



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

**LIMITAÇÕES AO PODER NORMATIVO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: A INCONSTITUCIONALIDADE
DA APLICAÇÃO DO FAP SOBRE AS ALÍQUOTAS DA CONTRIBUIÇÃO AO SAT**

ELIAS SCHNEIDER DE OLIVEIRA

Florianópolis

2011

ELIAS SCHNEIDER DE OLIVEIRA

**LIMITAÇÕES AO PODER NORMATIVO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: A INCONSTITUCIONALIDADE
DA APLICAÇÃO DO FAP SOBRE AS ALÍQUOTAS DA CONTRIBUIÇÃO AO SAT**

Monografia submetida à Universidade Federal de Santa Catarina para obtenção do título de bacharel em Direito.

Professor Orientador Luís Carlos Cancellier de Olivo

Florianópolis

2011

Dedico este trabalho aos meus pais, Eli e Eliane, que investiram em meu futuro e sempre me mostraram que as conquistas, na vida, são fruto de muito esforço e dedicação.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a todos que contribuíram, direta ou indiretamente, para a elaboração do presente trabalho, que representa o fim de uma etapa de singular importância em minha formação acadêmica, bem como em minha vida pessoal e profissional.

Agradeço aos meus pais, Eli e Eliane, que muito me apoiaram e me incentivaram na realização do presente trabalho, bem como em todos os momentos de minha vida, me mostrando que por mais que surjam obstáculos e nossa frente, transpô-los nos tornam mais fortes.

Ao meu irmão, Andreas, essencial na formação da identidade da pessoa que sou hoje. Agradeço também à minha cunhada, Camila, que juntamente com meu irmão, sempre me apoiou nos momentos de necessidade.

Aos meus padrinhos, Tio Zeca e Tia Vera, e a seus filhos, meus primos, por me acolherem aqui em Florianópolis e me lembrarem do quanto é bom ter a família por perto, com quem podemos sempre contar.

Aos grandes amigos que fiz durante esses cinco anos de graduação, agradeço pela amizade e companheirismo, que tornaram esses anos muito mais divertidos.

Por fim, agradeço aos professores do Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, pelos ensinamentos passados nesses cinco anos de curso. Agradeço, especialmente, ao professor Luiz Calos Cancellier de Olivo, que aceitou me orientar na realização deste trabalho.

A aprovação da presente monografia não significará o endosso do conteúdo por parte do Professor Orientador, da banca examinadora e da Universidade Federal de Santa Catarina à ideologia que a fundamenta ou que nela é exposta.

RESUMO

Este estudo monográfico, submetido à Universidade Federal de Santa Catarina para obtenção do título de Bacharel em Direito, tem como objetivo a análise dos limites ao poder normativo da Administração Pública para, então, analisar a constitucionalidade do Fator Acidentário de Prevenção – FAP, instituído pela Lei n. 10.666/2003 e regulamentado pelo Decreto 3.048/1999, com as alterações realizadas pelos Decretos nº 6957/2009 e nº 6042/2007. O assunto é de extrema importância hodiernamente, tendo-se em vista que a instituição do FAP pode gerar prejuízos consideráveis aos contribuintes, que se veem submetidos ao pagamento da contribuição ao SAT sob uma alíquota majorada por Decreto, ao arrepio das disposições constitucionais e infraconstitucionais que regem o Direito Tributário.

Palavras-chave: poder normativo; poder regulamentar; Fator Acidentário de Prevenção – FAP; Seguro de Acidente de Trabalho – SAT.

ABSTRACT

The present study, submitted to the Universidade Federal de Santa Catarina as a requirement for graduation in the Law School, argues about the limits of Public Administration's ruling power to, then, discuss the constitutionality of the Accidental Prevention Factor - FAP, instituted by Law 10.666/2003 and regulated by Decree n. 3.048/99, with amendments made by Decrees No. 6957/2009 and No. 6042/2007. This subject is of extreme importance nowadays, since the institution of FAP can cause considerable damages to taxpayers, who are forced to pay higher contributions to Working Accidents Secure – SAT due to a higher rate set by the Executive Power, in defiance of the constitutional and infra-constitutional legislation that regulates the Tax Law.

Key-words: Public Administration's ruling power; Accidental Prevention Factor - FAP; Working Accidents Secure – SAT.

SUMÁRIO

<i>INTRODUÇÃO</i>	10
<i>1. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS</i>	12
<i>1.1. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO</i>	12
<i>1.2. DIVISÃO DE PODERES</i>	14
<i>1.2.1. ORIGEM E CONCEITO</i>	14
<i>1.2.2. DIVISÃO DE PODERES NA CONSTITUIÇÃO DE 1988</i>	15
1.2.2.1. Poder Legislativo	17
1.2.2.2. Poder Executivo.....	19
1.2.2.3. Poder Judiciário	21
<i>1.3. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE</i>	22
<i>1.3.1. PRIMAZIA DA LEI</i>	22
<i>1.3.2. RESERVA LEGAL</i>	24
1.3.2.1. Reserva Legal em matéria Tributária	25
<i>2. ATOS NORMATIVOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA</i>	27
<i>2.1. PODER NORMATIVO</i>	27
<i>2.1.2. PODER REGULAMENTAR</i>	29
<i>2.2. VINCULAÇÃO E DISCRICIONARIEDADE</i>	31
<i>2.3. DELEGAÇÃO DE COMPETÊNCIA NO DIREITO ADMINISTRATIVO</i>	33
<i>2.3.1. DELEGAÇÃO DE COMPETÊNCIA REGULAMENTAR</i>	34
<i>2.3.2. DELEGAÇÃO DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA À REGULAMENTO</i>	35
<i>2.4. REGULAMENTOS</i>	37
<i>2.3.1. DECRETO</i>	39
<i>2.3.2. RESOLUÇÕES, INSTRUÇÕES E PORTARIAS</i>	39
<i>3. INCIDÊNCIA DO FAP SOBRE AS ALÍQUOTAS DO SAT</i>	41
<i>3.1. SEGURO DE ACIDENTE DE TRABALHO – SAT</i>	41
<i>3.1.1. REGIME JURÍDICO</i>	41
<i>3.1.2. ENQUADRAMENTO – ATIVIDADE DE RISCO</i>	43
<i>3.2. FATOR ACIDETÁRIO DE PREVENÇÃO – FAP</i>	47
<i>3.2.1. CONTEXTO</i>	47
<i>3.2.2. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 10 DA LEI 10.666/2003</i>	48

3.2.3.	<i>CONTEÚDO REGULAMETAR</i>	51
3.2.4.	<i>A JURISPRUDÊNCIA SOBRE O FAP</i>	54
	<i>CONSIDERAÇÕES FINAIS</i>	59
	<i>REFERÊNCIAS</i>	61

INTRODUÇÃO

A presente monografia tem por finalidade a análise de uma discussão de grande relevância nos Tribunais hodiernamente, em que se discute a legalidade da majoração da alíquota de contribuição social das empresas ao Seguro de Acidentes de Trabalho (SAT) – para o financiamento da aposentadoria especial e de benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa – através do FAP, face à aplicação das regras constantes na Lei n. 10.666/2003 e no Decreto 3.048/1999, alterado pelos Decretos nº 6957/2009 e nº 6042/2007 e metodologia de cálculo consubstanciada em Resoluções do CNPS.

O referido dispositivo – FAP – outorga ao Ministério do Trabalho e da Previdência Social a faculdade de alterar o enquadramento das empresas, para fins de contribuição ao SAT, a fim de estimular investimentos em prevenção de acidentes. Trata-se de uma norma que autoriza o Poder Executivo a conceder um incentivo às empresas.

Entretanto, surge, nesse contexto, a dúvida se a regulamentação do FAP poderia ocorrer da forma que ocorreu, tendo em vista que restou configurada a possibilidade de uma norma infralegal modificar a alíquota da contribuição paga pelas empresas para o financiamento da aposentadoria especial e dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa.

Diante de tal questão, pretende-se utilizar no decorrer do presente trabalho do método dedutivo de pesquisa, para verificar se os critérios utilizados na criação, implementação e aplicação do FAP encontram-se de acordo com os princípios constitucionais vigentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Com a finalidade de proporcionar uma melhor compreensão da problemática, o trabalho foi dividido em três capítulos.

No primeiro capítulo, são apresentados garantias e princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito, que visam proteger os cidadãos contra atos atentatórios à sua liberdade.

Dessa forma, são analisados os princípios da divisão dos poderes e da legalidade no Estado Democrático de Direito, que impedem o uso arbitrário do Poder do Estado

pelos governantes, ao mesmo tempo em que garantem que ninguém será privado de seus direitos, ou obrigado a alguma coisa, sem lei prévia que assim estabeleça.

Já no segundo capítulo, seguindo a linha de intelecção apresentada no primeiro capítulo, procura-se analisar o poder normativo da Administração Pública, bem como seu principal desdobramento, o poder regulamentar, privativo do Chefe do Poder Executivo.

A análise do poder normativo é de fundamental importância na aferição de limites à atividade normativa da Administração Pública, em sua íntima relação com o princípio da legalidade.

Ainda no segundo capítulo analisam-se as hipóteses de delegação de competência no Direito Administrativo, tanto aquelas ocorridas dentro da própria Administração Pública, como também a possibilidade de delegação de competência legislativa ao Poder Executivo.

O terceiro capítulo, por sua vez, fechando o trabalho, versa sobre o a contribuição ao SAT, fazendo-se referência às respectivas discussões doutrinárias e jurisprudenciais que surgiram com sua instituição. Encerra-se o terceiro capítulo com a análise dos dispositivos legais que concernem o FAP, bem como da jurisprudência que até então se formou quanto a sua (in)constitucionalidade.

1. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

1.1. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Estado Democrático de Direito foi consagrado pela Constituição de 1988, em seu artigo primeiro, ao dispor que a “República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito”.

Nesse sentido, ensina Paulo Márcio Cruz que a denominação Estado de Direito, que surgiu nos Estados alemães na primeira metade do século XIX, tinha por fundamento o império da lei como regra geral, a divisão dos poderes e o respeito pela liberdade e pela propriedade. Posteriormente, a implantação do princípio democrático ao Estado de Direito agregou a este uma nova característica: a lei não apenas como regra geral, como também expressão da vontade popular, formulada por representantes livremente eleitos pelo povo.¹

Assim, o Estado de Direito passou a se preocupar com a temática da legitimação, explicada por Habermas:

É que o Direito não somente exige aceitação; não apenas solicita dos seus endereçados reconhecimento de fato, mas também pleiteia merecer reconhecimento. Para a legitimação de um ordenamento estatal, constituído na forma da lei, requerem-se, por isso, todas as fundamentações e construções públicas que resgatarão esse pleito como digno de ser reconhecido.²

José Afonso da Silva assinala, assim, que o Estado Democrático de Direito surgiu com a união dos conceitos de Estado de Direito e Estado Democrático, transcendendo, entretanto, a soma de seus elementos e agregando “um conceito novo que os supera, na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*”.³

Quanto ao equilíbrio entre esses princípios, em constante tensão, Márcio Cruz afirma:

A primazia da vontade popular supõe que as decisões desta vontade sejam vinculantes para o resto dos poderes públicos, assim como para

¹ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos de direito constitucional**. 2. ed. rev. e ampl Curitiba (PR): Jurua, 2003. p. 213-214.

² HABERMAS, Jürgen. **Sobre a legitimação pelos direitos humanos**. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz.(Org). **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003. p. 68.

³ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 112.

o conjunto de cidadãos. Mas o respeito ao Estado de Direito impõe alguns limites à expressão da vontade popular, que deve manifestar-se de acordo com procedimentos que garantam uma efetiva participação e um suficiente conhecimento, por parte dos cidadãos, destes limites formais. Por outro lado, os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana também devem ser respeitados, o que caracteriza limites materiais.⁴

Assim, passa a ser desafio do Estado Democrático de Direito a manutenção do equilíbrio entre a soberania da vontade popular e os princípios decorrentes do Estado de Direito, evitando os perigos oriundos dos desajustes entre ambos, resultantes, de um lado, do “caráter determinante da vontade popular e, por outro, a garantia de direitos ou situações jurídicas fundamentais do indivíduo, intocáveis, inclusive, por esta vontade”.⁵

Cabe à própria Constituição, portanto, concatenar o império da vontade popular com os princípios do Estado de Direito, impondo procedimentos para a manifestação popular, sem que a vontade da comunidade política reste sufocada e, ao mesmo tempo, definindo os direitos e garantias fundamentais, bem como a organização dos poderes.⁶

Harmonizam-se, dessa forma, os poderes do Estado, na medida em que a vontade popular orienta a formação das leis que, segundo Roque Antônio Carraza, vincularão os poderes públicos numa proibição de agir em desfavor das pessoas, de modo que:

[...] para a melhor defesa dos direitos individuais, sociais, coletivos e difusos, a Constituição vincula não só o administrador e o juiz, mas o próprio legislador. De fato, tais direitos são protegidos também diante da lei, que deve se ajustar aos preceitos constitucionais. A garantia disso está no controle da constitucionalidade, que, na maioria dos ordenamentos jurídicos, é levado a efeito pelo poder judiciário.⁷

Ressalta-se, por fim, a importância dos princípios da divisão dos poderes e da legalidade no Estado Democrático de Direito, eis que, como restará demonstrado, impedem o uso arbitrário do Poder do Estado pelos governantes, ao mesmo tempo em que garantem que ninguém será privado de seus direitos, ou obrigado a alguma coisa, sem lei prévia que assim estabeleça, regularmente promulgada por meio do processo legislativo estabelecido na Constituição.

⁴ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos de direito constitucional**. p. 215.

⁵ Idem, *ibidem*, p. 214.

⁶ Idem, *ibidem*, p. 215.

⁷ CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 19º ed. Ver. Amp. Malheiros: São Paulo, 2003, p. 215

1.2. DIVISÃO DE PODERES

1.2.1. ORIGEM E CONCEITO

Poder, consoante definição de José Afonso da Silva, se trata de “*uma energia capaz de coordenar e impor decisões visando à realização de determinados fins*”. O Estado, portanto, como entidade máxima, possui também seu poder, o denominado poder político, por meio do qual impõe regras e limites à sociedade a fim de atingir os fins globais que ao Estado cumpre realizar ⁸.

Assim, de acordo Luiz Alberto Araújo e Vidal Nunes Júnior, desenvolveu-se a ideia da separação de poderes, a fim de “criar um sistema de compensações, evitando que uma só pessoa, ou um único órgão, viesse a concentrar em suas mãos todo o poder do Estado” ⁹.

Conforme ensina Paulo Bonavides, impossível falar do princípio da separação de poderes sem nos remetermos à obra de Montesquieu, cujos estudos, por se associarem tão intimamente ao conceito de liberdade, foram inscritos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão ¹⁰.

De fato, Montesquieu, em sua obra *Do Espírito das leis*, não descuidou de reiterar inúmeras vezes a necessidade da divisão de poderes em determinado Estado, concluindo que “tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares” ¹¹.

Assim, inspirado nos ensinamentos de Montesquieu, reza o artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que “toda sociedade, onde a garantia dos direitos não esteja assegurada nem a separação de poderes determinada, não possui Constituição”.

Dessa forma, a divisão de poderes passa a ser pressuposto lógico para a concretização da própria liberdade, analisada por Montesquieu sob dois aspectos, conforme interpretação de Bonavides sobre a obra *Do Espírito das Leis*: o aspecto

⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 107

⁹ ARAUJO, Luiz Alberto; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 210.

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 262

¹¹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat,. **Do espírito das leis**. São Paulo: Nova Cultural, 1997.. p. 172.

filosófico, que consiste no exercício da vontade individual, e o aspecto político da liberdade, que cumpre torná-la com respeito ao cidadão e à Constituição¹².

Explica Bonavides que o aspecto político da liberdade perante o cidadão se revela na medida em que:

[...] é livre quem tem o direito de fazer tudo o que as leis permitem. A liberdade política aí se traduz a segurança que ou no juízo que cada homem faz acerca de sua segurança. O cidadão conhece pois a liberdade política, segundo as observações de Montesquieu, quando desfruta aquele estado de tranquilidade de espírito decorrente do sentimento de certeza conferido pela ordem jurídica.¹³

Respectivamente à Constituição, continua o autor, a liberdade se expressa quando “a organização do poder se faz à base de certa distribuição dos três poderes”. Dessa forma:

A liberdade política, como artigo constitucional, requer indispensavelmente a técnica separatista, seu principal ponto de sustentação. O regime de separação complementa de tal modo aquele conceito de liberdade política do cidadão que Montesquieu assinala categoricamente dever o governo organizar-se, segundo tais preceitos que nenhum cidadão possa temer outro cidadão. A separação de poderes é pois o remédio supremo.¹⁴

Desde a obra de Montesquieu verifica-se, portanto, o desenvolvimento do princípio da divisão de poderes entre os órgãos do Estado como fundamental a segurança e liberdade dos indivíduos a ele submetidos, uma vez que os assegura que o poder outorgado a seus governantes não será utilizado de maneira arbitrária, mas sim em consonância com os objetivos almejados pelo próprio Estado, inseridos nem sua Constituição.

1.2.2. DIVISÃO DE PODERES NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A divisão de poderes é um dos princípios gerais do Direito Constitucional brasileiro, que a Carta Maior adota e inscreve como princípio fundamental, dispondo, em seu artigo 2º, que “são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Tal princípio, conforme nos ensina José Afonso da Silva, sempre esteve presente, como um princípio fundamental, no ordenamento constitucional brasileiro. A Constituição do Império adotara a separação quadripartita de poderes segundo a

¹² BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. p. 264.

¹³ Idem, *ibidem*, p. 264.

¹⁴ Idem, *ibidem*, p. 264-265.

formulação de Benjamin Constant, de modo que ficava a cargo do imperador, além do poder Executivo, a detenção do poder Moderador. As demais constituições assumiram, entretanto, a formação tripartita de poderes, formulada por Montesquieu.¹⁵

A atual Constituição de 1988 manteve, assim, a formação tripartita de poderes, mas com o enunciado um pouco diferente. Conforme narra José Afonso da Silva:

O texto foi aprovado em segundo turno sem a cláusula *independentes e harmônicos entre si*, porque estava sendo adotado o parlamentarismo, que é um regime mais de colaboração entre poderes que de separação independente. Aquela cláusula é adequada e conveniente no presidencialismo. Como, no final, este é que prevaleceu, na Comissão de Redação o Prof. e então Dep. Michel Temer sugeriu a reinserção da regra da harmonia e independência que figura no art. 2º [...].¹⁶

A inserção do termo *independência dos poderes* significa, segundo o autor, que no desenvolvimento das atribuições inerentes a cada um dos poderes, bem como na administração de pessoas e serviços pertencentes a seus respectivos órgãos, não há necessidade de consulta ou aprovação de outros poderes, observadas as disposições constitucionais e legais.¹⁷

A harmonia entre os poderes, por sua vez, verifica-se, num primeiro momento:

[...] pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados.¹⁸

Impende ainda destacar, que a divisão de poderes imposta pela Carta Maior constitui, segundo José Afonso da Silva, dois elementos distintos: o primeiro, que diz respeito à especialização funcional, implica a especialização de cada órgão no desenvolvimento de suas funções, de modo que às assembleias (Congresso e Câmaras) se atribui a função legislativa, ao Executivo se atribui a função executiva e ao Judiciário, por sua vez, se atribui a função jurisdicional. Já o segundo elemento, que

¹⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. p. 106.

¹⁶ Idem, *ibidem*, p. 106.

¹⁷ Idem, *ibidem*, p. 110.

¹⁸ Idem, *ibidem*, p. 110.

consiste na independência orgânica entre os poderes, indica a ausência de meios de subordinação entre eles.¹⁹

Configura-se, então, a independência e harmonia entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, com suas competências e atribuições definidas pela própria Constituição, indispensáveis a consecução dos objetivos da República Federativa do Brasil.

Antes de entrar no mérito das atribuições específicas inerentes a cada Poder, cabe trazer à baila crítica realizada por boa parte da doutrina quanto ao modelo de divisão clássica dos poderes em Executivo, Legislativo e Judiciário, em razão da complexidade da sociedade contemporânea. Tal crítica consiste, segundo Paulo Márcio Cruz, no fato de que “alguns dos itens da agenda do terceiro milênio, como os meios de comunicação, a manipulação genética e a globalização empurram a doutrina no sentido de começar a propor uma nova divisão do poder do Estado, com quatro, cinco ou mais poderes”.²⁰

Em que pese a existência de tal crítica, resta indispensável a análise de cada um dos poderes do modelo tradicional de separação de poderes, eis que adotado pela atual Constituição brasileira.

1.2.2.1. Poder Legislativo

O Poder Legislativo é exercido, no âmbito federal, pelo Congresso Nacional, composto pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, cujos representantes são, respectivamente, os deputados federais e os senadores. Já no âmbito estadual e municipal, tal poder é representado pela assembleia legislativa, composta por deputados federais, e pela câmara municipal, composta por vereadores.

Como forma de garantir a independência deste poder aos demais, Márcio Cruz assinala que é inerente ao parlamento a autonomia de sua autorregulamentação, bem como de sua administração interna, que se traduzem na capacidade de produção das próprias normas que regem sua atuação, necessárias ao desenvolvimento de suas funções. Tais normas normalmente se concretizam, segundo o autor, pelos regimentos internos dos parlamentos.²¹

¹⁹ Idem, *ibidem*, p. 109.

²⁰ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos de direito constitucional**. p. 123.

²¹ Idem, *ibidem*, p. 125.

Dentre as funções desenvolvidas pelo Poder Legislativo destaca-se, como sua função essencial, a legislativa, que Márcio Cruz define como “a elaboração de normas de caráter geral, vinculantes para todos os cidadãos e poderes e com posição superior no ordenamento jurídico, submetidas unicamente à Constituição”.²²

Dessa forma, sendo o Poder Legislativo atribuído especificamente ao Parlamento, a sanção posterior do Chefe do Executivo passa a ser apenas um requisito formal de cumprimento obrigatório, uma vez que sobrevivendo o veto presidencial – ou do Governador ou do Prefeito – o Poder Legislativo pode contornar o veto, promulgando ele próprio a lei, em votação qualificada.²³

Quanto a essa função essencial de elaboração de leis, Miguel Reale assinala:

Pois bem, esse poder de legislar, dando nascimento a novas situações jurídicas objetivamente válidas, com legitimidade quanto à sua *vigência* e *eficácia*, manifesta-se através de uma série de atos que compõem a *nomogênese legal*, ou o *processo legislativo*.²⁴

Processo legislativo é, assim, a expressão consagrada na Secção VIII do Título IV, Capítulo I, artigos 59 e seguintes, da Constituição de 1988. Segundo dispõe o artigo 59 da Carta Maior:

Art. 59 - O processo legislativo compreende a elaboração de:

- I - emendas à Constituição;
- II - leis complementares;
- III - leis ordinárias;
- IV - leis delegadas;
- V - medidas provisórias;
- VI - decretos legislativos;
- VII - resoluções.

Processo legislativo é, assim, definido por Afonso da Silva como “conjunto de atos (iniciativa, emenda, votação, sanção, veto) realizados pelos órgãos legislativos visando a formação das leis constitucionais, complementares e ordinárias, resoluções e decretos legislativos”.²⁵

Importa frisar que tal artigo, conforme aponta Reale, tem sido alvo de inúmeras críticas, em razão de elencar também os decretos legislativos e as resoluções. No

²² Idem, ibidem, p. 126.

²³ Idem, ibidem, p. 126.

²⁴ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 163

²⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. p. 524.

entanto, afirma que tais críticas são geralmente resultantes de má colocação do assunto e interpretações equivocadas de seu alcance. Explica:

Situado que seja o assunto no âmbito do processo legislativo, não são, evidentemente, quaisquer “decretos legislativos” ou “resoluções” que possuem a dignidade de fonte legal, mas tão-somente aqueles atos que, por força da Constituição, integram o sistema de normas, dando nascimento a um dispositivo de caráter cogente. Lembramos, por exemplo, dos decretos legislativos mediante os quais o Congresso Nacional aprova os tratados; ou as resoluções do Senado Federal que autorizam operações externas de natureza financeira (v. Constituição, arts. 49, I, e 52, V).²⁶

Além da função legislativa propriamente dita, de elaboração e votação das leis que, de alguma forma inovem no ordenamento jurídico, a Constituição também atribui ao Poder Legislativo outras funções, tais como: (i) orçamentária, prevendo as receitas e autorizando as despesas do Estado; (ii) de controle, envolvendo tarefas de fiscalização, informação e debate, bem como na apuração de responsabilidade política em relação ao Executivo; (iii) como foro de debate político, onde opiniões são publicamente exteriorizadas e debatidas.²⁷

1.2.2.2. Poder Executivo

O Poder Executivo é um dos três poderes, representado pelo conjunto de órgãos e autoridades públicas incumbidos das funções administrativas do Estado, estando regulado pela Constituição Federal nos seus artigos 76 a 91.

Segundo Marçal Justen Filho, os órgãos do Poder Executivo organizam-se de acordo com uma concepção hierárquica centralizadora, em que o posto mais elevado é ocupado pelo Chefe do Executivo (Presidente da República, Governadores estaduais ou do Distrito Federal e Prefeitos municipais), selecionado por eleições populares com prazo determinado de mandato eletivo. Muito embora a implementação da estrutura deste Poder, prevista pela Constituição, deva ser feita por lei, sua atuação concreta “não se subordina a determinações externas, provindas da vontade dos ocupantes de outros poderes”.²⁸

²⁶ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. p. 165.

²⁷ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos de direito constitucional**. p. 127-128.

²⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 33.

Além do escalão de Governo, há também o escalão administrativo, técnico, que permanece no exercício de suas funções em caráter efetivo e estável, independentemente das mudanças de Governo.²⁹

Segundo Márcio Cruz, as funções do Poder Executivo podem ser enumeradas da seguinte forma: (i) executiva do Governo, função típica deste Poder, que consiste no cumprimento dos ditames legais, execução orçamentária, arrecadação de tributos, nomeação de funcionários etc.; (ii) normativa; (iii) de direção política, cabendo a este Poder a direção da vida política estatal, inclusive no que tange a atuação de outros órgãos; (iv) poderes excepcionais, que em situações de grande perigo e gravidade autorizam o Chefe do Executivo a decretar o Estado de Sítio ou o Estado de Defesa.³⁰

Quanto à função normativa do Poder Executivo, é de se destacar sua relevância, na medida em que o Poder Legislativo revela-se “lento para produzir regulamentos de aplicação urgente ou em situações de mudança rápida e acentuada”.³¹

Dessa forma, a função normativa do Governo é exercida por meio de regulamentos, desempenhada dentro dos limites legais, ou seja, compatíveis com as linhas gerais estabelecidas nas nos dispositivos emanados do Poder Legislativo.³²

Assim, importante se afigura a lição de Miguel Reale:

Não raro invocam-se os regulamentos, decretos etc. como espécies de fonte legal, mas é preciso ter bem presente que eles somente podem ser considerados fontes legais subordinadas ou complementares. [...] Num sistema constitucional onde o Executivo dispõe de instrumento de ação normativa como as leis delegadas, há mais razão ainda para que os regulamentos e decretos sejam rigorosamente concebidos como atos normativos de vigência e eficácia subordinadas aos ditames das normas oriundas do “processo legislativo”.³³

Por fim, cabe ainda ressaltar que a Constituição Federal prevê, em seu artigo 62, a possibilidade de edição de medidas provisórias pelo Poder Executivo, que se constituem em atos de caráter normativo, com força de lei, admitidos em situações imprevistas de urgência e relevância, que não podem ser resolvidos pelo procedimento legislativo comum, em razão de sua lentidão.³⁴

²⁹ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos de direito constitucional**. p. 133.

³⁰ Idem, *ibidem*, p. 131 a 135.

³¹ Idem, *ibidem*, p. 132.

³² Idem, *ibidem*, p. 132.

³³ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 165-166

³⁴ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos de direito constitucional**. p. 132-133.

1.2.2.3. Poder Judiciário

O Poder Judiciário, organizado pela Constituição em seus arts. 92 a 126, é o terceiro Poder do Estado, detentor da função jurisdicional, ou seja, possui a função de compor conflitos de interesses em casos concretos. Também denominado sistema de composição de lides.³⁵

A jurisdição, conforme determinação da própria Constituição, em seu artigo 5º, inciso XXXV, é monopólio dos órgãos do Poder Judiciário, representados pelos magistrados.

Assim, de acordo com José Afonso da Silva:

Divididas as funções da soberania nacional por três Poderes distintos, *Legislativo, Executivo e Judiciário*, os órgãos deste (juízes e tribunais) devem, evidentemente, decidir atuando o direito objetivo; não podem estabelecer critérios particulares, privados ou próprios, para, de acordo com eles, compor conflitos de interesses, ao distribuírem a justiça. Salvo o *juízo de equidade*, excepcionalmente admitido, [...] normalmente o juiz, no Brasil, pura e simplesmente aplica os critérios que foram editados pelo legislador.³⁶

O Poder Judiciário não deve interferir nas funções legislativa e executiva, em obediência ao princípio da independência entre os poderes. Está, entretanto, autorizado a declarar a inconstitucionalidade das leis e atos normativos editados por esses poderes, em colaboração ao princípio da harmonia entre os poderes.

O sistema de controle constitucional difuso, ou por via de exceção, ocorre quando “no curso de um pleito judiciário, uma das partes levanta, em defesa de sua causa, a objeção de inconstitucionalidade da lei que se lhe quer aplicar”³⁷, sendo incidentalmente declarada no caso concreto, com efeito apenas entre as partes.

Já o sistema concentrado é aquele em que o poder de controle se concentra em um único órgão, levado a cabo, no Brasil, pelo Supremo Tribunal Federal, que provocado por meio de ação direta, analisa as incompatibilidades da lei ou do ato normativo apontado com a Constituição, podendo declarar sua inconstitucionalidade e, conseqüentemente, promover sua anulação com efeito *erga omnes*.³⁸

³⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. p. 553.

³⁶ Idem, ibidem, p. 554.

³⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25. ed. atual. São Paulo (SP): Malheiros, 2010. p. 302.

³⁸ Idem, ibidem, p. 307-308.

1.3. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade pode ser analisado sob duas dimensões. A primeira diz respeito à legalidade genérica, ou primazia legal, consistente na submissão e respeito aos ditames da lei. Já segunda, a reserva legal, ou legalidade estrita, significa que determinadas matérias têm de ser, necessariamente, regulamentadas por lei.

Muito embora façam parte de uma mesmo gênero, os princípios da legalidade e da reserva legal devem ser distinguidos. De acordo com José Afonso da Silva:

[...] o problema das relações entre os princípios da legalidade e da reserva da lei resolve-se com base no Direito Constitucional positivo, à vista do poder que a Constituição outorga ao Poder Legislativo. Quando essa outorga consiste no poder amplo e geral sobre qualquer espécie de relações, como vimos antes, tem-se o princípio da legalidade. Quando a Constituição reserva conteúdo específico, caso a caso, à lei, encontramos-nos diante do princípio da reserva legal.³⁹

No Direito Administrativo, da mesma forma, Harmut Maurer ensina que o princípio da legalidade da administração contém dois componentes: o princípio da primazia da lei e a reserva legal. O primeiro expressa, segundo o autor, a “vinculação da administração às leis existentes e indica que os funcionários administrativos – positivamente – atuar em conformidade com as leis e – negativamente – não devem tomar medidas que infringem as leis”. Já o segundo, consiste no fato de que a “administração somente se pode tornar ativa se ela foi, para isso, autorizada em lei”.⁴⁰

Feitas tais considerações, importante entrar mais a fundo nas implicações de ambos os componentes do princípio da legalidade, eis que de grande relevância na delimitação dos poderes da administração pública, no que tange a expedição de regulamentos por seus órgãos.

1.3.1. PRIMAZIA DA LEI

O princípio da legalidade genérica está consagrado no art. 5º, inciso II, da Constituição de 1988, sendo princípio basilar do Estado Democrático de Direito, garantindo que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Assinala Afonso da Silva que tal texto:

³⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. p. 422.

⁴⁰ MAURER, Hartmut. **Direito administrativo geral**. Tradução de Luís Afonso Heck. Barueri, SP: Manole, 2006. p. 121-122.

[...] não há de ser compreendido isoladamente, mas dentro do sistema constitucional vigente, mormente em função de regras de distribuição de competência entre os órgãos do poder, de onde decorre que o princípio da legalidade ali consubstanciado se funda na previsão de competência geral do Poder Legislativo para legislar sobre matérias genericamente indicadas, de sorte que a idéia matriz está em que só o Poder Legislativo pode criar regras que contenham, originariamente, novidade modificativa da ordem jurídico-formal.⁴¹

Assim, diante da distribuição de competências que caracteriza os Poderes do Estado, resultante do princípio da divisão de poderes, já tratado no presente trabalho, somente as leis, regularmente editadas pelo processo legislativo, é que podem impor obrigações que impliquem novidade modificativa no ordenamento jurídico.

É o que ensina André Ramos Tavares, para quem “apenas nos termos das leis, editadas conforme as regras do processo legislativo constitucional, é que se pode validamente conceder direito ou impor obrigações”.⁴²

Cabe ainda trazer à baila as lições de Miguel Reale quanto ao sentido e alcance das leis, para quem:

Lei, no sentido técnico desta palavra, só existe quando a norma escrita é *constitutiva de direito*, ou, esclarecendo melhor, quando ela introduz algo de novo com caráter obrigatório no sistema jurídico em vigor, disciplinando comportamentos individuais ou atividades públicas. O nosso ordenamento jurídico se subordina, com efeito, a uma gradação decrescente e prioritária de expressões de competência, a partir da *lei constitucional*, a qual fixa a estrutura e os feixes de competência de todo o sistema normativo. Nesse quadro, somente a lei, em seu sentido próprio, é capaz de *innovar no direito já existente*, isto é, de conferir, de maneira originária, pelo simples fato de sua publicação e vigência, *direitos e deveres* a que todos devemos respeito.⁴³

Há que se destacar que a impositividade do princípio da legalidade, abre margens a controvérsias quanto ao alcance da expressão “senão em virtude de lei”, quanto à obrigatoriedade do conteúdo legal mínimo. Ou seja, as controvérsias residem na questão: entendem “alguns que basta a existência de uma lei autorizativa de atos com aquele conteúdo, enquanto outros entendem que o conteúdo do restritivo da ação há que de correr diretamente da lei”.⁴⁴

Na opinião de José Afonso da Silva, o conteúdo que há de ser necessariamente regulado pela lei, em razão da expressão “senão em virtude de lei”, são os elementos

⁴¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. p. 420.

⁴² TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 578

⁴³ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. p. 163.

⁴⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. p. 421.

essenciais das obrigações impositivas que surgem no ordenamento, de modo que somente a lei é apta a criar direitos e impor obrigações positivas ou negativas.⁴⁵

Importante salientar ainda, a relação do princípio da legalidade com o princípio da legitimidade, tendo-se em vista a definição de Estado Democrático de Direito, já tratada no presente trabalho, segundo a qual a lei, ainda que a lei tenha sido concebida nas formas preconizadas pela Constituição, ao tratar do *processo legislativo*, tem também de representar os anseios e necessidades da sociedade.

Nessa linha de intelecção é a lição de José Afonso da Silva:

Em conclusão, o princípio da legalidade de um Estado Democrático de Direito assenta numa ordem jurídica de um poder legítimo, até porque, se o poder não for legítimo, o Estado não será Democrático de Direito como proclama a Constituição (art. 1º). Fora disso, teremos possivelmente uma legalidade formal, mas não a realização do princípio da legalidade.⁴⁶

1.3.2. RESERVA LEGAL

Como visto, o princípio da reserva legal consubstancia-se nas hipóteses em que a própria Constituição reserva matéria específica a necessária regulamentação por lei, validamente editada pelo processo legislativo.

Em decorrência disso, Hely Lopes Meirelles assinala que é essencial que o Executivo, ao expedir regulamento:

[...] não invada as chamadas ‘reservas de lei’, ou seja, aquelas matérias só disciplináveis por lei, e tais são, em princípio, as que afetam as garantias e os direitos individuais assegurados pela Constituição (art. 5º). [...] 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.⁴⁷

Tratando-se da limitação às atividades normativas da administração imposta pelo princípio da reserva legal, bastante elucidativo foi o voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello:

⁴⁵ Idem, *ibidem*, p. 421.

⁴⁶ Idem, *ibidem*, p. 425.

⁴⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 36ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 131-132

O princípio constitucional da reserva de lei formal traduz limitação ao exercício das atividades administrativas e jurisdicionais do Estado. A reserva de lei — analisada sob tal perspectiva — constitui postulado revestido de função excludente, de caráter negativo, pois veda, nas matérias a ela sujeitas, quaisquer intervenções normativas, a título primário, de órgãos estatais não-legislativos. Essa cláusula constitucional, por sua vez, projeta-se em uma dimensão positiva, eis que a sua incidência reforça o princípio, que, fundado na autoridade da Constituição, impõe, à administração e à jurisdição, a necessária submissão aos comandos estatais emanados, exclusivamente, do legislador. Não cabe, ao Poder Executivo, em tema regido pelo postulado da reserva de lei, atuar na anômala (e inconstitucional) condição de legislador, para, em assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser legitimamente definidos pelo Parlamento. É que, se tal fosse possível, o Poder Executivo passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes.⁴⁸

1.3.2.1. Reserva Legal em matéria Tributária

Na seara tributária, a Constituição Federal reafirmou o princípio da legalidade estrita em seu art. 150, destacando dentre as limitações ao poder de tributar a proibição de “exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça”.⁴⁹

Em decorrência disso, Leandro Paulsen ensina que a legalidade tributária se trata de um direito fundamental do contribuinte, constituindo-se em cláusula pétrea, cujas atenuações são somente aquelas elencadas no art. 153, § 1^a, da Constituição Federal. Trata-se de norma taxativa, que não aceita ampliação nem mesmo por Emenda Constitucional.⁵⁰

Da mesma forma assinala André Ramos Tavares:

A atividade estatal de instituição de tributos e explicitação de regras conexas está jungida ao princípio da reserva de lei. Trata-se da legalidade específica, que, no caso, traduz-se em uma das garantias dos contribuintes (limites do poder de tributar). [...] Assim, é vedado expressamente pela Constituição brasileira a qualquer dos entes políticos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) ‘exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça’ (art. 150, I).⁵¹

⁴⁸ STF - ADI 2.075-MC / RJ

⁴⁹ Cf. Art. 150, inciso I.

⁵⁰ PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário, Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e Jurisprudência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado: ESMAFE, 2004.

⁵¹ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. (...) 2007. p. 585

Isso se dá, segundo Tavares, porque somente o Poder Legislativo dispõe da faculdade de editar normas jurídicas que inovem originariamente no ordenamento jurídico nacional. Dessa forma, essa é a principal diferença que distingue a competência legislativa da mera competência regulamentar.⁵²

Diante disso, tratou o Código Tributário Nacional, em seu artigo 97, de explicitar também o princípio da legalidade estrita:

Art. 97. Somente a lei pode estabelecer:

I - a instituição de tributos, ou a sua extinção;

II - a majoração de tributos, ou sua redução, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65;

III - a definição do fato gerador da obrigação tributária principal, ressalvado o disposto no inciso I do § 3º do artigo 52, e do seu sujeito passivo;

IV - a fixação de alíquota do tributo e da sua base de cálculo, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65;

V - a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos, ou para outras infrações nela definidas;

VI - as hipóteses de exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários, ou de dispensa ou redução de penalidades.

§ 1º Equipara-se à majoração do tributo a modificação da sua base de cálculo, que importe em torná-lo mais oneroso.

§ 2º Não constitui majoração de tributo, para os fins do disposto no inciso II deste artigo, a atualização do valor monetário da respectiva base de cálculo.

Assim, tratou o CTN de estabelecer os elementos essenciais necessários à criação de tributo, explicitando o princípio da reserva legal.

Conforme assinala Hugo de Brito Machado, não basta que a lei crie o tributo, deve também estabelecer os elementos necessários à identificação da situação capaz de criar a obrigação tributária, determinando o valor do tributo, o que não pode ser feito por regulamento ou por qualquer outro ato normativo. Assim, “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”.⁵³

⁵² Idem, *ibidem*, p. 538.

⁵³ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 31ª ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 88.

2. ATOS NORMATIVOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

2.1. PODER NORMATIVO

Trata-se da competência atribuída à Administração Pública para editar atos normativos, regulamentos. Dividem-se os atos normativos em originários e derivados: os primeiros caracterizam-se pelo fato de serem emanados por órgão da administração em razão de competência própria, atribuída pela Constituição. Já os atos normativos derivados, são aqueles cujo objetivo é a regulamentação de um conteúdo normativo preexistente.⁵⁴

O vocábulo *administração pública*, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, é aquele que designa, em sentido subjetivo, formal ou orgânico:

[...] os entes que exercem a atividade administrativa; compreende **peçoas jurídicas, órgãos e agentes públicos** incumbidos de exercer uma das funções em que se triparte a atividade estatal: a função administrativa; [...] em sentido **objetivo, material** ou **funcional**, ela designa a natureza da atividade exercida pelos referidos entes; nesse sentido, a administração pública é a própria **função administrativa** que incumbe, **predominantemente**, ao Poder Executivo.⁵⁵ (grifos do autor)

Os fundamentos da atividade normativa da administração podem ser tanto políticos quanto jurídicos. Os fundamentos políticos, primeiramente, caracterizam-se na conveniência e oportunidade reconhecida no Poder Executivo para estabelecer certos pormenores, em decorrência da lei, porque o Legislativo não pode tudo prever. Já seus fundamentos jurídicos decorrem da atribuição conferida pela própria lei ao Executivo, ou mesmo pela Constituição, determinando a regulamentação.⁵⁶

Assim fica claro, conforme assinala Celso Antônio Bandeira de Mello, que a administração é atividade subalterna ao conteúdo da lei, devendo se subjuar inteiramente às disposições legais; estando completamente atrelada à lei; sendo sua função, portanto, “tão-só a de fazer cumprir lei preexistente, e, pois, que regulamentos independentes, autônomos ou autorizados são visceralmente incompatíveis com o Direito brasileiro”.⁵⁷

Nessa linha é a lição de Miguel Reale:

⁵⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 90.

⁵⁵ Idem, *ibidem*, p. 49.

⁵⁶ GASPARINI, Diogenes,. **Direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 173.

⁵⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 103.

A essa luz, não são leis os regulamentos ou decretos, porque estes não podem ultrapassar os limites postos pela norma legal que especificam ou a cuja execução se destinam. Tudo o que nas normas regulamentares ou executivas esteja em conflito com o disposto na lei não tem validade, e é suscetível de impugnação por quem se sinta lesado. A *ilegalidade* de um regulamento importa, em última análise, num problema de inconstitucionalidade, pois é a Constituição que distribui as esferas e a extensão do *poder de legislar*, conferindo a cada categoria de ato normativo a força obrigatória que lhe é própria.⁵⁸

O exame das disposições constitucionais demonstra, portanto, que a lei, abrangendo a Constituição e as espécies legislativas editadas conforme indicação do art. 59 da CF, sempre prevalecerá sobre o ato administrativo, de modo que qualquer conflito entre regras legais e administrativas, as normas decorrentes da lei prevalecerão.⁵⁹ Desse modo, é “pacífico o entendimento de que o regulamento não pode infringir a lei. O regulamento tem hierarquia normativa inferior ao da lei, de modo que a contradição com a norma legal acarreta a invalidade do conteúdo nele contido”.⁶⁰

Assim, o pressuposto necessário à existência dos regulamentos executivos é a lei, estando circunscritos somente a sua operacionalização e esclarecimento, de modo que, de acordo com Júlio de Oliveira:

O Estado-administração deverá construir os conteúdos normativos a partir dos enunciados legais e não alicerçar sua atividade interpretativa em enunciados veiculados por diplomas infralegais.

A visão do poder estatal, nos regimes democráticos, deverá sempre ter como ponto-de-partida *ex parte Populi* (Rousseau) e não *ex parte principis* (Maquiavel), e com essa orientação nada mais ultrapassado que admitir como válidas quaisquer teorias que “legitimem” rincões do poder absoluto, mesmo que referidas teorias se fundamentem no interesse imediato do Estado-administração.⁶¹

Dentro das limitações impostas ao poder normativo, dispõe o Congresso Nacional de poder de controle sobre os atos expedidos por quaisquer dos órgãos do Poder Executivo, podendo sustá-los quando exorbitarem do poder regulamentar, conforme disposto no artigo 49, inciso V da Constituição. Além disso, há também o controle de constitucionalidade exercido pelo STF, que, nos termos do artigo 102, inciso I, alínea *a*, da CF, atinge também os atos normativos editados por quaisquer dos órgãos administrativos.

⁵⁸ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. p. 163.

⁵⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. p. 33.

⁶⁰ Idem, *ibidem*, p. 157.

⁶¹ OLIVEIRA, Júlio Maria de. **O princípio da legalidade e sua aplicabilidade ao IPI e ao ICMS**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 372.

2.1.2. PODER REGULAMENTAR

Conforme preceitua o artigo 84, inciso IV, da Constituição Federal, compete ao Presidente da República, privativamente, expedir decretos e regulamentos para fiel execução da lei. Eis o teor desses dispositivos:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

Tal norma foi seguida, então, pelas Constituições Estaduais e Leis Orgânicas Municipais, passando, dessa maneira, a ser válida a todos os Chefes do poder Executivo.⁶²

Assim, de acordo com a definição de Diógenes Gasparini, o poder regulamentar pode ser definido como “*a atribuição privativa do Chefe do Poder Executivo para, mediante decreto, expedir atos normativos, chamados regulamentos, compatíveis com a lei e visando desenvolvê-la*”.⁶³

Assim, conforme assevera Vanessa Vieira de Mello, a “competência regulamentar constitui função típica do Poder Executivo, por inserir-se no poder normativo, inerente ao detentor da chefia de referido poder”.⁶⁴

Quanto aos limites à atribuição regulamentar, Gasparini explica que podem ser *formais, legais e constitucionais*. Os limites formais dizem respeito à forma de exteriorização do regulamento, que deve ser realizada, conforme preceitua o art. 84, IV, da CF, por meio de decreto. Os limites legais, por sua vez, são aqueles que impõem que a atividade regulamentar seja realizada de modo a não extravasar o conteúdo da lei. Os limites constitucionais, por fim, são aqueles que se relacionam com o conteúdo das reservas legais.⁶⁵

Ressalta-se, mais uma vez, que os regulamentos editados pelos Chefes do Poder Executivo, em decorrência do exercício do poder regulamentar, devem limitar-se ao conteúdo da lei, conforme dispõe Celso de Mello:

⁶² MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional administrativo**. 4. ed. atual. até a EC n. 53/06. São Paulo: Atlas, 2007. p. 77.

⁶³ GASPARINI, Diógenes,. **Direito administrativo**, p. 172.

⁶⁴ MELLO, Vanessa Vieira de. **Regime jurídico da competência regulamentar**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 50.

⁶⁵ GASPARINI, Diógenes,. **Direito administrativo**, p. 174.

Para reforçar ainda mais o entendimento deste caráter subalterno da atividade administrativa, basta examinar atentamente o art. 84, IV, da Lei Magna. De acordo com ele, compete ao Presidente da República “sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir *decretos e regulamentos para sua fiel execução*”. Evidencia-se, destarte, que mesmo os atos mais conspícuos do Chefe do Poder Executivo, isto é, os decretos, inclusive quando expedem regulamentos, só podem ser produzidos para ensejar *execução de lei*. Ou seja: *pressupõem sempre uma dada lei* da qual sejam os *fiéis executores*.⁶⁶

Há que se ressaltar que muito embora não seja possível a inovação no ordenamento jurídico pelo regulamento, existem divergências quanto a interpretação do alcance da expressão *fiel execução de leis*, constante no art. 84, IV, da CF. Alguns pensadores entendem que tal dispositivo significa que o regulamento deve apenas traduzir a vontade já exteriorizada pela lei.⁶⁷

Em matéria tributária, dispõe o artigo 99 do Código Tributário Nacional que o “conteúdo e o alcance dos decretos restringem-se aos das leis em função das quais sejam expedidos, determinados com observância das regras de interpretação estabelecidas nesta Lei”. De acordo com Hugo de Brito Machado, tal disposição é meramente explicitante, pois mesmo que não estivesse escrita não seria diferente. Assinala o autor que, em matéria tributária, “qualquer regra de decreto, ou de regulamento, que não seja mera explicitação do que determina a lei, nem se limite a fixar os meios e formas de execução desta, é inválida”.⁶⁸

Entretanto, impende destacar que a maior parte dos doutrinadores entende que o argumento de que o regulamento deve somente reproduzir o conteúdo legal, levaria a sua inutilidade. Afinal, se todo o conteúdo de inovação no ordenamento devesse necessariamente estar contido na própria lei, não haveria necessidade da previsão constitucional de poder normativo. Assim, conforme conclui Justen Filho, “o que se pode discutir não é a existência de cunho inovador nas regras contidas no regulamento, mas a extensão da inovação produzível por essa via”.⁶⁹

Nessa linha de intelecção, esclarecedora é a lição do professor Celso Antônio Bandeira de Mello:

⁶⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. p. 103.

⁶⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**, p. 160.

⁶⁸ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**, p. 94.

⁶⁹ Idem, *ibidem*, p. 161.

Onde não houver liberdade administrativa alguma a ser exercitada (discricionariedade) – por estar prefigurado na lei o único modo e o único possível comportamento da Administração ante hipóteses igualmente estabelecidas em termos de objetividade absoluta –, não haverá lugar para regulamento que não seja mera repetição da lei ou desdobramento do que nela se disse sinteticamente.⁷⁰

Ou seja, havendo possibilidade do exercício do poder discricionário, poderá a o regulamento inovar, nos limites definidos pela lei, sem contrariá-la. Havendo vinculação, deve o regulamento se limitar a repetição do conteúdo legal, seja explícito ou implícito.

2.2. VINCULAÇÃO E DISCRICIONARIEDADE

A Administração Pública, no exercício de suas funções, dispõe de poderes que lhe asseguram a consecução de seus objetivos, para atingir o interesse público. Tais poderes, entretanto, são limitados pela lei, que impede que a sociedade tenha seus direitos cerceados em razão de abusos e arbitrariedades que poderiam ser cometidos pela Administração Pública.

Assim, a inferência do Executivo no sistema de legalidade do Estado, configura, consoante Paulo Nader, arbitrariedade, conceituada pelo autor como uma “conduta antijurídica praticada por órgãos da administração pública e violadora de formas de direito”. Várias são as formas de arbitrariedade que podem ser cometidas pela Administração Pública segundo o autor, que exemplifica: “quando o Executivo não respeita sua faixa de competência e dispõe sobre assunto afeto à órbita do legislativo, quando o executivo pratica ato judicante e transgride a ordem constitucional [...]”.⁷¹

O exercício das funções das autoridades públicas deve, então, estar pautado dentro dos limites impostos pelo princípio da legalidade, ou seja, regrado pelo sistema jurídico vigente. Tal regramento pode atingir todos os aspectos de uma determinada atividade, de modo a vincular a atividade da Administração. Segundo Di Pietro, diante de um poder vinculado, o “particular tem um **direito subjetivo** de exigir da autoridade a edição de determinado ato, sob pena de, não o fazendo, sujeitar-se a correção judicial”.⁷² (grifos do autor)

Da mesma forma, define Gasparini:

⁷⁰ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**, p. 348.

⁷¹ NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 33ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 137-138.

⁷² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**, p. 212.

Vinculados são os atos administrativos praticados conforme o único comportamento que a lei prescreve à Administração Pública. A lei prescreve, em princípio, *se, quando e como* deve a Administração Pública agir ou decidir. A vontade da lei só estará satisfeita com esse comportamento, já que não permite à Administração Pública qualquer outro. Esses atos decorrem do exercício de uma atribuição *vinculada* ou, como preferem boa parte dos autores, do desempenho do *poder vinculado*, em cuja prática a Administração Pública não tem qualquer margem de liberdade.⁷³

Por outro lado, quando o regramento legal não vincula todos os aspectos da atuação da Administração Pública, deixando certa margem de liberdade ao administrador diante do caso concreto, configura-se o poder discricionário da Administração Pública. Nesses casos, assinala Di Pietro, “a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador”.⁷⁴

No mesmo sentido é o ensinamento de Hely Lopes Meirelles, para quem o poder discricionário é definido como o Poder “que o Direito concede à Administração, de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo”.⁷⁵

Conforme assinala Odete Medauar, relacionando-se o poder vinculado e o poder discricionário, o primeiro significa reserva absoluta enquanto o segundo reserva relativa. A discricionariedade é, assim, liberdade onerosa, que se exerce com base na orientação legal, seja explícita ou implícita. Aliás, o poder discricionário não se sujeita apenas ao conteúdo da lei específica em dada situação, como também a “uma rede de princípios que asseguram a congruência da decisão fim de interesse geral e impedem seu uso abusivo”.⁷⁶

Há que se ressaltar, entretanto, que a discricionariedade não se confunde com interpretação. De acordo com Kelsen:

[...] por interpretação se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento de várias possibilidades que dentro desta moldura existem.⁷⁷

⁷³ GASPARINI, Diogenes,. **Direito administrativo**, p. 148.

⁷⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**, p. 212.

⁷⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**, p. 118.

⁷⁶ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**, p. 115.

⁷⁷ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado, 4³ ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 390.

Assim, dentre as possibilidades asseguradas pelo processo de interpretação da norma, a discricionariedade consiste na escolha de uma dessas possibilidades pelo administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade.

2.3.DELEGAÇÃO DE COMPETÊNCIA NO DIREITO ADMINISTRATIVO

A delegação de competência é ato por meio do qual um órgão ou autoridade da Administração Pública, titular de determinados poderes, realiza uma transferência da prerrogativa para editar atos normativos a outros órgãos ou autoridades, de nível hierárquico geralmente inferior.⁷⁸

Em geral, o ato de delegação de competência ocorre com especificação das matérias delegadas, dos limites de atuação da autoridade delegada, bem como dos objetivos e duração da transferência da competência. Dentre os objetivos da delegação, pode-se destacar a necessidade de se conferir mais agilidade na tomada de decisões, bem como de atribuir um caráter mais técnico ao regulamento.⁷⁹

Tratando-se de delegação realizada por superior hierárquico a subordinado, o delegante continua com o poder de dar instruções e controlar os atos delegados. Entretanto, conforme assinala Gasparini, enquanto perdurar a delegação, o delegante não pode exercer a competência que delegou. Por outro lado, tal circunstância não significa a perda da competência pelo delegante, uma vez que “continua seu titular e, portanto, a qualquer momento pode revogar a delegação e reassumir a competência, respeitados os atos praticados pelo delegado”.⁸⁰

Quanto à delegação de competência, importante destacar o conteúdo do Decreto-lei 200/67, que estabelece preceitos fundamentais sobre a estrutura e funcionamento da Administração pública:

Art. 11. A delegação de competência será utilizada como instrumento de descentralização administrativa, com o objetivo de assegurar maior rapidez e objetividade às decisões, situando-as na proximidade dos fatos, pessoas ou problemas a atender.

Art. 12. É facultado ao Presidente da República, aos Ministros de Estado e, em geral, às autoridades da Administração Federal delegar

⁷⁸ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 14. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 61.

⁷⁹ Idem, *ibidem*, p. 61.

⁸⁰ GASPARINI, Diogenes,. **Direito administrativo**, p. 106.

competência para a prática de atos administrativos, conforme se dispuser em regulamento.

Parágrafo único. O ato de delegação indicará com precisão a autoridade delegante, a autoridade delegada e as atribuições objeto de delegação.

Assim, conforme se verifica dos supracitados dispositivos, a administração pública poderá usar da delegação de competência, a fim de atingir os fins que lhe são incumbidos.

No entanto, conforme ensina Odete Medauar, há que se atentar ao fato de que, embora exista a possibilidade de delegação de competência entre os órgãos da administração, o ato de delegação de “superior hierárquico para escalões inferiores encontra limites na lei, ou seja, se houver lei proibindo delegação, ou se houver lei fixando a competência exclusiva de órgãos superiores e de órgãos inferiores, a delegação fica vedada”.⁸¹

2.3.1. DELEGAÇÃO DE COMPETÊNCIA REGULAMENTAR

Em que pese a possibilidade de delegação de competência entre os órgãos da administração pública, a doutrina entende ser incompatível com o texto constitucional a delegação de competência regulamentar, o que decorre da simples interpretação da disposição do artigo 84, parágrafo único, da Carta Maior, que autoriza o Chefe do Poder Executivo a delegar competências, que não aquela constante no inciso IV do mesmo artigo.

Assim, por ser o supremo hierarca da Administração Pública, a atribuição para editar regulamentos é privativa do chefe do Poder Executivo, que, no exercício do poder hierárquico, passa a restringir os comportamentos de seus subordinados, especificando a maneira como devem proceder. Desse modo, “uniformiza, processual e materialmente, os comportamentos a serem adotados em face dos critérios que elege e das pautas que estabelece para os órgãos e agentes administrativos”.⁸²

Por fim, Gasparini arremata a questão:

Também se percebe, do conceito oferecido, que o nosso ordenamento não admite o regulamento delegado, uma vez que não se podem delegar atribuições delegadas, prevalecendo, assim, o brocardo latino: *delegata potestas delegar non potest*. Destarte, o Executivo, que recebeu sua delegação por atribuição do *povo*, não a pode delegar.

⁸¹ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**, p. 61-62.

⁸² MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**, p. 349.

Além do mais, diga-se que a Constituição, quando permite a delegação, o faz expressamente, como acontece no art. 68 (delegação para elaborar lei). Quanto ao regulamento, nada estabeleceu de semelhante.⁸³

2.3.2. DELEGAÇÃO DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA À REGULAMENTO

Salvo raras exceções, é incompatível com a Constituição a delegação de competência legislativa, pelo Poder Legislativo, ao Executivo, para que este discipline determinada matéria.

A delegação legislativa pode ser realizada somente nos termos expostos pela Carta Maior, conforme assinala Reale:

Ora, na técnica legislativa contemporânea, nem sempre cabe ao Congresso uma participação plena ou concreta na elaboração da norma legal. Esta pode surgir de uma ato de *delegação* ou de atribuição legislativa, sendo incumbido o Executivo de editar a “lei delegada”, sujeita à posterior contrasteação do Congresso, para verificação de sua correspondência à autorização dada, conforme é disciplinado pelo art. 68 da Carta Magna.⁸⁴

Assim, ao se falar no instituto da delegação legislativa, há que se atentar, primeiramente, ao que dispõe o artigo 68 da Constituição Federal, taxativo quanto às limitadas possibilidades de delegação legislativa no ordenamento pátrio:

Art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional.

§ 1º - Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre:

I - organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;

II - nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais;

III - planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos.

§ 2º - A delegação ao Presidente da República terá a forma de resolução do Congresso Nacional, que especificará seu conteúdo e os termos de seu exercício.

§ 3º - Se a resolução determinar a apreciação do projeto pelo Congresso Nacional, este a fará em votação única, vedada qualquer emenda.

⁸³ GASPARINI, Diógenes,. **Direito administrativo**, p. 175.

⁸⁴ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**, p. 165.

A delegação de competência instituída pelo supracitado dispositivo faz-se, como se vê, caso a caso, diante de questões específicas, mediante solicitação do Chefe do Poder Executivo ao Congresso Nacional. Desse modo, consoante ensina Justen Filho, tal disposição não pode ser usada como fundamento para transferência permanente do poder legiferante. Tendo a Constituição determinado “os limites e a forma para a delegação legislativa, seria inválido que o Congresso Nacional editasse uma lei transferindo para o Poder Executivo a competência para criar direitos e obrigações por meio de um regulamento”.⁸⁵

Não obstante, há quem entenda pela possibilidade de delegação de competência legislativa, num fenômeno chamado deslegalização, que consiste, de acordo Moreira Neto, “na retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias, do domínio da lei, passando-as ao domínio do regulamento”⁸⁶.

Nessa linha, José dos Santos Carvalho Filho discorre acerca da regulamentação técnica nos seguintes termos:

[...] em virtude da crescente complexidade das atividades técnicas da Administração, passou a aceitar-se nos sistemas normativos, originariamente na França, o fenômeno da deslegalização, pelo qual a competência para regular certas matérias se transfere da lei (ou ato análogo) para outras fontes normativas por autorização do próprio legislador: a normatização sai do domínio da lei (*domaine de la loi*) para o domínio de ato regulamentar (*domaine de l'ordonnance*). O fundamento não é difícil de conceber: incapaz de criar a regulamentação sobre algumas matérias de alta complexidade técnica, o próprio Legislativo delega ao órgão ou à pessoa administrativa a função específica de instituí-la, valendo-se dos especialistas e técnicos que melhor podem dispor sobre tais assuntos.⁸⁷

Entretanto, conforme preceitua a Constituição Federal, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, e não em virtude de lei ou de regulamento. Conforme assinala Celso Antônio Bandeira de Mello, a delegação de competência legislativa ao Executivo é indevida, de modo que:

[...] a lei que limitar-se a (pretender) transferir ao Executivo o poder de ditar, por si, as condições ou meios que permitem restringir um direito configura delegação *disfarçada*, inconstitucional. Deveras: as funções correspondentes a cada um dos Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) são, como regra, indelegáveis. *Disto se*

⁸⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**, p. 159-160.

⁸⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 166.

⁸⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 16ª edição: Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2006, p. 45-46.

*ressalva, tão-só, a hipótese de “leis delegadas” – pela própria Constituição previstas no art. 59, IV, mas editáveis apenas em decorrência do procedimento legislativo regulado no art. 68 e segundo as condições e limites ali estabelecidos.*⁸⁸

Dessa forma, revela-se inconstitucional o instituto da deslegalização no direito brasileiro, haja vista sua incompatibilidade com a ordem jurídica vigente. Mesmo porque, havendo a possibilidade de existirem leis delegadas, conforme dispõe o art. 68 supracitado, fica evidenciado que *“não podem existir ‘delegações disfarçadas’, procedidas indireta ou implicitamente”*.⁸⁹

2.4. REGULAMENTOS

O conceito de regulamento, segundo Gasparini, é *“o ato administrativo normativo, editado, mediante decreto, privativamente pelo Chefe do Poder Executivo, segundo uma relação de compatibilidade com a lei, para desenvolvê-la”*.⁹⁰

Para J. J. Gomes Canotilho, o regulamento é conteúdo normativo oriundo da Administração Pública que, no exercício de sua função administrativa, estabelece normas de caráter executivo e/ou complementar da lei.⁹¹ Complementando, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello preceitua que são os regulamentos *“regras jurídicas gerais, abstratas, impessoais, em desenvolvimento da lei, referentes à organização e ação do Estado, enquanto poder público”*.⁹²

Dessa forma, os regulamentos devem estabelecer, em cumprimento às disposições legais, critérios e procedimentos para a execução das leis. Deve constar nos regulamentos, então, regras orgânicas e processuais, a fim de desenvolver os preceitos legais, tanto expressos quanto implícitos, dentro da órbita circunscrita pela própria lei, sob pena de criar direitos e obrigações, ao arrepio das disposições constitucionais vigentes no ordenamento brasileiro.⁹³

Ademais, cumpre o regulamento um papel de considerável força normativa no ordenamento, calhando trazer à baila a clássica lição de José Cretella Junior:

⁸⁸ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**, p. 352.

⁸⁹ Idem, ibidem, p. 353.

⁹⁰ GASPARINI, Diogenes,. **Direito administrativo**, p. 175.

⁹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 829.

⁹² MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 342.

⁹³ Idem, ibidem, p. 354.

Na hierarquia das normas, representam os regulamentos o grau mais alto na esfera administrativa, logo abaixo das normas legais, sendo a complementação destas. Pelo nosso sistema constitucional são os regulamentos aprovados por decreto executivo e a sua amplitude só encontra limites nos textos legais regulamentados.⁹⁴

Admitem-se, no ordenamento jurídico brasileiro, dois tipos de regulamentos: o regulamento independente ou autônomo e o regulamento executivo.

O regulamento autônomo ou independente é aquele que, segundo Di Pietro, “inova na ordem jurídica, porque estabelece normas sobre matérias não disciplinadas em lei; ele não completa nem desenvolve nenhuma lei prévia”.⁹⁵ Segundo Justen Filho, muito embora haja algumas divergências quanto ao fato, o pensamento jurídico majoritário entende pela impossibilidade de existência do regulamento autônomo no direito brasileiro.⁹⁶

O regulamento executivo, por sua vez, é aquele que complementa as disposições de determinada lei ou, de acordo com o artigo 84, inciso IV, da Carta Maior, contempla normas “para fiel execução de lei”. Dessa forma, está limitado pelo princípio da legalidade, devendo se limitar a estabelecer as formas como a disposição legal será cumprida pela Administração.⁹⁷

Além do decreto regulamentar, o poder normativo da administração pública pode também exteriorizar-se por meio de resoluções, portarias, deliberações, instruções, regimentos etc. Como mencionado anteriormente, o artigo 87, parágrafo único, inciso II, da CF, outorga aos Ministros competência para expedição de instruções, decretos e regulamentos:

Art. 87. Os Ministros de Estado serão escolhidos dentre brasileiros maiores de vinte e um anos e no exercício dos direitos políticos.

Parágrafo único. Compete ao Ministro de Estado, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei:

[...]

II - expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos.

⁹⁴ CRETILLA JÚNIOR, José . **Direito administrativo do Brasil**. São Paulo (SP): Revista dos Tribunais, 1964, p. 111.

⁹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**, p. 91.

⁹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**, p. 154.

⁹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**, p. 90-91.

2.3.1. DECRETO

Decreto é a forma por meio da qual são exteriorizados os atos individuais ou gerais, emanados do Chefe do Poder Executivo, tanto nas esferas federal e estadual, como também na esfera municipal.

Assim como a lei, o decreto pode conter regras gerais e abstratas; dirigindo-se a todas às pessoas que se encontram na mesma situação (decreto geral), caracterizando-se como ato normativo típico; ou somente a uma pessoa ou grupo de pessoas determinadas (decreto individual), como no caso de uma desapropriação, não sendo considerado ato normativo.⁹⁸

Ressalta-se, por fim, que o decreto é, no direito brasileiro, ato normativo derivado, uma vez que não é instrumento hábil para inovar no ordenamento jurídico, criando direito novo, de modo que deve tão-somente estabelecer normas que permitam a explicitação do conteúdo e forma de execução das leis.

2.3.2. RESOLUÇÕES, INSTRUÇÕES E PORTARIAS

Resoluções, Instruções e Portarias são, consoante Di Pietro, formas “de que se revestem os atos, gerais ou individuais, emanados de autoridades outras que não o Chefe do Executivo”.⁹⁹

Importante salientar que não ostentam a qualificação de regulamentos, eis que tal designação somente é válida, como visto, para os atos normativos emanados do Chefe do Poder Executivo, perfectibilizados na figura do decreto regulamentar.

Tudo o que se disse a respeito dos regulamentos, aplica-se, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, ainda com maior razão às resoluções, instruções, portarias e quaisquer outros atos normativos da Administração Pública, tendo em vista ocupar nível inferior que o regulamento. “Enquanto este é ato do Chefe do Poder Executivo, os demais assistem a autoridades de escalão mais baixo e, de conseguinte, investidas de poderes menores”.¹⁰⁰

Em vista disso, continua o autor que:

[...] toda dependência e subordinação do regulamento à lei, bem como os limites em que há de se conter, manifestam-se revigoradamente no

⁹⁸ Idem, ibidem, p. 233.

⁹⁹ Idem, ibidem, p. 233.

¹⁰⁰ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**, p. 365.

caso de instruções, portarias, resoluções, regimento ou normas quejandas. Desatendê-los implica inconstitucionalidade. A regra geral contida no art. 68 da Carta Magna, da qual é procedente inferir vedação a delegação ostensiva ou disfarçada de poderes legislativos ao Executivo, incide com maior evidência quando a delegação se faz em prol de entidades ou órgãos administrativos sediados em posição jurídica inferior à do Presidente e que vão se manifestar, portanto, mediante atos de qualificação menor.¹⁰¹

¹⁰¹ Idem, *ibidem*, p. 365-366.

3. *INCIDÊNCIA DO FAP SOBRE AS ALÍQUOTAS DO SAT*

3.1. *SEGURO DE ACIDENTE DE TRABALHO – SAT*

3.1.1. *REGIME JURÍDICO*

Atualmente, o Seguro de Acidentes de Trabalho – SAT, possui como fundamento constitucional o inciso XXVIII do artigo 7º, inciso I do artigo 195 e inciso I do artigo 201 da Constituição Federal, que garantem ao empregado seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, mediante adicional sobre folha de salários, administrado pela Previdência Social. Eis o teor de tais dispositivos constitucionais:

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;

[...]

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: [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998\)](#)

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; [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998\)](#)

[...]

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998\)](#)

I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998\)](#)

[...]

Assim, de acordo com Hugo de Brito Machado, as contribuições de seguridade social passam a ser a espécie de contribuições sociais com as bases mais bem definidas pela Constituição, cuja arrecadação caracteriza-se por ingressar diretamente no

orçamento a que se refere o art. 165, § 5º, inciso III, da CF. Deste modo, tais contribuições ganharam autonomia, não se confundindo mais com o orçamento do Tesouro Nacional.¹⁰²

A contribuição ao SAT se trata, portanto, de uma contribuição social para a seguridade social, de modo que deve obedecer ao regime jurídico tributário constitucionalmente definido, sendo clara sua natureza tributária.

Nesse sentido, ensina Hugo de Brito Machado que a natureza tributária das contribuições sociais é indubitosa, sendo fundamental tal identificação na definição do regime jurídico ao qual elas se submeterão, ou seja, quais são as normas jurídicas sobre elas aplicáveis. No tocante às contribuições sociais, a “Constituição afastou as divergências doutrinárias afirmando serem aplicáveis às contribuições em tela as normas gerais de Direito Tributário [...]”.¹⁰³

Da mesma forma, assinala Luciano Amaro que a Constituição de 1988 “caracteriza as contribuições sociais pela sua *destinação*, vale dizer, são ingressos necessariamente direcionados a instrumentar (ou financiar) a atuação da União (ou dos demais entes políticos [...]) no setor da ordem social”.¹⁰⁴

Passa a ser atribuição da Previdência social, então, a cobertura dos benefícios referentes à seguridade social, constituindo direito social dos segurados, cujos benefícios e serviços destinam-se a cobertura de casos de doença, invalidez, morte, velhice e reclusão do segurado e de seus dependentes, conforme dispõe os supracitados artigos.

Quanto ao SAT, afirma Poloni que:

[...] o texto constitucional, ao impor ao empregador o dever de custear um seguro contra acidente de trabalho, na verdade, lhe impõe uma "obrigação tributária" vinculada a um determinado fim e exigível por um dos órgãos da administração pública direta, no caso o Instituto Nacional do Seguro Social.¹⁰⁵

No plano infraconstitucional, a contribuição ao Seguro de Acidentes de Trabalho possui como fundamento legal o artigo 22, inciso II, da Lei nº 8.212/91, após a alteração

¹⁰² MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**, p. 437-438.

¹⁰³ Idem, *ibidem*, p. 433.

¹⁰⁴ AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 13ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007 p. 53.

¹⁰⁵ POLONI, Antonio S.. **Seguro Acidente de Trabalho - SAT**. Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 27, 23 dez. 1998. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/1439>>. Acesso em: 18 nov. 2011, p. 01.

da Lei nº 9.732/98, que define as alíquotas da contribuição segundo critérios consistes na atividade preponderante de risco desenvolvida pela empresa responsável por seu pagamento.

3.1.2. ENQUADRAMENTO – ATIVIDADE DE RISCO

Como dito, o artigo 22, inciso II, da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, após a alteração promovida pela Lei nº 9.732, de 11 de dezembro de 1998, é a disposição legal que prevê a contribuição da empresa para o financiamento da complementação das prestações por acidente do trabalho. Eis o teor de tal dispositivo:

Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de:

[...]

II - para o financiamento do benefício previsto nos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, e daqueles concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, no decorrer do mês, aos segurados e trabalhadores avulsos;

- a) 1% (um por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante o risco de acidentes 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 .

O sujeito passivo da relação tributária é a empresa, pessoa jurídica com personalidade jurídica própria, que têm suas alíquotas variáveis de acordo com ao risco da atividade preponderante por ela desenvolvida.

A diferenciação das alíquotas das empresas contribuintes tem por objetivo fazer com que as empresas causadoras de maiores riscos de acidentes do trabalho, pela natureza da sua atividade econômica, contribuam mais para o sistema.

A Carta Maior tem como princípio da seguridade social a equidade na forma de participação no custeio, de forma que a pretensão legal buscou estabelecer para as empresas, cuja atividade econômica preponderante implica maiores riscos de acidentes de trabalho, uma contribuição para o sistema consequentemente maior.

Entretanto, conforme assinala Poloni, o dispositivo supratranscrito, que instituiu o SAT, deixou de estabelecer o conceito de atividade preponderante, bem como de risco de acidente do trabalho leve, médio ou grave, elementos que seriam essenciais para a

cobrança da exação, de forma que, enquanto não houvesse lei determinando a abrangência de aludidas expressões, não seria possível a exigência da contribuição ao SAT.¹⁰⁶

No intuito de estabelecer tais conceitos, entretanto, o Executivo editou diversos regulamentos, que culminou no Regulamento da Previdência Social – RPS, estampado no Decreto 3.048, de 06 de maio de 1.999.

Na regulamentação do art. 22 da Lei 8.212/91, o artigo 202, § 3º, do Decreto 3.048/99 tratou de considerar como preponderante a “atividade que ocupa, na empresa, o maior número de empregados e trabalhadores avulsos”, bem como estabeleceu, em seu § 4º, que tal “atividade econômica preponderante da empresa e os respectivos riscos de acidentes do trabalho compõem a Relação de Atividades Preponderantes e correspondentes Graus de Risco, prevista no Anexo V”.

A alíquota básica é fixada em função da atividade econômica desenvolvida pela empresa, sendo de sua incumbência o enquadramento em uma das subclasses da Classificação Nacional de Atividades Econômicas – CNAE, constantes no Anexo V do Regulamento da Previdência Social.

Sendo assim, a regulamentação do dispositivo legal instituidor da contribuição ao SAT gerou muitas insurgências dos contribuintes, que entendiam que a definição de atividade preponderante, bem como os graus de risco leve, médio e grave, não poderia ser veiculada por decreto, uma vez que tal matéria deve, necessariamente, ser editada por lei.

Em que pese as insurgências geradas por tal regulamentação, o posicionamento do STJ restou pacificado no sentido de que na contribuição relativa ao Seguro de Acidente de Trabalho, o enquadramento por Decreto regulamentar da atividade econômica da empresa no quadro legal das alíquotas, de 1 a 3%, distribuindo-as segundo o grau de risco individualmente considerado, não ofende o princípio constitucional da reserva legal em matéria tributária. A título de exemplo, confira-se o precedente:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PARA O SEGURO DE ACIDENTE DO TRABALHO – SAT. QUESTÃO DECIDIDA EM NÍVEL INFRACONSTITUCIONAL-ART. 22, II DA LEI Nº 8.212/91 E ART. 97, IV DO CTN.

¹⁰⁶ Idem, ibidem, p. 01.

- Atividades perigosas desenvolvidas pelas empresas, escalonadas em graus de risco - leve, médio ou grave - pelos Decretos 356/91, 612/92, 2.173/91 e 3.048/99, partindo-se da atividade preponderante.
- Plena legalidade de estabelecer-se por decreto.
- Questão fática e circunstancial pela universalidade das atividades empresariais e que, desde 1979, esteve sujeita à competência do Executivo (Decretos 83.081/79 e 90.817/85).
- Recurso especial conhecido mas improvido.¹⁰⁷

No corpo do voto do Ministro relator, ao tratar dos limites ao poder regulamentador dos decretos, extrai-se o que segue:

Sobre a questão do poder regulamentador dos decretos que se seguiram – Decreto 356, de 1991, 612, de 1992, e 2173, de 1997 – tenho que limitaram-se a demarcar os conceitos de ‘atividade preponderante da empresa’ e o grau de risco, no que, por evidente, são legítimos, pois não desbordam das leis em função das quais foram expendidos (CTN, art. 99). A definição do que seja atividade preponderante e risco leve, médio e grave não é matéria que, necessariamente, deva ser disciplinada por lei estrito sensu. Nada impede, sua previsão por ato do executivo, máxime quando a própria lei o autoriza. O princípio da legalidade diz respeito a fato gerador, alíquota e base de cálculo, nada mais. E disto não se trata quando se pretende conceituar atividade preponderante da empresa e grau de risco.¹⁰⁸

Assim, o entendimento jurisprudencial apontado encontra fundamento no argumento de que o art. 22, inciso II, da Lei 8.212, de 1991, na redação dada pela Lei nº 9.528, de 1997, estabeleceu precisamente a hipótese de incidência, a base de cálculo, a alíquota e os contribuintes do Seguro Acidentes do Trabalho, satisfazendo o princípio da estrita legalidade.

O regulamento consubstanciado no Decreto 3.048/99, como revela o entendimento esposado pelo C. Superior Tribunal de Justiça, corresponde perfeitamente à necessidade de fiel cumprimento da lei no sentido de pormenorizar as condições de enquadramento de uma atividade, tomando como elementos para a classificação a natureza preponderante da empresa e o resultado das estatísticas em matéria de acidente do trabalho.

Como já era de se esperar, a questão chegou ao Supremo Tribunal Federal que, instado a se manifestar, posicionou-se no seguinte sentido.

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO: SEGURO DE ACIDENTE DO TRABALHO - SAT. Lei 7.787/89, arts. 3º e 4º;

¹⁰⁷ STJ – Resp 285.503/RS, p. 1.

¹⁰⁸ Idem, ibidem, p. 4.

Lei 8.212/91, art. 22, II, redação da Lei 9.732/98. Decretos 612/92, 2.173/97 e 3.048/99. C.F., artigo 195, § 4º; art. 154, II; art. 5º, II; art. 150, I. I. - Contribuição para o custeio do Seguro de Acidente do Trabalho - SAT: Lei 7.787/89, art. 3º, II; Lei 8.212/91, art. 22, II: alegação no sentido de que são ofensivos ao art. 195, § 4º, c/c art. 154, I, da Constituição Federal: improcedência. Desnecessidade de observância da técnica da competência residual da União, C.F., art. 154, I. Desnecessidade de lei complementar para a instituição da contribuição para o SAT. II. - O art. 3º, II, da Lei 7.787/89, não é ofensivo ao princípio da igualdade, por isso que o art. 4º da mencionada Lei 7.787/89 cuidou de tratar desigualmente aos desiguais. III. - As Leis 7.787/89, art. 3º, II, e 8.212/91, art. 22, II, definem, satisfatoriamente, todos os elementos capazes de fazer nascer a obrigação tributária válida. **O fato de a lei deixar para o regulamento a complementação dos conceitos de "atividade preponderante" e "grau de risco leve, médio e grave", não implica ofensa ao princípio da legalidade genérica, C.F., art. 5º, II, e da legalidade tributária, C.F., art. 150, I. IV.** - Se o regulamento vai além do conteúdo da lei, a questão não é de inconstitucionalidade, mas de ilegalidade, matéria que não integra o contencioso constitucional. V. - Recurso extraordinário não conhecido.¹⁰⁹ (grifo nosso)

Corroborando com o entendimento esposado pelo Supremo, Fábio Zambitte Ibrahim assinala que, diante da complexidade de tal tema, a regulamentação procedida pelo Executivo não viola a legalidade estrita:

[...] não há como esperar do Legislativo que este tenha condições de realizar tarefa de extrema complexidade, como a delimitação completa do seguro de acidente do trabalho.

Felizmente, o STF acabou por entender perfeitamente constitucional a delegação, ao Poder Executivo, da explicitação do conceito de atividade preponderante, o qual não extrapola do Poder Regulamentar da Administração Pública, sem qualquer violação à legalidade.¹¹⁰

Em suma, restou pacificada a tese de que a regulamentação da contribuição ao SAT não impõe dever, obrigação, limitação ou restrição, uma vez que tudo está previsto na lei regulamentar, ou seja, o fato gerador, a base de cálculo, a alíquota e seus respectivos contribuintes.

Importante assinalar, por fim, que a contribuição ao SAT, após a alteração legislativa promovida pela Lei nº 9.528/97, passou a ser denominada também RAT (Riscos Ambientais de Trabalho), responsável pelo financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, de forma que a aposentadoria especial passou a ser financiada por contribuição adicional.

¹⁰⁹ STF, RE 343.446/SC, p. 381.

¹¹⁰ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2005, p. 200-201.

3.2. FATOR ACIDETÁRIO DE PREVENÇÃO – FAP

Como exposto, as normas regulamentadoras referentes ao Seguro de Acidente de Trabalho foram alvo de muitos questionamentos frente ao Poder Judiciário, em decorrência do inconformismo dos contribuintes pela liberdade atribuída às normas infralegais, que definiram o conceito de atividade preponderante, bem como de risco leve, médio ou grave para fins de enquadramento dos contribuintes do SAT nas hipóteses de aplicação das alíquotas diferenciadas previstas no artigo 22, inciso II, da Lei n. 8.212/91.

3.2.1. CONTEXTO

Ao instituir o SAT, o art. 22 da lei n.º 8.212/91, em seu § 3º, também previu a possibilidade de alteração de enquadramento das empresas, a fim de estimular investimentos na redução de acidentes:

§ 3º O Ministério do Trabalho e da Previdência Social poderá alterar, com base nas estatísticas de acidentes do trabalho, apuradas em inspeção, o enquadramento de empresas para efeito da contribuição a que se refere o inciso II deste artigo, a fim de estimular investimentos em prevenção de acidentes.

Tal disposição se deve ao fato de, como já exposto, o enquadramento do sujeito passivo para fins de contribuição ao SAT é feito por meio do exame da atividade preponderante desenvolvida pela empresa, conforme estabelecido no Anexo V Decreto nº 3.048/99, sem considerar as melhorias implementadas pela empresa para a redução dos acidentes de trabalho.

Entretanto, consoante se verifica na Resolução MPS/CNPS nº 1.269, de 15 de fevereiro de 2006, do Ministério da Previdência Social, o disposto no § 3º do artigo 22 da Lei 8.212/91, nunca chegou a ser levado a efeito pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social, “em face, sobretudo, da ausência de bases sólidas que pudessem aferir, com fidedignidade, a realidade ambiental da empresa”. A metodologia que chegou a ser elaborada, não pôde ser aplicada, tendo em vista que se baseava unicamente nos acidentes notificados pelas empresas, o que acabava por penalizar “as empresas cumpridoras da obrigação de notificar o acidente e beneficiar aquelas descumpridoras dessa obrigação”.¹¹¹

¹¹¹ Anexo da Resolução MPS/CNPS nº 1.269/2006.

No intuito de solucionar tal problemática e, ainda, levando-se em conta os altos custos resultantes dos acidentes de trabalho para a Previdência Social, foi editada a Medida Provisória nº 83, de 12 de dezembro de 2002, posteriormente convertida na Lei nº 10.666, de 08 de maio de 2003, que instituiu o Fator Acidentário de Prevenção – FAP.¹¹²

Assim, levando-se em consideração os índices de frequência, gravidade e custos dos acidentes de trabalho, o FAP pode reduzir ou majorar as alíquotas da contribuição ao SAT, de modo que os contribuintes que investem na redução de acidentes de trabalho, reduzindo a sua frequência, gravidade e custos, podem ser beneficiados com a redução de suas alíquotas, consoante disposição do artigo 10 da Lei 10.666/03, bem como do artigo 202-A do Decreto nº 3.048/99, com a redação dada pelo Decreto nº 6.042/07.

Entretanto, conforme restará analisado, a instituição do FAP trouxe a insurgência dos contribuintes que se viram compelidos ao pagamento da contribuição majorada.

3.2.2. *INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 10 DA LEI 10.666/2003*

Dispõe o artigo 10 da Lei nº 10.666/2003:

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 cinquenta 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. (sic)

Como se verifica, a norma tributária inserta no supracitado artigo estipula limites para a flutuação da alíquota da contribuição, outorgando a normas infralegais a determinação de seu exato valor, com a possibilidade de majoração ou diminuição do tributo, tendo em vista que atribui ao Conselho Nacional de Previdência Social a função de elaborar a metodologia a ser aplicada no cálculo da contribuição.

Entretanto, como restou demonstrado ao longo do presente trabalho, tal delegação não poderia ocorrer, eis que manifestamente contrária aos limites impostos ao

¹¹² Idem, ibidem.

poder normativo da Administração Pública. Trata-se, pois, delegação de competência legislativa vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

A Constituição dispõe que a Seguridade Social compreende as contribuições sociais, com destinação específica, cuja competência para instituição é exclusiva da União, conforme dispõe o artigo 22, inciso XXII, da Carta Maior. Tal espécie fiscal é, portanto, como assinala José Eduardo Soares de Melo, inserida na alçada exclusiva da União, que “se não editar a lei competente, inexistirá obrigação de seu recolhimento por parte dos destinatários constitucionais (195, I-III, e seu § 8º, da CF)”.¹¹³

Assim, incumbe à lei esgotar todos os elementos necessários à identificação do fato gerador da obrigação tributária, bem como da alíquota e da base de cálculo do tributo, não deixando qualquer poder remanescente às autoridades para, discricionariamente, conforme avaliação de conveniência e oportunidade, estabelecerem obrigações não respaldadas por lei, ainda que omissa. Nesse sentido sabiamente assinala Paulo de Barros Carvalho:

[...] é vedado deferir atribuições legais a normas de inferior hierarquia, devendo, ela mesma, desenhar a plenitude da regra matriz da exação, motivo porque é inconstitucional certa prática, cediça do ordenamento brasileiro, e consistente na delegação de poderes para que órgãos administrativos completem o perfil dos tributos.¹¹⁴

Conforme assinala Geraldo Ataliba, a base de cálculo é uma grandeza intimamente relacionada à coisa tributada, enquanto a alíquota é “uma ordem de grandeza exterior, que o legislador estabelece normativamente e que, combinada com a base impositiva, permite determinar o quantum do objeto da obrigação tributária”. Tais elementos, assim, são essenciais ao cálculo do valor do débito resultante da obrigação tributária, devendo constar em lei.¹¹⁵

Entretanto, o art. 10 da Lei 10.666/2003, ao conferir atribuição ao Ministério da Previdência Social para elaboração de metodologia de cálculo, em vez estabelecer ele mesmo os requisitos necessários ao cálculo do fator, acabou por conferir poderes à Administração Pública para, discricionariamente, exercer uma função que lhe é vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

¹¹³ MELO, José Eduardo Soares de. **Contribuições sociais no sistema tributário**. 4.ed. rev. atual. e ampl São Paulo: Malheiros, 2003, p. 131.

¹¹⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**, 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p.48.

¹¹⁵ ATALIBA, Geraldo . **Hipótese de incidência tributária**. 5. ed. São Paulo (SP): Malheiros, 1992, p. 103.

Vedado porque, em consonância com o princípio da especificação conceitual, também denominado tipologia ou tipicidade tributária, desdobramento do princípio da legalidade, a lei deve conter todos os elementos essenciais à instituição ou majoração de tributo, conforme dispõe o artigo 150, inciso I, da Constituição Federal. Trata-se assim, de acordo com Aliomar Baleeiro “de conteúdo mínimo imposto ao legislador, matéria indelegável”.¹¹⁶

Nesse sentido, preciosa é a lição de José Jayme de Macêdo Oliveira:

Instituir tributo mediante lei significa que somente esta pode estabelecer a obrigação tributária e, portanto, fixar os elementos básicos para a criação dessa obrigação. Fat gerador, base de cálculo, alíquota e contribuinte do tributo têm necessariamente que encontrar definição na norma legal, conforme reza a disposição aqui comentada, pois ao Executivo incumbe a só aplicação da lei, e não sua complementação tocante a tais elementos, corporificadores da espécie tributária.¹¹⁷

Assim, complementa o autor que também em obediência ao disposto no artigo 97, inciso II, do Código Tributário Nacional, “o aumento ou diminuição de tributo só pode decorrer de alteração, para mais ou para menos, da base de cálculo ou da alíquota, elementos estes essenciais e sob a reserva de lei”.¹¹⁸

No mesmo sentido, dissertando sobre a constitucionalidade do art. 10 da Lei nº 10.666/2003, bastante oportuna é a linha de intelecção esposada por Andrei Pitten Velloso:

Ao autorizar a criação do FAP, a Lei 10.666/03 foi **além** da Lei 8.212/91 no que concerne à delegação legislativa. Não remeteu à Administração apenas a regulamentação da lei e o enquadramento efetivo das empresas. Delegou também a tarefa de determinar a forma de cálculo do FAP, que levará à alíquota efetiva a ser aplicada aos contribuintes. (grifo do autor)¹¹⁹

Dessa forma, conclui o autor que o conteúdo legal evidenciou-se numa inadmissível delegação de competência legislativo-tributária, flagrantemente não abarcada pelo ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que a definição da alíquota efetiva da contribuição, bem como a metodologia de cálculo do FAP, passaram

¹¹⁶ BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. 11. ed. rev. e compl. Rio de Janeiro (RJ): Forense, 1999, p. 622.

¹¹⁷ OLIVEIRA, Jose Jayme de Macedo. **Código tributário nacional: comentários, doutrina, jurisprudência**. 5.ed. São Paulo (SP): Saraiva, 2010, p. 303.

¹¹⁸ Idem, ibidem, p. 316.

¹¹⁹ VELLOSO, Andrei Pitten. **A contribuição acidentária (SAT/RAT) e o polêmico FAP**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 37, ago. 2010, p. 20.

ser atribuição tanto do RPS quanto das Resoluções da Previdência Social, principalmente a Resolução nº 1.308/2009 do CNPS.¹²⁰

3.2.3. CONTEÚDO REGULAMETAR

Com a finalidade de dotar de efetividade o artigo 10, da Lei nº 10.666/2003, o Decreto nº 6.042/2007, alterado pelo Decreto nº 6.957/2009, introduziu ao Regulamento da Previdência Social (Decreto nº 3.048/99), o artigo 202-A, criando o Fator Acidentário de Prevenção.

Eis o teor de tal dispositivo:

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. (Incluído pelo Decreto nº 6.042 - de 12/2/2007 - DOU DE 12/2/2007)

§ 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. (Alterado pela DECRETO Nº 6.957, DE 9/9/2009 – DOU DE 10/9/2009)

§ 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. (Alterado pela DECRETO Nº 6.957, DE 9/9/2009 – DOU DE 10/9/2009)

§ 3º (Revogado pela DECRETO Nº 6.957, DE 9/9/2009 – DOU DE 10/9/2009)

§ 4º Os índices de frequência, gravidade e custo serão calculados segundo metodologia aprovada pelo Conselho Nacional de Previdência Social, levando-se em conta: (Incluído pelo Decreto nº 6.042 - de 12/2/2007 - DOU DE 12/2/2007)

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; (Alterado pela DECRETO Nº 6.957, DE 9/9/2009 – DOU DE 10/9/2009)

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

¹²⁰ Idem, ibidem, p. 20.

em razão da gravidade da ocorrência, como segue: (Alterado pela DECRETO Nº 6.957, DE 9/9/2009 – DOU DE 10/9/2009)

a) pensão por morte: peso de cinquenta por cento; (Incluído pela DECRETO Nº 6.957, DE 9/9/2009 – DOU DE 10/9/2009)

b) aposentadoria por invalidez: peso de trinta por cento; e (Incluído pela DECRETO Nº 6.957, DE 9/9/2009 – DOU DE 10/9/2009)

c) auxílio-doença e auxílio-acidente: peso de dez por cento para cada um; e (Incluído pela DECRETO Nº 6.957, DE 9/9/2009 – DOU DE 10/9/2009)

III - para o índice de custo, os valores dos benefícios de natureza acidentária pagos ou devidos pela Previdência Social, apurados da seguinte forma: (Alterado pela DECRETO Nº 6.957, DE 9/9/2009 – DOU DE 10/9/2009)

a) nos casos de auxílio-doença, com base no tempo de afastamento do trabalhador, em meses e fração de mês; e (Incluído pela DECRETO Nº 6.957, DE 9/9/2009 – DOU DE 10/9/2009)

b) nos casos de morte ou de invalidez, parcial ou total, mediante projeção da expectativa de sobrevivência do segurado, na data de início do benefício, a partir da tábua de mortalidade construída pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE para toda a população brasileira, considerando-se a média nacional única para ambos os sexos. (Incluído pela DECRETO Nº 6.957, DE 9/9/2009 – DOU DE 10/9/2009)

§ 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. (Alterado pela DECRETO Nº 6.957, DE 9/9/2009 – DOU DE 10/9/2009)

§ 6º O FAP produzirá efeitos tributários a partir do primeiro dia do quarto mês subsequente ao de sua divulgação. (Incluído pelo Decreto nº 6.042 - de 12/2/2007 - DOU DE 12/2/2007)

§ 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. (Alterado pela DECRETO Nº 6.957, DE 9/9/2009 – DOU DE 10/9/2009)

§ 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. (Alterado pela DECRETO Nº 6.957, DE 9/9/2009 – DOU DE 10/9/2009)

§ 9º Excepcionalmente, no primeiro processamento do FAP serão utilizados os dados de abril de 2007 a dezembro de 2008. (Alterado pela DECRETO Nº 6.957, DE 9/9/2009 – DOU DE 10/9/2009)

§ 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. (Incluído pela DECRETO Nº 6.957, DE 9/9/2009 – DOU DE 10/9/2009)

Com análise de tal dispositivo, verifica-se que as alíquotas da contribuição 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 – RAT são apuradas mediante aplicação do FAP, que por sua vez é obtido por meio da metodologia apurada pelo Conselho Nacional da Previdência Social.

Trata-se, pois, de um multiplicador, a ser aplicado às alíquotas de 1%, 2% ou 3% incidentes sobre a folha de salários, para financiar o Seguro de Acidente de Trabalho. Ele é um índice composto, obtido em razão da conjugação de índices parciais e percentis de gravidade, frequência e custo. Varia de 0,5000 a 2,0000, o que significa que a alíquota de contribuição da empresa pode ser reduzida à metade ou dobrar.

Como se não bastasse, a Resolução nº 1.308/2009 do CNPS estabeleceu ainda algumas travas às bonificações, hipóteses sequer previstas em lei em que a redução de alíquota decorrente da aplicação do FAP seriam vedadas, como em casos em que as empresas apresentassem casos de acidente com morte ou invalidez permanente. No mesmo sentido a Resolução nº 1.316/2010 criou hipóteses em que o FAP seria considerado em valor máximo, mesmo aos contribuintes que apresentassem índice de acidentalidade zero, quando deixassem de apresentar notificação de acidente de trabalho.¹²¹

Quanto ao conteúdo das Resoluções, cumpre lembrar o já exposto em capítulo anterior, onde se evidenciou que os limites impostos aos regulamentos, por motivo óbvio, aplicam-se com ainda mais razão às resoluções, tendo em vista que editados por órgãos e autoridades da Administração Pública de nível hierárquico inferior ao Chefe do Poder Executivo.

A regulamentação do FAP, consignada no Decreto nº 3.048/99, se deu de maneira diversa àquela dispensada ao SAT, sobre a qual o Supremo já manifestou pela constitucionalidade. Assim, assinala Velloso:

[...] diversamente do que ocorreu no regime pretérito, a alíquota efetiva da atual contribuição ao SAT **não foi fixada por completo**

¹²¹ Idem, ibidem, p. 12 e 26.

pela lei. Foi estabelecida tanto pelo art. 22, II, da Lei 8.212/91 (que fixou as alíquotas básicas) quanto pelo art. 202-A do Regulamento da Previdência Social (que definiu a composição dos índices parciais e o peso dos respectivos percentis) e pela Resolução 1.308/09 do Conselho Nacional de Previdência Social (que estabeleceu a complexa fórmula de cálculo do FAP). (grifos do autor)¹²²

Por consequência, torna-se inviável a aplicação daquele posicionamento manifestado anteriormente pelo STF sobre a regulamentação do SAT, de forma que uma nova jurisprudência vem se formando sobre a matéria.

3.2.4. A JURISPRUDÊNCIA SOBRE O FAP

O advento do FAP causou grande insurgência dos contribuintes que tiveram a alíquota da contribuição social ao SAT majorada pela imposição do multiplicador, criado pelos já apontados atos normativos do Executivo.

Diversas foram as ações propostas perante o Judiciário a fim de afastar a aplicação do FAP, inclusive por meio de provimento antecipatório. Nessa linha, decisão liminar precursora foi a proferida pelo Juiz Federal Cláudio Roberto da Silva, cujo trecho de maior importância transcreve-se:

Assim verificado que o art. 10 da Lei n. 10.666/06, quando não esgota a fixação de alíquota, a remete à parametrização por atos emanados do 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, reconheço sua inconstitucionalidade em controle difuso, e o faço aqui compreendendo que a interpretação conceitual ensaiada exige uma teoria jurídica de argumentação, que, segundo Humberto Ávila, op. cit., p. 209, só merece quanto atribui prevalência "*... dentre as várias hipóteses conceituais, àquela que mais é suportada pelos princípios fundamentais do subsistema de Direito Tributário.*"

Ora, face à exaustivamente mencionada tipicidade estrita constitucional, a admissão da interpretação que confira ao artigo 10 da Lei 10.666/06 o simples manejo da alíquota de 0,5% até 6%, ainda que por via indireta, não satisfaz quando é certa a funesta consequência, qual seja, de criar efetivamente uma alíquota móvel, e móvel ao sabor de ação da administração, importando imediatamente enorme insegurança jurídica no cenário tributário afeto às contribuições em tela, propiciando discussões não individualizadas quanto ao enquadramento do contribuinte, o que antes era possível com a simples possibilidade de revisão dos enquadramentos, e, conclusão que ora vaticino, importando sim em majoração de tributo, pois não é lícito imaginar que, em cenário onde se apregoa a própria falência do sistema previdenciário, não seja o órgão da própria

¹²² Idem, ibidem, p. 20.

previdência sensível a esse apelo no momento de ponderar os pesos atribuídos aos fatores componentes do FAP.

[...]

Ante o exposto, defiro parcialmente a antecipação dos efeitos da tutela para suspender a aplicação do FAP às alíquotas do SAT, 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. (*sic*)¹²³

Tal decisão foi, então, uma das precursoras, proferida antes mesmo de que o FAP viesse a surtir efeitos, no sentido de entender pela inconstitucionalidade do art. 10 da Lei nº 10.666/2003, por entender que tal disposição é violadora do princípio da legalidade estrita em matéria tributária. No mesmo sentido diversas liminares foram proferidas, dando razão aos fundamentos dos contribuintes quanto à impossibilidade de majoração das alíquotas do FAP por metodologia veiculada por Decreto e Resoluções do CNPS.

Decisão recente, manifestada pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, deu provimento ao agravo de instrumento interposto, concluindo pela violação ao princípio da reserva legal, bem como pela extrapolação dos limites do poder regulamentar, resultantes da instituição FAP:

Afigura-se plausível juridicamente o entendimento no sentido de que a elevação das alíquotas da contribuição para o Seguro Acidente de Trabalho - SAT, prevista nas alíneas "a", "b" e "c" do inciso II do art. 22 da Lei nº. 8.212/91, por simples Decreto, como no caso, em que o seu cálculo opera-se mediante a apuração do Risco de Acidentes do Trabalho - RAT por aplicação do Fator Acidentário de Prevenção - FAP, previsto no art. 202-A do Decreto nº. 3.048/1999, com as alterações introduzidas pelos Decretos nº.s 6.042/2009 e 6.957/2009, a caracterizar, em princípio, violação ao princípio da reserva legal (CF, art. 150, I), extrapolando os limites do poder regulamentador, na espécie.¹²⁴

Dessa forma, a 8ª turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região entendeu pelo provimento ao agravo de instrumento, vez que o conteúdo regulamentar não poderia estabelecer a alíquota da contribuição ao SAT.

Entretanto, em que pese os fundamentos até então apresentados, a jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais tem se posicionado majoritariamente no sentido de que a regulamentação, inculpada principalmente no artigo 202-A do Regulamento da Previdência Social, não desbordou das disposições legais contidas na Lei nº 10.666/2003.

¹²³ JF/SC – Ação Ordinária nº 2009.72.00.013653-9.

¹²⁴ TRF1 – AG 0011273-59.2010.4.01.0000.

Nesse sentido vem se consolidando o posicionamento do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. O entendimento esposado pela segunda turma, a título de exemplo, é de que:

A regulamentação da metodologia do FAP por meio dos Decretos 6.042/07 e 6.957/09 não implica afronta ao princípio da legalidade insculpido no artigo 150, inciso I, da CF, pois as disposições essenciais à cobrança da contribuição ao SAT se encontram delineadas nas Leis 8.212/91 e 10.666/03. A disposição acerca da flexibilização das alíquotas, que garante a aplicação prática dos fatores de redução (50%) e de majoração (100%), não consubstancia extrapolação das disposições legais contidas na Lei 10.666/03.¹²⁵

Ainda, retratando o entendimento de que não houve ilegalidade ou inconstitucionalidade na instituição do Fator Acidentário de Prevenção, oportuna a transcrição de ementa de recente julgamento proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. MAJORAÇÃO DA ALÍQUOTA DE RECOLHIMENTO DO RAT/SAT. EMPREGO DO FAP. ART. 10 DA LEI Nº 10.666/2003, ART. 202-A DO DECRETO Nº 3.048/1999, E RESOLUÇÕES Nº 1.308 E 1.309/2009 DO CNPS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE E DE INCONSTITUCIONALIDADE. 1. A ação mandamental é a via adequada para obter a declaração de inexistência de relação jurídica tributária por conta da exigência de contribuição social cumulada com o pedido de compensação dos valores recolhidos indevidamente a tal título. 2. A Lei nº 10.666/2003, artigo 10, introduziu na sistemática de cálculo da contribuição ao SAT o Fator Acidentário de Prevenção (FAP), como um multiplicador de alíquota que irá permitir que, conforme a esfera de atividade econômica, as empresas que melhor preservarem a saúde e a segurança de seus trabalhadores tenham descontos na referida alíquota de contribuição. Ou não, pois o FAP é um índice que pode reduzir à metade, ou duplicar, a alíquota de contribuição de 1%, 2% ou 3%, paga pelas empresas, com base em indicador de sinistralidade, vale dizer, de potencialidade de infortunística no ambiente de trabalho. O FAP oscilará de acordo com o histórico de doenças ocupacionais e acidentes do trabalho por empresa e incentivará aqueles que investem na prevenção de agravos da saúde do trabalhador. 3. Não há que se falar, especificamente, na aplicação de um direito sancionador, o que invocaria, se o caso, o artigo 2º da Lei nº 9.784/99; deve-se enxergar a classificação das empresas face o **FAP** não como "pena" em sentido estrito, mas como **mecanismo de fomento contra a infortunística e amparado na extrafiscalidade** que pode permear essa contribuição SAT na medida em que a finalidade extrafiscal da norma tributária passa a ser um arranjo institucional legítimo na formulação e viabilidade de uma política pública que busca salvaguardar a saúde dos trabalhadores e premiar as empresas que conseguem diminuir os riscos da atividade

¹²⁵ TRF4 - AC 5001746-39.2010.404.7202

econômica a que se dedicam. 4. **Ausência de violação do princípio da legalidade: o decreto não inovou em relação às as Leis nºs 8.212/91 e 10.666/2003, apenas explicitou o que tais normas determinam.** O STF, por seu plenário, no RE nº 343.466/SC (RTJ, 185/723), entendeu pela constitucionalidade da regulamentação do então SAT (hoje RAT) através de ato do Poder Executivo, de modo que o mesmo princípio é aplicável ao FAP. 5. Inocorrência de inconstitucionalidade: a contribuição permanece calculada pelo grau de risco da atividade preponderante da empresa, e não de cada estabelecimento, sem ofensa ao princípio da igualdade tributária (art. 150, II, CF) e a capacidade contributiva, já que a mesma regra é aplicada a todos os contribuintes, sendo que a variação da expressão pecuniária da exação dependerá das condições particulares do nível de sinistralidade de cada um deles. 6. Matéria preliminar rejeitada e, no mérito, apelo da União Federal e remessa oficial, tida como ocorrida, providos, prejudicada a apelação da impetrante.¹²⁶

Tal decisão, no mesmo sentido que a mencionada anteriormente, considerou que o conteúdo regulamentar não inovou em relação às Leis nºs 8.212/91 e 10.666/03, de modo que não violou o princípio da legalidade tributária. Utilizou como fundamento da decisão o julgamento do RE nº 343.466/SC pelo STF, já abordado pelo presente trabalho. Ainda, a decisão considerou o caráter extrafiscal do Fator Acidentário de Prevenção, no que tange o estímulo às empresas a investirem na prevenção aos acidentes de trabalho.

Muito embora já tenha – a discussão sobre a legalidade e a constitucionalidade do FAP – alcançado o Superior Tribunal de Justiça, cumpre ressaltar que esta egrégia corte considerou que o julgamento do recurso não lhe competia, por possuir caráter eminentemente constitucional. Nesse sentido:

O recurso especial não comporta conhecimento, pois é inviável o conhecimento de recurso especial que visa, em essência, a declaração de inconstitucionalidade do art. 10 da Lei n. 10.666/2003, sem que haja violação autônoma de legislação infraconstitucional pelo acórdão recorrido. [...] A alegada violação do art. 97 do CTN reforça a pretensão do recorrente em reconhecer a inconstitucionalidade do art. 10 da Lei n. 10.666/2003, pois o referido artigo do Codex Tributário apontado como violado tem caráter eminentemente constitucional, o que afasta a competência do STJ para análise da demanda. Precedentes.¹²⁷

Dessa forma, os contribuintes têm de ficar no aguardo da decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade do artigo 10 da Lei nº 10.666/2003 e, conseqüentemente, da majoração das alíquotas da contribuição ao SAT imposta pelo multiplicador FAP.

¹²⁶ TRF3 – AC Nº 0001850-48.2010.4.03.6102

¹²⁷ STJ – REsp 1.277.853

Assim, cumpre por fim deixar registrado que a Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo – CNC ajuizou uma ação direta de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal contra as mudanças na metodologia de cálculo da contribuição ao SAT, questionando o artigo 10 da Lei nº 10.666, de 2003. Trata-se da ADIn nº 4397, distribuída para relatoria do Ministro Dias Tóffoli, que ainda não possui previsão de julgamento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988 consagrou o Brasil como um Estado Democrático de Direito, marcado por garantias e princípios que asseguram aos cidadãos o exercício de seus direitos e deveres nos limites legitimamente impostos, resguardando a sociedade contra atos arbitrários do poder estatal.

Nesse contexto, o princípio da divisão de poderes funciona como um sistema de freios e contrapesos, que busca o equilíbrio entre os três poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si. Da mesma forma, o princípio da legalidade impede que os cidadãos sejam submetidos a obrigações, ou privados de seus direitos, sem lei prévia que assim estabeleça. No Estado Democrático de Direito, a lei é responsável pela legítima expressão da vontade da sociedade, sem a qual o Estado não pode impor quaisquer obrigações que, de alguma forma, inovem no ordenamento jurídico.

Por tal motivo, ao se falar em poder normativo da Administração Pública, impossível não se fazer remissão ao conteúdo, bem como aos desdobramentos, do princípio da legalidade. Isso porque os atos normativos da Administração Pública vinculam-se ao conteúdo das leis, não podendo transcender as disposições legais, ou regular matéria reservada à lei, salvo nas hipóteses constitucionalmente consideradas.

Disso se conclui que os regulamentos, atos normativos de competência privativa dos Chefes do Poder Executivo, não são aptos a imporem obrigações originárias aos cidadãos. O mesmo vale, com ainda maior razão, aos atos provenientes de autoridades administrativas de nível hierárquico inferior aos Chefes do Poder Executivo, como as resoluções.

Na seara tributária, também se aplicam os limites impostos aos regulamentos e atos normativos da Administração Pública. Conforme dispõe o artigo 150, inciso I, da CF, o poder de tributar é vinculado às disposições legais, sendo vedado ao Estado exigir ou majorar tributos sem a prévia existência de lei, de modo que, aos regulamentos, só cabe dispor sobre matéria a que foram autorizados, dentro dos limites impostos pela Constituição.

Diante de tais prerrogativas, torna-se bastante pertinente a discussão acerca da constitucionalidade da instituição do Fator Acidentário de Prevenção pelo Decreto

3.048/99, regulamentando o disposto no artigo 10 da Lei nº 10.666/2003, bem como no artigo 22, inciso II, da Lei nº 8.212/91.

A atividade estatal de instituição ou majoração de tributos deve, necessariamente, ser veiculada por lei, regularmente editada pelo processo legislativo constitucional. Aos regulamentos só cabe estabelecer os termos necessários à fiel execução da lei, de forma que somente nesta é possível se estabelecer os elementos essenciais ao tributo: alíquota, base de cálculo, fato gerador e contribuinte.

Por tal razão, é inconstitucional a delegação de competência realizada pelo artigo 10 da Lei nº 10.666/2003.

Ainda que o Supremo Tribunal Federal já tenha, no RE 343.466/SC, se manifestado pela constitucionalidade da regulamentação do artigo 22, inciso II, da Lei nº 8.212/91, que estabeleceu alíquotas variáveis para a contribuição ao Seguro de Acidente de Trabalho, tal decisão não se confunde com a discussão acerca da constitucionalidade do Fator Acidentário de Prevenção. Isso porque o artigo 10 da Lei nº 10.666/2003 remete expressamente ao regulamento a possibilidade de majoração das alíquotas da contribuição, ao arrepio dos princípios constitucionais que regem o direito tributário.

Por fim, cumpre ressaltar que muito embora seja louvável o caráter social da instituição do FAP, que busca, de acordo com a Previdência Social, estimular investimentos na prevenção de acidentes de trabalho, tal característica não tem o condão de afastar a ilegalidade da exigência da contribuição social majorada pelo FAP, que deve possuir seus elementos essenciais definidos em lei.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 13^a ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

ARAÚJO, Luiz Alberto; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1998.

ATALIBA, Geraldo . **Hipótese de incidência tributária**. 5. ed. São Paulo (SP): Malheiros, 1992.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. 11. ed. rev. e compl. Rio de Janeiro (RJ): Forense, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25. ed. atual. São Paulo (SP): Malheiros, 2010.

_____. **Teoria do Estado**. 5. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Constituição 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 08 out. 2011.

_____. Decreto nº 3.048, de 06 de maio de 1999. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Disponível em <<http://www010.dataprev.gov.br>>. Acesso em: 08 nov. 2011.

_____. Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em <<http://www010.dataprev.gov.br>>. Acesso em: 08 nov. 2011.

_____. Lei nº 5.172, de 25 de Outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e Institui Normas Gerais de Direito Tributário Aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 08 nov. 2011.

_____. Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 08 nov. 2011.

_____. Lei nº 10.666, de 08 de maio de 2003. Dispõe sobre a concessão da aposentadoria especial ao cooperado de cooperativa de trabalho ou de produção e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 08 nov. 2011.

_____. Resolução MPS/CNPS Nº 1.269, de 15 de fevereiro de 2006. Altera o anexo da Resolução nº 1.236, de 2004. Disponível em <<http://www010.dataprev.gov.br>>. Acesso em: 08 nov. 2011.

_____. Resolução MPS/CNPS Nº 1.308, de 27 de maio de 2009. Altera o anexo da Resolução nº 1.269, de 2006. Disponível em <<http://www010.dataprev.gov.br>>. Acesso em: 08 nov. 2011.

_____. Resolução MPS/CNPS N° 1.316, de 31 de maio de 2010. Altera o anexo da Resolução n° 1.308, de 2009. Disponível em <<http://www010.dataprev.gov.br>>. Acesso em: 08 nov. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 285.503/RS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 1ª Turma, julgado em 05 fev. 2002, DJ 18 mar. 2002, p. 176. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200001120670&dt_publicacao=18/03/2002>. Acesso em: 16 nov. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 1.277.853/SC, Rel. Min. Humberto Martins Costa, 2ª Turma, julgado em 03 nov. 2011, DJ 11 nov. 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1102054&sReg=201102173620&sData=20111111&formato=PDF>. Acesso em: 19 nov. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.075 MC / RJ, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 07 fev. 2001, Plenário, DJ de 27 jun. 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347415>>. Acesso em: 15 set. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 343.446 / SC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 09 set. 2003, 2ª Turma, DJ de 10 out. 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=381301>>. Acesso em: 16 nov. 2011.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. AG n° 0011273-59.2010.4.01.0000/DF, Rel. Desembargador Federal Souza Prudente, 8ª Turma, julgamento em 23 set. 2011, DJ de 21 out. 2011, p.451. Disponível em: <<http://www.trf1.jus.br>>. Acesso em: 16 nov. 2011.

_____. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. AC N° 0001850-48.2010.4.03.6102/SP, REL. DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, 1ª Turma, julgamento em 08 nov. 2011, D.E. 21 nov. 2011. Disponível em: <<http://www.trf3.jus.br>>. Acesso em: 16 nov. 2011.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. AC 5001746-39.2010.404.7202/SC, Relator p/ Acórdão Otávio Roberto Pamplona, julgamento em 25 out. 2011, 2ª Turma, D.E. 27 out. 2011. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br>>. Acesso em: 16 nov. 2011.

_____. 1ª Vara Federal de Florianópolis. Ação Ordinária n° 2009.72.00.013653-9, Juiz Federal Substituto Cláudio Roberto da Silva. Decisão de 03 dez. 2009. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=jfsc&documento=2901206&DocComposto=&Sequencia=&hash=a9b072ccc1dd560a39569795d4f054d9>. Acesso em: 16 nov. 2011.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, [2010?].

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 19º ed. Ver. Amp. Malheiros: São Paulo, 2003.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 16ª edição: Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2006.

CRETELLA JÚNIOR, José . **Direito administrativo do Brasil**. São Paulo (SP): Revista dos Tribunais, 1964.

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos de direito constitucional**. 2. ed. rev. e ampl Curitiba (PR): Juruá, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789**. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em: 13 out. 2011.

GASPARINI, Diogenes,. **Direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

HABERMAS, Jürgen. **Sobre a legitimação pelos direitos humanos**. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz.(Org). **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Ímpetos, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado, 4ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 31ª ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Malheiros, 2010.

MAURER, Hartmut. **Direito administrativo geral**. Tradução de Luís Afonso Heck. Barueri, SP: Manole, 2006.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 14. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 36ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MELLO, Vanessa Vieira de. **Regime jurídico da competência regulamentar**. São Paulo: Dialética, 2001.

MELO, José Eduardo Soares de. **Contribuições sociais no sistema tributário**. 4.ed. rev. atual. e ampl São Paulo: Malheiros, 2003.

MONTEIRO, Vera. **Princípio da legalidade e os poderes normativo e regulamentar da Administração Pública**. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 209-218, out./dez.2007. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=49826>>. Acesso em: 13 set. 2011.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, **Do espírito das leis**. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional administrativo**. 4. ed. atual. até a EC n. 53/06 São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2ª ed. São Paulo (SP): Dialética, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 33ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

OLIVEIRA, Jose Jayme de Macedo. **Código tributário nacional: comentários, doutrina, jurisprudência**. 5.ed. São Paulo (SP): Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Júlio Maria de. **O princípio da legalidade e sua aplicabilidade ao IPI e ao ICMS**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário, Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e Jurisprudência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado: ESMAFE, 2004.

POLONI, Antonio S.. **Seguro Acidente de Trabalho - SAT**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 3, n. 27, 23 dez. 1998. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/1439>>. Acesso em: 18 nov. 2011.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

VELLOSO, Andrei Pitten. **A contribuição acidentária (SAT/RAT) e o polêmico FAP**. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 37, ago. 2010. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao037/andrei_velloso.html>. Acesso em: 19 nov. 2011.