

Considerações acerca do Fator Acidentário de Prevenção - FAP

1. Introdução

O Fator Acidentário de Prevenção – FAP - foi instituído pela Lei nº 10.666/2003 (Aposentadoria Especial ao Cooperado de Cooperativa de Trabalho ou de Produção), e regulamentado pelos Decretos nº 6.042/2007 e 6.957/09. Ele altera a Lei 8.212/91, a qual dispõe sobre a organização da seguridade social, para as empresas submetidas à contribuição prevista no Art. 22, inciso II, da referida Lei (Seguro por Acidente de Trabalho – SAT).

As mudanças realizadas no Seguro de Acidente de Trabalho pelo Decreto nº 6.957/09 foram:

- O reenquadramento das atividades econômicas (subclasses CNAE) em diferentes níveis de Risco Ambiental do Trabalho (RAT: 1% - risco leve; 2% - risco médio; 3% - risco grave);
- A regulamentação do Fator Acidentário de Prevenção (FAP), multiplicador individual por empresa, que varia de 0,5 a 2, incidente sobre o valor do seguro.

O FAP consiste num fator multiplicador, que varia de 0,5000 (cinco décimos) a 2,0000 (dois inteiros), a ser aplicado à respectiva alíquota do Seguro Acidente do Trabalho, conforme o RAT (Riscos Ambientais de Trabalho), que é de 1%, 2%, e 3%, contribuição devida à Seguridade Social. Calcula-se o FAP com base em indicador de desempenho da empresa, a partir dos índices de frequência, gravidade e custos.

Esse mecanismo foi adotado para aumentar ou reduzir o valor de contribuição SAT, com base nos índices de cada empresa, de forma que a alíquota pode ser reduzida à metade ou dobrar, chegando a 6% sobre a folha de salários. Seu objetivo é o financiamento dos benefícios concedidos em razão de acidente de

trabalho como o auxílio doença, aposentadoria por invalidez e a pensão por morte e acidente de trabalho.

Desse modo, a empresa que possuir um número considerável de acidentes e benefícios terá o FAP estabelecido em patamar elevado e, conseqüentemente, o percentual do SAT será aumentado. Entretanto, a empresa cujos dados demonstrarem que o ambiente de trabalho não oferece riscos, poderá ter o FAP calculado abaixo de 1, resultando na diminuição da alíquota até então aplicada.

Após o cálculo desses fatores, são atribuídos os percentuais de ordem para as empresas por setor (subclasse do CNAE) para cada um desses índices.

Assim, desde janeiro deste ano, passaram a vigorar as novas alíquotas do SAT, cujos novos percentuais variam de acordo com o FAP. Essa nova metodologia passa a individualizar as empresas cujas alíquotas serão diferenciadas.

O FAP é específico para cada empresa e pode ser verificado mediante acesso restrito via internet.

Na prática, esse fator influenciará os mais diversos segmentos, ensejando, em grande parte dos casos, em aumento da alíquota do SAT, pois serão considerados para esse cálculo o número de acidentes registrados por cada empresa. Assim, os estabelecimentos deverão redobrar o cuidado no que tange à segurança no ambiente de trabalho e também fora dele, pois em muitos casos, os acidentes durante o percurso também são considerados nessa conta.

Ainda, nesse contexto, citamos como exemplo o caso de trabalhadores da construção civil ao não usar os equipamentos de proteção, ou os empregados de lojas do comércio onde o tempo de trabalho em pé pode ser considerado como responsável por eventuais lesões. Desta forma, num primeiro momento, devem as empresas dos mais variados setores ficarem alertas, pois essa alteração poderá acarretar sérias divergências no que se refere ao conceito do que realmente seja considerado como acidente de trabalho.

2. Considerações acerca do Fator Acidentário de Prevenção

Considerando que essa discussão é recente e ainda não há posicionamentos solidificados, sem a menor intenção de esgotar o assunto, faz-se pertinente a abordagem dos seguintes aspectos:

2.1 Alegação de Inconstitucionalidade

Há entendimento no sentido de ser o FAP inconstitucional, conforme os argumentos a seguir descritos.

O Fator Acidentário de Prevenção está previsto no Art. 10, da Lei nº 10.666/2003, conforme redação abaixo transcrita:

“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.”

A Lei instituidora do FAP (lei 10.666/2003) trata da aposentadoria especial para cooperados de cooperativas de trabalho ou de produção, esclarecendo que as disposições sobre aposentadoria especial do Regime Geral da Previdência Social (Lei 8.212/1991) também se aplicam aos trabalhadores dessa categoria.

Em seu Artigo 13, deixa claro que aos seus dispositivos aplicam-se as disposições legais do Regime Geral da Previdência Social. Ademais, o Artigo 14 prevê a regulamentação do FAP pelo Poder Executivo, por isso foram editados os decretos referidos anteriormente.

Assim, esta lei possibilita ao Poder Executivo aumentar a contribuição sobre a folha de salários, prevista no Art. 22, inciso II, da Lei nº 8.212/1991, em até 100%.

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

II - para o financiamento do benefício previsto nos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, e daqueles concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, no decorrer do mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos:

a) 1% (um por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante o risco de acidentes do trabalho seja considerado leve;

b) 2% (dois por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado médio;

c) 3% (três por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado grave.”

Desse modo, alega-se a inconstitucionalidade do FAP, argumentando que, em função de ser regulamentado através de decretos, estaria ferindo o princípio da legalidade:

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

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

Além desse dispositivo, há violação também dos dispositivos do Código Tributário Nacional, conforme segue:

“Art. 97 – Somente a lei pode estabelecer:

(...)

II – a majoração de tributos, ou sua redução (...);

(...)

IV – a fixação da alíquota do tributo e da sua base de cálculo (...).”

Diante disso, justifica-se a inconstitucionalidade em função de que a lei criadora do FAP, que é contribuição de natureza tributária, não fixou a alíquota específica para o cálculo desse fator, estabelecendo somente percentual mínimo e máximo, e delegando a um ato administrativo a competência para fixação da alíquota, constituindo um permissivo para que seja realizado aumento de tributo sem lei que o defina.

Cabe destacar que não há consenso quanto à inconstitucionalidade do FAP, muito embora já haja decisões de primeira instância declarando liminarmente a inconstitucionalidade desse fator. Cite-se, como exemplo, a decisão do Juiz da 2ª Vara da Justiça Federal de Florianópolis, o qual considerou que a formulação do FAP, construído por decretos regulamentares e resoluções do Conselho Nacional da Previdência Social (CNPS) em decorrência de outorga da Lei 10.666/2003, é inconstitucional por ofensa ao Artigo 150, I, da Constituição Federal (Princípio da Estrita Legalidade Tributária). Sua conclusão baseou-se na premissa de que não é possível o Poder Executivo estabelecer direta ou indiretamente a alíquota de tributo, o que ocorria com a Lei 10.666/2003, que, possibilitando a fixação do multiplicador do FAP (0,5 a 2,0), delegou ilegalmente a discriminação desse multiplicador à Administração Pública, pois não seria admissível a outorga de atribuição tributária a ato administrativo.

Em conclusão, foi declarada, por ofensa ao Artigo 150, I, da Constituição Federal, a inconstitucionalidade dos artigos 10 da Lei 10.666/2003 e Artigo 202-A do Decreto nº. 3.048/99 (com redação dada pelo Decreto nº 6.957/09), bem como das Resoluções nº. 1.308 e 1.309 do CNPS. Em consequência, foi determinada a suspensão da aplicação do FAP às alíquotas do RAT.

2.2 Alegação de ilegalidade dos métodos utilizados para o cálculo

Na contramão da inconstitucionalidade, argumenta-se que, como o Supremo Tribunal Federal decidiu pela constitucionalidade do SAT, possivelmente seu posicionamento quanto ao FAP seria no mesmo sentido.

Anteriormente, o STF reconheceu ao Fisco o direito de preencher, através de regulamentos e decretos, os critérios lacunosos trazidos na lei tributária, não havendo contrariedade ao princípio da legalidade. A referida decisão versava quanto a não disposição na legislação, dos critérios de definição das atividades de risco leve, médio ou grave, sendo assim delegada aos regulamentos a sua especificação.

Por este entendimento, restaria às empresas discutir a disponibilidade dos métodos e critérios utilizados para a realização do cálculo, pois a Previdência Social não atua de forma transparente ao divulgar os percentuais de cada subclasse, impedindo, assim, que o contribuinte confira a legitimidade dos cálculos.

Nesse contexto, cabe citar que já há decisões concedendo liminares para suspender o FAP com base nessa argumentação, ou seja, de que são insuficientes as informações disponibilizadas pelo Ministério da Previdência Social a respeito do FAP das empresas, prescindindo da necessária indicação e fornecimento, com clareza, da totalidade dos dados utilizados no seu cálculo, tais como a relação dos empregados e benefícios considerados, bem como informações do desempenho das demais empresas comparadas.

Outrossim, algumas decisões entendem que há ofensa à seguridade jurídica, dado que as regras entre a Administração e o Fisco, sobretudo aquelas que envolvem o recolhimento de tributos, devem ser transparentes.

2.3 Possibilidades de ações a serem realizadas

Diante dos argumentos expostos, resta às empresas, num primeiro momento, a atuação preventiva para verificar o cálculo do índice, num segundo plano, recurso administrativo, e como última opção, a via judicial.

Preventivamente, as empresas deverão se aprofundar nas razões de concessão de qualquer benefício da Previdência aos seus funcionários, para que posteriormente não sejam responsabilizadas, nem penalizadas.

Se forem constatados benefícios concedidos de forma indevida, a empresa poderá impugná-los perante a Junta de Conselho de Contribuintes da Previdência.

A contestação administrativa do FAP possui prazo de 30 dias, conforme disposto na Portaria nº 329/2009, expedida pelo Ministério da Previdência Social, e encerrou-se em 12 de janeiro de 2010.

Assim, resta às empresas, individualmente (pela empresa), ou coletivamente (via Sindicato), discutir judicialmente essa matéria, através da impetração de Mandado de Segurança, com pedido de liminar para suspender o pagamento do tributo até final decisão (Art. 151, IV, CTN; Art. 5º, LXIX, LXX, “b”, CF).

Além do Mandado de Segurança com pedido de liminar, há mais duas alternativas, a Ação Ordinária, precedida de Ação Cautelar ou Ação Ordinária com pedido de antecipação de tutela.

Outra possibilidade de atuação é por meio do ingresso de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), que pode ser feita via Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e de Turismo, perante o Superior Tribunal Federal (Art. 102, I, “a”, CF; Art. 103, IX, CF).

3. Manifestação da Confederação Nacional do Comércio

A Confederação Nacional do Comércio, em documento enviado a esta Casa, informa que vem acompanhando esta matéria há algum tempo, por meio de sua representação no Conselho Nacional da Previdência Social (CNPS) e recentemente, formalizou requerimentos ao Sr. Ministro da Previdência Social, em conjunto com outras confederações sindicais (CNI, CNT e CNF), pleiteando que o Governo fornecesse melhores informações para dirimir controvérsias hoje existentes sobre o FAP, maior transparência na metodologia do reenquadramento das empresas e, sobretudo, suspensão da aplicação do FAP até que sejam corrigidas as diversas omissões e imperfeições na regulamentação do assunto, de forma a abrir maior diálogo sobre a questão.

Ao examinar a matéria com enfoque técnico e jurídico, a CNC concluiu que a melhor alternativa é a propositura de medidas judiciais individuais pelos contribuintes que tiverem suas alíquotas majoradas, ou através dos respectivos sindicatos.

Por fim, informa que vem prosseguindo atentamente com suas análises, examinando a possibilidade de seu eventual ingresso no Supremo Tribunal Federal com Ação Direta de Inconstitucionalidade em relação ao tema, caso encontre argumentos substanciais que justifiquem a medida.

3.1 Argumentações sugeridas pela CNC

3.1.1 Enquadramento no RAT

Os sindicatos ou as empresas que não concordarem com o novo enquadramento no grau de risco (RAT) das atividades econômicas de sua Subclasse CNAE, poderão impugnar o enquadramento, buscando judicialmente aquele que entendam ser o correto.

A demanda judicial poderá ser promovida de forma individual (pela empresa) ou coletiva (pelo sindicato).

Ação coletiva: Caberá ao sindicato avaliar quem representará na ação, se representa todas as empresas ou se colhe autorizações para apenas um grupo de empresas interessadas, ajuizando apenas em nome destas. No caso do sindicato representar mais de uma subclasse CNAE, deverá ser proposta uma ação para cada uma dessas subclasses. O pedido principal é o enquadramento das atividades do setor no grau de risco adequado, sendo possíveis pedidos cautelares (provisórios).

No caso de majoração de alíquota, pode-se postular a suspensão cautelar do novo enquadramento, de forma que as empresas permaneçam recolhendo o RAT na alíquota anterior, enquanto não houver o julgamento do mérito do pedido.

Por cautela, é recomendável que os sindicatos pleiteiem que as empresas efetuem o depósito em juízo, de forma individualizada, do valor total do novo enquadramento do RAT ou somente da parte controvertida (Art. 151, II do CTN), neste caso, cabendo à empresa recolher o valor incontroverso normalmente junto à Receita Federal do Brasil. Tal procedimento evita uma contingência fiscal para as empresas em caso de julgamento improcedente.

O instrumento da demanda judicial poderá ser uma Ação Ordinária precedida de uma Ação Cautelar; uma Ação Ordinária com pedido de antecipação de tutela, ou um Mandado de Segurança, com pedido de liminar.

No caso da Ação Ordinária precedida de Ação Cautelar, poderão ser pleiteados na medida cautelar preparatória da ação principal, a divulgação das bases, os critérios, a metodologia e os cálculos que elevaram o enquadramento do grau de risco do SAT/RAT, a fim de verificar a correção ou não do novo enquadramento, e assim fundamentar o pedido na ação principal. A ação principal deverá ser proposta no prazo de trinta dias, contados da data da efetivação da medida cautelar concedida em procedimento preparatório (Art. 806, do Código de Processo Civil).

Deve-se levar em consideração que, na ação ordinária, há a possibilidade de dilação probatória (livre produção de provas), inclusive de natureza pericial. Em contrapartida, há o risco da condenação para pagamento de custas judiciais e honorários no caso da decisão ser de improcedência do pedido. Já no Mandado de Segurança, não há risco de condenação em honorários e custas judiciais, mas não é permitida a produção livre de provas, mas apenas a apresentação das provas já materializadas (pré-constituídas), no momento da propositura da ação.

Ação individual: O questionamento judicial também poderá ser feito individualmente, por empresas ou grupo de empresas, que não concordarem com o novo enquadramento operado pelo Decreto nº 6.957/09.

No questionamento individual, além dos pedidos apresentados para a ação coletiva, é possível formular outros, em especial o requerimento de prova pericial para determinar o grau de risco de cada empresa, tendo em vista suas

atividades e particularidades, tais como investimentos em segurança do trabalho, equipamentos e treinamento, conforme dispõe o artigo 22, §3º da Lei 8.212/91.

Para empresas que possuem mais de um grau de um estabelecimento com grau de risco diferente, pode-se postular com base na Súmula 351 do Superior Tribunal de Justiça, que o enquadramento ocorra de acordo com o grau de risco das atividades de cada estabelecimento.

Argumentação jurídica para impugnar a majoração de alíquota por reenquadramento ou a manutenção em enquadramento equivocado:

- Violação ao princípio da publicidade, da transparência e da eficiência (art. 37, caput, CF/88) em virtude da não divulgação das bases, critérios, metodologia e cálculos para a alteração do enquadramento das empresas nos graus de risco leve, médio e grave (art. 22, II, alíneas “a”, “b” e “c” da Lei nº 8.212/91);
- Violação do princípio da motivação do ato administrativo, por ausência de justificativa para o novo enquadramento;
- Violação do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, em razão da não alteração do risco ambiental do trabalho nas atividades desenvolvidas pela empresa;
- Violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como do artigo 201, caput, da CF, por descon sideração do equilíbrio financeiro atuarial da Previdência em relação à subclasse CNAE;
- Inobservância das ações adotadas pelo setor como um todo e pelas empresas na melhoria da prevenção de acidentes de trabalho. Somente um agravamento das condições de trabalho justificaria o reenquadramento de forma a aumentar a alíquota do SAT. Provas periciais podem demonstrar a inadequação da manutenção ou do reenquadramento de categorias econômicas em níveis de risco feito pelo Decreto nº 6.957/09.

3.1.2 Aplicação do FAP – Fator Acidentário de Prevenção

A impugnação judicial do FAP também pode ocorrer de forma coletiva (sindicatos) ou individual (empresa), através de Ação Ordinária precedida de Ação Cautelar; Ação Ordinária com pedido de Antecipação de Tutela; e Mandado de Segurança com pedido de Liminar, segundo as observações anteriores.

O objetivo da liminar na ação cautelar preparatória, na antecipação de tutela ou no mandado de segurança deverá ser a suspensão da aplicação do FAP ou a sua fixação em índice que seja identificado como adequado. Deve-se também pleitear o depósito em juízo do valor total do FAP, ou somente do valor controvertido (Art. 151, II, CTN).

Argumentação jurídica quanto à aplicação do Fator Acidentário de Prevenção

- Violação do princípio da legalidade tributária: inconstitucionalidade do art. 10 da Lei 10.666/03 e do art. 202-A do Decreto 3.048/99 (com as alterações do Decreto nº 6.042/01 e nº 6.957/09), por violação ao art. 150, I da CF/88, pois a lei que criou o FAP, contribuição de natureza tributária, não fixou a alíquota específica para esse fator, trazendo apenas um percentual mínimo e máximo, delegando competência legislativa para fixação da alíquota à um mero ato administrativo (Resolução MPS/CNPS 1.308/09), permitindo assim, o aumento de tributo sem lei que estabeleça. Também há ilegalidade dos mesmos dispositivos por força da violação dos incisos II e IV do art. 97 do Código Tributário Nacional, que reitera as disposições constitucionais quanto ao princípio da legalidade estrita em matéria tributária;
- Violação ao princípio da publicidade, da transparência, da motivação do ato administrativo (art. 37, caput, CF/88), do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, XXXV, LIV, LV, CF/88) em virtude da não divulgação dos elementos necessários para verificação da correção do índice FAP, em especial a posição de cada empresa frente às

demais do seu CNAE e a posição de todas as outras empresas de um mesmo CNAE;

- Violação ao princípio da legalidade, se incluídas CATs de acidentes de trajeto, por força do artigo 202-A, §4º do Decreto 3.048/99 (com as alterações do Decreto 6.957/09), uma vez que o artigo 10 da Lei 10.666/03, que dispõe expressamente que essa contribuição é tão somente para beneficiar aposentadoria especial ou benefícios concedidos em razão de incapacidade decorrentes de riscos ambientais de trabalho. Os acidentes de trajeto não ocorrem em razão do desempenho das empresas (fator base do FAP) e sim por circunstâncias estranhas ao ambiente de trabalho;
- Violação ao princípio da legalidade (art. 5º, II, da CF/88), por extrapolação da competência legislativa, eis que os índices de mortalidade (Resolução MPS/CNPS 1.308/09) e da rotatividade (Resolução MPS/CNPS 1.309/09) não estão contempladas na Lei 10.666/03 e no Decreto que a regulamentou.