



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10283.720422/2006-23
Recurso Especial do Procurador
Acórdão nº 9101-005.291 – CSRF / 1ª Turma
Sessão de 03 de dezembro de 2020
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado PETROLINA DISTRIBUIDORA LTDA

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2001

RECURSO ESPECIAL. CONHECIMENTO. NULIDADE DO LANÇAMENTO. VÍCIO MATERIAL E FORMAL. CARÊNCIA DE PROVA DA INFRAÇÃO TRIBUTÁRIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA DO PARADIGMA APRESENTADO. NÃO CONHECIMENTO.

Se a matéria que a *Parte* insurgente, por meio de Recurso Especial, pretende tratar não foi previamente apreciada no Acórdão recorrido e, da mesma forma, não foi suscitada em Embargos de Declaração - acatados ou não - configura-se a ausência prequestionamento do tema, não merecendo seguimento o *Apelo*.

Não deve ser conhecido o Recurso Especial em que, para o seu manejo, apresenta-se como Acórdão paradigma decisão baseada em arcabouço fático, relevante para a matéria especificamente questionada, diverso daquele que se revela nos autos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do Recurso Especial. Votaram pelas conclusões as conselheiras Edeli Pereira Bessa, Viviane Vidal Wagner e Andréa Duek Simantob.

(documento assinado digitalmente)

Andrea Duek Simantob - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Caio Cesar Nader Quintella - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Viviane Vidal Wagner, Amélia Wakako Morishita Yamamoto, Fernando

Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Caio Cesar Nader Quintella e Andrea Duek Simantob (Presidente em Exercício).

Relatório

Trata-se de Recurso Especial (fls. 575 a 578) interposto pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional em face do v. Acórdão n.º 1102-000.832 (fls. 564 a 573), proferido pela C. 2ª Turma Ordinária da 1ª Câmara da 1ª Seção deste E. CARF, em sessão de 6 de dezembro de 2012, que negou provimento ao Recurso Voluntário e ao Recurso de Ofício apresentados. Confira-se:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2001

PAF. INCONFORMIDADE COM O ACÓRDÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. ADMISSIBILIDADE. RECURSO VOLUNTÁRIO.

Regendo-se o Processo Administrativo Fiscal pelo formalismo moderado, deve-se recepcionar petição apresentada contra o decidido no acórdão de primeira instância, como recurso voluntário, ainda que haja erro na identificação do destinatário da petição.

PRELIMINAR DE NULIDADE DE DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

Não tendo sido comprovada a apresentação de anexo juntamente com a impugnação, e tendo o acórdão recorrido apreciado a decadência, por considera-la matéria de ordem pública, ainda que não impugnada, com discriminação dos valores de crédito tributário que foram exonerados e dos mantidos, rejeita-se a preliminar de cerceamento do direito de defesa, por inexistência de qualquer vício.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2001

LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRELIMINAR DE DECADÊNCIA. PAGAMENTO.

Tratando-se de lançamento por homologação, correta a decisão de primeira instância que na apreciação de decadência do direito de a Fazenda Nacional constituir tributos, exonerou os de fatos geradores anteriores a cinco anos da ciência do lançamento, para os quais houve a comprovação de recolhimento de algum valor, nos termos do art. 150, § 4º do CTN.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE IRRF

Data do fato gerador: 23/08/2001

IRRF. PAGAMENTO SEM CAUSA. REMESSA PARA O EXTERIOR.

Não havendo nos autos, provas de que a remessa para o exterior tenha sido realizada pela contribuinte, correta a decisão de primeira instância que deu provimento à impugnação.

Em resumo, a contenda tem como objeto exações de IRPJ, CSLL e IRRF, do ano-calendário de 2001, exigidas por meio de Autos de Infração lavrados contra a Contribuinte sob

as acusações de *omissão de receitas*, em razão da constatação de *depósitos e outros créditos bancários*, não escriturados em sua contabilidade, cuja origem dos recursos não foi comprovada e *falta de recolhimento de imposto de renda na fonte sobre pagamentos sem causa/operação não comprovada*.

Registre-se, desde já, que a *celeuma* que prevalece no presente feito é apenas em relação à improcedência do lançamento de ofício de IRRF, reconhecida desde a jurisdição da DRJ, averiguando tratar-se ou não de *vício formal*.

A seguir, para um maior aprofundamento, adota-se trecho do relatório do v. Acórdão de Recurso Voluntário, ora recorrido:

Trata-se de recurso de ofício contra decisão que considerou procedente em parte a impugnação.

Os autos de infração referem-se a lançamentos do IRPJ, CSLL, contribuição para o PIS, Cofins e IRRF, que foram cientificados à contribuinte em 21/12/2006, em razão das seguintes infrações:

a) omissão de receitas caracterizada por depósitos e outros créditos bancários, não escriturados em sua contabilidade, cuja origem dos recursos não foi comprovada;

b) falta de recolhimento de imposto de renda na fonte sobre pagamentos sem causa/operação não comprovada: a contribuinte consta como ordenante em operação de remessa de numerário para o exterior, no montante de US\$ 93.164,00, em 23/08/2001, de via Beacon Hill, conforme Laudos de Exames Econômicos Financeiros, nº 1243004INC, juntamente com representação fiscal 259/05; a contribuinte foi intimada e reintimada a apresentar livros fiscais e contábeis, mas nada foi apresentado para comprovar as operações que se deram a crédito da conta SUNTRUST SERVICE CORPORATION ORLANDO FL 32809 e a débito da conta CB FINANCIAL.

A contribuinte impugnou o lançamento, em 12/01/2007, com os seguintes argumentos:

a) o fato gerador ocorrido no mês de agosto do ano-calendário de 2001 já estava decaído quando da ciência do lançamento;

b) ausência de prova da remessa de recursos para o exterior, pois o fato de apenas constar o nome da impugnante em ordem de remessa, sem a existência de qualquer assinatura ou autorização por parte da empresa, não autorizaria a afirmar que a contribuinte remeteu recursos para o exterior; afirma que jamais enviou qualquer recurso para o exterior; inexistência de testemunhos, fotos, gravações, mas somente ordem de pagamento onde não consta qualquer assinatura; cabe ao fisco o ônus da prova.

Em 05/02/2007 foi apresentado aditivo à impugnação:

a) decadência para os fatos geradores ocorridos nos meses de março, junho, setembro e dezembro de 2000 e março, junho e setembro de 2001;

b) a Receita Federal acessou os dados bancários, protegidos por sigilo constitucional, sem autorização judicial: A LC 105/2001 é inconstitucional e ademais, não pode retroagir situações anteriores;

c) devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório: não teve acesso em tempo suficiente e em condições satisfatórias para contradizer as argumentações produzidas pela Receita Federal, estando patente, a violação dos princípios jurídicos constitucionais: não teve acesso aos extratos bancários que foram obtidos diretamente das instituições financeiras;

d) o crédito tributário da contribuição para o PIS e Cofins não é líquido e não é certo: somente com a edição das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003, é que a União poderia exigir o pagamento dessas contribuições com base na receita bruta e ainda assim, observando-se o prazo nonagesimal; no período entre 01 de fevereiro de 2009 a 31 de março de 2003 (PIS) e entre 01 de fevereiro de 2009 a 31 de março de 2004, a União não poderia lançar essas contribuições com base na receita bruta;

e) arbitramento do lucro: a jurisprudência somente tem admitido o arbitramento do lucro nos casos de falhas formais ou de conteúdo que a tornem totalmente imprestável a justificar os resultados por ela demonstrados;

f) erros formais: erro no levantamento dos valores extraídos dos extratos bancários: inclusão de transferências de mesma titularidade, cheques em custódia, etc;

g) nulidade do auto de infração por cerceamento do direito de defesa: configura-se obstrução do direito a ampla defesa quando a fiscalização embaraça, dificulta e obstaculiza o entendimento da suposta infração.

Em 12.07.2007, a contribuinte apresentou outro aditivo à impugnação, com as seguintes alegações:

a) nulidade do auto de infração por vício formal: erro no levantamento de valores tributáveis de forma a dificultar o entendimento na formatação da defesa, ante a falta de critérios claros na feitura do auto de infração; o mpf está eivado de vícios, sem a observância da Portaria SRF 3.007/2001; a falta de ciência da prorrogação do mpf na forma determinada pelo § 2º do art. 13 da Portaria SRF 3007/2001, ofende, fere e golpeia os princípios da moralidade administrativa e da legalidade;

b) omissão de receita com base em extrato bancário – ilegalidade;

c) multa de ofício: confisco, proporcionalidade, razoabilidade, capacidade contributiva;

A Turma Julgadora não conheceu dos novos argumentos e provas trazidos nos aditivos, por serem intempestivos, na forma do art. 15 do Decreto 70.235/72, e não justificarem sua extemporaneidade, na forma do art. 16, §4º, do mesmo Decreto.

Apreciou a preliminar de decadência por ser questão de ordem pública.

Consignou que a contribuinte efetuou no prazo previsto em lei, recolhimento do IRPJ do 1º e 3º trimestre do ano-calendário de 2001 e da CSLL do 1º, 3º e 4º trimestres do mesmo ano; e pela regra expressa no § 4º do art. 150, do CTN, e que o crédito tributário foi constituído pelo regime do lucro arbitrado, cujo fato gerador é trimestral, o lançamento de IRPJ e CSLL relativos aos fatos geradores ocorridos no 1º, 3º e 4º trimestres de 2001, poderiam ter sido efetuados a partir de 04/2001, 10/2001 e 01/2002, e tendo o lançamento sido

cientificado em 21/12/2006, considerou caracterizada a ocorrência de extinção do crédito tributário por decadência para o IRPJ e CSLL para o 1º e 3º trimestres. Para o 2º trimestre, por não haver pagamento e para o 4º trimestre, concluiu que o direito da Fazenda Nacional exigir o IRPJ e CSLL não estava decaído.

Para o IRRF, cujo fato gerador ocorreu em 23/08/2001, em que não se constatou pagamentos, aplicou a regra do inciso I, do art. 173 do CTN.

Para a contribuição para o PIS e Cofins apurou pelos sistemas da Receita Federal recolhimentos para os meses de março e de julho a dezembro, razão pela qual concluiu que o prazo decadencial quando da ciência do lançamento já havia sido alcançado para os fatos geradores de março e julho a novembro de 2001, de ambas as contribuições.

Em relação ao mérito, considerou não impugnada a matéria relativa à infração de omissão de receitas caracterizada pela falta de comprovação da origem dos depósitos bancários não contabilizados.

Sobre a falta de recolhimento do IRRF sobre pagamento sem causa ou de operação não comprovada, o acórdão recorrido concluiu pela improcedência do respectivo lançamento.

Manteve o IRPJ e CSLL do 2º e 4º trimestres do ano-calendário de 2001, janeiro, fevereiro, abril, maio, junho e dezembro da contribuição para o PIS e da COFINS.

A autoridade administrativa transferiu os valores mantidos para o processo nº 10283.720035/2011-54, e em 16/01/2012 apensou esse processo aos presentes autos.

A ciência da decisão da Turma Julgadora se deu em 10/02/2011, e em 25.02.2011, apresentou petição dirigida ao Chefe do Serviço de Arrecadação da Unidade de origem, na qual argumenta o seguinte:

- a) apresentou tempestivamente impugnação em 12/01/2007, e junto com essa peça foi apresentado o anexo à impugnação contendo os valores a decair;*
- b) no acórdão 0120.120, não consta referência ao julgado sobre os valores objeto da decadência;*
- c) se a decisão não acoberta os pleitos da impugnante, resta caracterizado o cerceamento do direito de defesa;*
- d) ademais, os valores cobrados na carta de cobrança estão todos impugnados no auto de infração, bem como no anexo, onde fora demonstrado que os valores haviam decaído antes da cobrança do auto de infração.*

Solicita que se suspenda os valores objeto da cobrança, face ao acórdão 0120.120, não ter acobertado na sua totalidade os pleitos da impugnante aduzidos em sua peça inicial, de 12/01/2007.

A contribuinte apresentou um documento, sem data, que tem como título “anexo a impugnação dos valores a decair”, que aborda a decadência e sua aplicação a casos onde se presume omissão de receitas, no qual conclui que a totalidade dos débitos fiscais lançados, oriundos da aplicação da presunção do art. 42 da Lei 9.430/96 já estava extinta, não podendo ser alvo de autuação, por terem decaído antes da lavratura dos autos de infração.

É o relatório.

Como visto, a DRJ deu provimento parcial à Impugnação da Contribuinte, cancelando alguns itens da infração de *omissão de receitas* em razão de decadência e a totalidade da exigência de IRRF em razão de sua improcedência, por carência probatória da infração. Contra tal r. *decisório* foi tirado Recurso de Ofício.

Inconformada com a procedência apenas parcial de sua *defesa*, a ora Recorrida apresentou Recurso Voluntário a este E. CARF, em suma, reiterando suas alegações referentes às infrações remanescentes de *omissão de receitas*, pugnando pelo seu cancelamento.

Conforme mencionado, a C. Turma Ordinária *a quo*, negou provimento a ambos *Apelos*, mantendo o v. Acórdão da DRJ *in totum*.

A Contribuinte não questionou o v. Acórdão de 2ª Instância administrativa.

Intimada, a Fazenda Nacional não opôs Embargos de Declaração, interpondo diretamente o Recurso Especial sob análise, demonstrando a existência de suposta divergência jurisprudencial, regimentalmente exigida, sobre a natureza das *nulidades* dos lançamentos de ofício, alegando que, no presente caso, o lançamento de IRRF sofreria de vício formal, devendo ser anulado para que *outro possa ser lavrado*.

Processado, o Recurso Especial da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional foi admitido, através do r. Despacho de Admissibilidade de fls. 581 a 80, acatando apenas um dos v. Acórdãos paradigma analisados, concluindo que *a dissensão avocada pela recorrente se exteriorizou, o Ac. recorrido fixando que os indícios de que o impugnante tenha sido o efetivo remetente dos pagamentos “não são suficientes para a comprovação indubitável da ocorrência do fato jurídico tributário”, e o paradigma sustentando não haver “tipificação exata das pretendidas irregularidades” e “falta de vinculação à norma jurídica com a devida descrição dos fatos”*. Assim, vê-se que o *dissenso* restou estampado, posto que, *diante de situações factuais semelhantes, exararam-se decisões antagônicas*.

Intimada, a Contribuinte não apresentou Contrarrazões.

Em seguida, o processo foi sorteado para este Conselheiro relatar e votar.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Caio Cesar Nader Quintella, Relator.

Admissibilidade

Reitera-se a tempestividade do Recurso Especial da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, como atestado anteriormente no r. Despacho de Admissibilidade. Considerando a data de sua interposição, seu cabimento estava sujeito à hipótese regida pelo art. 67 do RICARF instituído pela Portaria MF nº 256/09 e alterações.

Conforme relatado, a Contribuinte não ofertou Contrarrazões.

Contudo, verificando o v. Acórdão recorrido, a matéria julgada, a matéria alegada no *Apelo* fazendário e, ainda, o singular v. Acórdão paradigma acatado pelo r. Despacho de Admissibilidade, entende-se ser cabível, aqui, uma análise mais aprofundada da admissibilidade recursal.

No Recurso Especial a I. Procuradora signatária versa sobre as distinções entre *vício formal* e *vício material*, alegando que o lançamento de IRRF sofreria de *vício formal*, consignando o seguinte pedido: *a União (Fazenda Nacional) requer o conhecimento e o provimento do presente recurso para que seja anulado por vício formal, o Auto de Infração de IRRF e lavrado um novo, revestido de todos os requisitos legais.*

Frise-se que, numa leitura pragmática de tal requerimento, a União não tem interesse em anular a exação tributária sob debate e este Conselheiro, ou mesmo esta C. 1ª Turma da CSRF, não possuem competência para lavrar *novo Auto de Infração de IRRF*.

Mas mesmo que superada tal leitura processual *rígida*, temos, primeiro, que o v. Acórdão nº 1102-000.832, ora recorrido, apenas manteve o reconhecimento de improcedência da exação de IRRF por falta de provas, já procedida antes pela DRJ *a quo*.

Nesse sentido, primeiro verifique-se o teor do v. Acórdão da DRJ sobre o Auto de Infração da DRJ:

Manuseando os autos, constata-se, revendo entendimento anterior, que dos documentos de fls. 155/199 não se pode concluir com razoável grau de certeza que o contribuinte tenha efetuado tais remessas financeiras, se não consta

assinatura do contribuinte nos elementos probatórios, nem se comprovou que houve depósito em conta-corrente do sujeito passivo. Conforme Descrição dos Fatos, o Fisco entendeu que o fiscalizado foi REMETENTE de dólares americanos transferidos para instituições financeiras situadas em Nova York-EUA, utilizando-se de créditos nas subcontas denominadas administrada pela BEACON HILL SERVICE CORPORATION BHSC. Esses documentos são, presumivelmente, cópias simples de cópias de supostas remessas de divisas para o exterior.

Vale ressaltar que sequer constam dos autos as cópias das ordens de pagamentos atribuídas ao contribuinte. Os valores identificados supostamente tiveram o contribuinte como remetente.

Ocorre que tais documentos não possuem qualquer assinatura do contribuinte, sendo impossível determinar a participação do sujeito passivo nessas operações.

A partir desses elementos, entendo que a negação de remessa alegada pelo impugnante é plausível, pois os titulares das subcontas poderiam identificar da maneira que quisessem os remetentes e beneficiários dos valores movimentados pelo SUNTRUST SERVICE CORPORATION ORLANDO FL 32809 e tendo a debito a conta CB FINANCIAL especialmente porque os recursos movimentados teriam origem ilícita, via remessas efetuadas pelo Banestado. S.A.

Os indícios de que o impugnante tenha sido o efetivo remetente dos pagamentos não são suficientes para a comprovação indubitável da ocorrência do fato jurídico tributário. O mais seguro, no meu entender, é que esses indícios se configurassem em marco inicial para uma investigação mais profunda. Os princípios da legalidade estrita e da segurança jurídica não podem ser mitigados para se manter lançamentos efetuados sem a devida sustentação probatória, em função do disposto no artigo 142 do CTN e do artigo 9º, caput, do Decreto nº 70.235/1972, determinando que o auto de infração deve estar instruído com as provas do fato jurídico tributário.

A evidência que se infere a partir de um indício deve ser aceita com a devida cautela, isto é, a constatação de um indício é apenas o ponto de partida para novas investigações, pois, em geral, são necessários mais elementos de convicção para que se possa concluir de forma segura a ocorrência do fato gerador do tributo. Assim, o julgador vai reunindo indícios que permitem inferências sobre determinados fatos tentando, dessa maneira, reconstruir o passado de forma segura.

É verdade que nunca se terá certeza absoluta sobre a ocorrência de determinado fato gerador. Isso porque seria necessário que a Administração Fazendária fiscalizasse "in loco" e no exato momento da ocorrência de tal fato jurídico, com câmeras filmadoras e demais equipamentos, o que tornaria o custo da fiscalização superior ao crédito tributário envolvido.

Mas, de outro lado, não se pode correr o risco de penalizar o contribuinte, sem que se tenha um elevado grau de probabilidade no sentido do acontecimento do fato tributário.

Assim, a Administração Tributária deve seguir a máxima da legalidade estrita, mesmo que isso eventualmente acarrete o êxito de algum sonegador. A contrapartida será a garantia de cidadania ao contribuinte, que não ficará

sujeito a uma execução fiscal injusta ou —pior a responder criminalmente por um ato que não cometeu.

*Isto posto, voto no sentido de **julgar improcedente** o lançamento para esta infração.* (destacamos)

Confira-se, agora, o que v. Acórdão recorrido concluiu sobre tal posição do v. Aresto de Impugnação:

Portanto, a Turma Julgadora entendeu que não se pode concluir com razoável grau de certeza que a contribuinte tenha efetuado a remessa para o exterior, dada a insuficiência de provas de que a remessa tenha sido realizada pela contribuinte, e que sequer constam dos autos as ordens de pagamento atribuídas ao sujeito passivo.

Não localizei nos autos, nem mesmo os Laudos de Exames Econômicos Financeiros, nº 124304INC e a representação fiscal nº 259/05, citados na descrição dos fatos do auto de infração (fls. 150/154).

Consequentemente, não há como discordar da conclusão da Turma Julgadora.

Do exposto, oriento meu voto para negar provimento ao recurso de ofício. (destacamos)

Claramente, ambas as decisões trataram de improcedência e não de nulidade da Autuação de IRRF.

Ainda que a Fazenda Nacional possa entender que tais fundamentos levariam, na verdade, ao reconhecimento da nulidade, tal tema deveria ser aventado em Embargos de Declaração - que não foram opostos.

Ora, não se emprega o termo *nulidade*, ou *anulação*, ou *vício* em nenhuma das r. decisões proferidas nestes autos. Como, então, agora, em Instância *especial* poder-se-ia debater existência de *vício formal*?

Certamente não houve o prequestionamento da matéria de Recurso Especial nos autos, sendo tema trazido de forma *deus ex machina* nessa contenda administrativa.

Assim, não deve ser conhecido o *Apelo Especial* fazendário.

Ainda, o v. Acórdão nº 203-09.332, único paradigma aceito pelo r. Despacho de Admissibilidade, tratou de matéria consideravelmente diversa da dos autos. Confira-se:

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.

(...)

Por se tratar de matéria envolvendo a imunidade da COFINS, há de se observar a independência deste processo em relação ao Processo de nº 13133.000025/99-62 (Imposto de Renda e CSLL), o qual foi julgado em Sessão de 11 de junho de 2003, por meio do Acórdão nº 107-07.197, de forma a dar provimento ao recurso voluntário para anular o Ato Declaratório nº 15, de 27 de março de 2002, que suspendera a imunidade. Reitero que a independência deste se justifica porque os tributos são essencialmente diferentes em sua materialidade e em seus pressupostos legais.

Compulsando os autos, verifico que a fundamentação no artigo 32 da Lei nº 9.430/96 não diz respeito à COFINS, objeto do presente processo administrativo, ainda que a suspensão da imunidade, operada por ato administrativo, possa servir como subsidio para aplicabilidade do direito.

O artigo 32 da Lei nº 9.430/96, a que me refiro, possui a seguinte redação:

(...)

Note-se que o caput do artigo 32 acima transcrito reporta-se aos impostos (IR) e os que possuem a mesma base de cálculo (CSLL), regra esta que deverá igualmente ser aplicada ao seu parágrafo 9º, ao se referir: "Caso seja lavrado auto de infração, as impugnações contra o ato declaratório e contra a exigência de crédito tributário serão reunidas em um único processo, para serem decididas simultaneamente."

Em se tratando da COFINS, há de se observar que o comando legal inserido está originariamente no artigo 195, § 7º, da Constituição Federal. Em decorrência, reitero que o lançamento é um ato declaratório da obrigação tributária, devendo-se reportar à legislação específica do tributo em análise. Pela independência da COFINS, os atos praticados, ou faltas cometidas, devem, obrigatoriamente, ser descritos no auto específico da contribuição e regidos pela lei do tempo em que foram praticados.

(...)

No mais, em se tratando de pessoa jurídica de fins não lucrativos, não basta, portanto, a autoridade julgadora dizer que houve falta de pagamento e reportar-se a artigos genéricos da lei, como se fosse uma pessoa jurídica comum, eis que necessário, sob pena de nulidade, a exteriorização da base fundamental do procedimento.

Portanto, por entender ter ocorrido Vício de Forma na constituição do crédito tributário, defeito insanável do ato jurídico, que deve ser declarada a qualquer tempo, independentemente de arguição, voto pela nulidade do processo ab initio.

(destacamos)

Como se observa, tal caso foi erigido sobre Autuação de COFINS, após a perda de imunidade de Entidade, em que, expressamente, reconheceu-se a nulidade do lançamento de

ofício por *vício formal*, em razão da Autoridade Fiscal ter se valido de fundamentação legislativa (base legal) específica do IRPJ e da CSLL.

Por outro lado, no v. Acórdão recorrido – assim como a DRJ-, entendeu-se que não foi produzida qualquer prova sobre a existência da infração de IRRF, consubstanciada em suposto pagamento efetuado. Aqui a acusação é, como decidido e mencionado expressamente, improcedente, por falta de demonstração da ocorrência do *fato* colhido – o que é muito diverso de *erro* de capitulação legal ou falha na base legal do Auto de Infração.

Tais situações são incomparáveis.

Sem margens para dúvidas, não há a similitude fática necessária entre o v. Acórdão paradigma e o v. Acórdão recorrido que permite o manejo do Recurso Especial.

Desse modo, seja pela ausência de prequestionamento ou pela carência de similitude fática do v. Acórdão paradigma, o *Apelo* não pode ser conhecido e julgado.

Diante do exposto, voto por não conhecer do Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional.

(documento assinado digitalmente)

Caio Cesar Nader Quintella - Relator