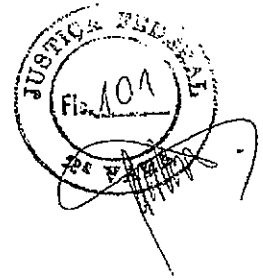




PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL



2ª Subseção Judiciária de São Paulo

2ª Vara Federal de Ribeirão Preto-SP

Mandado de Segurança com pedido de liminar

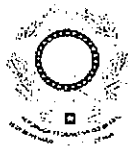
Processo:

Impetrante:

Impetrado: Delegado da Receita Federal do Brasil em Ribeirão Preto-SP

Vistos.

Trata-se de mandado de segurança com pedido de liminar no qual a impetrante alega que está sujeita ao pagamento da contribuição social sobre a folha de salários prevista no artigo 195, I, "a", da Constituição Federal, destinada à seguridade social, nos termos do artigo 22, inciso II, da Lei 8.212/91, com redação dada pela Lei 9.732/98. Afirma que vinha recolhendo a referida contribuição com alíquota definida pela classificação de risco grave, na forma do Decreto 3.048/99 e alterações. Informa que o artigo 10, da Lei 10.666/2003, inovou no plano normativo e criou a possibilidade do Poder Executivo reduzir em 50% ou aumentar em 100% as alíquotas previstas no artigo 22, inciso II, da Lei 8.212/91, para financiar as aposentadorias especiais e os benefícios concedidos em razão de riscos ambientais do trabalho, conforme regulamento. Aduz, em suma, que a Lei 10.666/2003, criou o chamado FAP – fator acidentário previdenciário a ser definido pelo Poder Executivo, o qual poderá aumentar ou diminuir as alíquotas do SAT. Sustenta que o artigo 10 da Lei 10.666/2003, ao delegar a elaboração da fórmula de identificação da efetiva alíquota individualizada do SAT à norma regulamentar a cargo do Executivo, ofende o princípio da legalidade estrita incidente no Direito Tributário. Aduz, ainda que o FAP apurado para a impetrante foi de 1,5852, com fator de risco grave (3,0%) o que importou a mudança da então vigente alíquota de 3,0%, até dezembro de 2009, para 4,70%, a partir de janeiro de 2010.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

Ao final, pede a concessão da liminar para suspensão da cobrança segundo a alíquota majorada pelo FAP e a concessão da segurança para que seja incidentalmente reconhecida a inconstitucionalidade do artigo 10, da Lei 10.666/2003, com a possibilidade de compensação dos valores recolhidos indevidamente. Apresentou documentos. Vieram conclusos.

Fundamento e decido.

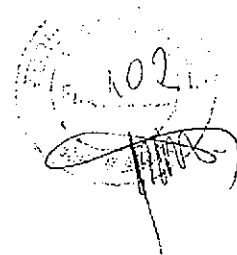
Presentes os requisitos para a concessão da liminar.

A impetrante invoca ofensa ao princípio da legalidade estrita quanto à alíquota da contribuição previdenciária para financiamento do acidente de trabalho considerando que o artigo 10, da Lei 10.666/2003 delegou indevidamente ao Poder Executivo, nos termos de Regulamento e através do Conselho Nacional de Previdência Social, a concretização de sistemática de cálculo própria do FAP para cada contribuinte, que, por fim, acaba por dimensionar a própria alíquota da referida contribuição, ora reduzindo-a, ora majorando-a, modificando a escala de alíquotas anterior, de 1%, 2% ou 3%, com redução pela metade ou aumento pelo dobro, resultando no amplo espectro de alíquotas que poder variar de 0,5% a 6,0%.

No RE 343.446/SC, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela possibilidade de delegação ao regulamento da complementação dos conceitos de grau de risco leve, médio ou grave para fins de enquadramento dos contribuintes do SAT nas hipóteses de aplicação das alíquotas diferenciadas previstas na Lei n. 8.212/91, art. 22, II, com redação dada pela Lei 9.732/98. Segundo o STF, a lei teria fixado a base de cálculo, fato gerador e as alíquotas sem possibilidade de modulação, tendo apenas deixado ao Executivo a definição do conceito aberto de atividade preponderante, que dependia exclusivamente da aplicação dos critérios legais para aferição de dados e elementos. A hipótese dos autos é completamente diversa, pois a atividade do executivo não se limita a classificar os contribuintes para fins de enquadramento nas alíquotas definidas na lei. Ela efetivamente cria as alíquotas, com variação infinita no espectro de 0,5% a 6%, pois os índices do FAP majoram ou reduzem alíquotas da contribuição SAT.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL



A impetrante era enquadrada na alíquota de 3,0% até 2009 e, a partir de janeiro de 2010, a alíquota passou a ser de 4,70%, em razão da aplicação do FAP de 1,5671 sobre a alíquota de 3,0%. Assim, não resta dúvida que o art. 10 da Lei n. 10.666/06 confia indevidamente ao Executivo a elaboração de critérios que podem sujeitar o contribuinte ao recolhimento de tributo em valor até 50% menor ou 100% maior do que o previsto em lei, ampliando de forma descabida margem de liberdade do administrador, de forma incompatível com a ordem tributária constitucional.

Da forma como previsto na Lei 10.666/2003, o Executivo pode alterar os critérios de cálculos do FAP por meio de Resolução do Conselho Nacional de Previdência Social, órgão evidentemente subordinado, conforme seus primários interesses, dentre os quais, o de aumento de arrecadação de tributos, evidenciando a insegurança jurídica rompida pela ofensa ao princípio da legalidade estrita. Assim, não pode a lei atribuir ao Executivo o poder de decidir quanto tributo quer receber, salvo em obediência direito à vinculação legal, única forma de oferecer garantias mínimas aos contribuintes. O FAP é determinante na definição da alíquota e não poderia ser delegado ao Executivo em razão da vedação constante no princípio da legalidade estrita, cuja mitigação somente diz respeito aos impostos de importação e exportação, IPI, IOF e ICMS e CIDE sobre combustíveis, na forma dos arts. 153, § 1º, 155, § 4º, IV, e 177, § 4º, I, "b", da Constituição.

Não caberia, portanto, a alegação função extrafiscal da norma sem que houvesse autorização constitucional para mudança da alíquota por decreto. Segundo Leandro Paulsen (Direito Trib., 8. ed., p. 194):

"Não há possibilidade de delegação da competência legislativa ao Executivo para que institua tributo, qualquer que seja, tampouco para que integre a norma tributária impositiva, ressalvadas apenas as atenuações através das quais a própria Constituição, de modo excepcional, autoriza a graduação de alíquotas pelo Executivo. Importa que se tenha a possibilidade de determinar, com suporte direto na lei, quais as situações que implicam o surgimento da obrigação tributária, quando e em que momento que tal se dá, quais os sujeitos da relação tributária e como calcular o montante devido, independentemente de complementação de cunho normativo por parte do Executivo, ainda que a título de regulamentos intra legem.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

Aliás, a lei ordinária não poderia autorizar a possibilidade de aumento e diminuição da alíquota da contribuição social SAT pelo Poder Executivo sem ofender a ordem constitucional vigente, pois não se pode dizer que o Executivo não cria as alíquotas e apenas as altera nos parâmetros previamente traçados pelo legislador.

O ato de fixá-las em relação aos contribuintes, ainda que com o uso do FAP, importa efetivamente em criá-la, e fazê-lo em amplo espectro de liberdade, incompatível com o princípio ora em comento. A Constituição somente excepcionou os tributos com típicos efeitos extrafiscais e que, por isso mesmo, estão a exigir pronta intervenção estatal na economia, por seu próprio dinamismo, como se observa no artigo 153, §1º. Acaso o legislador ordinário pudesse estabelecer validamente outros casos de extrafiscalidade, por qual razão a Constituição Federal teria invocado apenas alguns tributos específicos para tal função?

A resposta é simples, a extrafiscalidade é uma exceção ao princípio da legalidade que deve estar expressamente prevista na Carta Magna, sob pena de ofensa ao referido princípio. Em casos análogos, quanto à impossibilidade de variação da alíquota por decretos, o STF decidiu:

Contribuição devida ao Instituto do Açúcar e do Alcool - IAA. - O Plenário desta Corte, ao julgar o RE 158.208, reconheceu a constitucionalidade, em face da Constituição de 1967 e da Emenda Constitucional nº 1/69, da contribuição instituída em favor do IAA pelo Decreto-Lei 308/67, alterado pelos Decretos-Leis 1.712/79 e 1.952/82. - De outra parte, ao julgar o RE 214.206, esse mesmo Plenário não só afastou, com relação a essa contribuição, a alegação de ofensa ao artigo 149 da Constituição de 1988, mas também a entendeu recebida por esta em consonância com o disposto no artigo 34, § 5º, do ADCT, só se tendo por incompatível com a referida Carta Magna a possibilidade de a alíquota dessa contribuição variar ou ser fixada por autoridade administrativa, dado o princípio da legalidade. Recurso extraordinário conhecido e provido. (STF, REExt 238.166/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Moreira Alves, 05/06/2001).

TRIBUTÁRIO. SALÁRIO-EDUCAÇÃO. PERÍODO ANTERIOR À LEI N.º 9.424/96. ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE, EM FACE DA EC 01/69, VIGENTE QUANDO DA EDIÇÃO DO DECRETO-LEI N.º 1.422/75, POR



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

103
[Assinatura]

OFENSA AO PRINCÍPIO DA ESTRITA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA, CONSAGRADO NOS ARTS. 153, § 2.º, E 178, E AO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DA DELEGAÇÃO DE PODERES, PREVISTO NO ART. 6.º, PARÁGRAFO ÚNICO. ALEGADA CONTRARIEDADE, AINDA, AO ART. 195, I, DA CF/88. CONTRIBUIÇÃO QUE, DE RESTO, FORA REVOGADA PELO ART. 25 DO ADCT/88.

Contribuição que, na vigência da EC 01/69, foi considerada pela jurisprudência do STF como de natureza não tributária, circunstância que a subtraiu da incidência do princípio da legalidade estrita, não se encontrando, então, na competência do Poder Legislativo a atribuição de fixar as alíquotas de contribuições extratributárias. O art. 178 da Carta pretérita, por outro lado, nada mais fez do que conferir natureza constitucional à contribuição, tal qual se achava instituída pela Lei n.º 4.440/64, cuja estipulação do respectivo quantum debeat por meio do sistema de compensação do custo atuarial não poderia ser cumprida senão por meio de levantamentos feitos por agentes da Administração, donde a fixação da alíquota haver ficado a cargo do Chefe do Poder Executivo. Critério que, todavia, não se revelava arbitrário, porque sujeito à observância de condições e limites previstos em lei. A CF/88 acolheu o salário-educação, havendo mantido de forma expressa - e, portanto, constitucionalizada -, a contribuição, então vigente, a exemplo do que fez com o PIS-PASEP (art. 239) e com o FINSOCIAL (art. 56 do ADCT), valendo dizer que a recebeu nos termos em que a encontrou, em outubro/88. Conferiu-lhe, entretanto, caráter tributário, por sujeitá-la, como as demais contribuições sociais, à norma do seu art. 149, sem prejuízo de havê-la mantido com a mesma estrutura normativa do Decreto-Lei n.º 1.422/75 (mesma hipótese de incidência, base de cálculo e alíquota), só não tendo subsistido à nova Carta a delegação contida no § 2.º do seu art. 1.º, em face de sua incompatibilidade com o princípio da legalidade a que, de pronto, ficou circunscrita. Recurso não conhecido. (STF, REExt 290.079/SC, Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão, 17/10/2001)

Dessa forma, em análise inicial, entendo que se faz presente o "*fumus boni iuris*" e o "*periculum in mora*", tendo em vista que a majoração da alíquota pelo FAP teve início em janeiro de 2010, majorando a tributação da folha salarial da impetrante em 1,70%, podendo privá-la dos valores essenciais a seu funcionamento, além da necessidade de futura exigência do indébito por meio da repetição ou compensação nos demorados moldes previstos na Constituição.

[Assinatura]



**PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL**

Fundamentei. Decido.

Ante o exposto, **DEFIRO A LIMINAR** para suspender em relação à impetrante a exigibilidade da aplicação do FAP às alíquotas das contribuições do SAT, previstas no artigo 22, da Lei 8.212/91 e alterações, afastando incidentalmente a aplicação do artigo 10, da Lei 10.666/2003, por ofensa ao princípio constitucional da legalidade tributária. A impetrante poderá pagar a contribuição sem o aumento da alíquota do FAP, cabendo à impetrada se abster de aplicar qualquer sanção contra a mesma em razão disto, podendo, no entanto, fiscalizar o correto cumprimento desta decisão.

Notifique-se a autoridade impetrada para prestar as informações no prazo de dez dias e intime-se a União.

Sem prejuízo, remetam-se os autos ao SEDI para regularizar o pólo passivo em conformidade com a inicial.

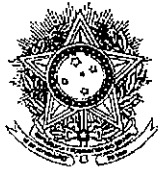
Após, vistas ao MPF.

A seguir, tornem conclusos.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Oficie-se.

Ribeirão Preto (SP), 11 de fevereiro de 2010.

ALEXANDRE ALBERTO BERNO
Juiz Federal Substituto



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL



DATA

Em 11 de fevereiro de 2010, baixaram estes autos em secretaria com a decisão retro, a qual se tornou pública na mesma data.

Antonio Costa Santos
Técnico Judiciário – RF 763

CERTIDÃO

Certifico e dou fé, haver registrado a decisão de fls. 101/103 sob n.º 12, Livro II, Volume V, Seqüência Anual n.º 01/2010.
Ribeirão Preto, 11 de fevereiro de 2010.

Antonio Costa Santos
Técnico Judiciário – RF 763