



Câmara de Comércio e Indústria Japonesa do Brasil

TRENCH, ROSSI E WATANABE ADVOGADOS

ASSOCIADO A BAKER & MCKENZIE INTERNATIONAL

Ações regressivas do INSS contra empresas e Fator Acidentário de Prevenção – FAP.

Mariana Neves de Vito - Sócia do Contencioso Tributário-Previdenciário

Trench, Rossi e Watanabe Advogados

Associado a *Baker & McKenzie International*



Temas a serem abordados

a) Ações regressivas do INSS contra empresas:

- *Fundamentos legais*
- *Argumentos do INSS*
- *Contestação da empresa*
- *Jurisprudência*
- *Comentários do palestrante e espaço para perguntas*

b) Fator Acidentário de Prevenção – FAP:

- *Fundamentação legal do FAP*
- *Resumo da aplicação do FAP*
- *Conceitos do FAP*
- *Travas no sistema do FAP*
- *Impugnação aos elementos do FAP*
- *Inconstitucionalidade e ilegalidade do FAP*
- *Jurisprudência*
- *Comentários do palestrante e espaço para perguntas*



a) Ações regressivas do INSS contra empresas:



I - Fundamentos da Ação de Regresso

1. Constituição Federal / 1988:

Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)
*XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, **sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;***

2. Lei nº. 8.212/1991 (Plano de Custeio da Seguridade Social):

*Art. 120. **Nos casos de negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho** indicados para a proteção individual e coletiva, a Previdência Social proporá ação regressiva contra os responsáveis.*

Art. 121. O pagamento, pela Previdência Social, das prestações por acidente do trabalho não exclui a responsabilidade civil da empresa ou de outrem.



II – Argumentos do INSS

1. Petição Inicial:

- Obrigação constitucional do INSS em ajuizar ações regressivas;
- Finalidade pedagógica da ação, para evitar futuros acidentes e doenças;
- Responsabilidade Objetiva: acidente ou doença ocorridos nas dependências da empresa;
- Simples ocorrência de acidente ou doença comprova que a empresa seria negligente quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho;
- Inversão do ônus da prova: cabe à empresa comprovar que não deu razão ao acidente ou doença de trabalho;
- Condenação : **parcelas vencidas (passado) e vincendas (futuro)** do benefício previdenciário, até o fim da condição de beneficiário (recuperação da capacidade laboral, morte, idade limite etc.).
- Condenação: constituir capital capaz de suportar a cobrança, bem como constituição de hipoteca judicial.
- Custas processuais e Honorários Advocatícios de 20% sobre o valor da condenação.



II – Argumentos do INSS

2. Produção de provas:

- Documentos pessoais do doente ou acidentado;
- Processo de benefício previdenciário perante o INSS;
- Demais documentos relacionados à doença ou acidente (Boletim de Ocorrência, relatórios médicos etc);
- Perícia Técnica nas dependências da empresa;
- Perícia Médica no doente ou acidentado, se possível;
- Prova emprestada: normalmente a Ação de Regresso é proposta após o beneficiário ter ajuizado ação na esfera trabalhista.
- Depoimento pessoal doente ou acidentado, de empregados e dirigentes da empresa e demais envolvidos.



III – Contestação da empresa

1. Preliminares:

- Ilegitimidade da parte: ausência de relação de emprego, em caso de prestador de serviços terceirizado;
- Inépcia da petição inicial: se muito genérica, sem descrição precisa dos fatos e das responsabilidades;
- Coisa julgada: em caso de decisão que tenha reconhecido a ausência de negligência da empresa, por exemplo, em reclamação trabalhista;
- Demais previstas em Lei, se aplicáveis (nulidade da citação etc.);



III – Contestação da empresa

2. Mérito:

- Não há que se falar em inversão do ônus da prova ou presunção de responsabilidade, cabendo ao INSS comprovar os argumentos expostos na petição inicial;
- Responsabilidade Subjetiva: ausência de comprovação da negligência (culpa ou dolo) da empresa quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho pelo INSS;
- Comprovar que, na verdade, a empresa investe em política de gerenciamento do ambiente e segurança do trabalho (com documentos – SIPA, CIPAT, treinamentos etc);
- Comprovar a ausência denexo causal entre as atividades do empregado e a doença ou acidente;
- Culpa Concorrente: Na pior das hipóteses, comprovar que a culpa da doença ou acidente é concorrente da empresa (menor responsabilidade) e do empregado (maior responsabilidade – a ser suportado pelo INSS);



III – Contestação da empresa

2. Mérito:

- Não há a necessidade de constituição de capital ou de hipoteca judicial, uma vez que não preenchidos os requisitos da Lei (não se trata de verbas de natureza alimentar, mas sim de reparação cível);
- *Bis in idem*: mesmo que o INSS tivesse qualquer razão em sua Ação, comprovar que a empresa já efetua o pagamento mensal do SAT, exatamente para custear os gastos advindos dos benefícios em questão.
- Prescrição: eventual prescrição do direito do INSS se transcorridos mais de 03 anos da data da doença ou acidente (art. 206, § 3º, V, do Código Civil).

3. Produção de provas:

- As mesmas citadas no tópico do INSS, se favoráveis à empresa;



IV – Jurisprudência

- **Responsabilidade Subjetiva:** a jurisprudência majoritária exige comprovação da negligência (culpa ou dolo) da empresa (AC 200401000003933 - Relator(a) DES. JOÃO BATISTA MOREIRA - TRF1 – 5ª TURMA - 26/02/2010), (AC 200371040013862, Des. Valdemar Capeletti, TRF4 – 4ª Truma, 17/05/2006), (APELREEX 200981000075680, Des. Fed. Nilcéa Maria Barbosa Maggi, TRF5 – 4ª Turma, 31/03/2011), (AC 200072030003770 - Relator(a) CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ - TRF4 - TERCEIRA TURMA - DJ 21/05/2003 PÁGINA: 545);
- **Culpa Concorrente:** culpa da doença ou acidente é concorrente da empresa e do empregado (Rel. Des. Federal Maria Lúcia Luz Leiria, 18/09/2009, AC 2006.72.06.003780-2/TRF), (AC 2000.01.00.069642-0, Rel. Juiz. Fed. Cov. Marcelo Albernaz, TRF1, 5ª Turma, 16/10/2006);
- **Ônus da Prova:** obrigação de provar é do INSS (APR 2009.81.00.007568-0. Des. Fed. Nilcéa Maria Maggi, TRF5, 4ª Turma, 31/03/2011), (AC 2000.72.03.000377-0, Rel. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, TRF4, 3ª Turma, 21/05/2003);
- **Constituição de Capital:** ausência da natureza alimentar da verba (AC 2009.50.01.004901-0, Rel. Juiz. Fed. Cov. Marcelo Albernaz, TRF2, 6ª Turma, 21/03/2011) , (AC 2000.01.00.069642-0, Rel. Juiz. Fed. Cov. Maria Alice Paim Lyard, TRF1, 5ª Turma, 16/10/2006);
- **Bis in idem:** o recolhimento do SAT já cobre os gastos do INSS com benefícios (AC 1998.04.01.023654-8/RS, 3ª Turma, TRF4, 18/06/2001).



V – Comentários e Dúvidas

- **Postura do INSS:** peças simples, genéricas e sem cumprir os requisitos legais. Foge de sua responsabilidade de comprovar a negligência (dolo ou culpa) da empresa. Passa a atuar com caráter meramente arrecadatário e se afasta do fim pedagógico da ação.
- **Postura da empresa:** sempre deverá produzir prova documental de todo e qualquer investimento quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho.
- **Ônus da Prova e nexo causal:** a jurisprudência majoritária entende que cabe apenas ao INSS comprovar a negligência (culpa ou dolo) por parte da empresa.
- **Constitucionalidade:** a jurisprudência majoritária refuta o *bis in idem*, mesmo o pagamento do SAT já sendo suficiente para cobrir os custos do INSS.
- **Dúvidas:** perguntas ou demais comentários?



b) Fator Acidentário de Prevenção – FAP:



I. Fundamentação legal do FAP

- Multiplicador do SAT/RAT – PODE AUMENTAR OU DIMINUIR A TRIBUTAÇÃO mediante multiplicação por índices que vão de 0,5 a 2.
- Fundamento no artigo 195, inciso I da Constituição Federal de 1988.
- Lei nº. 8.212/91, artigo 22, inciso II: previsão do Seguro de Acidente do Trabalho ("SAT"), atualmente denominada Riscos Ambientais do Trabalho ("RAT"), destinada ao financiamento de planos de previdência social para atendimento à cobertura de eventos de doença, invalidez e morte, resultantes de acidentes de trabalho.
- Lei nº. 10.666/2003, art. 10, determinou que as alíquotas do SAT poderiam ser majoradas ou diminuídas, conforme o desempenho da empresa em relação à saúde no ambiente de trabalho, com índice de 0,5% a 6%.
- Decreto nº. 6.042/2007 (alterou o Decreto nº. 3.048/99 - Regulamento da Previdência Social – inclusão do art. 202-A), disciplinou a aplicação do multiplicador.
- Resoluções nº.s 1.308/2009 e 1.309/2009 (Conselho Nacional de Previdência Social – CNPS), as quais detalharam os critérios do cálculo do FAP.



II. Resumo da aplicação do FAP

Cálculo do Seguro de Acidente de Trabalho até 2009

Valor do Seguro = Folha de Pagamentos X Alíquota SAT

SAT - Seguro de Acidente de Trabalho - Alíquota **Setor de Atividade** da empresa (1%, 2% ou 3%)

A partir de 2010 – Surge o FAP

Valor do Seguro = Folha de Pagamentos X Alíquota SAT X FAP

FAP - Fator Acidentário de Prevenção **da empresa** – FAP (0,5 a 2)

BONUS x MALUS



III. Conceitos do FAP

O FAP é um multiplicador baseado nos índices de **frequência, gravidade e custo**. É um valor atribuído à empresa em função de seu desempenho.

Cálculo do Índice de Frequência:

O Índice de Frequência indica a acidentalidade em cada empresa.

São computados:

- a) ocorrências acidentárias registradas – CAT;
- b) benefícios B91 e B93 sem registro de CAT - aqueles estabelecidos por nexos técnicos, inclusive por NTEP.

Crítica – Deveria excluir as CATs que não geraram benefícios e Acidentes de Trajeto.



III. Conceitos do FAP

FÓRMULA DO ÍNDICE DE FREQUÊNCIA:

= N^o. DE ACIDENTES + N^o. DE BENEFÍCIOS SEM CAT (NETP)

X 1000

N^o. MÉDIO DE VÍNCULOS



III. Conceitos do FAP

Cálculo do Índice de Gravidade:

O Índice de Gravidade indica a gravidade das ocorrências acidentárias em cada empresa.

São computados:

- a)** todos os casos de afastamento acidentário por mais de 15 dias;
- b)** os casos de invalidez e morte acidentárias;
- c)** auxílio-doença acidentário;
- d)** auxílio-acidente.

Pesos: diferente para cada tipo de afastamento em função da gravidade da ocorrência.

(i) morte = peso 0,50;

(ii) invalidez = peso 0,30;

(iii) auxílio-doença e auxílio-acidente = peso 0,1.



III. Conceitos do FAP

FÓRMULA DO ÍNDICE DE GRAVIDADE:

$$= \frac{(B91 \times 0,1) + (B92 \times 0,3) + (B93 \times 0,5) + (B94 \times 0,1)}{\text{Nº. MÉDIO DE VÍNCULOS}} \times 1000$$



III. Conceitos do FAP

Cálculo do Índice de Custo:

O Índice de Custo indica o custo dos benefícios por afastamento cobertos pela Previdência.

São computados os valores pagos pela Previdência em rendas mensais de benefícios.

a) auxílio-doença (B91): o custo é calculado pelo tempo de afastamento, em meses e fração de mês, do trabalhador.

b) Invalidez (parcial ou total) e morte: os custos são calculados fazendo uma projeção da expectativa da sobrevivência a partir da tabela completa de mortalidade construída pelo UBGE para toda a população brasileira – média nacional única para ambos os sexos.



III. Conceitos do FAP

FÓRMULA DO ÍNDICE DE CUSTO:

$$= \frac{\text{VALOR TOTAL DOS BENEFÍCIOS}}{\text{VALOR TOTAL DE REMUNERAÇÃO PAGA AO SEGURADO}} \times 1000$$



III. Conceitos do FAP

- Após isso, é calculado o “**Percentil de Ordem**” de frequência, gravidade e custo.
- Fórmula do Percentil de Ordem:

$$\text{“ Percentil} = 100 \times (\text{N ordem} - 1) / (\text{n} - 1)$$

Onde:

n = número de estabelecimentos na Subclasse;

N ordem = posição do índice no ordenamento da empresa na Subclasse.”



III. Conceitos do FAP

FÓRMULA FINAL DO FAP:

$$\begin{aligned} &= (0,50 \times \text{Percentil de Ordem de Gravidade}) \\ &+ (0,35 \text{ Percentil de Ordem da Frequência}) \\ &+ (0,15 \times \text{Percentil de ordem do Custo}) \\ &\times 0,02 \end{aligned}$$

Obs: Se o resultado for inferior a 0,5, o FAP é fixado em 0,5.



IV. Travas no Sistema do FAP

TRAVA DE MORTALIDADE: Ocorrência de Mortalidade ou Invalidez Permanente.

TRAVA ROTATIVIDADE: Acima de 75%. Taxa de Rotatividade é a razão entre o número de admissões ou rescisões, sobre o número de vínculos na empresa no início de cada ano.

Nesses casos, as empresas estarão **impossibilitadas ter FAP inferior a 1.**

No entanto, as empresas que apresentarem taxa de rotatividade ou mortalidade deverão preencher formulário eletrônico denominado “**Demonstrativo de Investimento em Recursos Materiais, Humanos e Tecnológicos em Melhoria na Segurança do Trabalho**” (art. 3º da Portaria nº. 254/2009 e seguintes). Deverá ser Homologado pelo Sindicato.

Prazo para entrega: geralmente, durante o mês de outubro de cada ano.



V. Impugnação aos elementos do FAP

- Desde 2010, O MPS disponibiliza na internet, por volta do dia 30 de setembro, o cálculo e o índice do FAP a ser aplicado sobre o SAT de cada empresa no ano seguinte, por meio do link FAPweb:
<https://www2.dataprev.gov.br/FapWeb/pages/contestacao/identificacaoDaEmpresa.xhtml>
- Normalmente, no mês de outubro, é disponibilizada a oportunidade de as empresas contestarem eletronicamente as travas anteriormente referidas e a massa salarial considerada.
- Posteriormente, em novembro, é disponibilizada a oportunidade de as empresas contestarem eletronicamente os dados utilizados na composição do seu FAP. Recomenda-se que seja elaborada uma planilha na qual deverá ser informado o número do benefício, o número do NIT do empregado e o motivo da discordância de cada caso (ex: funcionário com afastamento inferior a 15 dias, funcionário afastado em virtude de doença não relacionada ao trabalho, período do cálculo, etc.).
- Prazo para Entrega: geralmente, durante o mês de outubro de cada ano.
- Decisões: recentes decisões administrativas tem admitido excluir do cálculo apenas casos de erro de informações do sistema e CATs emitidas pelos sindicatos. Quanto aos demais, inclusive acidente de trajeto, o MPS alega que a legislação determinação sua inclusão no cálculo do FAP.



VI. Inconstitucionalidade e ilegalidade do FAP

Melhor argumento:

- Em obediência ao princípio da estrita legalidade, assim como ao princípio da tipicidade fechada, os elementos da exação fiscal devem estar previstos em lei — fato gerador, contribuinte, base de cálculo e alíquota. O art. 10 da Lei 10.666/2003, embora tenha reproduzido os percentuais de referência da contribuição (1%, 2% e 3%) e fixado os limites máximo e mínimo de majoração e redução da alíquota, não definiu, de modo preciso e satisfatório, os elementos essenciais da obrigação jurídico-tributária.

Demais argumentos:

- Fere demais princípios constitucionais que norteiam a tributação tais como os princípios da da motivação, da razoabilidade da proporcionalidade e da adequação, bem como o princípio da irretroatividade.
- Fere também diversos princípios que norteiam Seguridade Social tais como o princípio do equilíbrio financeiro e atuarial, o princípio da equidade na participação do custeio; o princípio da solidariedade e a regra de contrapartida.



VI. Inconstitucionalidade e ilegalidade do FAP

- Contrária aos ditames do artigo 3º do Código Tributário Nacional que determina expressamente que o tributo não poderá constituir sanção de ato ilícito.
- Se vale de um errôneo conceito de estabelecimento em total dissonância dos entendimentos sumulado pelo E. Superior Tribunal de Justiça por meio da Súmula 351.
- A equação se mostra de impossível resolução.
- Cerceamento do direito de defesa: alguns dados da equação (necessários para a aferição da acuidade do cálculo) não foram divulgados às empresas (por exemplo, critérios de desempate).



VI. Inconstitucionalidade e ilegalidade do FAP

Argumentos do Fisco:

- Com a superação dos positivismos normativistas e economicistas, com a mudança do paradigma das regras para o paradigma dos princípios, vem-se afirmando a doutrina da 'flexibilização da legalidade', especialmente no que se refere aos tributos contraprestacionais;
- As contribuições previdenciárias não são totalmente equiparada aos tributos tradicionais, conforme se extrai do caput do art. 149 e dos §§ 6º e 9º do art. 195 da Constituição - razão por que incompatível com a conservadora idéia de 'reserva absoluta e tipicidade fechada';
- Exigir-se que todos os elementos da fixação do valor da contribuição estejam postos na lei formal, mais que levar a ferro e fogo o princípio da legalidade (sumum jus, summa injuria), seria desconsiderar por completo o princípio da proporcionalidade.

Crítica aos argumentos do Fisco:

- A proporcionalidade **não** deve ser aplicado para “flexibilizar” a legalidade estrita para imposição tributária, mas sim para ser utilizado como critério de ponderação no embate de duas normas ou princípios de igual ou similar equivalência.



VIII. Jurisprudência

Inconstitucionalidade do FAP:

- Diversas decisões de 1ª instância, do TRF1, TRF3 e TRF4, em razão da ofensa ao princípio da legalidade e da irretroatividade, proferidas em 2010.
- Arguição de Inconstitucionalidade nº 5007417-47.2012.404.0000 rejeitada por maioria (9x6) perante o TRF4 em 25 de outubro de 2012 (APELAÇÃO CÍVEL Nº 5000438-80.2010.404.7100/RS). Pendente de interposição de recurso.
- Arguição de Inconstitucionalidade pendente de julgamento perante a cârte especial do TRF1 (APELAÇÃO CÍVEL N. 0013912-17.2010.4.01.3600/MT).
- STF – Repercussão Geral reconhecida - Tema nº 554 (Fixação de alíquota da contribuição ao SAT a partir de parâmetros estabelecidos por regulamentação do Conselho Nacional de Previdência Social).
- STJ –Representativos de controvérsia - AC nº 5000348-33.2010.404.7113 e AC nº 5000251-42.2010.404.7110, as quais tramitam naquela corte como RESP 1311144 e RESP 1311150.

Constitucionalidade do FAP:

- Recentes decisões de 1ª instância e dos TRFs, majoritariamente, reconhecem a constitucionalidade do FAP.



VII. Comentários e Dúvidas

- Em 2010 o cálculo do FAP era manifestamente equivocado, não sendo possível entender a conta e determinando um índice alto para a maioria das grandes empresas;
- A partir de 2011, o cálculo foi alterado, diminuindo o índice destas empresas, mas ainda continua contaminado pela vícios anteriormente referidos;
- Ainda são necessárias mudanças na forma de Cálculo do FAP para corrigir distorções (Retirada do cálculo todas as CATs e Acidentes de Trajeto);
- Fim das travas ilegais (rotatividade e mortes);
- Proporcionalidade entre custos de benefícios e tributos pagos – Atuarial ;
- NTEP: as empresas devem acompanhar a concessão de benefícios e apresentar defesas.
- Travas e elementos do cálculo: apresentar contestações eletrônicas por meio do FAPWeb.
- Medida Judicial: insistir na discussão judicial, principalmente, perante STJ e STF (só com a presença de muitas empresas, ajuizando diversas ações, estes tribunais podem vir a proferir decisões favoráveis).
- Dúvidas?



Obrigada!

Luciana Simões de Souza

Associada, Contencioso Tributário
Trench, Rossi e Watanabe Advogados
Associado a Baker & McKenzie International
Av. Dr. Chucri Zaidan, 920 - 13o. Andar
04583-904 São Paulo - SP - Brasil
Tel: +55 (11) 3048-6986 | Fax: +55 (11) 5506-3455
luciana.souza@bakermckenzie.com
www.trenchrossiewatanabe.com.br

"2012 Transfer Pricing Firm of the Year and Tax Disputes Firm of the Year "
International Tax Review Awards