

PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

343

4ª Vara Federal Cível

Mandado de Segurança n.º 2010.61.00.001740-7

Impetrante: SINDEPRESTEM - SINDICATO DAS EMPRESAS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS A TERCEIROS, COLOCAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO DE MÃO DE OBRA E TRABALHO TEMPORÁRIO NO ESTADO DE SÃO PAULO

IMPETRADO: SUPERINTENDENTE REGIONAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM SÃO PAULO
SENTENÇA TIPO B

Vistos.

Trata-se de mandado de segurança coletivo impetrado por SINDEPRESTEM - SINDICATO DAS EMPRESAS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS A TERCEIROS, COLOCAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO DE MÃO DE OBRA E TRABALHO TEMPORÁRIO NO ESTADO DE SÃO PAULO em face do SUPERINTENDENTE REGIONAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM SÃO PAULO, pleiteando a inconstitucionalidade e ilegalidade do aumento da alíquota do SAT através do Decreto 6.957/09, assim como sua majoração com a utilização do FAP.

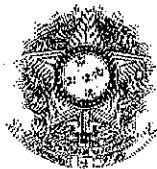
Despacho exarado às fls. 210/213 deferiu a liminar.

Embargos de Declaração interpostos em razão da decisão proferida em sede de liminar foram acolhidos (fls. 224).

Em razão da decisão proferida em sede de tutela antecipada ingressou o impetrado com Agravo de Instrumento.

A autoridade coatora apresentou informações, manifestando-se pela legalidade do ato.

Despacho exarado às fls. 308/310 deferiu o ingresso da ADECCO TOP SERVICES RH, na qualidade de assistente litisconsorcial, bem como deferiu o depósito nos moldes requeridos.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

O Representante do Ministério Público Federal deixou de manifestar-se no mérito, visto não vislumbrar a existência de interesse público no presente *mandamus*.

É o Relatório.

Fundamento e Decido.

Presentes os pressupostos para válida formação e desenvolvimento do processo. Ausentes pressupostos negativos.

Deixo de acolher a preliminar argüida pelo impetrado, visto a juntada do rol das empresas associadas/filiadas, fls. 158/208.

Passo, então, a análise do mérito.

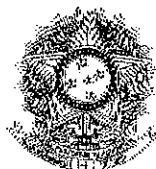
Como é sabido, uma vez editada uma norma esta se desvincula de suas razões iniciais, passando a ser interpretada pelos métodos existentes pelos operadores do Direito. Entretanto, neste trabalho de hermenêutica, a vontade do legislador continua importante, para que não se percam o sentido e razão de ser de uma determinada ordem legal.

Assim, as exposições de motivos que acompanham os projetos de Lei e de outros atos normativos primários são de suma importância, permitindo a correta interpretação do ordenamento jurídico como um todo.

O FAP foi introduzido pela Medida Provisória 83/02, posteriormente convertida na Lei 10.666/03. Eis as razões invocadas pelo proponente para a instituição de referido mecanismo:

“(…)

31. No art 10, faz-se proposta de flexibilização de alíquotas de contribuição em razão dos desempenhos das empresas na prevenção dos acidentes de trabalho. A preocupação com a saúde e segurança dos trabalhadores constitui-se em um dos temas de mais elevado poder aglutinador. Mesmo reconhecendo que a necessidade de proteger o trabalhador que trabalha em ambiente ou serviço perigoso, insalubre ou penoso é da empresa que assume o risco da atividade econômica e deve responsabilizar-se pelas conseqüências das enfermidades contraídas e acidentes do trabalho sofridos pelos empregados, na prática que as suporta é o Governo, por meio do Ministério da Saúde em relação às despesas médicas e hospitalares



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

344

e do INSS em relação às incapacidades laborativas, temporárias ou permanentes e às mortes.

*32. A proposta visa introduzir mecanismos que estimulem os empresários a investirem em prevenção e melhoria das condições do ambiente de trabalho, mediante a redução, em até 50%, ou acréscimo, em até 100%, da alíquota de contribuição destinada ao financiamento das aposentadorias especiais ou dos benefícios concedidos em razão de acidentes ou de doenças ocupacionais, conforme a sua posição da empresa na classificação geral apurada em conformidade com os índices de frequência, gravidade e custo das ocorrências de acidentes, medidas segundo metodologia aprovada pelo Conselho Nacional de Previdência Social - CNPS. A participação do CNPS na validação desta metodologia é de fundamental importância devido ao caráter quadripartite (governo, aposentados, trabalhadores e empregadores) da sua composição.
(...)"*

Resta claro, assim, que o FAP foi criado com o propósito bem delineado de promover uma maior atuação das empresas na melhoria de seu meio ambiente de trabalho, reduzindo os riscos, com vistas à proteção dos trabalhadores e também à redução dos custos com o tratamento dos acidentados e adoentados em razão do trabalho.

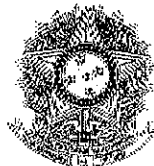
Neste aspecto, a iniciativa é louvável, já que, ao permitir redução de até 50% ou aumento de até 100% dos valores pagos a título de SAT, de fato estimula as empresas a investirem mais na segurança do trabalhador.

Por outro lado, observe-se que tal norma não foi concebida tendo por fim deliberado gerar maior receita aos cofres da seguridade social; este não é o seu fim e não pode ser sua mola propulsora.

Pois bem, tendo em mente as razões para a instituição do FAP, passemos à análise do dispositivo que o criou, a fim de verificar sua regularidade.

O artigo 10 da Lei 10.666/03 criou o fator em questão do seguinte modo:

"Art. 10. A alíquota de contribuição de um, dois ou três por cento, destinada ao financiamento do benefício de aposentadoria especial ou daqueles concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, poderá ser reduzida, em até cinquenta por cento, ou aumentada, em até cem por cento, conforme dispuser o regulamento, em razão do desempenho da



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

empresa em relação à respectiva atividade econômica, apurado em conformidade com os resultados obtidos a partir dos índices de frequência, gravidade e custo, calculados segundo metodologia aprovada pelo Conselho Nacional de Previdência Social.”

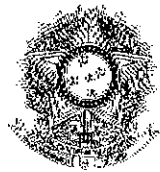
Como é possível notar, a lei delegou ao regulamento a determinação de toda a metodologia para redução ou aumento das alíquotas do SAT, fixando, tão somente, que o CNPS deveria fazê-lo fincado em quatro critérios: desempenho dentro da atividade econômica, frequência e gravidade dos eventos decorrentes de riscos ambientais e custo para o sistema decorrente de tais eventos.

Assim, a delegação ampla e irrestrita de toda a complexa metodologia para a determinação exata de tais alíquotas, baseada em critérios por demais genéricos e abertos de atividade econômica, frequência, gravidade e custo, tende a afrontar o princípio da tipicidade tributária. De fato, o contribuinte deixa de saber, de forma clara e predefinida, qual será a imposição tributária em relação a ele e quais os fatos que influirão com certeza na determinação do *quantum debeatur*, informações estas que, em razão do princípio da legalidade adotado pela Constituição Federal, devem ser veiculadas por lei, sob pena de profunda insegurança jurídica.

A instituição do FAP para viabilizar a progressividade das alíquotas da contribuição social ora questionada, na forma de coeficiente a ser aplicado sobre a base de cálculo do tributo, não retira seu caráter de fator integrativo do conceito de alíquota, esta sendo a relação existente entre a expressão quantitativa do fato gerador e o tributo correspondente. Desta forma, o FAP é determinante da alíquota efetiva, visto que critério de mensuração do tributo, compondo a matriz tributária.

Pelo anteriormente exposto, necessária a observância do disposto no art. 150, I, da Constituição Federal, que veda ao Fisco exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça, limitação ao poder de tributar regulada pelo art. 146, II, CTN c/c art. 97 CTN, que dispõem ser a lei, em sentido estrito, o único instrumento jurídico passível para estabelecer – (...) *IV - a fixação de alíquota do tributo e da sua base de cálculo, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65;*”.

A modificação de alíquota por ato normativo infralegal, cuja mitigação só é permitida, em certas condições e dentro dos limites estabelecidos em lei, aplica-se somente ao II, IE, IPI, IOF, ICMS e CIDE sobre combustível, conforme arts. 153, § 1º, 155, §4º, IV e 177, §4º, I, “b”.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

345

A contribuição social ora discutida não figura entre tais exceções, e descabida a atenuação à exigência de lei para definição da alíquota, com a obrigatória observância do princípio da legalidade estrita.

Ressalto, ainda, que o art. 10 da Lei 10666/03, não observou a necessária veiculação das alíquotas do tributo, em razão de ter estipulado balizas máxima e mínima dentro das quais não resta definido o percentual efetivo.

Tal conduta fere o disposto no princípio constitucional da legalidade estrita em Direito Tributário, visto que ao fixar por lei formal uma alíquota básica e a partir dela permitir ao Executivo efetuar acréscimos ou decréscimos limitados aos patamares da lei, necessária a recepção de tais exceções pela Constituição, nos moldes do art. 153, §1º.

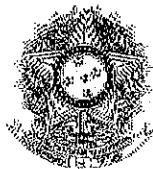
Pelo anteriormente exposto, depreende-se que o simples estabelecimento de limites de flutuação da alíquota por lei ordinária não é suficiente para atender ao princípio da tipicidade fechada disposto na Constituição.

Por fim, no concernente à regulamentação do FAP realizada pelas Resoluções MPS/CNPS 1308 e 1309/09, várias são as incongruências encontradas e que denotam ausência de razoabilidade e distanciamento dos parâmetros legais na regulamentação, permitindo que o Judiciário se imiscua em seus termos.

A consideração no cálculo do FAP de benefícios cuja natureza acidentária está suspensa, aguardando análise de contraprova apresentada afronta os princípios constitucionais do devido processo legal. Se referidos benefícios estão com sua natureza acidentária suspensa por força legal, não é possível sua consideração estatística para cálculo do FAP.

Por outro lado, benefícios acidentários que são deferidos tendo por base um mesmo evento (mesma doença, mesmo acidente) não podem ser contabilizados independentemente. De fato, a lei, ao mencionar o critério da frequência dos acidentes, tem por finalidade contabilizar quantos eventos danosos decorreram dos riscos ambientais; computar dois benefícios decorrentes do mesmo evento é o mesmo que computar duas vezes o mesmo acidente, o que é óbvio *bis in idem*.

Quanto ao custo, o método de usar cálculos baseados em projeções de expectativa de vida nos casos de pensão por morte e aposentadoria por invalidez é absolutamente desproporcional, uma vez que não representa o



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

efetivo custo gerado aos cofres públicos, mas uma ficção que onera sem razoabilidade o contribuinte.

O exemplo trazido pela impetrante é bastante representativo, demonstrando a desproporção do critério adotado.

Por fim, as Resoluções acabaram por adotar alguns outros critérios ao lado dos mencionados, como rotatividade de mão-de-obra e massa salarial, que acabam influenciando no montante do FAP e que não estão previstos na lei, exorbitando, assim, o poder regulamentar.

Quanto à apuração do SAT em cada um de seus estabelecimentos identificados mediante CNPJ's próprios, a propósito de tal tema, o E. STJ possui entendimento pacífico no sentido de que, no caso de haver estabelecimentos com CNPJ's distintos, o grau de risco deve ser apurado em cada qual e não pela atividade geral preponderante.

A razão de ser de tal entendimento está no fato de que há autonomia entre os estabelecimentos, em especial tributária, já que para o fisco o registro no CNPJ é a forma de identificação do sujeito passivo da obrigação tributária. Interessante a transcrição do voto do Ministro Castro Meira, relator do EREsp n. 478.100/RS, julgado em 27.10.2004 e publicado no DJ de 28.2.2005:

"Está pacificado, no âmbito da Primeira Seção, que a alíquota do Seguro de Acidentes do Trabalho-SAT deve corresponder ao grau de risco da atividade desenvolvida em cada estabelecimento da empresa.
(...)

No entanto, persiste a divergência no tocante ao registro da unidade no CNPJ para que seja obtido o grau de risco por estabelecimento da empresa, parâmetro aferidor da alíquota da contribuição para o SAT.
(...)

Primeiramente, convém elucidar a natureza do Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas-CNPJ, sucessor do Cadastro Geral de Contribuintes-CGC. Instituído nos termos do art. 37, II, da Lei n.º 9.250/95, e regulamentado atualmente pela Instrução Normativa SRF n.º 200/2002, o CNPJ, assim como o CPF, nada mais é que um banco de dados utilizado no interesse das administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como da Seguridade Social. É através dessa base de dados que o Fisco pode identificar o sujeito passivo da obrigação fiscal e constituir o crédito tributário.

(...)



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

346

Feitas tais considerações, passemos ao cerne da divergência posta nos embargos. Enquanto a Primeira Turma entende que o grau de risco da empresa - para efeito de determinar-se a alíquota da contribuição ao SAT - independe de possuir o estabelecimento CNPJ próprio, a Segunda Turma consignou orientação no sentido de que somente poderá ser atribuído à filial grau de risco diverso daquele conferido à matriz se o estabelecimento possuir registro próprio.

O Cadastro Nacional das Pessoas Jurídicas-CNPJ, como dito, é o banco de dados utilizado pela administração tributária, em todos os níveis, para identificar o sujeito passivo da obrigação fiscal.

Se uma determinada empresa possui estabelecimentos dotados de certo grau de autonomia, mas que não são registrados no CNPJ, não se pode exigir do fisco que dissocie a obrigação tributária a cargo da matriz daquela que seria devida apenas pela filial. Pela mesma razão, não há como se impor ao INSS que individualize os graus de riscos (art. 22, II, da Lei n.º 8.212/91) - parâmetro utilizado na fixação das alíquotas da Contribuição para o SAT - em função de unidades da empresa que não estão sequer registradas no CNPJ. Tal imposição redundaria em premiar os que não providenciam a regularização de suas filiais perante o fisco, em detrimento das sociedades que, cadastrando suas sucursais, assumem os ônus administrativos, fiscais e contábeis decorrentes da gestão de uma unidade devidamente registrada."

Assim sendo, patente nos autos a existência de plausibilidade nas alegações, já que demonstrada a existência de estabelecimentos com CNPJ's distintos, pelo que podem apurar o grau de risco para aferição da alíquota do SAT de forma autônoma, não devendo incidir a alíquota pela atividade preponderante, na esteira na jurisprudência do E. STJ¹.

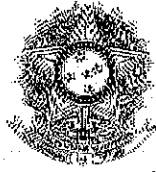
¹ "TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÃO AO SAT - ALÍQUOTA - GRAU DE RISCO DE CADA ESTABELECIMENTO DA EMPRESA - AFERIÇÃO DA INSCRIÇÃO NO CNPJ - MATÉRIA DE FATO.

1 - A definição da alíquota da Contribuição ao SAT é realizada por aferição da atividade de cada estabelecimento que compõe a empresa, desde que aqueles possuam CNPJ próprio.

2 - Na hipótese de inexistir CNPJs próprios de cada um dos estabelecimentos que integram a empresa, a mensuração é feita mediante consideração da atividade preponderante. Embargos de divergência conhecidos e improvidos." (ERESP 396021, Primeira Seção, rel Min. Humberto Martins, DJ DATA:11/09/2006 p. 220)

"TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PARA O SEGURO DE ACIDENTES DO TRABALHO - SAT. DEFINIÇÃO DA ATIVIDADE PREPONDERANTE. ESTABELECIMENTOS. CNPJ ÚNICO.

I - A Egrégia Primeira Seção, quando do julgamento dos EREsp n° 604.660/DF (julgado em 08/06/2005 e publicado no DJ de 01/07/2005), Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, sedimentou posicionamento no sentido de que é necessário o registro individualizado de cada estabelecimento no CNPJ para que a apuração da alíquota do SAT seja instituída levando-se em consideração o grau de risco da atividade desenvolvida pelos empregados em cada um dos estabelecimentos da empresa. Caso



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

Pelo anteriormente exposto, verifica-se que o art. 10 da Lei 10.666/03, quando não esgota a fixação de alíquota cominada à lei ordinária, remetendo-se à parametrização dos atos emanados pelo Executivo, bem como o art. 202 A do Decreto 3.048/99, com a redação dada pelo Decreto 6.957/09 e as Resoluções 1.308 e 1.309/09 do CNPS, ferem o princípio da Legalidade Tributário, art. 150, I, CF.

Neste mesmo sentido os seguintes julgados:

“(…)

Tenho que há, sim, forte fundamento de direito a amparar a pretensão da parte autora. Aliás, diversos fundamentos, todos relevantes.

Isso porque, se de um lado, é certo que o STF outrora entendeu que a norma tributária impositiva da contribuição ao SAT(RAT) não padecia de inconstitucionalidade, não há dúvida, de outro, de que assim concluiu mediante raciocínio formalista, contentando-se com a referência à base de cálculo e a alíquotas de 1% a 3%.

Desde aquela época, contudo, restava claro que não era possível determinar, com suporte na lei, o montante devido e que não se tratava de norma tributária em branco que deixasse ao Executivo simplesmente agregar dados empíricos, mas, sim, que delegava ao Executivo juízos de valor que implicariam verdadeira integração normativa da norma tributária impositiva, com violação à legalidade tributária.

O STF, pois, na época, acabou 'dando corda' para o Executivo, de maneira que prosseguiu este regulamentando à matéria, o que culmina, agora, com a questão do FAP, prevista na Lei 10.666/03 e regulamentada pelo Decreto 3.048 e demais atos normativos referidos nesta peça.

A sujeição da contribuição ao SAT ao controle de legalidade pelo STJ fez com que se impedisse a consideração da atividade preponderante da empresa como um todo, é verdade, dando origem à Súmula 351 daquela Corte. A questão retorna, agora, no âmbito do FAP, quando é atribuído de modo unitário a cada empresa considerado seu ramo de atividade e desempenho geral e não em função das condições e dados de cada estabelecimento.

contrário, a referida alíquota será apurada levando-se em consideração a atividade preponderante da empresa. Precedente: EREsp nº 478.100/RS, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 28/02/2005.

II - Agravo regimental improvido.” (AGRESP 799670, Primeira Turma, rel. Min. Francisco Falcão, DJ DATA:11/05/2006 p. 170)



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

347

Ademais, outras questões que não encontravam sequer especificação em lei ordinária e, pois, que implicavam inovação cujo contraste com a lei não se viabiliza, jamais foram enfrentadas. Tratava-se de inovações invadindo a reserva de lei, violação que o próprio STF deveria ter censurado e que agora estão sendo discutidas no Judiciário como uma espécie de reflexo da permissividade que permitiu ao Executivo manter atribuições normativas que não lhe são próprias.

No caso dos autos, questionam-se nova definição das alíquotas do SAT e, também, a atribuição do FAP, que faz com que a alíquota concreta de cada empresa sofra variações enormes.

No caso da demandante, o aumento dos gastos com a referida contribuição chega a quase 80%.

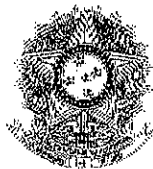
Veja-se que, sem lei, supostamente pela simples apuração de elementos empíricos, a alíquota sofreu considerável elevação e isso sem que sequer tenha sido dado à empresa o conhecimento acerca da sua classificação dentro da sua sub-classe CNAE, ou seja, a sua situação relativamente às demais empresas do seu ramo de atividade.

As irregularidades parecem ser inúmeras. Desde a invasão de espaço reservado à lei em sentido estrito, como a ilegalidade decorrente do critério unitário já referido, passando pela a violação de Decreto por Portaria Interministerial, ausência de motivação com fundamento em dados empíricos devidamente apurados e inobservância do devido processo legal.

Quanto à hierarquia normativa, por exemplo, é certo que não apenas as leis devem observância à CF, como os Decretos devem adequação à lei e os demais atos normativos infralegais devem adequação ao Decreto, sob pena de invalidade. Conforme o art. 84, IV, da CF, cabe ao Presidente da República a Regulamentação da lei através de Decreto. Na seqüência, o CTN, em seu art. 100, dispõe expressamente no sentido de que 'os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas' são normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos.

Há, pois, uma hierarquia entre o Decreto, que está acima, e as normas complementares consistentes em outros atos normativos infralegais (instruções normativas, portarias, ordens de serviço), que estão abaixo.

A cobrança de tributo mediante atividade administrativa plenamente vinculada (art. 3º do CTN), aliás, por si só implica ainda mais: faz com que cada autoridade respeite as normas a que está sujeita e que só em conformidade com as mesmas expeça atos normativos complementares para maior detalhamento das ações de seus subordinados. Existindo, pois, uma pluralidade de atos normativos sobre a mesma matéria, impende observar se foram editados com competência para tanto e com observância dos atos que orientam a própria autoridade ou órgão expedidor da norma, sob pena de nulidade.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

Daí porque as previsões constantes da Portaria Interministerial MPS/MF, de 10/12/2009 quanto ao julgamento das 'contestações do FAP' são inválidas. Desbordaram do que o Decreto 3.048, com suas diversas alterações, inclusive as decorrentes do Decreto 6.957/09, estabelece em seus arts. 303, § 1º, I, e 308. Efetivamente, ao alterar o órgão para conhecimento do inconformismo do contribuinte, suprimir recurso e olvidar o reconhecimento do seu efeito suspensivo, extrapolou sua esfera normativa, afrontando o Decreto que a condicionava.

Desde já, pois, frente à adoção de critério ilegal (não consideração de cada estabelecimento em separado), à ausência de divulgação da classificação da empresa na sub-classe CNAE e à violação do processo administrativo através do qual o Decreto assegurava duas instâncias com efeito suspensivo, já se dispõe de elementos suficientes para reconhecer a presença do requisito necessário à concessão da liminar, devendo-se proteger o contribuinte contra o sacrifício à segurança jurídica, nos seus conteúdos de certeza do direito e de devido processo legal.

Por fim, há que se considerar que, se é certo que ao Poder Judiciário não compete o exame de oportunidade e conveniência do ato praticado pela Administração, mérito administrativo, o mesmo não se diga quanto à análise de legalidade do mesmo. Esta não poderá ser afastada do controle jurisdicional, tendo em vista o disposto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Ante o exposto, DEFIRO A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA para determinar à União que se abstenha de exigir a contribuição ao SAT pela nova alíquota concreta que resultou dos novos enquadramentos em graus de risco e da atribuição do FAP, suspendendo-se a exigibilidade do crédito tributário correspondente, a teor do art. 151, IV, do CTN, sendo certo que a Autora deve permanecer recolhendo a contribuição conforme os critérios anteriores.

Intimem-se, oportunidade em que a autora poderá se manifestar acerca da contestação, inclusive para que se manifestem, no prazo sucessivo de 05 dias, a iniciar pela parte autora, sobre o interesse na produção de provas. Nada mais sendo requerido, venham conclusos para sentença."

(2ª Vara Federal Tributária de Porto Alegre, AO 5000507-15.2010.404.7100/RS, Leandro Paulsen, 23.02.2010).

"Vistos, em sentença. Trata-se de Mandado de Segurança, com pedido de liminar, através da qual a impetrante postula que a autoridade coatora se abstenha de exigir da categoria econômica representada pelo Sindicato Impetrante, em sua base territorial, a Contribuição Social Previdenciária sobre os Riscos Ambientais do Trabalho - RAT com base no FAP, restaurando a aplicabilidade do art. 22, II da Lei n.º 8.212/91 conforme sua extensão original. Requer, conseqüentemente, a

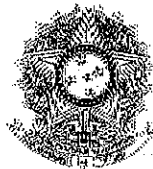


PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

318

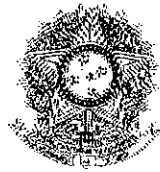
autorização para a compensação pela categoria econômica representada pelo sindicato-impetrante, das parcelas recolhidas indevidamente a tal título, bem como o direito de não terem seus nomes incluídos no Cadastro Informativo de Créditos não Quitados do Setor Público Federal - CADIN, ou retirá-los, caso estejam incluídos.

(...) Pois bem, o cerne da questão cinge-se na inconstitucionalidade ou não da aplicação da nova metodologia do referido Fator Acidentário de Prevenção (FAP). Vejamos. Em 30 de setembro de 2009, o Ministério da Previdência Social divulgou em seu site na internet o cálculo do Fator Acidentário de Prevenção - FAP por empresa, que multiplicará as atuais alíquotas de 1%, 2% e 3% do Risco de Acidente de Trabalho - RAT com base em indicador de desempenho calculado a partir das dimensões: frequência, gravidade e custo. De acordo com o resultado do FAP, a partir de 1º de janeiro de 2010, as alíquotas do RAT recolhido pelas empresas poderão ser reduzidas em até 50% ou elevadas em até 100%, em razão do desempenho da empresa em relação à sua respectiva atividade. Até então, de acordo com o inciso II do art. 22 da Lei nº. 8.212/1991, a contribuição do RAT era definida pelo grau de risco da atividade - 1%, 2% ou 3%, ou seja, as alíquotas de contribuição por segmento econômico. Todas as empresas de uma mesma categoria pagavam a mesma alíquota. Contudo, o art. 10 da Lei nº. 10.666/2003 estabeleceu que a alíquota de contribuição de 1, 2 ou 3%, destinada ao financiamento do benefício de aposentadoria especial ou daqueles concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, poderá ser reduzida, em até cinquenta por cento, ou aumentada, em até cem por cento, conforme dispuser o regulamento, em razão do desempenho da empresa em relação à respectiva atividade econômica, apurado em conformidade com os resultados obtidos a partir dos índices de frequência, gravidade e custo, calculados segundo metodologia aprovada pelo Conselho Nacional de Previdência Social. Desta forma, o chamado Fator Acidentário de Prevenção - FAP é um fator por empresa, compreendido entre 0,5% e 2%, que multiplicará as atuais alíquotas de 1%, 2% e 3% do RAT com base em indicador de desempenho calculado a partir das dimensões: frequência, gravidade e custo. Em outras palavras, cada setor de atividade econômica receberá uma classificação de risco, que equivalerá a 1%, 2% ou 3% de contribuição sobre a folha salarial. Dentro desses setores, as empresas serão monitoradas e receberão uma classificação anual, feita de forma individualizada com base no indicador de sinistralidade, calculado de acordo com a gravidade, frequência e os custos do acidente de trabalho. Na prática, a alíquota de contribuição sobre a folha de



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

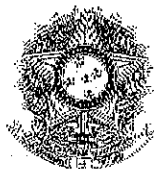
pagamento vai variar de 0,5% a 6%. Como dito acima, até então, todas as empresas de um mesmo segmento pagavam uma mesma alíquota, agora, a alíquota será aplicada de acordo com o desempenho individual de cada empresa, mesmo dentro de idêntico segmento. É certo que o Supremo Tribunal Federal, desde o ano de 2003, decidiu pela constitucionalidade da contribuição ao SAT, efetuando pronunciamento no seguinte sentido: "...II - o art. 3º, II, da Lei n. 7.787/89, não é ofensivo ao princípio da igualdade, pois isso que o art. 4º da mencionada lei Lei n. 7.787/89 cuidou de tratar desigualmente aos desiguais. III - as Leis ns. 7.787/89, art. 3º, II, e 8.212/91, art. 22, II, definem satisfatoriamente, todos os elementos capazes de fazer nascer a obrigação tributária válida. O fato de a Lei deixar para o regulamento a complementação dos conceitos de "atividade preponderante" e "grau de risco leve, médio e grave" não implica ofensa ao princípio da legalidade tributária, CF, art. 150, I. IV - Se o regulamento vai além do conteúdo da Lei, a questão não é de inconstitucionalidade, mas de ilegalidade, matéria que não integra o contencioso constitucional. V - Recurso extraordinário não conhecido". (vide "leading case": STF - RE 343.446, SC-TP, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU 4.4.2003, p.040). Na ocasião, foram debatidas questões quanto à violação aos princípios constitucionais da isonomia, da equidade no custeio, da razoabilidade e da proporcionalidade, sendo tais questões afastadas. O Superior Tribunal de Justiça, assim se pronunciou: "I - Esta corte tem se manifestado no sentido da impossibilidade de se averiguar a atividade preponderante da empresa por sua generalidade, devendo esta ser feita por cada estabelecimento. II - A exclusão dos funcionários da administração por meio da ON MPAS n. 2/97, para o fim de determinar a atividade preponderante da empresa, fere o princípio da legalidade, porquanto tal preceito não está previsto na Lei n. 8.212/91, a qual trata do Seguro de Acidentes de Trabalho. III - Recurso especial provido". (vide: STJ - Resp n. 490.725 - SC - 1ª T - Rel. Min. Francisco Falcão - DJU 23.6.2003). No entanto, cabe lembrar que o reconhecimento da constitucionalidade do SAT pelo Supremo Tribunal Federal não pode ser confundido com a presente discussão, já que a lei do FAP, ao contrário da legislação relacionada àquela exigência, expressamente, remete ao regulamento a possibilidade de manipular as alíquotas da contribuição a ponto de majorá-las, em detrimento da legalidade. Ademais, o caso concreto implica em norma tributária excessivamente aberta e não atende ao princípio da legalidade tributária estrita, não se admitindo a delegação pura de competência normativa ao Executivo, o que a Constituição brasileira não permite, porquanto seu campo de ação não ficou restrito à simples execução da lei. Como se sabe, o poder



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

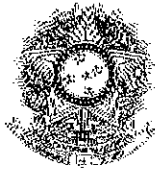
349

regulamentar não pode inovar a ordem jurídica, pelo que não tem legitimidade constitucional o regulamento praeter legem. Ademais, não há que se dizer que a regulamentação dada à nova metodologia do FAP se deu através de regulamento intra legem (este sim, condizente com a ordem jurídico-constitucional brasileira). "Se a lei fixa exigências taxativas, é exorbitante o regulamento que estabelece outras, como é exorbitante o regulamento que faz exigências que não se contém nas condições exigidas pela lei", dizia o ilustre Aliomar Baleeiro, conforme citado pelo próprio Ministro Relator do RE 343.446, Min. Carlos Velloso. A alíquota do SAT, era definida em razão do grau de risco, fixa em 1%, 2% ou 3%. Agora, com a nova metodologia do FAP, está passando a ser variável (passou a ser "flexibilizada"), entre 0,5% a 6%, a ser calculada, através de fórmula aritmética, unilateral pelo Ministério da Previdência Social. Ao meu ver, essa delegação de competência ao executivo, não se deu de forma intra legem, mas sim, praeter legem, posto que deu uma margem de discricionariedade muito grande ao executivo, contrária ao ordenamento jurídico-constitucional. De fato, ao delegar ao administrador a definição da alíquota de cada caso, a Lei n.º 10.666/03 não observou que a função administrativa é meramente concreta, porque aplica a lei aos casos concretos, faltando-lhe a característica de generalidade e abstração própria da lei. Por isso, permitiu à Administração Pública indevida invasão em campo destinado exclusivamente à lei, em ofensa ao Princípio da Legalidade. O Fator Acidentário de Prevenção, apesar de legalmente previsto, é calculado de maneira unilateral pelo Ministério da Previdência Social na forma de coeficiente a ser multiplicado pelas alíquotas básicas do SAT. Desse cálculo aritmético surge a real e efetiva "alíquota" a ser aplicada sobre a base de cálculo do tributo. Assim, a Lei 10.663/03 ao delegar a fixação de alíquota à fórmula variável de contribuinte para contribuinte, fixando-lhe tão somente parâmetros máximos e mínimos, abriu o ensejo para, a partir da utilização de termos jurídicos extremamente abertos, permitir que a imposição tributária advenha de ato administrativo e não legislativo, conferindo ao Fisco o poder de majorar ou reduzir alíquota por ação administrativa, ferindo o que dispõe o art. 150, I, da CF. Portanto, a nova sistemática criou alíquota de 0,5% até 6%, ou seja, criou efetivamente uma alíquota móvel, e móvel ao sabor de ação da administração. Observe-se, ainda, a previsão contida no art. 97, IV, do Código Tributário Nacional, que prevê que somente a lei poderá estabelecer, "a fixação da alíquota do tributo e da sua base de cálculo". Ademais, para que o princípio da estrita legalidade tributária seja excepcionado, deve haver previsão expressa constitucional a respeito, como no caso do art. 153, 1º, da CF, que, diga-se de



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

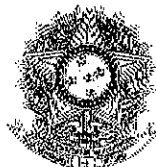
passagem, não compreende a contribuição ora em comento, portanto, não pode a Lei 10.666/03 fixar uma alíquota básica e a partir dela permitir ao poder executivo alterar as alíquotas com acréscimos e decréscimos limitado ao patamar da lei. A despeito da lei ordinária prever alíquotas máximas e mínimas, não é suficiente para atender o princípio da estrita legalidade, uma vez que fixar uma alíquota específica a uma dada empresa contribuinte, com o uso do FAP, importa em conceder uma liberdade ao Fisco na aplicação da alíquota, incompatível com o princípio mencionado. Dessa forma é nítido o fato de que o FAP também compõe a matriz tributária, mais especificamente compõe a alíquota da contribuição previdenciária em tela, fazendo com que, reflexamente, a administração tenha o poder de alargar ou estreitar a alíquota da contribuição, violando, assim, o princípio da estrita legalidade tributária. Ademais, no presente caso, a autoridade administrativa tem o poder de decidir se o tributo é devido e quanto é devido de uma forma totalmente unilateral, utilizando índices de frequência, gravidade e custo dos acidentes de trabalho que envolveram a impetrante para a definição do FAP, violando assim o princípio da isonomia, vez que a análise é específica para cada pessoa jurídica, não respeitando a abstratividade, nem a generalidade da lei. Outrossim, esse fato viola também o princípio da segurança jurídica, haja vista que a definição da alíquota da contribuição ao SAT/RAT está vinculada a resultados divulgados unilateralmente pela Previdência Social, via uma base de dados insegura e com ausência de um devido processo legal. Essa questão traz ainda uma conotação extrafiscal à Contribuição Previdenciária em tela e incompatível com o sistema de custeio da Seguridade Social. Ou seja, agravaria a carga fiscal da empresa que teve maior incidência acidentária e diminuiria a da que investiu eficazmente em segurança. Assim, o SAT deixou de ser mera fonte de custeio da Previdência Social, assumindo também uma função premiadora daquelas empresas que reduzem acidentes de trabalho e mantém a arrecadação, através da penalização das empresas que não investem em prevenção de acidentes. A demais, observa-se que a metodologia criada pelo Conselho Nacional da Previdência Social é bastante confusa e de difícil utilização pelas empresas, que precisam ter conhecimento não só dos dados relativos a sua empresa, como também de todas as empresas da mesma Subclasse do CNAE, pois o FAP é calculado com base na comparação do desempenho na área de acidentalidade na mesma categoria (item 2.4 da Resolução nº 1.308/2009 CNPS). Portanto, se o montante do tributo, não é apurável segundo critérios absolutamente fixados em lei, a empresa contribuinte não será capaz de identificar o quantum da exação, sendo delegada a



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

350

administração uma margem de liberdade (discricionariedade) incompatível com o sistema tributário constitucional. Sabe-se que o objetivo da implementação do FAP seria de incentivar a melhoria das condições de trabalho e da saúde do trabalhador estimulando as empresas a implementarem políticas mais efetivas de saúde e segurança no trabalho para reduzir a acidentalidade. Contudo, a forma de aplicação empreendida pela Previdência Social se deu de forma inconstitucional, gerando uma verdadeira confusão entre as empresas contribuintes, que tiveram seu montante de contribuição previdenciária majorado sem qualquer possibilidade de verificação do acerto dos cálculos apresentados pela Previdência e de apresentação de defesa ou recurso. Ressalta-se, ainda, que a metodologia implementada pelo Conselho Nacional de Previdência Social é bastante injusta, pois se baseia na comparação do desempenho entre todas as empresas da mesma atividade econômica. Assim, para que uma empresa tenha seu RAT reduzido, obrigatoriamente outra empresa sofrerá com seu aumento. Mesmo que todas as empresas reduzam seu índice de acidentalidade, sempre haverá empresas que aumentarão sua alíquota do RAT. Por fim, pertinente destacar que os valores recolhidos pelas empresas a título de RAT são significativamente superiores aos valores gastos pela Previdência Social com benefícios originários de acidentes de trabalho. Assim, sequer há justificativa para penalizar as empresas com aumento da carga tributária, a princípio. Até mesmo porque, a característica de "seguro" atribuída à contribuição em comento ("Seguro" de Acidente de Trabalho - SAT) faz com que a indenização seja diretamente proporcional ao risco a que se encontra sujeito o beneficiário. No entanto, o critério estabelecido pela Administração Pública preocupou-se em aumentar a arrecadação da autarquia, sem, contudo, atentar para a característica específica desta contribuição, que não se presta ao custeio de outros benefícios que não os dispostos nos artigos 57 e 58 da Lei 8.213/91, que são as aposentadorias especiais. Importante consignar que, nesse mesmo sentido, já se manifestou recentemente o ilustre Desembargador Federal Luiz Stefanini, do E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em sede de Agravo de Instrumento n 0004718-69.2010.403.0000/SP. Desta forma, declaro incidenter tantum a inconstitucionalidade da nova metodologia empregada à contribuição ao Seguro Acidente do Trabalho (SAT) alterada pelo Fator Acidentário de Prevenção (FAP), instituído pela Lei n.º 10.666/2003 e Decreto 3048/99 (alterado pelos Decretos 6042/07 e 6957/09). Do direito à compensação: Reconheço o direito à compensação dos valores pagos indevidamente sob a nova metodologia empregada à contribuição ao Seguro Acidente do Trabalho (SAT) alterada pelo Fator Acidentário de



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

Prevenção (FAP). Contudo, incide o artigo 170-A, do Código Tributário Nacional, de modo que aqui se reconhece o direito à compensação, ficando subordinado ao determinado neste dispositivo, portanto, somente após o trânsito em julgado poderá efetivamente compensar seus créditos, pois entendendo que onde o legislador não distinguiu não cabe ao intérprete fazê-lo, esta disposição legal atinge tanto à administração quanto ao Juiz. Entendo que a aplicação do dispositivo em questão, mesmo para créditos anteriores à sua existência, não esbarra em qualquer ilegalidade, uma vez que, mesmo antes desta expressa disposição, assim já seria de concluir-se, pois a compensação é o encontro de contas, que devem ser além de certas e exigíveis, líquidas, e somente a administração poderá quanto a isto manifestar-se, o que fará após a decisão definitiva sobre este direito, pois, até então, ele ainda não existe, ao menos em definitivo. Ademais, este era o sentido da súmula 213, do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, ao prever que o Mandado de Segurança é ação adequada para a declaração de direito à compensação. Veja, para declará-lo, mas não para desde já efetivar a compensação, pois a de ser liquidado os créditos e débitos respectivos. Igualmente deverá observar-se o disposto no artigo 168, do Código Tributário Nacional, extensivo à compensação, pois similar à restituição, implicando nesta ainda que indiretamente, portanto se sujeita ao disposto neste artigo, fixador do prazo decadencial, quinquenal, a contar do pagamento indevido, para o sujeito passivo pleitear a devolução ou a compensação do valor pago indevidamente ou a maior. Por fim, ressalva-se que o valor a ser compensado deverá ser corrigido nos termos do Provimento COGE 64/2005 da Corregedoria-Geral da Justiça Federal da 3ª Região, incidindo igualmente a taxa SELIC - taxa referencial do sistema especial de liquidação e de custódia -, desde o pagamento indevido, nos termos da Lei 9.250/95, artigo 39, 4º, que dita: "A partir de 1º de janeiro de 1996, a compensação ou restituição será acrescida de juros equivalentes à taxa referencial do sistema especial de liquidação e de custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir da data do pagamento indevido ou a maior até o mês anterior ao da compensação ou restituição e de 1% relativamente ao mês em que estiver sendo efetuada." Até porque, entender-se diferentemente seria beneficiar o fisco em detrimento do sujeito passivo, o qual fica sem os valores que em verdade lhe pertenceriam, enquanto o fisco pode deles valer-se, mesmo sem ser o titular legal. DIANTE DO EXPOSTO e do que mais dos autos consta, CONCEDO A SEGURANÇA, para afastar a aplicação do Fator Acidentário Previdenciário (FAP) sobre a alíquota prevista para a Contribuição ao SAT/RAT, determinando-se que a autoridade coatora se



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

351

abstenha da prática de quaisquer atos tendentes à cobrança dos valores supostamente devidos em razão da aplicação desse fator, apenas dos associados do sindicato com sede nas cidades abarcadas pela referida autoridade impetrada (Delegado da Receita Federal do Brasil de Administração Tributária em São Paulo), bem como, reconhecendo-se o direito à compensação das referidas contribuições, corrigidas nos termos do Provimento COGE nº 64/2005, bem como pela taxa SELIC, com débitos próprios de outros tributos e contribuições arrecadados pela Receita Federal, após o trânsito em julgado desta decisão, observando-se o prazo quinquenal, a contar do pagamento indevido. Outrossim, ressalvo que fica assegurado à Fazenda Nacional exercer a fiscalização quanto à exatidão dos valores objeto da compensação, bem como quanto à regularidade desta. Ainda, declaro o direito dos impetrantes de não terem seus nomes incluídos no Cadastro Informativo de Créditos não Quitados do Setor Público Federal - CADIN, ou retirá-los, caso estejam incluídos, somente pelos débitos discutidos nestes autos. Em conseqüência, julgo extinto o feito com resolução do mérito, nos termos do art. 269, inciso I, do Código de Processo Civil. Custas ex lege. Sem condenação em honorários advocatícios, diante das súmulas 512 do Supremo Tribunal Federal e 105 do Superior Tribunal de Justiça. Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição, nos termos do art. 14, 1, da Lei n. 12.016/2009."

(25ª Vara Federal de São Paulo, MS 001290-15.2010.403.6100, Dra. Fernanda Souza Hutzler)

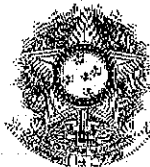
Ante o exposto, julgo **PROCEDENTE O PEDIDO**, e **CONCEDO** a segurança, afastando a nova alíquota do RAT, decorrente das alterações trazidas pela Decreto 6.957/09, assim como a aplicação do FAP, mantendo-se a forma de tributação prévia, devendo a autoridade impetrada abster-se da prática de quaisquer atos tendentes à cobrança de tais valores ou punição por seu não recolhimento, bem como não sofrer quaisquer restrições em razão do ora decidido.

Custas ex lege.

Deixo de condenar o impetrado ao pagamento dos honorários advocatícios, em razão do disposto no art. 25 da Lei 12.016/09.

Sentença sujeita ao reexame necessário.

Com o trânsito em julgado, expeça-se alvará de levantamento em favor do impetrante dos valores depositados nos Autos.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

P.R.I.

São Paulo, 16/06 /2010

Tais Vargas Ferracini
TAIS VARGAS FERRACINI DE CAMPOS GURGEL
Juíza Federal