinta dias integrais para se ajustar à nova realidade restaria isento, ou melhor, duplamente beneficiado (mais tempo livre e ausência de tributação).

¹² GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. Vol. III, 6. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva. 2008, p. 35-36.

Cabe ainda indagar onde há dano para o empregado se o empregador, ao dispensá-lo, está obrigado a pagar o valor de trinta dias de trabalho a título de aviso prévio “indenizado” e dar baixa na Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) desse empregado acrescentando o período não trabalhado como tempo de serviço?

Nessa linha, vale frisar os enunciados das súmulas 182 e 305, bem como as Orientações Jurisprudenciais 82 e 83 da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do C. TST, que demonstram o reconhecimento do tempo de serviço para todos os efeitos legais e do pagamento do aviso prévio “indenizado” como base de cálculo para a contribuição do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS (que incide sobre parcelas remuneratórias do contrato de trabalho).

Deveras, a sujeição à incidência da contribuição para o FGTS – Fundo de Garantia por Tempo de Serviço é por demais reveladora da inexistência de caráter indenizatório, mas, sim, salarial.

Hodiernamente, há várias hipóteses onde o empregado não trabalha efetivamente e, mesmo assim, recebe salário. É o caso, entre outros, das férias, das situações onde o empregado fica à disposição do empregador, muitas vezes para manter a exclusividade, e em todos os casos de interrupção do contrato de trabalho previstos no artigo 473 da CLT.

Observe-se, de outro lado, que, embora sendo a contraprestação do trabalho efetivamente prestado, o salário pode, em diversos casos, não ter esse caráter contra prestativo, uma vez que há interrupções do contrato individual de trabalho durante as quais o empregador é obrigado a pagar salários, como nas férias do empregado.

Destaca-se, ainda, que apesar de o § 5º do artigo 487 da CLT, acrescentado no ano de 2001, utilizar a expressão “aviso prévio indenizado”, esse mesmo artigo, em seu parágrafo 1º, ao relacionar os direitos do empregado em face da não-concessão do aviso prévio, consigna expressamente “o direito aos salários correspondentes ao prazo do aviso”. De fato, resulta da leitura do artigo 487 da CLT a ausência, em sua redação original, da expressão “aviso prévio indenizado”. A referida expressão é encontrada, apenas, no citado § 5º, incluído pela Lei n. 10.218, de 11/04/2001, certamente em função dos (indevidos) usos e costumes.

O aviso prévio “indenizado” não se confunde com as verbas previstas nos artigos 477, 478 e 479 da CLT. Tecnicamente, portanto, melhor seria que essa parcela passasse a ser denominada aviso prévio “não-trabalhado” ou “não-concedido” em vez de aviso prévio

“indenizado”, posto que não diz respeito a uma indenização, na acepção de reparação pecuniária por danos sofridos.

Como dito antes, não se verifica qualquer dano ou prejuízo ao empregado cujo empregador optou por não conceder o aviso prévio (aviso prévio não-trabalhado ou não-concedido). Assim, inexistindo dano ou prejuízo, não há que se falar em indenização.

Diante da inexistência do propalado caráter indenizatório, cumpre fixarmos os princípios constitucionais que regem o exame da questão, que seriam violados: a) solidariedade do financiamento; b) compulsoriedade da contribuição; c) caráter contributivo da previdência social; d) equilíbrio financeiro e atuarial da previdência social, e; e) precedência da fonte de custeio.

Primeiramente, é notória a violação à solidariedade e à compulsoriedade, posto que o contribuinte recusa-se a contribuir, com base nos valores em tela, para o financiamento da seguridade social. Rompe-se, então, o traço de solidariedade, sustentáculo do modelo estabelecido pela Constituição Federal de 1988, conforme preceituado no art. 3º, inciso I e art. 195 da Lei Maior, bem como o seu mais evidente corolário, a compulsoriedade da contribuição.

Nesse diapasão, ao lado da quebra da solidariedade e da compulsoriedade, é evidente que sustentar a isenção/não-incidência de contribuição previdenciária sobre os valores relativos ao aviso prévio “indenizado” implica, por via reflexa, na vulneração aos princípios do caráter contributivo, do equilíbrio financeiro e atuarial e da precedência da fonte de custeio.

De fato, pretender que o período relativo ao denominado aviso prévio “indenizado” seja considerado para fins de concessão de benefícios previdenciários e, ao mesmo tempo, tentar subtraí-lo da tributação viola frontalmente o caráter contributivo da Previdência Social e, conseqüentemente, o seu equilíbrio financeiro e atuarial. Deveras, é inaceitável, dentro do modelo estabelecido na Carta Maior, notadamente em face de segurados empregados, o gozo de benefícios previdenciários sem a correspondente contribuição, do que deflui a notória inconstitucionalidade da tese aventada na inicial.

Contudo, prevalecendo o entendimento de que o aviso prévio “indenizado” não se sujeita à incidência de contribuições previdenciárias, o que se admite apenas a título de argumentação, pode-se antever, considerando que o período do aviso prévio integra o tempo de serviço do empregado para todos os efeitos legais, que esse tempo, ao cabo, poderá ser

invocado para efeito de concessão de benefício previdenciário, mesmo sem a correspondente contribuição. Em outros termos, poderá ser intentada, ainda que de forma indevida, a contagem de “tempo de contribuição” sem a correspondente e efetiva contribuição, de modo que os §§ 1º e 6º do artigo 487 da CLT, em última análise, estariam a prever uma espécie de “tempo de contribuição fictício”.

Essa solução, entretanto, é peremptoriamente vedada pela Constituição Federal, sobretudo com o advento da Emenda Constitucional n. 20/1998, que, ao alterar o caput do artigo 201, reforçou o caráter contributivo da Previdência Social e estabeleceu a necessidade da observância de critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial.

Nesse contexto, outra forma de enfrentar a questão seria defender, à míngua de contribuição, que o segurado não teria direito ao cômputo, para fins previdenciários, do período referente ao aviso prévio “indenizado”.

Todavia, essa segunda solução também não encontraria respaldo constitucional, pois violaria diversos princípios constitucionais, tais como a dignidade da pessoa humana, a máxima efetividade dos direitos fundamentais e a vedação ao retrocesso. Sobre o tema, pede-se vênua para, novamente, trazermos à baila as palavras do Procurador Federal Marcelo Barroso Mendes:

[...] Antes da Reforma Previdenciária trazida pela Emenda Constitucional 20 de 1998, o aviso prévio indenizado era contado como tempo de serviço para fins previdenciários, nesse sentido eram os textos do art. 202 da Constituição Federal, do art. 18, I, “c”, da Lei 8.213/91, ora, ambos revogados. No regime anterior bastava a comprovação do tempo de serviço para fazer jus aos benefícios previdenciários. Entretanto, com a EC 20/98, a situação mudou, não apenas deve-se demonstrar o serviço, mas também haver recolhimento. (...)Ademais, conforme o exposto, e diante da inquestionável natureza do direito previdenciário como um direito fundamental, verificou-se que o tempo de serviço do aviso prévio indenizado entrava no cálculo dos benefícios previdenciários. Ocorre que, agora, com o fim do cômputo do tempo de serviço e a entrada do tempo de contribuição, deve ser mantido o direito do trabalhador, segurado da Previdência Social, a contar com essa contribuição refletindo efeitos previdenciários. Isso se explica pela aplicação do princípio do não retrocesso social. Realmente seria um retrocesso social deixar de contar o trabalhador-segurado com um direito que antes possuía. O aviso prévio indenizado deve continuar a contar para fins previdenciários, como sempre ocorreu, e não o contrário. Como direito social que é, uma vez alcançado ou conquistado não pode ser suprimido ou aniquilado, passa a constituir tanto como uma garantia institucional, como um direito subjetivo. [...] ¹³

¹³ MENDES, Marcelo Barroso. *Aviso Prévio Indenizado – Fato Gerador de Contribuição Previdenciária – Proteção ao Direito Fundamental à Previdência Social*. Artigo publicado na Revista Virtual da Escola da AGU nº 69. Ano 2007. Disponível em: <http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano_VII_outubro_2007/AvisoPrevioIndenizado_MarceloBarroso_NOTAS.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2009.

Desse modo, se por um lado não é possível admitir benefício sem contribuição, dado o caráter contributivo da previdência social e da necessidade de manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial, por outro também não é admissível mitigar os direitos previdenciários dos trabalhadores mediante a desconsideração do período referente ao denominado aviso prévio “indenizado”.

Assim, é evidente que a única possibilidade de harmonização, sem esquecer que o valor referente ao aviso prévio “indenizado” possui, na verdade, caráter salarial, é admitir a incidência de contribuição previdenciária. Com a incidência de contribuição preserva-se, a um só tempo, o caráter contributivo e o equilíbrio financeiro e atuarial do RGPS e os direitos previdenciários do segurado empregado.

Pensar de modo diverso equivaleria a autorizar um dano ao caixa da Previdência Social, pois terá que se reconhecer 30 (trinta) dias sem a respectiva contrapartida. Dessa forma, o denominado aviso prévio “indenizado”, na verdade, não estaria compensando um suposto dano sofrido pelo empregado, mas, sim, causando efetivo dano à Previdência Social, que, em última análise, constitui um dano a todos aqueles que dependem desse sistema de proteção social.

Há que se ter em consideração, ainda, o Princípio da precedência da fonte de custeio, fundamentado nos termos do artigo 195, § 5º, da CF/88 que prescreve que nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total. Tal princípio, face ao caso concreto, serve para demonstrar quão importante se apresenta, dentro do atual modelo constitucional, o equilíbrio financeiro e atuarial, especialmente da previdência social, razão pela qual eventual dispensa de contribuição sempre terá que ser vista como situação excepcionalíssima, somente possível mediante expressa previsão legal.

Em suma, ainda que houvesse mais de uma interpretação possível para os dispositivos legais envolvidos, necessário seria adotar aquela capaz de gerar maior compatibilidade com os princípios constitucionais de regência. In casu, todavia, a única interpretação possível para a preservação da constitucionalidade dos §§ 1º e 6º do artigo 487 da CLT, adequando-o aos artigos 3º, I, 194, 195 e 201 da CF/88, é considerar o aviso prévio “indenizado” como sujeito à incidência das contribuições previdenciárias, até mesmo porque, como visto no item anterior, não se trata de verdadeira indenização, mas, sim, de verba de natureza salarial.

É pertinente observar que o texto original da Lei n. 8.212/91, em seu artigo 28, § 9º, alínea “e”, afastava o aviso prévio “indenizado” da incidência de contribuições previdenciárias. Essa isenção, naturalmente, restou reproduzida no artigo 37, § 9º, alínea “e”, do Decreto n. 2.173, de 05/03/1997.

Ocorre que a Medida Provisória n. 1.596-14, de 10/11/1997, convertida na Lei n. 9.528, de 10/12/1997, alterou a alínea “e” do § 9º do artigo 28 da Lei n. 8.212/91, excluindo o aviso prévio “indenizado” do rol exaustivo das parcelas não integrantes do salário-de-contribuição.

Tal fato, obviamente, evidencia o propósito do legislador ordinário de revogar a isenção outrora concedida. Assim, a partir da edição dessa medida provisória, o aviso prévio não-trabalhado passou a ser considerado como parcela integrante do salário-de-contribuição, ainda que o Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 06/05/1999, ao substituir o Decreto n. 2.173/97, indevidamente registrasse de forma diversa no seu artigo 214, § 9º, V, alínea “f”, fato que veio a ser corrigido recentemente com a publicação do Decreto nº.6.727, em 13/01/2009.

Não se pode negar, nessa senda, a incoerência até então existente entre a Lei nº 8.212/91 e o seu regulamento, o Decreto nº 3.048/99. Um regulamento apenas aclara uma lei; um decreto nunca pode ser contrário à lei e, tampouco, ir além do texto legal ou preencher suas lacunas. Não pode, pois, o Executivo, no exercício do poder regulamentar, invadir a esfera de competência do Legislativo, devendo, apenas, disponibilizar os meios operacionais para a estrita execução da lei.

Assim, resta claro que o advento do Decreto n. 6.727/2009 veio tão somente adequar o Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto n. 3.048/99, à redação conferida pela Lei nº 9.528/97, que, desde então, ao revogar a isenção, prevê a incidência da contribuição previdenciária sobre o aviso prévio “indenizado”.

Por seu turno, a doutrina também já vinha defendendo a incidência de contribuições previdenciárias sobre o aviso prévio “indenizado”, antes mesmo da alteração promovida pelo Decreto n. 6.272/2009, em razão do disposto no ordenamento jurídico vigente, conforme se pode perceber pela esclarecedora lição de Fábio Zambitte Ibrahim:

[...] Todavia, na atualidade, o Tribunal Superior do Trabalho, tendo a última palavra sobre a natureza do aviso prévio indenizado, já se manifestou, diversas vezes, pela

natureza remuneratória do mesmo (Enunciado nº 305), até em razão de a lei fixar seu cômputo como se trabalhado fosse, e por isso sempre foi base de incidência do FGTS (art. 487, § 1º, CLT).

Em razão disso a Lei 8.212/91 nada mais fala sobre o tema, enquanto o Regulamento da Previdência Social ainda fixa a exclusão do aviso prévio indenizado do salário de contribuição (art. 214, § 9º, “f”). Em verdade, a Lei nº 8.212/91 até previa, expressamente, a exclusão da incidência do aviso prévio indenizado, mas tal dispositivo restou revogado pela Lei nº 9.528/97, reforçando o argumento pela incidência.

Melhor caminho trilhou a Instrução Normativa SRP nº 03/05, que na redação atual considera o aviso prévio indenizado como componente do salário-de-contribuição, em razão da nova redação do art. 72 da mesma IN. É procedimento correto, pois se a CLT prevê que o mesmo seja considerado como tempo de trabalho, é consectário natural a sua integração ao salário-de-contribuição. Esta conclusão até privilegia o trabalhador, já que, na antiga concepção, sempre que sofresse uma rescisão de contrato com aviso prévio indenizado poderia um mês de contribuição.¹⁴

Também nesse sentido, já há entendimento jurisprudencial, conforme se verifica pelo trecho da respeitável decisão proferida pelo MM. Juiz Federal da 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, Dr. Fábio Tenenblat, reproduzido parcialmente a seguir:

[...] Em primeiro lugar, cabe observar que a alegação formulada na inicial de que o Decreto nº 6.727/2009 aumentou a base de cálculo da contribuição previdenciária, é na verdade um forte argumento contrário às pretensões autorais. Isto porque tal ato normativo limita-se a revogar dispositivos do Decreto nº 3.048/1999. Em outras palavras, ao imputar o aumento da exação ao ato normativo advindo em 2009, a impetrante reconhece que o tributo até então não estava sendo exigido por força do Decreto nº 3.048/1999. Ora, como se sabe, apenas a lei ordinária pode instituir, majorar ou reduzir a contribuição previdenciária em questão. Por conseguinte, se havia alguma inconstitucionalidade no ordenamento jurídico sobre a matéria, esta, por óbvio, residia na norma infralegal que concedia isenção em relação aos valores pagos aos empregados a título de aviso prévio, excluindo-os da base de cálculo do tributo. Ademais, o aviso prévio indenizado corresponde exatamente à remuneração a que o empregado faria jus se permanecesse trabalhando mais um mês, antes do cessamento do vínculo empregatício. Nesses termos, o simples fato de o empregador resolver, por sua exclusiva liberalidade, pagar ao trabalhador sem a contrapartida da prestação do serviço de forma alguma tem o condão de transformar a natureza da verba, ou de excluí-la do salário de contribuição. Neste ponto, mesmo sendo evidente, não é demais lembrar que a mera presença da expressão “indenizado” na rubrica disponibilizada ao empregado também está longe de alterar a natureza jurídica do montante pago a título de aviso prévio. Repise-se: o aviso prévio representa apenas o salário mensal recebido pelo trabalhador, com nomenclatura diversa. Daí a habitualidade e a ausência do caráter indenizatório da verba.(...)

DISPOSITIVO

Ante o exposto, denego a segurança, revogando a liminar anteriormente deferida.[...]”¹⁵

¹⁴ ZAMBITTE, Fábio Ibrahim, *op.cit.*, p. 297.

¹⁵ BRASIL. TRF 1ª Região. 1ª Vara Federal do Rio de Janeiro - RJ - MS 2009.51.01.004976-0 - Juiz Federal: FABIO TENENBLAT, julgado em 26/05/2009. Disponível em: < http://jurisprudencia.trf1.jus.br/pesquisa/resultado_pesquisa.php >. Acesso em: 10 mar. 2012.

Com efeito, sabendo-se que a regra é a incidência da contribuição previdenciária, tanto em face dos princípios regentes (Solidariedade, Compulsoriedade, Contributividade e Equilíbrio Financeiro e Atuarial) quanto da própria redação abrangente conferida à alínea “a” do inciso I do artigo 195 da CRFB/88 e ao inciso I do artigo 22 da Lei n. 8.212, de 1991, há que se concluir que a norma isentiva, sempre de caráter excepcional, precisa advir de texto exposto de lei, não podendo, portanto, ser presumida e, muito menos, erigida via ato infralegal.

Os preceitos constitucionais e legais que fundamentam esse posicionamento são os seguintes: art. 150 Caput e § 6.º da CFRB/88 (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993), art. 97, incisos I, II, III, VI; Art. 111, incisos I, II, III, e Art. 176 caput e § único do Código Tributário Nacional.

Resta evidente, portanto, que a isenção ou redução da base cálculo da contribuição previdenciária patronal, inclusive no que tange ao denominado aviso prévio “indenizado”, não pode ser inferida a partir da nova redação conferida às alíneas do § 9º do artigo 28 da Lei n. 8.212, de 1991, e, tampouco, extraída, pura e simplesmente, do que constava, de forma autônoma, no Regulamento da Previdência Social, antes da adequação promovida pelo Decreto n. 6.727, de 12/01/2009. Aliás, a atual redação conferida ao citado § 9º é bastante elucidativa da impossibilidade de interpretações ampliativas ao utilizar expressão “exclusivamente”.

O recolhimento de contribuição previdenciária sobre o aviso prévio “indenizado” enquadra-se na regra e não na exceção. Entendimento contrário importa em manifesta violação ao artigo 195, I, “a”, da CF/88.

Ademais, não se pode olvidar que as hipóteses de isenção devem ser objeto de interpretação literal, como exige o citado artigo 111 do CTN. Convém ressaltar, então, que o § 9º do artigo 28 da Lei de Custeio, traduz verdadeira exceção à regra de que todos os ganhos entregues aos trabalhadores integram o salário-de-contribuição. Dessa forma, impõe-se interpretá-lo como regra de exceção.

CONCLUSÃO

As situações examinadas no presente estudo assumem especial relevância, porquanto nelas não é observada a extinção da relação jurídica contratual, mantendo-se o cômputo do

tempo do serviço, cuja prestação é interrompida, e a obrigação do pagamento de salário. Embora não haja efetiva realização de trabalho nos tais intervalos, revela-se inadmissível rejeitar a natureza jurídica salarial da remuneração paga nestes períodos, pois, consoante a fundamentação supra expendida, o caráter sinalagmático do contrato de trabalho não é aferido a partir da individualização de cada uma das prestações, mas mediante a análise de seu conjunto.

É factível a legalidade da incidência da contribuição destinada à Seguridade Social sobre os valores pagos nos primeiros quinze dias de afastamento do empregado, haja vista que o auxílio-doença é apenas aquela prestação a cargo da entidade previdenciária, devida a partir de quinze dias de incapacidade do segurado, nos termos do art. 59 da Lei 8.213/91 que reprisa o art. 25 da Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1.960, ou seja, possui expressa disposição legal sobre o caso em tela, e a empresa tem a incumbência de pagar o segurado empregado o seu salário integral por este afastamento.

Portanto, em certos casos em que não há trabalho por motivos independentes da vontade do empregado, o salário dos dias de repouso ou de inatividade é devido pelo empregador. É um traço peculiar ao contrato de trabalho, que o distingue claramente dos demais contratos de atividade. Essas prestações (sejam consideradas indenizatórias ou salariais) recebem da lei um tratamento jurídico idêntico ao salário.

De fato, o seu pagamento é feito em prol do empregado a fim de que tenha maior disponibilidade de recursos pecuniários para gozo de suas férias. O acréscimo patrimonial não visa à reparação de dano, razão pela qual o legislador enunciou expressamente a não incidência da contribuição na excepcional hipótese de férias não fruídas (art. 22, §9º, alínea d da Lei n. 8.212/91). Com maiores razões, os valores recebidos pela fruição de férias e gratificação natalina estão sujeitos a tais contribuições, bastando à referência que o pedido atinente ao décimo terceiro salário enfrenta o teor expresso do enunciado n. 688, da súmula da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

O aviso prévio indenizado tem natureza remuneratória, tendo em vista que o empregado recebe o salário relativo ao trabalho que deve realizar no último mês do contrato, sendo liberalidade do empregador a sua dispensa, o que não descaracteriza a sua natureza.

É oportuno dizer que os ideais de justiça e solidariedade, a máxima eficácia dos direitos fundamentais exige a contribuição sobre o aviso prévio indenizado a fim de

potencializar a proteção ao trabalhador contra os riscos sociais do trabalho, logo não resta qualquer dúvida para afirmar que o direito previdenciário é um direito fundamental, “direito social de natureza prestacional”, e como tal, todo o seu desenvolvimento se encontra o postulado otimizado na máxima eficácia possível.

Então, a não incidência da contribuição previdenciária sobre aviso prévio indenizado e entre outras verbas indenizatórias seria um verdadeiro retrocesso social no que tange a evolução histórica do direito social alcançado, conquistado através anos de luta dos trabalhadores e de tantos outros que contribuíram para a existência deste direito subjetivo, e desta garantia constitucional.

REFERÊNCIAS

AVELINO, Pedro Buck. Princípios da solidariedade: imbricações históricas e sua inserção na constituição de 1988. *Revista de direito constitucional e internacional*, n.º 53, out/dez, São Paulo: RT, 2005.

BRASIL. TRF 1ª Região. 1ª Vara Federal do Rio de Janeiro - RJ - MS 2009.51.01.004976-0 - Juiz Federal: FABIO TENENBLAT, julgado em 26/05/2009. < Disponível em: http://jurisprudencia.trf1.jus.br/pesquisa/resultado_pesquisa.php >. Acesso em: 10 mar. 2012.

BRASIL. TRF 4ª Região. AG 2006.04.00.019849-5/RS, SEGUNDA TURMA. Desembargador Marcos Roberto Araújo dos Santos, DJU de 09/08/2006. < Disponível em: http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado_pesquisa.php >. Acesso em: 21 mar. 2012. GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. Vol. III, 6. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva. 2008.

GOMES, Orlando. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Forense. 1971.

HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do romem*. 21. ed. Rio de Janeiro: Guanabara.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *A seguridade social na constituição federal*. 2. ed. São Paulo: LTR..

MENDES, Marcelo Barroso. Aviso Prévio Indenizado – *Fato Gerador de Contribuição Previdenciária* – Proteção ao Direito Fundamental à Previdência Social. Artigo publicado na Revista Virtual da Escola da AGU n° 69. Ano 2007. Disponível em: < http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano_VII_outubro_2007/AvisoPrevioIndenizado_MarceloBarroso_NOTAS.pdf >. Acesso em: 11 mar. 2009.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Manual do salário*. 2. ed. São Paulo: LTR. 1985.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Instituições de direito do trabalho*. Vol I. 19 ed. São Paulo: LTR. 2000.

ZAMBITTE, Fábio Ibrahim. *Curso de direito previdenciário*. Niterói, RJ: Impetus. 14. ed. 2009.