

10 de maio de 2021

## NOTÍCIAS

### 1. A EXCLUSÃO DO ICMS DO PIS COFINS PARA O SETOR SUCROALCOOLEIRO

Por Fábio Pallaretti Calcini

Nos tempos atuais há enorme expectativa quanto ao julgamento pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do Recurso Extraordinário 574.706/PR-RG, com relação ao recurso de embargos de declaração interposto pela Procuradoria da Fazenda Nacional.

Neste texto não pretendemos explorar este aspecto, mas a dúvida existente quanto à aplicabilidade ou não, para o setor sucroalcooleiro, do precedente vinculante no RE, do Supremo Tribunal Federal, o qual decidiu em 15 de março de 2017 no sentido de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins" (Tema 69).

Em referido julgamento, em linhas gerais, o que se decidiu pelo Supremo Tribunal Federal tem como premissa a impossibilidade de se incluir na tributação para fins de PIS e Cofins, quanto ao faturamento e/ou receita bruta, tributos da esfera da competência de outros entes da federação — ICMS, por exemplo —, uma vez que não integrariam o patrimônio de forma definitiva do contribuinte.

Possível reconhecer, assim, que as razões de decidir em linhas gerais estão firmadas na premissa de que o ICMS não deve compor a base de incidência de do PIS/Cofins. Ao se exigir, portanto, PIS e Cofins das pessoas jurídicas seria inconstitucional incluir o ICMS neste recolhimento.

Muito bem. Aqui surge uma questão para o setor sucroalcooleiro e a produção de etanol.

Isto porque, como é de conhecimento, nos termos da Lei nº 9.718/98, ao tratar da venda do álcool para fins carburantes, há previsão no sentido de que o "produtor, o importador e o distribuidor de que trata o caput deste artigo poderão optar por regime especial de apuração e pagamento da contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins, no qual as alíquotas específicas das contribuições são fixadas" por metro cúbico (artigo 5º, § 4º)[1] — [2].

Tal regime especial quanto à tributação de PIS/Cofins nas operações de produção e respectiva comercialização de venda, atualmente, possui, nos termos do Decreto n. 6.573/2008[3], os seguintes coeficientes:

Art. 1º O coeficiente de redução das alíquotas da Contribuição para o PIS/PASEP e da Contribuição

1

**10 de maio de 2021**

para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, de que trata o § 8º do art. 5º da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, aplicável às alíquotas específicas de que trata o § 4º do art. 5º, fica fixado em: (Redação dada pelo Decreto nº 9.101, de 2017)

I - zero para produtor ou importador; e (Redação dada pelo Decreto nº 9.101, de 2017)

II - 0,6611 (seis mil, seiscentos e onze décimos de milésimo) para o distribuidor. (Redação dada pelo Decreto nº 9.112, de 2017)

Daí porque temos no art. 2º, do Decreto n. 6.573/2008, o valor devido a título de PIS e Cofins a ser recolhido:

I - R\$ 23,38 (vinte e três reais e trinta e oito centavos) e R\$ 107,52 (cento e sete reais e cinquenta e dois centavos) por metro cúbico de álcool, no caso de venda realizada por produtor ou importador; e (Redação dada pelo Decreto nº 9.101, de 2017)

II - R\$ 19,81 (dezenove reais e oitenta e um centavos) e R\$ 91,10 (noventa e um reais e dez centavos) por metro cúbico de álcool, no caso de venda realizada por distribuidor. (Redação dada pelo Decreto nº 9.112, de 2017)

Vale lembrar que referida sistemática de tributação do PIS/Cofins, conforme artigo 5º, § 10, da Lei n. 9.718/98, impõe que a aplicação dos coeficientes, "não poderá resultar em alíquotas da

Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins superiores a, respectivamente, 1,65% (um inteiro e sessenta e cinco centésimos por cento) e 7,6% (sete inteiros e seis décimos por cento) do preço médio de venda no varejo". Por sua vez, o § 11, do artigo 5º, estabelece que o "preço médio a que se refere o § 10 deste artigo será determinado a partir de dados colhidos por instituição idônea, de forma ponderada com base nos volumes de álcool comercializados nos Estados e no Distrito Federal nos 12 meses anteriores ao da fixação dos coeficientes de que tratam os §§ 8o e 9o deste artigo".

Ocorre, porém, que a Receita Federal, equivocadamente, editou Solução de Consulta Solução de Consulta nº 177 — Cosit, datada de 31 de maio de 2019, nos seguintes termos:

"CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL — COFINS. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DA COFINS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 574.706/PR. FATURAMENTO. INCIDÊNCIA POR UNIDADE DE MEDIDA. NÃO APLICABILIDADE."

Em relação à exclusão do ICMS da base de cálculo da Cofins de que trata a decisão proferida pelo STF em sede do RE nº 574.706/PR: a) alcança somente as hipóteses nas quais o faturamento ou a receita bruta faz parte da base de cálculo da Cofins; e b) não é autorizada nas hipóteses em que a pessoa jurídica optante pelo regime especial de que trata o § 4º do artigo 5º da Lei nº 9.718, de 1998, apura o valor devido dessa contribuição aplicando

2

10 de maio de 2021

alíquotas específicas ou ad rem sobre volume (medido em metros cúbicos) por ela comercializado.

Deste modo, sob a ótica da Receita Federal, aquelas pessoas jurídicas que realizam a opção prevista no art. 5º, da Lei n. 9.718/98, não poderiam aplicar o precedente vinculante do Supremo Tribunal Federal a fim de excluir o ICMS da base de cálculo do PIS/Cofins.

Entendemos que o posicionamento firmado em referida Solução de Consulta pela Receita Federal não se sustenta.

A primeira razão, embora exista uma sistemática de tributação relacionada ao metro cubico, tais contribuições continuam a ter por fundamento o artigo 195, I, b, da Constituição Federal, exatamente o texto constitucional que serve de principal razão de decidir para o julgamento do Supremo Tribunal Federal.

Não se trata de outro tributo, muito menos de fundamento constitucional de incidência diverso.

Como segunda razão, cabe lembrar que, na essência, as razões de decidir do Supremo Tribunal Federal no RE 574.706 estão claramente vinculadas à impossibilidade de um tributo, no caso do PIS e da Cofins, sofrer em sua cobrança a inclusão de um tributo de competência de outro Estado, ou seja, o ICMS. Equivale dizer: a

tributação de PIS e Cofins incide sobre o valor pago pelo álcool sem inclusão do ICMS.

Ora, a tributação sobre o valor do metro cúbico não deixa de ser o preço (valor) praticado pela comercialização da mercadoria, no caso, o álcool para fins carburantes, de tal sorte que ingressa no patrimônio do contribuinte é uma receita. Mais do que isso, é o que enuncia o § 11, do artigo 5º, da Lei n. 9.718/98, quanto ao preço, ou seja, pois este será fixado "com base nos volumes de álcool comercializados nos Estados e no Distrito Federal nos 12 (doze) meses anteriores ao da fixação dos coeficientes".

Daí porque, se o preço que servirá de parâmetro para a tributação do PIS e Cofins leva em consideração o volume dos Estados e Distrito federal, é inegável que existe a inclusão do ICMS neste montante, compondo o valor do metro cúbico.

Neste sentido há confirmação expressa da própria Receita Federal em Nota SIC Cetad/Coest nº 089, de 8 de março de 2019, quanto ao tema "Composição do cálculo da alíquota ad rem do PIS COFINS sobre etanol", ao esclarecer que:

"3. As alíquotas do PIS/COFINS ad rem para o etanol são calculadas para buscar a arrecadação de 1,65% de PIS e 7,6% de COFINS pois este é o limite legal máximo permitido, conforme disposto no § 10 do artigo 5º da lei 9.718 de 27 de novembro de 1998. O valor que é utilizado para a

3

10 de maio de 2021

determinação das alíquotas é preço médio de venda no varejo ponderado com base nos volumes de álcool comercializado nos Estados e no Distrito Federal nos 12 (doze) meses anteriores.

4. Como o ICMS compõe preço de venda no varejo pode-se afirmar que o ICMS considerado no cálculo das alíquotas PIS/COFINS ad rem, ainda que de forma indireta, é o ICMS médio ponderado com base nos volumes de álcool comercializado nos Estados e no Distrito Federal nos 12 (doze) meses anteriores."

É fato que a Receita Federal nega, quanto ao metro cúbico, a inclusão do ICMS, porém, conforme legislação, é o coeficiente das alíquotas de PIS e Cofins, infladas pela inclusão do ICMS, que influenciarão o valor a ser exigido para tais contribuições conforme metro cúbico.

Há uma verdadeira integração entre a fixação coeficiente da alíquota e o valor do metro cúbico para fins de cobrança do PIS e COFINS na comercialização de álcool para fins carburantes, de tal sorte que, indiscutivelmente, o montante pago e tributado possui a indevida inclusão do ICMS.

Seguindo tais premissas e razões, bem como a *máxima ubi eadem ratio*, é preciso aplicar o precedente do Supremo Tribunal em referidas hipóteses para excluir o ICMS incluído no recolhimento de PIS e Cofins.

Em tais condições, ao contrário do enunciado na Solução de Consulta 177/2019, o precedente vinculante do Supremo Tribunal Federal (RE 574706) é plenamente aplicável para fins de exclusão do ICMS na tributação do PIS e Cofins, nos termos do artigo 5º, da Lei n. 9.718/98, quanto ao setor sucroalcooleiro.

[1] IN 1.911/2019: "Das Pessoas Jurídicas Optantes pelo Recob. Art. 304. Ressalvado o disposto no art. 311, podem optar por regime especial de apuração e pagamento da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins incidentes sobre Combustíveis e Bebidas (Recob) as pessoas jurídicas (Lei nº 9.718, art. 5º, § 4º, com redação dada pela Lei nº 11.727, de 2008, art. 7º; Lei nº 10.336, de 2001, art. 14, com redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005, art. 59; Lei nº 10.865, de 2004, art. 23, com redação dada pela Lei nº 11.051, de 2004, art. 28; e Lei nº 11.051, de 2004, art. 10, § 1º, com redação dada pela Lei nº 13.097, de 2015, art. 39): (...) II - produtoras, importadoras ou distribuidoras de álcool, inclusive para fins carburantes, referidas no caput do art. 5º da Lei nº 9.718, de 1998;".

[2] IN 1.911/2019: "Da Opção pelo Recob. Art. 308. A opção prevista no art. 304 será exercida por meio de aplicativo disponível no sítio da RFB na Internet, no endereço receita.economia.gov.br, até o último dia útil do mês de novembro de cada ano-calendário, produzindo efeitos, de forma irretroatável, durante todo o ano-calendário subsequente ao da opção (Lei nº 9.718, de 1998, art. 5º, § 5º, com redação dada pela Lei nº 11.727, de 2008, art. 7º; e Lei nº 10.865, de 2004, art. 23, §

4

10 de maio de 2021

1º).§ 1º Para o acesso ao aplicativo é obrigatória a assinatura digital do optante, mediante utilização de certificado digital válido.§ 2º A relação das pessoas jurídicas cuja opção pelo Recob estiver produzindo efeitos no ano-calendário estará disponível no sítio da RFB na Internet, no endereço receita.economia.gov.br (Lei nº 9.718, de 1998, art. 5º, § 6º, com redação dada pela Lei nº 11.727, de 2008, art. 7º; e Lei nº 10.865, de 2004, art. 23, § 3º). § 3º A opção de que trata o caput, quando efetuada por pessoa jurídica optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), somente produzirá efeitos na hipótese de sua exclusão desse Regime (Lei nº 9.718, de 1998, art. 5º, § 5º, com redação dada pela Lei nº 11.727, de 2008, art. 7º; e Lei nº 10.865, de 2004, art. 23, § 1º).§ 4º A pessoa jurídica optante pelo Simples Nacional no ano em curso, que for desistir dessa forma de apuração de tributos para o ano subsequente, caso deseje optar pelo Recob, deverá fazê-lo no prazo do inciso I do art. 309 (Lei nº 9.718, de 1998, art. 5º, § 5º, com redação dada pela Lei nº 11.727, de 2008, art. 7º; e Lei nº 10.865, de 2004, art. 23, § 1º). Art. 309. A opção pelo Recob produzirá efeitos a partir (Lei nº 9.718, de 1998, art. 5º, § 5º, com redação dada pela Lei nº 11.727, de 2008, art. 7º; e Lei nº 10.865, de 2004, art. 23, § 1º): I - de 1º de janeiro do ano-calendário subsequente, quando efetuada até o último dia útil do mês de novembro; II - de 1º de janeiro do ano seguinte ao ano-calendário subsequente, quando efetuada no mês de dezembro; e III - do 1º (primeiro) dia do mês de opção, quando efetuada por pessoa jurídica que iniciar suas

atividades no ano-calendário em curso. § 1º A opção de que trata o caput é irrevogável durante o ano-calendário em que estiver produzindo seus efeitos (Lei nº 9.718, de 1998, art. 5º, § 5º, com redação dada pela Lei nº 11.727, de 2008, art. 7º). § 2º A opção será automaticamente prorrogada para o ano-calendário subsequente, salvo em caso de desistência na forma do art. 310 (Lei nº 9.718, de 1998, art. 5º, § 5º, com redação dada pela Lei nº 11.727, de 2008, art. 7º). § 3º Para os efeitos do inciso III do caput, considera-se início de atividade a data de começo da (Lei nº 9.718, de 1998, art. 5º, § 5º, com redação dada pela Lei nº 11.727, de 2008, art. 7º): I - importação ou da fabricação dos produtos referidos no inciso I do art. 304; II - produção, importação ou distribuição dos produtos referidos no inciso II do 304; III - importação ou da produção dos produtos referidos no inciso III do art. 304; e IV - importação ou da fabricação do produto referido no inciso IV do art. 304.

[3] "§ 8o Fica o Poder Executivo autorizado a fixar coeficientes para redução das alíquotas previstas no caput e no § 4o deste artigo, as quais poderão ser alteradas, para mais ou para menos, em relação a classe de produtores, produtos ou sua utilização. (Incluído pela Lei nº 11.727, de 2008)."

Acesso em:

<https://www.conjur.com.br/2021-mai-07/direito-agronegocio-exclusao-icms-pis-cofins-setor-sucroalcooleiro>