



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
SEGUNDA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 16095.000191/2009-84
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2301-004.449 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 27 de janeiro de 2016
Matéria COOPERATIVA DE TRABALHO
Recorrente COOPERCAIXA - COOPERATIVA PAULISTANA DE CAIXAS E CHAPAS DE PAPELÃO ONDULADO
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2006 a 31/12/2006

COOPERATIVA. REMUNERAÇÃO PAGA AO COOPERADO. FATO GERADOR DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. OBRIGAÇÃO DO RECOLHIMENTO.

Sobre a remuneração paga e/ou creditada, pela cooperativa ao cooperado - contribuinte individual - incide contribuição previdenciária. Pelo que a cooperativa está obrigada ao recolhimento desta, na forma e no prazo estabelecidos em lei.

COOPERATIVA. VENDA DE PRODUTO NÃO É ATO COOPERATIVO. EQUIPARAÇÃO À EMPRESA. VALOR PAGO A OUTRA COOPERATIVA PELA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. FATO GERADOR DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. OBRIGAÇÃO DO RECOLHIMENTO.

A venda de produto a terceiros por uma cooperativa não se constitui ato cooperativo e, por conseguinte, a mesma equipara-se à empresa no que se refere às obrigações previdenciárias. Assim, sobre o valor dos serviços pago e/ou creditado pela cooperativa a uma outra cooperativa, incide a contribuição previdenciária. Pelo que a cooperativa está obrigada ao recolhimento dessa contribuição, na forma e no prazo estabelecidos em lei.

PROCESSO ADMINISTRATIVO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. IMPOSSIBILIDADE.

Descabe reconhecer e declarar, no âmbito administrativo, a inconstitucionalidade de dispositivos legais assim não declarados pelos órgãos jurisdicionais e políticos competentes, nem reconhecido pela Chefia do Poder.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto do relator.

João Bellini Junior - Presidente

Julio Cesar Vieira Gomes - Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros: JOAO BELLINI JUNIOR, JULIO CESAR VIEIRA GOMES, ALICE GRECCHI, IVACIR JULIO DE SOUZA, NATHALIA CORREIA POMPEU, LUCIANA DE SOUZA ESPINDOLA REIS, AMILCAR BARCA TEIXEIRA JUNIOR e MARCELO MALAGOLI DA SILVA.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra decisão de primeira instância que julgou procedente o lançamento fiscal com ciência em 23/11/2011. O crédito tributário decorre de desconsideração de ato cooperativo em razão da prática de suposto ato mercantil. Segue transcrição de trechos da decisão recorrida:

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias Período de apuração: 01/01/2006 a 31/12/2006 COOPERATIVA. REMUNERAÇÃO PAGA AO COOPERADO. FATO GERADOR DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. OBRIGAÇÃO DO RECOLHIMENTO.

Sobre a remuneração paga e/ou creditada, pela cooperativa ao cooperado - contribuinte individual - incide contribuição previdenciária. Pelo que a cooperativa está obrigada ao recolhimento desta, na forma e no prazo estabelecidos em lei.

COOPERATIVA. VENDA DE PRODUTO NÃO É ATO COOPERATIVO. EQUIPARAÇÃO À EMPRESA. VALOR PAGO A OUTRA COOPERATIVA PELA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. FATO GERADOR DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. OBRIGAÇÃO DO RECOLHIMENTO.

A venda de produto a terceiros por uma cooperativa não se constitui ato cooperativo e, por conseguinte, a mesma equipara-se à empresa no que se refere às obrigações previdenciárias. Assim, sobre o valor dos serviços pago e/ou creditado pela cooperativa a uma outra cooperativa, incide a contribuição previdenciária. Pelo que a cooperativa está obrigada ao recolhimento dessa contribuição, na forma e no prazo estabelecidos em lei.

PROCESSO ADMINISTRATIVO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. IMPOSSIBILIDADE.

Descabe reconhecer e declarar, no âmbito administrativo, a inconstitucionalidade de dispositivos legais assim não declarados pelos órgãos jurisdicionais e políticos competentes, nem reconhecido pela Chefia do Poder.

ACRÉSCIMOS LEGAIS.

Sobre as contribuições previdenciárias não recolhidas incidem juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC e multa de mora.

MULTA. ALTERAÇÃO LEGISLATIVA. RETROATIVIDADE BENIGNA.

A lei aplica-se a fato pretérito quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo de sua

prática. O cálculo para a aplicação da multa mais benéfica ao contribuinte deverá ser efetuado no momento do pagamento, parcelamento ou execução do crédito, comparando-se a legislação atual e a vigente à época dos fatos geradores.

..

i) constituem fatos geradores dessas contribuições as remunerações pagas e/ou creditadas aos seus cooperados (segurados contribuintes individuais), e os valores pagos e/ou creditados às cooperativas de trabalho COOPERMAX e COOPERNAT;

ii) foram declarados na Guia de Recolhimento do FGTS e de Informações à Previdência Social - GFIP somente as remunerações pagas e/ou creditadas aos segurados cooperados, mas que informou incorretamente a categoria 17 (contribuinte individual cooperado que presta serviço a empresas contratantes da cooperativa de trabalho), quando o correto deveria ser 13 (contribuinte individual-trabalhador associado à cooperativa de produção), exceto os cooperados com múltiplo vínculos;

iii) os valores pagos às cooperativas COOPERMAX e COOPERNAT não foram declarados em GFIP, mas que os mesmos constaram da DIRF - Declaração do Imposto de Renda Retido na Fonte, sob o código 3280 IRRF- Remuneração de Serviços Prestados Por Associado de Cooperativa de Trabalho;

iv) embora tenha sido inicialmente constituída como cooperativa de trabalho, opera como de produção, uma vez que verificou-se vendas de produtos de fabricação própria e que não há lançamento de receitas pela prestação de serviços, conforme constatado nos registros contábeis de 2006;

Contra a decisão, o recorrente interpôs recurso voluntário, onde se reiteram as alegações trazidas na impugnação:

- sofreu fiscalização que culminou na lavratura de Auto de Infração, subscrito pela fiscal de rendas Sra. Maria Teresa Malvadosi;

- ao contrário do asseverado pela fiscal, é a cooperativa que presta serviços aos seus associados, por expressa disposição de lei, no caso, artigos 4.º e 7.º da Lei nº 5.764/71;

- o item III do art. 10 do Decreto nº 70.235/72 prevê que o Auto de Infração deverá conter a descrição do fato, ou seja, a motivação, sob pena de nulidade;

- não existe correlação entre os fatos narrados e a infração imputada, o que vem provar a ausência de motivação;

- quando a Lei nº 8.212/91 equipara a cooperativa à empresa, o faz nos exatos termos do art. 91 da Lei nº 5.764/71, isto é, em relação aos empregados da cooperativa, mas que a impugnante não possui empregados;

- as cooperativas atuam como representantes dos cooperados, os quais são autônomos;

- as cooperativas não podem ser confundidas com as sociedades empresariais, uma vez que não objetivam o lucro, mas sim sobras líquidas e, que, nos termos da lei civil, são consideradas sociedades simples, consoante o parágrafo único do art. 982 do Código Civil;

- o Poder Executivo incluiu no art. 9.º do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048/1999, a previsão de que o cooperado integra o conceito de contribuinte individual, sem que a Lei nº 8.212/1991 assim determinasse;

- sua federação - FETRABALHO - efetuou consulta perante a Gerência Executiva São Paulo Sul do INSS (doe. 09), a qual reconheceu a não incidência da contribuição previdenciária pela "cota patronal" da Cooperativa de produção, e reconheceu, também, a não incidência da contribuição previdenciária nos atos praticados pelas cooperativas entre si quando forem associadas.

- a resposta à tal consulta está embasada na Instrução Normativa nº 100/2003;

- o inciso IV do art. 22 da Lei nº 8.212/1991 instituiu a contribuição previdenciária para a empresa tomadora de serviços de cooperativa, mas que a impugnante não é empresa e que as cooperativas aduzidas são sócias da impugnante, nos termos do art. 79 da Lei nº 5.764/71, razão pela qual não está obrigada ao recolhimento dessa contribuição, consoante consulta referida;

- a Justiça Federal já analisou o alcance do art. 79 da Lei nº 5.764/71, ao declarar que não há relação jurídica tributária entre o Fisco e a COOPERCAIXA, no que diz respeito ao PIS/COFINS (doe. 14);

- não há que se falar de multa e juros de mora, pois o acessório segue a sorte do principal, de modo que não havendo o principal os valores lançados a título de acréscimos legais devem ser anulados;

- não houve omissão de fato gerador na GFIP, uma vez que o Manual GFIP/SEFIP não distingue cooperativa de produção da cooperativa de trabalho, além do que o valor da multa está embasado em artigo revogado (art. 32, § 5.º, da Lei nº 8.212/1991);

- não se sabe porque a fiscalização ignorou as informações prestadas no sentido que o cooperado Sérgio Luis Madjarof é sócio da empresa Imporpel Ind. e Com. De Papéis Lida. e recolhe a contribuição pelo teto;

- os demais cooperados citados (Ricardo do Nascimento, José Carlos Del Gemo e Edson Abe) eram matriculados pela sócia COOPERNAT, razão pela qual não constaram da GFIP da impugnante;

- a partir de 10/2006 esses cooperados subscreveram cotas da impugnante e então passaram a sofrer as retenções, contudo, recolheram a contribuição previdenciária conforme GFIP apresentada pela COOPERNAT;
- atendeu a solicitação fiscal e retificou a GFIP/2006 para incluir Sérgio Luis Madjarof (doe. 15, 16 e 17);
- o valor correto da multa é de R\$ 500,00, conforme inciso II do § 3º do art. 32-A da Lei nº 8.212/1991, em aplicação da retroatividade mais benigna; e - em relação aos cooperados de múltiplos vínculos as multas estão capituladas no art. 35, já revogado, da Lei nº 8.212/1991, mas que deve ser aplicado o 35-A, o qual remete ao art. 44 da Lei nº 9.430/1996.

E também que pratica ato mercantil que implique afastar-se suas atividades do conceito de ato cooperativo. No caso, sustenta que presta serviço na produção de papelão ondulado e caixas de papelão sobre matéria-prima fornecida pelo encomendante. Todos que participam da produção são cooperados, remunerados pelo rateio proporcionalmente ao serviço prestado por cada um. A cooperativa seria um meio para a prática do ato cooperativo e não o contrário. A recorrente junta vários documentos para demonstrar suas alegações, dentre os quais o contrato para regular a facção de produtos com a empresa industrial e comercial Casablanca Indústria e Comércio de Embalagens Ltda, fls. 722.

O julgamento foi convertido em diligência para que se fossem esclarecidas as operações realizadas pela recorrente à luz dos documentos juntados. Segue transcrição da resolução:

Antes do exame das questões preliminares e de mérito, é necessário que se esclareça um fato importante para o julgamento. É que a definição de ato cooperativo e sua aplicação ou não ao presente caso tem estreita relação com os fundamentos a serem adotados e a correspondente conclusão.

...

Para demonstrar suas alegações, a recorrente trouxe aos autos documentos que esclarecem a natureza das prestação de serviços, sobretudo a comprovação de fornecimento de matéria-prima pelo encomendante, fls. 682 (ilustração representativa das operações), fls. 722 e seguintes (contrato de encomenda com fornecimento de matéria-prima).

Assim, para melhor compreensão dos fatos, penso ser cabível uma diligência, a fim de que a fiscalização explique detalhadamente as operações realizadas pela recorrente, a fim de justificar sua conclusão acerca da ausência de ato cooperativo:

Ocorre que, conforme já demonstramos alhures, a Autuada pratica atos não cooperativos, consistentes na venda de produtos. E, que, por via de consequência, o reconhecimento de que fala a Autuada não alcança os valores pagos pelos serviços prestados por outra cooperativa.

Diante do exposto, voto no sentido de converter o julgamento em diligência para os esclarecimentos solicitados e seja oportunizado ao recorrente o direito de manifestação no prazo

Processo nº 16095.000191/2009-84
Acórdão n.º **2301-004.449**

S2-C3T1
Fl. 814

*de 30 dias sobre o relatório conclusivo a ser redigido pela
fiscalização.*

O relatório de diligência afirma que a suposta cooperativa de trabalho sequer emite nota fiscal de serviço contra clientes. O que se constata é que de fato seria uma cooperativa de produção e venda de produtos, fls. 792 e seguintes.

O recorrente não se manifestou sobre o resultado da diligência.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Julio Cesar Vieira Gomes, Relator

Comprovado nos autos o cumprimento dos pressupostos de admissibilidade do recurso, passo ao exame das questões preliminares.

Das preliminares

Quanto aos requisitos formais

O procedimento da fiscalização e formalização da autuação cumpriram todos os requisitos dos artigos 10 e 11 do Decreto nº 70.235, de 06/03/72, *verbis*:

Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterà obrigatoriamente:

I - a qualificação do autuado;

II - o local, a data e a hora da lavratura;

III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias;

VI - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

Art. 11. A notificação de lançamento será expedida pelo órgão que administra o tributo e conterà obrigatoriamente:

I - a qualificação do notificado;

II - o valor do crédito tributário e o prazo para recolhimento ou impugnação;

III - a disposição legal infringida, se for o caso;

IV - a assinatura do chefe do órgão expedidor ou de outro servidor autorizado e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

O recorrente foi devidamente intimado de todos os atos processuais, assegurando-lhe a oportunidade de exercício da ampla defesa e do contraditório, nos termos do artigo 23 do mesmo Decreto:

Art. 23. Far-se-á a intimação:

I - pessoal, pelo autor do procedimento ou por agente do órgão preparador, na repartição ou fora dela, provada com a assinatura do sujeito passivo, seu mandatário ou preposto, ou,

*no caso de recusa, com declaração escrita de quem o intimar;
(Redação dada pela Lei nº 9.532, de 10.12.1997)*

*II - por via postal, telegráfica ou por qualquer outro meio ou via,
com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo
sujeito passivo; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 10.12.1997)*

*III - por edital, quando resultarem improficuos os meios
referidos nos incisos I e II. (Vide Medida Provisória nº 232, de
2004)*

A decisão recorrida também atendeu às prescrições que regem o processo administrativo fiscal: enfrentou todas as alegações do recorrente, com indicação precisa dos fundamentos e se revestiu de todas as formalidades necessárias. Não contém, portanto, qualquer vício que suscite sua nulidade, passando, inclusive, pelo crivo do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

Art. 31. A decisão conterá relatório resumido do processo, fundamentos legais, conclusão e ordem de intimação, devendo referir-se, expressamente, a todos os autos de infração e notificações de lançamento objeto do processo, bem como às razões de defesa suscitadas pelo impugnante contra todas as exigências. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 9.12.1993).

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. NULIDADE DO ACÓRDÃO. INEXISTÊNCIA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. SERVIDOR PÚBLICO INATIVO. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. SÚMULA 188/STJ.

1. Não há nulidade do acórdão quando o Tribunal de origem resolve a controvérsia de maneira sólida e fundamentada, apenas não adotando a tese do recorrente.

2. O julgador não precisa responder a todas as alegações das partes se já tiver encontrado motivo suficiente para fundamentar a decisão, nem está obrigado a ater-se aos fundamentos por elas indicados “. (RESP 946.447-RS – Min. Castro Meira – 2ª Turma – DJ 10/09/2007 p.216)

Portanto, em razão do exposto e nos termos de regras disciplinadoras do processo administrativo fiscal, não se identificam vícios capazes de tornar nulo quaisquer dos atos praticados:

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.

Quanto ao mérito

De fato, tanto no procedimento fiscal quanto na diligência que o sucedeu ficou suficientemente demonstrado nos autos do processo que a recorrente se confunde com o conceito de cooperativa de trabalho. Não é a utilização como mão de obra de pessoas

organizadas em cooperativa que a caracteriza como cooperativa de trabalho, mas a natureza de sua atividade perante terceiros. Melhor dizendo, será cooperativa de trabalho quando a entidade presta serviços para seus clientes por intermédio de cooperados. Quando sua atividade é a fabricação própria ainda que de produtos por encomenda acompanhada do fornecimento de matéria-prima se trata de cooperativa de produção e não de cooperativa de trabalho como deseja o recorrente ser tratado para fins de tributação.

E ainda assim, o parágrafo único do artigo 79 da Lei 5.764, de 16/12/1971 afasta do conceito de ato cooperativo as operações de compra e venda de mercadorias e produtos:

Art. 79. Denominam-se atos cooperativos os praticados entre as cooperativas e seus associados, entre estes e aquelas e pelas cooperativas entre si quando associados, para a consecução dos objetivos sociais.

Parágrafo único. O ato cooperativo não implica operação de mercado, nem contrato de compra e venda de produto ou mercadoria.

Contudo, verifico que a recorrente contrata serviço de cooperativas de trabalho. De acordo com às fls. 112 a 116 e 382 foram lançadas contribuições relativas aos cooperados na condição de contribuintes individuais e sobre os pagamentos a cooperativas de trabalho COOPERMAX e COOPERNAT.

Quanto à esta última parte do lançamento, ou seja, contribuição previdenciária sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços relativamente a serviços que lhe são prestados por cooperados por intermédio de cooperativas de trabalho, em 25/02/2015 foi publicada a decisão definitiva do STF proferida na sessão de 18/12/2014 no sentido de declará-la inconstitucional:

*25/02/2015, Publicado acórdão, DJE, DATA DE PUBLICAÇÃO
DJE 25/02/2015 - ATA Nº 16/2015. DJE nº 36, divulgado em
24/02/2015*

...

EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 595.838

EMENTA

Embargos de declaração no recurso extraordinário. Tributário. Pedido de modulação de efeitos da decisão com que se declarou a inconstitucionalidade do inciso IV do art. 22 da Lei nº 8.212/91, com a redação dada pela Lei nº 9.876/99. Declaração de inconstitucionalidade. Ausência de excepcionalidade. Lei aplicável em razão de efeito repristinatório. Infraconstitucional.

De acordo com o artigo 62-A do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22/06/2009, as decisões definitivas de mérito do STF e do STJ na sistemática dos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11/01/1973 devem ser reproduzidas pelas turmas do CARF:

Art. 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos

artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

Assim, tendo se tornado definitiva a decisão do STF resta a esta turma de julgamento reproduzi-la em seus acórdãos. A multa relativa esta parte deve ser excluída da autuação.

Quanto à multa aplicada

Constata-se que a fiscalização corretamente aplicou a multa de mora vigente à época dos fatos geradores, não sendo aplicado a esse processo o entendimento quanto a redução da multa por incorreções na declaração GFIP, por se tratar de obrigação acessória cujo crédito correspondente à multa é discutido em outro processo.

Quanto ao juros pela SELIC

Ressalta-se que o Supremo Tribunal Federal decidiu pela constitucionalidade da incidência da taxa SELIC para fins de acréscimos legais de tributos:

RE 582461 / SP - SÃO PAULO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(a): Min. GILMAR MENDES
Julgamento: 18/05/2011
Órgão Julgador: Tribunal Pleno
Publicação REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-158 DIVULG 17-08-2011 PUBLIC 18-08-2011 EMENT VOL-02568-02 PP-00177
Parte(s) RELATOR : MIN. GILMAR MENDES RECTE.(S) : JAGUARY ENGENHARIA, MINERAÇÃO E COMÉRCIO LTDA ADV.(A/S) : MARCO AURÉLIO DE BARROS MONTENEGRO E OUTRO(A/S) RECDO.(A/S) : ESTADO DE SÃO PAULO PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO INTDO.(A/S) : UNIÃO PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

Ementa 1. Recurso extraordinário. Repercussão geral. 2. Taxa Selic. Incidência para atualização de débitos tributários. Legitimidade. Inexistência de violação aos princípios da legalidade e da anterioridade. Necessidade de adoção de critério isonômico. No julgamento da ADI 2.214, Rel. Min. Mauricio Corrêa, Tribunal Pleno, DJ 19.4.2002, ao apreciar o tema, esta Corte assentou que a medida traduz rigorosa igualdade de tratamento entre contribuinte e fisco e que não se trata de imposição tributária. 3. ICMS. Inclusão do montante do tributo em sua própria base de cálculo. Constitucionalidade. Precedentes. A base de cálculo do ICMS, definida como o valor da operação da circulação de mercadorias (art. 155, II, da CF/1988, c/c arts. 2º, I, e 8º, I, da LC 87/1996), inclui o próprio montante do ICMS incidente, pois ele faz parte da importância paga pelo comprador e recebida pelo vendedor na operação. A Emenda Constitucional nº 33, de 2001, inseriu a alínea “i” no inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, para fazer constar que cabe à lei complementar “fixar a base de cálculo, de modo que o montante do imposto a integre, também na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço”. Ora,

se o texto dispõe que o ICMS deve ser calculado com o montante do imposto inserido em sua própria base de cálculo também na importação de bens, naturalmente a interpretação que há de ser feita é que o imposto já era calculado dessa forma em relação às operações internas. Com a alteração constitucional a Lei Complementar ficou autorizada a dar tratamento isonômico na determinação da base de cálculo entre as operações ou prestações internas com as importações do exterior, de modo que o ICMS será calculado "por dentro" em ambos os casos. 4. Multa moratória. Patamar de 20%. Razoabilidade. Inexistência de efeito confiscatório. Precedentes. A aplicação da multa moratória tem o objetivo de sancionar o contribuinte que não cumpre suas obrigações tributárias, prestigiando a conduta daqueles que pagam em dia seus tributos aos cofres públicos. Assim, para que a multa moratória cumpra sua função de desencorajar a elisão fiscal, de um lado não pode ser pífia, mas, de outro, não pode ter um importe que lhe confira característica confiscatória, inviabilizando inclusive o recolhimento de futuros tributos. O acórdão recorrido encontra amparo na jurisprudência desta Suprema Corte, segundo a qual não é confiscatória a multa moratória no importe de 20% (vinte por cento). 5. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

Decisão O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, conheceu do recurso extraordinário, contra o voto da Senhora Ministra Cármen Lúcia, que dele conhecia apenas em parte. No mérito, o Tribunal, por maioria, negou provimento ao recurso extraordinário, contra os votos dos Senhores Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Em seguida, o Presidente apresentou proposta de redação de súmula vinculante, a ser encaminhada à Comissão de Jurisprudência, com o seguinte teor: "É constitucional a inclusão do valor do Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS na sua própria base de cálculo." Falaram, pelo recorrido, o Dr. Aylton Marcelo Barbosa da Silva, Procurador do Estado e, pelo amicus curiae, a Dra. Cláudia Aparecida de Souza Trindade, Procuradora da Fazenda Nacional. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa e, em viagem oficial à Federação da Rússia, o Senhor Ministro Ricardo Lewandowski.

Plenário, 18.05.2011.

No mais, a recorrente insurge-se contra a cobrança em tese da exação – seriam inconstitucionais os dispositivos legais. No entanto, o artigo 26-A do Decreto nº 70.235/72 restringe a atuação do órgão administrativo no sentido de afastar dispositivo legal vigente:

Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Por tudo, voto por dar provimento parcial ao recurso voluntário para exclusão da parte relativa aos serviços contratados de cooperativa de trabalho.

Processo nº 16095.000191/2009-84
Acórdão n.º **2301-004.449**

S2-C3T1
Fl. 817

É como voto.

Julio Cesar Vieira Gomes

CÓPIA