AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.251.543 - RS (2018/0038819-4)

RELATORA	**:**	**MINISTRA REGINA HELENA COSTA**
AGRAVANTE	:	FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO	:	ORDENE S/A
ADVOGADO	:	JOÃO JOAQUIM MARTINELLI E OUTRO(S) - SC003210

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de Agravo nos próprios autos da **FAZENDA NACIONAL**, contra decisão que inadmitiu Recurso Especial interposto contra acórdão assim ementado (fl. 368e):

> ***TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. INCENTIVO FISCAL. LEI Nº 11.196/2005. INOVAÇÃO TECNOLÓGICA. VALORES PAGOS A TÍTULO DE PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS (PLR). DEDUTÍVEIS.***
> *1. A Lei 11.196/2005 expressamente autoriza a exclusão do lucro líquido dos valores das despesas operacionais relacionadas com o programa de desenvolvimento tecnológico e inovação. O § 1º do artigo 3º da Lei 10.101/2000, a qual dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa, prescreve que a pessoa jurídica poderá deduzir como despesa operacional as participações atribuídas aos empregados nos lucros ou resultados.*
> *2. Neste viés, tendo em vista que a literalidade do artigo 462 do Decreto nº 3.000/99 - RIR, assegura a dedutibilidade do lucro líquido os valores pagos a título de participação nos lucros da pessoa jurídica, e em sendo estas classificadas como despesas operacionais para fins de Imposto de Renda, não restam dúvidas quanto a possibilidade de incluir tais dispêndios no cálculo do incentivo fiscal.*

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fls. 391/399e).

Sustenta-se estarem presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso especial (fls. 471/474e).

Com contraminuta (fls. 483/491e), os autos foram encaminhados a esta Corte.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 515/518e.

No Recurso Especial, fundado no art. 105, III, *a*, da Constituição da

República, aponta-se ofensa aos arts. 17 da Lei n. 11.196/2005, 26 da Lei n. 11.457/2007 e 111 do Código Tributário Nacional.

Com contrarrazões (fls. 424/433e).

Feito breve relato, decido.

Por primeiro, consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, *in casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

Nos termos do art. 932, III, do Código de Processo Civil de 2015, combinado com os arts. 34, XVIII, *a*, e 253, II, *a*, do Regimento Interno desta Corte, o Relator está autorizado, por meio de decisão monocrática, a conhecer do agravo para não conhecer do recurso especial inadmissível, prejudicado ou daquele que não tenha impugnado especificamente todos os fundamentos da decisão recorrida.

Preenchidos os requisitos de admissibilidade do Agravo, passo à análise do Recurso Especial.

No que se refere à questão do reconhecimento do direito de incluir na base de cálculo do incentivo instituído pelo Programa de Incentivo à Inovação Tecnológica, bem como dos valores pagos a título de participação nos lucros e resultados, uma vez que tais valores são considerados despesa operacional dedutível pela legislação do imposto de renda, verifico que a insurgência carece de prequestionamento, uma vez que não foi analisada pelo tribunal de origem.

Com efeito, o requisito do prequestionamento pressupõe prévio debate da questão pelo tribunal de origem, à luz da legislação federal indicada, com emissão de juízo de valor acerca dos dispositivos legais apontados como violados.

No caso, malgrado a oposição de embargos declaratórios, o tribunal de origem não analisou, ainda que implicitamente, a aplicação do suscitado arts. 17 da Lei n. 11.196/2005, 26 da Lei n. 11.457/2007 e 111 do Código Tributário Nacional.

Desse modo, não tendo sido apreciada tal questão pelo tribunal *a quo*, a despeito da oposição de embargos de declaração, aplicável, à espécie, o teor da Súmula n. 211/STJ, *in verbis*: "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*".

Nesse sentido é o precedente da Primeira Seção desta Corte analisando recurso interposto sob a sistemática do Código de Processo Civil de 1973:

> ***PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 284 DO STF, POR ANALOGIA. BENS PÚBLICOS. TERRENO DE MARINHA. ILEGALIDADE DO PROCEDIMENTO DEMARCATÓRIO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 211 DESTA CORTE SUPERIOR. REGISTRO IMOBILIÁRIO. CARACTERIZAÇÃO DO BEM COMO TERRENO DE MARINHA. MANDADO DE SEGURANÇA. VIA ADEQUADA. QUESTÃO MERAMENTE DE DIREITO. OPONIBILIDADE EM FACE DA UNIÃO. CARACTERIZAÇÃO DO BEM COMO PROPRIEDADE PARTICULAR. IMPOSSIBILIDADE. PROPRIEDADE PÚBLICA CONSTITUCIONALMENTE ASSEGURADA (CR/88, ART. 20, INC. VII).***
> *(...)*
> *2. A controvérsia acerca da ilegalidade do procedimento demarcatório na espécie, pela desobediência do rito específico previsto no Decreto-lei n. 9.760/46 - vale dizer: ausência de notificação pessoal dos recorrentes - não foi objeto de análise pela instância ordinária, mesmo após a oposição de embargos de declaração, razão pela qual aplica-se, no ponto, a Súmula n. 211 desta Corte Superior.*
> *(...)*
> *5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, não provido. Julgamento submetido à sistemática do art. 543-C do CPC e à Resolução n. 8/2008.*
> (REsp n. 1.183.546/ES, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/09/2010, DJe 29/09/2010 – destaque meu).

Na mesma esteira, os seguintes precedentes formados em recursos sujeitos ao Código de Processo Civil de 2015:

> ***PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE OFENSA AO ART. 1.022 DO CPC/2015. HONORÁRIOS RECURSAIS. FIXAÇÃO. CABIMENTO.***
> *1. O Tribunal de origem não examinou a controvérsia sob o enfoque do dispositivo legal apontado como violado, apesar de instado a fazê-lo por meio dos competentes embargos de declaração. Nesse contexto, caberia à parte recorrente, nas razões do apelo especial, indicar ofensa ao art. 1.022 do CPC/2015, alegando a existência de possível omissão,*

providência da qual não se desincumbiu. Incide, pois, 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. Agravo interno não provido.
(AgInt no AREsp n. 1.353.321/RJ, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/11/2018, DJe 13/11/2018 – destaque meu).

PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL À PESSOA COM DEFICIÊNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 489, § 1º, IV, DO CPC/2015. INEXISTÊNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 1773 DO CÓDIGO CIVIL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA N. 211/STJ.
(...)
II - A ausência de prequestionamento impede a ascensão da matéria à instância extraordinária por meio de recurso especial, incidindo o óbice do enunciado n. 211 da Súmula do STJ :"Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo".
III - Ademais, "a admissão de prequestionamento ficto (art. 1.025 do CPC/15), em recurso especial, exige que no mesmo recurso seja indicada violação ao art. 1.022 do CPC/15, para que se possibilite ao Órgão julgador verificar a existência do vício inquinado ao acórdão, que uma vez constatado, poderá dar ensejo à supressão de grau facultada pelo dispositivo de lei" (REsp n. 1.639.314/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 4/4/2017, DJe 10/4/2017).
IV - Recurso especial parcialmente conhecido e improvido.
(REsp n. 1.714.007/CE, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/02/2019, DJe 14/02/2019 – destaque meu).

No que tange aos honorários advocatícios, da conjugação dos Enunciados Administrativos ns. 3 e 7, editados em 09.03.2016 pelo Plenário desta Corte, depreende-se que as novas regras relativas ao tema, previstas no art. 85 do Código de Processo Civil de 2015, serão aplicadas apenas aos recursos sujeitos à novel legislação, tanto nas hipóteses em que o novo julgamento da lide gerar a necessidade de fixação ou modificação dos ônus da sucumbência anteriormente distribuídos quanto em relação aos honorários recursais (§ 11).

Ademais, vislumbrando o nítido propósito de desestimular a interposição de recurso infundado pela parte vencida, entendo que a fixação de honorários recursais,

em favor do patrono da parte recorrida, está adstrita às hipóteses de não conhecimento ou improvimento do recurso.

Quanto ao momento em que deva ocorrer o arbitramento dos honorários recursais (art. 85, § 11, do CPC/2015), afigura-se-me acertado o entendimento segundo o qual incidem apenas quando esta Corte julga, pela vez primeira, o recurso, sujeito ao Código de Processo Civil de 2015, que inaugure o grau recursal, revelando-se indevida sua fixação em agravo interno e embargos de declaração.

Registre-se que a possibilidade de fixação de honorários recursais está condicionada à existência de imposição de verba honorária pelas instâncias ordinárias, revelando-se vedada aquela quando esta não houver sido imposta.

Na aferição do montante a ser arbitrado a título de honorários recursais, deverão ser considerados o trabalho desenvolvido pelo patrono da parte recorrida e os requisitos previstos nos §§ 2º a 10 do art. 85 do estatuto processual civil de 2015, sendo desnecessária a apresentação de contrarrazões (*v.g.* STF, Pleno, AO n. 2.063 AgR/CE, Rel. Min. Marco Aurélio, Redator para o acórdão Min. Luiz Fux, j. 18.05.2017), embora tal elemento possa influir na sua quantificação.

In casu, impossibilitada a majoração de honorários nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil de 2015, porquanto não houve anterior fixação de verba honorária.

Posto isso, com fundamento nos arts. 932, III, do Código de Processo Civil de 2015 e 34, XVIII, *a*, e 253, II, *a*, do RISTJ, **CONHEÇO** do Agravo para **NÃO CONHECER** do Recurso Especial.

Publique-se e intimem-se.

Brasília, DF, 08 de abril de 2019.

MINISTRA REGINA HELENA COSTA

Relatora