



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

Processo nº 10830.010973/2010-18
Recurso nº 111.111 Voluntário
Acórdão nº 2403-01.040 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 07 de fevereiro de 2012
Matéria LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA
Recorrente ENGRATECH TEC EM EMBALAGENS PLÁSTICAS S/A.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2009 a 30/09/2009

PREVIDENCIÁRIO. MULTA ISOLADA. DENÚNCIA ESPONTÂNEA.

Considera-se espontânea a denúncia efetuada pelo sujeito passivo antes de iniciada procedimento fiscal relacionado com a infração.

NULIDADE.

Uma vez autuado por diferenças de recolhimentos confessados em tempo hábil, descabe, multa agravante em ação posterior, motivada em cálculos de valores registrados anteriores às retificações.

Recurso Voluntário Provido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso. Vencido o conselheiro Paulo Maurício Pinheiro Monteiro.

Carlos Alberto Mees Stringari-Presidente

Ivacir Júlio de Souza-Relator

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Carlos Alberto Mees Stringari, Ivacir Júlio de Souza, Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Marcelo Magalhães Peixoto, Marthius Sávio Cavalcante Lobato e Cid Marconi Gurgel de Souza.

Relatório

A instância a quo produziu o Relatório que abaixo transcrevo com grifos de minha autoria):

“Consoante o relatório fiscal que acompanha o Auto de Infração nº 37.282.2975 (fls. 05 a 11), lavrado em 17/08/2010, o presente lançamento foi efetuado para a constituição do crédito relativo à multa isolada incidente sobre os valores compensados indevidamente nas Guias de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social – GFIP.

Acrescenta, o auditor notificante, que:

1º) O levantamento MI – “MULTA ISOLADA COMPENS INDEV” refere-se ao lançamento da multa isolada de ofício prevista no § 10 do art. 89 da Lei nº 8.212, de 24/07/1991, na redação dada pela Lei nº 11.941, de 27/05/2009, incidente sobre as compensações efetuadas indevidamente e declaradas no período de 01/2009 a 09/2009 nas Guias de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social – GFIP relativas às competências de 10/2008 a 08/2009;

2º) Durante a ação fiscal autorizada pelo Mandado de Procedimento Fiscal – MPF nº 08104002009014463, iniciada em 06/10/2009, foi constatada a existência de compensações lançadas nas GFIP do Contribuinte relativas às competências de 12/2007 a 08/2009, enviadas via internet pelo SEFIP – Sistema Empresa de Recolhimento ao FGTS e Informações à Previdência Social no período de 01/2008 a 09/2009;

3º) Para dar continuidade ao procedimento acima citado, foi emitido o MPF nº 08104002010001531, durante o qual o Contribuinte foi intimado (Termo de Intimação Fiscal – TIF nº 0001) a prestar os esclarecimentos e fornecer a documentação comprobatória que justificasse os valores compensados, tendo ele, em resposta, informado que se tratou de erro de escrituração contábil e que as GFIP foram retificadas espontaneamente antes da presente fiscalização;

4º) De fato, o Contribuinte retificou as respectivas GFIP, porém, o fez no período de 17 a 23/11/2009, durante a ação fiscal iniciada em 06/10/2009 e encerrada na presente data, motivo pelo qual esta fiscalização não considerou espontânea a apresentação das GFIPs após 06/10/2009, data do início do procedimento fiscal, e lavrou o presente Auto de Infração em relação aos valores compensados indevidamente a partir de 04/12/2008, conforme hipótese prevista no § 10 do art. 89, da Lei nº 8.212/91;

5º) Os valores compensados indevidamente reduziram o valor a recolher das seguintes contribuições sociais:

Contribuição da empresa incidente sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, no decorrer do mês, aos segurados empregados e contribuintes individuais, conforme incisos I e III do art. 22 da Lei nº 8.212/91;

Contribuição da empresa para o financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho (RAT), sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, no decorrer do mês, aos segurados empregados, conforme inciso II do art. 22 da Lei nº 8.212/91;

Contribuição dos segurados empregados incidente sobre a remuneração paga aos mesmos, conforme art. 20 da Lei nº 8.212/91.;

6º) A redução do recolhimento das contribuições sociais retidas dos segurados empregados e a declaração indevida de valores a compensar ensejarão o oferecimento de Representação Fiscal para Fins Penais ao Ministério Público Federal;

7º) A base de cálculo utilizada para o lançamento da multa isolada é o valor das compensações lançadas indevidamente pelo Contribuinte, a partir de 04/12/2008, independente das competências a que se referem, conforme quadro demonstrativo anexo ao presente relatório, que traz os valores de compensação informados nas GFIP, as competências a que se referem, a data de envio da GFIP e o respectivo número de controle – dados esses dados podem ser confirmados no sistema GFIPWeb da Receita Federal do Brasil, cujas telas foram impressas e também anexadas ao relatório fiscal;

8º) Os valores compensados indevidamente ficaram compondo o saldo da conta nº 213203 – “INSS a recolher” no passivo da contabilidade da Empresa, uma vez que a obrigação foi corretamente registrada, porém sem a respectiva baixa pelo pagamento que de fato não ocorreu;

9º) Foram analisados os seguintes elementos, para verificação da ocorrência do fato gerador e obtenção da base de cálculo das contribuições sociais:

7.1.GFIP de 01/2006 a 12/2009;

7.2.Folhas de pagamento de 01/2006 a 12/2009;

7.3.Registros contábeis de 2006 a 2009.

7.4.Acordos coletivos de 2006 a 2009.

7.5.Plano de Metas de 2006 a 2009.

10º) Aplicamos o percentual de 150% sobre a base de cálculo acima descrita, conforme determina o § 10 do art. 89 da Lei nº 8.212, de 24/07/1991, incluído pela Medida Provisória nº 449, de 03/12/2008, convertida na Lei nº 11.941, de 27/05/2009.

*Inconformada com o lançamento, a ENGRATECH **impugnou-o** por meio do expediente anexado às fls. 249 a 253, em que postula a anulação do presente auto mediante as seguintes razões, em síntese:*

1ª) A impugnante passou por Fiscalização em 06/10/2009, autorizada pelo Mandado de Procedimento Fiscal MPF nº 08104002009014463, a qual não gerou auto de infração algum;

2ª) No período de 17 a 23/11/2009, procedeu à retificação das GFIP em que efetuadas as compensações indevidas, tendo as guias retificadoras sido aceitas pela RFB, vez que geraram as Intimações para Pagamento nº 00058322/2010, 0008673/2010, 00074726/2010, 00090482/2010 e 00103841/2010; antes da emissão do MPF nº 08104002010001531, que deu início à ação fiscal em que lavrado o presente Auto de Infração, o auditor da RFB não considerou espontânea a retificação das GFIP e, ainda, autuou a impugnante em multa de 150% por falsidade de informações;

4ª) Tendo em vista que a mencionada retificação se deu no período de 17 a 23/11/2009, e o termo de fiscalização que gerou o auto ora impugnado iniciou-se em março de 2010, não procede o entendimento de falta de espontaneidade da empresa, descabendo, pois, a aplicação de multa isolada com o pressuposto de comprovada falsidade na declaração por ela apresentada, até porque, no caso em comento, não houve conduta dolosa da impugnante, nem fraude ou sonegação tributária.

DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

Após analisar aos argumentos da impugnante, na forma do registro de fls. 249, a 6ª Turma da Delegacia de Julgamento da Receita Federal do Brasil de Campinas (SP) - DRJ/CPS, em 04 de maio de 2011, emitiu o Acórdão n º 05-25.821 mantendo procedente o lançamento.

DO RECURSO

Irresignada, a Recorrente interpôs Recurso Voluntário onde reiterou as alegações que fizera em instancia “ad quod”.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Ivacir Júlio de Souza, Relator

DA TEMPESTIVIDADE

Conforme registro de Aviso de Recebimento, o recurso é tempestivo. Reúne os pressupostos de admissibilidade. Portanto, dele tomo conhecimento.

DO MÉRITO

O Mandado de Procedimento Fiscal foi emitido em 03/03/2010.

Às fls 13, Termo de Intimação Fiscal - TIF 0001, emitido em , em 22/04/2010, respondido em 30/04/2010.

No TIF, o Auditor Fiscal pede esclarecimento sobre os valores de compensação informados nas GFIPs e exhibe relação com os dados de fls.14 onde constam informações que serviram de base para o auto em comento.

O anexo de fls12, DEMONSTRATIVO DO AUTO DE INFRAÇÃO, tem por base as informações das GFIPs enviadas balizadas pelas datas de envio 07/01/2009 a 03/09/2009;

Às fls. 15, contém resposta da Recorrente informando que antes de 05/03/2010, data de início da ação fiscal então em curso, já houvera percebido o que chamou de erro e providenciara os acertos retificando com o envio de novas GFIPs.

No Relatório Fiscal de fls. 5, no item 4 o Auditor confirma o envio das GFIPs retificadoras:

“4º) De fato, o Contribuinte retificou as respectivas GFIP, porém, o fez no período de 17 a 23/11/2009, durante a ação fiscal iniciada em 06/10/2009 e encerrada na presente data, motivo pelo qual esta fiscalização não considerou espontânea a apresentação das GFIPs após 06/10/2009, data do início do procedimento fiscal, e lavrou o presente Auto de Infração em relação aos valores compensados indevidamente a partir de 04/12/2008, conforme hipótese prevista no § 10 do art. 89, da Lei nº 8.212/91;”

Ocorre que a ação fiscal iniciada em 06/10/2009, trata-se de uma diligência com MPF , objeto e períodos distintos desta como adiante se verificara.

De ofício, com base nas informações corrigidas e obtidas no sistema da RFB emitiu e intimou o contribuinte a efetuar os pagamentos. Tal informação consta registrada no item 08 do Relatório Fiscal :

8. DAS GFIP APRESENTADAS DURANTE A AÇÃO FISCAL

Durante a ação fiscal o Contribuinte apresentou novas GFIP retirando os valores compensados indevidamente e retificando assim as informações prestadas anteriormente.

Após a retificação das GFIP, o Sistema Corporativo da Receita Federal do Brasil identificou as divergências entre os valores confessados em GFIP e os recolhimentos (a menor) efetuados pelo Contribuinte e emitiu as Informações para Pagamento – IP que originaram os Lançamentos de confessados em GFIP LDCG.

Assim, os valores relativos às compensações indevidas estão sendo exigidos automaticamente do Contribuinte via LDCG e a respectiva multa isolada exigida no presente Auto de Infração.

Às fls 290 a 294, a recorrente, ainda em sede de impugnação, colacionou as intimações de ofício que recebera para pagamentos – IPs de números: 00058322/20010, 00086573/2010, 00074726/2010, 00090482/2010 e 00103841/2010, apuradas respectivamente em 06/04/2010, 17/05/2010, 26/04/2010, 25/05/2010 e 08/06/2010, todas antes do término da ação fiscal ocorrida conforme Termo de Encerramento do Procedimento Fiscal – TEPF, fls 240, datado de 17/08/2010.

Muito embora autuada e intimada a pagar as obrigações inadimplidas com as devidas penalidades correspondentes, entendeu o Auditor fiscal que a empresa deveria, ainda, ser autuada com a MULTA ISOLADA em apreço e assim justificou em seu Relatório:

A base de cálculo utilizada para o lançamento da multa isolada é o valor das compensações lançadas indevidamente pelo Contribuinte, a partir de 04/12/2008, independente das competências a que se referem, conforme quadro demonstrativo anexo ao presente relatório.

O quadro anexo traz os valores de compensação informados nas GFIP, as competências a que se referem, a data de envio da GFIP e o respectivo número de controle. Todos esses dados podem ser confirmados no sistema GFIP-Web da Receita Federal do Brasil, cujas telas impressas anexamos também ao presente relatório.

É relevante ressaltar que o Auditor está se referindo aos valores anteriores às retificações. O quadro anexo indicado está na fl. 12.

Segundo consta anexo no Relatório Fiscal às fls 04 no Relatório Fundamentos Legais do Débito – FLD, rubrica Fundamentos Legais dos Acréscimos Legais – item 706, a empresa está sendo autuada por COMPENSAÇÃO COM FALSIDADE. MULTA ISOLADA POR FALSIDADE DA DECLARAÇÃO.

Em isto ocorrendo, a previsão ali contida é de aplicar 150% do valor da obrigação com esteio no § 10 do artigo 89 da Lei n 8.212 : *in verbis* :

“Art. 89. (...)

§ 10. Na hipótese de compensação indevida, quando se comprove falsidade da declaração apresentada pelo sujeito passivo, o contribuinte estará sujeito à multa isolada aplicada no percentual previsto no inciso I do caput do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, aplicado em dobro, e terá

como base de cálculo o valor total do débito indevidamente compensado. (Incluído pela Lei n 11.941, de 2009) ”

Cumpre destacar que o § 10 exige “**que se comprove a falsidade**”, razão pela qual, por conservadorismo, para não tornar dispendioso o processo, não determina que se aplique a multa isolada de imediato prevendo tão-somente que o contribuinte está “**sujeito**” a tal penalidade

Lei nº 9.430/96, ARTIGO 44:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas :

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Redação dada pela Lei n 11.488, de 2007)

*§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput **deste artigo será duplicado** nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis*

Lei nº 4.502/64, artigo 72:

*“ Art . 72. Fraude é toda ação ou **omissão dolosa** tendente a **impedir ou retardar**, total ou parcialmente, **a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal**, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, **de modo a reduzir o montante do impôsto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.**”(grifos de minha autoria)*

Assim, a Recorrente foi autuada com MULTA ISOLADA e teve o valor agravado para 150 % **por ter cometido fraude .**

A julgar pela informação do Auditor Fiscal no item 08 de seu Relatório de que : “ Os valores compensados indevidamente ficaram compondo o saldo da conta nº 213203 – “INSS a recolher” no passivo da contabilidade da Empresa, **uma vez que a obrigação foi corretamente registrada**, porém sem a respectiva baixa pelo pagamento que de fato não ocorreu;”, **a empresa não agiu com intenção de esconder os fatos.**

Segundo Pedro Nunes em Dicionário de Tecnologia Jurídica, “a fraude compõe-se de dois elementos : o objetivo, que consiste no prejuízo realmente verificado e o subjetivo que compreende a intenção fraudulenta, a má-fê, o meio astucioso empregado para enganar.”

Aduz que conforme o comando do artigo 72 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, fraude :

“Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964

“ Art . 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento”(grifos de minha autoria)

Não há razão para entender que retificação em tempo hábil não elide hipótese fraudulenta.

No Relatório Fiscal de fls 05, o auditor Fiscal declara que :

“ 2º) Durante a ação fiscal autorizada pelo Mandado de Procedimento Fiscal – MPF nº 08104002009014463, **iniciada em 06/10/2009**, foi constatada a existência de compensações lançadas nas GFIP do Contribuinte relativas às competências de **12/2007 a 08/2009**, enviadas via internet pelo SEFIP – Sistema Empresa de Recolhimento ao FGTS e Informações à Previdência Social no período de 01/2008 a 09/2009;

3º) Para dar continuidade ao procedimento acima citado, foi emitido o MPF nº 08104002010001531, durante o qual o Contribuinte foi intimado (**Termo de Intimação Fiscal – TIF nº 0001**) a prestar os esclarecimentos e fornecer a documentação comprobatória que justificasse os valores compensados, tendo ele, em resposta, informado que se tratou de erro de escrituração contábil e que as GFIP foram retificadas espontaneamente antes da presente fiscalização;

4º) De fato, o Contribuinte retificou as respectivas GFIP, porém, o fez no período de 17 a 23/11/2009, durante a ação fiscal iniciada em 06/10/2009 e encerrada na presente data, motivo pelo qual esta fiscalização não considerou espontânea a apresentação das GFIPs após 06/10/2009, data do início do procedimento fiscal, e lavrou o presente Auto de Infração em relação aos valores compensados indevidamente a partir de 04/12/2008, conforme hipótese prevista no § 10 do art. 89, da Lei nº 8.212/91;”(g..a)

O auditor Fiscal registra no item 3 de seu Relatório que a ação que procedera foi para dar continuidade à diligência anterior. Entretanto não consta lavrado e tampouco colacionado o respectivo **Termo de Continuidade de Procedimento Fiscal** previsto no artigo 7º , § 1º 2º, do decreto nº 70.235/72, praticado pela RFB - na forma do modelo anexo onde em razão do sigilo fiscal omiti a identificação do sujeito passivo - para comunicar ao contribuinte o prosseguimento! dos trabalhos :

“ Art. 7º O procedimento fiscal tem início com: (vide Decreto nº 3.724, de 2001).

(...)

§ 1º O início do procedimento exclui a espontaneidade do sujeito passivo em relação aos atos anteriores e, independentemente de intimação a dos demais envolvidos nas infrações verificadas.

*§ 2º **Para os efeitos do disposto no § 1º**, os atos referidos nos incisos I e II valerão pelo prazo de sessenta dias, prorrogável, sucessivamente, por igual período, com qualquer **outro ato escrito que indique o prosseguimento dos trabalhos.***”

“ MINISTÉRIO DA FAZENDA
Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB
Delegacia da Receita Federal do Brasil de Fiscalização em São Paulo/DEFIS-SPO
TERMO DE CONTINUIDADE DE PROCEDIMENTO FISCAL

Serve o presente Termo de Continuidade de Procedimento Fiscal para comunicar ao contribuinte o prosseguimento dos trabalhos iniciados através do Termo de Início da Ação Fiscal, lavrado e entregue em, relativos ao MPF nº conforme previsto no artigo 7º , § 2º , do decreto nº 70.235/72.

Para constar e surtir os efeitos legais, lavramos o presente termo em duas vias de igual teor e forma, que vão assinadas pelo Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil e pelo representante do contribuinte, a quem é entregue uma das vias. ”

É muito relevante ressaltar que embora o Auditor Fiscal no item 3 de seu Relatório assegure que a ação fiscal em comento transcorreu “para dar continuidade ao procedimento da diligência anteriormente sofrida pela Recorrente, tratam-se as ações de procedimentos, fatos , natureza e objetos distintos realizados inclusive por Auditores diversos .

Aduz que o MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL - DILIGÊNCIA Nº 08.1.04.00-2009- 01446-3, emitido em **01/10/2009**, a que se refere o Auditor Fiscal está colacionado aos autos, autorizando aos Auditores AMILTON GIRARDI e FERNANDO SOARES DA SILVA a procederem a ação de coleta de informações ECONÔMICO-FISCAIS EM MEIO DIGITAL- PREVIDÊNCIA:

“ PROCEDIMENTO FISCAL: DILIGÊNCIA

*DESCRIÇÃO SUMÁRIA: COLETA DE INFORMAÇÕES
ECONÔMICO-FISCAIS EM MEIO DIGITAL – PREVIDÊNCIA*

Campinas, 01 de Outubro de 2009.

MPF prorrogado até: 30 de Dezembro de 2009.

MPF prorrogado até: 29 de Janeiro de 2010.

MPF prorrogado até: 28 de fevereiro de 2010

MPF prorrogado até: 30 de Março de 2010.

MPF prorrogado até: 29 de Abril de 2010.

MPF prorrogado até: 29 de Maio de 2010. ”

O presente lançamento teve respaldo no Mandado de Procedimento Fiscal – MPF n 08.1.04.00-2010-00153-1 cujo objeto foi :

**“ PROCEDIMENTO FISCAL: FISCALIZAÇÃO
TRIBUTOS/CONTRIBUIÇÕES : CONTRIB PREV E PARA
OUTRAS ENTIDADES E FUNDOS**

Campinas, 03 de Março de 2010.

MPF prorrogado até: 30 de Agosto de 2010.

MPF prorrogado até: 29 de Outubro de 2010 ”

Datada de **30 de abril de 2010**, fls 288 e 289, em resposta ao TIF 0001 Termo de Intimação Fiscal, emitido no curso da ação fiscal, em **22/04/2010**, conforme fls 286, o contribuinte se manifestou informando que, antes da fiscalização em comento, iniciada em **05/03/2010**, se constataria erro de escrituração contábil e que as GFIPs já houveram sido retificadas espontaneamente.

No registro consta que juntara os documentos comprovantes da transmissão das GFIP's.

Às fls 15, referindo-se ao mesmo TIF 0001, o Auditor Fiscal juntou as cópias das transmissões que comprovam sua versão de que o contribuinte de fato retificou as GFIP's, entretanto faz ressalva de que porém o fizera no período de 17 a 23/11/2009 **durante a ação fiscal iniciada em 06/10/2009 e não antes.**

Relevante destacar que o Auditor quer fazer entender que a ação sob sua condução se iniciara em data diferente do **Termo de Início de Procedimento Fiscal**, fls 221/222, por ele mesmo notificado e assinado em **05/03/2010.**

Como se nota, a data da expedição do Mandado de Procedimento Fiscal para o procedimento da Diligência, que o Auditor Fiscal quer aproveitar para caracterizar a continuidade dos procedimentos, ocorreu em 01/10/2009 e o procedimento foi prorrogado até 29/05/2010, quase 08 meses .

Compulsório ressaltar que no Relatório Fiscal do presente lançamento, o Auditor Fiscal não faz menção a orientações e documentos oriundos de eventual relatório da diligência que antecedeu sua ação fiscal.

Entendo que não é razoável conceber que uma junta fiscal composta por 02 Auditores permaneçam em uma empresa por quase 8 meses sem que ao final produzam sequer um mínimo relatório que servisse de respaldo prévio no sentido de caracterizar um vínculo material entre ambos os procedimentos.

Para que não se permita dúvidas quanto à vinculação ao mesmo MPF do início e fim da ação fiscal em tela, cumpre observar o Termo de Encerramento do Procedimento Fiscal – TEPF, fls 240, datado de 17/08/2010, onde consta em epígrafe que este se refere ao Mandado de Procedimento Fiscal – MPF n 08.1.04.00-2010-00153-1, emitido em 05/03/2010.

Desse modo, considerando que as retificações ocorreram, de fato, no período de 17 a 23/11/2009, antes de iniciada a ação fiscal designada pelo Mandado de Procedimento Fiscal - MPF n 08.1.04.00-2010-00153-1 emitido em 03/03/2010 e encerrada na forma do Termo de Encerramento do Procedimento Fiscal – TEPF, fls 240, datado de 17/08/2010, não

há como deixar de observar , *a contrário sensu* , o comando nos termos do parágrafo único do art. 138 do CTN :

“ Art. 138.

Parágrafo único. Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração. ”

A instância a quo, entendeu que nos termos do artigo 138, a responsabilidade não foi excluída logo não há que se falar em afastamento da espontaneidade.

Geraldo Ataliba in Denúncia espontânea e exclusão de responsabilidade penal, em revista de Direito Tributário nº 66, Ed. Malheiros, p. 29 cita que Leandro Paulsen, Direito Tributário, p. 979, 6ª Ed. leciona que o artigo 138 do CTN é incompatível com qualquer punição :

*“ O art. 138 do C.T.N. é incompatível com qualquer punição. Se são indiscerníveis as sanções punitivas, tornam-se peremptas todas as pretensões à sua aplicação. Por tudo isso, sentimo-nos autorizados a afirmar que a **auto-denúncia** de que cuida o art. 138 do C.T.N. **extingue a punibilidade de infrações** (chamadas penais, administrativas ou tributárias).? (Leandro Paulsen, Direito Tributário, p. 979, 6ª Ed. cit. Geraldo Ataliba in Denúncia espontânea e exclusão de responsabilidade penal, em revista de Direito Tributário nº 66, Ed. Malheiros, p. 29)”(grifos de minha autoria)*

Na condução do voto da instância a quo, o Relator, **ressalvando que é irrelevante o fato de existirem dois procedimentos distintos**, registra que teve seu norte baseado conforme abaixo:

“De tudo o que acima se expôs, podemos sintetizar o pensamento deste relator, acerca da questão aqui trazida pelas partes, nas seguintes conclusões:

*1ª) a ENGRATECH **foi submetida a dois procedimentos fiscais distintos**, sendo o primeiro autorizado pelo MPF nº 08.1.04.002009014463, e o segundo, pelo MPF nº 08.1.04.002010001531;*

*2ª) a denúncia formalizada com a transmissão das GFIP anexadas à defesa **não pode ser qualificada como espontânea, seja porque realizada no curso do primeiro daqueles procedimentos fiscais, seja pelo fato de a mesma não se ter feito acompanhar do recolhimento das contribuições afetadas pelas compensações indevidas e dos respectivos juros de mora, sendo irrelevante a circunstância de que apenas no transcorrer da segunda ação fiscal tenha sido lavrado o presente auto de infração**; e*

*3ª) **ao admitir que foram indevidas as compensações noticiadas nos autos, o sujeito passivo, por via transversa, reconhece a***

falsidade das respectivas declarações, prestadas por meio das GFIP relativas às competências 01/2009 a 09/2009. ” (grifos de minha autoria)

O Relator a quo entendeu que “ em retificando as GFIP’s alegando erro, o contribuinte admitiu “ que foram indevidas as compensações noticiadas nos autos, e que por isso o sujeito passivo, por via transversa, reconheceu a falsidade das respectivas declarações, prestadas por meio das GFIP relativas às competências 01/2009 a 09/2009. ”(grifos de minha autoria).

É certo que o julgador tem a prerrogativa da livre convicção entretanto respeitando as circunstâncias e os aspectos materiais.

Tenho entendimento que em tendo ocorrido as correções antes da ação fiscal, de fato os registros implicam confissão e estas foram corretamente lançadas de ofício na forma das Intimações para pagamento – IP. Assim, cabe o lançamento do crédito em razão da confessada obrigação tributária. Contudo, tal deva ocorrer sob o comando do preceituado para os lançamentos de ofício sem o agravante da condição qualificada posto que a questão da intenção fraudulenta não restou caracterizada na medida em que o contribuinte retificou em tempo hábil os dados e não omitiu de seus registros contábeis os efetivos valores a pagar que foram disponibilizados aos fisco. Ademais correções e retificações têm previsão legal não se pode subjetivamente inferir sua pratica caracterize reconhecimento de falsidade. Fraude não se presume.

Desse modo, se as GFIPs não tivessem sido retificadas e a empresa tivesse sido autuada motivada por glosas de compensação fraudulenta não homologadas, seria de se admitir a concomitante multa isolada.

Ocorre que as glosas referem-se a fatos geradores retificados e valores que não mais existiam no curso da ação fiscal.

O Acórdão nº 10196610 do processo 11020003649200664 da Primeira Turma Ordinária do Então Conselho de Contribuinte tem decisão que corrobora este entendimento:

“ Acórdão n 10196610 do processo 11020003649200664

*“COMPENSAÇÃO NÃO HOMOLOGADA-MULTA DE OFÍCIO ISOLADA- A indicação de crédito não passível de compensação por expressa disposição legal justifica o lançamento de ofício para imposição de multa isolada. MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA- A prestação de informação falsa na DCOMP transmitida constitui fundamento para a imposição da multa isolada no percentual de 150%, por caracterizar evidente intuito de fraude. MULTA ISOLADA. A multa de que trata o art. 18 da Lei 10.833, de 2003, é a multa de ofício prevista no art. 44 da Lei nº 9.430/96. A expressão “**multa isolada**” não significa que se trate de multa diversa da multa de ofício, mas sim, que a multa de ofício é aplicada isoladamente, ou seja, desacompanhada do principal sobre o qual incidiu. MULTA DE OFÍCIO E MULTA DE MORA.- CUMULAÇÃO- A multa de ofício, absorve a de mora, não sendo admissível a cumulação*

conselho.contribuintes;camara.1;turma.ordinaria:acordao:2008-03-06;10196610”

Por derradeiro, consoante o relatório fiscal que acompanha o Auto de Infração nº 37.282.2975 (fls. 05 a 11), aduz que o presente lançamento foi efetuado para a constituição do crédito relativo **à multa isolada incidente sobre os valores compensados indevidamente** nas Guias de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social – GFIP.

Ora se os valores foram corrigidos não foram homologados e por isso não foram compensados. Desse modo é nulo o lançamento por vício material.

CONCLUSÃO:

Em razão de tudo que foi exposto, conheço do recurso para, NO MÉRITO DAR-LHE PROVIMENTO determinando a nulidade da MULTA ISOLADA. Mantidos os lançamentos de ofício mediante as Intimações de pagamentos – IPs de números: 00058322/20010, 00086573/2010, 00074726/2010, 00090482/2010 e 00103841/2010, apuradas respectivamente em 06/04/2010, 17/05/2010, 26/04/2010, 25/05/2010 e 08/06/2010.

É como voto.

Ivacir Júlio de Souza