

# Questionamento de FAP deve esgotar via administrativa antes da judicial

18/12/2010

Uma decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região pode ser um banho de água fria para aquelas empresas que estão questionando o Fator Acidentário de Prevenção (FAP) na Justiça. Contra a jurisprudência firmada, o acórdão determinou que a discussão de qualquer ponto do FAP deve se esgotar, primeiramente, na via administrativa. Somente com a extinção desse caminho é que os autores poderão ingressar na esfera do Judiciário.

A desembargadora federal Luciane Amaral Corrêa Münch, relatora do acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, declarou, como informam as transcrições da sessão: "se havia recurso administrativo, parece-me que se teria de aguardar a decisão administrativa e aí, se não aguardou e se ela ocorreu no curso o processo judicial, creio que seria objeto para outro feito, questionando essa decisão".

Ocorre que no recurso administrativo não são discutidos diversos pontos, como a metodologia do cálculo e a constitucionalidade do FAP. E eram justamente esses pontos que a empresa, do ramo hoteleiro, questionava. Em setembro de 2009, ela teve acesso ao extrato do tributo. Na mesma oportunidade, ficou sabendo que a alíquota Seguro de Acidente de Trabalho não era mais a mesma: de 1% havia pulado para 2%, representando um aumento de 100%.

Inconformada com o reenquadramento da alíquota e com a metodologia empregada pelo Ministério da Previdência Social, entrou com a ação administrativa, em janeiro deste ano, dias depois que o novo índice começara a contar. Em fevereiro, diante do silêncio do Ministério e com a primeira parcela, referente ao mês de janeiro, próxima do vencimento, a empresa optou pela via judicial. Pela segunda vez, questionava o aumento da alíquota e o cálculo da FAP.

As advogadas **Cláudia Salles Vilela Vianna** e **Melissa Folmann**, que vão entrar com Embargos, contam que em 4 de março, com a publicação do [Decreto 7.126](#) no *Diário Oficial*, ficou determinado que o Departamento de Políticas de Saúde e Segurança Ocupacional do Ministério da Previdência Social seria responsável pela análise das defesas. A surpresa veio quando a empresa soube que elas poderiam conter somente questionamentos acerca dos elementos do FAP. Cláudia explica: "A empresa não poderia questionar, nessa defesa, as inconstitucionalidades ou ilegalidades da metodologia criada e nem tampouco o próprio cálculo, mas tão somente os dados utilizados neste cálculo".

A resposta veio em maio. A Vara Federal entendeu que a metodologia feria o princípio da legalidade, como explica Cláudia, "as regras de cálculo não constam na lei, mas sim em decretos e resoluções administrativas".

A empresa resolveu apelar ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região, pedindo a nulidade da sentença porque ela não havia se manifestado sobre a produção de prova. Mais uma vez houve omissão quanto ao reenquadramento da alíquota, de acordo com a empresa.

A advogada aponta que o tribunal entendeu que a metodologia utilizada para o cálculo do FAP não feria a publicidade nem a ampla defesa. No entanto, Cláudia conta que o valor da FAP é calculado pelo Ministério da Previdência Social com base no número de ocorrências acidentárias e no gasto com benefícios previdenciários de todas as empresas de um grupo. Elas são enfileiradas conforme frequência, gravidade e custo. "A empresa é obrigada a acreditar que o Ministério da Previdência Social lhe conferiu lugar correto das filas, já que não pode conferir, mas tal fato não corresponde à realidade ocorrida", explica. Cláudia classifica o FAP como "um tributo às escuras".

O tribunal, por sua vez, entendeu que a empresa tem como se defender das ocorrências lançadas no site administrativamente. Para isso, basta que acesse a página. Contudo, a advogada lembra que "a Lei 9.874 determina que a notificação tem que ocorrer por meio certo e seguro e que a empresa tem que poder participar do processo administrativo de caracterização dos acidentes, da forma menos onerosa possível".

"Disponibilizar ocorrências no site não constitui meio certo e seguro de notificação e, mesmo ciente daquela caracterização, a empresa não pode participar ativamente do processo, não lhe sendo permitido comparecer à perícia, analisar documentos, oferecer ou impugnar quesitos", enumera.

De acordo com a advogada, "as notas taquigráficas da sessão de julgamento apontam que o regional vincula o julgamento das irregularidades à existência de recurso administrativo já analisado pela União, desconsiderando que não existe nenhum dispositivo legal obrigando a parte a exaurir a esfera administrativa antes de ingressar com a ação judicial". Por isso, acredita, há violação ao artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Também teriam sido feridos o entendimento do Supremo Tribunal Federal — que entende que o esgotamento da via administrativa é uma faculdade, e não uma obrigação — e o artigo 38, da [Lei 6.830](#), de 1980, segundo a qual "a discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta Lei, salvo as hipóteses de Mandado de Segurança, ação de repetição do indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos".

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2010-dez-18/questionamento-fap-esgotar-via-administrativa-antes-judicial/>