RECURSO ESPECIAL Nº 1.752.348 - SP (2018/0165748-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO BENEDITO GONÇALVES**
RECORRENTE	:	FAZENDA NACIONAL
RECORRIDO	:	PLASTICOS RODE LTDA
ADVOGADO	:	MARIA HELENA LEITE RIBEIRO E OUTRO(S) - SP063457

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO. ART. 535, II, DO CPC/1973. QUESTÃO APONTADA OMISSA. INDEVIDA INOVAÇÃO RECURSAL APRESENTADA NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS. PRECEDENTES. QUESTÃO RECURSAL NÃO PREQUESTIONADA. SÚMULA 211/STJ. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto pela FAZENDA NACIONAL, com fundamento no art. 105, III, *a*, da CF, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, assim ementado (fl. 261 e -STJ):

> TRIBUTÁRIO. AUTUAÇÃO. AUSÊNCIA DE LIVROS CONTÁBEIS. ARBITRAMENTO DE LUCRO. AUSÊNCIA DE CRITÉRIOS. NULIDADE DO LANÇAMENTO.
> 1. A autora foi autuada por não apresentar escrituração contábil e fiscal regular referente aos exercícios de 1984 a 1986, tendo o Fisco procedido ao arbitramento do lucro nos períodos supracitados.
> 2. Frise-se a legitimidade da autuação por arbitramento, nos termos do art. 148 do CTN, pelo simples fato da apelante não apresentar livros contábeis e fiscais que possibilitassem a aferição real dos tributos devidos.
> 3. A Legislação do Imposto de Renda vigente quando da autuação (RIR/80 aprovado pelo Decreto n° 85.450/80) determinava o arbitramento com base na receita bruta da Pessoa Jurídica, quando conhecida, Caso contrário, deveriam ser observadas as normas baixadas pela Secretaria da Receita Federal.
> 4. À época do caso sob os nossos cuidados vigorava a Instrução Normativa n° 108/80, da Secretaria da Receita Federal, que fixava coeficientes e estabelecia normas para o arbitramento do lucro sujeito à tributação do imposto de renda, quando não conhecida a receita bruta da pessoa jurídica, consignando-se que quando não conhecida a receita bruta do contribuinte o lucro arbitrado será apurado, à juízo da autoridade lançadora e observada a natureza do negócio, mediante a aplicação de qualquer dos coeficientes que elenca.
> 5. Embora hígidas as autuações, não há como subsistir os lançamentos efetuados pelo Fisco ante a ausência de fundamentação para o arbitramento dos valores exigidos da autora.
> 6. Apelação e remessa oficial improvidas.

Embargos de declaração opostos e rejeitados (fl. 285 e-STJ).

A recorrente sustenta contrariedade ao art. 535 do CPC/1973 por a Corte de origem não se manifestar a respeito dos arts. 269, V, 301, I, e 462 do CPC/1973 e 174, parágrafo único, IV, do CTN, desconsiderando que o parcelamento informado nos autos, o que implica reconhecimento da dívida e confissão irrevogável e irretratável de sua

legalidade e legitimidade.

Apontando ofensa aos arts. 269, V, 301, I, e 174, parágrafo único, IV, do CTN, ao argumento que a Corte de origem anulou as dívidas inscritas em dívida ativa, a despeito de o contribuinte haver aderido ao REFIS antes do ajuizamento da execução fiscal, configurando ausência de interesse de agir.

Contrarrazões a fls. 302-310 e-STJ.

Decisão de admissibilidade a fls. 314/315 e-STJ.

É o relatório. Decido.

Registra-se que os recursos interpostos com fulcro no CPC/1973 sujeitam-se aos requisitos de admissibilidade nele previstos, conforme diretriz contida no Enunciado Administrativo 2 do Plenário do STJ.

De início, afasta-se a alegada ofensa ao artigo 535 do CPC/1973, pois, no caso, a tese jurídica supostamente não apreciada foi suscitada somente em embargos de declaração opostos ao julgamento do recurso, o que, ao tempo e ao modo em que questionada, traduz indevida inovação recursal superada pela preclusão consumativa. Desse modo, conclui-se que a dedução de tese jurídica por meio de argumentos só apresentados em embargos de declaração não implica ofensa ao artigo 535, II, do CPC/1973.

Registre-se, por pertinente:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 535 DO CPC. INOVAÇÃO RECURSAL NOS EMBARGOS OPOSTOS NA ORIGEM. NÃO MANIFESTAÇÃO DO TRIBUNAL LOCAL. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO QUANTO AOS DISPOSITIVOS LEGAIS CONFIGURADORES DE INOVAÇÃO RECURSAL. ARGUMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. NO MÉRITO, ÓBICE À ANÁLISE DESSES MESMOS DISPOSITIVOS LEGAIS, NESTA SEDE RECURSAL, POR AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ.
>
> 1. **A pretensão de rediscussão da controvérsia, em sede de embargos de declaração, com base na alegação de violação de dispositivos legais não antes arrazoados no recurso de apelação interposto pela própria parte, configura inovação recursal, a inviabilizar seu debate, pelo órgão julgador, pois operada a preclusão consumativa, inexistindo, portanto, violação do art. 535 do CPC.** Precedente: EDcl no AgRg no AREsp 399.633/RS, PRIMEIRA TURMA, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, julgado em 10/12/2013, DJe de 17/12/2013; REsp 1.032.732/CE, PRIMEIRA TURMA, Rel. Ministro LUIZ FUX, julgado em 19/11/2009, DJe de 3/12/2009 .
>
> 2. A alegação recursal de violação do art. 535, II, do CPC - diante da constatação de que os dispositivos legais apontados omissos configuraram inovação recursal - não ultrapassa a barreira da admissibilidade, por argumentação deficiente. Cabível, no ponto, a dicção da Súmula 284/STF.
>
> 3. Não é possível adentrar o mérito dos mesmos dispositivos legais - que também são objeto da alegação de omissão no acórdão recorrido - diante da ausência de prequestionamento na origem - na espécie, justificadamente, por se tratar de inovação recursal. A falta de prequestionamento da matéria, a despeito da oposição dos embargos, autoriza a incidência do óbice da Súmula 211/STJ.
>
> 4. "Inviável o conhecimento de tese vinculada ao mérito quando se observa que o recurso especial não ultrapassou sequer o juízo de admissibilidade e

> quando revestida de inovação recursal" (AgRg no AREsp 374.352/BA, SEGUNDA TURMA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, julgado em 1º/10/2013, DJe de 9/10/2013) 5. Agravo regimental não provido.
> (AgRg no Ag 1.350.540/SC, QUARTA TURMA, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, julgado em 25/2/2014, DJe de 28/3/2014, grifos nossos)

No mérito, a Corte de origem não emitiu juízo de valor a respeito dos arts. 269, V, 301, I, e 174, parágrafo único, IV, do CTN e as teses a eles vinculadas, situação essa que inviabiliza o conhecimento do recurso por falta de cumprimento do requisito do prequestionamento. Incidência da Súmula 211/STJ.

No mesmo sentido:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SUPOSTA OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. INOVAÇÃO RECURSAL EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ.
> 1. A suposta omissão do Tribunal de origem foi suscitada apenas em sede de embargos de declaração, o seu não enfrentamento não configura omissão, posto que não arguída no momento oportuno pela parte, não sendo possível inovação nas razões dos embargos de declaração.
> 2. A pretensão de ver analisados argumentos trazidos somente com a oposição de embargos de declaração configura ausência de prequestionamento, incidindo o óbice da Súmula 211/STJ (Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo).
> 3. Assim sendo, a inovação da matéria em embargos é juridicamente inadmissível para os fins de comprovação do requisito do prequestionamento. Haja vista que se não se questionou antes (prequestionou), não se há pensar da situação a ser provida por meio dos embargos. Além do que, se não houve prequestionamento da matéria, não houve omissão do órgão julgador, pelo que não prosperam os embargos pela ausência de sua condição processual de admissibilidade. Dessa forma, os embargos declaratórios não servem para suprir a omissão do recorrente que não tenha cuidado de providenciar o necessário questionamento em momento processual oportuno.
> 4. Agravo regimental não provido.
> (AgRg no REsp 1.293.900/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/3/2016, DJe 17/3/2016)

Por oportuno, registre-se inexistir contradição em se reconhecer a falta de prequestionamento de determinada questão, quando, como no presente caso, não se conheceu da violação do art. 535 do CPC/1973, por se constatar que a questão apontada omissa versava nos embargos de declaração então opostos indevida inovação recursal.

A propósito, citem-se:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ART. 535 DO CPC/1973. MATÉRIA NÃO IMPUGNADA. INOVAÇÃO RECURSAL NAS CONTRARRAZÕES DA APELAÇÃO. VÍCIO DE OMISSÃO NÃO CONFIGURADO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ.
> **1.** A **não manifestação do julgador, no acórdão integrativo, a respeito de questões que configuram inovação recursal não configura vício de omissão**, **porquanto é vedado à Corte de origem apreciar matéria sobre a qual não se operou o efeito devolutivo.** Precedentes: AgInt no REsp 1.640.675/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe

23/5/2018; AgInt no REsp 1.138.093/MG, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 11/12/2017; REsp 1.632.752/PR, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe 29/8/2017; AgRg no Ag 1.335.892/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, DJe 9/11/2015; REsp 1.484.162/PR, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe 13/3/2015; AREsp n. 835.781/SP, Relator Ministro Benedito Gonçalves, DJe 10/3/2016.

2. A ausência de prequestionamento dos artigos de lei federal e teses a eles vinculadas, a despeito da oposição de embargos de declaração, enseja o não conhecimento do recurso especial. Incide à hipótese o teor da Súmula 211/STJ.

3. Inexiste contradição em se reconhecer a falta de prequestionamento de questão a respeito da qual se afastou a alegação de vício de omissão por se tratar de indevida inovação recursal.

4. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp 1.519.268/SC, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/6/2018, DJe 28/6/2018, grifos nossos)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. *ASTREINTES*. EXCESSO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. TEMA PRECLUSO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. DEBATE NA INSTÂNCIA EXTRAORDINÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ.

1. Afasta-se a tese de afronta ao art. 535 do CPC/73, pois o Tribunal de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos autos, não se podendo, ademais, confundir julgamento desfavorável ao interesse da parte com negativa ou ausência de prestação jurisdicional.

2. A ausência de manifestação, pelo Tribunal de origem, acerca de matéria suscitada apenas nos embargos declaratórios, trazendo questão preclusa e em evidente inovação de tese recursal, não caracteriza omissão. Precedentes: AgRg no AREsp 295.222/CE, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 2/12/2013; REsp 1.688.566/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 18/12/2017; AgInt no REsp 1.138.093/MG, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 11/12/2017.

3. A falta de prequestionamento da matéria suscitada no recurso especial, a despeito da oposição de embargos de declaração, impede o seu conhecimento, a teor da Súmula 211/STJ.

4. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp 1.232.946/PE, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 7/6/2018, DJe 20/6/2018)

Ante o exposto, não conheço do recurso especial.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 03 de abril de 2019.

MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
Relator