



**Processo nº** 10932.000403/2008-57  
**Recurso** Especial do Procurador  
**Acórdão nº** 9101-004.390 – CSRF / 1<sup>a</sup> Turma  
**Sessão de** 11 de setembro de 2019  
**Recorrente** FAZENDA NACIONAL  
**Interessado** METALURGICA CABOMAT S.A.

**ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO**

Ano-calendário: 2003

NÃO CONHECIMENTO. FALTA DE SIMILITUDE FÁTICA ENTRE ACÓRDÃO RECORRIDO E PARADIGMA.

Não preenche os requisitos do art. 67 do RICARF, Portaria MF 343, de 09 de junho de 2015, aquele que não demonstrar a similitude fática entre os acórdãos paradigmáticos e recorrido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em não conhecer do Recurso Especial, vencidas as conselheiras Edeli Pereira Bessa, Viviane Vidal Wagner e Lívia De Carli Germano, que conhecem do recurso.

(documento assinado digitalmente)

Adriana Gomes Rêgo - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Amélia Wakako Morishita Yamamoto - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: André Mendes de Moura, Cristiane Silva Costa, Edeli Pereira Bessa, Demetrius Nichele Macei, Viviane Vidal Wagner, Lívia de Carli Germano, Andrea Duek Simantob, Amélia Wakako Morishita Yamamoto, Caio Cesar Nader Quintella (suplente convocado) e Adriana Gomes Rêgo (Presidente).

## **Relatório**

Trata-se de Recurso Especial interposto pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN), fundamentado atualmente no art. 67 e seguintes do Anexo II da Portaria nº

343, de 09/06/2015, que aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), em que se alega divergência jurisprudencial quanto à identificação da espécie do vício que ensejou declaração de nulidade do auto de infração original, posteriormente substituído por novo lançamento.

A recorrente insurgiu-se contra o Acórdão n.º 1201-000.759, de 07/11/2012, por meio do qual a 1ª Turma da 2ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do CARF, por unanimitade de votos, negou provimento ao recurso de ofício, entendendo que:

Em se tratando de presunção legal de omissão de receitas, cabe ao Fisco comprovar a ocorrência do fato indiciário, sem o que não se admite presumir haver ocorrido o fato probandum. Em outras palavras, não havendo a fiscalização se desincumbido do ônus de comprovar a “falta de escrituração de pagamentos efetuados pela pessoa jurídica”, não poderia ter presumido a ocorrência de omissão de receitas.

O acórdão recorrido contém a seguinte ementa:

**ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL**

Ano-calendário:2003

**PROVA. PRESUNÇÃO LEGAL. OMISSÃO DE RECEITAS.**

Em se tratando de presunção legal de omissão de receitas, cabe ao Fisco comprovar a ocorrência do fato indiciário, sem o que não se admite presumir haver ocorrido o *fato probandum*.

A PGFN opôs Embargos Declaratórios contra o acórdão 1201-00.759, alegando contradição:

“pois o argumento ligado à violação do art. 142 por questões relacionadas à motivação, ao método de apuração do tributo, etc enseja a nulidade por vício formal do lançamento e não, o seu cancelamento”.

O Despacho de Admissibilidade de fls. 1027 e ss não o admitiu nos seguintes termos:

Basta, aqui, afirmarmos que a embargante não demonstrou ter havido no acórdão recorrido qualquer “*contradição entre a decisão e os seus fundamentos*”, conforme exigido pelo acima transcrito art. 65 do RICARF para admissibilidade dos aclaratórios.

Realmente, a decisão negou provimento ao recurso de ofício com fundamento no fato de a autoridade autuante não haver comprovado a ocorrência do fato indiciário pressuposto da presunção legal de omissão de receita estabelecida no art. 40 da Lei n.º 9.430/96. Não há portanto, entre a decisão e seu fundamento nenhuma contradição. (gn)

Cientificada, a recorrente interpôs Recurso Especial, às fls. 1035 e ss, inconformada com o decidido no Acórdão de n.º 1201-000.759, proferido em 07/11/2012, com fulcro nos arts. 64, 67 e 68, do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - RICARF, aprovado pela Portaria MF n.º 256, de 22 de junho de 2009, com as alterações introduzidas pelas Portarias MF n.ºs 446, de 27 de agosto de 2009, e 586, de 21 de dezembro de 2010, visando a revisão do julgado.

Considerando que, por meio da portaria nº 343, de 9 de julho de 2015, publicada no Diário Oficial da União - DOU, de 10 de junho de 2015, o Ministro de Estado da Fazenda aprovou o novo Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, o recurso especial será examinado sob a égide desse Regimento

Seguem abaixo os acórdãos paradigmados apresentados e suas respectivas ementas:

**Acórdão nº 3201-00.248**

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 05/11/2004 a 13/11/2006

É nulo, por vício formal, o lançamento tributário quando não estiverem presentes todos os elementos do artigo 142 do Código Tributário Nacional, bem como, quando se constatar confusa contextualização dos elementos de prova que visavam determinar o fato gerador da obrigação, e os que forem formalizados com erro na determinação da matéria tributável, posto que, por representar preterição de uma formalidade essencial, caracteriza-se cerceamento do direito de defesa. Recurso de Ofício Negado

**Acórdão nº 203-09.332**

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - IMUNIDADE - NULIDADE POR VÍCIO FORMAL - A imprecisa descrição dos fatos, pela falta de motivação do ato administrativo, impedindo a certeza e segurança jurídica, macula o lançamento de vício insanável, tornando nula a respectiva constituição. Processo anulado *ab initio*.

Continua a PGFN, ainda em suas alegações que:

A 1a Turma Ordinária da 2a Câmara da 1a Seção de Julgamento do CARF negou provimento ao recurso de ofício para cancelar o Auto de Infração por vício na descrição do fato gerador e no fundamento legal da cobrança.

Por outro lado, os acórdãos paradigmados sinalizam que esse tipo de vício ou qualquer outra contrariedade ao art. 142 do CTN gera nulidade por vício formal.

Verifica-se, portanto, que diante de fatos semelhantes, acórdãos, recorrido e paradigmados, entenderam de modo divergente. Enquanto um cancela o auto de infração, os outros anulam, por vício de forma.

Dessa forma, demonstrada a divergência jurisprudencial, encontram-se presentes os requisitos de admissibilidade do presente recurso especial.

Com relação ao exame de admissibilidade do Recurso Especial da PGFN, de fls. 1048 e ss, o Presidente da 2a Câmara da 1a Seção de Julgamento do CARF, por meio do Despacho, de 05/11/2015, admitiu o recurso especial com as seguintes considerações sobre a divergência suscitada:

Do cotejo entre as ementas e os votos condutores dos arestos, recorrido e paradigmas, verifica-se que o tratamento foi diferenciado vez que, no recorrido concluiu-se que em se tratando de presunção legal de omissão de receitas, cabe ao Fisco comprovar a ocorrência do fato indicário, sem o que não se admite presumir haver ocorrido o fato *probandum*.

Assim sendo, a decisão recorrida negou provimento ao recurso de ofício para cancelar o Auto de Infração por vício na descrição do fato gerador e no fundamento legal da cobrança.

Já o acórdão paradigma nº 3201-00.248, afirma ser nulo, por vício formal, o lançamento tributário quando não estiverem presentes todos os elementos do art. 142 do Código Tributário Nacional.

Quanto ao paradigma nº 203-09.332, entende que a imprecisa descrição dos fatos, pela falta de motivação do ato administrativo, impedindo a certeza e segurança jurídica, macula o lançamento de vício insanável, tornando nula a respectiva constituição.

Por tais razões, neste juízo de cognição sumária, conclui-se pela caracterização das divergências de interpretação suscitadas.

### **Conclusão**

Assim sendo, com fundamento nos artigos 68 e 69, do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09/06/2015, e em cumprimento ao disposto no inciso III do art. 18, **DOU SEGUIMENTO** ao recurso especial, interposto pela Fazenda Nacional, para que seja reapreciada a matéria em discussão.

Em 12/01/2016, a contribuinte foi devidamente intimada do despacho que admitiu o recurso especial da PGFN, (AR fls. 1054), e não apresentou as contrarrazões.

É o relatório.

### **Voto**

Conselheiro Amélia Wakako Morishita Yamamoto, Relatora.

#### **Recurso Especial da PGFN**

##### **Conhecimento**

Com relação ao conhecimento, o despacho de admissibilidade admitiu com base nos paradigmas apresentados:

##### **Acórdão nº 3201-00.248**

**ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL**

Período de apuração: 05/11/2004 a 13/11/2006

É nulo, por vício formal, o lançamento tributário quando não estiverem presentes todos os elementos do artigo 142 do Código Tributário Nacional,

bem como, quando se constatar confusa contextualização dos elementos de prova que visavam determinar o fato gerador da obrigação, e os que forem formalizados com erro na determinação da matéria tributável, posto que, por representar preterição de uma formalidade essencial, caracteriza-se cerceamento do direito de defesa. Recurso de Ofício Negado

### Acórdão nº 203-09.332

**PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - IMUNIDADE - NULIDADE POR VÍCIO FORMAL** - A imprecisa descrição dos fatos, pela falta de motivação do ato administrativo, impedindo a certeza e segurança jurídica, macula o lançamento de vício insanável, tornando nula a respectiva constituição. Processo anulado ab initio.

E continua:

Já o acórdão paradigma nº 3201-00.248, afirma ser nulo, por vício formal, o lançamento tributário quando não estiverem presentes todos os elementos do art. 142 do Código Tributário Nacional.

Quanto ao paradigma nº 203-09.332, entende que a imprecisa descrição dos fatos, pela falta de motivação do ato administrativo, impedindo a certeza e segurança jurídica, macula o lançamento de vício insanável, tornando nula a respectiva constituição.

Entretanto, o acórdão recorrido negou provimento ao recurso de ofício para manter a decisão da DRJ, que considerou o lançamento improcedente e cancelou o crédito tributário exigido.

Não há reparos a fazer na decisão de primeira instância. Em se tratando de presunção legal de omissão de receitas, cabe ao Fisco comprovar a ocorrência do fato indiciário, sem o que não se admite presumir haver ocorrido o fato *probandum*. Em outras palavras, não havendo a fiscalização se desincumbido do ônus de comprovar a “falta de escrituração de pagamentos efetuados pela pessoa jurídica”, não poderia ter presumido a ocorrência de omissão de receitas.

Posteriormente, a PGFN ainda tentou através dos Embargos de Declaração trazer à tona a questão do vício formal x vício material. Porém sem sucesso.

Assim, já se verifica a inexistência da similitude fática exigida.

Os acórdãos paradigmas tratam sim da questão de vício material e formal, porém, o acórdão recorrido não adentra nesse mérito.

Ressalto o que foi dito no despacho de admissibilidade que não admitiu os embargos:

Realmente, a decisão negou provimento ao recurso de ofício com fundamento no fato de a autoridade autuante não haver comprovado a ocorrência do fato indiciário pressuposto da presunção legal de omissão de receita estabelecida no art. 40 da Lei nº 9.430/96. Não há portanto, entre a decisão e seu fundamento nenhuma contradição. (gn)

Dessa forma, não conheço do Recurso Especial da PGFN.

### Conclusão

Dante do exposto, NÃO CONHEÇO do RECURSO ESPECIAL da PGFN.

(documento assinado digitalmente)

Amélia Wakako Morishita Yamamoto