

Da impossibilidade de cobrança da contribuição previdenciária no aviso prévio indenizado.

A tão propalada isenção de impostos anunciada pelo Governo Federal, com o fito de diminuir os efeitos da crise mundial sobre a economia formal, teve vida curta.

Advertido da crescente despesa que as demissões têm causado no Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT, em decorrência do aumento de pedidos do seguro desemprego, o Presidente Lula assinou, no dia 12 de janeiro de 2009, o Decreto 6.727, publicado no dia seguinte, que revogou a alínea "f" do inciso V do § 9º do art. 214, o art. 291 e o inciso V do art. 292 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto no 3.048, de 06 de maio de 1999.

A preocupação do Governo com a situação do fundo se faz necessária, já que no ano passado foi enviado alerta pelo Ministério do Trabalho à Secretaria de Orçamento Federal, órgão que integra o Ministério do Planejamento, com a projeção do FAT para os exercícios de 2008 a 2011, onde pode se observar déficit no montante de R\$967,6 milhões no ano de 2010 e R\$3,7 bilhões no ano de 2011 no fundo.

O que o Decreto 6.727 fez, singelamente, foi transformar o aviso prévio indenizado, pago ao trabalhador que teve o seu contrato de trabalho rescindido sem justa causa, em verba sujeita ao recolhimento da contribuição previdenciária.

Anteriormente a essa mudança, a alínea "f" do inciso V do § 9º do art. 214 retirava, expressamente, da base de cálculo do chamado salário-de-contribuição, o aviso prévio indenizado.

O conceito de salário-de-contribuição está previsto no art. 28 da Lei 8.212/91, sendo repetido, integralmente, pelo art. 214 do Decreto 3.048, de 06 de maio de 1999:

Art. 214. Entende-se por salário-de-contribuição:

*I - para o empregado e o 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;

Entretanto, no § 9º do mesmo artigo, foram elencadas as hipóteses em que a tributação seria dispensada, tratando-se, portanto, de verdadeira isenção tributária.

§ 9º Não integram o salário-de-contribuição, exclusivamente:

V - as importâncias recebidas a título de:

f) aviso prévio indenizado;

A inclusão do aviso prévio indenizado como base de cálculo do salário-de-contribuição terá efeito imediato na economia formal, pois, trará um custo maior ao trabalhador, que será descontado em relação aos valores devidos ao INSS, de 8% a 11% do salário. Já para os empregadores, o aumento dos encargos será em torno de 20%.

A questão de incidência da contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado não é nova, tendo sido, inclusive, matéria de diversas ações movidas perante a Justiça do Trabalho no ano de 2008.

Sobre o tema, já arduamente discutido no Poder Judiciário, o Tribunal Superior do Trabalho, em decisão recente, se manifestou pela não incidência da parcela previdenciária no aviso prévio indenizado, destoando, portanto, do Decreto 6.727 assinado recentemente, pelo Presidente Lula.

O entendimento do Tribunal foi no sentido de excluir o aviso prévio indenizado da base de cálculo do salário-de-contribuição, conforme definido pelo art. 28 da Lei 8.212/91, já que, diferentemente do salário, que se compõe pela soma dos rendimentos pagos ao empregado com a finalidade de retribuir os serviços efetivamente prestados, bem como, pelo tempo à disposição do empregador, o aviso prévio teria natureza, exclusivamente, indenizatória.

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AVISO PRÉVIO
INDENIZADO. ACORDO JUDICIAL. NATUREZA DAS
PARCELAS TRANSACIONADAS. **O aviso prévio indenizado**

não constitui pagamento que tenha por objetivo remunerar serviços prestados ou tempo à disposição do empregador, nos termos exigidos pelo artigo 28 da Lei nº 8.212/91, por decorrer da supressão da concessão do período de aviso prévio por parte do empregador, conforme estabelecido no art. 487, § 1º, da CLT. A natureza indenizatória da parcela e a previsão contida no artigo 214, § 9º, do Decreto nº 3.048/99 afastam a incidência da contribuição previdenciária. (Precedentes da SBDI-I desta Corte). (Recurso de revista conhecido e não provido. Processo: RR - 19/2005-043-01-00.1 Data de Julgamento: 12/11/2008, Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, 7ª Turma, Data de Publicação: DJ 14/11/2008).

Como se pode inferir, do julgado acima, não há, no art. 28 da Lei 8.212/91, menção às verbas de caráter indenizatório, somente existindo as que retribuem o trabalho, efetivamente, realizado pelo empregado.

Além da questão já discutida sobre a isenção do aviso prévio indenizado, a publicação do Decreto 6.727 introduz uma nova contenda, que, conseqüentemente, poderá acabar nos tribunais brasileiros.

A figura do decreto, previsto no art. 84 da Constituição Federal, tem como escopo principal permitir a administração do Estado, facilitando a execução das leis e retirando obstáculos que por ventura venham a surgir na fiel execução das mesmas.

Diz o inciso IV do art. 84 da Carta Magna:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

Desta feita, o Decreto Presidencial não tem o condão de alterar lei ordinária, por se encontrar abaixo dela hierarquicamente, sendo, portanto, impossível a alteração do art. 28 da Lei 8.212/91, Lei Orgânica da Seguridade Social, sem o devido processo legislativo, ou seja, por outra lei ordinária.

É esse o entendimento do Supremo Tribunal Federal: “**Decretos existem para assegurar a fiel execução das leis (artigo 84-IV da CF/88)**”. (STF – Pleno - Adin nº. 1435-8/DF – medida liminar – Rel. Min. Francisco Resek, *Diário da Justiça*, Seção I, 6 ago. 1999, p. 5).

O Decreto 6.727, além de padecer, indiscutivelmente, de vício formal, é inconstitucional por contrariar uma série de dispositivos, entre eles: o princípio da legalidade (art. 5º, II, CF), o princípio da estrita legalidade tributária, (art. 150, I, CF), além do já mencionado art. 84, inciso IV, todos da Constituição da República.

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;”

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça”

O Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, em acórdão da 10ª Turma, neste sentido, entende:

"AVISO PRÉVIO INDENIZADO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. A Lei 8.212/91 deixou de contemplar o aviso prévio como parcela não integrante do salário de contribuição. Todavia, tal não implica a incidência da contribuição previdenciária sobre a mencionada verba. Isso porque, de acordo com o vigente sistema tributário, **vigora o princípio da estrita legalidade**. Em outras palavras, somente poderá incidir a contribuição previdenciária quando houver expressa determinação na legislação pertinente nesse sentido, o que não ocorre em relação ao título em exame. Por outro lado, mesmo com a mencionada alteração legal, o Decreto 3.048/99 - editado posteriormente - em seu art. 214, §9º, V, "f", preconiza, expressamente, que o aviso prévio indenizado não integra o salário de contribuição." (TIPO: RECURSO ORDINÁRIO, DATA DE JULGAMENTO: 20/05/2008, RELATOR(A): MARTA CASADEI MOMEZZO, REVISOR(A): LILIAN GONÇALVES, ACÓRDÃO Nº: 20080435500, PROCESSO Nº: 00008-2006-442-02-00-3, ANO: 2008, TURMA: 10ª, DATA DE PUBLICAÇÃO: 06/06/2008).

Desrespeita, também o § 4º e os incisos I e II do art. 195 da Carta Magna, que é taxativo ao exigir lei específica para a previsão de incidência de tributo sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados ao empregado.

*“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:

- 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;*
- b) a receita ou o faturamento;*
- c) o lucro;*

II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201;

*§ 4º - **A lei** poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I.”*

Cabe salientar que somente por lei complementar poderão ser instituídas outras fontes destinadas a garantir a manutenção e a expansão da seguridade social, de acordo com o inciso I do art. 154 da Constituição Federal, sendo vedada a criação de tributo que tenha fato gerador ou base de cálculo próprios dos já existentes na Lei Maior.

“Art. 154. A União poderá instituir:

*I - **mediante lei complementar**, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição”*

Por fim, o Decreto 6.727 é inconstitucional por ferir o §11º do art. 201 que diz:

“Art. 201 - A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

”§ 11 - 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.”

Ora, o §11º é claro em dizer que somente os ganhos habituais do empregado serão incorporados ao salário para efeito de contribuição, todavia, o aviso prévio não pode ser considerado como “*ganhos habituais do empregado*”, pois é concedido uma única vez, no momento de comunicação, ao empregado, do encerramento do contrato de trabalho, sendo, deste modo, diferente do conceito de verbas habituais.

Esse é a entendimento do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região:

AVISO PRÉVIO INDENIZADO. NÃO INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. O aviso prévio não sofre incidência da contribuição previdenciária uma vez que legalmente qualificado como verba de natureza indenizatória. . Inteligência dos arts. 195, I e 201, parágrafo 11 da CF e art. 477, da CLT. O fato de o aviso prévio antes ser, expressamente, considerado parcela não sujeita a incidência de contribuição previdenciária e, a Lei 9.528/97, simplesmente, omiti-lo do rol de parcelas não sujeitas à incidência, não significa, per se, que tal parcela passou a ser considerada salário de contribuição ou ter natureza salarial. **O legislador, neste caso não modificou a natureza jurídica indenizatória do aviso prévio. A incidência de contribuição previdenciária deve observar o princípio da tipicidade, da legalidade, da anterioridade, e da precedência nonagésima.** (TIPO: RECURSO ORDINÁRIO, DATA DE JULGAMENTO: 22/04/2008, RELATOR(A): IVANI CONTINI BRAMANTE, REVISOR(A): IVETE RIBEIRO, ACÓRDÃO Nº: 20080354461, PROCESSO Nº: 00064-2005-314-02-00-0, ANO: 2007, TURMA: 6ª, DATA DE PUBLICAÇÃO: 16/05/2008).

Deste modo, o Governo Federal comete um sério erro ao colocar o aviso prévio como base de cálculo da contribuição previdenciária. O faz com a desculpa de que isso vai evitar o crescimento no número de demissões, fato este ilusório, pois, como já dito acima o grande motivo é o déficit do FAT que vem aumentando anualmente.

Diante do exposto, resta aos empregadores e empregados insurgirem-se contra essa tentativa do Governo aumentar a sua arrecadação a custa dos direitos constitucionais do cidadão.

Alexandre Dias de Andrade Furtado

Sócio fundador do escritório Dias de Andrade Furtado Advogados