

Meio: Jota	
Editoria: Economia	Data: 29/03/2019
Link: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/aviso-previo-multa-fgts-29032019	

O aviso prévio indenizado entra no cálculo da multa na demissão sem justa causa?

Hoje, sexta-feira, é dia de mais um capítulo do projeto Dúvida Trabalhista? Pergunte ao Professor! dedicado a responder às perguntas dos leitores do JOTA, sob a Coordenação Acadêmica do Professor de Direito do Trabalho e Especialista em Relações Trabalhistas e Sindicais, Dr. Ricardo Calcini.

E, hoje, na segunda série do projeto, a dúvida a ser respondida é a seguinte:

Pergunta ► O aviso prévio indenizado de 30 dias deve compor a base de cálculo para apuração da multa rescisória de 40% do FGTS na despedida sem justa causa?

Resposta ► Com a palavra, o Professor Ricardo Pereira de Freitas Guimarães

O leitor imbrica dois institutos de direito do trabalho na questão, a saber: aviso prévio e seu impacto no FGTS.

O aviso prévio até a Constituição Federal de 1988 (quando inserido na relação de direitos do empregado – artigo 7º, XXI) guardava relação de reciprocidade em regra de tratamento entre empregado e empregador, ao se observar direitos e deveres oriundos do instituto. Isso se deu, em certa medida, tendo em vista sua própria origem civilista/comercial que tratava de relações simétricas. O aviso prévio foi assim integrado apenas posteriormente às relações de emprego.

De plano, o instituto possui duas ideias: (i) a primeira, de evitar a quebra de expectativa e; (ii) a segunda, por outro lado, de indenizar essa quebra tentando criar uma condição desfavorável de indenização para o sujeito da relação que acabe por romper a expectativa da parte contrária.

Evidente, portanto, que o instituto acaba por se revelar, ao menos em regra, ser inerente às relações em que o tempo do contrato de emprego tenha sua indeterminação como fator presente da relação entabulada.

Além disso, convém lembrar que o aviso prévio possui tríplice natureza: (i) de comunicação do final do contrato; (ii) de tempo (prazo); e (iii) de pagamento.

Observa-se que o aviso prévio pode ser cumprido ou indenizado. Na hipótese de seu cumprimento, não há dúvida que a parcela recebida pela contraprestação é salarial. Contudo, há hipótese de mera indenização, sem que o trabalhador permaneça no trabalho, tendo em vista que não há trabalho, não há evidentemente contraprestação pelo trabalho.

Ocorre que a hipótese de o aviso prévio ser circunstancialmente indenizado – sendo essa a dúvida do leitor – não afasta isoladamente suas outras naturezas, como a própria comunicação e o prazo.

O §1 do artigo 487 da CLT é claro ao declarar que o tempo do aviso prévio integra o contrato de trabalho e, nesse norte, seguiu a Orientação Jurisprudencial 82 da SBDI-I do TST, que determina a baixa na carteira de trabalho ao final do prazo do aviso prévio, ainda que indenizado. E, mais, observou a Súmula 305 do TST que trata do tema do FGTS de forma expressa ao declarar: “O pagamento relativo ao período de aviso prévio, trabalhado ou não, está sujeito a contribuição para o FGTS”.

Observe-se que o mesmo raciocínio deve ser estendido à proporcionalidade do aviso prévio advindo da Lei 12.506/2011, que tratou de inserir no ordenamento infraconstitucional o aumento do aviso prévio de acordo com o número de anos de trabalho do empregado.

Nesse sentido, tendo em vista a interpretação doutrinária e a corrente jurisprudencial, nos atrevemos a dizer que realmente o aviso prévio (indenizado ou trabalhado) deve ser submetido ao recolhimento do FGTS, e, por consequência, acabará sendo incorporado para aplicação da multa de 40% da Lei 8.036/1990.