

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.300.101 - RJ (2018/0125849-4)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
AGRAVANTE : **ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ENGENHARIA INDUSTRIAL - ABEMI**
ADVOGADOS : **RODRIGO MAURO DIAS CHOHI E OUTRO(S) - SP205034**
DANIEL RUBIO LOTTI - SP199551
ELLEN NAKAYAMA - SP237509
RENAN MARQUES PEIXOTO UCHOA - SP376998
AGRAVADO : **FAZENDA NACIONAL**

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto pela ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ENGENHARIA INDUSTRIAL, em que pretende a admissão de recurso especial que desafia acórdão assim ementado (e-STJ fls. 357/358):

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. FALTA DE INTERESSE E ILEGITIMIDADE PASSIVA. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. RISCOS AMBIENTAIS DO TRABALHO - RAT. ENQUADRAMENTO. EFETIVO GRAU DE RISCO. ART. 22, § 3º, DA LEI Nº 8.212/91. FATOR ACIDENTÁRIO DE PREVENÇÃO - FAP. PROVIMENTO PARCIAL.

I. "...a alegação de inconstitucionalidade da norma que ampara os efeitos concretos resultantes do ato coator atacado pode ser suscitada como causa de pedir do mandado de segurança, podendo, se procedente, ser declarada em controle difuso (incidenter tantum) pelo juiz ou pelo tribunal. O que a Súmula 266/STF veda é a impetração de mandamus cujo o próprio pedido encerra a declaração de inconstitucionalidade de norma em abstrato, pois esse tipo de pretensão diz respeito ao controle concentrado, o qual deve ser exercido no âmbito das ações diretas de (in)constitucionalidade. Precedentes: AgRg no AREsp 420.984/P1, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 06/03/2014; RMS 34.560/RN, Rel. Ministra Eliana Calmon, SegUnda Turma, DJe 29/05/2013; RMS 31.707/MT, Rel. Desembargadora convocada Diva Malerbi, Segunda Turma, DJe 23/11/2012; RMS 30.106/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 09/10/2009." (STJ. ROMS 201401729878. 1T. Rel Min. BENEDITO GONÇALVES. DJE: 11/09/2014.).

II. Embora, tratando-se de mandado de segurança que tem por objeto controvérsia acerca da exigibilidade de tributo administrado pela Receita Federal, deva figurar no polo passivo do mandamus o Delegado da Receita Federal, uma vez que a arrecadação e fiscalização das contribuições previstas no artigo 22, inciso II, da Lei nº 8.212/1991 são da competência do referido órgão, nos termos dos artigos 2º e 3º da Lei nº 11.457/2007 e do artigo 33 da Lei nº 8.213/1991, na redação dada pela Lei nº 11.941/2009, constatado que, instada a se manifestar, a Fazenda Nacional, representante judicial da pessoa Jurídica indicada como coatora, no caso, o Superintendente da Receita Federal do Brasil, entrou no mérito da ação, defendendo a legalidade e a constitucionalidade do FAP, assumindo, em face da teoria da encampação, a posição de coatora no mandado de segurança.

III. Considerando que as Leis nº 8.212/91 e 10.666/2003 criara o tributo e descreveram a hipótese de incidência, sujeitos ativo e passivo, base de cálculo e alíquota, em consonância com os princípios da tipicidade tributária e da segurança jurídica, estabelecendo a metodologia para a aplicação do FAP, a ser apurado de acordo com os índices de frequência, gravidade e custo,

segundo os ditames aprovados pelo Conselho Nacional da Previdência Social, rejeita-se as alegações de inconstitucionalidade e violação à legalidade tributária.

IV. A metodologia que determina a redução de percentual para as empresas que registrarem queda no índice de acidentalidade e doenças ocupacionais ou aumento no valor da contribuição daquelas que apresentarem maior número de acidentes e ocorrências mais graves, obedece ao princípio da equidade, em consonância com o disposto no inciso V do parágrafo único do artigo 194 da CF/88.

V. Apelação Cível parcialmente provida para afastar a extinção do processo por falta de interesse em agir dos associados representados pela Associação Impetrante, bem como por ilegitimidade passiva da Receita Federal do Brasil na ação, mantendo-se a improcedência do pedido inicial.

Os embargos de declaração foram rejeitados (e-STJ fls. 377/382).

No apelo nobre, o recorrente, apontando violação do art. 535 do CPC/1973, sustentou não ter sido sanada suposta omissão em embargos de declaração consistente na alegação de ofensa aos arts. 3º e 97 do CTN (e-STJ fls. 435/452).

Contrarrazões às e-STJ fls. 483/492.

O Tribunal de origem obstou o apelo extremo por entender inexistente a alegada infringência do art. 535 do CPC/1973, tendo em vista que a matéria objeto do recurso não foi examinada no acórdão recorrido e tampouco foi objeto de apelação. Conclui ainda pela aplicação das Súmulas 7 do STJ e 283 do STJ (e-STJ fls. 512/513).

Irresignada, a recorrente interpôs agravo em recurso especial, no qual defendeu a inaplicabilidade da Súmula 7 do STJ, bem como reiterou violação do art. 535 do CPC/1973 e dos arts. 3º e 97 do CTN (e-STJ fls. 529/540).

Contraminuta às e-STJ fls. 594/599.

Passo a decidir.

Inicialmente, destaco que o Plenário do STJ decidiu que “aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça” (Enunciado Administrativo 2, sessão de 09/03/2016).

Feita essa consideração, o acolhimento de recurso especial por violação do art. 535 do CPC/1973 pressupõe a demonstração de que a Corte de origem, mesmo depois de provocada mediante embargos de declaração, deixou de sanar vício de integração contido em seu julgado acerca de questão relevante para a solução do litígio.

O litígio em apreço é decorrente de mandado de segurança julgado

na primeira instância, no que importa, nos seguintes termos:

O autor sustenta que existem diversos equívocos na metodologia empregada no cálculo do FAP e ao final requer que o cálculo seja efetivado na forma do constante na letra d, ii de seu pedido. Todavia, tais causas de pedir e tal pedido não podem ser sustentadas em face da autoridade apontada como coatora, pois esta não é a responsável pelo cálculo da contribuição, nem pela divulgação do ranking das empresas.[...]

O autor, em linhas gerais, entende que o art. 10 da Lei 10.666/2003, ao prever a instituição do FAP, teria ferido os princípios da reserva legal, da tipicidade, da segurança jurídica e da indelegabilidade de competência, pois os elementos do tipo tributário devem ser indicados por lei. Além disso, haveria violação da equidade na participação do custeio e da capacidade contributiva.

Passo a analisar cada um dos grupos de argumentos do autor.

Segundo o impetrante, a Lei 10.666/03 não previu de forma suficiente as alíquotas que incidirão no RAT de cada contribuinte e delegou esta atribuição para a autoridade administrativa. Como consequência, teria ocorrido a violação aos artigos 5º, inciso I e 150 da Constituição Federal e do artigo 97, inciso IV do CTN.

A autoridade coatora, em suas informações, afirma que a finalidade da contribuição é nitidamente extrafiscal e visa a diminuição da ocorrência dos acidentes de trabalho. Ademais, o Poder Executivo exerceu suas atribuições dentro dos limites da norma e a especificação das alíquotas, que é uma operação complexa, deve ser feito por um corpo técnico diante de cada caso. [...]

No caso em apreço, a extrafiscalidade é evidente, pois o escopo da criação do FAT foi a diminuição da incidência de acidentes de trabalho no interior das empresas tributadas. A qualidade do meio ambiente do trabalho, aliás, é direito constitucional assegurado ao trabalhador urbano e rural, nos termos do inciso do art. 7º, inciso XXII 4.

Embora claramente demonstrada a extrafiscalidade, entendo que o princípio da capacidade contributiva também foi atendido. A base de cálculo da contribuição é a folha de remunerações pagas ou creditadas, no decorrer do mês, o que, em análise detida, reflete o tamanho e a capacidade contributiva do ente tributado.

Em outras palavras, a finalidade precípua do tributo não é fiscal, seu fim não é meramente arrecadatório. A base de cálculo atende à capacidade contributiva e a alíquota objetiva fomentar a segurança dos empregados. [...]

O autor, em sua exordial, refere-se somente à violação à capacidade contributiva. Não há alegação ou comprovação de que o incremento na alíquota do SAT tenha acarretado qualquer impedimento financeiro ao desenvolvimento de sua atividade.

As considerações até aqui formuladas permitem que se obtenham as seguintes conclusões: a) a criação da FAP possui caráter extrafiscal; b) a capacidade contributiva também foi atendida; c) não há comprovação de eventual caráter confiscatório do tributo.

Ultrapassado este primeiro argumento, passo a analisar possível desrespeito aos princípios da legalidade, da tipicidade fechada e da indelegabilidade de competência.

O ponto central deste grupo de argumentos reside na possibilidade de que o Legislador, ao definir um tributo, permita que sua incidência, no caso em concreto, dependa de atividade do Poder Executivo. Na hipótese do FAT, cabe à Administração a determinação dos valores de frequência, gravidade e custo.

Em primeiro lugar, a conjugação da norma instituidora do SAT e do artigo que instituiu a FAP resultam na limitação dos valores mínimo e máximo da alíquota

a ser aplicável. Isto é, com a instituição do FAP, o valor do SAT que variava de 1% a 3% passou ao mínimo de 0,5% e ao máximo de 6%. Logo, não há delegação da instituição de qualquer alíquota pela Administração. O contribuinte possui pleno conhecimento do máximo e do mínimo de tributo que poderá ser obrigado a adimplir. O que houve, na verdade, foi um aumento do valor do tributo por meio da conjugação de duas normas. [...]

Em segundo lugar, a possibilidade de complementação pelo Executivo de elementos não essenciais do tipo tributário é matéria que já foi tratada recentemente pelo Supremo Tribunal Federal em hipótese semelhante, qual seja, a da criação do SAT6. Nesta oportunidade, a Magna Corte entendeu que, em tais casos, não há delegação pura, mas mera atribuição que a lei comete ao regulamento para a aferição de dados, em concreto, para a sua boa aplicação.

Afasto, portanto, a alegada violação dos princípios da legalidade, da tipicidade fechada e da indelegabilidade de competência.

Diante de todo o exposto:

- a) JULGO EXTINTO O PROCESSO EM RELAÇÃO A TODOS OS ASSOCIADOS DA IMPETRANTE, excluídas apenas as empresas Contreras, Queiroz Gaivão e Sigma, as quais permanecerão como substituídas pela autora.
- b) JULGO EXTINTO O PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO, quanto ao pedido constante da letra d, ii, com base no art. 267, inciso VI.
- c) Quanto aos demais pedidos formulados na inicial, os JULGO IMPROCEDENTES, com base no art. 269, inciso I do CPC.

A ora recorrente interpôs apelação, na qual alegou que o Superintendente da Receita Federal do Brasil é a autoridade coatora competente para afastar a aplicação do FAP conforme pedido de adequação do GIL-RAT e que a aplicação do FAP, com a majoração do valor da alíquota do GIL-RAT em até 100%, onera o tributo pago pelas empresas e contraria o disposto no art. 195, § 9º, da CF, assim como os princípios da legalidade, da tipicidade, da segurança jurídica e da irretroatividade da lei tributária, colacionando entendimento jurisprudencial favorável à sua tese.

O Tribunal *a quo* assim se pronunciou a respeito do ponto controvertido (e-STJ fls. 351/358):

Inicialmente, merece ser provido o recurso quanto à extinção do processo por falta de interesse em agir dos associados, representados pela Associação Impetrante, que não apresentaram a comprovação de que a nova regulamentação do tributo lhes foi mais gravosa, bem como por ilegitimidade passiva da autoridade coatora indicada na inicial. [...]

No que tange à extinção por ilegitimidade passiva, tratando-se de mandado de segurança que tem por objeto controvérsia acerca da exigibilidade de tributo administrado pela Receita Federal, deve figurar no polo passivo do mandamus o Delegado da Receita Federal, uma vez que a arrecadação e fiscalização das contribuições previstas no artigo 22, inciso II, da Lei nº 8.212/1991 são da competência do referido órgão, nos termos dos artigos 2º e 3º da Lei nº 11.457/2007 e do artigo 33 da Lei nº 8.213/1991, na redação dada pela Lei nº 11.941/2009.

Entretanto, instada a se manifestar (fl. 112), a Fazenda Nacional, representante judicial da pessoa Jurídica indicada como coatora, no caso, o Superintendente da Receita Federal do Brasil, entrou no mérito da ação, defendendo a legalidade e a constitucionalidade do FAP, assumindo, em face da teoria da encampação, a posição de coatora no mandado de segurança. [...]

Assim, afastada a extinção da ação, passo ao exame do mérito em relação a todos os associados representados nesta ação e atingidos pela aplicação do art. 22 da Lei nº 8.212/91, nos termos do § 3º do art. 515, do CPC.

No que tange à Contribuição Social referente aos Riscos Ambientais do Trabalho - RAT e a incidência do Fator Acidentário de Prevenção - FAP sobre a alíquota do referido tributo, a matéria já se encontra pacificada no âmbito desta Colenda Terceira Turma Especializada, *verbis*:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL RISCOS AMBIENTAIS DO TRABALHO - RAT. ART. 10 DA LEI Nº 10.666/03. FATOR ACIDENTÁRIO DE PREVENÇÃO - FAP.

1. Trata-se de ação questionando a constitucionalidade/legalidade da Contribuição Social referente aos Riscos Ambientais do Trabalho - RAT: na forma prevista no art. 10 da Lei nº 10.666/03 e no art. 202-A do Decreto nº 3.048/99, alterado pelo Decreto nº 6.957/09, que determinou a incidência do Fator Acidentário de Prevenção - FAP sobre a alíquota da Contribuição Social.

2. Objetiva a impetrante, com a presente ação, afastar a aplicação do Fator Acidentário de Prevenção - FAP, na redação que lhe foi atribuída pelos Decretos 6.042/07 e 6.957/09, com a abstenção por parte da autoridade impetrada da prática de quaisquer atos tendentes à cobrança dos referidos valores, inclusive a expedição da CND reconhecendo o direito de crédito e assegurando-lhe a compensação. Não se insurge a impetrante, portanto, contra lei em tese, descabendo a extinção do processo, sem julgamento de mérito. Aplicação do §3º do art. 515 do CPC, com fundamento na teoria da "causa madura".

3. Não há violação à legalidade tributária (art. 150, I, da CF e art. 97 do CTN), pois os elementos essenciais à cobrança do tributo encontram-se previstos nas Leis nºs 8.212/91 e 10.666/03.

4. Também não se verifica inconstitucionalidade no art. 10 da Lei nº 10.666/03, na medida em que não delegou a fixação da alíquota (já fixada pelo art. 22,II, da Lei nº 8.212/91) mas apenas estabeleceu a metodologia para a aplicação do FAP.

5. O citado art.10 da Lei nº 10.666/03 é expresso ao dispor que o FAP, que estabelece redução de até 50% (cinquenta por cento) ou a majoração da alíquota da Contribuição/RAT em até 100% (cem por cento), será apurado de acordo com os índices de frequência, gravidade e custo, segundo a metodologia aprovada pelo Conselho Nacional da Previdência Social.

6. O Decreto nº 6.957/09 concretizou as condições já estabelecidas em lei, não extrapolando os limites legais impostos.

7. Como decidiu a Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, na Arguição de Inconstitucionalidade na AC nº 5007417-47-2012.404.0000. "É constitucional a redação ou aumento das alíquotas da contribuição social destinada ao financiamento da aposentadoria especial e dos benefícios por incapacidade laboral decorrentes dos riscos ambientais do trabalho, na forma determinada pelo art. 10 da Lei nº 10.666, de 2003."

8. Apelação parcialmente provida.

(TRF/2. AC 201251010035321. Rel. Des. Federal CLAUDIA MARIA BASTOS NEIVA. E-DJF2R: 18/07/2014.)

Merece reforma parcial a r. sentença de Primeiro Grau, portanto, apenas na parte que extinguiu o feito sem julgamento de mérito.

Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso para afastar extinção do processo por falta de interesse em agir dos associados representados pela Associação Impetrante, bem como por ilegitimidade passiva do Superintendente da Receita Federal do Brasil, mantendo a r. sentença de Primeiro Grau quanto ao mérito.

Em embargos de declaração, a ora agravante alegou que o acórdão incorreu em omissão ao não apreciar os fatos sob a ótica dos arts. 5º, incisos XXXVI e LV, e 37 e 195, §§ 5º e 9º, da CF/88, bem como dos art. 3º e 97 do CTN.

O Tribunal de origem rejeitou os embargos por entender que a embargante apenas demonstrou contrariedade do entendimento adotado pela Terceira Turma Especializada.

Pois bem.

De início, cumpre registrar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que não incorre em negativa de prestação jurisdicional o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia, apenas não acolhendo a tese defendida pelo recorrente.

Dos autos em análise, verifica-se que a decisão hostilizada manteve sentença de primeiro grau, ao fundamento de que não se verificou a alegada violação dos princípios da legalidade, da tipicidade fechada e da indelegabilidade de competência.

Ressalte-se que a fundamentação acima põe fim à controvérsia, não havendo falar, portanto, em violação do art. 535 do CPC/1973.

No que se refere à alegação de violação dos arts. 3º e 97 do CTN, verifica-se que essa tese não foi veiculada em sede de recurso de apelação, sendo mencionada somente na petição dos embargos de declaração, o que é rechaçado pela jurisprudência do STJ, *e.g.*:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE QUAISQUER DOS VÍCIOS DO ART. 1.022 DO CPC/2015. INOVAÇÃO DE TESE RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. CARÁTER INFRINGENTE E PROTELATÓRIO. APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO ARTIGO 1.026, § 2º, DO CPC/2015.

1. De acordo com a norma prevista no artigo 1.022 do CPC/2015, são cabíveis embargos de declaração nas hipóteses de obscuridade, contradição, omissão da decisão recorrida ou erro material.

2. No caso, não se verifica a existência de quaisquer das deficiências em questão, pois o acórdão embargado enfrentou e decidiu, de maneira integral e com fundamentação suficiente, toda a controvérsia posta no recurso.

3. Os embargos de declaração não se prestam ao exame de questões inéditas não suscitadas oportunamente pela parte embargante, restando caracterizada a existência de inovação recursal. Precedentes: AgInt no AREsp 995.381/BA, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 2/5/2017; EDcl no REsp 1.643.250/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 16/10/2017. [...]

(EDcl no AgInt no REsp 1.690.612/PR, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/08/2018, DJe 08/08/2018).

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE

QUAISQUER DOS VÍCIOS DO ART. 535 DO CPC. INOVAÇÃO DA LIDE. INVIABILIDADE. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PREQUESTIONAMENTO. NECESSIDADE.

1. De acordo com o estatuído no art. 535 do Código de Processo Civil, são cabíveis embargos de declaração nas hipóteses de obscuridade, contradição ou omissão da decisão atacada, o que não ocorreu no presente caso.

2. Não é possível, em sede de embargos de declaração, inovar a lide, invocando questão até então não suscitada.

3. É indispensável o debate da questão jurídica pelas instâncias ordinárias, ainda que verse sobre matéria de ordem pública, sob pena de não conhecimento do apelo pela ausência do prequestionamento, viabilizador do acesso à instância superior dos recursos excepcionais.

4. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no AgRg no Ag 691.757/SC, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/02/2006, DJ 06/03/2006, p. 190).

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. INOVAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. PROVA DA REPERCUSSÃO. REVISÃO DAS PREMISSAS FÁTICAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. ICMS. EXPORTAÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO INTERESTADUAL.

1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

2. É inadmissível Recurso Especial quanto a questão inapreciada pelo Tribunal de origem, a despeito da oposição de Embargos Declaratórios. Incidência da Súmula 211/STJ.[...]

(AgRg no REsp 1.518.467/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/05/2015, DJe 04/09/2015),

Vale destacar, por fim, que a decisão hostilizada fundamentou a não admissão do recurso especial ante os óbices presentes na aplicação das Súmulas 7 do STJ e 283 do STF ao caso. Da leitura das razões do recurso, contudo, observa-se que o agravante alegou somente que deveria ser afastada a incidência da Súmula 7 do STJ.

Assim, não tendo a parte recorrente impugnado todos os fundamentos da decisão agravada, incide na espécie a Súmula 182 do STJ.

Ante o exposto, CONHEÇO do agravo para CONHECER, em parte, do recurso especial e, nessa extensão, NEGAR-LHE PROVIMENTO, nos termos do art. 253, parágrafo único, II, "b", do RISTJ.

Publique-se. Intimem-se.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator