
Entrevista: Fernando Facury Scaff, tributarista e professor da USP



A briga dos estados pelo ICMS dos grandes exportadores, a

decorrente guerra fiscal, em vias de ser disciplinada pelo Supremo Tribunal Federal, com o risco de cobranças do que as empresas não pagaram devido a benefícios fiscais nos últimos anos e uma regulamentação setorial anunciada pelo Ministério de Minas e Energia há mais de dois anos são algumas das principais preocupações de tributaristas brasileiros. O professor de Direito Financeiro da Universidade de São Paulo **Fernando Facury Scaff**, sócio do escritório Silveira, Athias, Soriano de Mello, Guimarães, Pinheiro e Scaff Advogados, tem todas elas.

Na carteira de clientes do escritório estão, além de hidrelétricas, grandes mineradoras, que costumam ter foco na exportação. Não por coincidência, o mercado interno da atividade, explica o advogado em entrevista à revista **Consultor Jurídico**, costuma ter mais espaço para empresas menores.

A principal questão enfrentada pelas exportadoras é o acúmulo de créditos do ICMS. Por ser legislada e interpretada de forma diferente por cada estado, a cobrança faz com que aqueles que contribuem para a balança comercial positiva do país percam dinheiro, pagando um imposto que não têm como repassar a compradores ou pedir ressarcimento do governo.

O “mico”, como define o tributarista, fica nas mãos de quem exporta, que paga ICMS nos insumos que compra, mas não os repassa ao vender ao estrangeiro. Alguns estados, como São Paulo, têm ressarcido as empresas pelo prejuízo, outros, como o Pará, se negam a fazê-lo.

Quem teria poderes para resolver isso, o Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz), está, segundo o tributarista, mais preocupado com a arrecadação do que com a harmonia da tributação nacional, uma vez que é formado por secretários de Fazenda estaduais. O órgão, diz, tem uma atuação “para inglês ver”. Por isso, a única solução viável seria a mais radical: federalizar o tributo.

As empresas ainda esperam o próximo passo do STF. Depois de declarar inconstitucionais todos os



benefícios fiscais concedidos unilateralmente pelos estados, sem a aprovação do Confaz, a corte em breve deve formalizar uma súmula vinculante que, entre outros pontos, deve esclarecer o que vai acontecer com quem já se beneficiou de concessões. O pior esperado é a cobrança, por parte dos estados, do que não foi pago. No entanto, as empresas esperam que a corte leve em conta que, para terem acesso aos benefícios, elas tiveram que oferecer contrapartidas, como criar empregos, infraestrutura e alavancar a economia local — o que não pode ser "devolvido" pelas Fazendas. Assim, para as beneficiárias, a modulação dos efeitos da decisão seria a saída mais justa.

Segundo Scaff, as mineradoras estão entre as mais preocupadas. Em posição *sui generis* na guerra fiscal — já que não podem ser disputadas pelos estados, uma vez que não têm como “escolher” onde vão minerar —, elas também receberam benefícios. Caso a decisão de acabar com os incentivos não seja modulada, Scaff promete ir à Justiça. A defesa, segundo ele, é simples: “Uma empresa que cumpriu a lei não pode ser punida”.

A proposta inicial da corte para a futura súmula trazia o seguinte texto: “Qualquer isenção, incentivo, redução de alíquota ou de base de cálculo, crédito presumido, dispensa de pagamento ou outro benefício fiscal relativo ao ICMS, concedido sem prévia aprovação em convênio celebrado no âmbito do Confaz, é inconstitucional”. Aberto para sugestões por 20 dias, o texto recebeu cerca de 80 manifestações.

Responsável pela sede paulista do escritório — que também tem unidades no Rio de Janeiro, Brasília, Pará, Maranhão, Amazonas, Amapá e Rondônia —, Scaff é formado pela Universidade Federal do Pará, tem doutorado em Direito Econômico e Tributário pela USP e é pós-doutorado em Direito Público pela Università Degli Studi di Pisa, na Itália.

Leia a entrevista:

**ConJur — O que a mineração brasileira exige de um advogado tributarista?**

Fernando Facury Scaff — As grandes mineradoras trabalham, em grande parte, para a exportação, mas não é só isso. As paredes desta sala, por exemplo, têm cimento e tijolos e ambos levam minerais. O piso tem mármore e granito, que devem vir de alguma indústria do Espírito Santo. Nas janelas há vidro e ferros. E eu nem vou mencionar o cobre dos fios de eletricidade. Isso exemplifica que a indústria mineral brasileira é fortemente voltada, em determinados segmentos, para o mercado interno. Mas as grandes mineradoras são voltadas para fora. Todo esse mercado enfrenta sérios gargalos e engasgos, tanto no caso do mercado interno quanto do exportador. O primeiro engasgo se chama Contribuição Financeira sobre Exploração de Recursos Minerais [*CFEM, contribuição calculada sobre o faturamento líquido das mineradoras, cuja alíquota varia de 0,2% a 3%*], o popular *royaltie* da mineração. O segundo engasgo, que também vale para todas, é uma iniciativa recente de três estados: Minas Gerais, Pará e Amapá. Eles criaram taxas estaduais cobrando valores sobre a atividade de exploração. Para as mineradoras que exportam, bem como para todo o setor exportador, há o problema do acúmulo de crédito do ICMS. Uma empresa que exporta, para produzir, compra mercadoria de outros fornecedores. Quando compra de outros estados, o preço da mercadoria traz o ICMS, mas, quando exporta, ela não cobra o ICMS. Então, o crédito do ICMS “micou” na mão do exportador. Ele não consegue passar adiante. Se exportou por São Paulo, o governo paulista costuma devolver o dinheiro, mesmo que de forma irregular e a conta-gotas. Mas quando se exporta pelo Pará, o estado não devolve. Eu diria que 90% dos estados brasileiros não devolvem essas quantias. O Rio de Janeiro também devolve um pouco.

ConJur — A devolução não é uma exigência legal?

Fernando Facury Scaff — A Constituição manda devolver, mas eles não devolvem. Como os exportadores fazem para passar o mico? Escoam a produção 50% para o exterior e 50% para dentro do país. Assim, jogam pelo menos 50% do gasto com ICMS para o mercado interno.

ConJur — E também embutem o valor no preço dos produtos?

Fernando Facury Scaff — Claro. Não foi todo o ICMS que vazou nas vendas para dentro do país. A empresa vai operando no mercado e repassando esse valor. Se a companhia é fortemente exportadora, como são alguns clientes meus, têm um acúmulo de crédito de ICMS que não tem tamanho. Isso é custo que ele pagou, o que contradiz a chamada falta de tributação da exportação. É verdade que não tem imposto, mas tem o acúmulo de créditos das operações anteriores.

ConJur — O ICMS é pago para que estado?

Fernando Facury Scaff — Na origem. Se a origem empresarial está em São Paulo, a maior parte do ICMS vai ficar em São Paulo. Se a companhia está no Pará e comprou produtos de São Paulo, quando vende para fora, não consegue devolução dos valores pelo estado paraense.

ConJur — E pode-se cobrar o ressarcimento do estado de origem no caso de exportação feita via outro estado?

Fernando Facury Scaff — Não, porque a exportação foi feita pelo outro estado. O ICMS é um imposto que trava o desenvolvimento do país. O modelo correto, e, a meu ver, viável dentro do jogo político, é federalizar o ICMS. Ele passaria a ser arrecadado por toda a máquina estadual, federalizada, iria para um cofre federal e a União distribuiria de volta aos estados, não repartindo, mas devolvendo a cada qual o montante que foi arrecadado. Isso porque a União tem interesse em exportar mais barato, porque as



divisas são da União e exportar não é vantagem para os estados, mas para o país.

ConJur — No que isso se relaciona com a guerra fiscal?

Fernando Facury Scaff — Em pouca coisa. Guerra fiscal é algo à parte, quando um estado oferece vantagens para a empresa se instalar nele. A questão do ICMS não tem qualquer vantagem envolvida. A guerra fiscal não auxilia muito as mineradoras porque elas têm a rigidez locacional.

ConJur — Não podem mudar de estado?

Fernando Facury Scaff — Exatamente. Não adianta ter nenhum incentivo para mudar de estado, porque minério dá apenas uma safra, em apenas um lugar. Ferro de boa qualidade, por exemplo, só tem em Carajás (PA). Tem ferro em Minas Gerais também, mas com qualidade menor. Acontece que só tem lá, Deus botou as minas lá, e não tem jeito de mudar de estado.

ConJur — Que tipo de problema isso pode causar?

Fernando Facury Scaff — Nós temos um cliente que está construindo uma hidrelétrica no estado X. O projeto econômico foi todo baseado em um decreto que determinava que a aquisição de equipamentos e materiais permanentes estava isento de ICMS naquele estado. Então, a companhia comprou mercadoria de diferentes estados e do exterior. É uma hidrelétrica, o equipamento não é meia dúzia de pregos, é coisa muito cara. O governo mudou, então, a interpretação do decreto através de um parecer, dizendo: “A energia elétrica não é mais considerada produto industrializado”. Mas ela era isenta de ICMS por ser produto industrializado. Ou seja, a empresa teve um aumento de custo de 7% a 10% em todo o equipamento e material permanente que comprou. E ela não pode decidir, da noite para o dia, tirar uma hidrelétrica daqui e implementar em outro estado. Ela vai ter de conviver para o resto da vida com aquela situação. Na mineração, você ainda tem o problema do esgotamento da mina. A hidrelétrica não esgota. Por isso, o ICMS não deve ser imposto subnacional. Ele deve ser, como acontece na Europa, um imposto nacional, do valor agregado.

ConJur — O Confaz não resolveria o problema como uma espécie de tribunal administrativo?

Fernando Facury Scaff — Talvez, mas o problema é que ele é composto pelos secretários de Fazenda dos estados. Os secretários de Fazenda só querem arrecadar. Aquilo se torna, então, um órgão arrecadatário, e não um órgão de harmonização tributária. O Confaz tem um outro problema, que é a regra elementar da unanimidade. Essa regra garante que um único estado tenha o poder de vetar o que é de interesse de todos os outros. O Confaz é algo desnecessário. A ideia de fazer uma política fiscal pelo Confaz é errada, porque é o *locus* inadequado. O professor Alcides Jorge Costa diz, para quem quiser ouvir: “Acabem com o Confaz, joguem aquela turma no mar”. É um órgão que não cumpre mais sua função.



ConJur — A proposta de Súmula Vinculante 69, do Supremo Tribunal Federal, pretende acabar com a guerra fiscal. Qual é a sua opinião?

Fernando Facury Scaff — Nós fizemos uma manifestação sobre ela no site do Supremo, quando acorte abriu para manifestações. O fato é que o assunto é uma montanha de cascas de banana. Uma delas é o problema dos estados, que não querem perder as empresas que estão lá instaladas. O segundo problema é a questão da retroação, ou seja: se o Supremo editar essa súmula sem modular os efeitos, todos os incentivos fiscais estariam revogados. Os estados teriam, então, que cobrar o valor retroativamente.

ConJur — O que aconteceria se eles não cobrassem?

Fernando Facury Scaff — O governador seria punido. A última coisa que um governador vai querer, hoje, é ter as suas contas condenadas. Até porque quem não tem as contas aprovadas torna-se inelegível. Ele pode até entrar com as execuções fiscais e as deixar na gaveta, mas terá de fazer alguma coisa. Outro problema seria contabilizar o passivo que as empresas teriam a partir de então. Se a súmula não for modulada, ela terá efeitos para trás, cinco anos ou mais. Se ela ficar só nos efeitos imediatos, já vai haver uma explosão de preços. O correto é modular para a frente, após um exercício fiscal de um calendário de Imposto de Renda. Em uma visão conservadora, poderia ser colocado o marco inicial em 1º de janeiro de 2013. Em uma visão mais adequada, o correto seria 1º de janeiro de 2014.

ConJur — É possível brigar na Justiça contra essa cobrança retroativa mesmo que o Supremo decida por não modular a súmula?

Fernando Facury Scaff — Sim. O contribuinte cumpriu a lei. Não precisa dizer mais nada além disso. O contribuinte que está no estado de Goiás, que tem mais de 25 incentivos fiscais diferentes, está cumprindo a lei atual, que está em vigor e não é inconstitucional. Não pode pagar por isso, é simples.

ConJur — Como o senhor vê a proposta de uma nova regulamentação para a mineração?

Fernando Facury Scaff — A situação é muito curiosa. Primeiro, porque o Ministério de Minas e Energia há mais de dois anos declara que “em 15 dias virá à luz o novo marco regulatório da mineração”. Mas há mais de dois anos eles dizem isso. Recentemente, houve um congresso de Direito Minerário em Salvador. O pessoal do MME e do DNPM [*Departamento Nacional de Produção Mineral*] estava lá, além de advogados privados. Vários advogados do DNPM e procuradores do MME disseram que nunca tinham visto o projeto. Ninguém sabe onde está. O que se tem de concreto são alguns balões de ensaio que foram divulgados pela imprensa e alguns *slides* que estão no site do MME. Parece que a grande mudança vai ser o aumento do custo de *royalties* e o fato de que, em vez de a área de exploração ser de quem chega primeiro, passaria a ser quem tem condições de explorar. Para isso, seriam feitos leilões de exploração. Mas nada está muito claro.

ConJur — O modelo de exploração de minério ficaria mais parecido com o do petróleo?

Fernando Facury Scaff — Em termos, mas é preciso ter cautela com essa comparação. Funcionaria da seguinte maneira: a empresa fica autorizada a pesquisar. Ela pega uma área qualquer e investe milhões de dólares para estudar aquilo e saber se embaixo daquela superfície tem minério de qualidade e com quantidade para exploração. O que parece estar sendo projetado é que, se a companhia encontra minério, não vai ser ela, necessariamente, que vai explorar. Vai ser licitado. Hoje em dia, é de quem encontrar.

ConJur — E o investimento em pesquisa não vai ser ressarcido?

Fernando Facury Scaff —



Pois é. O governo vai fazer licitação da lavra e, caso a empresa que pesquisou não ganhe a licitação, nunca vai ser indenizada dos milhões que gastou. Se a mineradora "A" pesquisou e a mineradora "B" ganhou a licitação, por que a primeira vai investir em pesquisa? Só valeria a pena investir na exploração. Mas estou falando com base apenas em notícias e nos *slides*. Ninguém viu o projeto ainda.

ConJur — Esse modelo hipotético não assemelha a mineração à exploração de petróleo e gás?

Fernando Facury Scaff — Não dá para comparar petróleo com mineração. Isso é um erro muito comum. A cadeia do petróleo é diferente da de mineração. A cadeia do petróleo, no Brasil, começa na exploração do mar ou em terra e é completamente internalizada. Um único produto é fracionado e vai dar gasolina, óleo diesel, querosene de aviação, gasolina de aviação. Tudo sai da mesma torneira e segue para a refinaria. A parte tributária, como é mercadoria interna, fica toda na refinaria: ICMS, PIS, Cofins e Cide. No posto de gasolina, ninguém está preocupado com ICMS, que já foi cobrado na refinaria. É um setor que produz e é internalizado, portanto, gera impostos altos, grande arrecadação e movimentos de enormes quantidades de valores. Já a mineração tem uma montanha de diferentes produtos, vai de tijolo e argila até diamante.

ConJur — E cada produto sai de uma torneira.

Fernando Facury Scaff — Isso é a primeira coisa. Outra é que grande parte disso vai para a exportação, onde não tem tributação e tem acúmulo de créditos de ICMS. São cadeias diferentes de negócios diferentes. Elas têm encargos diferentes, muito porque uma opera para dentro e a outra para fora — em se tratando das grandes mineradoras. O que estão tentando fazer é equiparar coisas que não são iguais. No caso do petróleo, você tem uma pesquisa desenvolvida pela Petrobras, que é uma estatal.

ConJur — O Ministério de Minas e Energia parece deixar de lado a mineração ou dar muita atenção ao petróleo e às hidrelétricas. O que a energia dá a mais para o Executivo que a mineração não dá?

Fernando Facury Scaff — Não sou capaz de te dizer, mas a pista que posso deixar é que a Petrobras é estatal. Energia tem um outro tipo de demanda da sociedade e um preço muito político. Há uma questão muito nevrálgica da energia elétrica, ao contrário da mineração, que é pulverizada.

ConJur — As mineradoras têm enfrentado problemas com a insegurança jurídica de adquirir terras de quilombolas ou de indígenas?

Fernando Facury Scaff — Esse problema existe até porque as áreas não estão devidamente demarcadas, o que é quilombola, o que é indígena. Nós temos clientes com problemas de várias naturezas, inclusive casos em que houve bloqueio de linha férrea por índios. A Justiça tem funcionado bem. Justiça e negociação.

ConJur — O que se negocia?

Fernando Facury Scaff — Nos casos de indenização, é simples. Muitas vezes, a demanda é a construção de uma estrada, a construção de um hospital ou de uma escola. É aquilo que se chama de compensação socioambiental. Se as empresas não negociassem para conceder essas composições, não conseguiriam licenças ambientais.

ConJur — Como o Ministério Público se coloca nessas negociações?

Fernando Facury Scaff — Como ativista desse tipo de procedimento. Ele não é isento, ele se posiciona



a favor das minorias, mas, às vezes, não ouve o que as minorias querem e acaba decidindo no lugar delas.

ConJur — Há dados que mostram que a mineração brasileira teve um aumento de 550% em dez anos.

Fernando Facury Scaff — A grande demanda deve ser de ferro para a China. Nós estamos mandando ferro para construir a China. O país tem um plano de expansão interno de 65% e isso implica construção, e construção demanda ferro, cobre, petróleo.

ConJur — Esse crescimento também se deve à nossa construção civil?

Fernando Facury Scaff — São mercados diferentes. No mercado exportador, temos a Vale, com o ferro. Já para o mercado interno, temos diversas empresas menores.

ConJur — Seu escritório tem clientes de que tipo?

Fernando Facury Scaff — Quem chega são as grandes. Estamos com as portas abertas para as pequenas, fazemos qualquer negócio. Mas quem costuma bater à minha porta são as grandes.

ConJur — A banca tem sedes em oito estados, com atuação principalmente na região Norte. Há planos de abrir novas unidades?

Fernando Facury Scaff — Estamos analisando abrir em Belo Monte, no Pará, que, possivelmente, será um polo importante para chegarmos a Altamira. Temos uma característica curiosa: enquanto os escritórios saem do centro para a periferia, estamos fazendo o inverso. Saímos de Belém para chegar em São Luís, Brasília, Manaus, São Paulo, Rio de Janeiro, Macapá, Porto Velho, Santarém e Parauapebas. Sempre por demanda de cliente, que pede assistência local.

ConJur — Cada sede tem advogados do próprio estados ou há remanejamentos?

Fernando Facury Scaff — Contratamos nos próprios estados.

ConJur — O que o professor de Direito Tributário precisa ensinar a seus alunos?

Fernando Facury Scaff — Que eles devem se preocupar com contabilidade e sair daquele discurso de que o Direito é o centro do universo e as outras coisas são periféricas. O professor não ensina contabilidade, mas deve explicar, por exemplo, que há uma diferença entre bens de uso e consumo e material permanente. Se o aluno não entende isso, ele não vai entender ICMS e crédito.

Date Created

15/07/2012