



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

Processo n° 18471.001465/2007-81
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1402-003.216 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 12 de junho de 2018
Matéria OMISSÃO DE RECEITAS - DEPÓSITOS BANCÁRIOS NÃO CONTABILIZADOS
Recorrente GAMIBEL DISTRIBUIDORA DE COSMÉTICOS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES

Ano-calendário: 2004

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. PRESUNÇÃO LEGAL.

A Lei 9.430/96 autoriza a presunção de omissão de receitas a partir da existência de créditos bancários de origem não comprovada.

IPI. LANÇAMENTO DE OFÍCIO DECORRENTE. OMISSÃO DE RECEITAS.

Comprovada a omissão de receitas em lançamento de ofício, e havendo demonstração da atividade imputável ao fato gerador, cabível a exigência de IPI, nos termos legais aplicáveis e na relação de causa e efeito decorrente.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

Sobre os débitos de qualquer natureza para com a Fazenda Nacional, incidem, por força de lei e a partir de 1º de abril de 1995, juros de mora equivalentes à taxa SELIC.

INCONSTITUCIONALIDADE. INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS. COMPETÊNCIA.

As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País, sendo incompetentes para a apreciação de argüições de inconstitucionalidade e ilegalidade, restringindo-se a instância administrativa ao exame da validade jurídica dos atos praticados pelos agentes do fisco.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, conhecer parcialmente do recurso voluntário, rejeitar a preliminar, e, no mérito, negar provimento. Ausentes momentaneamente os Conselheiros Sérgio Abelson e Leonardo Luis Pagano Gonçalves.

(assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone - Presidente.

(assinado digitalmente)

Marco Rogério Borges - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros:

Marco Rogério Borges, Caio Cesar Nader Quintella, Sergio Abelson (Suplente Convocado) , Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Evandro Correa Dias, Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira, Eduardo Morgado Rodrigues (Suplente Convocado) e Paulo Mateus Ciccone.

Relatório

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto em face de decisão proferida pela 5ª Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento no Rio de Janeiro I - RJ, que julgou IMPROCEDENTE, na sua integralidade, a impugnação do contribuinte acima mencionado, ora recorrente.

Da autuação:

O presente processo versa sobre autos de infração dos impostos referentes ao Sistema Integrado de Pagamentos de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Federal, que trata a lei nº 9.317/1996, referente a fatos geradores corridos nos anos-calendário de 2004, acrescidas de multa de ofício agravada (112,5%) e mais os encargos moratórios de atualização.

As autuações fiscais envolvem o montante de R\$ 4.504.113,06, entre principal, multa e juros corrigidos até outubro/2007. Em essência, decorreram de depósitos bancários cuja origem não foi comprovada, o que ensejou o lançamento fiscal, mantido o recorrente na condição de optante do Simples Federal no período autuado.

Abaixo, por bem retratar, transcrevo da decisão *a quo*, os detalhes que fundamentarem a autuação fiscal:

4. No termo de verificação e constatação fiscal de fls. 626/628 a fiscalização esclarece o seguinte:

4.1. Que a ação fiscal foi motivada pela constatação de incompatibilidade entre os valores das movimentações financeiras e a receita bruta anual declarada na Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica - Simples do exercício de 2005, ano-calendário de 2004 (PJSI 2005 - Simples);

4.2. Que após reiteradas intimações para apresentar os Livros e demais documentos fiscais, bem como extratos bancários, sem que houvesse resposta por parte da interessada, foram expedidas Requisições de Movimentações Financeiras - RMF destinadas às instituições financeiras Banco Bradesco S/A, Banco do Brasil S/A e Banco Safra S/A, as quais forneceram os dados das movimentações financeiras requisitadas;

4.3. Que foi expedido Ofício à Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro solicitando cópia do inteiro teor dos Atos Constitutivos da interessada e alterações posteriores;

4.4. Que não se procedeu ao arrolamento de bens de que trata o art. 65 da Lei nº 9.532/97, haja vista que após serem expedidos Ofícios ao 5º e 6º Distribuidor e ao Detran/RJ, se constatou não haverem bens em nome da interessada;

4.5. Que em 24/08/2007 a interessada foi novamente intimada a apresentar Livros e demais documentos contábeis e fiscais, assim como comprovar a origem

dos recursos utilizados nas operações detalhadas no anexo ao termo de intimação, que se referem aos créditos nas contas correntes mantidas junto às instituições financeiras. Sem haver respostas da interessada, foi lavrado Termo de Reintimação, cuja ciência se deu em 20/09/2007;

4.6. Que ficou caracterizado como receitas omitidas, na forma do art. 42, § 1o, da Lei nº 9.430/96, os valores dos diversos depósitos efetuados nas contas-correntes da interessada que não foram objeto de quaisquer esclarecimentos por parte da mesma de modo a comprovar as origens dos recursos utilizados nessas operações;

4.7. Que procedeu à Representação Fiscal para exclusão da interessada do Simples a partir do exercício de 2006, ano-calendário de 2005, em virtude de a mesma ter ultrapassado, no ano-calendário de 2004, o limite legal de receita bruta para permanência no sistema.

5. Os lançamentos foram assim fundamentados:

5.1. IRPJ: art. 24 da Lei nº 9.249/95; arts. 2o, § 2o, 3o, § 1o, alínea "a", 5o, 7o, § 1o, e 18 da Lei nº 9.317/96; art. 42 da Lei nº 9.430/96; art. 3o da Lei nº 9.732/98; e arts. 186, 188 e 199 do regulamento do imposto de renda aprovado pelo Decreto nº 3.000, de 26/03/1999 (RIR/99).

5.2. IPI: arts. 2o, § 2o, 3o, § 1o, alínea "e", 5o, § 2o, 7o, § 1o, e 18 da Lei nº 9.317/96; art. 3o da Lei nº 9.732/98; artigos 2o, 3o, 34, 35, 122 e 127 do RIPI/02;

5.3. PIS: art. 3o, alínea "b", da Lei Complementar nº 7/1970, c/c art. 1o, parágrafo único da Lei Complementar nº 17/73; arts. 2o, inc. I, 3o e 9o da Medida Provisória nº 1.249/95 e suas reedições; arts. 2o, § 2o, 3o, § 1o, alínea "b", 5o, 7o, § 1o, e 18 da Lei nº 9.317/96; art. 3o da Lei nº 9.732/98.

5.4. CSLL: art. 1o da Lei nº 7.689/88; arts. 2o, § 2o, 3o, § 1o, alínea "c", 5o, 7o, § 1o, e 18 da Lei nº 9.317/96; art. 3o da Lei nº 9.732/98.

5.5. Cofins : arts. 1o e 2o da Lei Complementar nº 70/91; arts. 2o, § 2o, 3o, § 1o, alínea "d", 5o, 7o, § 1o, e 18 da Lei nº 9.317/96; art. 3o da Lei nº 9.732/98.

5.6. Contribuição D/ o INSS: arts. 2o, § 2o, 3o, § 1o, alínea "f", 5o, 7o, § 1o, e 18 da Lei nº 9.317/96; art. 3o da Lei nº 9.732/98.

6. Sobre as diferenças de imposto e contribuições apuradas se fez incidir a multa de ofício no percentual de 112,50%, conforme determina o § 2o do art. 44 da Lei nº 9.430/96, c/c art. 19 da Lei nº 9.317/96, já que no decorrer do procedimento fiscal ficou caracterizada a falta de atendimento às intimações por parte da interessada.

Da Impugnação:

Por bem descrever os termos da peça impugnatória, transcrevo o relatório pertinente na decisão *a quo*:

7. Inconformada com a exigência, a interessada impugnou os lançamentos interpondo as petições de fls. 699/732 (IRPJ), 818/853 (IPI), 937/970 (PIS), 1.056/1.089 (CSLL), 1.173/1.208 (Cofins) e 1.292/1.325 (INSS), nas quais alega, em síntese, o seguinte:

7.1. Que é tempestiva a impugnação;

7.2. Que é ilegítimo o lançamento com base exclusivamente em informações bancárias, uma vez que afronta a legislação de regência, assim como a jurisprudência administrativa e judicial que há décadas vem consagrando o entendimento de que depósitos bancários, por si só, não constituem fato gerador de tributos que possuem o faturamento como base impositiva. Alega que caberia à Administração demonstrar que os depósitos bancários constituem rendimentos tributáveis, como exige o princípio da verdade material, e não simplesmente presumir que o eram;

7.3. Que é indevida a inclusão do imposto sobre os serviços - ISS na base de cálculo do Simples, devendo os lançamentos serem revistos, de modo a excluir o ônus fiscal do ISS do cômputo da base de cálculo (receita bruta);

7.4. Que o art. 44 da Lei nº 9.430/96 foi alterado pela Lei nº 10.488/07, revogando a parte que determinava a aplicação da multa no percentual de 112,5%, devendo ser aplicada a nova legislação de forma retroativa, de acordo com o que determina a alínea "c" do inciso II do art. 106 do CTN. Além disso, argumenta que a multa aplicada é confiscatória, afrontando os princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade, motivo pelo qual a mesma deve ser reduzida ao percentual de 50%, uma vez que as informações solicitadas foram obtidas junta às instituições financeiras;

7.5. Que a taxa Selic é imprópria para a cobrança de juros moratórios, devendo ser utilizada como indexador para atualização monetária o IPCA/IBGE.

Da decisão da DRJ:

Ao analisar a impugnação, a DRJ, primeira instância administrativa, entendeu negar provimento integral à impugnação do contribuinte, por unanimidade.

A ementa da decisão é a seguinte:

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES

Ano-calendário: 2004

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. PRESUNÇÃO LEGAL.

A Lei 9.430/96 autoriza a presunção de omissão de receitas a partir da existência de créditos bancários de origem não comprovada.

SIMPLES. BASE DE CÁLCULO. ISS. INCLUSÃO.

O recurso advindo da prestação de serviços é receita bruta da pessoa jurídica, não tendo qualquer relevância, em termos jurídicos, se parte vai ser destinada ao pagamento de tributos. Conseqüentemente, os valores devidos à conta de ISS integram a base de cálculo do Simples.

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Ano-calendário: 2004

MULTA DE OFÍCIO. FALTA DE ATENDIMENTO ÀS INTIMAÇÕES. 112,5%.

Cabível a multa de 112,5% sobre a diferença ou totalidade dos tributos apurados de ofício, se comprovado que o contribuinte deixou de responder às intimações para prestar esclarecimentos no curso da ação fiscal.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

Sobre os débitos de qualquer natureza para com a Fazenda Nacional, incidem, por força de lei e a partir de 1º de abril de 1995, juros de mora equivalentes à taxa SELIC.

Lançamento Procedente

Do voto do relator, que foi acompanhado unanimemente pelo colegiado de primeira instância administrativa, extrai-se os seguintes excertos e destaques que entendo mais importantes para dar guarida a sua decisão final:

- a omissão de receitas com base em depósitos bancários está tipificada no art. 42 da Lei nº 9.430/1996, e caracteriza uma inversão do ônus da prova, envolvendo uma presunção legal. Nos autos, fica demonstrado terem sido cumpridos todos os requisitos legais para tanto, e a recorrente não apresentou nenhuma resposta até o final do procedimento fiscal;

- o valor correspondente ao ISS deve se somar na base de cálculo do Simples, pois o ISS vai integrar o valor do serviço e compor seu preço, não havendo nenhuma previsão legal para sua exclusão;

- a multa de ofício aplicada foi a agravada, ou seja, 112,5%, e está correta, pois ficou caracterizada a falta de atendimento às intimações no transcorrer do procedimento fiscal. Argumentos de que a multa é confiscatória e inconstitucional não é da competência dos julgadores administrativos;

- a alegação de que a taxa Selic é imprópria para a cobrança de juros moratórios não prospera, pois houve a aplicação dos ditames legais aplicáveis.

Do Recurso Voluntário:

Tomando ciência da decisão *a quo* em 06/05/2009, a recorrente apresentou recurso voluntário em 02/06/2009.

Na sua peça recursal, praticamente repisa os mesmos elementos e argumentos da sua peça impugnatória, quais sejam, em apertada síntese:

- nulidade do lançamento promovido exclusivamente em face de extratos bancários, pois a inversão do ônus da prova traz manifesto prejuízo à sua defesa. Ademais, o lançamento com base em extratos bancários afronta a legislação de regência, bem como a jurisprudência administrativa e judicial;

- não há a obrigação de obrigação tributária quanto ao recolhimento do IPI, pois não é contribuinte deste imposto, e há vício formal, pois não houve a individualização dos produtos. Tal alegação não apreciada na decisão *a quo*;

- é ilegal a inclusão do ISSQN no cômputo da base de cálculo da Cofins/Pis, pois ofenderia o art. 195,I da Constituição;

- a multa seria aviltante e haveria a necessidade da sua redução, afrontando os princípios da proporcionalidade e razoabilidade;

- inaplicável a taxa de juros Selic como correção monetária do juros de mora;

- do seu pedido:

VII - DO REQUERIMENTO

Por todo o exposto, a Recorrente requer o provimento do presente Recurso Voluntário para que seja julgado improcedente o lançamento, reconhecendo-se a nulidade do lançamento.

Caso não seja possível o provimento do presente recurso para acolher a nulidade do lançamento, que ao menos seja reconhecida a ilegalidade na inclusão do ISSQN no cômputo da base de cálculo da COFINS/PIS; diminuição da multa de ofício para 50% e substituição da Taxa Selic pelo IPCA/IBGE.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Marco Rogério Borges - Relator

O recurso voluntário, apresentado foi tempestivo, e atendeu os demais pressupostos para sua admissibilidade, do qual conheço, ressalvando a matéria de inconstitucionalidade alegada, conforme abaixo descrito.

Da síntese dos fatos:

O presente processo versa sobre autos de infração de receitas omitidas, decorrentes de depósitos bancários cuja origem não foi comprovada, referente a fatos geradores ocorridos nos anos-calendário de 2004. Aplicou-se a multa de ofício agravada, pois a recorrente não respondeu a nenhuma intimação fiscal. Exclusão do Simples a partir do ano seguinte. A autuação fiscal versa sobre IRPJ, CSLL, PIS, Cofins, INSS e IPI como reflexos. IPI por conta da atividade constatada no contrato social e na PJSI2005, apesar da recorrente se dizer não contribuinte de IPI nesta declaração.

Na sua peça impugnatória, a recorrente se insurge, que é ilegítimo o lançamento com base exclusivamente em extratos bancários. Seria indevida a inclusão do ISS sobre a base do Simples. A recorrente não é contribuinte de IPI, pois não fabrica nada. A multa de 112,5% aplicada está revogada e seria confiscatória. A taxa selic é imprópria para a cobrança de juros moratórios.

Na decisão *a quo* houve o entendimento que a omissão de receitas com base em depósitos bancários está tipificada no art. 42 da Lei nº 9.430/1996, e foram todos os requisitos do ordenamento, não merecendo reforma a autuação. O valor do ISS integra o valor do serviço e respectivo preço, não havendo previsão legal para sua exclusão da base de cálculo do Simples. A multa de ofício agravada está correta, pois está caracterizada a falta de atendimento às intimações fiscais no transcorrer do procedimento fiscal. A taxa selic aplicada é apenas respeito aos ditames legais pertinentes. Silenciou no acórdão recorrido quanto a matéria do IPI constituído e impugnado.

Na sua peça recursal repisa praticamente as mesmas alegações da sua peça impugnatória, nada diferente agregando.

Das questões suscitadas na peça recursal

- Preliminar - alegação de nulidade por conta de lançamento com base em extratos bancários

Alega a recorrente nulidade do lançamento promovido exclusivamente em face de extratos bancários, pois a inversão do ônus da prova traria manifesto prejuízo à sua defesa. Ademais, o lançamento com base em extratos bancários afronta a legislação de regência, bem como a jurisprudência administrativa e judicial

No mérito, não coaduno com tal alegação, pois a natureza dos valores autuados é de receita omitida, decorrente de depósitos bancários não comprovados a sua origem, e sua aplicação está regradada pelo art. 42 da Lei nº 9.430/1996, com a alteração da feita da Lei nº 9.481/1993, em que versa já no *caput* e § 1º, o seguinte:

Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

§ 1º O valor das receitas ou dos rendimentos omitido será considerado auferido ou recebido no mês do crédito efetuado pela instituição financeira.

Ou seja analisando-se a autuação, foi aplicado pela Autoridade Fiscal uma presunção prevista em lei para apuração dos valores omitidos. Esta presunção acarreta na situação da inversão do ônus probatório, devendo o contribuinte demonstrar que os valores creditados não são receitas omitidas.

Por conseguinte, REJEITO A PRELIMINAR SUSCITADA.

No mérito

- quanto a alegação de que não é contribuinte do IPI - Imposto sobre Produtos Industrializados

Alega a recorrente que não há a obrigação tributária quanto ao recolhimento do IPI, pois não é contribuinte deste imposto, e há vício formal, pois não houve a individualização dos produtos. E que tal alegação não foi apreciada na decisão *a quo*.

Compulsando os autos, confirma-se que tal matéria não foi apreciada na instância administrativa *a quo*. Talvez se explique, pela situação processual ocorrida: a recorrente apresentou, então, impugnação para cada um dos autos de infração (referente a cada tributos constituído dentro do Simples-Federal - IRPJ, IPI, PIS, CSLL, Cofins, CSLL), ou seja, 6 (seis) peças impugnatórias. Todas as impugnações estavam idênticas, com exceção da de IPI, que alegava tal questão pertinente. Provavelmente, o relator condutor do acórdão recorrido e respectiva turma não vislumbraram tal situação e se limitaram a analisar a impugnação, provavelmente, de IRPJ apenas.

A motivação para inclusão do IPI na autuação fiscal não está descrita explicitamente no termo de constatação (descrição dos fatos anexo ao auto de infração) elaborado pela autoridade fiscal autuadora. Nos autos de infração há menção ao enquadramento legal aplicável.

Verifico que a motivação decorra da atividade que consta na Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica - PJSI 2005 - Simples entregue pela recorrente, em que coloca como sua atividade para o ano-calendário de 2004 o código de atividade econômica *CNAE-Fiscal 24.73-2/00 - Fabricação de artigos de perfumaria e cosméticos*. Contudo, observo nesta mesma declaração, em outro campo, que a recorrente se identifica como não sendo contribuinte do IPI.

Na sua peça impugnatória referente ao IPI constituído (e-fls. 830 a 865), a agora recorrente se insurge quanto tal lançamento, alegando que no ano-calendário de 2004 seu objeto social era de "conserto de máquinas e aparelhos eletrodomésticos", e que tais atividades não tem nenhum fato imponible do IPI. Tenta demonstrar tal situação anexando cópia de uma alteração contratual datada de 01/06/2006, e registrada na Junta Comercial em 30/08/2006, da ocorrência da alteração da atividade da sociedade para "distribuição e comércio atacadista de perfumaria, cosméticos e produtos de higiene pessoal; importação e exportação de produtos de perfumaria, cosméticos e de higiene pessoal", contudo, não há as alterações anteriores, e nem menção de qual sua atividade anterior a esta.

Na sua peça recursal, informa que tal matéria passou alheia na instância administrativa de primeiro grau, e reforça seus argumentos no seguinte sentido:

3. Sendo assim, em que pese a Recorrente está inscrita no regime de tributação pelo SIMPLES, e a que a origem da glosa foi justamente a suposta "omissão de receita", situação estranha ao fato gerador do IPI, parece lícito concluir pela ilegalidade do ato administrativo - lançamento - que incluiu esse tributo no rol daqueles insertos no SIMPLES.

4. Ademais, veja-se que um fato passou alheio a E. Turma Julgadora do Rio de Janeiro. Trata-se da ausência do procedimento formal de fiscalização desse imposto, onde o Sr. Auditor Fiscal autuante deveria elencar produto a produto, eis que, sem essa postura estaria prejudicando a defesa do contribuinte.

5. Por outro lado, e não obstante o "enquadramento legal" esteja alicerçado no artigo 5o, §2º da Lei 9.317/969, certo é que pelas razões alhures justificadas a Recorrente não é e nunca foi contribuinte do IPI!

Aqui cabe uma análise mais detida da situação encontrada nos autos, primeiramente para definirmos se a recorrente, no ano-calendário de 2004, tinha atividade com base imponible para fato gerador do IPI. Posteriormente, se houver entendimento que há esta situação, verificar o enquadramento legal aplicável.

Destarte, cabe salientar que a recorrente não respondeu nenhuma intimação fiscal durante o procedimento fiscal, ficando totalmente silente até apresentar sua impugnação.

Durante o procedimento fiscal, a autoridade fiscal intimou as instituições financeiras que a recorrente detinha conta bancária, pedindo além dos extratos bancários, os dados constantes da ficha cadastral. São três instituições financeiras: banco Safra S/A, banco Bradesco S/A e banco do Brasil S/A. Nos elementos retornados destas instituições financeiras, constante dos autos, pode-se depreender as seguintes informações pertinentes ao tema de qual atividade da recorrente exercida no ano-calendário de 2004:

- no banco Safra S/A, consta como atividade da recorrente "fabricação de cosméticos". Consta também os principais fornecedores, às quais inclui aparentemente, pelo nome da pessoa jurídica, indústrias de plástico, química, embalagens. Está datado de 19/05/2004 (e-fls. 35 e 36);

- no banco do Brasil S/A consta como atividade "comércio atacadista". Esta informação está datada como alterada em 18/07/2006 (e-fls. 60 a 61);

- no banco Bradesco S/A consta como "com. at. prod. perfumaria, higiene pessoal", como data a última alteração dos dados em 10/02/2005 (e-fl. 211);

Igualmente, durante o procedimento fiscal, houve solicitação à Junta Comercial do Estado do RJ, em que enviasse cópia de inteiro teor dos atos constitutivos e alterações posteriores da recorrente (e-fl. 68). Na sua resposta (e-fl. 70), retornou apenas com o último ato de 2006. Ou seja, não retornou com todos atos desde a constituição da recorrente.

Não vislumbrei nos autos nenhum outro elemento referente ao tema de qual a atividade da recorrente.

Por conseguinte, há indicativos que para o ano-calendário de 2004, a recorrente tinha alguma atividade inerente a fabricação de artigos de perfumaria e cosméticos, conforme consta na sua própria PJSI 2005 entregue. Há indícios que em 2005/2006 mudou de atividade para comércio atacadista de produtos de perfumaria e cosméticos. Até poderiam ambas atividades coexistir, mas não há condições de precisar tal informação.

Contudo, como já exposto acima, há elementos para darem suporte ao posicionamento da autoridade fiscal autuadora, e constituição do auto de infração de IPI decorrente da omissão de receitas. A recorrente não logrou demonstrar o contrário, se valendo basicamente de uma alteração contratual datada em 2006 e de alegações genéricas sobre o tema.

Por isso, entendo que há indícios o bastante que a atividade exercida pela recorrente no ano-calendário de 2004 é passível de incidência do IPI, que no caso, será sob a sistemática de recolhimento do Simples Federal.

Sobre a alegação da recorrente que o fato de estar inscrita no Simples, e omissão de receita seria situação estranha ao fato gerador do IPI, e que deveria ter sido elencado produto a produto para tal imputação, entendo que não procede.

O fato de estar inscrita no Simples Federal poderia ensejar sim ser contribuinte também do IPI, tanto que haveria adicional de 0,5 (meio) ponto percentual da alíquota aplicável nos termos da Lei nº 9.317/1996, seu art. 5º, §2º, legislação de regência para o ano-calendário de 2004.

Definida, como explicitado acima, que a atividade do recorrente é de fabricação de produtos de perfumaria e cosméticos, plausível presumir que suas receitas sejam decorrente da venda destes itens fabricados, que deram saída do seu estabelecimento, no caso industrial ou equiparado.

No caso, a recorrente não respondeu nenhuma intimação, não trazendo ao conhecimento da autoridade fiscal, e nem da autoridade julgadora, os livros contábeis e fiscais

pertinentes, há presunção que a receita omitida não foi contabilizada, e os depósitos bancários refletiriam estes valores.

Como a recorrente é optante do Simples Federal no ano-calendário de 2004, condição que só foi excluída a partir do ano-calendário de 2005, e a legislação de regência (Lei nº 9.317/1996) estabelece uma alíquota fixa (0,5 ponto percentual adicionada à alíquota decorrente do seu montante de receitas) para os casos que o contribuinte queira simplificar sua sistemática de apuração e recolhimento de tributos e contribuições federais, mais que justificável que, se apurada omissão de receitas, cabível a exigência em foco.

Ademais, o art. 448 do Decreto nº 4.544/2002, RIPI/2002, vigente à época dos fatos, estabelece que estaria em sintonia à apuração de IPI com base em receitas omitidas decorrentes de depósitos bancários de origem não comprovada:

Elementos Subsidiários

Art. 448. Constituem elementos subsidiários, para o cálculo da produção, e correspondente pagamento do imposto, dos estabelecimentos industriais, o valor e quantidade das matérias-primas, produtos intermediários e embalagens adquiridos e empregados na industrialização e acondicionamento dos produtos, o valor das despesas gerais efetivamente feitas, o da mão-de-obra empregada e o dos demais componentes do custo de produção, assim como as variações dos estoques de matérias-primas, produtos intermediários e embalagens (Lei nº 4.502, de 1964, art. 108).

§ 1º Apurada qualquer falta no confronto da produção resultante do cálculo dos elementos constantes desse artigo com a registrada pelo estabelecimento, exigir-se-á o imposto correspondente, o qual, no caso de fabricante de produtos sujeitos a alíquotas e preços diversos, será calculado com base nas alíquotas e preços mais elevados, quando não for possível fazer a separação pelos elementos da escrita do estabelecimento. (Incluído pelo Decreto nº 4.859, de 14.10.2003)

§ 2º Apuradas, também, receitas cuja origem não seja comprovada, considerar-se-ão provenientes de vendas não registradas e sobre elas será exigido o imposto, mediante adoção do critério estabelecido no § 1º. (Incluído pelo Decreto nº 4.859, de 14.10.2003)

Destarte, NEGÓCIO PROVIMENTO quanto a este item do recurso voluntário.

- quanto a alegação de que não se aplica a selic como correção monetária dos juros de mora

No que tange à alegada ilegalidade da taxa SELIC adotada, cabe aqui destacar que esta discussão já teve sua conclusão sedimentada no CARF, que emitiu a seguinte e de claro teor Súmula CARF nº 4:

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à

taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

O mesmo entendimento foi professado pelo E. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.073.846/SP, de 25/09/2009, de relatoria do Exmo. Min. Luiz Fux, sob a dinâmica do art. 543-C do Código de Processo Civil vigente à época.

Diante do exposto, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário, quanto a este item.

- quanto a alegação que seria ilegal a inclusão do ISSQN na base de cálculo do PIS/Cofins, e de que a multa seria aviltante e inconstitucional

Na sua peça recursal, alega a recorrente que é ilegal a inclusão do ISSQN no cômputo da base de cálculo da Cofins/Pis, pois ofenderia o art. 195, I da Constituição. Suas alegações quanto a esta matéria foram de cunho de (in)constitucionalidade de tal posicionamento, e a decisão *a quo* as negou por falta de previsão legal de exclusão da base de cálculo do Simples.

Igualmente, na sua peça recursal, alega que a multa seria aviltante e haveria a necessidade da sua redução, afrontando os princípios constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade.

Nestas linhas de defesa, exclusivamente adotadas na sua peça recursal, compreendo que se afasta das possibilidades de manifestação deste colegiado. Em verdade, há vedação expressa no art. 26-A do Decreto 70.235/1972 que se adentre ao mérito de validade constitucional de normas legais no âmbito da do processo administrativo fiscal:

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

Para tanto foi editada a Súmula CARF nº 2, a qual tão somente vem a espelhar o monopólio do Poder Jurisdicional sobre a temática:

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Destarte, NÃO CONHEÇO destas matérias do recurso voluntário.

Conclusão:

Voto por conhecer parcialmente o recurso voluntário, rejeitar a preliminar, e no mérito NEGAR PROVIMENTO integral ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Marco Rogério Borges