RECURSO ESPECIAL Nº 1.612.053 - SE (2016/0177878-4)

RELATOR	**:**	**MINISTRO SÉRGIO KUKINA**
RECORRENTE	:	FAZENDA NACIONAL
RECORRIDO	:	UNIMED SERGIPE COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO
ADVOGADO	:	CLARISSE DE AGUIAR RIBEIRO SIMAS E OUTRO(S) - SE004324

DECISÃO

Trata-se de recurso especial fundado no CPC/73, manejado pela **Fazenda Nacional**, com base no art. 105, III, *a*, da CF, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, assim ementado (fl. 265):

> *PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS A EXECUÇÃO. PIS. ENTIDADE SEM FINS LUCRATIVOS. COOPERATIVA. INEXISTÊNCIA DE NORMA. IMPOSITIVA VALIDA ANTERIOR À MEDIDA PROV1SÓRIA-N^0 1.212/95.IRRETROATIVIDADE DA LEI TRIBUTÁRIA.*
> *1. No tocante às entidades sem fins lucrativos, a Lei Complementar n° 07/70n não estabeleceu o modo de recolhimento da contribuição ao PIS, remetendo a outra lei o tratamento da matéria.*
> *2. Esta outra lei, futura, somente veio a lume em 1995, daí porque a jurisprudência.se orientou no sentido de inadmitir a cobrança do PIS/até a vigência da MP n° 1.212.*
> *3. Ofenderia o princípio da legalidade utilizar normas administrativas, como a Resolução n° 174/71, do Conselho Monetário Nacional, ou o Ato Declaratório Normativo n° 14/85, da Secretaria da Recife Federal, para fixar elementos essenciais da contribuição. .*
> *4."Nã,o assiste razão à apelante quando afirma que a contribuição ora executada está sendo regulada pela Lei n° 9.718/98, afinal, trata-se de tributo apurado no período de "abri/1993 até dezembro/1993. , A aplicação do r. dispositivo afrontaria o princípio da irretroatividade da lei tributária.*
> *5. Quanto ao argumento da apelante que a apelada não pode ser enquadrada como .entidade sem fins lucrativos, verifica-se, da análise dos autos, que a recorrente não se manifestou acerca desta matéria quando da apresentação da impugnação dos embargos à execução.*
> *'6. Não se mostra possível a inovação de causa petendi em sede recursal. O momento processual mostra azado ao conhecimento da pretensão da recorrente*
> *7. Apelação e remessa oficial improvidas.*

Opostos embargos declaratórios, foram rejeitados (fls. 277/281).

A parte recorrente aponta violação aos arts. 535, 128, 333 e 460 do CPC/73 e 3º e 204, caput, parágrafo único, do CTN. Sustenta, em resumo, que: (I) a despeito dos embargos de declaração, o Tribunal *a quo* remanesceu omisso acerca das questões neles suscitadas; (II) o Tribunal de origem incorreu em julgamento extra petita, pois o acórdão recorrido possui fundamentação diversa da causa de pedir do recorrido; (III) a CDA possui presunção de liquidez e certeza; e (IV) o ônus de proar a iliquidez da CDA é do executado.

É O RELATÓRIO. SEGUE A FUNDAMENTAÇÃO.

Registre-se, de logo, que a decisão recorrida foi publicada na vigência do CPC/73; por isso, no exame dos pressupostos de admissibilidade do recurso, será observada a diretriz contida no Enunciado Administrativo n. 2/STJ, aprovado pelo Plenário do STJ na Sessão de 9 de março de 2016 (*Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/73 - relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016 - devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*).

Verifica-se que as questões veiculadas no apelo raro, a saber: (I) o Tribunal de origem incorreu em julgamento extra petita, pois o acórdão recorrido possui fundamentação diversa da causa de pedir do recorrido; (II) a CDA possui presunção de liquidez e certeza; e (III) o ônus de proar a iliquidez da CDA é do executado.

Com efeito, os autos registram que as alegações trazidas no presente apelo especial somente foram apresentadas ao Tribunal de origem nos embargos de declaração. Em outras palavras: o tema não foi oportunamente abordado no recurso de apelação sob o enfoque ora pretendido.

A partir desse contexto, extraem-se duas conclusões. A primeira, é que não cabe falar em afronta ao art. 535, II, do CPC/73, na medida em que o Tribunal de origem apreciou integralmente as questões que lhe foram postas na apelação, não havendo omissão a ser suprida por meio de embargos declaratórios, os quais, em verdade, revelaram conteúdo inovador.

A segunda conclusão, consequência da anterior, é que a matéria supostamente omitida não foi prequestionada, porquanto o instituto do prequestionamento pressupõe a prévia análise da tese jurídica pela Corte de origem, que deve ser suscitada no momento processual oportuno e não somente por ocasião da oposição de embargos declaratórios, caso destes autos.

A propósito, vejam-se os seguintes precedentes:

> *ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE DE INOVAÇÃO RECURSAL. ALEGAÇÕES TRAZIDAS TÃO SOMENTE EM SEDE DE EMBARGOS DECLARATÓRIOS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 282 E 356 DO STF. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. ACÓRDÃO BEM FUNDAMENTADO. SÚMULA 85/STJ. RELAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO. AGRAVO REGIMENTAL DO ESTADO DO CEARÁ DESPROVIDO.*
> *1. Não há como acolher a alegada violação ao art. 535 do CPC, visto que a lide foi solvida com a devida fundamentação, ainda que sob ótica diversa daquela almejada pelos ora agravante. Todas as questões postas em debate foram efetivamente decididas, não tendo havido vício algum que justificasse o manejo dos Embargos Declaratórios. Observe-se, ademais, que julgamento diverso do pretendido, como na espécie, não implica ofensa à norma ora invocada.*
> *2. A questão relativa à base de cálculos dos honorários fixados e ocorrência de julgamento **extra petita** não foram debatidas pelo Tribunal de origem, uma vez que somente foi levantada pelo recorrente em sede de Embargos de Declaração. Tendo o recorrente inovado nos argumentos, não se encontra configurada a ofensa ao art. 535 do CPC, em face da ausência de omissão do acórdão recorrido, a ser suprimida pela oposição de Embargos de Declaração.*
> [...]
> *4. Agravo Regimental do Estado do Ceará desprovido.*
> (**AgRg no AREsp 295.222/CE**, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/11/2013, DJe 2/12/2013)
>
> *AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO DE VALORES PAGOS A TÍTULO DE HORAS EXTRAS. SERVIDORES OCUPANTES DE CARGO EM COMISSÃO. ART. 535, II DO CPC. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. CONVALIDAÇÃO DO ATO PELA LEI ESTADUAL 17.618/08. PRESUNÇÃO DE*

CONSTITUCIONALIDADE DA LEI ESTADUAL. ALEGADA VIOLAÇÃO AOS ARTS. 2o. DA LEI 9.784/99, 4o. E 5o. DA LEI 8.429/92 E 884 E 876 DO CC/02. INOVAÇÃO RECURSAL. NÃO CABE AO TRIBUNAL A QUO ANALISAR MATÉRIA NÃO IMPUGNADA NO RECURSO DE APELAÇÃO, NEM ALEGADA OPORTUNAMENTE DURANTE O PROCESSO, SALVO AS CONEXAS COM O MÉRITO E AS DE ORDEM PÚBLICA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. No tocante ao art. 535, II do CPC, inexiste a violação apontada, tendo em vista que o Corte de origem apreciou fundamentadamente a controvérsia, não padecendo o acórdão recorrido de qualquer omissão, contradição ou obscuridade. Observe-se que o Tribunal a quo foi claro ao afirmar que houve a convalidação do ato, tido por ilegal, por Lei Estadual superveniente, razão pela qual a tese da impossibilidade de retroação da lei foi, tacitamente, rechaçada.

2. Quanto às teses de violação aos arts. 2º. da Lei 9.784/99, 4o. e 5o. da Lei 8.429/92 e 884 e 876 do Código Civil de 2002, constata-se verdadeira inovação recursal, porquanto o recorrente, em Embargos de Declaração, passou a alegar tais questões, não defendidas oportunamente em sede de Apelação. Por se tratar de inovação recursal, obviamente, tais matérias não foram debatidas pelo Tribunal ***a quo****, carecendo do requisito de prequestionamento. Inafastável, portanto, a incidência da Súmula 211/STJ.*

3. A inovação recursal somente se mostra possível na hipótese de o recorrente comprovar que deixou de alegar anteriormente a matéria por motivo de força maior, nos termos do art. 517 do CPC.

4. Agravo Regimental desprovido.

(**AgRg no REsp 1.334.213/MG**, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 5/11/2013, DJe 2/12/2013)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOVAÇÃO DE TESE. OMISSÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM AFASTADA.

*1. "É vedada a inovação de teses em embargos de declaração e, por tal razão, inexiste omissão em acórdão que julgou a apelação sem se pronunciar sobre matérias não argüidas nas razões de apelação." (****REsp 1.038.920/SP****, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 25/11/2008)*

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(**AgRg no AREsp 364.354/RJ**, da minha relatoria, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/10/2013, DJe 4/11/2013)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PREQUESTIONAMENTO. LEI N.º 11.280/06. AÇÃO AJUIZADA ANTERIORMENTE. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO. INOCORRÊNCIA. DECISÃO AGRAVADA. FUNDAMENTOS. IMPUGNAÇÃO. AUSÊNCIA. SÚMULA 283/STF. APLICAÇÃO.

[...]

3. Na forma dos precedentes desta Corte Superior de Justiça, não se pode ter como prequestionado tema federal suscitado apenas em sede de embargos de declaração, os quais se mostram inadequados para propiciar discussão de matéria nova.

[...]

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(**AgRg no REsp 1.133.269/PR**, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 28/6/2011, DJe 3/8/2011)

PROCESSUAL CIVIL – OFENSA AO ART. 535 DO CPC – INOVAÇÃO DE TESE – OMISSÃO – INOCORRÊNCIA – CASO FORTUITO – AFERIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA 7/STJ – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – JUROS – FALTA DE PREQUESTIONAMENTO – APLICAÇÃO DA SÚMULA 211/STJ.

1. É vedada a inovação de teses em embargos de declaração e, por tal razão, inexiste omissão em acórdão que julgou a apelação sem se pronunciar sobre matérias não argüidas nas razões de apelação.

[...]

3. Nos termos da Súmula 211/STJ, inadmissível o recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal de origem.

4. Recurso especial não conhecido.

(**REsp 1.038.920/SP**, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe 25/11/2008)

ANTE O EXPOSTO, não conheço do recurso especial.

Publique-se.

Brasília (DF), 02 de abril de 2019.

MINISTRO SÉRGIO KUKINA
Relator