

# **RISCO AMBIENTAL DO TRABALHO (RAT) E O SEU FATOR ACIDENTÁRIO DE PREVENÇÃO (FAP)**

*Ciro Gonçalves Botelho<sup>1</sup>*

**RESUMO:** O presente trabalho visa analisar a instituição e operacionalização do Risco Ambiental de Trabalho (RAT) e o seu Fator Acidentário de Prevenção (FAP) no ordenamento pátrio. Na oportunidade será abordada a possibilidade de regulamentação pelo Poder Executivo, a alteração de alíquota através de decreto e por último sobre a sistemática do Fator Acidentário de Prevenção, ao analisar quais foram os critérios que foram utilizados pelo poder executivo para a elaboração do cálculo FAP fornecido ao contribuinte.

**ABSTRACT:** The present work analyzes the establishment and operationalization of the Environmental Risk Work (RAT) and the Accident Prevention Factor (FAP) in order of country. Opportunity will be addressed in the possibility of regulation by the executive branch, the rate change by decree and finally on the systematic Factor Accident Prevention, to consider what were the criteria that were used by the executive branch to prepare the FAP calculation provided the taxpayer.

**PALAVRAS-CHAVE:** Legalidade; Risco Ambiental de Trabalho; Fator Acidentário de Prevenção.

**KEYWORDS:** Legality, Risco Ambiental de Trabalho; Fator Acidentário de Prevenção.

## **1. INTRODUÇÃO**

A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) publicou, em 15.12.2011, alguns atos declaratórios autorizando os seus representantes a abdicar de contestar, de interpor recursos e desistir dos já interpostos, que envolvam matérias já pacificadas pelos superiores tribunais. Tal medida tem o intuito de desafogar o poder judiciário que está amarrado de processos e tornar célere o trabalho da PGFN.

Em meio aos quinze atos declaratórios publicados pela PGFN, impende destacar o Ato Declaratório Nº. 11 de 2011 que determina que as referidas medidas devam ser

---

<sup>1</sup> Graduando em Direito pela Universidade Salvador (UNIFACS). Estagiário do Escritório de advocacia Moacir Guimarães e Advogados Associados .

adotadas nas ações nas ações judiciais que discutam a aplicação da alíquota de contribuição para o Seguro de Acidente do Trabalho (SAT), aferida pelo grau de risco desenvolvido em cada empresa, individualizada pelo seu CNPJ, ou pelo grau de risco da atividade preponderante quando houver apenas um registro.

No entanto, é notório, que o contribuinte pouco se sabe da contribuição para o Seguro de Acidente do Trabalho (SAT), atualmente, denominada Risco Ambiental de Trabalho (RAT) e sobre o seu fator multiplicador de sua alíquota o Fator Acidentário de Prevenção FAP.

Por tal razão, além de divulgar a contribuição previdenciária RAT e seu fator multiplicador de alíquota o FAP, o presente trabalho tem o escopo de analisar tais elementos jurídicos de acordo ao panorama do princípio da legalidade e aferir se o que foi elaborado pelo poder legislativo está sendo efetivamente aplicado pelo poder executivo, sempre atento ao posicionamento dos tribunais superiores.

## **2. A CONTRIBUIÇÃO QUE FINANCIAM OS BENEFÍCIOS CONCEDIDOS EM RAZÃO DE APOSENTADORIA ESPECIAL E DA INCIDÊNCIA DE INCAPACIDADE LABORATIVA DECORRENTE DOS RISCOS AMBIENTAIS DO TRABALHO (RAT) E SEU FATOR ACIDENTÁRIO DE PREVENÇÃO (FAP).**

A Constituição Federal de 1988 no título denominado a “Ordem Social” versa sobre a Seguridade Social, embasada nos seus elementos constitutivos: previdência social, saúde e assistência social, indicando suas formas de custeio no artigo 195. Sobre a finalidade da Seguridade Social, vale visitar os ensinamentos de Sérgio Pinto Martins (2008, p.27)

O Direito da Seguridade Social é um conjunto de princípios, de regras e de instituições destinado a estabelecer um sistema de proteção social aos indivíduos contra contingências que os impeçam de prover as suas necessidades pessoais básicas e de suas famílias, integrado por ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, visando assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

De forma concomitante, entre os direitos sociais vêm expressos aqueles referentes aos trabalhadores urbanos e rurais, sem prejuízo de outros que visem à melhoria de sua condição social, valendo destacar, para o desenvolvimento do tema, os

atinentes ao “seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa”, bem como o relativo à “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança” de acordo ao art. 7º, XXVIII e XXII da Constituição Federal.

Com intuito de dar aplicabilidade aos dispositivos constitucionais mencionados acima foi elaborada pelo poder legislativo a Lei Nº 8.212/91 que dispõe sobre a Seguridade Social e respectivamente o seu plano de custeio.

Sobre o plano de custeio da Seguridade Social, o inciso II, do artigo 22 da Lei Nº 8.212/91, prescreve que a contribuição que financia os benefícios concedidos em razão de aposentadoria especial e da incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, será calculada à razão de 1%, 2%, 3%, dependendo do risco da atividade preponderante da empresa ser leve, médio ou grave, sobre o valor total das remunerações pagas aos segurados empregados ou trabalhadores avulsos no decorrer do mês.

O referido arcabouço legislativo proporciona ao mundo jurídico o que outrora era denominado Seguro de Acidente do Trabalho (SAT). Atualmente, a legislação não menciona a nomenclatura SAT com frequência, mas sim, os benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa, decorrente dos riscos ambientais do trabalho (RAT).

Neste toar, sobre o que tange a abordagem da nomenclatura da contribuição previdenciária debatida são válidas as palavras de Kerlly Huback Bragança (2009, p. 115):

Assim, compete ao INSS o pagamento de benefícios decorrentes de acidente de trabalho, cabendo à empresa contribuir para o seu financiamento. Esse subsistema protetivo, compreendia o Seguro de Acidentes do Trabalho (SAT). Atualmente, a mesma contribuição para o antigo SAT passou a financiar o benefício da aposentadoria especial e aqueles concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade decorrente dos riscos ambientais do trabalho (GILRAT). Daí porque adotarei GILRAT no lugar de SAT.

Repise-se, conforme previsto no inciso II, do artigo 22 da Lei nº. 8.212 de 1991, sobre o cálculo da contribuição é aplicada alíquotas variáveis sobre o total das remunerações: 1% para as empresas cuja atividade preponderante o risco de acidentes do trabalho seja considerada leve; 2% para as empresas em cuja atividade preponderante

esse risco seja considerado médio; 3% para a empresa em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado grave.

Sobre o que seja atividade preponderante, a lei delegou ao Poder Executivo a regulamentação desse conceito, desta forma, Administração Pública o denominou no artigo 202 em seu parágrafo 3º do Regulamento da Previdência Social, que atividade preponderante é aquela que ocupa na empresa o maior número de segurados empregados.

Ocorre que a falta de definição legal do conceito de atividade preponderante tem trazido diversos questionamentos quanto à validade desta exação, pois, para alguns estaria configurada violação ao princípio da legalidade estrita, pelo qual a definição completa da hipótese de incidência deve constar de lei. Ademais, passou a existir questionamentos dos contribuintes, se efetivamente, o valor pago da contribuição RAT era uma quantia individualizada.

Todavia, diametralmente oposto a estes questionamentos, assevera quem é a favor da exigibilidade que seria totalmente irreal supor que o legislador teria condições de analisar todas as atividades econômicas existentes no País, verificando os riscos de acidentes do trabalho em cada uma delas e ainda definindo, para aqueles que exercem várias atividades, qual a seria preponderante.

O fato é que esta celeuma no qual se ventila a legalidade do RAT foi precursora de vários ajuizamentos de ações no judiciário e debates doutrinários. Cumpre registrar que o embate chegou a apreciação do Supremo Tribunal Federal, que manifestou-se, no julgamento do RE n. 343.446/SC, a favor da constitucionalidade da delegação para definição de atividade preponderante e grau de risco à norma secundária, posicionamento mantido até os dias atuais.

De acordo com o Supremo Tribunal Federal:

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 genérica, CF, art. 5º, II, e da legalidade tributária, CF, art. 150, I e IV. (RE 343 446-SC, Rel. Min. Carlos Velloso)

No entanto, adveio a Medida Provisória nº. 83 de 2002, posteriormente convertida na Lei nº. 10.666 de 2003, que concedeu a oportunidade das alíquotas de

1%,2% ou 3%, possam ser reduzidas em até 50% ou majoradas em até 100%, em razão do desempenho da empresa em relação à respectiva atividade econômica, apurado em conformidade com resultados obtidos a partir de índices de frequência, gravidade e custo, segundo metodologia a ser aprovada pelo Conselho Nacional de Previdência Social.

Desta forma, passar a existir então no mundo jurídico o Fator Acidentário de Prevenção (FAP), grandeza que variará num intervalo contínuo de 0,50 a 2,00 e será multiplicado pelas alíquotas de 1%,2% ou 3% da contribuição RAT, o que proporcionará o denominado “RAT Ajustado”.

De acordo com a Lei, agora o Poder Executivo poderá até alterar alíquota da contribuição RAT, se por ventura, a empresa não vier a atender as expectativas de investimento na prevenção e controle de acidentes de trabalho.

Registra-se que o FAP não teve aplicabilidade imediata, em virtude de falta de regulamentação do Poder Executivo. Nesse sentido, com intuito de regulamentar o FAP, o Presidente da República através do Decreto N° 6.042, de 12 de fevereiro de 2007 e nº. 6.957 de 2009, altera o Regulamento da Previdência Social e disciplina a aplicação, acompanhamento e avaliação do Fator Acidentário de Prevenção (FAP) e do Nexo Técnico Epidemiológico, ao inserir no seu artigo 202-A, que o FAP consiste num multiplicador variável num intervalo de cinco décimos (0,5000) a dois inteiros (2,000) e para fins de redução ou majoração, será criado um índice composto por índice de gravidade, frequência e de custo.

Ao discriminar os elementos do cálculo do FAP, Fabio Zambitte Ibrahim (2008, p.44) foi muito claro, a saber:

Basicamente, o que faz é o seguinte: FAP será fixado a partir da quantificação dos benefícios acidentários gerados na empresa, mas não somente nos números de benefícios concedidos (frequência), mas também na duração destes benefícios, já que quanto mais extensos, maior o gasto do sistema (gravidade) e também o valor destes benefícios, pois se o acidentado tinha uma salário-de-benefício elevado, maior será a renda mensal e, portanto, maior os gastos do sistema previdenciário.

Pois bem, a introdução do FAP ao ordenamento jurídico através de decreto, amplia absurdamente o número de alíquotas da contribuição RAT. Veja, no início eram apenas três alíquotas, pasme agora são 55.001 alíquotas, porque esse é o número de

possibilidades entre 0,5% (resultado da aplicação do redutor de 50% sobre a menor alíquota, isto é, 1%) e 6% (resultado da aplicação do aumentador de 100% sobre a maior alíquota, isto é, 3%), considerando apenas os números até a quarta casa decimal, conforme disposto no regulamento.

Em outras palavras, é anunciar que o Poder Executivo a partir da instituição do FAP, possui a discricionariedade de dobrar o valor pago a título de contribuição RAT. Imagine-se um contribuinte que exerça atividade com grau de risco grave, deste modo, é atribuída alíquota de 3%, agora com FAP, o Poder Executivo poderá aumentar a sua alíquota para 6%, o dobro.

De fato, o FAP trouxe alguns embates doutrinários especialmente pelo fato das contribuições sociais serem tributos, como é de clareza solar, o tributo não é sanção de ato ilícito, e, nesse sentido, não poderia ser utilizado como sanção, conforme artigo 3º do Código Tributário Nacional. Sem mencionar, ainda, a competência que foi delegada ao Poder Executivo de alterar a contribuição através de um ato obstatente de lei, sem ventilar, também, se o confuso cálculo do FAP efetivamente aplica o que foi pretendido pelo legislador.

Portanto, a discussão anteriormente travada sob RAT, antigo SAT, renova-se no sentido de se saber se não estaria havendo no presente momento, uma afronta ao princípio da legalidade, de forma a extrapolar a aplicação do poder regulamentar.

É portanto, exatamente esta questão primordial que envolve o princípio da legalidade e ao RAT e o FAP, que o presente trabalho tentará abordar, tem como premissa uma análise dos conceitos básicos sobre o assunto.

### **3. ALTERAÇÃO DE ALÍQUOTA DO FAP E RAT PELO PODER EXECUTIVO.**

De antemão, importante frisar, que a alteração de alíquota pelo Poder Executivo, é tratado por alguns autores com exceção ao princípio da legalidade.

Obstante a tais autores, Roque Carazza (1991, p.160) em seu livro Curso de Direito Constitucional Tributário, trata a possibilidade de alteração de alíquota pelo Poder Executivo, como uma aparente exceção ao princípio da legalidade, haja vista que essa alteração apenas poderá acontecer, em conformidade da lei, nas palavras do autor:

Discordamos. Não há, aí, qualquer exceção ao princípio da legalidade. Apenas a Constituição permite que a lei delegue ao Poder Executivo a faculdade de fazer variar, observadas determinadas condições e dentro dos limites que ela estabelecer, as alíquotas (não as bases de cálculo) dos mencionados impostos.

De fato, se o Poder Executivo – por especial ressalva do Texto Magno – só pode alterar as alíquotas dos supracitados impostos, “atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei”, como haveremos de sustentar que eles aceitem ser criados ou aumentados por norma jurídica diversa da lei?

O Executivo não cria as alíquotas destes impostos, mas, apenas, altera dentro de certos limites, traçados pelo legislador.

A Constituição concede ao legislador a prerrogativa de apontar as alíquotas mínima e máxima de certos impostos, consentido, assim que o Executivo atue. (1991, p.160)

Independentemente, como é tratado o assunto, exceção ou não, o fato que foi proporcionado ao Poder Executivo a possibilidade de alteração da alíquota através de uma norma que não é lei ordinária.

Conclui-se, portanto, que não há uma “faculdade” atribuída pelo Legislador ao Poder Executivo de alterar as alíquotas. Não se trata, no entanto, do uso do poder discricionário, e sim, de uma autorização totalmente vinculada à lei, ou seja, não há qualquer margem de escolha ou opções, ao administrador que impõe-se terminantemente adstrito ao ditames da lei.

É denotado o fulcro da advertência feita por Marcelo Alexandrino & Vicente Paulo (2005, p.79):

Finalizando, cabe ressaltar: o princípio da legalidade é princípio absoluto quanto à instituição de tributos, não existindo, para tanto, qualquer exceção. Vale dizer, a criação de tributo jamais poder ser feita por ato normativo infralegal, nem a lei pode delegar ao Executivo poder para instituição de tributo por ato administrativo. Já alteração de alíquotas de alguns tributos por ato infralegal é possível nas hipóteses (e somente elas) prevista na Constituição, respeitados os seus estritos termos.

No que versa sobre a alteração da alíquota pelo Poder Executivo na contribuição RAT, não vislumbra-se qualquer irregularidade, em virtude de que as alíquotas que poderão ser enquadradas aos contribuintes, já estão especificadas legalmente.

Desta forma, o Poder Executivo não cria as alíquotas desta contribuição, mas, apenas, altera dentro do limite já preestabelecido, o que impende afirmar sua conformidade com os fundamentos já apresentados neste tópico.

Cumprido destacar que o objeto da análise, no momento, é apenas o poder de alteração da alíquota pelo poder Executivo. Não está em pauta, o critério que determina a alíquota tanto no RAT, bem como no FAP.

Ao direcionar a atenção para a alteração da alíquota do FAP pelo Poder Executivo tendo como critério própria metodologia, não vislumbra-se novamente, a possibilidade de violação ao princípio da legalidade haja vista que a lei nº. 10.666/03 concedeu tal liberdade.

Tal afirmativa, corrobora com o posicionamento majoritário das decisões do poder judiciário, por exemplo, o acórdão da 7ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região sobre a Relatoria do Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral, publicada no Diário da Justiça Federal em 02/07/2010, a saber:

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO, TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO ORDINÁRIA - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - CONTRIBUIÇÃO AO RAT - ÍNDICE FAP (LEI Nº 10.666/03; RESOLUÇÃO MPS/CNPS Nº 1.308/09, LEI Nº 8.212/91, ART. 22, II) - FLEXIBILIZAÇÃO DE ALÍQUOTA: EM REGULAMENTO - PRESUNÇÃO DE LEGALIDADE E CONSTITUCIONALIDADE - VEROSSIMILHANÇA AUSENTE. 1- A Lei 10.666, de 08 MAI 2003 (dispõe sobre a concessão da aposentadoria especial ao cooperado de cooperativa de trabalho ou de produção) previu que, em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, as alíquotas previstas na Lei nº 8.212/91, art. 22, II (1%, 2% ou 3%) podem ser reduzidas em até 50% ou aumentadas em até 100% (o que redundará na flutuação da alíquota de 0,5% até 6%), em razão do desempenho da empresa em relação à atividade econômica exercida, conforme dispuser regulamento com cálculo segundo metodologia do Conselho Nacional de Previdência Social (CNPS). 2- A flutuação de alíquota (0,5% até 6%) e a regulamentação do FAP segundo metodologia adotada pelo CNPS estão expressamente previstas na Lei nº 10.666/03, razão por que não parece, em princípio, haver infringência do poder regulamentar nem violação à CF, porque a diferenciação de alíquotas em razão da atividade da empresa é albergada pela Constituição (art. 195, § 9º, CF). 3- A prerrogativa de o Poder Executivo adotar metodologia de cálculo para a aplicação de alíquotas diferenciadas do RAT (dentro do limite legal) corresponde à dinâmica da realidade fática inerente à complexidade da aferição dos critérios constantes da lei. 4- Havendo norma do Poder Executivo que classifique determinada atividade empresarial como de risco, não compete ao Poder Judiciário, mormente em juízo de deliberação, alterar a classificação da atividade para fins de se alterar a alíquota da

contribuição devida ao SAT/RAT, interferindo na atividade regulatória do Poder Executivo. 5- A lei goza, no ordenamento jurídico brasileiro, da "presunção" de constitucionalidade que nenhum julgador pode, monocraticamente, afastar com duas ou três linhas em exame de mera deliberação. Como a matéria é de reserva legal (tributária), a jurisprudência não respalda o precário e temporário afastamento, por medida liminar, de norma legal a não ser em ação própria perante o STF. A presunção da constitucionalidade das leis é mais forte e afasta a "eventual" relevância do fundamento, notadamente se o vício não é manifesto ou flagrante. 6- Ausentes os requisitos do art. 273 do CPC. 7- Agravo de instrumento não provido. 8- Peças liberadas pelo Relator, em 22/06/2010, para publicação do acórdão.

Por fim, é permitido ao Poder Executivo promover a alteração das alíquotas dos tributos, nas situações em que a própria lei prevê a limitação dessa alteração. Nesta circunstância não há em que se falar em ilegalidade haja vista que a vontade da lei foi atingida. Desta forma, conclui-se que não existe ilegalidade da alteração da alíquota da contribuição RAT pela alíquota FAP por meio do Poder Executivo.

#### **4. PODER REGULAMENTAR**

Conforme classificação de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2011, p.90) os Poderes do Estado se dividem em prerrogativas autônomas: o poder normativo, o disciplinar, os decorrentes da hierarquia e o poder de polícia, além dos poderes derivados como discricionário e vinculado.

Dentre os poderes autônomos, merece uma atenção maior o poder regulamentar, mencionado algumas vezes no presente trabalho. De acordo José dos Santos Carvalho Filho (2011, p.52), ao editar as leis, o Poder Legislativo nem sempre possibilita que sejam elas executadas. Compete, então, à Administração criar os mecanismos de complementação das leis indispensáveis a sua efetiva aplicabilidade. Desta forma, o Autor conceitua o poder regulamentar:

Poder regulamentar, portanto, é a prerrogativa conferida à Administração Pública de editar atos gerais para complementar as leis e permitir a sua efetiva aplicação. A prerrogativa, registre-se, é apenas para complementar a lei; não pode, pois, a Administração alterá-la, a pretexto de estar regulamentando. Se o fizer, cometerá o abuso de poder regulamentar, invadindo a competência do Legislativo. Por essa razão o artigo 49,V, da CF, autoriza o Congresso Nacional a sustar atos normativos que extrapolem os limites do poder de regulamentação.

Desse modo, ao poder regulamentar não cabe contrariar a lei pena de sofrer invalidação. Seu exercício somente pode dar-se *secundum legem*, ou seja, em total consonância com o conteúdo da lei e nos limites que esta impuser. Vislumbra-se, então, a idéia que não podem os atos formalizadores criarem direitos e obrigações, haja vista ser vedado por um dos postulados fundamentais que norteiam nosso sistema jurídico, o princípio da legalidade.

Maria Sylvia Di Pietro (2011, p. 91) ensina que o referido poder dá azo a dois tipos de regulamento: o regulamento executivo e o regulamento independente ou autônomo.

O regulamento executivo complementa a lei ou, nos termos do artigo 84, IV, da Constituição, contém normas “para fiel execução da lei”; ele não pode inovar na ordem jurídica, criando direitos e obrigações. Não pode ultrapassar os limites estabelecidos pela lei sobre pena de ilegalidade. Nestes regulamentos, o grau de discricionariedade é mínimo.

Diametralmente oposto ao regulamento executivo, por sua vez, encontra-se o autônomo, banido do ordenamento pátrio. Sua característica peculiar é inovar na ordem jurídica, haja vista, que tal regulamento trata de normas não disciplinadas em lei.

A instrumentalização do poder regulamentar se processa, na maioria das vezes, por decretos, regulamentos, instruções normativas, resoluções, portarias e etc.

Com Carvalho Filho (2011, p. 54) importa dizer que:

Só por lei se regula liberdade e propriedade; só por lei se impõem obrigações de fazer ou não fazer, e só para cumprir dispositivos legais é que no Executivo poder expedir decretos e regulamentos, de modo que são inconstitucionais regulamentos produzidos em forma de delegação disfarçadas oriunda de leis que meramente transferem ao Executivo a função de disciplinar o exercício da liberdade e da propriedade das pessoas.

Feitas essas considerações, passa-se à análise do poder regulamentar e o seu Fator Previdenciário de Prevenção.

#### **4.1. Da análise do Fator Previdenciário de Prevenção**

Por uma questão de coerência metodológica, deve-se partir da própria leitura do artigo 10, da Lei n. 10.666/03, que dispõe sobre a concessão de aposentadoria especial ao cooperado de cooperativa de trabalho ou de produção e dá outras providências:

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 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.

Para regulamentar tal dispositivo foi editado o Decreto n. 6.042/07, o qual incluiu o art. 202-A, no Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto n.3.048/99, posteriormente alterado pelo Decreto n. 6.957/09.

Conforme dito, a fonte de custeio para a cobertura de eventos advindos dos riscos ambientais do trabalho baseia-se na tarifação coletiva das empresas, às alíquotas de 1%, 2% e 3%, segundo o enquadramento das atividades econômicas preponderantes (CNAE), estando prevista no art. 22, da Lei n. 8.212/91. Seus percentuais agora podem ser reduzidos ou majorados, nos termos do art. 10 da Lei n. 10.666/03, devidamente regulamentado.

A nova metodologia para flexibilização das alíquotas foi aprovada pelo Conselho Nacional de Previdência Social (CNPS), instância quadripartite, que conta com a representação de trabalhadores, empregadores, associações de aposentados e pensionistas e do Governo, de acordo com esta, é possível a redução da taxa para as empresas que registrarem queda no índice de acidentalidade e doenças ocupacionais e, em contrapartida, elevação para as que tiverem aumento nesse mesmo índice, tudo com o objetivo de ampliar a cultura da prevenção de acidentes e doenças do trabalho.

Não há ofensa aos princípios da legalidade genérica e estrita (art. 5º, II, e 150, I, da CF/88), porque o Decreto n. 6.957/09 não inovou em relação ao disposto nas Leis n. 8.212/91 e 10.666/03, mas apenas explicitou as condições concretas para aplicação de tais normas.

No que diz respeito à instituição de tributos, o legislador esgota sua função constitucional ao descrever o fato gerador, estabelecendo a alíquota, a base de cálculo e

o responsável pelo recolhimento, o quê foi feito no caso em questão. Nas palavras de Sacha Calmon Navarro (1994, p. 123):

Criar um tributo é estabelecer todos os elementos de que se necessita para saber se este existe, qual é o seu valor, quem deve pagar, quando e a quem deve ser pago. Assim, a lei instituidora do tributo há de conter: (a) a descrição do fato tributável; (b) a definição da base de cálculo e da alíquota, ou outro critério a ser utilizado para o estabelecimento do valor do tributo; (c) o critério para a identificação do sujeito passivo da obrigação tributária; (d) o sujeito ativo da relação tributária, se for diverso da pessoa jurídica da qual a lei seja expressão de vontade.

A rigor, o que a lei deve prever não é apenas a hipótese de incidência, em todos os seus aspectos. Deve estabelecer tudo quanto seja necessário à existência da relação obrigacional tributária. Deve prever, portanto, a hipótese de incidência e o conseqüente mandamento. A descrição do fato temporal e da correspondente prestação, com todos os seus elementos essenciais, e ainda a sanção, para o caso de não prestação.

As Leis n. 8.212/91 e 10.666/03, longe de delegarem função legislativa ao Poder Executivo, restringiram-lhe a atividade executiva em sentido estrito, ao exigir que as classificações quanto ao risco decorressem de tabelas incluídas no Regulamento, quando poderiam ter deixado tal tarefa ao administrador.

Não é razoável exigir que a lei, caracterizada pela generalidade, desça a minúcias para elencar todas as atividades e respectivos graus de risco. Tal tarefa é atribuição do decreto regulamentar, cuja função é afastar eventuais conflitos surgidos a partir de interpretações diversas tanto dos contribuintes, como dos agentes tributários, de modo que não há violação ao art. 84, IV, da CF/88.

Nesse diapasão, dúvida não há, pois, no sentido de percebe-se como praticado o poder normativo que lhe incumbe, pelo ente Administrador, tendo este regulamentado a FAP, não mais do que como método concretizador do ideário finalisticamente subjacente à instituição da RAT nos estritos limites que lhe impõe a lei e o princípio da legalidade. Bem assim, é que a decisão do STF no julgamento do Recurso Extraordinário 343.446-2/SC posicionou-se pela legalidade da contribuição RAT, nos moldes que lhe emprestou o executivo por meio das regulações decorrentes de seu poder normativo, a demandar, *in casu*, discricionária atuação, em razão de se compreender que não houve violação ao princípio da legalidade a concessão do ato

legislativo ao poder executivo de determinar o conceito de atividade preponderante e grau de risco leve, médio e grave.

Festeja-se, de seu turno, a utilização do poder regulamentar por parte do executivo, com a única finalidade de dar aplicabilidade ao que fora previsto em lei, especializando, em qualquer caso, segundo critérios técnicos escorados em escolha aventada pelo legislador.

Noutro giro, não se pode olvidar que andou mal o príncipe ao regular a FAP porquanto incidiu em exorbitância ao limites consignados na lei geral que pretendeu regulamentar. Ao instituir metodologia de cálculo cujo a finalidade se prometia ser a especificação técnica do critério quantitativo de incidência da contribuição. O que será pormenorizadamente enfrentado e desvelado no capítulo a seguir, o qual a guisa de arremate situa nos decretos (nº 6.042/2007 e nº. 6.957/ 2009) no plano de seus efeitos práticos concretos.

## **5. DAS IRREGULARIDADES NA SISTEMÉTICA DO FAP**

Conforme dito em tópico anterior, a nova metodologia para flexibilização das alíquotas foi aprovada pelo Conselho Nacional de Previdência Social (CNPS) como prescreveu o legislador, deste modo, não há dúvidas acerca da legalidade formal da nova metodologia. Todavia, cumpre advertir que a metodologia adotada na aplicação do Fator Acidentário de Prevenção possui diversos equívocos que devem ser solucionados com urgências como se demonstra a seguir.

### **5.1 Inclusão de eventos que não se relacionam com as condições de trabalho para o cálculo do FAP**

Ao basear o FAP nos eventos acidentários registrados em relação à empresa, por meio das Comunicações de Acidente de Trabalho e dos Nexos Técnicos Epidemiológicos registrados pelo INSS, o Ministério da Previdência considerou no cálculo do índice eventos que não têm nenhuma relação com as condições de segurança do trabalho observadas pelas empresas.

Tal procedimento desvirtua a finalidade do instituto, que é a de estimular o aprimoramento e a melhoria contínua dos ambientes a que estão expostos os trabalhadores e penalizar empresas que deixam de adotar medidas individuais e coletivas de proteção à saúde do trabalhador e de cumprir as normas de higiene e segurança do trabalho.

Para que não haja desvirtuamento da finalidade do FAP, na sua apuração (índices de frequência, gravidade e custo) devem ser excluídos todos os acidentes que não guardam nexos com os “riscos ambientais do trabalho” ou não foram provocados pelas condições de trabalho/meio ambiente de trabalho, como alguns acidentes previstos na Lei 8.212/91, a saber : a) agressão, sabotagem ou terrorismo (b) Ofensa física; c) Ato de pessoa privada do uso da razão; d) Desabamento, inundação, incêndio e outros casos fortuitos; e) Decorrentes de força maior; f) Realização de serviço fora do local de trabalho; g) Prestação espontânea de serviço fora do local de trabalho; h) Viagem a serviço; i) Acidente de trajeto.

## **5.2 Acidentes com afastamento inferior a 15 dias**

Os acidentes do trabalho com afastamentos por períodos inferiores a 15 (quinze) dias têm seu custeio integralmente suportado pelas empresas, na medida em que não geram concessão de auxílio-doença. Não obstante, foram considerados na apuração do FAP, mesmo sem gerar custo para o INSS.

Para que empresas legalistas e éticas não sejam penalizadas e não haja estímulo à sonegação da Comunicação de Acidente do Trabalho, acidentes do trabalho com período de afastamento inferior a 15 dias devem ser excluídos do cálculo do FAP.

## **5.3 Não identificação do CNAE**

Quando da divulgação do FAP de cada empresa e das respectivas ordens de frequência, gravidade e custo, não houve indicação do CNAE utilizado para efeito de verificação/comparação do desempenho individual da empresa dentro da subclasse de CNAE e conseqüente definição do FAP.

Considerando o critério de auto-enquadramento (e possíveis erros), deverá haver divulgação do CNAE utilizado para verificação do desempenho individual da empresa, da sua posição em comparação com as demais empresas do seu segmento econômico e da relação das empresas constantes da mesma subclasse do CNAE, especialmente para empresas que desenvolvem várias atividades econômicas.

Como visto, o cálculo do FAP considera o número de ordem do contribuinte no “ranking” das empresas da mesma subclasse da CNAE, no que diz respeito aos critérios de mensuração do FAP (frequência, gravidade e custo). Para saber se a sua posição no “ranking” está de acordo com a considerada pelo Ministério da Previdência Social na determinação do FAP, o contribuinte necessita obter informações sobre o desempenho das demais empresas da mesma subclasse da CNAE. A ausência de divulgação dos eventos e dos índices de cada empresa que compõe a mesma subclasse da CNAE torna impossível a verificação do número de ordem que foi atribuído ao contribuinte dentro de sua subclasse, uma vez que não dispõe de elementos para a comparação.

Sem a divulgação desses dados, o contribuinte não poderá verificar se: a) a sua subclasse da CNAE é efetivamente composta pelo número de empresas informado pelo Ministério da Previdência Social; b) se está correto o número de ordem que lhe foi atribuído; e c) se todas as empresas contidas na subclasse efetivamente desempenham a mesma atividade econômica.

Sendo a composição de cada subclasse retirada da declaração feita por cada empresa de sua atividade preponderante via GFIP, existe o risco de que empresas que não efetuam a mesma atividade produtiva (sujeita, em tese, ao mesmo risco laboral), estejam sendo comparadas, o que acarreta prejuízo no cálculo do FAP, já que, quanto maior o número de empregados do mesmo setor, menor o FAP.

Além disso, se uma empresa por equívoco declara uma atividade preponderante diferente da realmente vinculada a sua atividade, esta poderá estar determinando de forma deturpada os parâmetros de classificação da subclasse, por apresentar índices de ocorrências bem diferentes dos da média histórica deste subsetor produtivo.

Ainda nessa linha, uma empresa que, apesar de ativa, estiver, por exemplo, em fase pré-operacional, poderá provocar também uma deturpação na subclasse. Da mesma forma, essa deturpação pode ocorrer se uma ou mais empresas forem negligentes na informação dos eventos acidentários vinculados. Ou ainda, se no processamento das informações, a Previdência Social tenha cometido algum erro, incluindo erradamente empresas numa subclasse que não a pertinente à sua atividade.

#### **5.4 Recolhimento do RAT**

De acordo com o art. 201, § 10, da Constituição Federal, a lei disciplinará a cobertura do risco de acidente do trabalho, a ser atendida concorrentemente pelo regime geral de previdência e pelo setor privado.

A lei nº. 8.212/91 impõe às empresas contribuição específica voltada ao financiamento do benefício de aposentadoria especial e daqueles concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, que varia de 1% a 3%, calculada sobre o total das remunerações pagas, a contribuição RAT.

No sítio do Ministério da Previdência Social há informações sobre o valor das despesas do INSS com benefícios de natureza acidentária concedidos aos trabalhadores de cada empresa mas na quase totalidade das empresas com FAP superior a 1 os valores recolhidos para custeio de potenciais benefícios “concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho” supera, em muito, o valor das despesas do INSS com benefícios efetivamente concedidos aos empregados. Há que se considerar, também, que tais empresas investem elevadas quantias em áreas de responsabilidade do INSS, como assistência médica, seguro de vida, previdência complementar, complementação de benefícios previdenciários/acidentários, por exemplo.

Nos termos da Resolução CNPS nº. 1.308/09, as mudanças na metodologia de apuração do FAP visam garantir “justiça na contribuição do empregador e equilíbrio atuarial”.

Porém, falta a indispensável proporcionalidade entre custeio e despesas com benefícios, motivo pelo qual qualquer acréscimo na contribuição para o SAT / RAT em decorrência da aplicação do FAP poderá ser caracterizado como confiscatório.

Assim, empresas que pagaram RAT em valores superiores às despesas efetivamente incorridas com a concessão de benefícios de natureza acidentária aos seus empregados, gerando, portanto, excedente técnico, devem ser bonificadas com a redução de 50% a que alude à lei nº. 10.666/03.

### **5.5 Trava de Bonificação**

Se a empresa apresentar casos de morte ou invalidez permanente, seu valor FAP não pode ser inferior a um, para que a alíquota da empresa não seja inferior à alíquota de contribuição da sua área econômica, prevista no Anexo V do Regulamento da

Previdência Social, salvo, a hipótese de a empresa comprovar, de acordo com regras estabelecidas pelo INSS, investimentos em recursos materiais, humanos e tecnológicos em melhoria na segurança do trabalho, com o acompanhamento dos sindicatos dos trabalhadores e dos empregadores.

Registre-se que a atual sistemática adotada pela Lei 10.666/03 e regulamentos mantém classificação de grau de risco por atividade econômica preponderante, violando o entendimento da súmula 351 do STJ, pois deveria ser feita a classificação por estabelecimento.

Algumas empresas, apesar de possuírem um único CNPJ raiz, desenvolvem mais de uma atividade econômica em estabelecimentos distintos. O cálculo do FAP não considerou esta realidade, baseando-se no mesmo critério de atividade preponderante do Decreto nº 3.048/99 para definição do grau de risco e respectiva alíquota do RAT.

Para corrigir distorções, a apuração e aplicação do FAP devem ocorrer por estabelecimento (STJ), levando em consideração as diversas atividades econômicas de cada empresa.

Outro ponto importante que se deve destacar é que a última alteração atribuída pelo art. 10 da Lei n. 10.666/03 trouxe em sua *ratioessendia* determinação da natureza punitiva da contribuição em comento, agravando as alíquotas em virtude da incidência de acidentes de trabalho.

A determinação de fator agravante de tributo para fins de punição de empresas que apresentam altos índices de frequência, gravidade e custo, é ilegal; pois, a contribuição SAT tem natureza tributária e, portanto, não pode ser usada como meio de punição.

De acordo com o Código Tributário Nacional:

Art. 3º - Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Ao majorar a alíquota do RAT das empresas com “alta acidentalidade”, punindo-as por suposto desrespeito às normas de segurança e saúde no trabalho, o FAP desrespeitaria a vedação imposta pelo art. 3º do CTN. O Estado deve valer-se de aplicação de multas e outros instrumentos para alcançar esse fim.

Na verdade, a própria Constituição indica a necessidade da padronização de graus de risco para toda a categoria econômica, conforme o art. 194, V da Constituição Federal.

É imperioso o afastamento da aplicação do FAP para as empresas, sobretudo diante dos riscos que essa recente alteração traz para a atividade econômica das empresas com o agravamento da tributação; distorções fiscais perante o mesmo segmento econômico, causando desequilíbrio entre concorrentes; ausência de justiça fiscal e razoabilidade nas regras aplicáveis a cobrança da contribuição ao SAT.

Finalmente, arremata-se à percepção de que modulado os estritos limites da lei que lhe autoriza o multicitado vem regular a FAP em perspectivas eminentemente legítimas no esteio mesmo de sanar a inconstitucionalidade material potencial acorrente à disciplinar da contribuição ao RAT especificando-lhe em vias de restaura-lhe a observância do festejado princípio da capacidade contributiva definido como a aptidão da pessoa colocada na posição de destinatário legal tributário para suportar a carga tributária, numa obrigação cujo objeto é o pagamento de imposto, sem o perecimento da riqueza lastreadora da tributação.

E isto, porque, definiu o executivo, ao estabelecer alíquotas individualizadas, que se proceda a exação de modo a contemplar, mesmo, o caráter substancialmente diferenciado dos contribuintes, bem como, dos fatos imponíveis, de modo a se lhes onerar em adequada proporcionalidade ao quanto de fato têm a prestar compulsoriamente, sem prejuízo do lúdimo exercício de sua atividades econômicas, em vias de provisionamento dos cofres públicos, o que se presta, no caso, à manutenção do festejado sistema de Seguridade Social.

Respeita-se, ademais, o princípio da igualdade em sua substancial conotação, segundo a qual se deve aos iguais, igual tratamento, enquanto aos distintos, distinção adequada, à luz do conhecido brocardo jurídico.

Não há como se olvidar, entretanto, que apenas no que tange a formatação da metodologia de cálculo empregada nos moldes suso apontados padece o Fator Acidentário Previdenciário de vício executório, pois que, ali parece o ânimo arrecadatório do fisco suplantar os limites que lhe estabelecem a força da lei incidente

## **5. CONCLUSÃO**

Ao final do presente trabalho, vislumbra-se, como principais percepções que:

1 – O Estado Democrático de Direito objetivado pelo Constituinte de 1988 não prescinde de uma colmatação concreta e eficiente dos direitos sociais ali preconizados, o quê se afigura viável, tão somente, mediante o estabelecimento de um bem estruturado sistema de Seguridade Social, pelo qual se busque implementar a perspectiva da solidariedade como princípio basilar da vida comunitária;

2 – A RAT se institui como contribuição social voltada ao provisionamento dos cofres públicos aos quais se pretendem dá fôlego econômico, de modo que, se afigurem aptos e capazes de suportar os riscos naturalmente imanentes à ordinárias relações de trabalho aos sujeitos das quais em ultima análise visa precipuamente tutelar.

3 – Malgrado instituída por lei em respeito ao princípio da legalidade tributária impôs-se ao Executivo o exercício do seu poder legislativo de disciplinar-lhe a incidência em vias de concretiza-la como meio de arrecadação fiscal o que se operacionalizou pela edição dos decretos Nº 6.042/2007 e nº. 6.957/ 2009, os quais se destinam, propriamente, à regulamentação do FAP – Fator Acidentário de Prevenção, previsto em Lei 10.666 de 2003, a qual dispunha, mesmo, a competência da Administração para a normatização concreta do instituto;

4 – O advento da FAP, por sua vez, da forma como entabulada por via de decreto, teve o condão de individualizar as alíquotas aplicáveis, em cada caso, à contribuição ao RAT, para o quê se leva em conta, além de particularidades atinentes à hipótese de incidência tributária, o comportamento e o próprio potencial econômico, a significar, em alguma medida, a capacidade contributiva, do sujeito passivo em potencial;

5 – Toma-se por referência, para efeitos de cálculo metodologicamente entabulado, dentre outras variantes, a quantificação, qualificação e periodicidade com que se verificam acidentes de trabalho na empresa objeto da exação, o que permite que se chegue a uma relação de custo-benefício conducente à definição de multiplicadores ou revisores da alíquota da referida contribuição, que pode majorar-se ao dobro, ou mesmo reduzir-se à metade;

6 – Não obstante se afigure vívida a controvérsia doutrinária e jurisprudencial tangente à constitucionalidade da contribuição em voga, bem como do fator multiplicador referido, porquanto, embora instituídos por lei, se regulamentaram, ambos, por via de decreto, o que afiguraria, no entender de aquilatados mestres, testilha ao princípio da legalidade tributária, bem como de seus corolários; sustenta-se não se verificar qualquer

incongruência na regulação dos institutos por senda infralegal, haja vista decorrerem os ditos decretos do legítimo e presto Poder Normativo dado ao Executivo, o qual se afigura dotado, ainda, de alguma subjetividade volitiva, conflagrada nos vieses da discricionariade, pela qual lhe incumbe escolher, ante as opções várias, compatíveis com a lei a que se prestam a concretizar;

7 – Aliás, importa de ressaltar que, as próprias legislações instituidoras, tanto da contribuição ao SAT (RAT), quanto do multicitado FAP, prevêem, ainda que genericamente, a possibilidade de oscilar-se a alíquota própria ao tributo, em vias de que se concretize, tanto quanto possível, o caráter individualizado da arrecadação fiscal, de maneira que a normatização infralegal a dispor a variabilidade do critério quantitativo, vem, em verdade, materializar a vontade do Soberano, mesmo porque, o Decreto instituidor do FAP abre portas a que se possibilitem, segundo critérios matemáticos, 55.001 distintas possibilidades de alíquotas, a serem selecionadas, conforme o caso particular;

7 – Sem prejuízo do exposto, verifica-se alguma extrapolação dos limites legalmente estabelecidos, no âmbito da regulamentação retrocitada, porquanto, em estipulação de metodologia de cálculos, pela qual se pretende firmar, objetivamente, os reais quantitativos de FAP, lança mão o Administrador de elementos que desconsideram, em ampla medida, fatores de ordem prática e mesmo operacional, os quais, por vezes, se atribui, antes, a defeitos na atuação da própria autarquia previdenciária, mas que vêm a repercutir, negativamente, em essência, no âmbito das pessoas jurídicas, a quem se destina a cobrança;

8 – Nessa senda, entende-se que, se há vício acorrente à regulamentação da FAP, tal se afigura no plano de sua efetivação, e não na forma como se lhe emprestou disciplina o Poder Executivo, o qual, por sua vez, intentou, mesmo, dar cumprimento e efetividade aos princípios que instruem, legitimam e fundamentam a ordem tributária pátria, tais como a capacidade contributiva e a isonomia, o que, no concreto caso ora aferido, implica no próprio provisionamento e preparo do Estado em face do dever a si imposto, no sentido de que promova e assegure os direitos sociais por demais caros aos Constituinte de 1988.

## **REFERÊNCIA**

ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. Direito tributário na Constituição e no STF: Teoria e Jurisprudência. 9. ed. Niterói: Impetus. 2005.

BRAGANÇA, Kerlly Huback. Direito Previdenciário. 6. Ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de direito constitucional tributário. 4. ed. São Paulo: Malheiros. 1991.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 24<sup>a</sup> ed. rev., ampl. E atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris Ltda, 2011.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. Comentários à Constituição de 1988: Sistema tributário. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1993.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo/ Maria Sylvia Zanella Di Pietro – 24. ed. – São Paulo: Atlas, 2011.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de Direito Previdenciário. 14<sup>a</sup> Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito da Seguridade Social. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

STF, RE 343.446-2/SC, T.P., v.u., j. em 20/03/03, rel. Min. Carlos Velloso. DJ 04-04-2003. Disponível: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261045>. Acesso em 30/07/10.