

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 603.624 SANTA CATARINA

RELATORA : MIN. ROSA WEBER
RECTE.(S) : FIAÇÃO SÃO BENTO S/A
ADV.(A/S) : JOAO JOAQUIM MARTINELLI
ADV.(A/S) : HUMBERTO BERGMANN AVILA
RECDO.(A/S) : UNIÃO
ADV.(A/S) : PROCURADOR-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
RECDO.(A/S) : SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E
PEQUENAS EMPRESAS - SEBRAE
ADV.(A/S) : ALEXANDRE KRUEL JOBIM E OUTRO(A/S)
RECDO.(A/S) : AGÊNCIA BRASILEIRA DE DESENVOLVIMENTO
INDUSTRIAL - ABDI
ADV.(A/S) : FLÁVIO SCHEGERIN RIBEIRO E OUTRO(A/S)
RECDO.(A/S) : AGÊNCIA DE PROMOÇÃO DE EXPORTAÇÕES DO
BRASIL - APEX-BRASIL
ADV.(A/S) : PATRÍCIA GONÇALVES DOS SANTOS
ADV.(A/S) : CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO
AM. CURIAE. : INSTITUTO AÇO BRASIL
ADV.(A/S) : DANIEL ANTONIO DE MORAES SARMENTO
ADV.(A/S) : ADEMAR BORGES DE SOUZA FILHO
ADV.(A/S) : CAMILLA BORGES MARTINS GOMES

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES: Trata-se de Recurso Extraordinário interposto em face de acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em que se debate o Tema 325 da Repercussão Geral, assim descrito:

“Recurso extraordinário em que se discute, à luz do art. 149, § 2º, III, a, da Constituição Federal, acrescido pela Emenda Constitucional nº 33/2001, a possibilidade, ou não, da utilização, pelo constituinte derivado, do critério de indicação de bases econômicas, para fins de delimitação da competência relativa à instituição de contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico, e, por conseguinte, a exigibilidade, ou não, da contribuição destinada ao SEBRAE, instituída pela Lei nº 8.209/90, na redação dada pela Lei nº

RE 603624 / SC

8.154/90, após a entrada em vigor da referida emenda constitucional.”

No caso, a Fiação São Bento S/A ajuizou ação declaratória em face da União, SEBRAE, APEX e ABDI, buscando afastar a exigibilidade das contribuições destinadas àquelas entidades paraestatais, incidentes sobre a folha de salários, na forma das Leis 8.029/1990 (SEBRAE), 8.154/1990 e 10.668/2003 (APEX-BRASIL) e 11.080/2004 (ABDI), com o reconhecimento do direito à compensação, ou, sucessivamente, à restituição dos valores recolhidos a maior no período, atualizados pela taxa SELIC.

Defende que, a partir do dia 12 de dezembro de 2001, em razão da entrada em vigor da EC 33/2001, que alterou a redação do art. 149 da CF, as referidas contribuições não poderiam mais incidir sobre a folha de pagamento das empresas.

Alega que as alterações promovidas quanto ao inciso III do § 2º do art. 149 da CF teriam restringido o exercício da competência impositiva da União às bases econômicas ali intituladas.

A sentença julgou improcedente o pedido, por considerar constitucional a exigibilidade da CIDE SEBRAE, após a vigência da EC 33/2001.

Interposta apelação pela União, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, acolheu-a apenas para reduzir o valor dos honorários advocatícios.

Referiu que o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, no RE 396.266, assentou que a exação tem natureza jurídica de contribuição de intervenção no domínio econômico e encontra amparo no art. 149 da Constituição Federal.

Concluiu que a EC 33/2001 não revogou as contribuições ao SEBRAE, à APEX e à ABDI incidentes sobre a folha de salários, na forma do art. 8º da Lei 8.029/1990 (SEBRAE), alterado pelas Leis 8.154/1990 e 10.668/2003 (APEX-BRASIL) e 11.080/2004 (ABDI), não havendo qualquer incompatibilidade das suas materialidades com o § 2º, III, “a”, do art. 149 da Constituição Federal, na redação que lhe conferiu aquela emenda constitucional.

O acórdão recebeu a seguinte ementa (fl. 8, Doc. 13):

“TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO AO SEBRAE – APEX – ABDI. ART. 149 DA CF. ALTERAÇÃO PELA EC Nº 33/01. FUNDAMENTO DE VALIDADE MANTIDO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. A EC nº 33/01, ao incluir o inciso III no § 2º do artigo 149 da CF e explicitar determinadas bases de cálculo para as contribuições de intervenção no domínio econômico, não o fez de forma taxativa, não retirando o fundamento de validade ao SEBRAE – APEX – ABDI, a qual, para a consecução de desígnios constitucionais estabelecidos no art. 170 da CF, utiliza como base econômica a folha de pagamento das empresas.

2. Honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa, distribuídos, pro rata, em favor das rés”.

Irresignada, a Fiação São Bento S/A interpôs Recurso Extraordinário, com fundamento no art. 102, III, “a”, da Constituição Federal, em que aponta violação ao art. 149 da Constituição Federal, na redação que lhe deu a EC 33/2001. Para tanto, sustenta que:

a) “as contribuições de intervenção no domínio econômico, não podem incidir sobre a folha de pagamento das empresas, tal base de cálculo era possível somente na redação originária do art. 149 da CF/88, na qual não havia o constituinte estabelecido qualquer restrição à eleição de bases como veio a fazê-lo posteriormente pela EC nº 33/2001” (fl. 9, Doc.1); e

b) a incidência de contribuições sociais sobre folha de pagamento ficou limitada àquelas para seguridade social, estabelecidas no art. 195 da Carta Maior, tendo em vista que o artigo 8ª da Lei 8.029/1990 (base de cálculo sobre folha de pagamento) foi revogado pela EC 33/2001.

RE 603624 / SC

Por fim, requer o provimento do recurso, declarando-se serem indevidos todos os recolhimentos efetivados pela recorrente a título de contribuição ao SEBRAE - APEX – ABDI, após a edição da EC 33/2001 (12/12/2001), com o reconhecimento do direito à compensação, ou restituição, dos valores recolhidos a maior no período, atualizados pela taxa SELIC.

Em contrarrazões, a União sustenta que à contribuição para o SEBRAE se aplica o princípio da solidariedade social e, não obstante sejam as micro e pequenas empresas as beneficiárias diretas das atividades prestadas por aquela entidade, as médias e grandes empresas também usufruem de forma mediata de seus serviços, na medida em que esses fomentam a circulação de riquezas na sociedade. Anota, ainda, que o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, no RE 396.266, declarou a constitucionalidade da exigência da contribuição ao SEBRAE para as empresas de todos os portes.

Por sua vez, o SEBRAE, em suas contrarrazões, argumenta que o apelo extremo não deve ser conhecido, pois o acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência da SUPREMA CORTE no sentido da constitucionalidade da contribuição ao SEBRAE, razão pela qual a matéria recursal carece de repercussão geral.

No mérito, sublinha, em suma, que *“a redação da alínea a, do inciso III, do § 2º, do art. 149 da CF não acarreta qualquer influência na incidência da contribuição devida ao SEBRAE. Trata-se de regra que estabelece alternativas de bases de cálculo para algumas contribuições, não se caracterizando como imposição à adoção de uma base de cálculo determinada”* (fl. 11, Doc. 3).

Em suas contrarrazões, a ABDI articula que as contribuições impugnadas têm natureza jurídica de contribuição de intervenção no domínio econômico (CIDE), podendo ser instituídas por lei ordinária, conforme já decidiu o STF no RE 396.266. Como tais, a elas não se aplicam o princípio da referibilidade, devendo ser custeadas por todas as empresas, sejam elas beneficiadas ou não pelo produto das exações.

Realça que *“as bases de cálculo dispostas na alínea “a” do inciso III do § 2º do referido artigo 149 são apenas alternativas, faculdade de utilização, tanto*

RE 603624 / SC

que o verbo utilizado pelo legislador foi "poderão", o que não afasta a possibilidade de se adotar a folha de salários como base de cálculo da contribuição (fl. 7, Doc. 4).

A APEX, na sua resposta ao extraordinário, pugna pela manutenção do acórdão recorrido pelas mesmas razões aduzidas nas peças de contestação e de contrarrazões à apelação.

O Recurso Extraordinário foi admitido na instância de origem.

Em 21/10/2010, o Plenário desta CORTE reconheceu a repercussão geral da matéria.

Em parecer, a Procuradoria-Geral da República argumenta que, conquanto o STF, no RE 396.266, tenha declarado a constitucionalidade do artigo 8º, § 3º, da Lei 8.029/1990, a matéria não foi analisada à luz da nova redação do artigo 149, conferida pela EC 33/2001.

Aduz que, a partir da edição dessa emenda constitucional, a base de cálculo da exação foi elevada ao nível constitucional, tornando taxativas as materialidades ali previstas, quando se tratar de alíquota *ad valorem*. Postula, por isso, o provimento do recurso, haja vista não ter a EC 33/2001 recepcionado a incidência das aludidas contribuições sobre a folha de salário das empresas (Doc. 14).

A Fazenda Nacional e a APEX-BRASIL requereram a modulação prospectiva dos efeitos de eventual decisão de provimento do recurso extraordinário.

O Instituto Aço Brasil foi admitido no processo na condição de *amicus curiae*.

É o relatório.

A controvérsia em exame refere-se à legitimidade da exigência da contribuição ao SEBRAE - APEX - ABDI incidente sobre a folha de salários, nos moldes das Leis 8.029/1990, 8.154/1990, 10.668/2003 e 11.080/2004, ante a alteração promovida pela EC 33/2001 no art. 149 da Constituição Federal.

A questão principal é definir se, a partir das alterações promovidas no inciso III do § 2º do artigo 149 da Constituição Federal, pela EC

33/2001, houve a criação de uma restrição genérica ao exercício da competência impositiva da União, fixando-se, taxativamente, as bases econômicas ali previstas, com a consequente não recepção da legislação que estabeleceu as contribuições devidas ao SEBRAE, APEX e ABDI.

Com todas as vênias à eminente Ministra Relatora, ROSA WEBER, entendo que a alteração realizada pela EC 33/2001 no artigo 149, § 2º, III, da Constituição Federal não estabeleceu uma delimitação exaustiva das bases econômicas passíveis de tributação por toda e qualquer contribuição social e intervenção no domínio econômico.

A taxatividade pretendida por uma interpretação meramente literal aplica-se tão somente, nos termos da EC 33/2001 e em conjunto com o artigo 177, § 4º, da CF, em relação às contribuições incidentes sobre a indústria do petróleo e seus derivados. Porém, para as CIDEs e as contribuições em geral, entre as quais as contribuições ao SEBRAE, APEX e ABDI, manteve a mera exemplificação, não esgotando todas as possibilidades legislativas. Em outras palavras, nessas hipóteses, o elenco não é taxativo.

Explico.

A contribuição destinada ao SEBRAE foi instituída pelo art. 8º da Lei 8.029/1990, com a redação que lhe conferiu a Lei 8.154/1990. Essa norma criou um adicional às alíquotas das contribuições sociais incidentes sobre a folha de pagamento relativas às entidades mencionadas no art. 1º do Decreto-Lei 2.318/1986, quais sejam, SESI, SENAI, SESC, SENAC. Eis o teor do dispositivo:

“Lei 8.029/1990, de 12 de abril de 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 a execução da política de Apoio às Microempresas e às Pequenas Empresas, é instituído adicional às contribuições 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 décimo por cento em 1992;
- c) três décimos por cento a partir de 1993. “

Com o advento da Lei 10.668/2003, a contribuição foi estendida à Agência de Promoção de Exportações do Brasil - APEX-BRASIL, por meio das alterações promovidas nos arts. 8º e 11 da Lei nº 8.029/1990, nos seguintes termos:

“Lei nº 10.668, 14 de maio de 2003

Autoriza o Poder Executivo a instituir o Serviço Social Autônomo Agência de Promoção de Exportações do Brasil - Apex-Brasil, altera os arts. 8º e 11 da Lei nº 8.029, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências.

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, de:

(...)

§ 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, na proporção de oitenta e sete inteiros e cinco décimos por cento ao Cebrae e de doze inteiros e cinco décimos por cento à 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."

Por fim, em 2004, a Lei 11.080 determinou o repasse dos recursos provenientes da contribuição também à Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial - ABDI:

“Lei nº 11.080, 30 de dezembro de 2004

Autoriza o Poder Executivo a instituir Serviço Social Autônomo denominado Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial - ABDI, e dá outras providências

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

"Art. 8º (...)

§ 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 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) ao Cebrae, 12,25% (doze inteiros e vinte 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."

A criação dessas contribuições, portanto, encontra pleno amparo no art. 149 da Constituição Federal.

Ocorre que, em 2001, a EC 33, entre outras alterações, preconizou bases econômicas aplicáveis às contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico, acrescentando ao art. 149 da Constituição o seu § 2º, inciso III e respectivas alíneas, que contam com o seguinte conteúdo:

“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 sua atuação nas respectivas áreas, 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.

(...)

§ 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;

II - poderão incidir sobre a importação de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível;

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.”

A partir dessa alteração constitucional, surgiu a controvérsia que deu causa ao Tema 325, ora sob exame, que trata especificamente da constitucionalidade da contribuição para SEBRAE, APEX e ABDI, considerada a base de cálculo “folha de salários”, em face do advento da EC/2001.

A EC 33/2001 também provocou outras discussões de alcance mais amplo, como a que será examinada no Tema 495 (RE 630.898, Rel. Min.

RE 603624 / SC

DIAS TOFFOLI), no qual se debaterá *“a recepção ou não da contribuição destinada ao INCRA pela Constituição Federal de 1988 e a roupagem da referida contribuição após a edição da EC nº 33/01, abarcando, ainda, a questão da referibilidade, ou seja, da existência de nexo direto entre as finalidades da contribuição ao INCRA e os sujeitos passivos da obrigação tributária, tal como definidos na norma instituidora da contribuição, incluindo-se, nesse contexto, as empresas urbanas.”*

Nesta hipótese agora em análise, o que se alega é que as alterações promovidas quanto ao inciso III do § 2º do art. 149 da CF teriam restringido o exercício da competência impositiva da União às bases econômicas ali intituladas.

Ressalto que o RE 559.937, Relator p/ acórdão Min. DIAS TOFFOLI, apresentado em diversas manifestações, não pode ser apontado como precedente de sustentação desse entendimento, pois revela posicionamento individual do voto condutor da eminente Ministra ELLEN GRACIE, que, ao analisar, naquela oportunidade, a legislação que instituiu contribuições sociais para o PIS e a COFINS (Lei 10.865/2004), preconizou que a base de cálculo a ser considerada por aquelas contribuições não poderia destoar do conceito técnico de valor aduaneiro, referido no § 2º do art. 149 da Constituição Federal pela EC 33/2001, tendo destacado:

“Com o advento da EC 33/01, contudo, a enunciação das bases econômicas a serem tributadas passou a figurar como critério quase que onipresente nas normas de competência relativas a contribuições. Isso porque o § 2º, III, do art. 149 fez com que a possibilidade de instituição de quaisquer contribuições sociais ou interventivas ficasse circunscrita a determinadas bases ou materialidades, fazendo com que o legislador tenha um campo menor de discricionariedade na eleição do fato gerador e da base de cálculo de tais tributos.

Assim é que, relativamente à importação, trata de estabelecer que a contribuição poderá ter alíquota ad valorem, tendo por base o valor aduaneiro, ou específica, tendo por base

a unidade de medida adotada.

A utilização do termo poderão, no referido artigo constitucional, não enuncia simples alternativa de tributação em rol meramente exemplificativo”.

Entretanto, essa fundamentação da eminente Ministra relatora, a respeito das implicações genéricas da EC 33/2001, por mais respeitável que seja, não foi expressamente endossada pelos demais Ministros, para os quais bastou a identificação de que a inclusão do ICMS no total a ser tributado nas operações de importação implicaria extrapolação das fronteiras do termo valor aduaneiro.

Entendo, portanto, não existir nenhum precedente desta CORTE a subscrever a tese alegada pelos recorrentes. Pelo contrário, parece-me que o acréscimo realizado pela EC 33/2001 no art. 149, § 2º, III, da Constituição Federal não operou uma delimitação exaustiva das bases econômicas passíveis de tributação por toda e qualquer contribuição social e de intervenção no domínio econômico.

Embora o texto do § 2º do art. 149 realmente contemple enunciado com abertura maior, referindo-se a todas as contribuições do art. 149, *caput*, da CF, o resgate do processo de elaboração legislativa da EC 33/2001 revela que a sua aprovação foi motivada por um desígnio bastante singular: o de viabilizar caminhos normativos para que o Estado brasileiro pudesse tributar a venda de petróleo, gás natural e biocombustíveis após a extinção do modelo de controle de preços que existiu até dezembro de 2001 (art. 69 da Lei 9.478/97, com redação dada pela Lei 9.990/00) .

Esse desiderato foi inequivocamente enfatizado pelo então Ministro da Fazenda, Pedro Malan, na Exposição de Motivos 509, de 27 de julho de 2000, apresentada pelo Presidente da República ao Congresso Nacional juntamente com a respectiva proposta de emenda constitucional.

Eis o teor da justificativa apresentada:

“2. Com a proximidade da total liberalização do mercado nacional relativo ao petróleo e seus derivados e ao gás natural,

tornam-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.

3. 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.”

Durante a tramitação na Câmara dos Deputados, na forma da PEC 277-A de 2000, o projeto passou pelo crivo de uma Comissão Especial, tendo recebido 13 emendas, das quais 6 foram ao menos parcialmente incorporadas ao substitutivo lá aprovado.

No relatório final daquela comissão parlamentar, o Deputado Basílio Villani propôs que o modelo optativo de alíquotas (*ad valorem* ou específica) fosse aplicado não só às contribuições de intervenção no domínio econômico, mas também às contribuições sociais, pelos seguintes motivos:

“14. Ao explicitar que as alíquotas da contribuição de intervenção no domínio econômico relativa ao petróleo e seus 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, não contribuem para a elevação dos índices de inflação quando os preços se elevam, e tornam mais fácil a previsão de receita, uma vez conhecidas a produção, a importação e o consumo. Além disso, impedem a prática do subfaturamento, como forma de evasão fiscal, e equilibram a carga fiscal, no caso de impostos que têm incidência por dentro na cadeia produtiva nacional e por fora sobre o produto

importado. Acrescente-se que nos países desenvolvidos o “*excise tax*” incidente sobre combustíveis utiliza alíquotas específicas.

A referência apenas à contribuição de intervenção econômica, contudo, pode ensejar o entendimento de que essas características não se aplicariam 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 vale dizer, de equiparar as cargas tributárias incidentes sobre os combustíveis nacionais e os importados que se possam instituir alíquotas *ad valorem* ou *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 texto aprovado na Câmara dos Deputados para o art. 149, § 2º, III, não chegou a receber alterações posteriores no Senado Federal.

O que emerge de mais relevante dos excertos reproduzidos acima é a percepção de que a proposta que resultou na EC 33/2001 sempre ambicionou expandir os limites possíveis para a tributação das atividades de comercialização ou importação de petróleo e seus derivados, de gás natural e de álcool carburante.

As alterações promovidas no art. 149 da CF, o qual estabelece um bloco de normas gerais a respeito das contribuições como espécies tributárias, tiveram também esse mesmo escopo, de oferecer certa plasticidade impositiva para as futuras legislações destinadas a tributar esse segmento econômico. É exatamente por isso que o emprego, pelo art. 149, § 2º, III, da CF, do modo verbal “poderão ter alíquotas” é tão significativo na hipótese.

Ao fazer uso da ideia de facultatividade, que abrange tanto as alíquotas quanto as bases de cálculo das CIDEs, o texto constitucional não deu abrigo à mesma concepção restritiva presente no seu art. 195, que trata das contribuições para a seguridade social.

O art. 149, § 2º, III, da Constituição, de fato, codificou quais as materialidades poderiam ser aproveitadas para fins de tributação por CIDEs e contribuições sociais. Mas ele é taxativo apenas no que diz respeito às contribuições incidentes sobre a indústria do petróleo e seus derivados, em conexão com a disciplina do art. 177, § 4º, da CF. Quanto às CIDEs e contribuições sociais em geral, entre as quais as contribuições ao SEBRAE, APEX e ABDI sobre a folha de salários, não se operou uma tarifação do espectro de materialidades tributáveis, mas mera exemplificação.

No intuito de prover uma plataforma mais ampla para a tributação da indústria de petróleo e derivados, a EC 33/2001 terminou por veicular um enunciado mais genérico do que deveria, suscitando interpretações universalistas como a apresentada neste recurso extraordinário.

Não tenho dúvidas de que a EC 33/2001 foi editada com aspirações pontuais, razão pela qual deve o elenco da atual redação do art. 149, § 2º, III, da CF ser lido com tônica exemplificativa, e não exaustiva. Por tudo isso, creio que as contribuições sob exame foram recepcionadas pela EC 33/2001.

Nessa mesma linha, entendendo que o elenco pressuposto no art. 149, § 2º, III, da Carta Federal não é exaustivo, como aliás também defende o professor PAULO DE BARROS CARVALHO:

"As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico poderão gravar a importação de produtos e serviços, mas não incidirão sobre as receitas decorrentes de exportação (art. 149, § 2º, I e II). Poderão ter alíquota ad valorem, tendo por base de cálculo o faturamento, a receita bruta ou o valor da operação e, no caso de importação, o valor aduaneiro (art. 149, § 2º, III, a). Com apoio nesse dispositivo, a União instituiu o PIS e a COFINS sobre importação de produtos e serviços do exterior,

elegendo o valor aduaneiro como base de cálculo (Lei n. 10.865/2004). As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico poderão ter alíquotas específicas tendo por base de cálculo a unidade de adotada (art. 149, § 2º, III, b). Serve como exemplo a Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico instituída pela Lei n. 10.336/2001, cuja alíquota é um valor pecuniário específico para cada tipo de combustível e a base de cálculo, como regra, é volume importado ou comercializado. **A COMPETÊNCIA ATRIBUÍDA À 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 ESGOTA AS POSSIBILIDADES LEGIFERANTES: OUTROS SUPOSTOS PODERÃO SER ELEITOS; O ELENCO NÃO É TAXATIVO.**

Apenas as contribuições para a seguridade social encontram, na Carta Magna, disciplina exaustiva das suas hipóteses de incidência, exigindo, para a criação de novas materialidades, estrita observância aos requisitos impostos ao exercício da competência residual: instituição mediante lei complementar, não cumulatividade e hipótese de incidência e base de cálculo diversos dos discriminados na Constituição (art. 195, § 4, ". (Curso de Direito Tributário. 18 ed. Selo Paulo: Saraiva, 2007, p. 44/45).

Ainda, com todo o respeito aos respeitáveis argumentos da ilustre Relatora, Min. ROSA WEBER, entendo que é justamente a teleologia da norma que aponta, neste caso, a inexistência de taxatividade tanto para as alíquotas quanto para bases de cálculo das CIDEs aqui enfocadas. No RE 396.266 (Rel. Min. CARLOS VELOSO, Tribunal Pleno, DJ de 26/11/2003), embora a questão tenha sido analisada à luz do art. 149, anterior à EC 33/2001, na ocasião, já se assentara que essa específica contribuição se destina a concretizar os princípios da ordem econômica (arts. 170 a 181 da

CF), entre os quais se destaca o fomento à micro e pequena empresa.

Nesse sentido, manifestou-se o então Relator, Ministro CARLOS VELLOSO:

“A contribuição que estamos cuidando é, na verdade, uma contribuição de intervenção no domínio econômico, não obstante a lei a ela se referir como adicional às alíquotas das contribuições sociais relativas às entidades de que trata o art. 1º do D.L. 2.318, de 1986. A autora recorrente, pois, tem razão quando afirma que citada contribuição não está incluída no rol do art. 240 da C.F., dado que é ela totalmente autônoma – e não um adicional, desvinculando-se da contribuição ao SESI-SENAI, SESC-SENAC.

Não sendo contribuição de interesse das categorias profissionais ou econômicas, mas contribuição de intervenção no domínio econômico, a sua instituição está jungida aos princípios gerais da atividade econômica, CF, arts. 170 a 181. E se o SEBRAE tem por finalidade planejar, coordenar e orientar programas técnicos, projetos e atividades de apoio às micro e pequenas empresas, em conformidade com as políticas nacionais de desenvolvimento, particularmente as relativas às áreas industrial, comercial e tecnológica (Lei 8.029/90, art. 9º, incluído pela Lei 8.154/90), a contribuição instituída para a realização desse desiderato está conforme aos princípios gerais da atividade econômica consagrados na Constituição. Observe-se, de outro lado, que a contribuição tem como sujeito passivo empresa comercial ou industrial, partícipes, pois, das atividades econômicas que a Constituição disciplina (CF, art. 170 e ss).”

Assim, limitar as possibilidades de atuação do Estado mediante interpretação literal da atual redação do art. 149, § 2º, III, da CF – com todo o respeito às posições em contrário – não me parece a melhor exegese para a consecução dos desígnios constitucionais de viabilizar a promoção do desenvolvimento das micro e pequenas empresas, a qual já foi reconhecida pelo Plenário desta CORTE como princípio constitucional, consoante se extrai do seguinte trecho da ementa do

RE 603624 / SC

acórdão da ADI 4033, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 15/9/2010, DJe de 7/2/2011:

“3.1. O fomento da micro e da pequena empresa foi elevado à condição de princípio constitucional, de modo a orientar todos os entes federados a conferir tratamento favorecido aos empreendedores que contam com menos recursos para fazer frente à concorrência. Por tal motivo, a literalidade da complexa legislação tributária deve ceder à interpretação mais adequada e harmônica com a finalidade de assegurar equivalência de condições para as empresas de menor porte.”

Diante de todo o exposto, peço vênua à eminente relatora, Ministra ROSA WEBER, e NEGÓCIO PROVIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, sugerindo a fixação da seguinte Tese de Repercussão Geral ao Tema 325: *As contribuições devidas ao SEBRAE, à APEX e à ABDI, com fundamento na Lei 8.029/1990, foram recepcionadas pela EC 33/2001.*