

**AÇÃO ORDINÁRIA (PROCEDIMENTO COMUM ORDINÁRIO) Nº
2009.72.00.012209-7/SC**

D.E.

Publicado em 24/02/2010

**AUTOR : SINDICATO DAS EMPRESAS DE SEGURANÇA
PRIVADA DO ESTADO DE SANTA CATARINA**
ADVOGADO : ALUISIO COUTINHO GUEDES PINTO
RÉU : UNIÃO - FAZENDA NACIONAL

SENTENÇA

TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - RAT - FEV/2010

Vistos etc.

Cuida-se de ação de rito ordinário na qual a parte autora pretende seja reconhecida a inconstitucionalidade da aplicação do Fator Acidentário de Prevenção (FAP) às alíquotas da Contribuição Social denominada Riscos Ambientais do Trabalho (RAT), antigo Seguro de Acidente de Trabalho (SAT).

Alega que não poderia ter sido delegada a elaboração da fórmula de identificação da efetiva alíquota individualizada do RAT a uma norma infralegal.

Requer seja deferida a antecipação dos efeitos da tutela e julgada procedente a pretensão para declarar a inconstitucionalidade e ilegalidade do art. 10 da Lei n. 10.666/2006, do art. 202-A do Decreto n. 3.048/99 e das Resoluções n. 1.308/2009 e 1.309/2009, ou, alternativamente, determine à Previdência Social que disponibilize todos os dados que compuseram o cálculo do FAP, suspenda o prazo de recurso administrativo, suspensa a aplicação do FAP ou, ainda, também alternativamente, a declaração de que o FAP produzirá efeitos tributários somente a partir de 01/02/2010.

Junta documentos (fls. 45-120).

À fl. 121 foi indeferida a antecipação dos efeitos da tutela, tendo a parte autora interposto recurso de agravo perante o TRF da 4ª Região (fls. 137-158), que indeferiu a antecipação da tutela recursal (fl. 159).

A contestação foi apresentada às fls. 124-133.

A réplica foi apresentada Às fls. 161-188.

Decido.

Diz a postulação com pretensa inconstitucionalidade, por ofensa à reserva absoluta de lei formal aos aspectos relevantes da norma tributária, pelo art. 10 da Lei n. 10.666/03, que dispõe:

Art. 10. A alíquota de contribuição de um, dois ou três por cento, destinada ao financiamento do benefício de aposentadoria especial ou daqueles concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, poderá ser reduzida, em até 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. (Grifou-se)

Observo que a norma legal em enfoque realiza estipulação efetiva de limites máximo e mínimo para flutuação da alíquota real a ser aplicada, a situar-se derradeiramente entre 0,5 e 6%, sobre a base de cálculo do tributo em comento. Com efeito, não se pode dizer que seu texto, ao se limitar a reproduzir a fixação dos percentuais referencias de 1%, 2% e 3%, bem como determinar os índices máximos de seu aumento ou redução, cumpriu de forma esgotante a previsão do estabelecimento da alíquota efetiva a ser arcada por cada contribuinte.

Para tal precisa fixação, como aponta de forma translúcida a redação do dispositivo, valeu-se a lei de remessa a normas regulamentares.

No cumprimento dessa regulamentação, veio o art. 202-A do Decreto n. 3.048/99, com a redação dada pelo Decreto n. 6.957/09, dispor o seguinte:

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

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

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

§ 3º (Revogado)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

§ 6º (Revogado)

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

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

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

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

Por sua vez, incumbiram-se as Resoluções n. 1.308 e 1.309/09 do CNPS de estabelecer complexa metodologia, definindo a sistemática, parâmetros e critérios para o cálculo e aplicação dos índices de frequência, da gravidade, do custo, tal qual do próprio FAP.

Muito embora a regulamentação em apreço tenha se adstrito perfeitamente às raízes traçadas especificamente pelo art. 10 da Lei n. 10.666/06, observo ter disposto a respeito de elemento substancial para a formação da relação jurídica tributária, qual seja, a veiculação da fórmula definidora da derradeira alíquota.

A instituição de elemento extra, nominado FAP, para viabilizar a progressividade das alíquotas da contribuição social em comento, na forma de coeficiente a ser multiplicado por suas alíquotas básicas, para somente então ter-se a efetiva a ser aplicada sobre a base de cálculo do tributo, não desnatura seu caráter de fator integrante do conceito de alíquota - esta sendo a relação existente entre a expressão quantitativa ou mensurável do fato gerador e o tributo correspondente. Em outras palavras, o FAP é determinante da alíquota efetiva, enquanto critério para mensuração do tributo, e nesse passo compõe a matriz tributária.

Nesse ponto, necessária a observância do disposto no art. 150, I, da Constituição Federal, que veda ao Fisco exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça, limitação ao poder de tributar regulada, com espeque no art. 146, II, da mesma Carta, pelo art. 97 do Código Tributário Nacional, que por seu turno, no que interessa ao caso em tela, dispõe ser a lei, em sentido próprio e restrito, o único instrumento jurídico passível de edição para estabelecer: "[...] IV - a fixação de alíquota do tributo e da sua base de cálculo", ressalvadas as específicas exceções ao princípio da legalidade veiculadas pela Constituição (arts. 153, § 1º, 155, § 4º, IV, e 177, § 4º, I, "b").

Trata-se do princípio da estrita legalidade tributária, a respeito de cujo alcance me valho da lição de Hugo de Brito Machado, em seu Curso de Direito Tributário, 29. ed., p. 82/88, que aborda o alcance do princípio da estrita legalidade:

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 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. [...]

A regra de decreto, ou de regulamento, em matéria tributária só tem utilidade para a explicitação de textos legais, ou para o estabelecimento dos meios e formas de cumprimento das disposições das leis. Meios e formas que tenham, realmente, caráter

meramente instrumental. Todos os elementos essenciais na formação da relação jurídica tributária devem estar na lei. Nenhum pode ser posto, acrescentado ou modificado pelo regulamento.

Aliás, é muito fácil de se entender por que é assim. O princípio da legalidade existe para limitar o poder de tributar, e essa limitação é feita exatamente pela divisão de Poderes. O Legislativo dispõe, estabelece, prescreve; o Executivo apenas executa. Assim, a Administração Tributária não tem atribuição para estabelecer o valor do tributo. Todos os elementos necessários para esse fim devem estar na lei. (Grifou-se)

Contribui ainda para a completa compreensão da dimensão da disciplina imposta pelo postulado a leitura do escólio de Luciano Amaro, em seu *Direito Tributário Brasileiro*, 12. ed., p. 112-113:

O conteúdo do princípio da legalidade tributária vai além da simples autorização do Legislativo para que o Estado cobre tal ou qual tributo. É mister que a lei defina in abstracto todos os aspectos relevantes para que, in concreto, se possa determinar quem terá de pagar, quanto, a quem, à vista de que fatos ou circunstâncias. A lei deve esgotar, como preceito geral e abstrato, os dados necessários à identificação do fato gerador da obrigação tributária e à quantificação do tributo, sem que restem à autoridade poderes para, discricionariamente, determinar se "A" irá ou não pagar tributo, em face de determinada situação. Os critérios que definirão se "A" deve ou não contribuir, ou que montante estará obrigado a recolher, devem figurar na lei e não no juízo de conveniência ou oportunidade do administrador público. [...]

Por isso não tem a autoridade administrativa o poder de decidir, no caso concreto, se o tributo é devido e quanto é devido. [...]

Deve o legislador, ao formular a lei, definir, de modo taxativo (numerus clausus) e completo [...] os critérios de quantificação (medida) do tributo.[...]

À vista da impossibilidade de serem invocados, para a valorização dos fatos, elementos estranhos aos contidos no tipo legal, a tipicidade tributária costuma qualificar-se de fechada ou cerrada, de sorte que o brocardo nullum tributum sine lege traduz "o imperativo de que todos os elementos necessários à tributação do caso concreto contenham e apenas se contenham na lei". Na lição de Yonne Dalácio de Oliveira, "o que põe em relevo o caráter do tipo cerrado é a sua limitação precisa, o que se obtém, como no conceito abstrato, por meio da determinação exaustiva de suas características consideradas sempre necessárias". (Grifou-se)

No mesmo sentido ensina Leandro Paulsen (in *Direito Tributário*, 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. (Grifou-se)

A mitigação aludida ao princípio da legalidade tributária diz respeito apenas 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. Ainda que nesse caso, tais tributos não se livram da completa incidência do axioma em destaque, mas apenas podem, em certas condições e dentro dos limites estabelecidos em lei, ter suas alíquotas modificadas por

ato normativo infralegal.

Imperioso observar que a contribuição social em trato não figura dentre tais exceções a que se permite a atenuação à exigência de lei para definição da alíquota. Nesse contexto, desponta que a validade da remessa da tarefa de fixar a alíquota efetiva do tributo a ato do Executivo dependeria imprescindivelmente de tal previsão excepcional no bojo da Constituição.

Tampouco se pode dizer que a Lei n. 10.666/06, em seu art. 10, foi bastante em cumprir a missão da necessária veiculação da alíquota do tributo por meio da mera estipulação de balizas máxima e mínima dentro das quais há de vaguear o percentual efetivo - ficando este ao sabor dos critérios porventura adotados pelo administrador. O rigor do princípio constitucional da legalidade estrita em Direito Tributário é tal que, para ser autorizada a exata mesma prática em que incide o art. 10 da Lei n. 10.666/06 - de fixar-se por lei formal uma alíquota básica e a partir dela permitir ao Executivo operar (ou disciplinar a operação de) acréscimos ou decréscimos limitados aos patamares da lei - foi necessário que a Constituição expressamente excepcionasse os respectivos casos, precisamente como faz seu art. 153, § 1º. Por óbvio, se o constituinte cresse que tal conduta delegatória respeita a legalidade tributária, não teria editado dispositivo que explicitasse sua ressalva. Tal circunstância demonstra de modo inequívoco que o simples estabelecimento de limites de flutuação da alíquota por lei ordinária não é suficiente para atender a tipicidade fechada exigida pela ordem constitucional vigente.

Com efeito, examinando caso análogo referente à validade da delegação efetuada pelo art. 3º do Decreto-Lei n. 1.712/79 a órgão administrativo para o estabelecimento de alíquota de contribuição ao IAA, ainda que sob os limites que estipulava, frente ao princípio da legalidade estrita previsto na Carta de 1988, decidiu o Supremo Tribunal Federal:

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) (Grifou-se)

No ponto, conclusão idêntica foi extraída pelo STF na análise da delegação ao Executivo da competência para fixação e alteração da alíquota da contribuição do salário-educação, ainda que condicionada à vinculação à variação do custo atuarial do ensino de primeiro grau, na forma do art. 1º, § 2º, do Decreto-Lei n. 1.422/75, inferindo que, malgrado se o permitisse na vigência da EC 1/69, não mais se o concebe sob o pálio da CF/88:

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 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, constitucionalizado -, 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 recepcionou 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) (Grifou-se)

Ressalto que o tema em análise não se equipara ao do REExt 343.446/SC, em que o STF decidiu pela possibilidade de cometer-se a regulamento a 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. Naquele caso, considerou o Supremo que teria havido a satisfatória e terminante fixação por lei da base de cálculo e alíquotas, impassíveis de qualquer modulação - o que incoorre no presente caso -, tendo apenas deixado ao cuidado de regulamentação o conceito aberto de atividade preponderante, dependente que nesse contexto é a aplicação da lei da aferição de dados e elementos. De fato possível, nesse caso, é encontrar sustentação do expediente, com lastro no estudo de Leandro Paulsen (p. 198):

Não há impedimento à utilização de conceitos jurídicos indeterminados (todos os conceitos são mais ou menos indeterminados) e de normas em branco na instituição de tributos. Há de se compatibilizar isso, contudo, com a necessária determinabilidade da norma tributária impositiva, que exige, não apenas a completude da norma, mas também densidade normativa suficiente à identificação de seus diversos aspectos, de modo que a utilização de tais expedientes não implique delegação indevida de competência normativa ao Executivo.

Em assim sendo, vejo que no caso concreto, distintamente, prende-se a análise da questão à aferição da necessária do exaurimento, pela lei ordinária em si, da fixação líquida da alíquota ou, quando menos, se variável, da fórmula para seu encontro.

O estabelecimento exato do valor do tributo, na hipótese vertente, embora realmente encontre em lei formal demarcação máxima e mínima, está afinal sujeita a manifestação do alvedrio do Executivo, ora materializado no caso concreto pelo art. 202-A do Decreto n. 3.048/99 e Resoluções n. 1.308 e 1.309/09 do CNPS, que aviam a metodologia de cálculo do FAP, conforme critérios que houveram por bem escolher seus expedidores.

Se no caso tais normas infralegais o fizeram com maior ou menor apuro, justiça tributária, vinculação a elementos objetivos, respeito ao equilíbrio atuarial etc., tais aspectos refogem à presente análise, eis que prejudicados por óbice precedente, qual seja, o impedimento de se relegar a regulamento expedido pela Administração, em substituição ao legislador, a

definição da metodologia de fixação da alíquota do tributo.

Destaco que não se cogita aqui de óbice fundado na exorbitância do poder regulamentar, visto que nada indica que as normas infralegais em exame atuaram em excesso aos padrões expressamente delegados pela lei aludida, inovando na ordem jurídica. Nem tampouco de que dita lei, ao cometer atribuição a regulamento sob determinadas condições, haja infringido a vedação constitucional genérica à delegação pura do Legislativo ao Executivo. Cuida-se de coisa distinta: de se haver verificado que o exercício da delegação, mediante edição de norma hierarquicamente inferior à lei em sentido estrito, ao atuar no estabelecimento da efetiva alíquota aplicável ao tributo em questão, invadiu o campo da reserva absoluta de lei ordinária, incidente especificamente na seara tributária por força de regra constitucional. Ou seja, a lei delegou, mesmo que não de forma pura e ainda que estipulando limites, o que não podia. Efetivamente, o que caracteriza a legalidade tributária, distinguindo-a da legalidade geral, é exatamente seu caráter absoluto, de aversão a incompletudes e delegações quanto aos aspectos substanciais da geração da obrigação tributária.

O fato é que o montante do tributo, com a regulação ora objetada, não é apurável segundo critérios absolutamente fixados em lei formal, não permitindo que o contribuinte identifique o quantum da exação meramente diante dos termos em que vazada a lei ordinária instituidora, ficando na dependência da disciplina do regulamento para fazê-lo. Trata-se de nítido desrespeito à necessária completude da lei tributária impositiva e à imprescindibilidade do estabelecimento expresso do aspecto quantitativo (Paulsen, p. 195/197).

Também não há dúvida em que os termos do art. 10 da Lei n. 10.666/06, ao confiar a regulamento a elaboração de critérios que podem sujeitar o contribuinte ao recolhimento de tributo em valor até quatro vezes menor ou maior, outorga descabida margem de liberdade ao administrador de plantão, incompatível com a ordem tributária constitucional. Consoante esta, 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.

Nesse sentido, convém referir a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região a respeito:

CONTRIBUIÇÃO AO FUSEX. FIXAÇÃO DA ALÍQUOTA POR LEI. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA. A Constituição concedeu às contribuições natureza de tributo, aplicando-lhes as limitações constitucionais ao poder de tributar, bem como as normas gerais de matéria tributária. A contribuição ao FUSEX tem destinação específica para custear a assistência médico-hospitalar militar, sendo cobrada compulsoriamente dos servidores militares, nos termos do artigo 75 da Lei nº 8.237/1991. Dessa forma, a fixação da alíquota dessa contribuição por meio de Instrução Normativa ou Portaria fere o princípio da legalidade tributária. A Constituição de 1988, a partir de 05/04/1989 (artigo 25 do ADCT) revogou tão-somente a delegação conferida pelo artigo 81 da Lei nº 5.787/1972 ao Chefe do Poder Executivo para fixar a alíquota da contribuição para o fundo de saúde dos militares, mantendo-se aquela fixada pelo artigo 14 do Decreto nº 92.512/1986, o qual foi recepcionado como lei ordinária. [...] (TRF4, AC 200771000004831, Primeira Turma, Rel. Álvaro Eduardo Junqueira, 20/11/2007)

O artifício concebido nos termos expostos não pode servir a contornar os limites que o Direito a muito custo construiu, vulnerando o multissecular postulado do *nullum tributum sine lege*, oriundo da Magna Carta inglesa de 1215, informado pelos 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) e constituinte do mais importante limite aos governantes na atividade da tributação.

Assim sendo, verificado que o art. 10 da Lei n. 10.666/06, quando não esgota a

fixação de alíquota cominada à lei ordinária, remetendo-a à parametrização por atos emanados pelo Executivo, bem como o art. 202-A do Decreto n. 3.048/99, com a redação dada pelo Decreto n. 6.957/09, e as Resoluções n. 1.308 e 1.309/09 do CNPS, quando invadem o campo da reserva absoluta de lei ordinária, desatendem o art. 150, I, da Constituição Federal, reconhecendo sua inconstitucionalidade em controle difuso.

Do esposado, extraio a verossimilhança das alegações da parte autora, ao passo que o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação se identifica nos efeitos tributários já iniciados e da previsão do art. 202-A, § 6º, do Decreto n. 3.048/99, capazes de, majorando a tributação da folha salarial da autora, privá-la dos respectivos valores, essenciais a seu funcionamento, ou expor-lhe às nocivas consequências da inadimplência perante o Fisco e à necessidade de futura exigência do indébito por meio da tortuosa via do art. 100 da Constituição.

Ante o exposto, defiro a antecipação dos efeitos da tutela e julgo procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade e ilegalidade do art. 10 da Lei n. 10.666/2006, do art. 202-A do Decreto n. 3.048/99 e das Resoluções n. 1.308/2009 e 1.309/2009, para suspender a aplicação do FAP às alíquotas do RAT, de modo a restaurar-se a aplicabilidade do art. 22, II, da Lei n. 8.212/91 conforme sua extensão original, nos termos da fundamentação.

Condeno a ré ao pagamento das custas e honorários advocatícios, que fixo em 10% do valor da causa, nos termos da fundamentação.

Sentença sujeita ao reexame necessário.

P.R.I.

Florianópolis, 04 de fevereiro de 2010.

Gustavo Dias de Barcellos
Juiz Federal Substituto