



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 12898.000398/2010-96
Recurso Especial do Procurador e do Contribuinte
Acórdão nº 9202-011.290 – CSRF / 2ª Turma
Sessão de 22 de março de 2023
Recorrentes FAZENDA NACIONAL E TELEMAR NORTE LESTE S/A - - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/08/1998 a 31/10/1998

RECURSO ESPECIAL. FAZENDA NACIONAL. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO.

Não se conhece do Recurso Especial por absoluta falta de interesse recursal, quando o pedido deduzido caminha no mesmo sentido daquilo que foi decidido no acórdão recorrido.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. APURAÇÃO PRÉVIA JUNTO AO PRESTADOR. DESNECESSIDADE. BENEFÍCIO DE ORDEM. INEXISTÊNCIA.

Em se tratando de responsabilidade solidária o Fisco tem a prerrogativa de constituir os créditos no tomador de serviços mesmo que não haja apuração prévia no prestador.

A responsabilidade solidária não comporta benefício de ordem. Não havendo comprovação, por parte do tomador, de que o prestador efetivou os recolhimentos devidos, a autoridade fiscal poderá efetuar o lançamento contra quaisquer dos solidários.

DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. COTA DA EMPRESA. APLICAÇÃO DE PENALIDADE. RETROATIVIDADE BENIGNA. NOTA SEI Nº 27/2019/CRJ/PGACET/PGFN-ME.

Conforme a Nota SEI nº 27/2019/CRJ/PGACET/PGFN-ME, é cabível a retroatividade benéfica da multa moratória prevista no art. 35 da Lei 8212/91, com a redação da Lei 11.941/09, no tocante aos lançamentos de ofício relativos a fatos geradores anteriores ao advento do art. 35-A da Lei nº 8.212/91.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso da Fazenda Nacional. Acordam ainda, em conhecer do recurso especial do contribuinte, e no mérito, dar-lhe provimento parcial apenas no que tange à limitação da multa aplicada ao patamar de 20%.

(documento assinado digitalmente)

Régis Xavier Holanda – Presidente em Exercício

(documento assinado digitalmente)

Mauricio Nogueira Righetti - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Mauricio Nogueira Righetti, Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim, Sheila Aires Cartaxo Gomes, Leonam Rocha de Medeiros, Mario Hermes Soares Campos, Fernanda Melo Leal, Ludmila Mara Monteiro de Oliveira, Regis Xavier Holanda (Presidente em Exercício).

Relatório

Trata-se de Recursos Especiais interpostos pela União e pelo sujeito passivo

Na origem, cuida-se de lançamento (DEBCAD 37.276.446-0) substitutivo para cobrança das contribuições previdenciárias a cargo da empresa incidentes sobre valores das remunerações dos segurados empregados da empresa contratada, PROCTOR Construções Inst. e Engenharia LDA, na condição de contratante solidária.

O relatório fiscal encontra-se às fls. 21/26.

Impugnado o lançamento às fls. 37/48 (contratante) e às fls. 120/128 (contratada), a DRJ no Rio de Janeiro - I/RJ julgou-o procedente às fls. 203/212.

Cientificado do acórdão, o contratante apresentou Recurso Voluntário às fls. 238/260 e o contratado, às fls. 278/285.

Por sua vez, a 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara desta Seção deu parcial provimento aos recursos por meio do acórdão 2301-004.890 – fls. 293/315.

Às fls. 317/333, a União interpôs **Recurso Especial** aduzindo que para fins de aferir-se a retroatividade benigna no tocante à multa por descumprimento de obrigação principal, a exação lançada deveria ser comparada com aquela instituída pelo novel artigo 35-A da Lei 8.212/91.

Em **23/6/17** - às fls. 372/378 - foi dado seguimento ao recurso da União, para que fosse rediscutida a matéria “**cálculo de penalidades/retroatividade benigna.**”

Intimados do acórdão, dos REsp da União, assim como do despacho que lhe dera seguimento, o sujeito passivo TELEMAR apresentou **Recurso Especial** às fls. 390/413, pleiteando ao final, o seu conhecimento e provimento para que seja declarado nulo o lançamento ora combatido, desconstituindo-se, por conseguinte, o crédito tributário consubstanciado no DEBCAD nº 37.276.446-0. E mais, subsidiariamente, que fosse dado provimento ao recurso para limitar a multa de mora exigida ao percentual de 20% (vinte por cento) disposto no art. 35 da Lei nº 8.212/1991, com redação dada pela Lei nº 11.941/2009, por força da retroatividade benigna prevista no art. 106 CTN e da interpretação mais favorável ao acusado prevista no art. 112 também do CTN.

Na mesma oportunidade, o autuado apresentou contrarrazões tempestivas (*ciência da admissibilidade do recurso da União em 29/6/17 (fl. 387) e petitório em 12/7/17 (fl.490)*) às fls. 491/495, pugnando pelo não conhecimento do apelo da Fazenda Nacional.

Em **15/8/17** - às fls. 560/566 - foi dado seguimento ao recurso do **sujeito passivo**, para que fossem rediscutidas as matérias “a) **possibilidade de lançamento do crédito autuado exclusivamente contra o responsável solidário** e b) **multa de mora**.”.

Intimada em 24/9/17 (processo movimentado em 28/8/17 – fl. 567), a União apresentou contrarrazões tempestivas em 25/8/17 às fls. 567/276, requerendo o improvimento do recurso do sujeito passivo.

Mais a frente, em razão de despacho de saneamento, a câmara recorrida foi instada a complementar a análise de admissibilidade do REsp do sujeito passivo, em relação a outras duas matérias lá aduzidas, quais sejam: **(a) nulidade do lançamento** realizado pelo método de arbitramento sem supedâneo legal e **(b) pedido subsidiário** para aplicação, à penalidade, da interpretação mais favorável ao acusado prevista no art. 112 do CTN.

Assim procedendo, em **19/2/21** – às fls. 598/601 – foi **negado seguimento** ao recurso quanto a essas outras duas matérias.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Mauricio Nogueira Righetti - Relator

A Fazenda Nacional tomou ciência do acórdão recorrido em 17/5/17 (processo movimentado em 17/4/17 (fl. 316) e apresentou seu recurso tempestivamente em 5/5/17, consoante se denota de fl.369. Preenchido os demais pressupostos para a sua admissibilidade, dele passo a conhecer.

De sua vez, o sujeito passivo tomou ciência do mesmo acórdão de recurso voluntário em 29/6/17 (fl. 387) e apresentou seu Recurso Especial tempestivamente em 12/7/17 (fl. 389). Passo, com isso, à análise dos demais pressupostos para o seu conhecimento.

Como já relatado, os recursos tiveram seu seguimento admitido para que fossem rediscutidas as matérias “**cálculo de penalidades/retroatividade benigna**”, por parte da Fazenda Nacional; e “**possibilidade de lançamento do crédito autuado exclusivamente contra o responsável solidário**” “**multa de mora**”, pela do contribuinte.

O recorrido foi assim ementado, naquilo que foi devolvido ao exame desta turma:

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. CONSTRUÇÃO CIVIL.

O contratante de serviços de construção civil, qualquer que seja a modalidade de contratação, responde solidariamente com o prestador pelas obrigações previdenciárias decorrentes da Lei nº 8.212/91, conforme dispõe o art. 30, inciso VI da citada lei.

MULTA. RETROATIVIDADE BENIGNA. CRITÉRIO. FATOS GERADORES ANTERIORES A 1999.

Aos processos de lançamento fiscal dos fatos geradores ocorridos antes da vigência da MP 449/2008, convertida na Lei nº 11.941/09, e anteriores à obrigatoriedade de declaração em GFIP (Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social), aplica-se a multa mais benéfica, obtida pela comparação da multa vigente à época da ocorrência dos fatos geradores (art. 35, lei 8.212/91), na redação anterior à Lei nº 11.941/2009), e a multa de ofício na novel redação do art. 35-A da Lei nº 8.212/91 (incluído pela Lei nº 11.941/2009)

Por sua vez, a decisão se deu no seguinte sentido:

Acordam os membros do Colegiado, por maioria de votos, negar provimento ao recurso voluntário quanto à impossibilidade de aferição indireta, vencidos o relator e o conselheiro Alexandre Evaristo Pinto. Quanto a ao aproveitamento dos recolhimentos efetuados constantes das guias GRPS juntadas às fls. 146, 152, 157, 159, 167, 170, 177, 182, 184 e 191, os quais deverão ser utilizados para reduzir o crédito tributário lançado de ofício, dar provimento, por unanimidade de votos. Quanto às multas previdenciárias (período anterior à GFIP), por maioria de votos, foi dado parcial provimento para aplicação da regra do artigo 35 da Lei nº 8.212, de 1991, vigente à época dos fatos geradores, limitada ao percentual de 75%, previsto no artigo 44, I, da Lei nº 9.430, de 1996; vencidos os conselheiros Fabio Pioesan Bozza e Alexandre Evaristo Pinto, que votaram pela aplicação da regra do artigo 35 da Lei nº 8.212, de 1991, com a redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009 (limite de 20%) Designada para redigir o voto vencedor a conselheira Andrea Brose Adolfo, em relação às matérias aferição indireta e aplicação da multa.

Passo, primeiramente, à análise do recurso do sujeito passivo, já que seu eventual provimento, ainda que parcial, implicará, automaticamente, o não conhecimento ou a negativa de provimento do apelo da União.

Recurso Especial do Sujeito passivo.

1 - Possibilidade de lançamento do crédito autuado exclusivamente contra o responsável solidário.

Nesse ponto, assentou o colegiado ordinário, trazendo à luz os artigos 124 e 128 do CTN, 30, VI da Lei 8.212/91, 43 do Decreto 2.173/97, o Enunciado 30, editado pela Resolução nº 1/2007, do CRPS e o resultado do julgamento do Agravo Regimental nos embargos de Declaração no RESp nº 1.177/895/RS, que ao não exigir “da prestadora o comprovante de pagamento das contribuições incidentes sobre a remuneração dos segurados incluída em nota fiscal ou fatura correspondente aos serviços executados, quando da quitação da referida nota fiscal ou fatura”, a tomadora teria assumido **possibilidade de lançamento do crédito autuado exclusivamente contra o responsável solidário** o ônus da obrigação tributária por solidariedade, podendo o crédito ser constituído contra qualquer um dos solidários.

Em seu recurso, o sujeito passivo, embora não contestasse a solidariedade, insiste na tese de que o Fisco deveria, antes de efetuar o lançamento contra ele, verificar se o contratado não teria recolhido espontaneamente o respectivo crédito, sendo que, uma vez não recolhido, o lançamento deveria recair necessariamente sobre ele – contratado –, já que, conforme seu entendimento, a solidariedade e seus efeitos, nasceriam apenas e tão somente após a constituição do crédito, é dizer, apenas na fase de sua cobrança

Indicou, para tanto, o acórdão **2803-003.281** como representativo do dissídio interpretativo.

De fato, a tese fixada no paradigma efetivamente socorre o recorrente, razão pela qual, encampo o despacho de prévia admissibilidade do recurso e encaminhado pelo seu conhecimento.

Cumprido destacar, que em caso análogo ao presente e analisando o mesmo paradigma aqui indicado, esta Turma caminhou por conhecer do recurso interposto. Confirma-se a ementa do referido acórdão:

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. APURAÇÃO PRÉVIA JUNTO AO PRESTADOR. DESNECESSIDADE. BENEFÍCIO DE ORDEM. INEXISTÊNCIA.

Em se tratando de responsabilidade solidária o Fisco tem a prerrogativa de constituir os créditos no tomador de serviços mesmo que não haja apuração prévia no prestador. A responsabilidade solidária não comporta benefício de ordem. Não havendo comprovação, por parte do tomador, de que o prestador efetivou os recolhimentos devidos, a autoridade fiscal poderá efetuar o lançamento contra quaisquer dos solidários. **Acórdão 9202-009.420, de 23/3/21.**

Conheço, pois, do apelo especial.

Quanto ao **mérito**, a matéria não é nova neste Colegiado, que vinha decidindo, à unanimidade de votos, pela desnecessidade de que deva haver apuração prévia no prestador.

Como dito, a recorrente havia sido autuada, na condição de solidária, pelas contribuições devidas por seu prestador de serviços de construção civil.

Abre-se um parêntese para salientar, por oportuno, que o colegiado recorrido, à unanimidade de votos, já admitiu o aproveitamento, neste lançamento, de diversos valores recolhidos e consubstanciados nas guias GRPS constantes dos autos.

Feito o registro, trago à colação, como precedente, as razões de decidir do voto condutor do acórdão **9202-009.420**, adotando-as como minhas. Vejamos:

[...]

No período do lançamento remanescente, 05/1996 a 12/1996, o art. 31 da Lei nº 8.212/1991 teve a seguinte redação, a qual é transcrita do acórdão recorrido:

De 21/11/1995 a 29/04/1997

Art. 31. O contratante de quaisquer serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, responde solidariamente com o executor pelas obrigações decorrentes desta lei, em relação aos serviços a ele prestados, exceto quanto ao disposto no art. 23.

§ 1º Fica ressalvado o direito regressivo do contratante contra o executor e admitida a retenção de importâncias a este devidas para a garantia do cumprimento das obrigações desta lei, na forma estabelecida em regulamento.

§ 2º Entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos não relacionados diretamente com as atividades normais da empresa, tais como construção civil, limpeza e conservação, manutenção, vigilância e outros, independentemente da natureza e da forma de contratação.

§ 3º A responsabilidade solidária de que trata este artigo somente será elidida se for comprovado pelo executor o recolhimento prévio das contribuições incidentes sobre a remuneração dos segurados incluída em nota fiscal ou fatura correspondente aos serviços executados, quando da quitação da referida nota fiscal ou fatura.

§ 4º Para efeito do parágrafo anterior, o cedente da mão-de-obra deverá elaborar folhas de pagamento e guia de recolhimento distintas para cada empresa tomadora de serviço, devendo esta exigir do executor, quando da quitação da nota fiscal ou fatura, cópia autenticada da guia de recolhimento quitada e respectiva folha de pagamento.

Os dispositivos legais reproduzidos acima deixam absolutamente claro que, no interstício abrangido no lançamento, as empresas em geral, no caso de contratação de quaisquer serviços executados mediante cessão de mão de obra, respondiam solidariamente com o executor pelas obrigações decorrentes da lei previdenciária.

O § 3º do art. 31 testifica que a responsabilidade solidária ali referida somente seria elidida caso ficasse comprovado o recolhimento prévio, pelo executor, das contribuições incidentes sobre a remuneração dos segurados incluída em nota fiscal ou fatura correspondente aos serviços executados mediante cessão de mão de obra quando de sua quitação.

De outro eito, nos termos do art. 121 do CTN, o sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária, podendo ser o própria Contribuinte ou ainda o responsável, quando, mesmo sem se revestir da condição de contribuinte, sua obrigação decorra expressamente de lei. Vejamos:

Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária. Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

II- responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei. (Grifou-se)

O art. 124 do CTN, ao tratar das pessoas solidariamente obrigadas, relaciona entre elas as designadas expressamente por lei e estabelece que a solidariedade não comporta benefício de ordem. Confira-se:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I – as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

II – as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.(Grifou-se)

Resumindo-se, à luz das disposições normativas colacionadas, tem-se que os sujeitos passivos de obrigações tributárias, expressamente designados por lei na condição de responsáveis solidários, não estão sujeitos ao benefício de ordem. Assim, desnecessária qualquer verificação prévia junto aos coobrigados para que o lançamento possa ser efetuado contra o sujeito passivo a quem a lei tenha atribuído a solidariedade pelo crédito previdenciário originado de serviços prestados por cessão de mão de obra.

Aliás, é exatamente nesse sentido o Enunciado nº 30 do Conselho de Recursos da Previdência Social:

Enunciado nº 30. Em se tratando de responsabilidade solidária o fisco previdenciário tem a prerrogativa de constituir os créditos no tomador de serviços mesmo que não haja apuração prévia no prestador de serviços.

A despeito disso, o § 3º do art. 31 da Lei nº 8.212/1991, na redação vigente à época dos fatos geradores, estabeleceu a possibilidade de o contratante de serviços se elidir da responsabilidade solidária, desde que exigisse do executor a comprovação do recolhimento prévio das contribuições incidentes sobre a remuneração dos segurados incluída em nota fiscal ou fatura correspondente aos serviços executados, quando de sua quitação, na forma do § 4º do mesmo artigo.

A apresentação de folhas de pagamento e guias de recolhimento específicas era a forma que a tomadora tinha de se elidir de imediato da responsabilidade solidária por contribuições devidas pelo prestador de serviços, cabendo salientar que no caso de o salário de contribuição correspondente às guias apresentadas ser inferior aos percentuais estabelecidos pelo órgão, a tomadora deveria exigir também a comprovação de que a prestadora possuía contabilidade formalizada.

Convém destacar que ao Sujeito Passivo, na condição de responsável solidário, era facultado o afastamento dessa responsabilidade, mediante a exigência de comprovação do recolhimento prévio das contribuições por parte dos executores de serviços. Se não adotou tal providência, é porque optou por permanecer na condição responsável, sujeitando-se ao lançamento das contribuições decorrentes de contratos dessa natureza.

De se ressaltar que a Câmara Superior de Recursos Fiscais já se manifestou, de forma unânime, nesse mesmos sentido em inúmeras outras situações, conforme se verifica, por exemplo, da ementa do Acórdão 9202-008.072, proferido em julgamento realizado na

sessão de 25/07/2019, de relatoria da Ilustre Conselheira Ana Cecília Lustosa da Cruz, relativo inclusive a essa mesma Contribuinte. Vejamos:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/04/1995 a 01/12/1996

CRÉDITO PREVIDENCIÁRIO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. CESSÃO DE MÃO DE OBRA.

Em se tratando de responsabilidade solidária, o fisco tem a prerrogativa de constituir os créditos em face do tomador de serviços, em relação aos serviços a ele prestados, mesmo que não haja prévia constituição do crédito tributário quanto ao prestador de serviços.

[...]

Com efeito, tenho que o recurso do sujeito passivo não deve ser provido quanto a esta matéria.

2 - Multa de mora.

Quanto a esta matéria, pugna o recorrente seja a multa pelo descumprimento de obrigação principal, quando comparada com a *novel* legislação, limitada a 20%, forte no artigo 35 da Lei 8.212/91, com a redação dada pela Lei 11.941/09.

Isto porque, asseverou-se no acórdão vergastado que a legislação a ser aplicada seria aquele em vigor na data do fato gerador, mas limitada – a correspondente multa – a 75%.

Pois bem.

Há de se registrar, de início, que em Sessão do PLENO, no dia 6 de agosto de 2021, este Colegiado, por unanimidade de votos, houve por bem revogar o enunciado de Súmula CARF nº 119, que continha a seguinte redação:

Súmula CARF nº 119

No caso de multas por descumprimento de obrigação principal e por descumprimento de obrigação acessória pela falta de declaração em GFIP, associadas e exigidas em lançamentos de ofício referentes a fatos geradores anteriores à vigência da Medida Provisória nº 449, de 2008, convertida na Lei nº 11.941, de 2009, a retroatividade benigna deve ser aferida mediante a comparação entre a soma das penalidades pelo descumprimento das obrigações principal e acessória, aplicáveis à época dos fatos geradores, com a multa de ofício de 75%, prevista no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996

O fundamento central que deu azo à sumula hoje revogada repousa na tese de que o artigo 35-A, incluído pela MP 449/2008, que estabeleceu a multa de ofício forte no artigo 44 da Lei 9.430/96, procurou apenar – em um só instante - duas condutas, que, antes de sua edição, seriam sancionadas por dois artigos distintos, quais sejam: art. 35 (*descumprimento de obrigação principal*) e §§ 4º e 5º do artigo 32 (*descumprimento de obrigação acessória*). Nesse sentido a determinação de que ambas as multas anteriormente vigentes fossem, quando conexas/ associadas, somadas e comparadas com aquela decorrente do então novo dispositivo, no patamar ordinário de 75%. Foi o que se usou chamar de “cesta de multas”.

Naquela Sessão, levou-se em conta as reiteradas manifestações da Fazenda Nacional, a exemplo da Nota SEI nº 27/2019/CRJ/PGACET/PGFN-ME e do Parecer SEI nº 11315/2020/ME, que justificaram a inclusão e manutenção desse tema da lista nacional de dispensa de contestar e de recorrer da PGFN. Confira-se o que diz o subitem “c” do item “1.26-multas” constante da citada lista:

c) Retroatividade benéfica da multa moratória prevista no art. 35 da Lei nº 8.212/1991, com a redação dada pela Lei nº 11.941/2009, no tocante aos lançamentos de ofício relativos a fatos geradores anteriores ao advento do art. 35-A, da Lei nº 8.212/1991.

Resumo:A jurisprudência do STJ acolhe, de forma pacífica, a retroatividade benigna da regra do art. 35 da Lei nº 8.212, de 1991, com a redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009, que fixa o percentual máximo de multa moratória em 20%, em relação aos lançamentos de ofício. Nessas hipóteses, a Corte afasta a aplicação do art. 35-A da Lei nº 8.212, de 1991, que prevê a multa de 75% para os casos de lançamento de ofício das contribuições previdenciárias, por considerá-la mais gravosa ao contribuinte. O art. 35-A da Lei 8.212, de 1991, incide apenas em relação aos lançamentos de ofício (*rectius*: fatos geradores) realizados após a vigência da referida Lei nº 11.941, de 2009, sob pena de afronta ao disposto no art. 144 do CTN. **Precedentes:** AgInt no REsp 1341738/SC; REsp 1585929/SP, AgInt no AREsp 941.577/SP, AgInt no REsp 1234071/PR, AgRg no REsp 1319947/SC, EDcl no AgRg no REsp 1275297/SC, REsp 1696975/SP, REsp 1648280/SP, AgRg no REsp 576.696/PR, AgRg no REsp 1216186/RS. **Referência:** Nota SEI nº 27/2019/CRJ/PGACET/PGFN-ME, Parecer SEI Nº 11315/2020/ME. **Data da inclusão:** 12/06/2018

Do cenário noticiado pela Fazenda Nacional, notadamente em relação ao posicionamento já pacificado no âmbito do STJ, extrai-se que no lançamento de ofício das contribuições previdenciárias, a multa lavrada com espeque no hoje revogado artigo 35 deveria ser comparada com aquela resultante de sua nova redação, é dizer, limitada a 20%, já que, segundo entende aquela corte, a multa de ofício no lançamento de tais contribuições só passou a existir com o advento daquela MP 449/08. Em outras palavras: a multa de 75% incidiria apenas em relação aos lançamentos efetuados após a sua vigência.

Nesse contexto, ressalvado o entendimento pessoal deste Conselheiro, mas curvando-me à jurisprudência pacífica do STJ¹, que justificou, ante a inviabilidade de reversão do entendimento acima e da submissão do tema ao STF, a sua inclusão na lista nacional de dispensa de contestar e recorrer da PGFN, ora recorrente, aliado, ainda, ao princípio da eficiência administrativa, encaminho por **dar provimento** ao recurso quanto a esta matéria.

Recurso Especial da Fazenda Nacional.

1 - Cálculo de penalidades/retroatividade benigna.

Neste ponto, como já dito, o colegiado recorrido entendeu por aplicar à multa a legislação em vigor na data do fato gerador, mas limitada – a correspondente multa – a 75%.

Já a recorrente, postulou fosse a multa aplicada comparada com aquela instituída por meio do artigo 35-A, também na redação dada pela Lei 11.941/99.

¹ Excertos da Nota SEI 27/2019

[...]

Tendo em vista a pacificação da jurisprudência no âmbito do STJ e a consequente inviabilidade de reversão do entendimento desfavorável à União, o tema ora apreciado enquadra-se na previsão do art. 2º, inciso VII, da Portaria PGFN nº 502, de 2016, que dispensa a apresentação de contestação, o oferecimento de contrarrazões, a interposição de recursos, bem como a desistência dos já interpostos, em temas sobre os quais exista jurisprudência consolidada do STF em matéria constitucional ou de Tribunais Superiores em matéria infraconstitucional, em sentido desfavorável à Fazenda Nacional.

Por fim, ressalte-se que o tema objeto da presente Nota não ostenta contornos constitucionais, versando eminentemente sobre a interpretação e aplicação de normas infraconstitucionais, o que inviabiliza a sua submissão, via recurso extraordinário, ao Supremo Tribunal Federal.

Pois bem. Não me parece que haja interesse recursal da União levando-se em conta o que constou do pedido em seu apelo, quando cotejado com o decidido pelo colegiado *a quo*. Vejamos:

Pedido:

(b) seja dado total provimento ao presente recurso, para reformar o acórdão recorrido no ponto em que determinou a aplicação do art. 35, caput, da Lei nº 8.212/91 (na atual redação conferida pela Lei nº 11.941/2009), em detrimento do art. 35-A, também da Lei nº 8.212/91, devendo-se verificar, na execução do julgado, **qual norma mais benéfica: se a multa anterior (art. 35, II, da norma revogada) ou a do art. 35-A da Lei nº 8.212/91.**

Decisão:

... foi dado parcial provimento para aplicação da regra do artigo 35 da Lei nº 8.212, de 1991, vigente à época dos fatos geradores, limitada ao percentual de 75%, previsto no artigo 44, I, da Lei nº 9.430, de 1996;

Note-se, com isso, que o *decisum* caminhou, smj, no mesmo sentido do pleito formulado pela Fazenda Nacional, motivo pelo qual seu recurso não merece ser conhecido por absoluta falta de interesse recursal.

Não bastasse, o provimento dado ao recurso do sujeito passivo quanto a esta mesma matéria, acabou por inviabilizar o prosseguimento da análise meritória do recurso ora em exame.

Com efeito, encaminho por não conhecer do recurso da Fazenda Nacional.

Diante do exposto, VOTO por NÃO CONHECER do recurso da Fazenda Nacional e CONHECER do recurso do sujeito passivo para DAR-LHE provimento parcial apenas no que tange à limitação da multa aplicada ao patamar de 20%.

(assinado digitalmente)

Mauricio Nogueira Righetti