

**AS FLAGRANTES INCONSTITUCIONALIDADES DO
“FUNDERSUL” E DO “FETHAB”: O SUPREMO PRECISA
PÔR UM FREIO NESSES MECANISMOS PARALELOS
DE ARRECADAÇÃO¹**

Leonardo Furtado Loubet²

Sumário: 1. O preocupante cenário de proliferação de “contribuições” a “fundos estaduais” incidentes sobre o agronegócio e o silêncio eloquente do Supremo Tribunal Federal a esse respeito – 2. Os veículos legislativos que criaram o FUNDERSUL (em MS) e o FETHAB (em MT) – 3. O precedente do FUNDERSUL no Supremo Tribunal Federal em 1999 e os que se seguiram a partir daí – 4. A pertinência e a necessidade de se reabrir a discussão sobre esses “fundos”: novas perspectivas de análise – 5. Desarticulando a falácia da “facultatividade” desses fundos – 6. Conclusões.

1. Parte dos argumentos desenvolvidos neste texto acadêmico foi desenvolvida na petição inicial da ADIn 6.314, proposta pela Sociedade Rural Brasileira contra o FETHAB, da qual o autor foi um dos signatários, juntamente com os advogados Marcelo Guaritá Borges Bento, Pedro Guilherme Gonçalves de Souza e Manuel Eduardo C. M. Borges, os quais, por isso mesmo, podem ser vistos como co-autores deste ensaio. O tema é relevante e deve ser refletido pela comunidade jurídica, seja pelos seus desafios teóricos, seja por seus desdobramentos práticos.

2. Advogado. Mestre (PUC/SP) e Doutorando (USP) em Direito Tributário. Professor-Conferencista e Coordenador do Curso de Extensão em “Tributação no Agronegócio” do IBET – Instituto Brasileiro de Estudos Tributários. Membro-Fundador do Comitê Tributário da SRB – Sociedade Rural Brasileira. Autor do livro “Tributação Federal no Agronegócio” (Noeses, 2017). leonardo@pithan-loubet.com.br

1. O PREOCUPANTE CENÁRIO DE PROLIFERAÇÃO DE “CONTRIBUIÇÕES” A “FUNDOS ESTADUAIS” INCIDENTES SOBRE O AGRONEGÓCIO E O SILÊNCIO ELOQUENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL A ESSE RESPEITO

Há algo muito grave acontecendo no Brasil, que talvez as pessoas (inclusive juristas da área tributária) não saibam. Por força de um movimento iniciado no ano de 1999 no Estado de Mato Grosso do Sul, criou-se um *mecanismo paralelo* de arrecadação, que, na prática, *usa o sistema tributário para não arrecadar tributos*. Isso se deu através da criação de uma “contribuição facultativa” vinculada ao “FUNDERSUL – Fundo de Desenvolvimento do Sistema Rodoviário do Estado de Mato Grosso do Sul”, o qual passou a onerar a cadeia do agronegócio sul-mato-grossense³.

Como se fosse um passe de mágica, o criativo legislador estadual sul-mato-grossense batizou a figura de “contribuição” e atrelou a ela um pretense caráter “facultativo”. Foi o que bastou para que, marotamente, conseguisse escapar das amarras do Sistema Tributário Nacional, e o que é pior, com o respaldo do Supremo Tribunal Federal, quando provocado logo após a instituição de tão canhestra figura. De lá para cá o Supremo nunca mais voltou a debater esse tema. E, desse modo, o FUNDERSUL já passou de vinte anos de existência.

Dois problemas daí decorrentes: (i) como já era de se esperar, esse fenômeno se espalhou Brasil afora; (ii) e nada impede que amanhã ou depois o mesmo sistema venha a ser empregado também para outros setores da economia.

Com efeito, fosse esse um problema local, isso já seria grave. Mas, não, o FUNDERSUL criou seus filhotes. Outros Estados, sentindo-se encorajados, rumaram pelo mesmo caminho

3. Para fins de padronização deste texto, convencionou-se, desde já, que daqui em diante o FUNDERSUL (fundo criado por Mato Grosso do Sul) e o FETHAB (fundo criado por Mato Grosso) serão mencionados em caixa alta e sem aspas.

e também criaram os seus “FUNDERSULs”, cada um com um nome diferente, cada um com uma destinação diferente, uns mais agressivos, outros menos, mas todos tendo por base a lógica escamoteada de “dar com uma mão” (no caso, o diferimento do ICMS), para “tirar com a outra” (o pagamento de uma contrapartida a um fundo, como o FUNDERSUL). Como exemplos podem ser citados o FETHAB do Estado de Mato Grosso, criado no ano de 2000, o PROTEGE do Estado de Goiás, instituído em 2003 e, mais recentemente, o FET do Estado de Tocantins e o FDI do Estado do Maranhão, ambos do final de 2019.

Todos esses “fundos estaduais” apresentam em comum as seguintes características: (i) são intitulados de “contribuição”; (ii) são vinculados a um “fundo”; (iii) são exigidos como condição à fruição de incentivo, benefício ou diferimento fiscais; (iv) incidem sobre atividades do agronegócio; (v) e são geridos por um conselho diretivo, composto por diversos órgãos, na tentativa de legitimá-los. O que muda, em sua essência, é a destinação dos recursos: recomposição de estradas, construção de moradia, apoio a famílias carentes, dentre outras. Todas, como se vê, típicas finalidades a serem custeadas por tributos, notadamente impostos.

O que se procurará demonstrar neste texto são as inconstitucionalidades flagrantes do FUNDERSUL e do FETHAB, os precursores desse movimento. Os outros “fundos” também podem ser objetados com os argumentos aqui trazidos, mas, para facilitar a exposição, apenas os fundos-irmãos sul-mato-grossense e mato-grossense serão abordados, até pelos níveis de arrecadação que atingiram nos cofres estaduais. O intuito é demonstrar que esse tipo de expediente é um acinte à ordem jurídica brasileira, uma manobra esperta para circundar o “incômodo” Sistema Constitucional Tributário em vigor no Brasil, o que está a merecer pronta e dura resposta do Supremo Tribunal Federal – que, até o momento, não se dedicou a examinar *a fundo* esses *fundos*.

2. OS VEÍCULOS LEGISLATIVOS QUE CRIARAM O FUNDERSUL (EM MS) E O FETHAB (EM MT)

O FUNDERSUL nasceu tímido e alegadamente cheio de boas intenções, pois o que se buscava era apenas arrecadar valores para que as estradas vicinais, as vias que atendem as fazendas dos produtores, pudessem ser consertadas, pudessem ser cascalhadas, que as pontes fossem renovadas. Era uma “contribuição”, no sentido voluntário do termo, que se pedia aos produtores, para que eles próprios pudessem se beneficiar da contrapartida do fundo, com a melhoria das estradas de chão. Foi esse o contexto que justificou a edição da Lei de Mato Grosso do Sul nº 1.963, de 11 de junho de 1999.

E qual era a lógica do FUNDERSUL? A lógica foi a seguinte: o produtor rural, na prática, não pagava o ICMS quando vendia seus produtos para os frigoríficos, as cerealistas, as *trading's*. Assim, como condição para continuar não pagando o ICMS, a lei exigiu que o produtor deveria pagar um valor de FUNDERSUL, o qual se reverteria em benefício do próprio produtor. Essa foi a intenção aparentemente inocente de sua criação (que deveria durar apenas dois anos), a qual, no entanto, perpetuou-se e hoje já não se sustenta.

De lá para cá, porém, muita coisa mudou. A Lei Estadual nº 1.963/99 passou por diversas alterações, sofridas por nada menos do que onze leis diferentes⁴. E, com isso, a lógica inicial do FUNDERSUL foi aos poucos sendo modificada, sendo deturpada, a tal ponto de ser legítimo dizer que o FUNDERSUL de hoje não é mais o mesmo se comparado com o FUNDERSUL de ontem. A ampliação dos produtos submetidos ao fundo, o aumento exponencial de sua carga econômica incidente e o uso dos recursos, que é bancado apenas por produtores rurais, para custear despesas com asfalto nas cidades – o que, evidentemente, beneficia a todos, produtores e não

4. São elas: Leis Estaduais n.ºs. 2.199/00, 2.255/01, 2.598/02, 2.702/03, 4.302/12, 4.456/13, 4.515/14, 4.916/16, 5.115/17, 5.312/18 e 5.435/19.

produtores, mas só o produtor que paga – mostra bem como o quadro mudou.

Em síntese, os arts. 1º, 9º, 10 e 11 da legislação local, bem como a tabela anexa à lei, prescrevem que o fundo tem por intuito custear a aquisição e a manutenção de equipamentos rodoviários, inclusive combustíveis, além de projetos, construção, manutenção, recuperação e melhoramento de estradas, inclusive em vias públicas urbanas. De acordo com a lei, “*o diferimento do lançamento e o pagamento do ICMS nas operações com produtos agropecuárias e com extrativos vegetais ficam condicionados a que os produtores remetentes das mercadorias contribuam*” com esse fundo. Na hipótese de não adesão à “*faculdade*” prevista na lei, “*os produtores devem pagar o ICMS no ato das saídas de mercadorias de seus estabelecimentos*”. E a tabela prevê os percentuais incidentes sobre a comercialização de produtos do agro (bovinos, milho, soja, madeira, etc.), tendo como base de cálculo a “Unidade de Referência Fiscal” (UFERMS), indexador que corrige taxas cobradas pelo Estado. O resultado da aplicação do índice (variável de acordo com o tipo de produto) será multiplicado pela quantidade da produção (tonelada, cabeça de gado, metros cúbicos, etc.).

Em Mato Grosso, a coisa não foi diferente. Através da Lei Estadual nº 7.663/00, o Estado criou o “FETHAB – Fundo de Transporte e Habitação”, cujo objetivo foi custear o planejamento e a execução de obras e serviços de transporte e habitação. O pressuposto adotado foi o mesmo do FUNDER-SUL: condicionar o gozo do diferimento de ICMS por parte dos produtores rurais ao pagamento dessa “contribuição”. Se o produtor não quiser “contribuir” com o fundo, tudo certo, basta que ele pague o ICMS. Aparentemente, muito simples.

Não é assim, porém. E no caso do FETHAB as inconstitucionalidades se revelaram ainda mais acentuadas, porque ao longo dos anos diversas leis estaduais (mais de quarenta leis!) ampliaram demasiadamente seu leque, para o fim de: (i) ampliar o rol de produtos onerados; (ii) *tornar obrigatório* seu recolhimento em operações interestaduais e de exportação;

(iii) instituir outros fundos, como o FABOV, o IMAMT, o IA-GRO, o IMAD e o IMAFIR/MT; (iv) e determinar o pagamento da contribuição sobre gás natural e energia elétrica. Isso tudo esparramado em diversos dispositivos da Lei Estadual nº 7.663/00, a exemplo dos arts. 7º, 7º-C, 7º-D-1, 7º-E, 7º-H, 14-K e outros. Além disso, não bastasse o FETHAB, foi criado ainda o “FETHAB II”, com prazo até 31 de dezembro de 2022. Uma confusão só. O FETHAB, sinceramente, teve sua destinação virada do avesso, a tal ponto de hoje em dia o fundo mato-grossense – pasme-se – ser repartido com a Assembleia Legislativa, com o Tribunal de Contas e com o próprio Poder Judiciário daquele Estado. Isso tudo não é suspeita; *isso está na própria lei do FETHAB.*

O FUNDERSUL e o FETHAB comportariam diversos ângulos de análise, quicá verdadeiras teses acadêmicas mesmo. Das múltiplas perspectivas de exame, neste texto a abordagem, por opção metodológica, ficará restrita à essência desses fundos, típicos adicionais de ICMS.

3. O PRECEDENTE DO FUNDERSUL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM 1999 E OS QUE SE SEGUIRAM A PARTIR DAÍ

Quando o FUNDERSUL foi instituído, logo os produtores se rebelaram, julgando-o injusto, tendo sido decidido à época que ele deveria ser questionado judicialmente. Em virtude disso, a CNA – Confederação Nacional da Agricultura e Pecuária do Brasil ajuizou no dia 25 de agosto de 1999 uma ação direta de inconstitucionalidade (ADIn), com pedido de medida cautelar, perante o Supremo Tribunal Federal, com o intuito de suspender, de imediato, os efeitos da Lei Estadual nº 1.963, de 11 de junho de 1999.

Na referida ação a CNA sustentava que o FUNDERSUL era inconstitucional, basicamente, pelos seguintes fundamentos: (i) a “contribuição” criada envolvia um tributo, fora dos limites autorizados pela Constituição Federal; (ii) o FUNDERSUL

era verdadeiro imposto, pois, uma vez que foi criado por lei, ele não decorria de manifestação de vontade do produtor, mas sim de forma obrigatória por força de lei, enquadrando-se, portanto, como tributo; (iii) a Constituição proíbe a vinculação das receitas de impostos (que servem para custear as despesas gerais do Estado) a uma finalidade específica (como a melhoria de estradas); (iv) e haveria violação aos princípios constitucionais tributários, dentre eles o da não-cumulatividade, da igualdade, da anterioridade e da vedação à bitributação.

Quando examinou o pedido de liminar para suspender de imediato os efeitos da lei, o Supremo Tribunal Federal acabou entendendo que o FUNDERSUL não poderia ser enquadrado como tributo, porque ele não era obrigatório, já que, se não quisesse, o produtor tinha condição de não contribuir para esse fundo, bastando que pagasse o ICMS. E foi por conta disso que o STF, em 02 de dezembro de 1999, por maioria, negou o pedido de liminar, contra os votos dos Ministros Moreira Alves e Marco Aurélio. Eis a síntese da decisão que indeferiu a liminar:

“EMENTA: - Ação direta de inconstitucionalidade. Medida liminar. Artigos 9º a 11 e 22, da Lei nº 1.963, de 1º de junho de 1999, do Estado do Mato Grosso do Sul. Criação do Fundo de Desenvolvimento do Sistema Rodoviário do Estado do Mato Grosso do Sul - FUNDERSUL e disposição sobre o diferimento do ICMS de produtos agropecuários. 2. Sustentação de inconstitucionalidade da exação criada. 3. Contribuição prevista nos arts. 9 a 11 da Lei sul-mato-grossense não possui natureza jurídica de imposto, nem de tributo. Diferimento condicionado, admitido no âmbito da competência legislativa do Estado. 4. Inexistência de plausibilidade jurídica do pedido inicial. Cautelar indeferida.”

(ADI 2056 MC, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 02/12/1999, DJ 03-10-2003 PP-00010 EMENT VOL-02126-01 PP-00153)

Como se vê, em questão de seis meses a lei foi publicada, um parecer jurídico foi elaborado (parecer esse do respeitável Prof. Roque Antonio Carrazza), a ação foi proposta e houve julgamento da liminar para indeferi-la. Em se tratando de discussão de questões relevantes no âmbito do Supremo Tribunal Federal, é

possível dizer, com base na experiência forense, que quem sabe tudo correu um pouco rápido demais, sendo um indicativo de que, talvez, com a preocupação de se estancar desde logo essa “contribuição” à época, os argumentos não tenham sido devidamente avaliados pela Corte com a profundidade necessária.

E depois de indeferida a liminar no Plenário, o julgamento de mérito já se anunciava complicado, tendo em vista que o Supremo tinha firmado antes entendimento de que o FUNDERSUL não era tributo. Tanto assim que o Tribunal, basicamente, limitou-se a reproduzir os mesmos fundamentos, vencido novamente o Ministro Marco Aurélio (que ficou sozinho na corrente minoritária, pois o Ministro Moreira Alves já havia se aposentado). Confira-se:

“EMENTA: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Artigos 9o a 11 e 22 da Lei n. 1.963, de 1999, do Estado do Mato Grosso do Sul. 2. Criação do Fundo de Desenvolvimento do Sistema Rodoviário do Estado de Mato Grosso do Sul - FUNDERSUL. Diferimento do ICMS em operações internas com produtos agropecuários. 3. A contribuição criada pela lei estadual não possui natureza tributária, pois está despida do elemento essencial da compulsoriedade. Assim, não se submete aos limites constitucionais ao poder de tributar. 4. O diferimento, pelo qual se transfere o momento do recolhimento do tributo cujo fato gerador já ocorreu, não pode ser confundido com a isenção ou com a imunidade e, dessa forma, pode ser disciplinado por lei estadual sem a prévia celebração de convênio. 5. Precedentes. 6. Ação que se julga improcedente.”

(ADI 2056, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 30/05/2007, DJe-082 DIVULG 16-08-2007 PUBLIC 17-08-2007 DJ 17-08-2007 PP-00022 EMENT VOL-02285-02 PP-00365 RTFP v. 15, n. 76, 2007, p. 331-337)

Lendo o inteiro teor dos votos dos Ministros o que se percebe é que o Supremo acabou focando o debate somente na questão de que o FUNDERSUL não era tributo porque ele estaria despido “do elemento essencial da compulsoriedade”; vários outros aspectos, todavia, deixaram de ser abordados⁵.

5. Basta ver que no voto do Ministro Gilmar Mendes, que foi o Relator do julgamento de mérito do FUNDERSUL, o Ministro acabou transcrevendo trechos do parecer

Ou seja, o STF deteve sua análise apenas na alegada compulsoriedade ou não do FUNDERSUL da perspectiva formal, *sem examinar, porém, se há meios concretos para o produtor efetivamente “optar” por recolher o ICMS de forma adequada*, com a sistemática de créditos, de um lado, e de débitos, de outro. O Tribunal Superior sequer adentrou na análise se há verdadeiro diferimento de ICMS na cadeia produtiva, premisa que sustentou o FUNDERSUL no julgamento⁶. Esse exame até certo ponto restrito da questão deixou sem respostas *a possibilidade de criação de um fundo estadual como gestor dos recursos arrecadados, e mais, a possibilidade de uma cobrança com essa destinação específica*. Veja-se que à época sequer havia na lei a previsão de que o FUNDERSUL custearia despesas com asfaltamento urbano, o que só veio tempos depois, provocando uma mudança importante no motivo de sua cobrança. Essas questões são relevantes na contextualização, passados mais de vinte anos, a respeito da necessidade de que o Supremo volte a examinar esse mecanismo de cobrança.

E justamente por conta do precedente fixado no caso FUNDERSUL, a Suprema Corte, quando instada a enfrentar o FETHAB, acabou aplicando, de forma simplória, a mesma exegese ao fundo mato-grossense, não se detendo sobre suas particularidades em si⁷.

da Procuradoria-Geral da República, o qual considerou que “*somente estarão obrigados a contribuir para a construção, manutenção, recuperação e melhoramento das rodovias estaduais os produtores rurais que pretenderem obter o benefício do diferimento do ICMS nas operações internas com produtos agropecuários*” e que “*o art. 10, de forma explícita, esclarece que o pagamento da contribuição referida no art. 9º, para a obtenção do benefício do diferimento do ICMS, é apenas uma faculdade, ou seja, uma prestação não-obrigatória, o que torna os produtores rurais livres para decidir se contribuem ou não. Nesse sentido, não há como atribuir natureza jurídica tributária à contribuição criada pela lei estadual*”.

6. A impressão que se tem é que um tema tão relevante como esse foi, de fato, examinado de forma aligeirada, a ponto do respeitável Ministro Sepúlveda Pertence ter dito no seu voto sobre o pedido de liminar que o produtor rural faria uma “doação” ao fundo, o que soa hoje bastante descabido.

7. AI 859.321. Rel. Min. Dias Toffoli. DJe 04.12.2013; RE 602.492. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. DJe 29.05.2015; RE 613.468. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. DJe 28.10.2015; RE 606.218. Rel. Min. Alexandre de Moraes. DJe 16.05.2018.

Esse quadro precisa ser alterado, tendo em vista que os Estados-membros, às escâncaras, estão driblando a rigidez do sistema com o intuito deliberado de escapar dos princípios aplicáveis à tributação, arrecadando recursos de forma incompatível com a quadra constitucional e sem mecanismos claros de controle⁸.

4. A PERTINÊNCIA E A NECESSIDADE DE SE REABRIR A DISCUSSÃO SOBRE ESSES “FUNDOS”: NOVAS PERSPECTIVAS DE ANÁLISE

Se há um ponto sobre esses fundos que ninguém pode negar, esse aspecto é o de sua engenhosidade jurídica. As leis que os criaram foram de uma iniciativa criativa digna de registro, pois procuraram mascarar seu caráter compulsório com uma retórica de facultatividade. E, com isso, independentemente das correntes ideológicas dos diversos governos que se sucederam em MS e MT, FUNDERSUL e FETHAB foram se consolidando, foram se cristalizando, de modo que, hoje, foram incorporados pelo produtor rural como algo sem volta.

O momento, entretanto, é outro. Esses e outros “fundos estaduais” necessitam ser enfrentados pela Suprema Corte brasileira, porque, como já salientado, seus efeitos têm se multiplicado em diversas unidades da federação, sendo certo que o FETHAB já passou da casa dos R\$ 2 bilhões arrecadados em 2019. O que nascera tímido e nutrido de supostas nobres intenções, acabou se alastrando Brasil afora e tem servido para custear despesas correntes dos Estados, *criando um modelo “paralelo” de arrecadação*, absolutamente à margem da ordem constitucional brasileira. *Justamente por isso FUNDERSUL e FETHAB têm que ser questionados*, têm que ser colocados na pauta de análise do Poder Judiciário, isso apesar

8. Conforme reconhecido pela própria Secretaria de Estado de Infraestrutura e Logística de Mato Grosso, o FETHAB já serviu, até mesmo, para custeio de obras da Copa do Mundo: <http://www5.sefaz.mt.gov.br/-/secretario-de-fazenda-debate-unificacao-do-icms-controle-de-despesas-e-fethab> e <http://www.sinfra.mt.gov.br/fethab>.

da decisão contrária do Supremo Tribunal Federal de anos atrás. Não por outro motivo o Ministro Moreira Alves, por ocasião do julgamento do pedido de liminar para suspender o FUNDERSUL em 1999, já havia alertado para o seguinte: *“pelo menos em face do princípio da razoabilidade, tenho seriíssimas dúvidas a respeito dessa prática, que poderá alastrar-se pelo Brasil com relação a todos os tipos de técnica tributária para aumentar a arrecadação”*.

Há novas perspectivas de análise que merecem ser trazidas para o centro do debate, as quais não foram enfrentadas àquela ocasião no julgamento paradigmático e que comportam outra abordagem hoje.

Na verdade, investidas nesse sentido foram tomadas recentemente, a exemplo da ADIn 6.314, ajuizada pela Sociedade Rural Brasileira, em que se questionou, por inteiro, a sistemática instituída pelo FETHAB, a qual foi embasada com substancioso parecer do Prof. Heleno Torres. Todavia, o Supremo, seguindo o voto do Relator, Min. Gilmar Mendes, por questões processuais baldou a pretensão, deixando de examinar a compatibilidade do tal fundo com o sistema jurídico em vigor. Outra ação manejada foi a ADIn 6.420, em que figura como autora a ABIEC – Associação Brasileira das Indústrias Exportadoras de Carne e tendo por Relator também o Min. Gilmar Mendes, em que se discute especificamente a incidência do FETHAB sobre a exportação, a qual ainda não foi julgada. O mesmo se diga quanto à ADIn 6.365, manejada pela APROSOJA, cujo cerne do debate é o FET de Tocantins, caso relatado pela e. Ministra Rosa Weber, que igualmente ainda não foi examinado. Vale menção também o pedido de Suspensão de Segurança nº 5.422 apresentado pelo Estado do Maranhão, o qual foi decidido monocraticamente pelo Min. Dias Toffoli, tendo sido indeferida a liminar.

Pelo que se pode inferir, há tentativas para que o Supremo se posicione sobre esses fundos. Uma das perspectivas a serem examinadas é a análise não apenas se a lei estabelece ser compulsória ou não a exigibilidade dos dois fundos, mas,

especialmente, a “*outra via*”, isto é, *de que forma o ICMS poderia ser exigido do produtor*, respeitando-se as regras constitucionais, para aqueles que não querem pagar o fundo. Além disso, há aspectos de ordem concorrencial e de liberdade econômica que influenciam na validade jurídica do FUNDERSUL e do FETHAB, dadas as distorções criadas. E, por fim, mas longe de ser o menos importante, a imposição das regras financeiras e orçamentárias aplicáveis aos Estados, inclusive no âmbito da Lei de Responsabilidade Fiscal, comprometem a sustentação jurídica desses fundos.

De todos esses aspectos possíveis de serem estudados, o aspecto central escolhido aqui – sem embargo da possibilidade de exploração dos demais em outras frentes – diz respeito à demonstração do motivo pelo qual nem FUNDERSUL, nem FETHAB podem ser considerados verdadeiramente facultativos.

Os Estados sustentam que esses fundos seriam facultativos, que se o contribuinte não quiser a eles “aderir” basta pagar o ICMS na carga “cheia”, na saída de cada produto, sem qualquer diferimento ou sequer abatimento de créditos. Em poucas palavras: segundo os dois Estados, *os produtores rurais pagam o FUNDERSUL e o FETHAB porque querem*, pois, se não quisessem, bastaria pagar o ICMS regular. Daí seu caráter facultativo.

Ora, isso não passa de um engodo, de um jogo de palavras. FUNDERSUL e FETHAB são inconstitucionais do início ao fim. Seja na sua gênese, no que motiva sua cobrança em si; seja na sua destinação, na aplicação que se faz dos recursos auferidos. Noutras palavras, não há sustentação jurídica para esses fundos, tanto em relação à origem da cobrança (a pretexto de ser um condicionante para o gozo do diferimento de ICMS), quanto nos desdobramentos econômicos que gera (ao impactar na composição de preços de *commodities* negociados no mercado internacional), como também nos reflexos que esses vultosos fundos provocam à luz das regras orçamentárias e financeiras aplicáveis aos Estados.

Na verdade, o *FUNDERSUL* e o *FETHAB* são “contribuições” criadas pelos Estados a partir de fatos geradores típicos de impostos, que incidem sobre a cadeia produtiva rural, sob a justificativa de não serem compulsórias, para “fundos” previstos para custear despesas também típicas de impostos.

5. DESARTICULANDO A FALÁCIA DA “FACULTATIVIDADE” DESSES FUNDOS

Os tais fundos estão apoiados na lógica de que seriam “contribuições”, no sentido voluntário do termo, já que não se trataria de algo obrigatório, mas facultativo.

No entanto, essa falácia não emplaca. Basta comparar a absoluta similitude entre o *FUNDERSUL*, de um lado, e o *ICMS*, de outro (que é o imposto que incide sobre o agronegócio e que serve de baliza para concluir que o *FUNDERSUL* é, sim, tributo), *contrapondo suas regras-matrizes*, para chegar-se a essa conclusão:

RMIT DO ICMS	RMIT DO FUNDERSUL
<i>Critério material:</i> realizar operações relativas à circulação de mercadorias com produtos do agronegócio, como soja, milho, bovinos, algodão, madeira e outros	<i>Critério material:</i> realizar operações relativas à circulação de mercadorias com produtos do agronegócio, como soja, milho, bovinos, algodão, madeira e outros
<i>Critério espacial:</i> qualquer ponto do território do Estado de Mato Grosso do Sul	<i>Critério espacial:</i> qualquer ponto do território do Estado de Mato Grosso do Sul
<i>Critério temporal:</i> no momento da realização da operação mercantil	<i>Critério temporal:</i> no momento da realização da operação mercantil
<i>Sujeito ativo:</i> Estado de Mato Grosso do Sul	<i>Sujeito ativo:</i> Estado de Mato Grosso do Sul
<i>Sujeito passivo:</i> aquele que realizou a operação mercantil	<i>Sujeito passivo:</i> aquele que realizou a operação mercantil
<i>Base de cálculo:</i> valor da mercadoria comercializada	<i>Base de cálculo:</i> a tonelada de grãos, por cabeça de gado ou por metro cúbico de madeira
<i>Alíquota:</i> X% (definido conforme as alíquotas nacionais)	<i>Alíquota:</i> X% sobre a UFERMS (Unidade de Referência Fiscal do Estado de Mato Grosso do Sul)

Como se vê, com uma sutil diferenciação entre a fórmula de cálculo, o FUNDERSUL e o ICMS apresentam as mesmas bases de incidência. Perceba-se que o que diferencia um do outro, segundo a legislação, seria apenas um aspecto exterior à cobrança (a alegada facultatividade), mas, na sua essência, *examinando-se o FUNDERSUL “por dentro”*, a constatação clara é a de que o FUNDERSUL não passa de um valor substitutivo de ICMS.

O mesmíssimo raciocínio, com quadro comparativo, poderia ser feito aqui quanto ao FETHAB: comparando-se os respectivos elementos da norma-padrão de incidência, perceberá o intérprete que muito pouco muda, na verdade apenas a alíquota, que é definida em UPF/MT (Unidade de Padrão Fiscal de Mato Grosso).

Somente uma leitura rasa e descompromissada dos dispositivos que versam sobre o FUNDERSUL e o FETHAB poderiam levar ao entendimento de que haveria uma facultatividade no seu recolhimento. Não há facultade alguma e já passou da hora de se demonstrar isso. É curioso perceber que com esse jogo de palavras os dois Estados lograram êxito, ao longo desses anos todos, em burlar o sistema do qual eles mesmos fazem parte, isto é, *os Estados usam o ICMS como instrumento de ameaça para não arrecadar o próprio ICMS, a fim de que consigam, com isso, obter os recursos que querem, via FUNDERSUL e FETHAB.*

Para se desmistificar esse cenário inventado, a pergunta a ser formulada é a seguinte: por qual razão o produtor, diante desse quadro, não “opta” por pagar o ICMS, esvaziando, dessa forma, o FUNDERSUL e o FETHAB? A resposta é simples: porque o ICMS no agronegócio tem suas peculiaridades e porque o “ICMS” oferecido por esses Estados como “opção” não é um verdadeiro ICMS, como previsto constitucionalmente, mas um arremedo de ICMS. E reside exatamente aí o aspecto ameaçador adotado por Mato Grosso e Mato Grosso do Sul para forçar os produtores a partirem para o FETHAB e o FUNDERSUL. Para ter o diferimento de ICMS, o produtor

fica “condicionado” a “contribuir” com esses fundos. Na verdade, é o bom e velho estado de coisas de dar com uma mão, para tirar com a outra.

Examinando-se detidamente as leis logo se percebe que, para aqueles que não quiserem “aderir” a essa “faculdade”, então “*os produtores devem pagar o ICMS no ato das saídas de mercadorias de seus estabelecimentos*”, aplicando-se as alíquotas previstas na lei para as operações internas, “*sem qualquer redução*”. E mais, o pagamento do ICMS, nessa hipótese, “*deve ser realizado no momento da saída das mercadorias dos estabelecimentos produtores*”.

Resumindo: se o produtor não quiser pagar o FUNDERSUL ou o FETHAB, ele terá que recolher o ICMS com a “carga cheia”, antes da saída de sua fazenda de cada cabeça de gado, de cada grão de soja, de cada saca de milho ou de cada metro cúbico de madeira. A cada caminhão, uma guia prévia de ICMS a pagar sobre o valor bruto da mercadoria. É isso o que estipularam os Estados vizinhos.

Eis o real sentido do FUNDERSUL e do FETHAB. Os Estados usam essas “contribuições” como “condição” para reconhecer direitos aos produtores que, a bem de se ver, eles já têm, à luz de uma hermenêutica constitucional mais adequada em torno do ICMS incidente sobre a atividade produtiva.

Para desmontar esse jogo de palavras, o primeiro ponto a ser considerado assenta-se no regramento constitucional do ICMS, que não é um imposto que resulta na incidência sobre a receita bruta do contribuinte, mas sim que tem na sua essência a técnica da não-cumulatividade. Só há verdadeiro ICMS quando se viabiliza o sistema de apuração de créditos, de um lado, e a relação de débitos, de outro, de modo a viabilizar o encontro de contas, a fim de se atingir o valor final a recolher. Sem créditos não há ICMS legítimo.

É isso o que estabelece a Constituição Federal (art. 155, § 2º, I). A sistemática de compensação está no âmago do ICMS. Só é possível exigir-se o ICMS se o Estado assegurar

a compensação. E para que haja compensação – isso não é ditado pelas ciências jurídicas, mas pela lógica da matemática – há de haver, inexoravelmente, uma entrada e uma saída, um mais e um menos, uma coluna de créditos e outra de débitos. Também a Lei Kandir (Lei Complementar 87/96), que disciplina o ICMS, prevê isso (art. 20).

E o que se passa com o FUNDERSUL e com o FETHAB? Além de não conceder o diferimento, as leis estabelecem que, quem não “aderir” aos fundos, deve pagar o ICMS “cheio” a cada carga, a cada saída.

Ora, mas que ICMS é esse, se o Estado determina ao produtor pagar o imposto sobre o valor bruto da mercadoria, sem se levar em conta os créditos respectivos? E a não-cumulatividade prevista pela Constituição e pela Lei Kandir? E a sistemática de créditos, de um lado, e débitos, de outro? O que fazem os Estados com esse engodo é, na prática, *não reconhecer crédito algum ao produtor*; na medida em que o agricultor e o pecuarista, a seguir essa lógica, pagarão a cada semana, a cada dia, a cada caminhão, o ICMS calculado sobre o valor bruto de seus produtos, sem que possam, de outro lado, deduzir os créditos respectivos. E, com isso, a não-cumulatividade simplesmente não se estabelece.

A apuração carga a carga torna o ICMS um imposto cumulativo, porque a vedação ao recolhimento mensal e à apuração por conta gráfica faz com que o ICMS incida sobre grandezas indevidas, resultando em um valor a pagar infinitamente maior do que o que seria, em verdade, devido. Como o Estado impõe essa prática, vedando o sistema de créditos e débitos, a operação fica inviabilizada economicamente. E é por isso que o produtor rural é obrigado a “optar” pelo FUNDERSUL e pelo FETHAB.

É necessário desmistificar, pois, essa ideia distorcida que se formou, de que o produtor paga porque para ele é mais vantajoso e que, por isso, ele não tem nada a reclamar. Isso pode até ter pertinência em alguns casos, mas esse é um ângulo raso da questão, puramente econômico.

O aspecto a ser focado, contudo, não é esse, mas sim o outro, em sentido diametralmente oposto. É o Estado que é obrigado a assegurar a não-cumulatividade em matéria de ICMS e para isso ele tem de adotar os mecanismos legislativos adequados. *Não é o contribuinte que está em uma cilada, mas o Estado, porque ou ele reconhece o crédito e faz acontecer a não-cumulatividade, ou ele descumpra a Constituição.*

Eis um aspecto relevantíssimo do FUNDERSUL que acabou não sendo enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal na ADIn da CNA (e, por corolário, nos recursos barrados pelo Supremo envolvendo o FETHAB), o qual revela que o caso está a merecer uma nova análise. O próprio Ministro Moreira Alves chamou a atenção para esse aspecto no julgamento da liminar do FUNDERSUL, mas seus argumentos não foram ouvidos, quando afirmou o seguinte:

“Tenho sérias dúvidas se é possível, constitucionalmente, para aumentar a receita, utilizar-se de uma técnica que não é apenas benefício para o contribuinte, mas, principalmente, visa a facilitar a fiscalização por parte do Estado. Na realidade, o que se faz aqui é justamente isso. Não há dedução no ICMS. Ele é totalmente devido, e, em contrapartida, se estabelece, inclusive com alíquotas com referência à unidade fiscal, uma contribuição que não é, evidentemente, uma contribuição tributária, mas uma contribuição que está intimamente ligada ao sistema tributário. É constitucional utilizar-se de uma técnica dessa natureza para aumentar a receita?”

Não bastasse a necessidade de o Estado observar os ditames constitucionais no que concerne à não-cumulatividade, essas ideias merecem ainda ser aprofundadas voltando a atenção de maneira específica para a cadeia do agronegócio.

O imposto, por determinação constitucional, tem que ser não-cumulativo, compensando-se o imposto devido com o imposto cobrado na etapa anterior; na atividade rural, no entanto, o contribuinte (produtor) está no início da cadeia, inaugurando um novo ciclo econômico (colheita de grão ou produção de bezerros, por exemplo), sem que necessariamente os insu-
mos necessários à produção repercutam proporcionalmente

em valor expressivo frente à mercadoria produzida (o valor do fertilizante para o grão ou da vacina para o bezerro), e mais, sem que esses insumos necessários à produção tenham sofrido a incidência de ICMS. Como compatibilizar esse quadro com a ordem constitucional, que preceitua que o imposto tem que ser não-cumulativo?

Ora, é por essa razão que a legislação de todos os Estados prevê mecanismos de desoneração dos produtos do agro, justamente porque, a se levar no rigor terminológico o princípio da não-cumulatividade, não haveria como, de forma adequada, aplicar esse princípio àquele que está no início da cadeia produtiva.

Perceba-se que a cadeia primária do agronegócio gera produtos novos oriundos da natureza (seja pela colheita de grãos, pelo nascimento de bezerros ou pelo corte da madeira), diferentemente da cadeia industrial, por exemplo, na qual são necessários altos investimentos em maquinários e outros insumos.

Mais do que isso, no mais das vezes não há muitas fases de ciclo produtivo desde o início dessa cadeia até seu final. Esses são aspectos peculiares que não podem passar à margem da contextualização do problema que o FUNDERSUL traz. Basta pensar, por exemplo, nas cadeias da soja e do milho, que necessitam de insumos como corretivos de solo (calcário e gesso), sementes e defensivos agrícolas (pesticidas, fungicidas e herbicidas) ou mesmo na cadeia bovina, a qual demanda como insumos a inseminação artificial, sal mineral, vacinas, etc.

A pergunta é: como compatibilizar um imposto plurifásico, que incide sobre a circulação de mercadorias e para o qual, por isso mesmo, deve estar previsto o sistema de créditos e débitos, com a realidade da atividade rural em si e examinando-se especificamente a posição do produtor rural, que está no início do elo? A conclusão a que se chega é a seguinte: à luz da Constituição da República e da Lei Kandir, o expediente criado pelos Estados, de cobrar o ICMS “cheio” do produtor rural, caso ele não pague o FUNDERSUL e o FETHAB, se revela inteiramente ilegítimo, na medida em que devem ser

assegurados todos os créditos da cadeia, sem se deixar de observar, no entanto, as peculiaridades do agronegócio, já que o produtor inaugura um novo ciclo produtivo.

É por isso que, em matéria de ICMS no agronegócio, ou se concede um crédito presumido ao produtor, ou se confere a ele todos os créditos da cadeia, ou se estabelece algum mecanismo desonerativo (como uma isenção ou mesmo um diferimento, que é o que se passa em praticamente todos os casos – inclusive nos Estados de Mato Grosso e Mato Grosso do Sul). O que não dá para aceitar é tributar o produtor sem se levar em conta esses critérios, o que reforça a compulsoriedade desses fundos.

6. CONCLUSÕES

Por tudo quanto se viu, o FUNDERSUL e o FETHAB não encontram respaldo na ordem jurídica brasileira. Há violações de índole tributária, dada sua forma disfarçada de ICMS. Os fundos criam distorções na lógica de não-cumulatividade, que é da essência do ICMS, e não deixa verdadeiramente margem de opção ao produtor que não seja o pagamento das tais “contribuições”. Além do mais, a própria calibração da carga econômica incidente viola o princípio da legalidade e não apresenta critérios claros e coerentes.

O Supremo, infelizmente, acabou por prejudicar o FUNDERSUL quando examinou o pedido de medida liminar. Com o devido respeito, a impressão que ficou foi a de que não foi feita uma análise mais aprofundada que essa cobrança merecia, dado que o exame acabou ficando restrito à previsão de facultatividade ou não de sua exigência. E isso repercutiu, de forma negativa, no julgamento de mérito do fundo sul-matogrossense e, após, nos casos envolvendo o FETHAB.

Hoje, no entanto, passados mais de vinte anos, o FUNDERSUL e o FETHAB comportam outras abordagens, todas elas consistentes, estando a reclamar um efetivo enfrentamento por parte do Supremo Tribunal Federal.

IBET - INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS TRIBUTÁRIOS

Não pode a Corte Suprema fechar os olhos para esse cenário preocupante que se instala, no qual *mecanismos paralelos de arrecadação* se proliferam pelo Brasil; hoje, sobre produtos específicos do agronegócio; amanhã, quem sabe, sobre outras atividades econômicas. Em poucas palavras: os Estados estão usando o ICMS para não arrecadar ICMS, mas sim essas “contribuições” aos fundos estaduais, à margem de qualquer controle mais rígido.

Dizer que FUNDERSUL e FETHAB são facultativos é avaliar essas figuras de forma rasa, deixando suas vicissitudes ao largo de um exame mais sério e atilado. De facultativo esses fundos só têm o nome: são, genuína e indiscutivelmente, verdadeiros tributos.