

INCONSISTÊNCIA DO SUPORTE LEGAL DO FATOR ACIDENTÁRIO DE PREVENÇÃO

INCONSISTENCY LEGAL SUPPORT OF FACTOR ACCIDENT PREVENTION

MARCELO BRAGHINI

Pós-Graduado em Direito do Trabalho pela PUC/GO, Especialista em Direito Tributário pelo IBET, Mestrando em Direito Constitucional pela UNAERP, Advogado e Professor.

RESUMO: O presente artigo trata da inconsistência dos fundamentos do Fator Acidentário de Prevenção com o arcabouço jurídico anterior que regulamenta o acidente do trabalho, este formulado a partir da responsabilidade objetiva da Previdência Social, decorrendo o pagamento dos benefícios de natureza pecuniária da mera ocorrência da situação de risco prevista em lei. Algumas figuras jurídicas delineadas na lei de regência dos benefícios da Seguridade Social, tais como: concausa, acidente trajeto e culpa exclusiva de terceiro; são incompatíveis com a sistemática do Fator Acidentário de Prevenção, pois se o escopo é quantificar o número de acidentes por empregador, para fins de majoração de alíquota, não há como imputar o evento acidentário do qual não tenha concorrido com dolo ou culpa. Nossa análise, também, aborda os debates doutrinários acerca da inconstitucionalidade do Fator Acidentário de Prevenção, bem como do Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário.

ABSTRACT: The present study is about the inconsistency of the foundations of Accident Prevention Factor with the previous legal framework regulating the work accident, drawn from the strict liability of Social Security, after the payment of the benefits of a pecuniary nature of the mere occurrence of the situation risk provided by law. Some legal figures outlined in the regencies of law Social Security benefits, such as: concausas, crash course and exclusive fault of a third person are inconsistent before the systematic of the factor of Accident Prevention, as if the scope is to quantify the number of accidents by employer for purposes of rate increase, there is no charge for this event by the accident of which has not competed with malice or negligence. Not escaped our analysis, the doctrinal debates about the unconstitutionality of Factor Accident Prevention and NTEP.

PALAVRAS-CHAVE: Fator Acidentário de Prevenção. Inconstitucionalidade. Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário. Responsabilidade Objetiva. Excludentes de Responsabilidade.

KEYWORDS: Accident of Prevention Factor. Unconstitucional. Nexus Technical Epidemiological Social Security. Objective Responsibility. Exception of Liability.

SUMÁRIO: Introdução. - 1. Perfil Constitucional do sistema de financiamento da Seguridade Social. - 2. Seguro de acidente do trabalho. - 3. Proteção Constitucional ao meio ambiente do trabalho. - 4. Fator acidentário de prevenção. - 5. Metodologia de Cálculo. - 6. Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário. - 7. Delegação legislativa e o princípio da estrita legalidade tributária. - 8. Aspecto material da regra matriz de incidência tributária. - 9. Alíquotas e bases de cálculo diferenciadas na contribuição social. - 10. Insegurança jurídica do reconhecimento da natureza acidentária do afastamento. - 11. Responsabilidade objetiva versus responsabilidade

subjetiva. - 12. Inconsistência do arcabouço legal anterior com a inovação da tarifação individual. Conclusão.

INTRODUÇÃO

Através do presente ensaio pretendemos analisar a inconstitucionalidade do Fator Acidentário de Prevenção (FAP), introduzido no ordenamento jurídico pátrio em 08 de maio de 2.003, com a edição da Lei nº 10.666, permitindo-se a tarifação individual das alíquotas do Seguro de Acidente do Trabalho segundo o número de acidentes do trabalho computados para cada empresa (CNPJ) em determinado período de apuração.

Para caracterização dos acidentes do trabalho, a Previdência Social vem utilizando os conceitos e eventos inseridos na Lei de Benefícios da Seguridade Social (Lei nº 8.213/91), que sob a nossa ótica foram formulados para atender a uma política legislativa do Estado Social, pautada na responsabilidade objetiva, com o pagamento de prestações pecuniárias em razão da ocorrência das situações de risco social previstas em lei, subvertendo a lógica da competição inserida na metodologia do FAP, haja vista que a majoração de alíquota deve necessariamente estar acompanhada de um evento acidentário, ao qual, a empresa tenha concorrido com dolo ou culpa.

Sobretudo, é um tema atual diante das infundáveis discussões a respeito de sua inconstitucionalidade travadas na doutrina e jurisprudência, sempre ao aguardo do posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, acionado via Ação Direita de Inconstitucionalidade, seja a respeito do Fator Acidentário de Prevenção (ADI nº 4397), ou mesmo, do Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário (ADI nº 3931), este por sua vez, introduzido no sistema jurídico a partir de edição da Lei nº 11.430, em 29 de dezembro de 2.006.

Não nos parece que a decisão que veio prevalecer no Supremo Tribunal Federal, tomada em sede de Recurso Extraordinário (nº 343.446-2 SC), sob a relatoria do Ministro Carlos Veloso, assegurando a constitucionalidade do enquadramento das alíquotas do SAT por decreto (Anexo V, do Decreto nº 3.048/99), possa antecipar qualquer tendência a ser adotada nestes novos julgamentos, pela própria peculiaridade de cada uma destas questões.

Os efeitos decorrentes da nova sistemática do Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário - associação entre CNAE da empresa em que houve o afastamento e a CID diagnosticado pela perícia do INSS - que passa a reconhecer o afastamento acidentário “por

atacado”, são muitos, podendo destacar os principais: (i) recolhimento do FGTS do empregado no período de afastamento acidentário (art. 15, § 5º, da Lei nº 8.036/90); (ii) garantia de emprego nos 12 meses subsequentes do retorno ao trabalho (art. 118, da Lei nº 8.213/91); (iii) ação regressiva do INSS para reaver do empregador negligente o valor despendido pelo Erário com o pagamento dos benefícios acidentários (art. 120, da Lei nº 8.213/91); e por fim, (iv) possibilidade de reintegração no emprego após a dispensa do empregado, pela constatação do NTEP no período de graça, em que o empregado mantém a condição de segurado da previdência social (art. 15, II, da Lei nº 8.213/91 e Súmula nº 378, II, do TST).

1- Perfil constitucional do sistema de financiamento da Seguridade Social

O sistema tributário instituído com a Constituição Federal estabelece no art. 195 da CF¹ as fontes de custeio do Regime Geral da Previdência Social, sendo tributos de natureza vinculada a uma prestação estatal específica de natureza social, permitindo a manutenção e expansão dos benefícios, que podem se decompor em prestações pecuniárias ou serviços, sob a responsabilidade do Instituto Nacional da Previdência Social.

A leitura conjugada do dispositivo citado no parágrafo anterior com o art. 7º, XXVIII, da CF², permite visualizar a competência tributária impositiva específica, a cargo da União, relativa ao seguro obrigatório devido pelas empresas para fazer frente ao custeio dos benefícios acidentários, sob o fundamento da responsabilidade objetiva da Previdência Social, devendo o empregador responder de forma suplementar nos casos de dolo ou culpa,

¹ Dispõe a CF: “art. 195 A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;

b) a receita ou o faturamento;

c) o lucro;

II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201;

III - sobre a receita de concursos de prognósticos;

IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar”.

² Dispõe o inciso XXVIII do art. 7º da CF: “seguro contra acidentes do trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que está obrigado, quando incorrer em dolo e culpa”.

responsabilidade civil subjetiva prevista nos artigos 186³ e 927, *caput*⁴, do Código Civil.

Oportuno observar que o § 9º do artigo 195 da Constituição Federal⁵, introduzido pelo legislador constituinte derivado através da EC nº 47/05, permite a adoção de alíquotas diferenciadas como forma de operacionalizar o princípio da equidade na base de financiamento da Seguridade Social, a exemplo da atividade econômica exercida, com suas peculiaridades, mas sem entrever a possibilidade da tarifação individual, pretendida pelo Fator Acidentário de Prevenção.

Em atenção a estas diretrizes constitucionais, foi implantada a contribuição adicional denominada SAT (Seguro de Acidente do Trabalho), inciso II do artigo 22 da Lei 8.212/91⁶, incidindo alíquotas variáveis de 1%, 2% ou 3%, sobre a folha de salários segundo a atividade econômica desenvolvida pela empresa, classificação de risco da atividade por CNAE através do Anexo V do Decreto nº 3.048/99 (RPS).

2 - Seguro de acidente do trabalho

Então, para definição das alíquotas SAT, a empresa deverá efetuar seu auto-enquadramento no CNAE correspondente, autorização expressa no § 5º do art. 202 do RPS⁷, realizado mensalmente através das informações prestadas a SRFB (Secretaria da Receita Federal do Brasil) através do programa SEFIP, para processamento dos dados relativos às

³ Art. 186 do CC: *“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.*

⁴ Prevê o art. 927, *caput*, do CC: *“Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.*

⁵ Redação do § 9º, do art. 195 da CF *“As contribuições sociais previstas no inciso I do caput deste artigo poderão ter alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica, da utilização intensiva de mão-de-obra, do porte da empresa e condição estrutural do mercado de trabalho”.*

⁶ Inciso II do art. 22 da Lei 8.212/91: *“Para financiamento do benefício previsto nos arts. 57 e 58 da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, e aqueles concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, sobre o total de 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 acidente 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”.

bases de cálculo das contribuições previdenciárias, em sentido estrito, previstas no art. 195, inciso I, letra “a” e inciso II, da CF.

Em atenção aos preceitos Constitucionais destacados no item anterior, e sem considerarmos a flexibilização de alíquotas do SAT provocada pela incidência do multiplicador do FAP, a carga tributária das empresas quanto a este aspecto independe da qualidade do meio ambiente do trabalho, situação que o FAP pretende reverter através da competição entre empresas do mesmo setor, com foco no resultado dos acidentes ocorridos nas empresas dentro de um período de apuração, iniciativa louvável, que deve observar os limites impostos pelo próprio sistema tributário nacional inaugurado com a CF de 1.988, principalmente quando impõe limites ao poder de tributar, dentro do contexto de um Estado Democrático de Direito, que impõe a harmonização dos valores preservados pela Constituição, sem a defesa de valores absolutos, que impeça a vigência dos demais.

Logo, os benefícios acidentários pagos a título de contraprestação pecuniária, pelo Estado, em razão das situações de risco ou contingenciamento protegidas por lei, possuem fonte de custeio específica na Constituição Federal, bastando à caracterização do evento acidentário segundo os requisitos previstos legislação infraconstitucional, acidentes típicos ou por equiparação, para que o segurado da Previdência Social esteja protegido.

Até a implantação do Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário, era necessário provar, perante a perícia do INSS, o nexo causal entre o agravo e atividade profissional desempenhada na empresa, em consonância com o arcabouço Constitucional. A partir do novo sistema, em havendo a vinculação estatística, ter-se-á a inversão do ônus da prova, devido à presunção *juris tantum* da natureza acidentária do afastamento.

Importante frisar, em prol das conclusões extraídas deste ensaio, que as alíquotas do SAT sempre incidiram sobre base de cálculo estável, definidas de modo objetivo, conforme preceitua o art. 195, I, “a”, da CF, ao eleger a folha de salário para tal finalidade.

A respeito do enquadramento do SAT, vale conferir os ensinamentos de Cláudia Salles Vianna⁸, que afirma:

“O enquadramento é de responsabilidade da própria empresa. Uma vez conhecida a atividade preponderante, deverá o empregador se utilizar da ‘Relação de Atividades Preponderantes e Correspondentes Graus de Risco’ (conforme a Classificação Nacional de Atividades Econômicas – CNAE), anexa ao decreto n.

⁷ O texto do § 5º do art. 202 do Decreto nº 3.048/99: “É de responsabilidade da empresa realizar o enquadramento na atividade preponderante, cabendo à Secretaria da Receita Previdenciária do Ministério da Previdência Social revê-lo a qualquer tempo”.

⁸ VIANNA. Cláudia Salles Vilela. *Manual prático das relações trabalhistas*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 648.

3.048/99”.

Quanto à definição da atividade preponderante tivemos uma pequena celeuma com a edição da IN da RFB nº 1.071, de 15 de setembro de 2010, que alterou os parâmetros fixados até então pelo art. 72 da IN nº 971/09, prevalecendo neste interregno o conceito celetista da unidade do produto, para a qual convergem as demais atividades em regime de conexão funcional. Diante da dificuldade de compreensão do novel conceito, prevaleceu o bom-senso, restaurando-se o conceito anterior, quase um mês após da alteração, com a edição da IN RFB nº 1.080/10, em 03 de novembro de 2010, segundo o qual, a atividade preponderante será aquela que congrega o maior número de trabalhadores em determinado setor, ou estabelecimento da empresa.

Vale lembrar, a possibilidade de efetuar a segregação dos empregados vinculados ao setor administrativo e produtivo, deste que sua alocação se faça através de CNPJ distintos, conforme proposição da Súmula nº 351 do STJ⁹, destacando-se o Voto da Ministra Eliana Calmon¹⁰, neste sentido:

“Ora, de fato, a atividade que se utiliza do maior número de trabalhadores da empresa deve ser considerada como atividade preponderante, para fins de aferição do grau de risco de acidente de trabalho. Afinal, deve ser levado em conta que a probabilidade da ocorrência de qualquer sinistro é proporcional ao número de trabalhadores efetivamente lotados na atividade de risco leve, médio ou grave”.

Neste sentido, é a posição de Wladimir Novais Martinez¹¹:

“Atividades da empresa (CNAE) é pouco; não especifica as inúmeras funções exercidas num estabelecimento; todas as empresas empreendem vários esforços distintos, entre as quais as atividades-meio e as atividades-fim. Importa o que o trabalhador exercita, nem sempre coincidente com seu cargo. Um empregado da Petrobrás, operador de computador, não trabalha para uma empresa de informática. Ora, de regra, epidemiologicamente, os agentes nocivos presentes na indústria petrolífera destoam daqueles presentes na informática”.

Portanto, há possibilidade de segregação das atividades desempenhadas na empresa, inclusive para fins de NTEP, uma vez que a associação estatística leva em consideração a atividade-fim da empresa analisada, uma vez que as doenças próprias do

⁹ É o teor da Súmula nº 351 do STJ: “A alíquota de contribuição para o Seguro de Acidente do Trabalho (SAT) é 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”.

¹⁰ STJ. Relatora Ministra Eliana Calmon, Recurso Especial nº 323.094-PR, Data do julgamento 29.06.2006.

¹¹ MARTINEZ, Wladimir Novais. *Prova e contraprova do nexa epidemiológico*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 71.

exercício da profissão não serão encontradas nas pessoas acometidas em atividades-meio, como é o caso do pessoal administrativo, possibilitando a impugnação administrativa apta a permitir a transformação da espécie acidentária em previdenciária.

3 - Proteção Constitucional do meio ambiente do trabalho

Sem sombra de dúvidas o substrato Constitucional do FAP encontra-se disposto no inciso XXII do art. 7º da CF, ao prever como direito social do trabalho urbano e rural a: *“redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”*.

Não há dúvidas, diante da clareza do dispositivo em destaque, que o empregado tem direito subjetivo constitucional a um meio ambiente do trabalho saudável e equilibrado, impondo-se ao empregador as obrigações relativas à SST (Saúde e Segurança do Trabalhador), previstas nas Normas Regulamentares da Portaria nº 3.214/78 MTE, impondo diversos programas de gestão de risco, com base na delegação legislativa do art. 155, I, da CLT, tornando-se parâmetros para a aferição da responsabilidade subjetiva do empregador diante do acidente do trabalho, seja para reparação de danos morais ou materiais.

Inegável a legítima intenção do legislador infraconstitucional de estimular os investimentos SST, por intermédio da majoração de alíquotas em um sistema de tarifação individual.

Neste ponto, é esclarecedor o alerta de Airton Kwitko¹², vejamos:

“a empresa que não investe em segurança e medicina no trabalho, ou ainda, a empresa que mascara o risco ambiental, poderá ter que pagar muito de carga tributária, porém, aquela que zela pela segurança e saúde de seu empregado terá uma redução tributária e poderá investir este valor em mais produção, passando a ganhar novos mercados e clientes”.

Inegável para nós o valor ético que se busca preservar através da aplicabilidade da diretriz constitucional, que não consiste em um valor absoluto, em si, devendo harmonizar-se com os demais princípios constitucionais, também, caros ao nosso legislador Constituinte Originário, a exemplo do princípio da estrita legalidade tributária em matéria tributária (art. 150, I, da CF), pois sob os auspícios de resguardar um direito social do trabalhador, não pode o legislador violar outro de igual hierarquia, recomendando-se aqui uma compatibilização

¹² KWITKO, Airton. *Fap e ntep: as novidades que vêm da previdência social*. São Paulo: LTr: 2008. p. 18.

entre ambos, reveladores que são das cláusulas pétreas estabelecidas no art. 60, § 4º, IV, da CF.

Citando Jorge Miranda, Alexandre de Morais¹³ esclarece a respeito da harmonização dos princípios constitucionais fundamentais:

“A contradição dos princípios deve ser superada, por meio da redução proporcional do âmbito de alcance de cada um deles, ou, em alguns casos, mediante a preferência ou a prioridade de certo princípios”.

Desta forma, não nos apresenta este direito subjetivo como remédio capaz de transpor qualquer dos limites, ou obstáculos, impostos pelos princípios basilares do sistema tributário nacional, fundamentando a constitucionalidade do FAP a despeito da demais regras extrapoladas pelo legislador-administrador, como veremos no item vindouro que trata especificamente da inconstitucionalidade.

4 - Fator acidentário de prevenção

Ao pretender a flexibilização das alíquotas do SAT, em sistema de tarifação individual, foi editada a Lei nº 10.666/03, prescrevendo no art. 10, textualmente:

“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 da 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”.

Com a entrada em vigor do sobredito dispositivo legal, as alíquotas das contribuições para financiamento da aposentadoria especial ou benefícios previdenciários com base GUIL (grau de incidência da incapacidade laborativa) decorrente do RAT (riscos de acidente do trabalho), passaram a ser reduzidas à metade ou até duplicadas em razão do FAP, calculado por empresa, traçando um comparativo entre os índices apurados individualmente com as médias apresentadas no setor econômico respectivo.

¹³ MORAIS, Alexandre de. *Direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 11.

Uma análise superficial da norma prescritiva permite-nos visualizar flagrante violação do princípio da estrita legalidade tributária, que no art. 150, I, da CF impõe um limite formal ao poder de tributar, ao: “*exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça*”.

Implantada a inovadora sistemática de flexibilização de alíquotas SAT, a partir de janeiro de 2010, a Previdência Social passou a aplicar uma nova metodologia para apuração das alíquotas do SAT - 1%, 2% e 3% incidente sobre a folha de salários em função do grau de risco da atividade econômica desenvolvida - que consiste na aplicação de um multiplicador, variável entre 0,5 e 2,0, sobre as alíquotas mencionadas, dependendo da acidentalidade registrada no período de apuração.

Anualmente, no mês de setembro de cada ano, em respeito ao princípio da anterioridade nonagesimal prescrito no art. 195, § 6º, da CF, será disponibilizado o multiplicador do FAP no site da Previdência Social, por empresa, a ser lançado na GFIP do ano calendário subsequente.

Registra-se, que as empresas optantes pelo regime simplificado de arrecadação, assim como as Associações de Assistência Social, com imunidade assegurada no art. 195, § 7º, da CF, estão excluídas do regime jurídico do FAP.

Embora inexista qualquer inconstitucionalidade no fato das alíquotas do SAT ser definidas por delegação legislativa, garantindo-se à fiel execução da lei, à medida que haja dependência técnica do Poder Executivo para definição do grau de risco da atividade econômica, por inferência estatística e epidemiológica, conforme permissão constitucional inserta no art. 195, § 9º, CF, promovendo o re-enquadramento periódico, atualizado com a edição do Decreto nº 6.957/09, processado sem o respaldo da divulgação ao grande público de estudo epidemiológico prévio, em atenção ao princípio da publicidade estampado no art. 37, *caput*, da CF.

Não obstante tenha o STF inclinado pela constitucionalidade do SAT, aparenta-nos flagrante a inconstitucionalidade do FAP, pelo recrudescimento das garantias asseguradas ao contribuinte, introdução de exação fiscal através de instrumento normativo inadequado, art. 84, IV combinado com art. 49, V, da CF, limitação material do conteúdo do decreto vinculado à matéria de ordem técnica e procedimental, indispensável à garantia da fiel execução da lei, passível de nulidade, na hipótese em que venha exorbitar sua esfera de atuação e competência.

De qualquer forma é interessante ressaltar a vertente estratégica do FAP, pois o

multiplicador resultará do comparativo de desempenho entre as empresas que estejam na mesma subclasse do CNAE, havendo ao todo 1.301 atividades econômicas devidamente cadastradas pelo CONCLA (Conselho de Classificação das Atividades Econômicas), permitindo um diferencial competitivo quanto à possibilidade de redução dos encargos sociais, dentro de um contexto empresarial e de mercado que imponham margens reduzidas de lucro, e o preço seja um diferencial do produto ou serviço ofertado ao mercado.

A redução dos níveis atuais de acidentalidade, além de agregar um valor intangível no curto prazo, assegurará algo palpável diante da possibilidade de mensurar o aumento da produtividade a partir da redução dos níveis de absenteísmo, bem como assegurar a imagem da empresa dentro de um contexto de responsabilidade social e crescimento sustentável, tendo em vista os diversos selos disponíveis no mercado que atestam os investimentos na saúde e segurança do trabalhador.

5 - Metodologia de cálculo

A princípio a metodologia de cálculo do FAP foi instituída através da Resolução nº 1.296/07, passando por sucessivas etapas de aperfeiçoamento, considerando-se as alterações promovidas com a Resolução nº 1.308/09, até o seu perfil atual, definido pela Resolução nº 1.316/10, todas do CNPS (Conselho Nacional da Previdência Social).

Esclarecemos que somente benefícios acidentários são considerados na base de dados da metodologia, seja em decorrência da abertura de uma CAT (Comunicado de Acidente do Trabalho), ou pelo estabelecimento do NTEP, sendo as possíveis a caracterização das seguintes espécies: (i) auxílio-doença acidentário (B91), (ii) aposentadoria por invalidez acidentária (B92); (iii) pensão por morte acidentária (B93); e, (iv) auxílio-acidente acidentário (B94).

Referida metodologia está lastreada em um tripé, formado pelos índices de frequência, gravidade e custo, apurados da seguinte forma: a) o índice de frequência decorre da somatória do número de acidentes registrados, com ou sem CAT, dividido pelo número médio de vínculos (empregatício); b) o índice de gravidade é obtido pela multiplicação dos eventos pelos seus respectivos pesos (morte 50%, invalidez 35%, auxílio-doença e acidente

10% cada), dividido pelo número médio de vínculos; e por fim, c) o índice de custo resulta da divisão do valor dos benefícios pagos no período, pelo total das remunerações pagas.

Por sua vez, o FAP é o produto de um índice composto, cada uma destas variáveis são calculadas, por empresa, segundo o número de ordem do percentil, variável entre 0 e 100, considerando-se o total de representantes numa única subclasse do CNAE.

Referidos percentis, ao compor o índice final do FAP, terão novos pesos na composição do multiplicador: 50% para o percentil de gravidade, 35% para o percentil de frequência, e, 15% para o percentil de custo; de forma a ressaltar o viés solidário do RGPS (Regime Geral da Previdência Social), onde o item custo terá, ao final, peso menor que os de gravidade e frequência, como forma de incentivar a redução do número de acidentes, bem como as consequências ao trabalhador, reveladas pela gravidade dos acidentes em geral.

Por fim, frisamos que é dever da Previdência Social disponibilizar ao contribuinte todas as informações indispensáveis para a aferição da regularidade dos cálculos, a teor do que dispõe o § 5º, do art. 202-A do Decreto nº 3.048/99, com redação alterada pelo Decreto nº 6.957/09, que literalmente dispõe:

“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 das 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”.

6 - Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário

Sob os auspícios da subnotificação dos registros de acidente do trabalho no Brasil, alegação de que os empresários sonegavam o cumprimento da obrigação acessório referente à comunicação dos acidentes do trabalho, disposição expressa no art. 22, da Lei nº 8.213/91, foi criado o Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário, conforme redação do art. 21-A da legislação mencionada, alterada pela Lei nº 11.430, de 26 de dezembro de 2006, que prevê:

“A perícia médica do INSS considerará caracterizada a natureza acidentária da incapacidade quando constatar ocorrência de nexo técnico epidemiológico entre o

trabalho e o agravo, decorrente da relação entre a atividade da empresa e a entidade mórbida motivadora da incapacidade elencada na Classificação Internacional de Doenças - CID, em conformidade com o que dispuser o regulamento”.

Somente com um sistema desvinculado da obrigação confessional imposta ao empregador, seria possível a implantação do FAP, que depende de uma base de dados completa e confiável, razão pela qual o reconhecimento da natureza acidentária via nexo técnico epidemiológico é realizado pela Perícia técnica do INSS, utilizando-se o quadro de associação estatística entre o CNAE e CID, previsto na lista C, do anexo II, do Decreto nº 3.048/99.

Diante desta constatação, ter-se-á a inversão do ônus da prova relativo à inexistência do nexo causal entre o agravo e o ambiente do trabalho (art. 337, § 7º, do RPS), de forma a suplantar a presunção *juris tantum* do nexo técnico, segundo os procedimentos elencados na IN nº 31/08 INSS/PRES.

Em artigo doutrinário publicado na Revista Dialética de Direito Tributário, Wladimir Novais Martinez¹⁴, teceu algumas considerações a respeito da contestação empresarial:

“Até mesmo após a concessão do benefício acidentário, se a empresa provar que não deu causa ao infortúnio, que não há nexo causal entre a CID e o ambiente do trabalho, o evento terá de ser eliminado das estatísticas que determinam o FAP”.

Em obra coletiva sobre o tema, Remígio Todeschini e outros¹⁵, ressaltam a inovação decorrente da adoção deste Nexo Técnico:

“Eis a grande novidade revolucionária na Previdência Social, que é o reconhecimento das doenças e acidentes mediante o Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário (NTEP). Esse reconhecimento parte da prevalência significativa de doenças (epidemiologia) por meio da Classificação Internacional de Doenças (CID) relacionadas com os mais diversos setores e atividades da empresa”.

Ao par destas informações, nos transparece o intento sorrateiro do Estado em

¹⁴ MARTINEZ, Wladimir Novais. *Aspectos institucionais do FAP – fator acidentário de prevenção*. Revista Dialética de Direito Tributário. nº 171. p. 148.

transferir a responsabilidade inerente a saúde do trabalhador para o empresário, em total dissonância com as obrigações que decorrem do art. 196, *caput*, da CF, ante a facilidade com que o sistema passa a reconhecer a natureza acidentária de todo e qualquer afastamento, situação totalmente dissonante com o contexto que deve circunscrever a tributação, elevando os valores da segurança jurídica, que por si só, é flagrantemente incompatível com a subjetividade inerente às questões que envolvam o diagnóstico do estado de saúde humano.

Reconhecer a acidentalidade através do NTEP é o mesmo que admitir o ingresso no processo de tributação de valores sociais totalmente dissociados da atividade econômica desempenhada, imbuído de elementos ideológicos, operacionalizados por mero exercício de probabilidade, possível entrever este posicionamento, através das afirmações de Paulo Rogério de Oliveira¹⁶, auditor-fiscal da SRFB responsável pela elaboração desta nova metodologia, ao afirmar textualmente:

“Suscita-se que o conjunto dos trabalhadores das empresas de uma atividades econômica forma uma população cujo perfil social, como visto, foi definido pelo empregador para aportar no processo produtivo o necessário valor agregado à acumulação do capital”.

7 - Delegação legislativa e o princípio da estrita legalidade tributária

Ao estabelecer os limites gerais ao poder de tributar, ao lado da definição das diversas competências tributárias de cada um dos entes da Federação, o Constituinte de 1.988, dentro de um conjunto de princípios inalteráveis, denominado de estatuto do contribuinte, fixa, sem qualquer exceção, o princípio da estrita legalidade tributária, nos seguintes termos:

“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”.

Sob a perspectiva desta exigência constitucional, podemos ressaltar o fato do legislador infraconstitucional ter sido por demais econômico na delimitação da hipótese de

¹⁵ TODESCHINI, Remígio. *O novo seguro de acidente e o novo FAP*. São Paulo: LTr, 2009. p. 23.

¹⁶ OLIVEIRA, Paulo Rogério Albuquerque de. *Nexo técnico epidemiológico previdenciário NTEP, fator acidentário de prevenção FAP: um novo olhar sobre a saúde do trabalhador*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 46.

incidência tributária do art. 10, da Lei nº 10.666/03, ressaltando dois pontos fundamentais da delegação legislativa pretendida: (i) que as alíquotas poderão ser reduzidas em até 50% ou aumentadas em até 100%, conforme dispuser o regulamento; (ii) devendo ser medido o desempenho das empresas, quanto ao número de acidentes do trabalho, segundo metodologia aprovada pelo Conselho Nacional de Previdência Social.

Essa questão não escapou à arguta percepção de Fábio Pallaretti Calcini¹⁷, que em artigo publicado sobre o tema, se posiciona da seguinte forma:

“In casu, o art. 10 da Lei n. 10.666/2003 é extremamente vago e impreciso, não produzindo, ao menos, padrões (Standards) capazes de se chegar ao entendimento de que o legislador neste caso tão somente praticou uma delegação regulamentar interna (intra legem), pois inexistem critérios legais razoáveis a serem observados pelo regulamento. Ora, permite-se a majoração da alíquota em até 100%, conforme dispuser o regulamento, em conformidade com os seguintes ‘critérios’: (i) a redução em 50% ou aumento de até 100%, a ser disposto em regulamento, decorrerá do desempenho da empresa em relação à respectiva atividade econômica; (ii) a apuração do desempenho da empresa será realizada segundo métodos aprovados pelo Conselho Nacional da Previdência Social, em conformidade com os resultados obtidos a partir dos índices de frequência, gravidade e custo”.

Seguindo esta mesma linha de argumentação, Fábio Zambbitte Ibrahim¹⁸ entende:

“Uma lei que venha, singelamente, determinar a instituição de uma contribuição qualquer, sem a definição de sua regra de incidência, não está instituindo coisa alguma, mas sim delegando de modo indevido, essa atribuição ao Poder Executivo, o qual certamente iria regulamentar essa lei hipotética ao seu bel-prazer, configurando a hipótese de incidência como bem lhe conviesse. Por outro lado, não obstante a segurança jurídica que deve ser proporcionada pelo princípio da legalidade estrita, excepcionalmente, o Direito aceita conceitos indeterminados e cláusulas abertas, os quais carecem de preenchimento, no caso, pelo Poder Executivo. Tais normas são aceitas inclusive pelo Direito Penal, ramo do Direito também submetido ao rigor da legalidade estrita”.

Fica evidente a vulneração do princípio da estrita legalidade em matéria tributária no momento em que o legislador delega à administração, nos termos do Regulamento e Resoluções do Conselho Nacional de Previdência Social, a efetiva concretização da sistemática de cálculo dos multiplicadores do FAP, inúmeras variáveis manipuladas pela administração pública sem qualquer transparência, dimensionando uma alíquota móvel que poderá na pior das hipóteses dobrar o valor devido pelo contribuinte, enquanto seu concorrente venha a se beneficiar de uma redução até a metade, tendo por referencial a

¹⁷ CALCINI, Fábio Pallaretti. *FAP – fator acidentário de previdenciário: reflexões acerca da legalidade em matéria tributária*. Revista Dialética de Direito Tributário, nº 175. p. 72.

¹⁸ IBRAHIM, Fábio Zambbitte. *Curso de direito previdenciário*. 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p. 263.

alíquota média do SAT.

Em abono a diretriz Constitucional apontada, vale ressaltar o teor do art. 97, inciso I, do CTN, *in verbis*:

“Art. 97. Somente a lei poderá estabelecer: II - a instituição de tributos, ou a sua extinção”.

Então, ao delegar a fixação da alíquota a uma fórmula variável, fixando-lhe, tão-somente, os parâmetros máximos e mínimos, dentro de um amplo espectro entre 0,5% e 6% (na hipótese do SAT com alíquota de 3%), a exação tributária passa a advir de um ato administrativo, e não legislativo, como recomendam os dispositivos já citados.

Segundo as lições do Professor Paulo de Barros Carvalho¹⁹, ainda, que possamos admitir uma progressividade de alíquotas em função da saudável competição dos empresários quanto aos investimentos no meio ambiente do trabalho, toda a expressão dimensível do fato gerador (critério quantitativo) deverá compor a regra matriz de incidência tributária, nenhum critério de mensuração poderá ser dela extraído, sob pena de flagrante inconstitucionalidade, vejamos:

“Assinale-se que à lei instituidora do gravame é vedado deferir atribuições legais a normas de inferior hierarquia, devendo, ela mesma, desenhar a plenitude da regra matriz da exação, motivo por que é inconstitucional certa prática, cediça no ordenamento brasileiro, e consistente na delegação de poderes para que órgãos administrativos completem o perfil dos tributos. É o que acontece com diplomas normativos que autorizam certos órgãos da Administração Pública federal a expedirem normas que dão acabamento à figura tributária concebida pelo legislador ordinário. Mesmo nos casos em que a Constituição dá ao Executivo federal a prerrogativa de manipular o sistema de alíquotas, como no Imposto Sobre Produtos Industrializados (IPI), tudo se faz dentro de limites que a lei especifica”.

Nesta esteira, Hugo de Brito Machado²⁰ complementa o raciocínio do citado professor:

“Criar o tributo é estabelecer todos os seus elementos essenciais. Por isto mesmo, o art. 97 do CTN fez a explicitação do princípio da legalidade, afastando qualquer

¹⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 48.

²⁰ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 82.

dúvida que ainda pudesse existir. Não basta que na lei esteja dito que o tributo fica criado. Na lei devem estar todos os elementos necessários a que se possa identificar a situação de fato capaz de criar a obrigação tributária e, diante de tal situação, poder determinar o valor do tributo correspondente. A lei não pode deixar para o regulamento ou para qualquer ato normativo inferior a indicação de qualquer dos elementos necessários a essa determinação. Todos os elementos essenciais da relação jurídica tributária devem ser indicados pela lei. O núcleo do fato gerador do tributo, o contribuinte, a base de cálculo, a alíquota, tudo deve estar na própria lei”.

As únicas exceções previstas na Constituição Federal que permitem, por questões extrafiscais de interesse público, a mitigação do aludido princípio da estrita legalidade tributária diz respeito apenas aos impostos: II, IE, IPI, IOF, ICMS e CIDE (artigos 153, § 1º; 155, § 4º, IV; e, 177, § 4º, I, "b", todos da CF).

Mesmo assim, estes tributos não se livram da completa incidência do axioma em destaque, apenas, podem, em certas condições e dentro dos limites estabelecidos em lei, ter suas alíquotas modificadas por ato normativo infralegal.

Neste contexto, acaso não fosse à convicção do Constituinte que a delegação deve respeitar a legalidade tributária em relação a todo e qualquer tributo, não teria editado dispositivo que explicitasse sua ressalva, e só o fez, em relação aos tributos com típicos efeitos extrafiscais e que, por isso mesmo, estão a exigir pronta intervenção estatal no dinamismo das operações de fomento e política cambial que lhe são ínsitas.

Por óbvio, a autoridade administrativa não pode ter o poder de decidir o quanto é devido, senão em absoluta vinculação - sem margem de discricionariedade - à terminante previsão em Lei, assegurando os ideais de justiça e segurança jurídica, decorrente do preceito basilar de que: *"ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei"* (art. 5º, II, da Constituição), ressaltando, inclusive, a vertente do princípio da legalidade em relação ao administrador público, de estrita “conformidade” aos ditames legais.

Uma vez mais, nos servimos dos ensinamentos de Hugo de Brito Machado²¹ sobre o tema, dando ênfase ao estabelecer:

“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”.

²¹ MACHADO, Hugo de Brito. *Op. cit.*, p. 41.

Por sua vez, Sacha Calmon Navarro Coelho²² se posiciona:

“O princípio da legalidade significa que a tributação deve ser decidida não pelo chefe de governo, mas pelos representantes do povo, livremente eleitos para fazer as lei claras”.

Ainda quanto à possibilidade de delegação legislativa, citamos Celso Antônio Bandeira de Melo²³, que leciona com a clareza que lhe é peculiar:

“Com efeito a indelegabilidade, enquanto princípio constitucional, resulta diretamente, ainda que de modo implícito, do art. 2º do Texto Magno, de acordo com o qual: ‘São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário’. É que, sendo certo e indiscutido que os três Poderes existem precisamente para apartar as funções que lhe são correspondentes, a tripartição proclamada pela Lei Maior não estaria nela ou por ela assegurada. Pelo contrário, dependeria do maior ou menor amor que os titulares destes conjuntos orgânicos devotassem às atribuições que lhes concernem, ensejando-lhes, pois, manter ou desfazer, a seus talantes, o esquema jurídico-político que a Constituição instituiu para benefício e garantia dos cidadãos”.

Acrescentando que:

“Seria um absurdo e afrontoso à inteligência supor que a Constituição estabeleceu mecanismos tão cautelosos para a defesa de valores ciosamente postos a com recato, os quais, entretanto, seriam facilmente reduzidos a nada, graças ao expediente singelo das delegações procedidas indiretamente. È que, como disse o precitado Geraldo Ataliba, em frase altamente sugestiva: ‘Ninguém constituiria uma fortaleza de pedra, colocando-lhe portas de papelão’.”²⁴

Em resumo, mesmo que a delegação legislativa seja acometida a um órgão de composição paritária como é o Conselho Nacional da Previdência Social (art. 3º, da Lei nº 8.213/91), de viés democrático, valor fundamentalar à nova ordem legal franqueada pelo Constituinte originário de 1.988, não há na própria constituição qualquer ressalva ao princípio

²² COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense: 2004. p. 209.

²³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 351.

²⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Op. cit.*, p. 352.

em comento, no que tange às contribuições sociais, devendo estar fixado na lei todos os elementos essenciais da regra matriz de incidência tributária, da forma como preconizado por Paulo de Barros Carvalho²⁵, que assim se manifestou sobre o tema de sua lavra:

“O veículo introdutor da regra tributária no ordenamento há de ser sempre a lei (sentido lato), porém o princípio da estrita legalidade diz mais do que isso, estabelecendo a necessidade de que a lei adventícia traga em seu bojo os elementos descritores do fato jurídico e os dados prescritores da relação obrigacional”.

Portanto, não restam dúvidas quanto ao deslize do legislador de autorizar uma situação jurídica vedada pela Constituição Federal.

8 - Aspecto material da regra matriz de incidência tributária

Como já demonstrado alhures, o elemento inovador da metodologia do FAP reside na progressividade das alíquotas do SAT, que poderá desembocar em um diferencial de alíquota superior à própria alíquota máxima prevista, até então em vigor. Empresas com menor risco de acidente no setor poderão fazer *jus* a um diferencial (vantagem competitiva) de até 4,5% (1,5% variável até 6,0%), que deverá ser avaliado sobre o crivo da igualdade tributária (art. 150, II, da CF²⁶), pelo simples fato de não estar amparado pelo princípio da capacidade contributiva (art. 145, § 1º, da CF²⁷).

Por si só, o número de acidentes gerados pela empresa não é critério de riqueza elegível pela própria Constituição Federal, e o argumento segundo o qual quem mais utiliza a Previdência Social deverá ser penalizado, não se sustenta diante da diretriz da solidariedade que rege o sistema, a autorização de diferencial de alíquotas não é aplicável neste caso em

²⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. *Op. cit.*, p. 158.

²⁶ Dispõe o art. 150, II, da CF: “Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: II – instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos”.

²⁷ Art. 145, § 1º, da CF: “Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a estes objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte”.

particular, como será explicitado no tópico desenvolvido sobre o assunto.

Devemos ter em mente que quando falamos em contribuição social, as próprias alíneas (“a”, “b” e “c”), do inciso I, do art. 195 da CF delinham as diversas bases de cálculo possíveis e estáveis, reveladoras que são da “estabilidade” que deve perscrutar o ato da tributação, viabilizando a aferição da capacidade contributiva de cada um dos contribuintes-solidário (sob perspectiva da solidariedade do sistema de financiamento), razão pela qual, foram eleitas as seguintes grandezas: (i) folha de salários e remuneração do autônomo, (ii) receita e faturamento, e, (iii) lucro.

Dissertando sobre o aspecto material da hipótese de incidência tributária, pontifica o Mestre de todos nós, Geraldo Ataliba²⁸:

“O aspecto mais complexo da hipótese de incidência é o material. Ele contém a designação de todos os dados de ordem objetiva, configuradores do arquétipo em que ela (h.i.) consiste; é a própria consistência material do fato ou estado de fato descrito pela h. i.; é a descrição dos dados substanciais que servem de suporte à h. i.”.

O aspecto material traça todos os contornos possíveis da própria competência tributária, e não obstante as contribuições tenham sido definidas através de sua finalidade no art. 149 da CF, é inegável que a norma complementar do art. 195 da CF delimita as hipóteses de incidência possíveis, entendimento, este, fundado nas lições de Roque Antônio Carrazza²⁹, *in verbis*:

“A constituição, ao discriminar as competências tributárias, estabeleceu – ainda que, por vezes, de modo implícito e com certa margem de liberdade para o legislador – a norma-padrão de incidência (o arquétipo, a regra-matriz) de cada exação. Noutros termos, ela apontou a hipótese de incidência possível, o sujeito ativo possível, o sujeito passivo possível, a base de cálculo possível e a alíquota possível, das várias espécies e subespécies de tributos. Em síntese, o legislador, ao exercer a competência tributária, deverá ser fiel à norma-padrão de incidência do tributo, pré-traçada na Constituição. O legislador (federal, estadual, municipal ou distrital), enquanto cria o tributo, não pode fugir deste arquétipo constitucional”.

Assim, quando a Constituição Federal trata das contribuições sociais não permite

²⁸ ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 106.

²⁹ CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 480.

qualquer individualização das alíquotas em função do menor ou maior número de acidentes apresentados por contribuinte, qualquer variação deverá levar em consideração o conjunto da atividade econômico na qual esteja inserido, preservando o valor “igualdade tributária” previsto no art. 150, II, da CF, vedando, com isso, o tratamento desigual entre contribuintes que estejam em situação equivalente, pois a variação de alíquotas por atividade econômica, prevista no enquadramento do SAT, já contempla as peculiaridades do setor econômico e métodos próprios de organização do trabalho.

Portanto, diante da solidariedade do sistema preconizado pelo Regime Geral da Previdência Social (art. 3º, I; art. 195 *caput*; e, art. 201, *caput*, todos da Constituição Federal), não há como sustentar a tarifação individual pretendida, por meio dos parâmetros de: frequência, gravidade e custo; considerando a subjetividade do diagnóstico clínico do trabalhador, permitindo, assim, vantagem competitiva indevida às empresas de um dado seguimento econômico, em dissonância com a exigência constitucional de uma base de cálculo estável e objetiva, para a incidência das contribuições sociais em geral, e o seguro de acidente do trabalho em particular.

9 - Alíquotas e bases de cálculo diferenciadas nas contribuições sociais

Dentro deste contexto argumentativo, é oportuno ressaltar a faculdade de se adotar alíquotas e bases de cálculo diferenciadas para as contribuições sociais, inserida no art. 195, § 9º, da CF:

“As contribuições sociais previstas no inciso I do caput deste artigo poderão ter alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica, da utilização intensiva de mão de obra, do porte da empresa ou da condição estrutural do mercado de trabalho”.

Certamente, este é o fundamento de validade do enquadramento das alíquotas do SAT em razão do grau de risco proveniente da atividade econômica exercida, motivo pelo qual assinalamos na parte inicial deste ensaio que o julgamento de constitucionalidade da definição de alíquotas do SAT por decreto, pelo STF (RE 343.446-2), não temo condão de antecipar a tendência do julgamento a ser proferido nas ações diretas de inconstitucionalidade promovidas em face do FAP e NTEP.

Neste caso, vislumbramos, assim como o STF, a possibilidade do enquadramento das alíquotas do SAT, segundo o grau de risco da atividade, decorrer da delegação legislativa, ou seja, por decreto regulamentar, que no caso em espeque está por cumprir a missão constitucional de assegurar a fiel execução das leis, franqueada no art. 84, IV, da CF, sobrepondo o caráter eminentemente técnico da tarefa. Já, no caso do FAP, o art. 10, da Lei nº 10.666/03, transfere o poder-dever de estabelecer os elementos essenciais da regra matriz de incidência tributária, ao Conselho nacional de Previdência Social, suplantando por via de resolução a ação legislativa própria do Congresso Nacional (art. 2º, da CF).

Vale aqui, lembrar a lição de Hely Lopes Meirelles³⁰:

“O regulamento não é lei, embora a ela se assemelhe no conteúdo e poder normativo. Nem toda lei depende de regulamento para ser executada, mas toda e qualquer lei pode ser regulamentada se o Executivo julgar conveniente fazê-lo. Sendo o regulamento, na hierarquia das normas, ato inferior à lei, não a pode contrariar, nem restringir ou ampliar suas disposições. Só lhe cabe explicitar a lei, dentro dos limites por ela traçados, ou completá-la, fixando critérios técnicos e procedimentos necessários para sua aplicação”.

Ao final, sintetizando a ideia traçada neste tópico, citamos os ensinamentos Fábio Zambitte Ibrahim³¹, que ressalta a intenção do legislador constituinte derivado ao inserir o § 9º, do art. 195 da CF, nos seguintes termos:

“Tal dispositivo, inserido pela EC nº 20/98, teve o intuito de adequar a cobrança previdenciária às diversas realidades existentes no meio econômico brasileiro. Por exemplo, é inadequado exigir o mesmo patamar de contribuição sobre a folha de pagamento de uma indústria simples, com grande utilização de mão-de-obra, e outra altamente informatizada, com pouco pessoal empregado. Evidentemente a primeira seria prejudicada, enquanto a outra elidir-se-ia de parcela dos encargos previdenciários”.

Portanto, toda e qualquer diferenciação de alíquota e base de cálculo deve necessariamente ter como *discrimen* a atividade econômica exercida por um conjunto de empresas (contribuintes), jamais houve a intenção de autorizar a tarifação individual com base no volume de acidente apresentados por uma empresa em específico, ainda mais, como forma de diferenciar empresas atuantes na mesma subclasse do CNAE, possibilitando uma vantagem

³⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 131.

³¹ IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Op. Cit.*, p. 116.

competitiva de uma em relação às suas congêneres, em total violação ao princípio maior da livre iniciativa, qual seja, o da livre concorrência prescrito no art. 170, IV, da CF.

10 - Insegurança jurídica no reconhecimento da natureza acidentária do afastamento

Passamos neste tópico a indagar a respeito do Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário sob a ótica do princípio da segurança jurídica, inerente às relações entre o Fisco e os contribuintes, uma vez que o reconhecimento da natureza acidentária do afastamento passa a ser realizado por mera presunção, decorrente da associação entre o CNAE em que houve o afastamento e a CID diagnosticada pela Perícia Médica do INSS, assegurando ao contribuinte a inversão do ônus da prova, uma vez que a inexistência do nexo causal suplanta a constatação do nexo técnico, preservando o elemento culpa no que pertine a responsabilização do empregador, em qualquer das esferas do direito.

Lecionando a respeito da objetividade inerente ao ato da tributação, dentro do conceito que envolve a segurança jurídica, Roque Antônio Carraza³² é categórico ao afirmar:

“De fato, os elementos integrantes do tipo tributário devem ser formulados na lei de modo tão preciso e determinado, que o aplicador não tenha como introduzir critérios subjetivos de apreciação, que poderiam afetar, como já escrevemos, a segurança jurídica dos contribuintes, comprometendo-lhes a capacidade de previsão objetiva de seus direitos e deveres. Enfim, os tipos tributários devem necessariamente ser minuciosos, para que não haja espaço, por parte do Fisco, nem para o emprego de analogia, nem da discricionariedade. Sempre mais notamos, portanto, que o princípio da tipicidade fechada contribui, de modo decisivo, para a segurança jurídica do contribuinte. Segurança Jurídica que se pulveriza quando a própria Fazenda Pública elege os critérios que reputa razoáveis para a quantificação do tributo”.

Ainda, ao tratar especificamente da presunção, esclarece:

*“Os tipos tributários como que fecham a realidade tributária, não podendo ser alargados por meios de presunções, ficções ou meros indícios. É inadmissível que o agente fiscal abra aquilo que o legislador, atento aos ditames constitucionais, cuidadosamente fechou. O afã de evitar que os mais espertos se furtem ao pagamento dos tributos absolutamente não autorizam a utilização do arbítrio. Em suma, a busca da justiça não prevalece sobre a segurança jurídica, que o princípio da tipicidade fechada confere aos contribuintes”.*³³

³² CARRAZA, Roque Antônio. *Op. cit.*, p. 414.

³³ CARRAZA, Roque Antônio. *Op. cit.*, p. 441.

Ora, seja pela tentativa de buscar a almejada justiça fiscal, ou mesmo pela simplificação do sistema, ante a dificuldade de comprovação do nexo causal entre a atividade exercida na empresa e o agravo experimentado, não há justificativa plausível (sob os auspícios da segurança jurídica) apta suportar o expediente utilizado no art. 337, § 7º, do Decreto nº 3.048/99³⁴, reconhecendo a inversão do ônus da prova, para que a empresa apresente elementos suficientes para afastar o eventual nexo causal presumido.

Os meios de prova disponíveis às empresas estão delimitados no § 11³⁵ deste mesmo dispositivo normativo, explicitando que as provas deverão ser produzidas no âmbito dos programas de gestão de risco, implantados por profissional habilitado.

Pasmem, a despeito do princípio do devido processo legal³⁶ e do estado de inocência³⁷ é imposto à empresa a produção prova diabólica, abominada pela jurisprudência, pela razão de exigir-se a comprovação de um fato negativo, em total descrédito das garantias fundamentais asseguradas pela Constituição Federal

11 - Responsabilidade objetiva versos responsabilidade subjetiva

Com a análise do art. 7º, XXVIII, da CF³⁸ é possível identificar a política legislativa albergada pelo legislador Constituinte, que impõe a responsabilidade objetiva ao INSS, independente da ideia de culpa, bastando à ocorrência da situação de risco social ou contingência protegida pela lei, para fazer surgir à obrigação legal de pagar a prestação pecuniária, também definida em lei.

O custeio da referida obrigação legal decorre do seguro obrigatório recolhido pelo próprio empresário, de forma a neutralizar o risco social provocado pela sua iniciativa

³⁴ Dispõe o art. 337, § 7º, do Decreto nº 3.048/99: “A empresa poderá requerer ao INSS a não aplicação do nexo técnico epidemiológico ao caso concreto mediante a demonstração de inexistência de correspondente nexo entre o trabalho e o agravo”.

³⁵ É o teor do art. 337, § 11, do RPS: “A documentação probatória poderá trazer, entre outros meios de prova, evidências técnicas circunstanciadas e tempestivas à exposição do segurado, podendo ser produzidas no âmbito de programas de gestão de risco a cargo da empresa, que possuam responsável técnico legalmente habilitado”.

³⁶ Art. 5º, LIV, da CF: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

³⁷ Art. 5º, LVII, da CF: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

empreendedora, motivo pelo qual refutamos a aplicação da tese da responsabilidade objetiva em decorrência do risco social, prevista no § único do art. 927 do CC³⁹, haja vista a intenção do Constituinte em dar uma solução diversa nas questões relativas ao acidente do trabalho, ponderando o valor social do trabalho e a livre iniciativa, vetores basilares da ordem econômica introduzida a partir do *caput* do art. 170 da CF⁴⁰.

Convém, relembremos os conceitos de responsabilidade objetiva e culpa, apresentados de forma lapidar por Carlos Roberto Gonçalves⁴¹ e Rogério Greco⁴², respectivamente, vejamos:

“A lei impõe, entretanto, a certas pessoas, em determinadas situações, a reparação de um dano cometido sem culpa. Quando isto acontece, diz-se que a responsabilidade é legal ou ‘objetiva’, porque prescinde de culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade”.

“Toda conduta, seja dolosa ou culposa, deve ter sempre uma finalidade. A diferença entre elas reside no fato de que na conduta dolosa, como regra, existe uma finalidade ilícita, e na conduta culposa a finalidade é quase sempre lícita. Na conduta culposa, os meios escolhidos e empregados pelo agente para atingir a finalidade lícita é que foram inadequados ou mal utilizados”.

Portanto, não cabe justificar a tarifação individual sobre a ideia da teoria do risco, ou ainda, “risco-proveito”, que conduz a argumentação jurídica para a diretriz de que todo o dano causado a outrem é reparável, como consequência de uma atividade realizada em proveito do responsável, como afirmamos, sabedor do risco da atividade econômica em si, e da importância para o regime de capital adotado, houve, por bem, adotar uma solução diversa para os acidentes do trabalho, através da instituição do seguro obrigatório, coma responsabilização suplementar nas hipóteses de dolo ou culpa.

12 - Inconsistência do arcabouço legal anterior com a inovação da tarifação individual

³⁸ Art. 7º, XXVIII, da CF: “seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer com dolo ou culpa”.

³⁹ Art. 927, parágrafo único, do CC: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

⁴⁰ Art. 170, *caput*, da CF: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios”.

⁴¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 18.

Diante da explanação despendida no tópico anterior, fica muito claro que o arcabouço teórico da Lei nº 8.213/91 está em consonância com a responsabilidade objetiva da entidade gestora do Regime Geral da Previdência Social, motivo pelo qual, além do acidente típico, diversas outras situações de risco social estão protegidas através de equiparação legal, sem qualquer nexo causal com o meio ambiente do trabalho, de forma a fortalecer a proteção do Estado Social através *plus* concedido aos benefícios acidentários, em detrimento dos meramente previdenciários.

Elegemos algumas situações para demonstrar este descompasso, entre a nova sistemática de tarifação individual, com o arcabouço legal anterior por ela utilizada, para a operacionalização do FAP e NTEP, tais como: (i) concausalidade (art. 21, I, da PBPS⁴³); (ii) ato exclusivo de terceiro (art. 21, II, c, do PBPS⁴⁴); e, (iii) acidente trajeto (art. 21, IV, d, do PBPS⁴⁵), apenas para que possamos ficar com exemplos mais gritantes.

O próprio *caput* do art. 21 da Lei nº 8.213/91 deixa entrever a conclusão a que chegamos quanto afirma textualmente que as hipóteses mencionadas equiparam-se a acidente do trabalho para: “... *os efeitos desta Lei*”.

Não há dúvidas que somente é possível a responsabilização do empregador no momento em que o mesmo dê causa ao evento acidentário, o que não ocorre nas situações retro apontadas, em consonância com a determinação do art. 7º, XXVIII, da CF, no qual, o nexo causal somente torna-se irrelevante em face do seguro obrigatório, suportado pelo próprio empresário, acaso pensemos o contrário, legitimado está o sistema do FAP da forma como introduzido e mantido no ordenamento jurídico pátrio, mas ter-se-ia uma inconsistência intra-normativa com art. 120 da Lei nº 8.213/91, que prevê a possibilidade do exercício de ação regressiva em desfavor do empregador negligente (conceito de culpa), para a repetição do valor despendido pelo Erário com o pagamento dos benefícios acidentários.

Pergunta-se: onde fica a responsabilidade do Estado com saúde do trabalhador?

⁴² GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. p. 198.

⁴³ Art. 21 da Lei nº 8.213/91: “*Equiparam-se também ao acidente do trabalho, para os efeitos desta Lei: I – o acidente ligado ao trabalho que, embora não tenha sido a causa única, haja contribuído diretamente para a morte do segurado, para a redução ou a perda da sua capacidade para o trabalho, ou produzido lesão que exija atenção médica para sua recuperação*”.

⁴⁴ Inciso II, “c”: “*o acidente sofrido pelo segurado no local e horário do trabalho, em consequência de: c) ato e imprudência, de negligência ou de imperícia de terceiro ou de companheiro de trabalho*”.

⁴⁵ Inciso IV, “d”: “*o acidente sofrido pelo segurado ainda que fora do local e horário de trabalho de trabalho: d) no percurso da residência para o local de trabalho ou desta para aquela, qualquer que seja o meio de locomoção, inclusive veículo de propriedade do segurado*”.

Será mesmo que a Constituição Federal permite que o empregador custeie os acidentes do trabalho, via SAT, majore as exações em razão da maior utilização do serviço público por ele mantido, via FAP, e ainda, assim, este mesmo empregador que mantém todo o sistema “em pé” deverá reembolsar a Previdência Social com os gastos despendidos com o acidente do trabalho, pagos à custa alheia, sem falar, na possibilidade de reparação civil por dano moral e estético devida diretamente ao trabalhador atingido.

Citamos o entendimento de Wladimir Novais Martines⁴⁶ quanto à possibilidade de repassar a responsabilidade do acidente trajeto para o empregador, vejamos:

“Analisa-se o acidente trajeto tão-somente por se tratar de uma excepcionalidade e por não depender da atuação do empregador. É um acontecimento traumático sucedido no percurso da residência ao trabalho e vice-versa”.

*“Não se pode confundir o acidente de trabalho trajeto, uma construção legal, com o acidente de trabalho sucedido dentro do estabelecimento. A empresa não tem responsabilidade alguma no acidente in itinere – embora ele possa interessar à Previdência Social – e, também, no infortúnio não laboral nem ocupacional, ou seja, o que se chama de acidente de qualquer natureza ou causa”.*⁴⁷

O mesmo raciocínio se aplica no caso da concausa:

*“A concausa é idealização jurídica que permeia o Direito. Embora do ponto de vista prático nem sempre os profissionais tenham condições de apurar qual percentual o percentual de participação de mais de um motivo, ela se reporta à combinação de causas efetivas”*⁴⁸

Ainda que, não adentrássemos na discussão referente à espécie das responsabilidades, objetiva do INSS e a subjetiva do empregador, dependendo esta última da comprovação de dolo ou culpa para que possa haver qualquer responsabilização pessoal, devemos perquirir qual o substrato fático que fundamenta toda a sistemática do FAP, redução do índice de accidentalidade no ambiente laboral, ou meio ambiente do trabalho, sobre o qual tenha o empregador responsabilidade e capacidade para interferir nos acontecimentos, por meio do exercício do poder de direção, com escopo na redução dos fatores de risco.

É óbvio que os acidentes de trajeto, sejam por culpa do segurado ou de terceiros, não tem qualquer relação com o desempenho da empresa, ou ainda, com o histórico de

⁴⁶ MARTINEZ, Wladimir Novais. *Op. cit.*, p. 38.

⁴⁷ MARTINEZ, Wladimir Novais. *Op. cit.*, p. 69.

⁴⁸ MARTINEZ, Wladimir Novais. *Op. cit.*, p. 66.

acidentalidade de determinada atividade econômica, não devendo ser computados para efeito do FAP, o que não é o entendimento atual da Previdência Social.

Nunca é demais esclarecer que o acidente trajeto é um risco social a ser amparado pela Seguridade Social (art. 201 da CF), fundamentado na sua própria responsabilidade objetiva, bem como na solidariedade do Sistema Previdenciário como um todo.

Temos pra nós que a manutenção deste elemento imponderável vulnera tanto os princípios informadores da Seguridade Social - equidade na base de financiamento (art. 194, § único, V, da CF) - quanto aos princípios elementares do Sistema Tributário Nacional, já citado nos tópicos precedentes.

Será que podemos dizer que o contribuinte terá segurança jurídica à medida que perceba aumento de carga tributária (contribuições sociais) em função do acaso?

CONCLUSÃO

Não podemos negar que a introdução do Fator Acidentário de Prevenção no ordenamento jurídico pátrio foi acompanhada da melhor das intenções, visando criar um círculo virtuoso onde o empresário que investe em saúde e segurança no trabalho adoece menos, e por esta razão paga menos tributos, numa competição que se renova a cada ano.

Contudo, não foram observadas regras elementares que fixam limites ao poder de tributar, não basta uma iniciativa louvável para tornar letra morta princípios que foram construídos ao longo do tempo à “duras-penas”, na conturbada relação entre o Fisco e os contribuintes, sob pena de perder-se o sustentáculo social erigido a partir do conceito de propriedade, mesmo que em sua versão *lighth* da “função social”.

Sua aplicabilidade plena, sem a pecha da inconstitucionalidade, depende tão somente de vontade legislativa infraconstitucional, uma vez que centrada no princípio da estrita legalidade em matéria tributária, sem nos esquecermos das adaptações necessárias ao atendimento da segurança jurídica no que se refere aos insumos da metodologia de cálculo do Fator Acidentário de Prevenção.

De qualquer, não há como manter as inconsistências entre o arcabouço legal pretérito e a nova sistemática de apuração das alíquotas do Seguro de Acidentes do Trabalho, matéria que anseia pelas adaptações necessárias.

Sobretudo, esperamos que o Supremo Tribunal Federal venha desincumbir-se a contento de sua missão constitucional, de manter a integridade da Constituição Federal através do julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade que provocam a sua intervenção, certos, de que não haverá um recrudescimento do Estado Democrático de Direito sob os auspícios dos vagos conceitos do “interesse público” e “justiça fiscal”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

VIANNA, Claudia Salles Vilela. *Manual prático das relações trabalhistas*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2008.

STJ. Relatora Ministra Eliana Calmon, Recurso Especial nº 323.094-PR, Data do julgamento 29.06.2006.

MARTINEZ, Wladimir Novais. *Prova e contraprova do nexa epidemiológico*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009.

KWITKO, Airton. *Fap e ntep: as novidades que vêm da previdência social*. São Paulo: LTr: 2008.

MORAIS, Alexandre de. *Direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MARTINEZ, Wladimir Novais. *Aspectos institucionais do FAP – fator acidentário de prevenção*. Revista Dialética de Direito Tributário. nº 171.

TODESCHINI, Remígio. *O novo seguro de acidente e o novo FAP*. São Paulo: LTr, 2009.

OLIVEIRA, Paulo Rogério Albuquerque de. *Nexo técnico epidemiológico previdenciário NTEP, fator acidentário de prevenção FAP: um novo olhar sobre a saúde do trabalhador*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010.

CALCINI, Fábio Pallaretti. *FAP – fator acidentário de previdenciário: reflexões acerca da legalidade em matéria tributária*. Revista Dialética de Direito Tributário, nº 175.

IBRAHIM, Fábio Zambbitte. *Curso de direito previdenciário*. 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense: 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. São Paulo: Malheiros, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.