



WILLIAM FREIRE
ADVOGADOS ASSOCIADOS

Direito Minerário

Direito Ambiental

Direito Tributário

Direito Penal

Mining Law

Environmental Law

Tax Law

Criminal Law

***Majoração da Contribuição ao Fethab
Estado do Mato Grosso***



Assunto: Majoração da Contribuição ao Fethab no Estado do Mato Grosso e inclusão de novas atividades na hipótese de incidência

I – CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Lei Estadual nº 7.263/2000 criou o Fundo de Transporte e Habitação – “Fethab”, vinculado à Secretaria de Estado de Infraestrutura e Logística (Sinfra) do Mato Grosso, tendo como finalidade, em sua estrutura inicial, financiar o planejamento, execução, acompanhamento e avaliação de obras e serviços de transportes e habitação no território mato-grossense.

Ao longo do tempo, a destinação dos recursos do Fundo sofreu diversas alterações, sendo que, atualmente, apenas 30% (trinta por cento) permanecem alocados em atividades geridas pela Sinfra¹.

Quanto ao financiamento e fonte de receita do Fethab, criou-se uma “contribuição” **devida como condição para fruição de diferimento de ICMS nas operações internas com produtos agropecuários** (originalmente: soja, gado em pé, madeira serrada e madeira em tora).

¹ (i) 10% (dez por cento), para realização de projetos e investimentos que tenham a participação da MT PAR;
(ii) 30% (trinta por cento) para aplicação nas seguintes atividades geridas pela Secretaria de Estado de Infraestrutura e Logística - Sinfra:
a) execução de obras públicas de infraestrutura de transporte;
b) manutenção, conservação, melhoramento e segurança da infraestrutura de transporte do Estado;
c) planejamento, projetos, licenciamento, gerenciamento, auxílio à fiscalização e compra de equipamentos;
(iii) 60% (sessenta por cento) para aplicação, pelo Tesouro Estadual, preferencialmente em educação, assistência social, saúde e segurança pública.



Desse modo, caberia aos contribuintes optantes pelo uso do diferimento recolher o Fethab, de acordo com determinados percentuais da UPF (Unidade Padrão Fiscal), aplicados sobre unidades de medida dos produtos (tonelada de soja, cabeça de gado, metro cúbico de madeira, etc.).

Ao julgar a ADI nº 2.056/MS, tratando de contribuição análoga, do Estado do Mato Grosso do Sul, denominada “Fundersul”, o Supremo Tribunal Federal assentou que a exação não possuiria natureza tributária, ante a *ausência de compulsoriedade* (v. art. 3º do CTN), na medida em que seria uma faculdade do contribuinte fruir ou não o diferimento previsto na legislação local.

Pela identidade de fundamentos, o STF vem aplicando o mesmo raciocínio em decisões monocráticas versando sobre o Fethab-Mato Grosso (v. RE 606.218 – Min. Alexandre de Moraes, em 03.05.0218 e RE nº 613.468 – Min. Roberto Barroso, em 26.10.2015)²

Além disso, chegou a tramitar no STF a ADI nº 2.230, específica sobre o Fethab, ajuizada em junho/2000 (pouco tempo após a instituição original da contribuição). Em razão de sucessivas alterações na legislação de regência da exação, em março de 2017 a ação foi julgada prejudicada, por perda superveniente de objeto.

II – OUTRAS OPERAÇÕES DISSOCIADAS DO DIFERIMENTO, COM PREVISÃO DE EXIGÊNCIA DE FETHAB

Apesar de a contribuição ao Fethab ter sido instituída como uma condição e contrapartida para fruição de diferimento de ICMS em operações internas, a Lei Estadual nº 7.263/2000, com suas supervenientes alterações, contém outras previsões de cobrança desvinculadas do diferimento, tais como:

- (i) saídas de algodão nas operações interestaduais e de exportação, quando relativas a algodão em caroço e em pluma (hipótese incluída pela Lei nº 10.818/2019);

² “Ademais, o acórdão recorrido está alinhado com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que, no julgamento de caso análogo, decidiu pela constitucionalidade de lei estadual que condicionava o benefício fiscal de diferimento do ICMS ao recolhimento de contribuição para um Fundo próprio criado pela norma. Na ocasião, firmou-se a natureza não tributária da contribuição e a sua não submissão aos princípios e limites do poder de tributar.” (RE 613.468, Relator: Min. Roberto Barroso, julgado em 26/10/2015)



- (ii) saídas de gado em pé para abate, cria, recria, engorda ou qualquer outra finalidade, em operações interestaduais ou de exportação;
- (iii) saídas de soja, em operações interestaduais ou de exportação;
- (iv) óleo diesel: os contribuintes, localizados ou não no território mato-grossense, responsáveis pela retenção e recolhimento do ICMS devido ao Estado de Mato Grosso, nas operações com óleo diesel, devem reter um valor a título de Fethab, apurado de acordo com o litro de produto fornecido.

A legislação concede um crédito de ICMS no mesmo montante do Fethab devido, neutralizando o impacto financeiro do responsável pelo recolhimento;
- (v) gás natural: importação, exportação, transporte ou saída de gás natural destinado à produção de energia termoelétrica.

III – “FETHAB 2”

Em dezembro de 2015, foi publicada a Lei Estadual nº 10.353/2015, promovendo uma substancial reforma na estrutura do Fethab.

Instituiu-se, de forma provisória, um adicional da contribuição, *“para financiar a execução de obras de infraestrutura de transporte, excepcionalmente necessárias ao desenvolvimento de determinada região do Estado.”*

Posteriormente, na Lei nº 10.480/2016, **definiu-se que sua cobrança perduraria até 31.12.2018**. O adicional alcançava as operações com soja, gado em pé, madeira serrada e madeira em tora. Até o final de 2018, o prazo para vigência não foi prorrogado.

Entretanto, ainda no início de 2019, a legislação que atualizou o Fethab previu novamente a exigência do adicional, com vigência até 31.12.2022.



IV – ALTERAÇÕES NO FETHAB PARA 2019 – “NOVO FETHAB” - LEI Nº 10.818/2019

Em 28.01.2019, foi publicada a Lei nº 10.818/2019, implementando um conjunto de alterações substanciais no Fethab, com o fim de ajustar alíquotas (com aumento, no contexto global) e incluir outros produtos no âmbito da contribuição.

O diploma veio no bojo de um conjunto de medidas encaminhadas em projetos de lei oriundos do Poder Executivo, denominado “Pacto por Mato Grosso”, almejando atenuar os impactos da grave crise financeira em que o Estado se encontra.

Entre as inovações ocorridas, considerando também o respectivo Decreto regulamentador (Decreto nº 12, de 30.01.2019), citam-se as seguintes:

(i) Inclusão, no campo de incidência do Fethab:

i.1) de operações interestaduais ou de exportação com milho;

ii.2) de operações de exportação de carne desossada de espécies bovina ou bufalina e carne com osso e miudezas comestíveis.

(ii) O já mencionado reestabelecimento da contribuição adicional para os setores de soja, gado em pé e madeira;

(iii) O pagamento do Fethab passa a ser considerado “*condição para manutenção de regime especial para apuração e recolhimento mensal do ICMS nas operações interestaduais e para remessa da mercadoria para exportação com suspensão ou não incidência do imposto*”.

O algodão foi o segmento com aumento mais expressivo da contribuição. Antes, era devido o valor total de 20,47% da UPF por tonelada a título de Fethab, além de 34,695% destinado ao IMA/MT, totalizando 55,165% da UPF/t. Na nova redação conferida à Lei nº 7.263/2000, passa ser devido 75% da UPF por tonelada a título de Fethab, acrescido de 10% destinado ao IMA/MT, totalizando 85% da UPF/t.



Deve-se levar conta que, no agronegócio, é comum a existência de cadeias produtivas interligadas. Como exemplo, o milho e a soja (ou seus subprodutos) podem ser utilizados como ração para bovinos. O óleo diesel, igualmente, tem impacto difuso na cadeia produtiva, sendo um insumo utilizado em larga escala na cultura agrícola. Esse aspecto pode tornar mais acentuado os impactos da majoração do Fethab no setor como um todo.

V – DAS CONTROVÉRSIAS QUE SUBSISTEM EM RELAÇÃO À CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE DO FETHAB

Mesmo admitindo-se a inaplicabilidade do regime jurídico tributário ao Fethab, ante a suposta ausência de compulsoriedade (*o que é controverso e ainda poderá ser revisto pela Suprema Corte*), subsistem diversos pontos críticos acerca da legitimidade dessa “contribuição”, os quais merecerem atenção das partes impactadas. Destacam-se:

- 1) A incoerência de se prever a contribuição, de suposto caráter facultativo, como condição para fruição de **diferimento de ICMS em operações internas** com produtos rurais e, ao mesmo tempo, estabelecer diversas hipóteses desvinculadas desse critério como ensejadoras do pagamento da contribuição.

Como exemplo: operações interestaduais, exportação, importação e exportação de gás natural e retenção pelo fornecedor de óleo diesel.

Tampouco se admite a lógica de que a adoção do diferimento nas operações internas determinaria o cálculo do Fethab com base nestas operações e, adicionalmente, em outras quaisquer, à livre escolha do Estado.

Além disso, para as operações com gás natural e óleo diesel, a legislação do Fethab sequer trata o recolhimento como facultativo ou condicionado ao gozo de algum regime optativo de ICMS (como o diferimento).

- 2) A previsão de recolhimento do Fethab como condição para obtenção de Regime Especial:



- 2.1) de apuração e recolhimento mensal do ICMS nas operações interestaduais**, o que acaba tornando o Fethab praticamente obrigatório aos que se sujeitam a esse contexto, considerando que o recolhimento por cada operação é muito mais oneroso e complexo, ou mesmo inviável a depender do volume de transações (e, por essa razão, quase inutilizado nos Estados e DF de forma geral);
- 2.2) de remessa da mercadoria para exportação com suspensão ou não incidência**, na medida em que as exportações já são desoneradas por imunidade (art. 155, §2º, x, “a” da CF/88) e lei de normas gerais do ICMS (art. 3º, II da Lei Complementar nº 87/1996, com extensão aos produtos primários e semi-elaborados), não havendo que se falar em quaisquer condições adicionais para fruição da regra imunizante;
- 3) A previsão de abatimento do Fethab exigido, por retenção, do fornecedor de óleo diesel sobre o ICMS da operação (também retido)**, indicando, na realidade, meio indireto para reclassificar parte do ICMS (rubrica orçamentária), com implicações relativas à sua destinação e afetação da receita.

De forma mais abrangente, é importante que sejam analisados os limites do ordenamento jurídico para que entes federados instituem “Fundos” e respectivas contribuições para seu custeio, sem existência de fundamento constitucional específico.

O que se percebe é que, ao se incluir um suposto elemento de facultatividade na sujeição à “contribuição” (cujo caráter opcional é apenas aparente), escapa-se da aplicação do regime jurídico próprio dos tributos³, no intuito de se obter ampla liberdade e discricionariedade para moldar os contornos e calibragem da exação (alíquota, base de cálculo, sujeitos passivos, destinação do produto da arrecadação, entre outros aspectos).

³ Várias delas de caráter restritivo, como sugere o título da Seção II, Capítulo I, Título VI da CF/88 (“Limitações do Poder de Tributar), e como são diversas disposições do Código Tributário Nacional.



Assim, torna-se mais fácil e prático para o Estado definir, por meio de tais Fundos, como, quando e sobre quem arrecadar, do que em relação ao ICMS e outros tributos de sua competência (sujeitos a todas as diretrizes do regime tributário).

Não parece consentâneo com o sistema jurídico que haja tal grau de liberalidade, como se infere da evolução histórica do Fethab e outros Fundos e entidades que também recebem recursos nos mesmos moldes, considerando as sucessivas alterações ocorridas nos critérios de cobrança.

Seja o Fethab tributo ou não, de imediato, já se constata que tais medidas tocam em pontos sensíveis atinentes ao pacto-federativo. Basta pensar que, caso ideias de contribuições e Fundos similares se alastrem (como já se tem notícia sobre projetos em estudo), poder-se-ia cogitar de uma nova “Guerra Fiscal” entre Estados, induzindo condutas de particulares e causando conflitos similares ao que se viu (e ainda se vê) em relação ao ICMS.

Não se desconhece a situação das contas públicas do Estado do Mato Grosso, que inclusive, recentemente (17.01.2019), teve decretada situação de calamidade financeira. Entretanto, os meios de atenuação do déficit fiscal não podem se resumir ao aumento de oneração do setor produtivo (seja por tributos ou outras exações fiscais), principalmente por meio de instrumentos com aparência de caráter “meramente facultativo”, mas que evidenciam aspectos mais complexos quando analisados em detalhes.

VI – CONCLUSÕES

A edição da Lei Estadual nº 10.818/2019 traz novos questionamentos sobre o Fethab e outros fundos análogos, além de ressuscitar antigas controvérsias sobre o tema que não chegaram a ser enfrentadas pelo Supremo Tribunal Federal.

A simples premissa de que a “contribuição” não possui natureza tributária não supera os diversos aspectos de inconsistência jurídica na estrutura da exação, tampouco valida a sua constitucionalidade.



Vale destacar, ainda, que (i) a ADI nº 2.230, tratando especificamente sobre o Fethab, foi extinta sem análise de mérito, por perda superveniente de objeto; (ii) e houve alteração relevante na legislação de regência da “contribuição”. Esses dois pontos confirmam que, do ponto de vista processual, não está superada a viabilidade de se questionar a exação no contexto jurídico atual.

Belo Horizonte/MG, 1º de março de 2019.

Paulo Honório de Castro Júnior

João Paulo Ayres