

# **ARTIGO: A inconstitucionalidade do Fator Acidentário de Prevenção - FAP**

**Carlos Roberto Pegoretti Júnior<sup>1</sup>**

**Sandra Cristina Floriano Pereira de Oliveira Sanches<sup>2</sup>**

**RESUMO:** FAP – Fator Acidentário de Prevenção usado no cálculo da contribuição previdenciária devida pelas empresas. Melhoria das condições e ambiente de trabalho e da saúde dos trabalhadores. Discute-se na doutrina e na jurisprudência a inconstitucionalidade do artigo 10, da lei 10.666/2003, por ferir o princípio da legalidade.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Previdenciário. FAP – Fator Acidentário de Prevenção. Inconstitucionalidade do artigo 10, da lei 10.666/2003.

## **1 Introdução**

Pretende-se com o presente estudo apresentar e conceituar o FAP – Fator Acidentário de Prevenção introduzido em nosso ordenamento jurídico.

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo/SP. Procurador do Município de Diadema/SP. E-mail do autor: carlospegoretti@ig.com.br.

<sup>2</sup> Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo/SP. Procuradora do Município de Diadema. E-mail da autora: florianosandra@hotmail.com

Os objetivos de sua criação e sua função social encontram-se delimitados na legislação previdenciária, e fundamentados na Constituição Federal.

Os critérios de composição do cálculo, assim como a abrangência de sua utilização mostram a importância para as empresas e para toda a sociedade.

O estudo demonstra, por fim, a inconstitucionalidade do FAP, tal como estruturado no ordenamento jurídico, já que, em última análise, implica em ofensa ao disposto no artigo 150, inciso I, da Constituição Federal, que veda ao Fisco instituir ou majorar tributos sem que a lei o estabeleça, de modo que o artigo 10, da Lei 10.666, vem sendo considerado pela doutrina e jurisprudência dominantes como inconstitucional.

## **2 Conceito de FAP – Fator Acidentário de Prevenção**

O fator acidentário de prevenção foi abarcado em nosso sistema jurídico e os indicadores que computam o FAP são de âmbito internacional e foram indicados pela Organização Internacional do Trabalho – OIT.

Aludido fator foi instituído com a intenção de aumentar ou reduzir a contribuição das empresas referente aos acidentes de trabalho, permitindo uma avaliação e um comparativo entre os riscos pertinentes a cada CNAE, permitindo uma pesquisa mais minuciosa do meio ambiente de trabalho. Sendo assim, permite-se que a Previdência Social e os demais órgãos competentes a esta matéria apliquem meios de prevenção e luta contra a incidência de acidentes do trabalho.

Em 1998, foi publicada a Resolução CNPS nº 1.101, que dispunha sobre a elaboração dos indicadores de acidente de trabalho corroborada com um documento denominado de Metodologia para Avaliação e Controle dos Acidentes de Trabalho.

Este documento trazia alguns esclarecimentos sobre os indicadores de frequência, gravidade e custo e estipulava que:<sup>3</sup>

*“A metodologia ideal é aquela que permite o estabelecimento de valores limite para o enquadramento das atividades econômicas em cada grau de risco. Desta forma, cada atividade econômica será avaliada, segundo os indicadores calculados, chegando-se a um diagnóstico final de enquadramento. No primeiro momento, os resultados obtidos permitirão a correta classificação das atividades econômicas por isso e, a partir de então, servirão como controle e rotina para a identificação de mudanças de comportamento, incluindo possíveis mudanças de enquadramento. Como metodologia proposta tem com objetivo controlar o auto enquadramento das empresas nos graus de risco, será utilizado todo o universo de dados coletados”.*

Esta inovação foi de grande valia, mas de pouca eficiência, pois havia sustentação somente nos acidentes de trabalho com notificação, excluindo as empresas que não informavam os acidentes.

Por sua vez, foi instituída a Lei nº 10.666 de 2003, que em seu artigo 10 trazia a possibilidade de redução ou aumento da carga tributária reservada ao custeio de acidentes de trabalho. Porém, esta lei necessitava de uma regulamentação e esta se convalidou em 2007 com o Decreto nº 6.042 que adicionou o Fator Acidentário de Prevenção – FAP.

O FAP é um multiplicador a ser aplicado sobre as percentagens do GIIIL-RAT, que correspondem a 1%, 2% ou 3%, dependendo do grau de risco da atividade empresarial e incide sobre a folha de pagamento das empresas.

---

<sup>3</sup> BRASIL. Ministério da Previdência Social. Disponível em [HTTP://www.ipef.br/legislacao/bdlegislacao/arquivos/3024.rtf](http://www.ipef.br/legislacao/bdlegislacao/arquivos/3024.rtf). Acesso em 29abr. 2011.

Este índice nasceu com o desígnio de custear as aposentadorias especiais e os benefícios decorrentes de acidente de trabalho, e está previsto no artigo 202-A do Decreto nº 3.048/99, *in verbis*:

Art. 202-A. As alíquotas constantes nos incisos I a III do art. 202 serão reduzidas em até cinqüenta por cento ou aumentadas em até cem por cento, em razão do desempenho da empresa em relação à sua respectiva atividade, aferido pelo Fator Acidentário de Prevenção - FAP.

§ 1º O FAP consiste num multiplicador variável num intervalo contínuo de cinco décimos (0,5000) a dois inteiros (2,0000), aplicado com quatro casas decimais, considerado o critério de arredondamento na quarta casa decimal, a ser aplicado à respectiva alíquota.

§ 2º Para fins da redução ou majoração a que se refere o caput, proceder-se-á à discriminação do desempenho da empresa, dentro da respectiva atividade econômica, a partir da criação de um índice composto pelos índices de gravidade, de frequência e de custo que pondera os respectivos percentis com pesos de cinquenta por cento, de trinta cinco por cento e de quinze por cento, respectivamente.

§ 4º Os índices de frequência, gravidade e custo serão calculados segundo metodologia aprovada pelo Conselho Nacional de Previdência Social, levando-se em conta:

I - para o índice de frequência, os registros de acidentes e doenças do trabalho informados ao INSS por meio de Comunicação de Acidente do Trabalho - CAT e de benefícios acidentários estabelecidos por nexos técnicos pela perícia médica do INSS, ainda que sem CAT a eles vinculados;

II - para o índice de gravidade, todos os casos de auxílio-doença, auxílio-acidente, aposentadoria por invalidez e pensão por morte, todos de natureza acidentária, aos quais são atribuídos pesos diferentes em razão da gravidade da ocorrência, como segue:

a) pensão por morte: peso de cinquenta por cento;

b) aposentadoria por invalidez: peso de trinta por cento;  
e

c) auxílio-doença e auxílio-acidente: peso de dez por cento para cada um; e

III - para o índice de custo, os valores dos benefícios de natureza acidentária pagos ou devidos pela Previdência Social, apurados da seguinte forma:

a) nos casos de auxílio-doença, com base no tempo de afastamento do trabalhador, em meses e fração de mês; e

b) nos casos de morte ou de invalidez, parcial ou total, mediante projeção da expectativa de sobrevivência do segurado, na data de início do benefício, a partir da tábua de mortalidade construída pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE para toda a população brasileira, considerando-se a média nacional única para ambos os sexos.

§ 5º O Ministério da Previdência Social publicará anualmente, sempre no mesmo mês, no Diário Oficial da União, os róis dos percentis de frequência, gravidade e custo por Subclasse da Classificação Nacional de Atividades Econômicas - CNAE e divulgará na rede mundial de computadores o FAP de cada empresa, com as respectivas ordens de frequência, gravidade, custo e demais elementos que possibilitem a esta verificar o respectivo desempenho dentro da sua CNAE-Subclasse.

§ 7º Para o cálculo anual do FAP, serão utilizados os dados de janeiro a dezembro de cada ano, até completar o período de dois anos, a partir do qual os dados do ano inicial serão substituídos pelos novos dados anuais incorporados.

§ 8º Para a empresa constituída após janeiro de 2007, o FAP será calculado a partir de 1º de janeiro do ano seguinte ao que completar dois anos de constituição.

§ 9º Excepcionalmente, no primeiro processamento do FAP serão utilizados os dados de abril de 2007 a dezembro de 2008.

§ 10. A metodologia aprovada pelo Conselho Nacional de Previdência Social indicará a sistemática de cálculo e a forma de aplicação de índices e critérios acessórios à composição do índice composto do FAP.

A verdadeira intenção ao se instituir o FAP foi para que, com ele, houvesse uma elevada melhoria das condições e ambiente de trabalho e da saúde dos trabalhadores, fazendo com que as empresas se preocupassem de maneira bem peculiar com a saúde e segurança do trabalhador, garantindo sua dignidade em um ambiente de trabalho com menos riscos de acidentes e uma tranquilidade ao saber que sua saúde estará protegida no ambiente de trabalho.

Em suma, a empresa que contiver maior número de acidente ou doença do trabalho contribuirá com maior valor percentual no GIL-RAT, enquanto a empresa com índice de acidentes ou doenças do trabalho inferiores terá uma diminuição no valor de contribuição ao GIL-RAT.

O FAP só começou a ser aplicado a partir de janeiro de 2010, embora tenha sido instituído em 2007.

Este novo método confere uma diminuição da alíquota ao GIL-RAT para as empresas que demonstrarem queda nos números de acidentes e doenças laborais. Ao contrário das empresas que apresentarem majoração nos números de acidentes e doenças do trabalho, neste caso, elas sofrerão aumento da mesma contribuição.

O FAP é um multiplicador que tem variação de 0,5000 a 2,000 das percentagens do GIL-RAT. O aumento ou redução da alíquota estará sujeita ao cálculo dos índices de frequência, gravidade e do custo dos acidentes ou doenças do trabalho, advindos em cada empresa.

### **3 Índices de frequência, gravidade e custo**

Conforme o artigo 202-A, do Regulamento da Previdência Social, os índices de frequência, gravidade e custo devem ser calculados segundo metodologia aprovada pelo Conselho Nacional da Previdência Social.

Esta metodologia leva em conta o índice de frequência, que são os registros de acidentes e doenças dos trabalhos declarados a Previdência Social por intermédio da CAT e de todos os benefícios acidentários concedidos pelos nexos técnicos por decisão da perícia médica do INSS.

Por sua vez, o índice de gravidade, é computado por todos os episódios de auxílio doença, auxílio acidente, aposentadoria por invalidez e pensão por morte, sendo estes todos de caráter acidentário, aos quais serão imputados diferentes pesos em decorrência da gravidade do fato.

O índice de custo será verificado pelo Ministério da Previdência Social, que irá aferir todos os valores dos benefícios de caráter acidentários pagos ou devidos pela Previdência Social.

Os valores os benefícios de auxílio doença serão apurados como base no tempo de afastamento do trabalhador, em meses e fração de mês. E, nos episódios de morte ou de invalidez, parcial ou total, a análise será executada mediante projeção da expectativa de sobrevivência do segurado, desde a data de abertura do benefício, a partir da tabela de mortalidade construída pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE para toda a população brasileira, levando em consideração a média pátria singular para ambos os sexos.

A Resolução nº 1.316 de 2010, confere a metodologia para o cálculo deste fator. Esta atual resolução definiu o Fator Acidentário de Prevenção em 0,5 para as empresas que não apresentam registros de acidente ou doença do trabalho, benefícios acidentários sem CAT conectada ou nenhum tipo de benefício acidentário, porém, se em eventual fiscalização for verificado que a empresa não noticiou algum acidente existente, o FAP será 2,0.

Resumindo, o FAP será composto a partir da quantidade dos benefícios acidentários provocados pela empresa, não se restringindo apenas em relação a quantidade de benefícios concedidos (índice frequência), mas ainda em seu tempo,

já que quanto maior o período de afastamento, elevado será o gasto do sistema (índice gravidade). Igualmente, será visto o valor dos benefícios, pois se o segurado acidentado tinha um salário de contribuição alto, maior será a renda mensal e, sendo assim, superior é o custo do sistema previdenciário (índice custo).

Para o computo do FAP serão combinados os registros de toda CAT emitida e pelos registros dos benefícios de natureza acidentária efetuados pela Previdência Social. O período de dados do FAP será composto por dados de dois anos imediatamente antecedentes ao ano de seu processamento. Exclusivamente, o primeiro processamento do FAP empregou as informações de abril de 2007 a dezembro de 2008.

Para o cálculo do FAP são consideradas, portando, todas as CATs emitidas, os benefícios B91 – auxílio doença acidentário, B92 – aposentadoria por invalidez acidentária, B93 – pensão por morte acidentária e B94 – auxílio acidente.

Com fulcro no inciso I do artigo 202-A, o índice de frequência indica a incidência de acidentes em cada empresa. Para esse índice são computadas as ocorrências acidentárias registradas por meio de CAT e os benefícios das espécies B91 e B93 sem comunicação de CAT, ou seja, aqueles que foram estabelecidos pela perícia médica do INSS em razão da configuração dos nexos técnicos previdenciários, bem como por NTEP.

Os benefícios B92 e B94 podem ser compostos sem a anteposição de um B91 e sem a CAT, sendo eles computados como acidentes ou doenças do trabalho.

Sendo Assim, para a verificação do índice de frequência a ser aplicado para determinada empresa, deverá ser usada a seguinte fórmula:



**Frequência:  $\frac{\text{Número de CAT} + (\text{B91} + \text{B92} + \text{B93} + \text{B94 sem CAT})}{\text{Número médio de vínculos}} \times 1.000$**

Tratando do índice da gravidade, disposto no inciso II do artigo 202-A, verifica-se a gravidade de cada acidente por empresa. Para compor este índice serão considerados todos os afastamentos (B91, B92, B93 e B94) superiores a 15 dias, mas cada um com o seu peso por causa da gravidade do fato.

O peso aplicado para cada tipo de afastamento é baseado no Sistema Único de Benefícios – SUB da Previdência Social, sendo os pesos:

- (i) Peso 0,50 para o benefício de espécie B93 (pensão por morte);
- (ii) Peso 0,30 para a espécie B92 (Aposentadoria por Invalidez); e
- (iii) Peso 0,10 para cada uma das espécies B91 (Auxílio doença acidentário) e B94 (Auxílio Acidente).

Temos então a fórmula do índice de gravidade:

**Gravidade:  $\frac{(\text{B91} \times 0,10) + (\text{B94} \times 0,10) + (\text{B92} \times 0,30) + (\text{B93} \times 0,50)}{\text{Número médio de vínculos}} \times 1.000$**

Por derradeiro, o índice custo tem a representação de todos os valores de benefícios pagos pela Previdência Social. São computadas as importâncias pagas pela Previdência Social em rendas mensais de benefícios e o tempo de afastamento em meses ou fração, sendo que benefícios sem data final tem data de fim de ano como base de cálculo.

Este índice é previsto no inciso III do artigo 202-A e nas suas alíneas.

Do exposto, aprecia-se a seguinte fórmula para o cálculo:

$$\text{Custo: } \frac{\text{Valor Total de benefícios} \times 1.000}{\text{Valor total de remuneração paga}}$$

A junção dos índices de frequência, gravidade e custo, gera um índice composto, que será calculado levando em consideração uma ponderação acrescida em cada percentual:

- (i) Índice de gravidade (G) – 50% de importância;
- (ii) Índice de frequência (F) – 35% de importância; e
- (iii) Índice de custo (C) – 15% de importância.

Desta forma, o FAP será adquirido através do resultado da seguinte fórmula:

$$\text{FAP: } \underline{\underline{(0,5x \text{ percentil da G}) + (0,35x \text{ percentil da F}) + (0,15x \text{ percentil do C}) \times 0,2}}$$

Estas atribuições de pesos seguem indicações de Normas Técnicas Brasileiras, todos estes procedimentos aplicados tendem a precaver e diminuir, prioritariamente, acidentes com morte ou invalidez.

#### **4 Forma de cálculo**

O primeiro cálculo do FAP foi efetuado com os elementos de estudo entre os anos 2000 a 2004 dos registros do Sistema Único de Benefícios (SUB), o Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS) e da tabela de expectativa de vida do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), segundo os preceitos da Resolução MPS/CNPS nº 1.269/06.

Logo após, no ano de 2007 foi publicado o Decreto nº 6.042/07, atribuindo que o FAP dependeria do comportamento das empresas até 31/12/2006 e ficaria

disponível via internet até 31/05/2007 a relação das ocorrências relativas ao período de 01/05/2004 a 31/12/2006.

Nada obstante, o Decreto nº 6.957/09 trouxe a inovação de forma peculiar em seu artigo 202-A, §7º, apontando a atualização do FAP de ano a ano, mas com levantamento de dados para seu cômputo, sempre os dois últimos anos de todo histórico de acidentes e doenças do trabalho.

Para as empresas que adquiriram personalidade jurídica após janeiro de 2007, o FAP começará a incidir no GIL-RAT, quando completados dois anos de constituição da empresa. Aplica-se também a Resolução nº 1.316/10.

Sendo assim, o GIL-RAT das empresas que no ano de 2010 não investiram na segurança do trabalho, sofreu as seguintes alterações:

- (i) Grau de risco leve de 1% será de 1,75%;
- (ii) Grau de risco médio de 2% será de 3,5%; e
- (iii) Grau de risco grave de 3% será de 5,25.

Todavia, esta redução de 25% foi extinta em 2011, sendo o GIL-RAT com a incidência do FAP de 2%, 4% e 6%.

## **5 Taxa de rotatividade**

A Resolução nº 1.309 do Conselho Nacional da Previdência Social, acrescentou a chamada taxa de rotatividade, ela foi acrescida para o cômputo do FAP.

Referida taxa versa evitar que as empresas que sustentam por mais tempo seus trabalhadores, sejam prejudicadas por assumirem todo o risco de sua acidentabilidade.

Por ventura, caso a empresa tenha uma média de rotatividade superior a 75%, não fará jus a bonificação de redução da alíquota do GIIIL-RAT.

Esta taxa adotada tem na Resolução nº 1.316/10, precisamente no item 3.3, o meio de cálculo:

Usa-se por sua vez a seguinte fórmula, para o cálculo da referida taxa:

**Anual: mínimo (quantidade de rescisões do ano) x 100**

**Número de vínculos no início do ano**

**Média: Média das taxas de rotatividade anuais dos dois últimos anos**

Portanto, caso a empresa tenha uma taxa de rotatividade superior a 75%, só poderão gozar da redução da alíquota do FAP comprovando que observaram as normas de Saúde e Medicina do Trabalho nos casos de demissões voluntárias ou término de obras.

## **6 Travas de mortalidade e invalidez**

Para o cálculo do FAP, não há a aplicação das taxas de mortalidade e invalidez, mas serão observados estes casos em todas as empresas, pois caso tenha ocorrido morte ou invalidez permanente de algum trabalhador haverá uma repercussão no FAP.

Após o cálculo do FAP individual das empresas, serão analisados todos os casos que o FAP seja inferior a 01 (um). Já que, o FAP menor que um geraria uma redução da alíquota do GIIIL-RAT.

Exclusivamente nestes casos, as empresas que apresentarem um quadro de morte ou invalidez permanente, decorrentes de acidentes ou doenças do trabalho, terão uma TRAVA em seu FAP, não o deixando inferior a um, é o que diz a Resolução nº 1.316/10.

Esta “trava” será aplicada no FAP e sendo assim ele será sempre de 1%, chamado de FAP Neutro.

De acordo com a portaria Interministerial nº 451 de 2010, existe a possibilidade de desfazer a aplicação destas travas. Para isso, a empresa deverá comprovar a realização de investimentos em recursos materiais, humanos e tecnológicos em melhoria na segurança do trabalho, com o acompanhamento dos sindicatos dos trabalhadores e dos empregadores.

O preenchimento é feito no site do Ministério do Trabalho, e ele surgiu para o bloqueio da bonificação do FAP aplicado no ano de 2011.

## **7 Aplicabilidade do FAP**

Nos dias de hoje vale muito mais a pena investir em um velho ditado “é melhor prevenir do que remediar”; o empresário precisa verificar o futuro, ver adiante e usar o FAP em seu benefício e em benefício aos seus trabalhadores.

São inúmeros os acidentes e doenças do trabalho por falta de investimentos na segurança e na medicina do trabalho, que desembocarão em uma redução na alíquota previdenciária paga mensalmente.

Para que haja referida diminuição do FAP e não um aumento, existem alguns pontos a ser verificados pelo empreendedor:

- (I) Controle dos benefícios acidentários, mediante consulta no site da Previdência Social;
- (II) Contestar administrativamente de forma tempestiva todas as concessões de benefícios acidentários, através do requerimento a respectiva Agência da Previdência Social ou recurso perante o Conselho de Recursos da Previdência Social;
- (III) Diagnosticar os problemas da segurança e saúde do trabalho, em cada setor da empresa em relação aos cargos, para assim remediar os problemas de saúde e segurança;
- (IV) Controlar todos os atestados e CATs emitidas, para evidenciar a sua constância quanto à realidade e necessidade de encaminhamento ao INSS.

Mesmo a empresa tomando todas as precauções necessárias, considera-se importante as empresas impugnarem o FAP anualmente. Desta forma, precisa verificar a correção dos dados dos registros de acidentes de trabalho considerados no cálculo pela Previdência, em face da real situação fática.

Existe na Portaria Interministerial MPF/MF nº 451 de 2010 em seu artigo 5º, o direito de defesa das empresas contribuintes.

As contestações administrativas terão efeito suspensivo no tocante à aplicação do FAP.

Sendo assim, existe um rol exemplificativo para identificar e contestar os principais equívocos identificados nos pela Previdência Social no cômputo do FAP, sendo eles:

- (i) Auxílios doenças previdenciários (comuns), modificados para auxílio doença acidentário;
- (ii) Cálculo de CATs que não foram abertas pela empresa;
- (iii) Identificação de benefícios acidentários outorgados a ex-empregados da empresa ou a segurados já falecidos;
- (iv) Cômputo de acidentes de trajeto;
- (v) Equívocos na aplicação da fórmula de cálculo do FAP; e
- (vi) Cálculo de conversões de benefícios comuns convertidos em acidentários em razão do Nexo Técnico Epidemiológico (NTEP), do Nexo Técnico Individual (NTI), ou Nexo Técnico Profissional (NTP), que foram impugnados pela empresa administrativamente.

Sendo assim, vale a pena as empresas realizarem o acompanhamento dos afastamentos ocorridos, realizarem por meios legais as impugnações necessárias das decisões equivocadas do perito médico da Previdência Social, bem como investimentos consistentes e precisos em saúde e segurança do trabalho.

Observadas toas as considerações apresentadas, a *performance* das empresas como um todo será avaliada, e haverá o efetivo investimento na redução dos problemas de segurança e saúde do ambiente do trabalho. Por consequência,

os números de benefícios acidentários vinculados às empresas diminuirão e por consequência o FAP será reduzido e ao multiplicar o GIL-RAT a empresa terá uma diminuição considerável em sua alíquota.

Por derradeiro, constata-se que todas estas medidas serão de grande valia à vida e ao bem estar do trabalhador em seu ambiente de trabalho, ele que é a parte hipossuficiente da relação trabalhista será beneficiado e gozará dos direitos fundamentais constitucionais de condições dignas laborais.

## **8 Inconstitucionalidade do FAP**

Com o advento da Lei nº10.666/2003, o FAP veio para que haja uma majoração ou diminuição da carga tributária das empresas submetidas à contribuição prevista no art. 22, inciso II, da lei 8.212/91, que sucede sobre a folha de salários.

“art.10 da Lei nº 10.666/2003: 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 cinqüenta 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.”

O FAP nos parâmetros do art. 10, da lei 10.666/2003 é inconstitucional. E fere o princípio da legalidade e causa instabilidade jurídica em nosso ordenamento.



Verifica-se que a alíquota de 1% a 3%, conforme a Lei nº 8.212/91, pode ser majorada em até cem por cento, ou diminuída até 50% conforme dispuser o regulamento. Referida lei de forma aberta e sem obscuridade possibilita ao Poder Executivo, por meio do exercício da função regulamentar, aumentar ou diminuir a contribuição do GIIIL-RAT sobre a folha de salários, prevista no art. 22, inciso II, da Lei nº 8.212/91.

Nestes moldes, para uma lei ser inconstitucional, faz-se necessário que se confronte à Constituição Federal, isto porque, haja vista que a constituição é a lei suprema do nosso ordenamento jurídico, ou seja, todas as normas abaixo dela devem seguir seu rigor, seus preceitos. Sendo que a Carta Magna só poderá ser alterada por emenda constitucional em condições, procedimentos e matérias específicas (art. 60, da CF/88).

Para a análise do FAP, é de grande valia o artigo 150, inciso I, da Constituição Federal, que diz: *"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;"* Consagrou-se, então, com este artigo o princípio da legalidade, que é a base de um Estado Democrático de Direito, já que, somente ela, a Lei, que é votada democraticamente pelo Congresso Nacional, para instituir ou aumentar tributos, vedando qualquer meio em sentido contrário ao ordenado neste artigo.

Porém, em alguns casos, a Constituição Federal apresenta situações em que permite ao Poder Executivo, por meio de seus Decretos, realizar o aumento ou diminuição de tributos.

É uma exceção ao princípio da legalidade e está prevista na Constituição Federal nos seguintes artigos:

(i) - art. 62, § 2º, que permite ao Presidente da República editar Medidas Provisórias, ou seja, criar ou majorar tributo não por lei, mas esta excepcional espécie normativa;

(ii) – art. 153, § 1º, ao facultar ao Poder Executivo, nas condições e limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas dos impostos sobre importação – II - e exportação – IE -, produtos industrializados – IPI - e imposto nas operações financeiras – IOF.

Dispõe o artigo 195, da Constituição Federal, que apresenta base à tributação prevista no artigo 22, inciso II, da Lei nº 8.212/91 e ao artigo 10 da Lei nº 10.666/03, de forma alguma, almeja qualquer possibilidade de modificar as alíquotas por regulamentos. Por isso, não apresentando na Constituição a possibilidade de modificação das alíquotas por Decreto, ou mesmo por regulamento, por isso o disposto no artigo 195 da Carta Magna, necessariamente precisa cumprir a regra geral que é o estrito respeito à legalidade tributária, que impede o aumento ou diminuição de alíquota por ato que não seja lei.

Resta claro, por sua vez, ao analisar o § 9º, do artigo 195, da Constituição Federal, que autoriza alíquotas distintas, por causa da atividade econômica, do veículo intensivo de mão-de-obra, do porte e do lucro da empresa, porém, em momento algum permite a alteração da legalidade, sendo que o aumento ou diminuição só será realizado por meio de Lei.

Por derradeiro, o STF reconheceu a constitucionalidade do SAT, hoje GILL-RAT, que em momento algum pode ser confundido com o FAP. Pois a Lei do FAP, de forma expressa, aponta o regulamento para possibilidade de manipular as alíquotas da contribuição, o que fere o princípio constitucional da legalidade.

Cabe às empresas usarem dos seus direitos constitucionais do contraditório e da ampla defesa para a alegação da inconstitucionalidade do FAP, com pedido de antecipação de tutela para que, de pronto, caso o juiz defira a antecipação, que acontecerá com efeito suspensivo, a empresa já faça jus à não aplicação do FAP.

## **10 Caso concreto**

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região reconheceu a inconstitucionalidade do artigo 10 da Lei 10.666/2003, que trata do Fator Acidentário de Prevenção (FAP), usado no cálculo da contribuição previdenciária devida pelas empresas, sendo vedado ao Fisco alterar a alíquota do RAT (Riscos Ambientais do Trabalho, influenciada pelo FAP) sem que a lei o estabeleça. Como a decisão foi de órgão fracionário, o julgamento será encaminhado à Corte Especial, devido à reserva de plenário para julgar inconstitucionalidades, prevista no artigo 97 da Constituição Federal.

A decisão da 8ª Turma do TRF-1, que entendeu que a lei, ao criar flutuações na alíquota conforme discricionariedade do Fisco, violou o princípio da legalidade tributária, que exige que as alíquotas sejam pré-fixadas em lei.

Ao julgar o processo, a relatora, desembargadora federal Maria do Carmo Cardoso, destacou que a limitação ao poder de tributar prevista no artigo 150, inciso I, da Constituição Federal, assim como no artigo 9º, inciso I, do Código Tributário Nacional, veda ao Fisco instituir ou majorar tributos sem que a lei o estabeleça. De acordo com ela, embora o artigo 10, da Lei 10.666, tenha reproduzido os percentuais de referência da contribuição e fixado os limites máximo e mínimo de aumento e redução da alíquota, não definiu, de modo preciso e satisfatório, os elementos essenciais da obrigação jurídico-tributária.

Com esses fundamentos, a 8ª Turma reconheceu a inconstitucionalidade e determinou a remessa dos autos à Corte Especial do tribunal para análise da arguição.

## **11 Conclusão**

A verdadeira intenção ao se instituir o FAP foi para que, com ele, houvesse uma elevada melhoria das condições e ambiente de trabalho e da saúde dos trabalhadores, fazendo com que as empresas se preocupassem de maneira bem peculiar com a saúde e segurança do trabalhador, garantindo sua dignidade em um ambiente de trabalho com menos riscos de acidentes e uma tranquilidade ao saber que sua saúde estará protegida no ambiente de trabalho.

Para o cálculo do FAP são consideradas, portando, todas as CATs emitidas, os benefícios B91 – auxílio doença acidentário, B92 – aposentadoria por invalidez acidentária, B93 – pensão por morte acidentária e B94 – auxílio acidente.

O FAP nos parâmetros do art. 10, da lei 10.666/2003 é inconstitucional. E fere o princípio da legalidade e causa instabilidade jurídica em nosso ordenamento.

O artigo 10, da Lei 10.666, ao delegar ao Poder Executivo a fixação da metodologia e dos critérios de apuração do FAP, acabou delegando ao Executivo o poder de fixar alíquota de tributo, o que é vedado em nosso ordenamento jurídico.

O tema aqui enfrentado será alvo de julgamento pelas cortes superiores, já que a questão não está pacificada pelas altas cortes do país.

## **12 Referências**

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 14.<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Saraiva. 1992.

BERBEL, Fábio Lopes Vilela. Teoria Geral da Previdência Social. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, Senado, 1988.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. Direito Previdenciário. 4.<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito da Seguridade Social. 17.<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

OLIVEIRA, Moacyr Cardoso de. Previdência Social: Doutrina e Exposição da Legislação Vigente. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1987.

RUSSOMANO. M.V. Curso de Previdência Social. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

VIANNA. Cláudia Salles Vilela. Previdência Social, custeio e benefícios. São Paulo: LTr. 2005.