

CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO

Professor Emérito da PUC/MG e
da UnB – Universidade de Brasília
Advogado

**CONTRIBUIÇÃO AO SEBRAE, À APEX-BRASIL e À ABDI
APÓS A VIGÊNCIA DA EC nº. 33/2001. LEGITIMIDADE DA
INCIDÊNCIA SOBRE A FOLHA DE PAGAMENTOS. C.F., ART. 149, §2º,
III, “a”.**

Carlos Mário da Silva Velloso *

SUMÁRIO: I. A exposição e a consulta. II. Hermenêutica e aplicação das normas constitucionais; III. A EC nº 33/2001: contexto e promulgação. VI. A subsistência da contribuição ao SEBRAE, à APEX-BRASIL e à ABDI, após a vigência da EC nº. 33/2001. V. Conclusão: resposta aos quesitos.

I. A exposição e a consulta.

I.1. O ilustres advogados FABRÍCIO MEDEIROS, JOÃO MARCOS CASTRO DA SILVA e BRUNO SANTIN FERREIRA formulam consulta de interesse do SEBRAE – SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS, da AGÊNCIA DE PROMOÇÃO DE EXPORTAÇÕES DO BRASIL – APEX-BRASIL e da AGÊNCIA

* Professor emérito da Universidade de Brasília (UnB) e da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG), em cujas Faculdades de Direito foi professor titular de Direito Constitucional e Teoria Geral do Direito Público. Professor emérito da Escola da Magistratura Federal da 1ª Região (TRF/1ªR., Brasília, DF). Ex-professor de Direito Constitucional Tributário no Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Doutor *honoris causa* pela Universidade de Craiova, Romênia. Advogado: OAB/MG nº 7.725; OAB/DF nº 23.750.

- Agradeço ao talentoso advogado João Carlos Velloso, da equipe da Advocacia Velloso, mestre em Direito pela Universidade da Califórnia, Berkeley, a ajuda prestada na elaboração deste estudo, elaborando pesquisa doutrinária e jurisprudencial a respeito do tema.

muuuu

BRASILEIRA DE DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL – ABDI, acerca da subsistência das contribuições de intervenção no domínio econômico, incidentes sobre a folha de salários, após a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 33, de 2001.

I.2. Os Consulentes esclarecem, preliminarmente, que o SEBRAE, desde a sua criação, cumpre fielmente a sua função social, prevista na Constituição, de amparo às micro e pequenas empresas. Apenas em 2016, o SEBRAE teria atendido 2,6 milhões de pequenos negócios, com 4,6 milhões de horas de consultoria, dentre inúmeras outras ações de incentivo a micro e pequenas empresas. Micro e pequenas empresas que, aliás, segundo o Consulente, *“representam 27% do PIB brasileiro, 61% das empresas exportadoras e 44,1% da massa salarial das empresas.”* Ademais, aduz o consulente, o SEBRAE tem sido *“ator principal na luta pela simplificação tributária”* em benefício dos pequenos negócios. Empresas optantes pelo SIMPLES Nacional, regime tributário diferenciado para esses empreendimentos, teria, para dar um exemplo, *“taxa de sobrevivência duas vezes maior do que as não optantes.”*

I.3. Parte-se, portanto, de um lado, da premissa de que o SEBRAE detém inquestionável função social e é ainda mais necessário no atual contexto sanitário, em que a crise econômica decorrente da pandemia afeta, de forma desproporcional, o grupo de empreendedores amparados pelo SEBRAE. De outro lado, tem-se que a contribuição do art. 8º, § 3º, da Lei n. 8.029/90, cuja subsistência ora se discute, é a única fonte de receita do SEBRAE, sendo certo, assim, que a extinção do serviço social produziria impactos negativos justamente nos negócios que mais sofrem atualmente¹.

¹ Segundo o INSPER, os pequenos negócios representam 99% dos estabelecimentos produtivos no Brasil. Eles são responsáveis por 55% da massa salarial do país e 27% do PIB brasileiro e empregam cerca de 50% dos trabalhadores com carteira assinada. V., a propósito, <https://www.insper.edu.br/agenda-de-eventos/o-impacto-do-covid-19-sobre-os-pequenos-negocios/>. 86% dos pequenos negócios foram impactados pela Covid-19. V., a propósito, reportagem <https://g1.globo.com/ba/bahia/noticia/2020/05/20/pesquisa-do-sebrae-aponta-que-86percent-dos-pequenos-negocios-foram-impactados-pela-covid-19-43percent-das-empresas-estao-sem-operar-na-ba.ghtml>

muuuu

I.4. A Agência de Promoção de Exportações do Brasil - APEX-BRASIL é entidade sem fins lucrativos, de interesse coletivo e utilidade pública e tem como objetivo “*promover os produtos brasileiros no exterior e atrair investimentos estrangeiros*” para o Brasil, por meio de *ações diversificadas de promoção comercial*”, como “*missões prospectivas e comerciais, rodadas de negócios*” etc. Na promoção de seus objetivos, a APEX-BRASIL, assim como o SEBRAE, adota como princípio o favorecimento de pequenas e microempresas, na forma com que dispõe o art. 1º, *in fine*, da Lei nº. 10.668/2003. Com efeito, de acordo com seu relatório de gestão, em 2019, a entidade apoiou 14.284 empresas, sendo 53% pequenos negócios. As “*exportações apoiadas somaram US\$ 68,1 bilhões em 2019 ou 30,2% do total exportado pelo Brasil.*”

I.5. A Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial – ABDI, por sua vez, visa a estimular a competitividade do setor produtivo brasileiro. A entidade “*executa uma série de projetos e ações estratégicas para que as empresas brasileiras aumentem sua produtividade, competitividade e lucratividade.*” No cenário nacional, “*a Agência promove a diversidade do ecossistema de apoio à inovação de empresas de todos os portes (micro, pequenas, médias e grandes), de diversos setores e instaladas em todas as regiões do país.*” O adensamento tecnológico e transformação digital são frentes estratégicas “*e contribuem para que o Brasil dê um salto em seu desenvolvimento econômico-social.*” Em 2019, por exemplo, a atuação da ABDI se pautou, prioritariamente, “*em ações para a melhoria do ambiente de inovação, com foco em projetos envolvendo tecnologias 4.0, startups e sistemas voltados para cidades inteligentes.*”

I.6. No que toca ao tema de fundo desta consulta, verifica-se que, antes da entrada em vigor da EC n. 33/2001, o art. 149 da Constituição Federal se limitava a aduzir:

“Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de atuação nas respectivas áreas. Parágrafo único. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, de sistemas de previdência social.”

I.7. Ou seja, a Constituição Federal se limitava a outorgar competência ao Poder Público para instituir contribuições sociais, interventivas e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo. Com base nessa redação, o legislador ordinário instituiu a contribuição em exame, a Lei nº 8.029/1990, com as alterações promovidas pela Lei nº 8.154/1990:

“Art. 8º É o Poder Executivo autorizado a desvincular, da Administração Pública Federal, o Centro Brasileiro de Apoio à Pequena e Média Empresa – CEBRAE, mediante sua transformação em serviço social autônomo. [...]

§ 3º Para atender à execução da política de Apoio às Micro e às Pequenas Empresas, é instituído adicional às alíquotas das contribuições sociais relativas às entidades de que trata o art. 1º do Decreto-Lei nº 2.318, de 30 de dezembro de 1986, de:

- a) um décimo por cento no exercício de 1991;*
- b) dois décimos por cento em 1991; e*
- c) três décimos por cento a partir de 1993.”*

I.8. Por força da Lei nº 10.668/2003, art. 12, a contribuição foi estendida à Apex-Brasil:

“Art. 12. Os arts. 8º e 11 da Lei nº 8.029 de 12 de abril de 1990, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 8º [...]

§ 3º Para atender à execução das políticas de promoção de exportações e de apoio às micro e às pequenas empresas, é instituído adicional às alíquotas das contribuições sociais relativas às entidades de que trata o art. 1º do Decreto-Lei nº 2.318, de 30 de dezembro de 1986: [...]

§ 4º O adicional de contribuição a que se refere o § 3º será arrecadado e repassado mensalmente pelo órgão ou entidade da Administração Pública Federal ao Cebrae e ao Serviço Social Autônomo Agência de Promoção de Exportações Apex-Brasil. [...]

Art. 11. Caberá ao Conselho Deliberativo do Cebrae a gestão dos recursos que lhe forem destinados conforme o disposto no § 4º do art. 8º, exceto os destinados à Apex-Brasil [...].”

I.9. Por sua vez, a Lei nº. 11.080/2004 determinou o repasse dos recursos à ABDI:

“Art. 15. O art. 8º da Lei nº 8.029, de 12 de abril de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:

§ 3º Para atender à execução das políticas de apoio às micro e às pequenas empresas, de promoção de exportações e de desenvolvimento industrial, é instituído o adicional às alíquotas das contribuições sociais relativas às entidades de que trata o art. 1º do Decreto-Lei nº 2.318, de 30 de dezembro de 1986, de: [...]

§ 4º O adicional de contribuição a que se refere o § 3º deste artigo será arrecadado e repassado mensalmente pelo órgão ou entidade da Administração Pública Federal ao Cebrae, ao Serviço Social Autônomo Agência de Promoção de Exportações do Brasil – Apex-Brasil e ao Serviço

Social Autônomo Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial – ABDI, na proporção de 85,75% (oitenta e cinco inteiros e setenta e cinco centésimos por cento) à Apex-Brasil e 2% (dois inteiros por cento) à ABDI.

§ 5º Os recursos a serem destinados à ABDI, nos termos do § 4º, correrão exclusivamente à conta do acréscimo de receita líquida originado da redução da remuneração do Instituto Nacional do Seguro Social, determinada pelo § 2º do art. 94 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, vedada a redução das participações destinadas ao Cebrae e à Apex-Brasil na distribuição da receita líquida dos recursos do adicional de contribuição de que trata o § 3º deste artigo.”

I.10. A EC n. 33/2001, no que é relevante à consulta, incluiu, no art. 149, da Constituição Federal, o § 2º, III, “a” e “b”:

“Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de atuação nas respectivas áreas. [...] § 2º. As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico de que trata o caput deste artigo: [...]

III - Poderão ter alíquotas:

a) ad valorem, tendo por base o faturamento, a receita bruta ou o valor da operação e, no caso de importação, o valor aduaneiro;

b) específica, tendo por base a unidade de medida adotada.”

I.11. Diante de tal quadro, pedem os Consulentes, ao cabo, sejam respondidos os seguintes quesitos:

1. O elenco constante do art. 149, § 2º, III, ‘a’, na redação posterior à EC nº 33/2001, tem natureza taxativa?

mueller

2. *A contribuição prevista no art. 8º, § 3º, da Lei n. 8.029/90 pode incidir sobre a folha de pagamento das empresas, mesmo após a vigência da EC n. 33/01?*

3. *Na eventual hipótese de não recepção do art. 8º, §3º, da Lei nº 8.029/90 pela EC nº 33, de 2001, seria recomendável a modulação dos efeitos dessa decisão?*

I.12. A resposta aos quesitos demanda exame de questões atinentes à hermenêutica constitucional, nos seus traços essenciais, ainda que brevemente.

II. Hermenêutica e aplicação das normas constitucionais.

II.1. Para se determinar o sentido e o alcance das normas, ensina o patriarca, no Brasil, da hermenêutica, Carlos Maximiliano, que “*não basta conhecer as regras aplicáveis.*”² Nesse sentido, Eros Grau anota, em ensaio sobre hermenêutica, que a interpretação do Direito não consiste em “*mero exercício de leitura de textos normativos.*”³ Ao invés, o intérprete deverá compreender, além dos textos, os fatos.⁴ Afinal, toda prescrição legal tem um propósito e a norma extraída do texto “*deve ser entendida de modo que satisfaça aquele propósito.*”⁵ Daí porque “*age em fraude da lei aquele que, ressalvadas as palavras da mesma, desatende ao seu espírito.*”⁶ É que a letra mata, o espírito dá vida -- “*a sentença imortal de São Paulo aos Coríntios nos lembra os perigos do literalismo, seja no domínio jurídico, seja no domínio religioso, seja no domínio literário*”, ensinou Alceu de Amoroso Lima, o Tristão de Athayde, jurista, pensador, literato.⁷ As

² Maximiliano, Carlos, “Hermenêutica e aplicação do Direito”, 1988, 10ª edição, ps. 1 e segs.

³ Grau, Eros Roberto, “Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito,” 2002, p. 72.

⁴ Grau, Eros Roberto, ob. cit., p. 75.

⁵ Maximiliano, Carlos, ob. cit., p. 151.

⁶ Maximiliano, Carlos, ob. cit., p. 123.

⁷ Amoroso Lima, Alceu, o Tristão de Athayde, “Princípios e Casos”, Jornal do Brasil, 07.03.80.

muuuu

normas devem ser aplicadas atendendo, além do seu comando literal, ao seu espírito.⁸

II.2. A compreensão do espírito do preceito jurídico se consegue a partir da aplicação dos quatro elementos de interpretação: o gramatical ou literal, o sistemático, o teleológico e o histórico. A interpretação jurídica se inicia com a revelação do conteúdo *semântico* das palavras,⁹ interpretação dita literal, gramatical. É dizer, com a leitura literal da lei, para compreensão de seus termos, o que, no entanto, será apenas o ponto de partida.¹⁰

II.3. Em seguida, a norma é examinada no seu *sistema*, isto é, no seu conjunto, porque o direito é um todo orgânico (interpretação sistemática). É que, conforme leciona Maximiliano, “*a verdade inteira resulta do contexto e não de uma parte truncada, quiçá defeituosa, mal redigida.*” É preciso comparar o dispositivo a ser interpretado “*com os princípios gerais, o conjunto do sistema em vigor.*”¹¹ É dizer, o intérprete deve levar em conta outras normas e princípios norteadores do Direito para determinar a melhor exegese do preceito examinado.

II.4. Ocorrerá, também, nessa fase, a verificação do fim almejado pela norma,¹² com a busca da *ratio legis*, para se definir os seus fins sociais. A interpretação teleológica se impõe, certo que o “*fim da lei é sempre um valor, cuja preservação ou atualização o legislador teve em vista garantir.*”¹³ Alípio Silveira assevera que a norma deve ser interpretada de modo que se “*assegure plenamente*

⁸ Código Civil Espanhol, art. 3.1 do Título Preliminar. Barroso, Luís Roberto, “Interpretação e aplicação da Constituição,” 2003, p. 132.

⁹ Barroso, Luís Roberto, *ob. cit.*, p. 119.

¹⁰ Conforme a formulação romana, lembrada por Heleno Fragoso, “*conhecer a lei não é descobrir seu significado literal, mas sim a sua força e seu poder (‘Scire legis non hoc est verba earum tenere sed vim ac potestatem’)*”. Fragoso, Heleno Cláudio, “Para uma interpretação democrática da Lei de Segurança Nacional”, em “Estado de S. Paulo,” 21/04/1983.

¹¹ Maximiliano, Carlos, *ob. cit.*, p. 54.

¹² Barroso, Luís Roberto, *ob. cit.*, p. 130.

¹³ Poletti, Ronaldo Rebelo de Britto, “O Direito Livre”, em “Revista Jurídica Consulex”, nº 398, p. 10.

a tutela de interesse para a qual foi redigida.”¹⁴ O jurista, então, além da leitura fria, deve compreender a razão de existência da norma jurídica. Não se pode, portanto, “*na interpretação jurídica, deixar de se considerar o modo como originada a norma, como foi pensada e como os interesses em jogo foram valorados e coordenados.*”¹⁵

II.5. Por fim, cumpre ao intérprete a apuração da *occasio legis*, (interpretação histórica), para justamente bem se compreender os fins sociais da norma, assim compreendida a circunstância do momento histórico que determinou a criação do preceito interpretado.¹⁶ De forma analítica, Maximiliano define a *occasio legis* como sendo o “*complexo de circunstâncias específicas atinentes ao objeto da norma, que constituíram o impulso exterior à emanção do texto, causas mediatas e imediatas, razão política e jurídica, fundamento dos dispositivos, necessidades que levaram a promulgar-las; fatos contemporâneos da elaboração, momento histórico, ambiente social [...]*.”¹⁷

II.6. Em síntese, para a correta interpretação de uma norma, seja ela legal ou constitucional, é preciso compreender o seu conteúdo textual (interpretação literal, semântica, gramatical), a sua posição dentro do sistema jurídico (interpretação sistemática), a sua finalidade (interpretação finalística) e, de regra, a circunstância do momento histórico de aprovação do preceito, procedendo-se à busca pelo seu contexto histórico, em que se inclui o exame dos precedentes legislativos, tendo em vista a compreensão dos fins sociais da norma. É o que, a seguir, passo a cuidar.

¹⁴ Silveira, Alípio, “Hermenêutica no Direito Brasileiro”, 1968, p. 99.

¹⁵ Betti, Emilio, “Diritto, metodo, ermeneutica – scritti scelti a cura di Giuliano Cifro”, 1991, ps. 523-6.

¹⁶ Ráo, Vicente, “O Direito e a vida dos direitos”, 1999, p. 488.

¹⁷ Maximiliano, Carlos, ob. cit., ps. 148-149.

III. A EC nº 33/2001: contexto e promulgação.

III.1. A partir da década de 1990, o Brasil passou a experimentar o processo de liberalização da economia que resultou, entre outras políticas liberais, na abertura do setor petrolífero nacional.¹⁸ Em 1997, foi aprovada a Lei nº. 9.478/97, denominada Lei do Petróleo, precedida da EC nº 9/1995, que rompeu com o monopólio da União, por meio da Petrobrás, na produção e extração de petróleo no Brasil.¹⁹ Nesse cenário, Santos Maxir anota que essa ruptura “possibilitou a entrada de empresas estrangeiras em um setor que era considerado estratégico na economia brasileira.”²⁰ A indústria petrolífera brasileira, que passou a lidar com a competição internacional, se via, entretanto, “na maior parte das vezes em condições desvantajosas quanto a custos financeiros e tributários.”²¹

III.2. Com o objetivo de assegurar condições tributárias competitivas, o Presidente da República, em 28.07.2000, encaminhou Proposta de Emenda à Constituição, para alterar os artigos 149 e 177 da Constituição. A exposição de motivos, subscrita pelo então Ministro da Fazenda, aduzia:

“[...] Com a proximidade da total liberalização do mercado nacional relativo ao petróleo e seus derivados e ao gás natural, tomam-se necessárias as alterações propostas, como única forma de se evitar distorções de natureza tributária entre o produto interno e o importado, em detrimento daquele, que fatalmente ocorrerão se mantido o ordenamento jurídico atual.”

¹⁸ Maxir, Henrique dos Santos, “A indústria petrolífera no Brasil”, *mimeo*, p. 4.

¹⁹ Maxir, Henrique dos Santos, *ob. e loc. cit.*

²⁰ Maxir, Henrique dos Santos, *ob. cit.*, p. 2.

²¹ Andrade, Diogo Siqueira, “As políticas de Conteúdo Local e o desenvolvimento da Indústria Nacional de Bens e Serviços do Setor de Exploração e Produção de Petróleo: 1998 a 2008”, *mimeo*, p. 36.

Assim, adotada a presente proposta, poder-se-á construir e implementar, sem nenhum obstáculo de natureza constitucional, uma forma de tributação dos referidos produtos que garantam a plena neutralidade tributária.”²²

III.3. A PEC recebeu, na Câmara dos Deputados, o nº 277/2000, e a sua motivação original foi mantida: *“estabelecer um tratamento tributário que permita a abertura do mercado à importação de combustíveis em condições tributárias equânimes entre o produto nacional e importado.”²³* A justificativa sustentada durante a tramitação da proposta reiterou esse propósito inicial da emenda: *“as medidas tributárias propostas melhorarão a posição dos nossos bens e serviços no mercado internacional, justamente no momento em que se avizinha a celebração de acordos que estreitarão nosso comércio com os países das Américas e da Europa.”²⁴*

III.4. De forma específica, para garantir a igualdade de condições do Brasil no mercado internacional de petróleo, o constituinte reformador buscou três medidas: (i) impedir que contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico pudessem incidir sobre receitas decorrentes de exportação (proposta de alteração do art. 149, § 2º, I); (ii) assegurar a incidência dessas contribuições sobre importações (proposta de alteração do art. 149, § 2º, II); e, especialmente, (iii) viabilizar a criação, pelo legislador ordinário, da contribuição de intervenção no domínio econômico incidente sobre a importação de petróleo e derivados, que ficou conhecida como Cide-combustíveis (proposta de alteração do art. 177, § 4º). Em síntese, a CIDE/combustíveis serviria para assegurar recursos para

²² Câmara dos Deputados, PEC n. 277/2000, Relator Deputado Basílio Villani, disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=24580&ord=1>

²³ “Devemos ressaltar, preliminarmente, que a presente PEC 277-A de 2000 tem por objetivo estabelecer um tratamento tributário que permita a abertura do mercado à importação de combustíveis em condições tributárias equânimes entre o produto nacional e o importado.” Câmara dos Deputados, PEC n. 277/2000, parecer Relator Deputado Basílio Villani, p. 92.

²⁴ Câmara dos Deputados, PEC n. 277/2000, Relator Deputado Basílio Villani, p. 123.



CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO

Professor Emérito da PUC/MG e
da UnB – Universidade de Brasília
Advogado

investimentos em infraestrutura e em subsídios ao transporte petróleo e derivados.²⁵ Confira-se a redação original da proposta na parte em que interessa à presente consulta:

“Art. 1º É acrescentado ao art. 149 da Constituição Federal o seguinte § 2º, renumerando-se para § 1º o atual parágrafo único.

‘Art. 149.
.....

§ 2º As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico de que trata o caput deste artigo:

I – não incidirão sobre as receitas decorrentes de exportação;

I – poderão incidir sobre a importação de bens ou serviços recebidos do exterior, inclusive energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados do petróleo, combustíveis, ainda que o destinatário seja pessoa natural, que, no caso, poderá, na forma da lei, ser equiparada a pessoa jurídica.”

Art. 2º O art. 177 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido dos seguintes parágrafos:

‘Art. 177.
.....

I – A alíquota da contribuição será:

a) ad valorem, incidindo sobre o faturamento ou a receita bruta, no caso de comercialização e, no caso de importação, sobre o respectivo valor aduaneiro;

²⁵ V., a propósito, <https://www12.senado.leg.br/noticias/entenda-o-assunto/cide>

mucho

b) específica, tendo por base a unidade de medida adotada; [...]”.

III.5. Durante a tramitação da PEC nº. 277/2001, a Câmara dos Deputados aprovou Substitutivo, alterando a redação original da proposta, em síntese, para (i) “*acrescentar a importação de gás natural e álcool carburante ao rol de eventos sobre os quais poderá incidir a futura contribuição*”; (ii) “*estender às contribuições sociais, quando incidirem sobre combustíveis, algumas características que se pretendem atribuir à [CIDE-Combustíveis]*”; (iii) promover alterações no que se refere ao ICMS incidente sobre combustíveis; e (iv) relativamente à CIDE-Combustíveis, alterar a destinação “*dos recursos por ela arrecadados.*”

III.6. O texto substitutivo proposto pelo relator é, com variações mínimas, a redação da emenda promulgada. Confirma-se, novamente, a redação do art. 149 da Constituição, com a redação dada pela EC nº. 33/2001:

“Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de atuação nas respectivas áreas. [...] § 2º. As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico de que trata o caput deste artigo: [...] III - Poderão ter alíquotas:

a) ad valorem, tendo por base o faturamento, a receita bruta ou o valor da operação e, no caso de importação, o valor aduaneiro;

b) específica, tendo por base a unidade de medida adotada.” (negritos acrescentados)

III.7. Oito dias após a promulgação da Emenda Constitucional nº 33, em 19.12.2001, o Congresso Nacional aprovou a Lei nº 10.336, que instituiu e regulamentou a CIDE-Combustíveis. Em suma, pode-se dizer que: (i) a circunstância que levou à edição da EC nº. 33/2001 foi a abertura do mercado brasileiro de petróleo e derivados; (ii) nesse contexto, o objetivo do constituinte

Carlos Mário da Silva Velloso

reformador era o de equiparar as cargas tributárias incidentes sobre os combustíveis nacionais e importados; (iii) para isso, propôs-se, por meio de emenda à Constituição, em especial, possibilitar a criação, pelo legislador ordinário, de contribuição interventiva incidente sobre a importação de petróleo e derivados (CIDE-Combustíveis); (iv) a CIDE-Combustíveis foi, de fato, instituída e regulamentada pelo legislador ordinário oito dias após a promulgação da emenda, mediante a Lei nº 10.336/2001.

IV. A subsistência da contribuição ao SEBRAE, à APEX-BRASIL e à ABDI após a EC n. 33/2001.

IV.1. Conforme já explicitado, a controvérsia em exame diz respeito à legitimidade da exigência da contribuição ao SEBRAE, à APEX-BRASIL e à ABDI sobre a folha de salários, após a vigência da EC n. 33/2001. No âmbito de todos os Tribunais Regionais Federais, predomina a jurisprudência no sentido de que a EC nº 33/2001, ao incluir o inciso III no § 2º do artigo 149 da CF, não deslegitimou a validade dessas contribuições, eis que o rol ali previsto seria meramente exemplificativo. Vale conferir:

TRF da 1ª Região: “[...] 1. A contribuição ao SEBRAE incide sobre a folha de salários como previsto em norma expressa vigente (Lei nº 8.029/90), cuja constitucionalidade foi declarada pelo STF em dezenas de julgados. 2. Desinfluyente a alteração do art. 149 da CF/88 pela EC nº 33/01 [...]”²⁶

TRF da 2ª Região: “[...] A EC nº 33 de 2001 não retirou a exigibilidade da aludida contribuição, pois as bases econômicas enumeradas não afastam a possibilidade de utilização de outras fontes de receita. [...] O rol do artigo 149, § 2º, III, da CF/88 é meramente exemplificativo, na medida em que o

²⁶ TRF da 1ª Região, AC 0036982-23.2006.4.01.3400/DF, Rel. Des. Luciano Tolentino Amaral, DJ 29.05.2009.

texto constitucional não traz nenhuma restrição explícita à adoção de outras bases de cálculo não constantes na alínea a.”²⁷

TRF da 3ª Região: “[...] Consolidada a jurisprudência, firme no sentido da exigibilidade da contribuição destinada ao SEBRAE, inclusive após o advento da EC 33/2001, em face do que, na atualidade, prescreve o artigo 149, § 2º, III, a, da Constituição Federal, que apenas previu as faculdades ao legislador, e não a proibição de uso de outras bases de cálculo, além do faturamento, receita bruta, valor da operação.”²⁸

TRF da 4ª Região: “[o TRF da 4ª Região] vem adotando o entendimento de que o rol previsto no já mencionado art. 149, § 2º, a, da Carta Constitucional tem caráter meramente exemplificativo, não esgotando as possibilidades postas ao legislador para a eleição de bases de cálculo sobre as quais as contribuições de intervenção no domínio econômico podem incidir.”²⁹

TRF da 5ª Região: “[...] Em verdade, a EC n. 33, de 11 de dezembro de 2001, não afastou a exigibilidade da contribuição [...], pois as bases econômicas enumeradas não afastam a possibilidade de utilização de outras fontes de receita. Interpretação restritiva que não se ajustaria à sistemática das contribuições interventivas, pois o campo econômico, no qual o Estado poderá necessitar intervir por meio de contribuições, sempre se mostrou ágil, cambiante e inovador, não sendo recomendável limitar, a priori, os elementos sobre os quais a exação poderá incidir.”³⁰

IV.2. A jurisprudência predominante no âmbito dos Tribunais Regionais Federais é irrepreensível. É que o entendimento no sentido de que “o rol do artigo

²⁷ TRF da 2ª Região, AC 0028695-59.2018.4.02.5102, Rel. Des. Marcus Abraham, DJ 14.06.2019.

²⁸ TRF da 3ª Região, AI 0012405-87.2016.4.03.0000, Rel. Des. Hélio Nogueira, DJ 27.10.2017.

²⁹ TRF da 4ª Região, Agravo 5034621-90.2017.404.0000, Rel. Des. Luciane Munch, DJ 07.07.2017.

³⁰ TRF da 5ª Região, AC 2006.80.00.003874, Rel. Des. Rubens Canuto, DJe 18.06.2015.

muuuu

149, § 2º, III, da CF/88 é meramente exemplificativo”³¹ é o que melhor se adequa ao espírito da norma constante da EC nº 33/2001. A aplicação dos elementos clássicos de interpretação jurídica, indicados linhas atrás, conduz a essa conclusão. Com efeito.

IV.3. Relativamente à interpretação gramatical, é certo que o constituinte derivado positivou determinadas bases econômicas que não estavam dispostas na redação original da Constituição. De outro lado, a redação da EC nº 33/2001 carece de termos peremptoriamente restritivos, como, por exemplo, se tivesse enunciado que as contribuições em questão “*poderão ter alíquotas ad valorem, tendo por base apenas o faturamento, a receita bruta ou o valor da operação.*” Afinal, a lista taxativa, por excelência, “*é aquela que contém em seu rol termos os mais precisos e restritivos possíveis, fechando, desde já, o âmbito de abrangência da norma posta.*”³² Note-se, ainda a respeito do elemento gramatical, que o constituinte derivado se utiliza do verbo no futuro -- “*poderão*” -- o que permitiria, *data venia*, a interpretação de que a nova redação do art. 149 seria aplicável a casos futuros. Nesse contexto, tem-se que, ante a não utilização de termos taxativos, é viável a tese de que o elenco constante do art. 149 é meramente exemplificativo, pelo que recebida, pela EC 33/2001, a contribuição instituída pela Lei nº. 8.029/1990.

IV.4. Na eventualidade de que se entenda que o rol é taxativo, o que se diz para argumentar, vale enfatizar que apenas as contribuições interventivas **instituídas após a EC nº. 33/2001**, como foi dito, é que não poderiam incidir sobre fatos econômicos estranhos aos elencados na Emenda 33/2001. É o exemplo da CIDE-Combustíveis, instituída oito dias após a promulgação da EC nº 33/2001,

³¹ TRF da 2ª Região, AC 0028695-59.2018.4.02.5102, Rel. Des. Marcus Abraham, DJ 14.06.2019.

³² Haret, Florence, “Listas taxativas e interpretação da lei tributária: presunção, analogia e interpretação extensiva na determinação dos tipos tributários e seus limites na exegese das listas taxativas”, Congresso Nacional de Estudos Tributários, 2010, p. 450.

marcus

que incide sobre a venda e importação de produtos especificados na Lei nº 10.336, de 19 de dezembro de 2001. Essa interpretação se coaduna e se ajusta à *ratio* da EC 33/2001. Vale invocar, no ponto, que a EC 33/2001 foi apresentada, discutida e promulgada com a finalidade, retro demonstrada, de garantir a igualdade de condições do Brasil no mercado internacional de petróleo (Seção III, retro).

IV.5. No que toca ao elemento sistemático, é necessário, como visto, interpretar a EC nº. 33/2001 no contexto constitucional, como um todo, dado que, conforme já mencionamos, o direito é um todo orgânico e as normas legais e constitucionais não podem ser interpretadas isoladamente. Então, vejamos: o art. 170, da Constituição, elencou, entre os princípios gerais da ordem econômica “*o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras*” (CF, art. 170, IX). E o art. 179 renovou esse propósito constitucional ao determinar que “[a] *União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias.*”

IV.6. Para atender a esses mandamentos constitucionais, foram instituídos os serviços sociais autônomos, grupo em que se inclui, por exemplo, o SEBRAE. O propósito do SEBRAE, **cuja subsistência está condicionada ao recebimento da contribuição prevista na Lei nº 8.029/90**, é exatamente o de realizar esse objetivo constitucional. A APEX-BRASIL tem, igualmente, como propósito existencial, “*promover a execução de políticas de promoção de exportações, em cooperação com o Poder Público, especialmente as que favoreçam as empresas de pequeno porte e a geração de emprego.*” Da mesma forma, a ABDI, que procura dar execução a projetos que beneficiam micros e

muuuu

pequenas empresas.³³ Certo é que as três entidades indicadas atuam de maneira articulada em prol dos pequenos negócios, aos quais o poder público deve assegurar tratamento favorecido (CF, art. 170, IX, art. 179).

IV.7. A interpretação sistemática, portanto, conduz à mesma conclusão: o constituinte derivado não limitou as possibilidades de incidência das contribuições disciplinadas no art. 149, da Constituição, certo de que a melhor exegese, portanto, é a que concilia a norma interpretada com os propósitos sociais inscritos nos artigos 170, IX e 179, da Constituição Federal.

IV.8. Quanto à *finalidade* da EC n. 33/2001 (elemento teleológico), resta evidenciado, na Seção III, deste estudo, que o objetivo do constituinte derivado foi o de proteger o mercado de petróleo brasileiro da concorrência internacional. De forma específica, como se viu, pretendeu-se viabilizar a criação, pelo legislador ordinário, da denominada CIDE-Combustíveis, incidente sobre a importação de petróleo e seus derivados. O constituinte derivado quis impedir a exigência da contribuição sobre receitas oriundas de exportações, exatamente para assegurar a competitividade do produto nacional em relação ao produto importado. Tem-se, portanto, que a pretensão de estabelecer elenco taxativo ao disposto na disposição nova introduzida, não corresponde, com a vênia devida, à finalidade da EC nº. 33/2001.

IV.9. A análise *histórica*, retro procedida também conduz à conclusão de que a *occasio legis*, assim compreendido o *ambiente social* contemporâneo à norma, era o de liberalização da economia em geral e do setor petrolífero em particular. De fato, a ruptura do monopólio da União, em 1997, para a produção e extração do petróleo, possibilitou a entrada de *players* estrangeiros no mercado brasileiro. A indústria brasileira que posteriormente se beneficiou dessa abertura

³³ A título de exemplo, mencione-se o “Brasil Mais”, promovido pela ABDI, que “*com foco nas micro, pequenas e médias empresas, visa ao aumento da eficiência e competitividade das empresas, a partir de uma jornada que prevê a transformação digital.*”



econômica se via, em um primeiro momento, contudo, em desvantagem comercial em razão de custos financeiros e tributários. A EC n. 33/2001 veio, então, como tentativa de garantir a isonomia entre o produto nacional e o importado. A análise histórica ratifica a interpretação finalística, no caso.

IV.10. Inexiste, nos anais legislativos, qualquer elemento que possa fazer crer que o constituinte derivado tenha buscado alterar a incidência da contribuição ao SEBRAE, à APEX-BRASIL e à ABDI, **contribuição essa que não se confunde com a CIDE-Combustíveis**. Todos os trabalhos preparatórios conduzem à compreensão de que a emenda visava, como vimos de ver, garantir a igualdade de condições do Brasil no mercado internacional de petróleo.

IV.11. É bem verdade que o constituinte derivado entendeu conveniente -- e agiu com acerto, porque se trata de uma contribuição, espécie tributária -- deslocar a redação ora analisada (“*poderão ter alíquotas [...] tendo por base [...]*”) do dispositivo referente à CIDE-Combustíveis (CF, art. 177) ao artigo que constitui a *alma mater* das contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas (CF, art. 149). É igualmente certo que o objetivo da mudança foi, deliberadamente, “*estender às contribuições sociais, quando incidirem sobre combustíveis*” as características que se pretendeu atribuir inicialmente apenas à CIDE-Combustíveis. Todavia, isso não quer dizer, com a vênua devida, que o constituinte derivado pretendia restringir todas as bases de cálculo referentes às contribuições sociais e interventivas cobradas com fundamento no art. 149. Os precedentes legislativos indicam que não pretendia o constituinte derivado restringir todas as bases de cálculo de todas as contribuições sociais e interventivas. Vale conferir o parecer do relator da proposta na Câmara dos Deputados:

“*Ao explicitar que as alíquotas da contribuição de intervenção no domínio econômico relativa ao petróleo e derivados, ao gás natural e ao*



álcool carburante poderão ser ad valorem ou específicas, o texto proposto concede ao legislador ordinário louvável oportunidade de opção. As alíquotas ad valorem favorecem a arrecadação, pois proporcionam elevação da receita sempre que se elevam os preços dos produtos tributados. As alíquotas específicas tornam a arrecadação independente dos preços dos produtos tributados e tornam mais fácil a previsão de receita. [...] Além disso, impedem a prática de subfaturamento.

[...]

*A referência apenas à contribuição de intervenção no domínio econômico, contudo, pode ensejar o entendimento de que essas características não se aplicam a outros tributos e contribuições, o que não parece conveniente. Pelo contrário, torna-se indispensável, a fim de alcançar plenamente **os objetivos almejados com a Emenda Constitucional de que ora se cogita – de equiparar as cargas tributárias incidentes sobre os combustíveis nacionais e importados – que se possam instituir alíquotas ad valorem e ad rem também para as contribuições sociais, nomeadamente, a COFINS e a do PIS/PASEP.***

O texto do Substitutivo proposto, ao trazer esses dispositivos para o art. 149 da Constituição, procura solucionar esse problema, reafirmando a faculdade de o legislador infraconstitucional escolher livremente, ao deliberar sobre as contribuições sociais ou de intervenção no domínio econômico, entre ambas as espécies de alíquotas.

[...]

[O Substitutivo procura] atender emendas propostas com o objetivo de estender às contribuições sociais, quando incidirem sobre combustíveis, algumas características que se pretendem atribuir à contribuição de intervenção no domínio econômico. Tais características são, basicamente: a possibilidade de instituição de alíquotas específicas ou ad valorem, contemplada no inciso III do § 2º acrescentado ao art. 149 da Constituição



e a incidência, em uma única vez, nas hipóteses definidas em lei, abrigada pelo § 3º do mesmo dispositivo.”

IV.12. Da leitura do parecer, acima transcrito, é possível extrair quatro conclusões: **(i)** que, de fato, o objetivo almejado pela emenda era o de “*equiparar as cargas tributárias incidentes sobre os combustíveis nacionais e importados*”; **(ii)** que o constituinte derivado quis possibilitar, ao legislador ordinário, a opção pela alíquota *ad valorem* ou específica ao instituir a CIDE-Combustíveis; **(iii)** que o constituinte derivado, de fato, entendeu adequado estender às demais contribuições sociais “*algumas características que se pretendem atribuir à contribuição de intervenção no domínio econômico*”; **(iv)** que essas características são, simplesmente, “***a possibilidade de instituição de alíquotas específicas ou ad valorem, contempladas no inciso III do § 2º acrescentado ao art. 149 da Constituição e a incidência, em uma única vez, nas hipóteses definidas em lei, abrigada pelo § 3º do mesmo dispositivo.***”

IV.13. Como se vê, ao longo dos trabalhos preparatórios, o constituinte derivado promoveu diversas alterações no texto original, proposto pelo Poder Executivo. Discutiu-se, por exemplo, a questão da conveniência das alíquotas *ad valorem* e específicas e da incidência monofásica da contribuição. Não há, porém, qualquer trecho que possa sugerir o desejo do constituinte derivado de alterar ou limitar o elenco de bases de cálculo das contribuições sociais. Significa dizer, então, que as bases econômicas das contribuições disciplinadas no art. 149 refogem da *ratio* da emenda. Manteve-se, nesse ponto, o *status quo*, após a alteração constitucional promovida em 2001, até mesmo porque, leciona Maximiliano, “*não se presumem antinomias ou incompatibilidades nos*

maximiliano

repositórios jurídicos; se alguém alega a existência de disposições inconciliáveis, deve demonstrá-la até a evidência.”³⁴

IV.14. Acertada, portanto, a conclusão de Paulo de Barros Carvalho e Simone Lemos Fernandes, no sentido de que o constituinte derivado não elencou, senão sugestivamente, quais seriam as bases de cálculo da contribuição interventiva ora em exame. Vale transcrever:

“[...] A Constituição de 1988 amenizou a tendência intervencionista dos diplomas políticos anteriores, trazendo nova fundamentação ideológica para a atuação do Estado no domínio econômico. Elencou as atividades sujeitas a monopólio, estabelecendo a possibilidade de contratação, com empresas estatais ou privadas, de forma genérica, a possibilidade de instituição de contribuições de intervenção no domínio econômico em seu art. 149, trazendo, em seu § 2º, indicação de fatos econômicos inaptos a autorizar sua cobrança e a sugestão de alguns fatos econômicos próprios a sustenta-la.”³⁵ (grifos acrescentados).

“[...] As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico também poderão ter alíquotas específicas, tendo por base de cálculo a unidade de medida adotada (art. 149, § 2º, III, b). Serve como exemplo a Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico instituída pela Lei n. 10.336/01, cuja alíquota é um valor pecuniário específico para cada tipo de combustível e a base de cálculo, como regra é o volume importado ou comercializado. A competência da União para criar contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico, tendo por hipótese de incidência, confirmada pela base de cálculo, o faturamento, a receita bruta, o valor da operação, o valor aduaneiro e as unidades específicas de medida, não

³⁴ Maximiliano, Carlos, ob. cit., p. 134.

³⁵ Fernandes, Simone Lemos, “As contribuições neocorporativas na Constituição e nas leis”, 2005, p. 211.

mueller

esgota as possibilidades legiferantes: outros supostos poderão ser eleitos; o elenco não é taxativo.”³⁶

IV. 15. Assim posta a matéria, concludo, dando resposta aos quesitos.

V. Conclusão: resposta aos quesitos.

V.1. *O elenco constante do art. 149, § 2º, III, ‘a’, na redação posterior à EC nº 33/2001, tem natureza taxativa?*

Não. O rigoroso cuidado terminológico, ensina Bobbio, “*não é exigência ditada pela gramática para a beleza do estilo, mas é uma exigência fundamental para construir ciência.*”³⁷ Conforme exposto ao longo deste estudo, fosse a intenção do constituinte derivado restringir as possibilidades do legislador infraconstitucional quanto às bases de cálculo do tributo, teria ele se utilizado de termos taxativos. Os precedentes legislativos indicam, ao contrário, que a motivação do Poder Público jamais foi a de promover qualquer limitação dessa natureza.

V.2. *A contribuição prevista no art. 8º, § 3º, da Lei n. 8.029/90 pode incidir sobre a folha de pagamento das empresas, mesmo após a vigência da EC n. 33/01?*

Sim. A EC nº. 33/2001 recepcionou, melhor dizer recebeu a contribuição prevista no art. 8º, § 3º, da Lei nº. 8.029/90, com as suas respectivas bases de cálculo, conforme demonstrado ao longo deste estudo.

V.3. *Na eventual hipótese de não recepção do art. 8º, §3º, da Lei nº 8.029/90 pela EC 33, de 2001, seria recomendável a modulação dos efeitos dessa decisão?*

³⁶ Carvalho, Paulo de Barros, “Curso de Direito Tributário”, 2019, p. 85 (e-book).

³⁷ Bobbio, Noberto, “Teoria della scienza giuridica”, 1950, p. 200, *ap.* Carvalho, Paulo de Barros, *ob. cit.* p. 284.

CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO

Professor Emérito da PUC/MG e
da UnB – Universidade de Brasília
Advogado

Sim. Na hipótese de o art. 8º, § 3º, da Lei nº. 8.029, de 1990, ser declarado não recebido pela EC 33, de 2001, o que se diz *ad argumentandum tantum*, seria adequado que a essa declaração fossem emprestados efeitos prospectivos, é dizer, efeitos *ex nunc*. O contrário acabaria com o SEBRAE, a APEX-BRASIL e a ABDI, porque representaria a extinção de sua única fonte de receita, conforme vimos ao longo deste estudo. Há situações em que, em nome de imperativos sociais e da segurança jurídica, o Supremo Tribunal Federal deve emprestar efeitos prospectivos às suas decisões. Assim entendeu o Supremo Tribunal em inúmeros casos,³⁸ inclusive em hipóteses envolvendo decisões de não recepção da norma pela Constituição.³⁹ Vale enfatizar que a invalidação da contribuição em exame teria duas consequências: (i) o ônus financeiro recairia sobre a União, dado que os Consulentes não teriam recursos para restituição dos valores; e (ii) seria eliminada a **única fonte de receita** dos Consulentes, em plena crise econômica decorrente da crise sanitária causada pela pandemia da Covid-19, com consequências nefastas, é fácil perceber.

É o parecer, s.m.j.

Brasília, DF, 30 de julho de 2020.


Carlos Mário da Silva Velloso

³⁸ Citem-se, exemplificativamente, a declaração de inconstitucionalidade de leis de contrato temporário (ADI nº. 4.876/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 01.07.2014); a decisão que declarou a inconstitucionalidade da criação de município sem observância dos requisitos legais (ADI nº. 2.240/BA, Rel. Min. Eros Grau, DJe 17.05.2007; a declaração de inconstitucionalidade da lei de prestação de assistência gratuita fora do modelo das defensorias (ADI nº. 4.270, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 25.09.2012).

³⁹ Destaque-se, nesse sentido, o RE 600.885, Rel. Min. Carmen Lúcia, DJe 01.07.2011, em que o STF modulou os efeitos da declaração de não recepção do art. 10 da Lei nº. 6.880/80, que estabelecia a possibilidade de o regulamento estabelecer requisitos para ingresso nas Forças Armadas. V., sobre o ponto, Barroso, Luís Roberto, “O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro”, 2016, p. 254.