



Processo nº 10240.900198/2020-14
Recurso Voluntário
Acórdão nº **3201-011.718 – 3^a Seção de Julgamento / 2^a Câmara / 1^a Turma Ordinária**
Sessão de 22 de março de 2024
Recorrente CLINERON - CLINICA RENAL DE RONDONIA LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL (COFINS)

Período de apuração: 01/04/2015 a 30/06/2015

COFINS. NÃO CUMULATIVIDADE. EXCLUSÃO DO ISS DA BASE DE CÁLCULO DA COFINS. IMPOSSIBILIDADE.

Não há determinação legal para a exclusão do ISS da base de cálculo da Cofins.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por **unanimidade** de votos, em **rejeitar a preliminar de nulidade** e, no mérito, em **negar provimento ao Recurso Voluntário**.

(documento assinado digitalmente)

Hélcio Lafetá Reis - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Ana Paula Giglio - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Hélcio Lafetá Reis (Presidente), Márcio Robson Costa, Marcos Antônio Borges (substituto integral), Mateus Soares de Oliveira, Joana Maria de Oliveira Guimarães e Ana Paula Giglio. Ausente o conselheiro Ricardo Sierra Fernandes, substituído pelo conselheiro Marcos Antônio Borges.

Relatório

Trata-se de **Recurso Voluntário** interposto em face do Acórdão nº 103-007.111, exarado pela 5^a Turma da DRJ/03, em sessão de 18/11/2021, que **não conheceu da Manifestação de Inconformidade** apresentada pela contribuinte acima identificada, relativa ao **Pedido de Ressarcimento de Cofins não cumulativo – mercado interno**, relativa ao 2º

trimestres/2015, referente a créditos na apuração da **Cofins**, vinculados ao PER/DComp nº 04411.30946.060320.1.1.19-0961, no valor de **R\$ 265.744,36**.

A Manifestação de Inconformidade (fls 16/30) foi proposta **contra o Despacho Decisório** nº 0238/2014 (fl. 12/14), que **indeferiu o pedido de ressarcimento, não homologando as compensações pleiteadas, em razão de ausência de direito ao crédito pleiteado** (“*contribuinte informa, nos arquivos da EFD-Contribuições relativos aos meses do trimestre de apuração acima indicado, que apura a Contribuição para o PIS/Pasep e a Cofins pelo regime cumulativo*”).

Na Manifestação de Inconformidade a interessada se insurgiu contra a decisão destacando o seguinte ponto:

- teria **direito ao crédito dos valores** recolhidos a título da Contribuição para o PIS/Pasep e a Cofins **incidentes sobre as parcelas do ICMS e do ISS** incluídas ilegalmente na base de cálculo da contribuição (RE nº 240.785).

Requeru a procedência do recurso e a consequente homologação integral do crédito pleiteado.

Em 18/11/2021, a 5^a turma da DRJ/03 proferiu o acórdão nº 103-007.111 onde, por **unanimidade** de votos **deixou de conhecer a Manifestação de Inconformidade** apresentada pelo interessado, não reconhecendo o direito creditório em razão de **irregularidade formal do pedido** (“*Para cada indébito tributário pleiteado, por período de apuração, deveria o contribuinte ter apresentado um Pedido Eletrônico de Restituição (PER), não sendo a DCTF o instrumento adequado para a demonstração do crédito pleiteado*”), **falta de pressupostos para reclamação administrativa** (“*o interessado não elaborou qualquer demonstrativo de levantamento do recolhimento a maior da contribuição por período de apuração*”) e **ausência de fundamentação jurídica do pedido** (“*o reclamante é prestador de serviços médicos, ambulatoriais e hospitalares, conforme Cláusula Terceira do seu Contrato Social. E, na condição de contribuinte do ISS, não está favorecido por nenhuma decisão da Suprema Corte com eficácia erga omnes, não se lhe aplicando o Tema 118 da Repercussão Geral, examinado no RE 591.616, cujo julgamento ainda não foi concluído*”).

Irresignada, a parte veio a este colegiado, através do **Recurso Voluntário** de fls 55/78, no qual alega, em síntese, **as mesmas questões** levantadas na Manifestação de Inconformidade, acrescentando o seguinte ponto:

- preliminar de **nulidade do Acórdão de primeira instância** tendo em vista que teria sido demonstrado na ocasião seu direito creditório utilizado nas compensações formalizadas, além de reiterar a possibilidade de compensação de créditos tributários antes do transito em julgado da decisão judicial relativa ao ISS na base de cálculo do PIS/Pasep e Cofins.

É o relatório.

Voto

Conselheira Ana Paula Giglio, Relatora.

Admissibilidade do recurso

O Recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, de sorte que dele se pode tomar conhecimento.

Da Preliminar de Nulidade

Inicialmente, cabe mencionar que embora a 5^a Turma de Julgamento da DRJ/03 não tenha conhecido da Manifestação de Inconformidade em razão de: “*Inadequação formal absoluta do pedido e de irregularidade formal da reclamação*” o Acórdão deixa bastante claro que ainda que o pedido tivesse sido elaborado de forma adequada, não haveria base legal que o pudesse amparar.

A discordância da Interessada com o entendimento exarado no Acórdão de primeira instância refere-se ao mérito do recurso, uma vez que a nulidade refere-se a questões formais ou materiais que tornem a decisão inválida, o que não ocorreu no caso dos presentes autos, uma vez que o Acórdão objeto do recurso não violou norma processual alguma.

Os arts. 59 a 61 do Decreto n. 70.235, de 1972, dispõem o seguinte sobre as nulidades:

“Art. 59. São nulos:

I. os atos e termos lavrados por **pessoa incompetente**;

II. os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com **preterição do direito de defesa**.

§1. A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§2. Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§3 Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e **serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo**, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.

Art. 61. A nulidade será **declarada pela autoridade competente** para praticar o ato ou julgar a sua legitimidade.”

(Destacou-se)

Não se verifica, portanto, a existência de qualquer nulidade no Acórdão de primeira instância.

Da Impossibilidade de Dedução do ISS da Base de Cálculo do PIS/Cofins

Em relação ao mérito do pleito, destaca-se que o contribuinte é **optante pelo lucro real e se sujeita à incidência não cumulativa do PIS e da Cofins**. Conforme determinam o caput do art. 1º das Leis nº 10.637, de 2002 (PIS) e da Lei nº 10.833, de 2003 (Cofins), que instituíram a cobrança não-cumulativa, ambas as contribuições têm como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil (redação do art. 1º antes da alteração promovida pela Lei nº 12.937/2014). **Tais leis preveem, no §3º, do art. 1º, casos em que algumas receitas deixam de integrar a base de cálculo das contribuições, sem que o ISS apareça como uma dessas hipóteses.**

Cabe mencionar que embora o pedido da interessada fale em exclusão do ICMS e ISS da base de cálculo do PIS/Cofins, a empresa, pelas atividades que desempenha, é contribuinte do ISS, não havendo o que se falar em relação ao ICMS. Conforme mencionado na decisão *a quo*: “*cumpre observar que o reclamante é prestador de serviços médicos, ambulatoriais e hospitalares, conforme Cláusula Terceira do seu Contrato Social. E, na condição de contribuinte do ISS, não está favorecido por nenhuma decisão da Suprema Corte com eficácia erga omnes, não se lhe aplicando o Tema 118 da Repercussão Geral, examinado no RE 591.616, cujo julgamento ainda não foi concluído*”.

Além disso, o contribuinte não ajuizou ação judicial que pudesse assegurar-lhe o reconhecimento do direito creditório, de modo que se encontra à mingua de fundamento jurídico para sustentar o seu pedido.

A legislação referente ao PIS/Pasep e à Cofins, desde a sua instituição até a presente data, não apresenta qualquer embasamento legal permitindo a exclusão pretendida, porquanto o ISS é imposto incidente sobre o preço dos serviços prestados, integrando a receita bruta ou faturamento da empresa. Quisesse o legislador contemplar os valores correspondentes ao ISS com o benefício da exclusão da base de cálculo, este o teria feito de forma expressa, determinando a incidência das contribuições sobre a receita líquida.

Portanto, a exclusão do ISS da base de cálculo das contribuições depende de expressa previsão legal, a qual não existe, razão pela qual o imposto apurado não pode ser deduzido. Sendo o faturamento do contribuinte a prestação de serviços e o ISS imposto calculado “por dentro”, ele obviamente compõe o preço e, consequentemente, o faturamento.

Ressalte-se que, no julgamento do mérito da Repercussão Geral RE 574.706/PR, o STF fixou a seguinte tese: “O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins”. Entretanto, o referido julgado não se aplica ao ISS. Não há como estender a interpretação do julgamento para além de seu objeto. Este Conselho está vinculado à legalidade estrita (art. 150, I, CF). Por outro lado, a matéria referente à inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da Cofins teve repercussão geral reconhecida, no RE 592.616/RS (Tema 118/STF):

ISS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO AO PIS E DA COFINS. CONCEITO DE FATURAMENTO. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

Esse tema ainda não teve julgamento, conforme informou a Corte em 24/08/2020:

Após o voto do Ministro Celso de Mello (Relator), que conhecia parcialmente do recurso extraordinário e, nessa extensão, dava-lhe provimento unicamente para excluir da base de cálculo das contribuições referentes ao PIS e à COFINS o valor arrecadado a título de imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISS), deixando de conhecer, no entanto, por traduzir matéria infraconstitucional, o pleito concernente à pretendida compensação tributária, aplicando à verba honorária a Súmula 512/STF, reafirmada pelo art. 25 da Lei nº 12.016/2009, e fixava a seguinte tese (tema 118 da repercussão geral): "O valor correspondente ao ISS não integra a base de cálculo das contribuições sociais referentes ao PIS e à COFINS, pelo fato de o ISS qualificar-se como simples ingresso financeiro que meramente transita, sem qualquer caráter de definitividade, pelo patrimônio e pela contabilidade do contribuinte, sob pena de transgressão ao art. 195, I, 'b', da Constituição da República (na redação dada pela EC nº 20/98)", pediu vista dos autos o Ministro Dias Toffoli (Presidente).

Em virtude da inexistência de decisão, não há falar-se em vinculação deste Colegiado, nos termos do art. 62, § 1º, II, "b":

b) Decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, em sede de julgamento realizado nos termos dos arts. 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei nº 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil, na forma disciplinada pela Administração Tributária;

Em suma, **a legislação não prevê a exclusão do ISS da base de cálculo da Cofins**, tampouco se tem **decisão vinculante a este Conselho**. Deve, portanto, ser **negado provimento ao pleito da Recorrente**.

Conclusão

Diante do exposto, voto no sentido de **não acolher a preliminar de nulidade e negar provimento ao Recurso Voluntário**.

(documento assinado digitalmente)

Ana Paula Giglio