



**Ministério da Economia**  
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



**Processo nº** 19647.100084/2009-50  
**Recurso** Especial do Contribuinte  
**Acórdão nº** **9101-006.019 – CSRF / 1ª Turma**  
**Sessão de** 11 de março de 2022  
**Recorrente** SERVIÇOS E ADMINISTRAÇÃO PERNAMBUCO DA SORTE LTDA  
**Interessado** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL**

Ano-calendário: 2004

RECURSO ESPECIAL DE DIVERGÊNCIA. PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE. ART. 67 DO ANEXO II DO RICARF. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO.

Não se conhece de Recurso Especial cuja matéria apontada não foi objeto de Recurso Voluntário e não foi analisada no acórdão recorrido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do Recurso Especial. Manifestou intenção de apresentar declaração de voto a conselheira Edeli Pereira Bessa.

(documento assinado digitalmente)

Andréa Duek Simantob - Presidente em exercício

(documento assinado digitalmente)

Fernando Brasil de Oliveira Pinto - Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimarães da Fonseca (suplente convocado) e Andréa Duek Simantob (Presidente em exercício).

**Relatório**

SERVIÇOS E ADMINISTRAÇÃO PERNAMBUCO DA SORTE LTDA. recorre a esta 1ª Turma da CSRF em face do Acórdão nº **1201-001.152**, de 03 de fevereiro de 2015, que deu provimento parcial ao Recurso Voluntário para declarar a decadência do crédito tributário de IRPJ e de CSLL referente ao 1º trimestre de 2004, e de PIS e de COFINS em relação aos meses de janeiro, fevereiro e março de 2004.

Transcrevo trechos do relatório da decisão recorrida que bem resume a contenda até aquela fase processual:

A Recorrente, pessoa jurídica foi contratada por Associação Esportiva através de um contrato de mandato para exploração de jogos de bingo e realizava a retenção do percentual de 20% (vinte por cento) sobre toda a receita auferida pela prestação de seus serviços, nos termos do contrato mantido com a associação esportiva Centro de Treinamento e Academia de Futebol Waldomiro Silva, repassando a esta o restante dos valores arrecadados. Em decorrência, realizava a tributação apenas sobre referido percentual que lhe era destinado.

A Fiscalização entendeu que a Recorrente realizou recolhimentos a menor do que o devido, haja vista deveria realizar a tributação do IRPJ, CSLL, PIS e COFINS sobre a toda a receita bruta auferida, não apenas sobre a parte que lhe seria destinada, lavrando Auto de Infração para cobrança dos tributos e penalidades decorrentes, relativamente aos exercícios de 2004 e 2005.

[...]

Impugnado o lançamento tributário, a Recorrente, em resumo, alegou:

1. Atuava em nome do titular de direito de exploração de jogo lotérico, ou seja, do Centro de Treinamento e Academia de Futebol Waldomiro Silva, de modo que os ingressos financeiros decorrentes da venda de bilhetes consistiriam em operações em conta de terceiros, sem repercussão em seu patrimônio e que somente a parcela correspondente ao seu faturamento, ou seja, 20% da receita bruta do evento, relativa à prestação de seus serviços (item 4.1 do contrato das fls. 182 a 190) poderia ser tributada em seu nome;

2. A "ampliação da base de incidência" do PIS e da COFINS, promovida pela Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, seria inconstitucional; 3. O art. 4º da Lei nº 9.981, de 14 de julho de 2000, seria "manifestamente inaplicável" ao caso em questão, porquanto o "jogo lotérico" que implementara não se enquadraria no conceito de "Jogo de bingo", tampouco teria sido autorizado pela Caixa Econômica Federal, nos termos da Lei nº 9.615, de 24 março de 1998;

4. Admitindo-se a aplicação do dispositivo, funcionaria como substituta do titular do direito de exploração do jogo lotérico, de sorte que a receita excedente ao percentual de 20% deveria ser tributada levando-se "em consideração as peculiaridades do regime de tributação do substituído".

A DRJ manteve o lançamento tributário em julgamento de primeira instância, uma vez que entendeu que o Contribuinte explorava diretamente os jogos de bingo, sendo contribuinte direto de todas as receitas, não tendo a entidade esportiva qualquer relação com o fato gerador dos tributos em tela.

Ao final do voto, destaca o julgador de primeiro grau que a entidade esportiva não passaria de mero coadjuvante na relação em epígrafe, haja vista que a Recorrente fatura e goza dos benefícios de todas as receitas, sendo que sua existência na relação jurídica em questão observa-se apenas para dar suporte legal a atividade, [...]

A Recorrente foi cientificada da decisão de primeiro grau às fls. 355, interpondo Recurso Voluntário às fls. 357 a este Colendo Conselho, repisando os argumentos defendidos em primeiro grau. Às fls. 372 sustentou que:

*"13 — Somente se justificaria o lançamento de ofício se tivesse operado a Recorrente por conta própria, adquirindo os bilhetes e para posteriormente vendê-los, o que não foi o caso.*

*No contexto estabelecido pelo "Instrumento Particular de Contrato para Prestação de Serviços de Administração de Jogo Lotérico", o faturamento obtido pela Recorrente, resume-se a remuneração auferida pela administração (em nome do Centro de Treinamento e Academia de Futebol Waldomiro Silva) do jogo lotérico.*

*Outra solução importaria em violação ao princípio da capacidade contributiva, grafado no art. 145, § 1º, da Constituição Federal, gravando a União "riquezas" que não ingressaram na esfera patrimonial do contribuinte.*

Conforme já relatado, por meio do Acórdão nº **1201-001.152** o colegiado *a quo* deu provimento parcial ao Recurso Voluntário para declarar a decadência do crédito tributário de IRPJ e de CSLL referente ao 1º trimestre de 2004, e de PIS e de COFINS em relação aos meses de janeiro, fevereiro e março de 2004, tendo sua ementa recebido a seguinte redação:

**ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO**

Ano-calendário: 2004

DECADÊNCIA. IRPJ. CSLL. PIS. COFINS. TRIBUTOS SUJEITO À LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. EXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. APLICAÇÃO CUMULATIVA DO PRAZO PREVISTO NO ARTIGO 150, § 4º DO CTN.

[...]

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ**

Ano-calendário: 2004

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. INCOMPETÊNCIA.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

JOGOS DE BINGO, LOTÉRICOS E SEMELHANTES. PAGAMENTO DOS TRIBUTOS.

Na hipótese de a administração dos jogos de bingo, lotéricos e semelhantes ser entregue a empresa comercial, cabe a esta o pagamento dos tributos e encargos da seguridade social incidentes sobre as receitas obtidas com a atividade.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. PIS, COFINS E CSLL.

A decisão prolatada no lançamento matriz estende-se aos lançamentos decorrentes, em razão da íntima relação de causa e efeito que os vincula.

Intimado dessa decisão, o Contribuinte opôs Embargos de Declaração argumentando que o art. 4º da Lei nº 9.981/2000<sup>1</sup> determinaria ao administrador do jogo lotérico o ônus de recolhimento de impostos e contribuições incidentes sobre a premiação, de forma a ser atribuído ao ganhador **premiação líquida**, e que o resultado dessa operação (após atribuição do prêmio, pagamento dos tributos sobre ele incidentes (na forma da contratação com a titular do direito de exploração de jogo lotérico – “20%”), não cabendo a ele o ônus sobre a parcela do lucro pertinente ao clube titular do referido direito de exploração, uma vez que seu faturamento se limitaria à remuneração auferida pela administração do jogo lotérico. É importante ainda ressaltar a seguinte passagem dos referidos Embargos:

Em decisão recente, tratando de caso idêntico, assim se pronunciou esse Conselho:

"OMISSÃO DE RECEITA. EXPLORAÇÃO DE JOGOS DE AZAR. RECEITA BRUTA.

A receita bruta das empresas que exploram a atividade de jogos eletrônicos de azar mediante a utilização de máquinas caça níqueis corresponde à diferença entre a arrecadação bruta do mês e a dedução das premiações pagas aos apostadores ou desistências, subtraídas, ainda, as receitas já declaradas e tributadas pelo contribuinte." (Acórdão n.º. 1401-000.713 – 4ª Câmara/1a. Turma Ordinária)

O citado Acórdão n.º. 1401-000.713 – 4ª Câmara/1ª Turma Ordinária, assenta o entendimento de que a receita bruta das empresas que exploram a atividade de jogos eletrônicos de azar (atividade similar) corresponde à diferença entre a arrecadação bruta do mês e a dedução das premiações pagas aos apostadores ou desistências, subtraídas, ainda, as receitas já declaradas e tributadas pelo contribuinte, **de sorte a impedir que a tributação atribuída àquele que explora a atividade incida sobre a totalidade do faturamento obtido.** [destaques do recurso do Contribuinte]

Aplicação desse entendimento ao caso vertente determina a exclusão dos valores pertinentes às premiações pagas da base de incidência dos tributos devidos pela Embargante, assim como, por se tratar de custo específico da operação e representar recursos de terceiros, dos valores destinados ao Centro de Treinamento e Academia de Futebol Waldomiro Silva.

7 — Com estas considerações, verificada a omissão desse Conselho quanto ao conhecimento e adequada apreciação das questões suscitadas, deprecia para que sejam conhecidos e providos estes embargos de declaração para fins de integração, complementação e eventual modificação do acórdão impugnado.

Por meio do Despacho de Admissibilidade em Embargos de fls. 1014-1018, os Embargos foram rejeitados sob o fundamento de que “*a interessada busca rediscutir, pela via estreita dos embargos, questão de mérito já decidida pela Turma, sendo certo que não houve*

<sup>1</sup> Art. 4º Na hipótese de a administração do jogo de bingo ser entregue a empresa comercial, é de exclusiva responsabilidade desta o pagamento de todos os tributos e encargos da seguridade social incidentes sobre as respectivas receitas obtidas com essa atividade.

*qualquer omissão na decisão embargada”, transcrevendo-se excerto do voto vencedor embargado, concluindo-se ainda que o julgador não estaria obrigado a examinar todos os fundamentos de fato e de direito trazidos ao debate, “podendo conferir aos fatos qualificação jurídica diversa da atribuída pelas partes, não se encontrando, pois, obrigado a responder a todas as suas alegações, nem mencionar o dispositivo legal em que fundamentou sua decisão, cumprindo a ele entregar a prestação jurisdicional, considerando as teses discutidas no processo, enquanto necessárias ao julgamento da causa”.*

O Contribuinte foi intimado desse despacho em 04/05/2016 (fls. 1035-1036) e em 18/05/2016 interpôs o Recurso Especial de fls. 1038-1081 que foi inadmitido pelo Despacho de Admissibilidade de fls. 1114-1123.

No Recurso Especial do Contribuinte, assim consta acerca do pretense dissídio jurisprudencial apontado:

[...]

Segundo o acórdão vergastado, a regra do art. 4º da Lei nº. 9.981/2000 impediria a segregação de receitas pertencentes a outras entidades (concedente e beneficiário) e tornava obrigatória a consideração, no procedimento de apuração, da totalidade dos valores auferidos em virtude da alienação de bilhetes lotéricos, sendo vedada a dedução de qualquer custo ou encargo, mesmo aqueles destinados à formação da premiação outorgada aos adquirentes dos bilhetes.

Em sentido contrário a esse entendimento, cita a Recorrente como paradigma, para fins de comprovação do dissídio pretoriano e atendimento do requisito de admissibilidade enunciado pelo art. 67, § 6º, do Regimento Interno desse Conselho, o Acórdão nº. 1401-000.713 - 4ª Câmara/1ª Turma Ordinária, com a seguinte ementa: [...]

O Acórdão paradigma (Acórdão nº 1401-000.713 - 4ª Câmara/1ª Turma Ordinária), adotou o entendimento de que "a receita bruta das empresas que exploram a atividade de jogos eletrônicos de azar mediante a utilização de máquinas caça-níqueis corresponde à diferença entre a arrecadação bruta do mês e a dedução das premiações pagas aos apostadores ou desistências, subtraídas, ainda, as receitas já declaradas e tributadas pelo contribuinte", entendimento diametralmente oposto àquele adotado pelo Acórdão embargado, que adota como base de cálculo dos tributos a totalidade da receita auferida pela Recorrente.

[...]

O Acórdão paradigma firmou entendimento de que "os prêmios não devem compor a base tributável, mesmo que o contribuinte tenha optado pelo regime de tributação do lucro presumido", entendimento diametralmente oposto àquele enunciado pelo Acórdão objurgado, que afirma ser "que cabe à empresa comercial o recolhimento dos tributos obtidos pela receita na administração dos jogos de bingo". [...]

O referido Despacho de Admissibilidade, assim fundamentou as razões para negar seguimento ao Apelo Especial do Contribuinte:

Examinando os acórdãos paradigmas verifica-se que trazem o entendimento de que "a receita bruta das empresas que exploram a atividade de jogos eletrônicos de azar mediante a utilização de máquinas caça níqueis corresponde à diferença entre a arrecadação bruta do mês e a dedução das premiações pagas aos apostadores ou desistências, subtraídas, ainda, as receitas já declaradas e tributadas pelo contribuinte."

[...]

O acórdão recorrido, por seu turno, vem considerar que "na hipótese de a administração dos jogos de bingo, lotéricos e semelhantes ser entregue a empresa comercial, cabe a esta o pagamento dos tributos e encargos da seguridade social incidentes sobre as receitas obtidas com a atividade."

Portanto, as conclusões sobre a matéria ora recorrida nos acórdãos examinados não se revelam discordantes, não restando plenamente configurada a divergência jurisprudencial pelo Sujeito Passivo.

Intimado desse novo despacho, o Contribuinte interpôs Agravo que foi admitido com base no paradigma nº 1401-000.713, cujos seguintes trechos peço vênha para reproduzir:

[...]

*A agravante relata que, segundo o acórdão recorrido, figurando como responsável pelo pagamento dos tributos incidentes sobre a administração de jogos de bingo, em face do que reza o art. 4º da Lei nº 9.981/2000, caberia ao Agravante proceder ao recolhimento do IRPJ e dos encargos da seguridade social sobre a totalidade da receita obtida na referida operação, descabendo a dedução das premiações pagas aos respectivos apostadores. Contudo, em seu recurso especial teria sido demonstrada a divergência em face do paradigma nº 1401-000.713, que firmou entendimento de que a base de incidência dos tributos incidentes sobre jogos de azar deve corresponder "à diferença entre a arrecadação bruta do mês e a dedução das premiações pagas aos apostadores ou desistências".*

Segundo a interessada, a leitura dos fundamentos abraçados na decisão ora atacada revela a divergência jurisprudencial regularmente arguida no recurso especial subjacente. Isto porque, no despacho agravado consignou-se que:

*Examinando os acórdãos paradigmas verifica-se que trazem o entendimento de que "a receita bruta das empresas que exploram a atividade de jogos eletrônicos de azar mediante a utilização de máquinas caça níqueis corresponde à diferença entre a arrecadação bruta do mês e a dedução das premiações pagas aos apostadores ou desistências, subtraídas, ainda, as receitas já declaradas e tributadas pelo contribuinte."*

Consta no voto condutor do acórdão recorrido:

[...]

*O acórdão recorrido, por seu turno, vem considerar que "na hipótese de a administração dos jogos de bingo, lotéricos e semelhantes ser entregue a empresa comercial, cabe a esta o pagamento dos tributos e encargos*

*da seguridade social incidentes sobre as receitas obtidas com a atividade."*

Referidos excertos, porém, apontam para a inexistência de prequestionamento, no acórdão recorrido, acerca da necessidade de dedução das premiações. E, de fato, analisando-se o recurso voluntário (e-fls. 430/453) e o acórdão recorrido (e-fls. 905/920), constata-se que o debate até ali estabelecido limitava-se à definição da titularidade das receitas auferidas nas operações realizadas (se do Centro de Treinamento e Academia de Futebol Waldomiro Silva ou da autuada), bem como das normas que regeriam tais operações (se as correspondentes a bingos ou serviços lotéricos). Neste cenário, o voto condutor do acórdão recorrido refutou as duas alegações da autuada e a manteve como titular das receitas tributadas.

Somente em embargos a interessada, além de reiterar que seu faturamento se resumiria à remuneração auferida pela administração (em nome do Centro de Treinamento e Academia de Futebol Waldomiro Silva ) do jogo lotérico, apontou que, em decisão recente, este Conselho teria assentado o entendimento de que a receita bruta das empresas que exploram a atividade de jogos eletrônicos de azar (atividade similar) corresponde à diferença entre a arrecadação bruta do mês e a dedução das premiações pagas aos apostadores ou desistências, subtraídas, ainda, as receitas já declaradas e tributadas pelo contribuinte, de sorte a impedir que a tributação atribuída àquele que explora a atividade incida sobre a totalidade do faturamento obtido (e-fls. 944/1002).

Referidos embargos, porém, foram rejeitados em exame de admissibilidade (e-fls. 1014/1018), consignando-se que:

[...]

A interessada aduz, em recurso especial, que os embargos de declaração foram sumariamente rejeitados por entender o eminente Relator tratarem de matéria somente passível de exposição no seio de recurso especial.

É certo que a interessada equivoca-se, em seu recurso especial, ao firmar que o acórdão recorrido teria adotado entendimento contrário à segregação de receitas, impondo a incidência sobre a totalidade dos valores auferidos em virtude da alienação de bilhetes lotéricos, sendo vedada a dedução de qualquer custo ou encargo, mesmo aqueles destinados à formação da premiação outorgada aos adquirentes dos bilhetes. O voto condutor do acórdão recorrido nada diz acerca da referida dedução. De outro lado, porém, se a tributação se deu segundo a sistemática do lucro presumido, é possível inferir do Termo de Verificação Fiscal, às e-fls. 45/51, que as referidas deduções não foram consideradas na apuração da base tributável.

[...]

E, se ao acórdão recorrido deve ser agregada a alegação, veiculada em embargos rejeitados, de que a tributação foi promovida sem a dedução dos valores destinados à formação da premiação outorgada aos adquirentes dos bilhetes, importa averiguar se o paradigma n.º 1401-000.713, reiterado em sede de agravo, de fato, firma entendimento favorável à minoração da receita da atividade em razão das premiações pagas em jogos.

[...]

Confirma-se, nestes termos, que o acórdão paradigma admitiu que o prêmio reduzisse a receita bruta resultante de operações de jogos, afetando o próprio faturamento, na medida em que a análise recaiu, expressamente, sobre a base de cálculo para apuração do lucro presumido.

Por todo o exposto, integrando-se ao acórdão recorrido as razões veiculadas em embargos opostos pelo sujeito passivo e rejeitados, para que *o tribunal superior* avalie se houve *erro, omissão, contradição ou obscuridade* na forma do art. 1025 do Novo Código de Processo Civil, resta caracterizada a divergência acerca da possibilidade de dedução de prêmios na tributação de receitas decorrentes de operações de jogos.

Em seguida, os autos foram encaminhados à PGFN que, tempestivamente, apresentou Contrarrazões de fls. 4251-4254, não se opondo ao conhecimento do Recurso Especial do Contribuinte e, no mérito, requerendo a confirmação da decisão recorrida.

É o relatório.

## Voto

Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Relator.

### 1 CONHECIMENTO

Embora as Contrarrazões não tenham contestado o conhecimento, impõem-se algumas considerações quanto à admissibilidade recursal.

O § 5º do art. 67 do Anexo II, do RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 2015 (RICARF) determina que, no caso de Recurso Especial do Sujeito Passivo, a matéria objeto do Apelo deve ter sido prequestionada<sup>2</sup>.

E, no caso concreto, entendo não restar preenchido esse pressuposto para conhecimento do Recurso Especial do Contribuinte.

Conforme relatado, o Contribuinte havia firmado contrato com o Centro de Treinamento e Academia de Futebol Waldomiro Silva - CTAFWS para administração de “jogos de bingo”, sendo que, segundo esse pacto, o Contribuinte autuado arcaria com todos os custos e despesas e ficaria com 20% das receitas a título de comissão.

E, segundo a própria Fiscalização, A Autuada assim procedeu, repassando ao CTAFWS 80% das receitas nas atividades de jogos de bingo.

---

<sup>2</sup> Na realidade, o prequestionamento é um pré-requisito a qualquer recurso especial de divergência, uma vez que, para restar caracterizada a divergência jurisprudencial, o acórdão recorrido - ainda que levando-se em consideração eventual rejeição de embargos - deve ter se manifestado expressamente sobre a matéria que se pretende levar ao debate perante a CSRF.

Por outro lado, a autoridade fiscal autuante firmou convicção de que o art. 4º da Lei nº 9.981/2000 permitiria à empresa comercial administrar as atividades relativas ao jogo de bingo, mas determinaria que toda a receita auferida nessa atividade fosse por ela tributada, nos termos do mesmo dispositivo legal.

Ocorre que, desde o manejo de sua Impugnação, passando pelo seu Recurso Voluntário, a defesa do Contribuinte foi construída com base na alegação de que *somente sua renda deveria ser tributada*, da mesma forma que somente o seu faturamento deveria ser considerado para fins de tributação, mas toda sua defesa funda-se no argumento de que suas receitas seriam somente os 20% pactuados com CTAFWS. Frisa-se: não há qualquer outro questionamento, e muito menos pedido, quer um sede de Impugnação, quer no seu Recurso Voluntário, sobre outros ajustes à base de cálculo, requerendo-se, tão somente, que fosse considerada sua renda/faturamento os 20% da comissão que faria jus.

Nesse contexto, o acórdão em Recurso Voluntário, no mérito, negou provimento ao apelo do Contribuinte, firmando o entendimento de que além do art. 4º da Lei 9.981/2000 determinar que todos os tributos incidentes sobre as receitas deveriam ser arcados pela empresa comercial, todo o negócio teria sido operacionalizado pelo Contribuinte, que inclusive teria arcado com todos os custos e despesas necessárias à atividade de jogo de bingo, não podendo o acordo entre particulares ser oposto à Fazenda para modificar o sujeito passivo da obrigação tributária (art. 123 do CTN).

Irresignado, o Contribuinte opôs Embargos Declaratórios aduzindo que deveria ser excluído da quantificação das receitas o valor do prêmio pago, citando precedente recente nesse sentido, mas, ainda assim, ainda reforçando seus argumentos de que só sua renda deveria ser tributada (os “20% de comissão”).

Os Embargos foram rejeitados monocraticamente pelo Presidente do colegiado *a quo* sob o fundamento de que o Contribuinte estaria somente buscando rediscutir questão de mérito já apreciada pelo colegiado, e que a turma não estaria obrigada a examinar todos os fundamentos de fato e de direito do recurso quando a decisão contivesse fundamentos suficientes para o desprovimento do apelo.

Com a devida vênia ao então ilustre Presidente de Turma que subscreveu o despacho que rejeitou os embargos, entendo que a controvérsia trazida pelo Contribuinte em seus aclaratórios poderia ser definitivamente sepultada caso o despacho tivesse deixado claro que a dedução dos prêmios pagos, para fins de determinação da receita auferida pela Autuada, jamais teria sido matéria controvertida nos autos!

Isso porque a discussão inaugurada pelo contribuinte em sua Impugnação, e também em seu Recurso Voluntário, sempre contrapôs duas teses: 100% das receitas obtidas nos jogos de bingo deveriam ser tributadas na própria Autuada, conforme os autos de infração lavrados, ou somente os 20% de comissão pactuado com CTAFWS, nos termos da defesa do Contribuinte?

Ora, em Impugnação e Recurso Voluntário, caso se mantivesse o entendimento de que 100% das receitas seriam mesmo da autuada não houve qualquer pedido subsidiário do Contribuinte para ajuste de base de cálculo.

Contudo, o Despacho de Admissibilidade em Embargos trilhou outro caminho, focando tão somente na discussão sobre a tributação dos 100% das receitas ou dos 20% relativos à comissão, concluindo que não precisaria se manifestar sobre todos os argumentos do Contribuinte em seu Recurso Voluntário.

A bem da transparência, salienta-se que esse argumento sobre a dedução dos prêmios pagos jamais foi entabulado pelo Contribuinte em suas peças, até a interposição do Recurso Voluntário, inclusive, constando nos recursos somente mera citação de precedente, em meio a vários outros, uma citação de ementa que indicava que somente as receitas líquidas dos prêmios deveriam ser tributadas, mas ainda assim, o Contribuinte jamais teceu qualquer argumento a esse respeito, sempre concluindo com seu pedido de que somente fosse considerada sua renda a comissão pactuada com CTAFWS, qual seja, 20% das receitas auferidas na atividade de jogo de bingo.

Ainda assim, o Contribuinte interpôs Recurso Especial apontando como objeto de suposta divergência jurisprudencial matéria claramente não contida em sua Impugnação e em seu Recurso Voluntário, e também não abordada no acórdão recorrido.

O argumento sobre a possível dedução dos prêmios pagos para definição de sua receita, conforme já evidenciado, foi matéria e pedido somente inaugurados em sede de Embargos de Declaração.

Também discordo, com o devido respeito, do Despacho de Admissibilidade em Recurso Especial, o qual negou seguimento ao apelo com o argumento de que paradigma e recorrido trariam entendimentos convergentes, conclusão que, por mais que eu me esforçasse, não consegui vislumbrar o raciocínio levado a efeito nesse despacho para chegar a esse desiderato.

Por outro lado, no Agravo interposto pelo Contribuinte, repetiu-se o argumento de que o paradigma nº 1401-000.713 teria admitido a dedução dos prêmios pagos na determinação da receita bruta para fins de cálculo de apuração do lucro presumido, o que, diga-se de passagem, mostra-se acertado.

A esse respeito, assim consta no Despacho em Agravo:

Confirma-se, nestes termos, que o acórdão paradigma admitiu que o prêmios reduzissem a receita bruta resultante de operações de jogos, afetando o próprio faturamento, na medida em que a análise recaiu, expressamente, sobre a base de cálculo para apuração do lucro presumido.

Por todo o exposto, integrando-se ao acórdão recorrido as razões veiculadas em embargos opostos pelo sujeito passivo e rejeitados, para que o tribunal superior avalie se houve erro, omissão, contradição ou obscuridade na forma do art. 1025 do Novo Código de Processo Civil, resta caracterizada a divergência acerca da possibilidade de dedução de prêmios na tributação de receitas decorrentes de operações de jogos.

Novamente pede-se vênias para discordar também desse despacho.

Se, de fato, o paradigma indicava a necessidade de exclusão dos prêmios pagos na determinação da receita do sujeito passivo que administrasse recursos de operações de jogos, o

acórdão recorrido, ao afirmar que 100% das receitas deveriam ser tributadas pelo Contribuinte o fez em resposta a argumento *específico e único* do então Recorrente no sentido de que somente deveria tributar os 20% de comissão a que faria jus.

Desse modo, pode-se afirmar que o Contribuinte elaborou seu Recurso Especial partindo de *premissa equivocada*: o acórdão recorrido, quando afirmou que 100% das receitas deveriam ser tributadas pelo Contribuinte estava a contrapor o argumento de defesa de que somente 20% das receitas pertenceriam à Autuada. Em outras palavras: jamais analisou-se a possibilidade ou não de dedução dos prêmios pagos, até mesmo porque, até a data em que foi proferido, nunca houve pedido do Contribuinte nesse sentido.

Particularmente, entendo não se aplicar ao caso concreto o disposto no art. 1025 do CPC: os argumentos, e, principalmente, o pedido de dedução dos prêmios pagos só surgiram nos autos em sede de Embargos de Declaração, e o acórdão recorrido, conforme visto, não inaugurou ou trouxe qualquer argumento sobre o tema, limitando-se a responder os questionamentos do Contribuinte até então formulados.

Nesse contexto, permitir-se que se deduza novo pedido somente em sede de embargos, sem que a matéria jamais tenha sido debatida nos autos, não me parece capaz de atrair o art. 1025 do CPC para fins de admissão do Recurso Especial.

Trata-se, pois, de matéria não prequestionada. Sobre o tema, assim dispõe o Manual de Exame de Admissibilidade do Recurso Especial<sup>3</sup>:

Observe-se que o sujeito passivo ***pode ter suscitado a matéria em sede de Recurso Voluntário***. Entretanto, se o voto vencedor do acórdão recorrido silenciou sobre o tema, sem que o sujeito passivo tenha oposto os necessários Embargos de Declaração para suprir a omissão, considera-se que não houve o prequestionamento. Isso porque ***não há como efetuar o confronto entre recorrido e paradigma, se o recorrido sequer se pronunciou sobre a matéria suscitada***.

Assim, ao fundamentar o não seguimento do Recurso Especial na falta de prequestionamento, ***o examinador pode remarcar que a matéria não prequestionada poderia ter sido suscitada em sede de Embargos de Declaração***, ou que o sujeito passivo estaria utilizando a via do Recurso Especial para suprir os Embargos de Declaração não opostos, ***porém tem de checar***:

a) ***se a matéria foi efetivamente suscitada no Recurso Voluntário, do contrário sequer seria caso de oposição de Embargos de Declaração, uma vez que não há que se falar em omissão quando a questão não constou do Recurso Voluntário***; e [...]

Conforme se observa, o próprio Manual de Admissibilidade é taxativo ao concluir que se a matéria não foi *efetivamente* suscitada no Recurso Voluntário, não há que se falar omissão do acórdão recorrido. E, nesse caso, não há como se efetuar o confronto entre recorrido

<sup>3</sup> Manual de Exame de Admissibilidade de Recursos Especial: Orientações gerais para a elaboração de despachos. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF). Brasília, 2016. (Versão 3.1, com atualização da Portaria MF nº 153, de 17abril de 2018), p. 38. Disponível em: <[http://idg.carf.fazenda.gov.br/publicacoes/arquivos-e-imagens-pasta/manual-admissibilidade-recurso-especial-v-3\\_1-ed\\_14-12-2018.pdf/view](http://idg.carf.fazenda.gov.br/publicacoes/arquivos-e-imagens-pasta/manual-admissibilidade-recurso-especial-v-3_1-ed_14-12-2018.pdf/view)>. Acesso em: 13/09/2021.

e paradigma necessário à caracterização de divergência jurisprudencial apta a ensejar pronunciamento da CSRF.

E ainda que assim não fosse, nos termos do mesmo Manual de Exame de Admissibilidade do Recurso Especial (p. 39), ou seja, se a matéria houvesse sido suscitada em Recurso Voluntário e posteriormente objeto de Embargos rejeitados sob o fundamento de que a sua apreciação não era obrigatória, deveria o Contribuinte interpor Recurso Especial suscitando divergência acerca da suposta desnecessidade de o voto refutar todas as teses de defesa. Confira-se:

Matéria suscitada em Recurso Voluntário e objeto de Embargos rejeitados sob o fundamento de que a sua apreciação não era obrigatória

O sujeito passivo apresentou Embargos alegando omissão acerca de argumentos apresentados no Recurso Voluntário mas não apreciados no respectivo acórdão. Os Embargos foram rejeitados pelo Presidente da Turma em exame de admissibilidade, sob o fundamento de que o Colegiado não estava obrigado a manifestar-se sobre argumentos subsidiários, se já apresentou fundamentos suficientes para a conclusão adotada. ***Nesse caso, a divergência alegada em Recurso Especial deve ser analisada considerando-se que só houve prequestionamento acerca da necessidade ou não de o Colegiado manifestar-se sobre os argumentos subsidiários.*** [destaques ora inseridos]

Sob quaisquer desses enfoques, sem dúvida, a ausência de prequestionamento da matéria objeto de Recurso Especial é patente.

Para que não se paire dúvida a esse respeito, em nenhum momento o Contribuinte sequer apontou qual seriam esses valores, tampouco a comprovação de tais rubricas.

Assim sendo, encaminho meu voto pelo não conhecimento do Recurso Especial.

## 2 CONCLUSÃO

Ante o exposto, voto por NÃO CONHECER do Recurso Especial.

(documento assinado digitalmente)  
Fernando Brasil de Oliveira Pinto

## Declaração de Voto

Conselheira EDELI PEREIRA BESSA

Como bem demonstrado pelo I. Relator, a matéria trazida a debate somente foi suscitada em embargos de declaração e estes, por sua vez, foram rejeitados. A admissibilidade expressa no despacho de agravo parte da premissa de que se a matéria, embora não prequestionada em recurso voluntário, nem analisada no acórdão recorrido, é objeto de embargos que são, ao final, rejeitados, por força do art. 1025 do Código de Processo Civil, *na caracterização da divergência deve-se ter em conta as razões veiculadas em embargos opostos pelo sujeito passivo e rejeitados, para que o tribunal superior avalie se houve erro, omissão, contradição ou obscuridade*. Assim, agregando ao acórdão recorrido a “alegação”, veiculada apenas em embargos, concluiu-se que a divergência jurisprudencial estaria caracterizada em face do paradigma nº 1401-000.713.

Ocorre que esta instância especial não tem competência para avaliar a decisão que rejeitou os embargos e, eventualmente, constatar, diversamente do que ali expresso, que *houve erro, omissão, contradição ou obscuridade*, para assim demandar que o Colegiado *a quo* examine o ponto arguido apenas em embargos de declaração e, constitua o necessário prequestionamento da matéria para confrontação com paradigmas em sentido contrário.

Esta constatação decorre, especialmente, da incompatibilidade que esta Conselheira vislumbra entre a função do art. 1025 do Código de Processo Civil no âmbito do Poder Judiciário e a competência de julgamento específica atribuída pelo Regimento Interno do CARF a esta instância especial. Como se demonstrará adiante, aquela disposição processual civil somente permite o prequestionamento a partir da rejeição de embargos porque o órgão julgamento a quem cabe a apreciação do recurso contra esta decisão ficta tem competência para apreciar não só dissídios jurisprudenciais, mas também violação de lei independentemente da caracterização de divergência na sua aplicação.

No âmbito processual civil, o prequestionamento é requisito assente para interposição de recurso especial ou extraordinário, dada a competência atribuída ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal de zelar, em linhas gerais, pela regular aplicação da Constituição, bem como de tratados e leis federais, nos termos da Constituição Federal:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

[...]

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

[...]

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

[...]

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;

b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

[...]

Está implícito, nessas disposições, o pressuposto de que as decisões passíveis de questionamento por meio de recurso especial e extraordinário veiculem interpretação acerca dos atos ali especificamente previstos.

A demonstração do cumprimento deste requisito deve ser consignada na petição dirigida ao Tribunal *a quo*, a quem cabe o juízo de admissibilidade do recurso extraordinário ou especial. A legislação processual civil, porém, não detalha a forma desta exposição, diversamente do que dispõe acerca da demonstração do dissídio jurisprudencial passível de questionamento por meio de recurso especial na forma do art. 105, III, "c" da Constituição Federal. Veja-se, neste sentido, o parágrafo único do art. 541 do antigo Código de Processo Civil (Lei nº 5.869/73), que pouco difere da disposição correspondente, integrada ao art. 1029, §1º do Novo Código de Processo Civil:

Parágrafo único. Quando o recurso fundar-se em dissídio jurisprudencial, o recorrente fará a prova da divergência mediante certidão, cópia autenticada ou pela citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, em que tiver sido publicada a decisão divergente, mencionando as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados. (Incluído pela Lei nº 8.950, de 1994)

A doutrina, porém, majoritariamente concebe o prequestionamento como decisão efetiva acerca da questão que se pretende rediscutir perante os Tribunais Superiores. Neste sentido são as lições de Daniel Amorim Assumpção Neves<sup>4</sup>:

O pressuposto de admissibilidade do prequestionamento, que para alguns na realidade não é propriamente um juízo de admissibilidade específico, fazendo parte do pressuposto genérico "cabimento", é alvo de inúmeras críticas e debates doutrinários. Entende-se majoritariamente que o prequestionamento constitui a exigência de que o objeto do recurso especial já tenha sido objeto de decisão prévia por tribunais inferiores, o que realça a atuação do Superior Tribunal de Justiça como mero revisor do que já foi decidido no pronunciamento judicial recorrido. A exigência do prequestionamento tem fundamentalmente a missão de impedir que seja analisada no recurso especial matéria que não tenha sido objeto de decisão prévia, vedando-se nesse recurso a análise de matéria de forma originária pelo Superior Tribunal de Justiça.

[...]

Da mesma forma que ocorre no recurso especial, a admissibilidade de todo recurso extraordinário exige o preenchimento do prequestionamento. Mais uma vez o objetivo é não permitir que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do recurso extraordinário, conheça de forma originária no processo de matéria alegada pelo recorrente, exigindo-se

<sup>4</sup> Manual de Direito Processual Civil. São Paulo: Editora Método, 2012, 4ª Edição, p. 739-746

que a matéria tenha sido objeto de apreciação e solução pelo órgão hierarquicamente inferior que proferiu a decisão recorrida. Registre-se que tanto no recurso extraordinário como no especial, o prequestionamento exerce a mesma função impeditiva dos tribunais superiores de conhecerem matérias que não tenham sido anteriormente objeto de decisão.

A jurisprudência, por sua vez, definiu outros contornos para este requisito, dispensando a indicação expressa do dispositivo legal, desde que a matéria tenha sido efetivamente enfrentada no acórdão recorrido. É o chamado "prequestionamento implícito", fruto dos julgados consolidados na decisão de Embargos de Divergência em Recurso Especial n.º 162.608-SP, proferida em 16 de junho de 1999, e assim ementada:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. EMBARGOS ACOLHIDOS.

- O prequestionamento consiste na apreciação e na solução, pelo tribunal de origem, das questões jurídicas que envolvam a norma positiva tida por violada, inexistindo a exigência de sua expressa referência no acórdão impugnado.

Maior complexidade se apresenta quando, apesar de as partes suscitarem a questão, o órgão julgador deixa de sobre elas se manifestar. Neste sentido, desde 1963 o Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que:

O ponto omissso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento. (Súmula n.º 356/STF)

Todos os precedentes que sustentaram a edição da referida súmula (Recursos Extraordinários n.º 42.662, 47.055, 48.815, 50.157, 53.484 e 53.962), proferidos nos anos de 1961 a 1964, reportavam situações nas quais a parte prejudicada deixou de apresentar embargos de declaração para apontar a omissão acerca da questão considerada relevante para a solução do litígio, reiterando-a diretamente ao Supremo Tribunal Federal por meio de recurso extraordinário. A referida Súmula, portanto, expressa o entendimento de que *o recurso extraordinário não é sucedâneo de embargos de declaração*, nos termos do voto condutor da decisão proferida no Recurso Extraordinário n.º 47.055.

Em 1998, o Superior Tribunal de Justiça ampliou a abordagem acerca da questão, ao aprovar a Súmula n.º 211/STJ, nos seguintes termos:

Inadmissível recurso especial quanto a questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*.

Dentre os precedentes desta súmula, tem-se o Recurso Especial n.º 36.996, proferido em 16 de outubro de 1995, que expressa o mesmo entendimento consolidado na Súmula n.º 356/STF:

**PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTO NA ALÍNEA A DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. QUESTÃO NOVA. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. FUNDAMENTO NA ALÍNEA C DO AUTORIZATIVO CONSTITUCIONAL. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. CONDENAÇÃO DE OFÍCIO. EXEGESE DO ART. 18, CAPUT (ANTIGO), E DO ART. 125, III, AMBOS DO CPC. PRECEDENTES. RECURSO NÃO CONHECIDO PELA ALÍNEA A E IMPROVIDO PELA ALÍNEA C.**

**I - O recurso especial só prospera, com fulcro na alínea a, se a matéria jurídica tiver sido debatida na instância ordinária. Exige-se a interposição de embargos de declaração, para fins de prequestionamento, embora a alegada ofensa ao dispositivo legal tenha surgido apenas no acórdão recorrido. Para que o STJ conheça do recurso especial é necessário que a questão federal nova tenha sido tratada no aresto guerreado.**

II - O magistrado pode aplicar de ofício, no próprio processo em que constatou a litigância de má-fé, a pena pecuniária do antigo caput do art. 18 do CPC.

III - O processo moderno, além de prestigiar o princípio da lealdade processual, tem caráter preponderantemente público, cabendo ao magistrado prevenir e reprimir qualquer ato contrário à dignidade e à administração da justiça (art. 125, III, CPC).

IV - Precedentes da Corte: EREsp n. 36.718-0/RS, REsp n. 17.608-0/SP e REsp n. 23.384-0/RJ.

V - Recurso especial não conhecido pela alínea a do permissivo constitucional. Conhecido pela alínea c, mas improvido. (*negrejou-se*)

Já os demais precedentes (AgRg no Ag 67.820-SP, AgRg no Ag 74.405-PA, AgRg no Ag 103.682-DF, AgRg no Ag 123.760-SP, REsp 6.720-PR, REsp 28.871-RJ, REsp 40.167-SP, REsp 43.622-SP e REsp 90.056-SP) expõem o entendimento de que, no âmbito da competência do Superior Tribunal de Justiça, a resposta insatisfatória a embargos de declaração representaria ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil, de modo que esta circunstância deveria ser, necessariamente, aventada no recurso especial para, se constatada a violação de lei federal, restituir-se os autos à instância *a quo* para manifestação acerca da questão omitida, sob pena de supressão de instância. A ementa do precedente AgRg no Ag 67.820-SP, proferido em 04 de setembro de 1995, reflete com clareza esta interpretação:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. OFENSA A LEI FEDERAL. PREQUESTIONAMENTO. IMPRESCINDIBILIDADE. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. REJEIÇÃO. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 536, INCISO II DO CPC. SÚMULAS 284/STF E 131/STJ.

É lícito à parte opor embargos declaratórios visando prequestionar matéria em relação à qual o acórdão recorrido quedou-se omissivo, embora sobre ela devesse se pronunciar.

A rejeição destes embargos, se impertinente, determina a subsistência da falta de prequestionamento do tema cujo conhecimento se pretende devolver ao STJ, cumprindo ao recorrente, em se julgado prejudicado, interpor recurso especial calcado em violação aos termos do artigo 535, inciso II do CPC, porquanto a decisão dos embargos não teria suprido a omissão apontada.

A apreciação de questão não debatida, subverte o "iter" processual, ao tempo em que surpreende a parte adversa, suprimindo-lhe a prerrogativa do contraditório, e cria para a Corte Superior o ônus de apreciar tema inédito.

A procedência das alegações de violação ao artigo 535, II do CPC induz à nulidade do acórdão vergastado, impondo que outro seja proferido pelo Tribunal "a quo", contendo a apreciação da matéria preterida.

A referência genérica a violação de lei federal, sem indicação precisa do dispositivo supostamente ofendido, impede a exata compreensão da controvérsia (Súmula 284/STF).

Nas ações de desapropriação incluem-se no cálculo da verba advocatícia as parcelas relativas aos juros compensatórios e moratórios, devidamente corrigidas (Súmula 131/STJ).

Agravo regimental improvido, sem discrepância.

Sob esta ótica, os precedentes AgRg no Ag 67.820-SP, AgRg no Ag 74.405-PA, AgRg no Ag 103.682-DF, AgRg no Ag 123.760-SP, REsp 6.720-PR, REsp 43.622-SP e REsp 90.056-SP foram desfavoráveis ao interessado porque não foi alegada violação ao art. 535 do antigo Código de Processo Civil. Já nos precedentes REsp 28.871-RJ e REsp 40.167-SP, uma vez arguida e confirmada a violação a referido dispositivo legal, os autos retornaram à instância *a quo* para apreciação do aspecto omitido.

O Superior Tribunal de Justiça, assim, sustentou a inadmissibilidade do prequestionamento ficto, *que ocorre com a mera oposição de embargos declaratórios, sem que o Tribunal de origem tenha efetivamente emitido juízo de valor sobre as teses debatidas*, conforme consolidação exposta na Edição nº 31 de "Jurisprudência em teses", disponível em seu sítio (<http://www.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>). Como exemplo desta orientação decisória tem-se a decisão proferida em 10 de fevereiro de 2015, no AgRg no Recurso Especial nº 1.366.052/SP, assim ementado:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA Nº 211/STJ. CONTRATO ADMINISTRATIVO. COBRANÇA DE VALORES NÃO PAGOS. PRESCRIÇÃO. ART. 4º DO DECRETO N. 20.910/32.

1. A tese veiculada nos artigos apontados como violados no recurso especial não foi objeto de debate pelas instâncias ordinárias, sequer de modo implícito. Embora opostos embargos de declaração com a finalidade de sanar omissão porventura existente, não foi indicada a contrariedade ao art. 535 do Código de Processo Civil, motivo pelo qual, ausente o requisito do prequestionamento, incide o disposto na Súmula 211 do STJ.

2. Esta Corte Superior não admite o chamado "prequestionamento ficto", que se daria com a mera oposição de aclaratórios, sem que o Tribunal de origem tenha efetivamente emitido juízo de valor sobre as teses debatidas. Precedentes: AgRg no REsp 1.240.646/PR, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 24/5/2011; AgRg no REsp 1.303.693/AM, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 21/5/2013; AgRg no AREsp 265.139/DF, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe 12/6/2013; AgRg no AREsp 180.224/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 23/10/2012.

**3. Omissão no acórdão recorrido, sem indicação de ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil, não enseja interposição de recurso especial.**

Agravo regimental improvido. *(negrejou-se)*

A doutrina confirmou este direcionamento jurisprudencial, consoante se vê nas lições de Daniel Amorim Assumpção Neves<sup>5</sup>:

Proferido acórdão omissivo quanto à matéria que se pretende impugnar em sede de recurso especial, caberá à parte ingressar no tribunal de segundo grau com embargos de declaração para sanar o vício do acórdão gerado pela omissão. Caso o tribunal se negue injustificadamente a sanar o vício alegado, o acórdão de embargos de declaração terá afrontado o art. 535 do CPC, devendo a parte ingressar com recurso especial, contra

---

<sup>5</sup> Op. Cit., p. 740.

essa decisão. O Superior Tribunal de Justiça é firme no entendimento de que os embargos de declaração só serão cabíveis, e por consequência só será provido o recurso especial, se efetivamente existir vício na decisão impugnada, não sendo admitidos os embargos de declaração com efeitos infringentes, ou seja, com o objetivo de modificar o acórdão recorrido.

Provido o recurso especial, o processo voltará ao tribunal de segundo grau para que efetivamente examine a matéria apontada nos embargos de declaração. Caso assim proceda, finalmente estará caracterizado o prequestionamento, de forma a possibilitar o ingresso de recurso especial contra o acórdão originário. Caso contrário, mantendo-se o tribunal de segundo grau inerte em sanar a sua omissão, o que se verificará com uma nova rejeição dos embargos de declaração, caberá à parte novamente o ingresso de recurso especial por ofensa ao art. 535 do CPC, contra o acórdão que decidir os embargos de declaração. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que, mesmo havendo a reiteração da omissão pelo tribunal de segundo grau, não é possível admitir que tenha ocorrido o prequestionamento, devendo-se remeter o processo novamente a esse tribunal, exigindo-se o saneamento da omissão.

O entendimento exposto é pacífico no Superior Tribunal de Justiça, encontrando-se inclusive sumulado no sentido da inadmissibilidade do recurso especial quanto à questão que, apesar da oposição de embargos de declaração, não foram apreciadas pelo tribunal inferior. Não resta dúvida da propriedade técnica do entendimento, porque realmente sendo o acórdão omisso quanto à matéria que se pretende alegar em sede de recurso especial e sendo rejeitados os embargos de declaração oferecidos pela parte, a omissão persiste, permanecendo o estado anterior de ausência de prequestionamento da matéria. Ocorre, entretanto, que a propriedade técnica está totalmente divorciada da realidade na praxe forense, tornando a obtenção de prequestionamento para o ingresso de recurso especial em árduo trabalho para as partes interessadas na interposição de tal recurso.

Já no Supremo Tribunal Federal houve decisões favoráveis ao prequestionamento ficto, decorrente da mera oposição de embargos, como são exemplos as seguintes decisões:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF.

I – “O que, a teor da Súm. 356, se reputa carente de prequestionamento é o ponto que, indevidamente omitido pelo acórdão, não foi objeto de embargos de declaração; mas, opostos esses, se, não obstante, se recusa o Tribunal a suprir a omissão, por entendê-la inexistente, nada mais se pode exigir da parte, permitindo-se-lhe, de logo, interpor recurso extraordinário sobre a matéria dos embargos de declaração e não sobre a recusa, no julgamento deles, de manifestação sobre ela” (RE 210.638/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 19/6/1998).

II – Agravo regimental improvido. (*AgReg no Agravo de Instrumento nº 648.760, j. 06.11.2007, DJ 30.11.2007, 1ª Turma, rel. Min. Ricardo Lewandowski*)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL.

Questão não ventilada na decisão recorrida. Interposição de embargos de declaração. Prequestionamento. Existência. Agravo regimental a que se nega provimento. (*EDcl no Agravo de Instrumento nº 541.488, j. 21.11.2006, DJ 16.02.2007, 2ª Turma, rel. Min. Joaquim Barbosa*)

Decisões mais recentes, porém, refutaram a interpretação a *contrario sensu* da Súmula nº 356/STF, exigindo, além da oposição de embargos, o enfrentamento da questão na decisão recorrida. Neste sentido podem ser citados os seguintes julgados:

**DIREITO ADMINISTRATIVO. SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL. LICENÇA MATERNIDADE. PRORROGAÇÃO. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. EVENTUAL VIOLAÇÃO REFLEXA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA NÃO VIABILIZA O MANEJO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. APLICAÇÃO DA SÚMULA STF 282. INAPTIDÃO DO PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO OU FICTO PARA ENSEJAR O CONHECIMENTO DO APELO EXTREMO. INTERPRETAÇÃO DA SÚMULA STF 356. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 30.11.2010.**

A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a discussão referente à prorrogação de licença maternidade de servidora pública estadual é de natureza infraconstitucional, o que torna oblíqua e reflexa eventual ofensa, insuscetível, portanto de viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário. Precedentes. O requisito do prequestionamento obsta o conhecimento de questões constitucionais inéditas. Esta Corte não tem procedido à exegese a contrario sensu da Súmula STF 356 e, por consequência, somente considera prequestionada a questão constitucional quando tenha sido enfrentada, de modo expresso, pelo Tribunal a quo. A mera oposição de embargos declaratórios não basta para tanto. Logo, as modalidades ditas implícita e ficta de prequestionamento não ensejam o conhecimento do apelo extremo. Aplicação da Súmula STF 282: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”. Agravo regimental conhecido e não provido. (*AgReg no Recurso Extraordinário nº 707.221, j. 20.08.2013, DJ 03.09.2013, 1ª Turma, rel. Min. Rosa Weber*)

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DOS ARTIGOS 150, I, e 155, §2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PREQUESTIONAMENTO FICTO: IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. O Supremo Tribunal Federal, em princípio, não admite o “prequestionamento ficto” da questão constitucional. Precedentes. 2. Os presentes embargos buscam apenas repisar questão já examinada. Não há contradição, obscuridade ou omissão a sanar. 3. Embargos de declaração rejeitados. (*EDcl no AgReg no Agravo de Instrumento nº 689.706, j. 12.04.2011, DJ 03.05.2011, 2ª Turma, rel. Min. Ellen Gracie*)

Contudo, o Novo Código de Processo Civil admitiu a possibilidade de prequestionamento ficto ao estipular que:

Art. 1.025. Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.

Significa dizer que os embargos devem ser opostos quando a matéria que se pretende discutir não foi abordada no acórdão recorrido e, se deste recurso não resultar a apreciação da matéria, não há necessidade de se opor novos embargos ou apresentar recurso especial para arguir violação ao art. 1022 do Novo Código de Processo Civil, que regula o cabimento de embargos. Reputa-se atendido o requisito de prequestionamento mesmo em face dos embargos rejeitados, e o recurso especial ou extraordinário será apreciado pelos Tribunais Superiores que avaliarão, preliminarmente, se houve erro, omissão, contradição ou obscuridade no acórdão recorrido e, se confirmado o vício, adotarão as medidas pertinentes para corrigi-lo ou decidir a questão de fundo.

Abordando este novo dispositivo legal, o Superior Tribunal de Justiça inicialmente delimitou sua aplicação no tempo, dado o entendimento daquela Corte no sentido de que o Novo Código de Processo Civil não poderia ser invocado em face de acórdãos publicados na vigência do Código de Processo Civil de 1973, em observância ao 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.

Sob esta ótica, seguiram-se decisões da maior parte das Turmas do Superior Tribunal de Justiça declarando a ausência de prequestionamento se não foi suscitada ofensa ao art. 535 do antigo Código de Processo Civil<sup>6</sup>:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO PUBLICADA SOB A ÉGIDE DO CPC/1973. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 2/STJ. APLICAÇÃO DAS REGRAS DE ADMISSIBILIDADE DO CPC/1973. PREQUESTIONAMENTO FICTO. DESCABIMENTO.

1. "Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (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" (Enunciado Administrativo n. 2/STJ).

2. Não há, pois, que se cogitar de aplicação das novas regras do Código de Processo Civil, o qual entrou em vigor em 18 de março de 2016, quando se trata da admissibilidade do presente recurso especial, cujos marcos temporais são anteriores à vigência do novo CPC.

3. Logo, incide no caso a pacífica jurisprudência do STJ, firmada ainda na sistemática do CPC/1973, no sentido de que "não admite o chamado 'prequestionamento ficto', que se daria com a mera oposição de aclaratórios, sem que o Tribunal de origem tenha efetivamente emitido juízo de valor sobre as teses debatidas" (AgRg no AREsp 789.914/SP, Rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 29/2/2016).

4. Assim, correto o entendimento que consignou que a matéria referente ao art. 27 da Lei n. 9.868/99 não foi objeto de análise pela Corte a quo. Desse modo, carece o tema do indispensável prequestionamento viabilizador do recurso especial, razão pela qual não merece ser apreciado.

5. Agravo interno a que se nega provimento. (*AgInt nos EDcl no Agravo em Recurso Especial nº 955.627-MG, j. 02.05.2017, DJ 05.05.2017, 2ª Turma, rel. Min. Og Fernandes*)

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL (CPC/1973). QUESTÃO NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. IMPRESCINDIBILIDADE DE QUE HAJA MANIFESTAÇÃO EXPRESSA QUANTO À MATÉRIA SUSCITADA, PRESCINDINDO TÃO SOMENTE A INDICAÇÃO DOS DISPOSITIVOS LEGAIS PERTINENTES (PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO). NECESSIDADE DE PREQUESTIONAMENTO MESMO DE MATÉRIAS DE ORDEM PÚBLICA. INEXISTÊNCIA DO EFEITO TRANSLATIVO EM RECURSOS

<sup>6</sup> No mesmo sentido, decisões mais recentes da 1ª Turma: Ag Int no Recurso Especial nº 1.436.618-RS, rel. Min. Gurgel de Faria, j. 15.12.2020.

EXTRAORDINÁRIOS 'LATO SENSU'. RECORRIBILIDADE EXTRAORDINÁRIA. PRECEDENTES. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (*AgInt no Agravo em Recurso Especial nº 810.863-MT, j. 01.09.2016, DJ 09.09.2016, 3ª Turma, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino*)

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO (ART. 544 DO CPC/73) - DECISÃO MONOCRÁTICA NEGANDO PROVIMENTO AO RECLAMO. INSURGÊNCIA DA PARTE RÉ.

1. O art. 105, III, "a", da CF, ao dispor acerca da interposição de recurso especial, menciona a ocorrência de violação à lei federal, expressão que não inclui os princípios.

1.1. A admissibilidade do recurso especial exige a clareza na indicação dos dispositivos de lei federal supostamente contrariados, bem como a explanação precisa da medida em que o acórdão recorrido teria afrontado cada um desses artigos, sob pena de incidência da Súmula 284/STF.

2. O Tribunal de origem não se manifestou acerca da tese relativa à exorbitância dos honorários advocatícios e dos critérios previstos no art. 20, § 3º, do CPC/73. Diante desse quadro, deveria a parte, ao interpor o recurso especial, alegar a afronta ao art. 535 do CPC/73 apontando a aludida omissão, sob pena de incidência da Súmula 211/STJ.

3. O enunciado administrativo nº 2 do STJ determina que, na hipótese de recursos interpostos contra decisões publicadas na vigência do CPC/73, devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência desta Corte. Dessa forma, inviável a aplicação do art. 1.025 do CPC/2015 de forma a afastar a incidência da Súmula 211/STJ ao caso.

4. Agravo interno desprovido. (*AgInt no Agravo em Recurso Especial nº 826.592-RS, j. 06.06.2017, DJ 13.06.2017, 4ª Turma, rel. Min. Marco Buzzi*)

A Segunda Turma, inclusive, afastou a ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil de 1973, bem como ao art. 1025 do Novo Código de Processo Civil, sob o argumento de que o órgão julgador somente está obrigado a decidir as questões relevantes e imprescindíveis à resolução da demanda, conforme se vê no voto condutor do Ministro Herman Benjamin no Recurso Especial nº 1.671.761-RS, proferido em sessão de 27 de junho de 2017:

Constato que não se configura a ofensa aos arts. 535 do CPC/1973 e 1.025 do CPC/2015, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada.

Com efeito, não é o órgão julgador obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução. Cito precedentes: REsp 927.216/RS, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 13/08/2007; e, REsp 855.073/SC, Primeira Turma, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 28/06/2007.

Dessarte, como se observa de forma clara, não se trata de omissão, mas sim de inconformismo direto com o resultado do acórdão, que foi contrário aos interesses da recorrente.

Já com referência aos litígios nos quais admitiu-se a aplicação do Novo Código de Processo Civil, as decisões variaram conforme os contextos apresentados.

No AgInt no Agravo em Recurso Especial nº 844.804-MG<sup>7</sup>, uma vez não identificado erro, omissão, contradição ou obscuridade no acórdão recorrido, o prequestionamento não restou demonstrado, subsistindo válida a fundamentação da decisão recorrida, especialmente em aspectos probatórios que não poderiam ser reapreciados em sede de recurso especial. O acórdão de relatoria do Ministro Humberto Martins, na 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, restou assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONCESSÃO ESPECIAL DE USO PARA FINS DE MORADIA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/73. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DO DISPOSITIVO DE LEI INVOCADO. NÃO VERIFICAÇÃO POR ESTA CORTE DE ERRO, OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE NO ACÓRDÃO VERGASTADO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 211/STJ. OPOSIÇÃO AO EXERCÍCIO DA POSSE CONSTATADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

1. Cuida-se de ação ordinária ajuizada pela recorrente com o objetivo de concessão de uso especial de imóvel para moradia.

2. Inexiste violação do art. 535 do CPC/73 quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida.

3. Quando a questão levantada não foi discutida pelo Tribunal de Origem e não foi verificada por esta Corte existência de erro, omissão, contradição ou obscuridade não cabe prequestionamento da matéria, nos termos do art. 1.025 do CPC, incidindo na espécie o enunciado da Súmula 211/STJ.

3. Não configura contradição afirmar a falta de prequestionamento e afastar indicação de afronta ao art. 535 do Código de Processo Civil de 1973, uma vez que é perfeitamente possível o julgado se encontrar devidamente fundamentado sem, no entanto, ter decidido a causa à luz dos preceitos jurídicos desejados pela postulante, pois a tal não está obrigado.

4. In casu, tendo o Tribunal de origem, soberano na análise das circunstâncias fáticas e probatórias da causa, apreciado a controvérsia acerca da inexistência de posse mansa e pacífica, a partir de argumentos de natureza eminentemente fática, não há como aferir eventual violação de dispositivo legal sem que se reexamine o conjunto probatório dos presentes autos, tarefa que, além de escapar da função constitucional deste Tribunal, encontra óbice na Súmula 7 do STJ, cuja incidência é indubitosa no caso sob exame.

Agravo interno improvido.

Já no Recurso Especial nº 1.639.788-CE, a mesma 2ª Turma, constatando omissão no acórdão recorrido acerca de questão relevante, admitiu o prequestionamento ficto e decidiu a matéria favoravelmente à recorrente, sem necessidade de retorno dos autos à instância *a quo*. Sob relatoria do Ministro Francisco Falcão, o acórdão foi assim ementado:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. SUSPENSÃO DO PROCESSO POR ÓBITO DO EXEQUENTE. DEMORA NA HABILITAÇÃO DOS SUCESSORES. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. CABIMENTO DE JUROS DE MORA. MATÉRIA NÃO EXAMINADA PELO TRIBUNAL A QUO. PREQUESTIONAMENTO FICTO. AUSÊNCIA DE CULPA DO DEVEDOR. JUROS DE MORA INDEVIDOS.

<sup>7</sup> Na mesma linha julgados mais recentes da 1ª Turma: AgInt nos EDcl no Recurso Especial nº 1.848.930-SC, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 08.02.2021; da 2ª Turma: AgInt nos EDcl no Recurso Especial nº 1.694.472-MS, rel. Min. Francisco Falcão, j. 16.12.2020; e da 3ª Turma: AgInt no AREsp nº 1.688.921-SP, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 30.11.2020.

I - Em relação à alegada impossibilidade de cobrança de juros de mora no período de habilitação dos sucessores do exequente, observa-se que, apesar de a matéria não ter sido apreciada no âmbito do acórdão recorrido, o recorrente interpôs embargos de declaração, buscando a análise dela, a qual deveria ter sido examinada diante de sua relevância, o que configurou omissão, viabilizando, assim, a efetivação do prequestionamento ficto do art. 396 do CC, em conformidade com o art. 1.025 do CPC/2015.

II - Entre a data da suspensão do processo de execução, efetivado com a comunicação do óbito do exequente, e a data de habilitação dos seus sucessores, encontra-se suspensa a prescrição. Precedentes: REsp 1.625.947/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 14/10/2016, AREsp 282.834/CE, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 22.4.2014 e AgRg no REsp 1.485.127/AL, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 12/2/2015).

III - O devedor somente estará em mora quando for culpado pelo atraso no adimplemento da obrigação, conforme dispõe o art. 396 do Código Civil. Na hipótese dos autos, verifica-se que a autarquia não contribuiu para a demora no período entre a paralisação do processo e a habilitação dos sucessores do exequente falecido, não devendo assim ser punido pela demora na referida habilitação.

IV - Recurso especial parcialmente provido.

Na mesma linha foi o posicionamento da 6ª Turma ao apreciar o Recurso Especial nº 1.653.588-MG, relatado pelo Ministro Sebastião Reis Junior:

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. VIOLAÇÃO DO ART. 619 DO CPP. OMISSÃO. EXISTÊNCIA. TRIBUNAL QUE NÃO ANALISOU TODOS OS FUNDAMENTOS APRESENTADOS. ANÁLISE DO MÉRITO. POSSIBILIDADE. PREQUESTIONAMENTO FICTO. ART. 1.025 DO CPC. DOSIMETRIA. PENA-BASE. NEGATIVAÇÃO DA PERSONALIDADE, CONDUTA SOCIAL, MOTIVOS E CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ALTERAÇÃO DA PENA-BASE. REDIMENSIONAMENTO DAS PENAS.

1. A omissão relevante à solução da controvérsia não abordada pelo acórdão recorrido constitui negativa de prestação jurisdicional e configura violação do art. 619 do Código de Processo Penal.

2. Por força do novo tratamento dado pelo Código de Processo Civil em vigor no momento da interposição do recurso especial, entendendo prequestionada a matéria, sendo cabível a apreciação do mérito diretamente por esta Corte Superior.

3. Diante da fundamentação inidônea apresentada pelas instâncias ordinárias, afasto a negatificação dos motivos, personalidade, conduta social e consequências do delito. Redimensionamento das penas.

4. Recurso especial provido para afastar a negatificação da personalidade, da conduta social, dos motivos e das consequências do delito, redimensionando as penas nos termos da presente decisão.

Ainda na 2ª Turma, no âmbito do Recurso Especial nº 1.644.163-SC, constatada omissão no acórdão recorrido, declarou-se violado o art. 1022 do Novo Código de Processo Civil em face de matéria de fato, acerca da qual não era possível aplicar plenamente o prequestionamento ficto para admiti-la ocorrida, o que ensejou a anulação do acórdão que

apreciara os embargos para pronunciamento a respeito da matéria de fato<sup>8</sup>. O Ministro Herman Benjamim assim ementou o acórdão de sua relatoria:

PROCESSUAL E ADMINISTRATIVO. RECURSOS ESPECIAIS. OFENSA AO ART. 535 DO CPC/1973 (ART. 1.022 DO CPC/2015). ACOLHIMENTO DA PRELIMINAR DO INSS. DESACOLHIMENTO DA PRELIMINAR DA UNIÃO. PRESCRIÇÃO. APLICAÇÃO DO DECRETO 20.910/1932. COISA JULGADA TRABALHISTA. EXECUÇÃO INDIVIDUAL DE TUTELA COLETIVA TRABALHISTA. TESE DO INSS NÃO APRECIADA. MATÉRIAS FÁTICAS NÃO ABORDADAS. DEVOLUÇÃO À ORIGEM.

1. Tanto o Recurso Especial quanto o acórdão dos Embargos de Declaração são regidos pelo Código de Processo Civil de 2015.

#### **Preliminares de violação do art. 1.022 do CPC/2015**

2. Na preliminar de violação do art. 1.022 do CPC/2015 do INSS, são aventadas as seguintes omissões: "O v. julgado é omissivo e obscuro.

Utilizou-se de voto proferido em outro processo. Não analisou a questão da falta de citação do INSS na ação trabalhista nº 8.157/97 o que por si só inviabilizaria que o Ente Público fosse incluído no polo passivo da demanda ordinária. Não analisou a prescrição em relação ao INSS que não participou e jamais foi citado na ação trabalhista nº 8.157/97. Não analisou o fato de que a despeito da ação trabalhista ter sido ajuizada em 1997, a parte autora se encontrava redistribuída ao INSS desde 1991. Desta forma, como poderia ter sido interrompida a prescrição em relação ao INSS? Não analisou as peculiaridades do caso que implicariam na improcedência da ação."

3. O acórdão que apreciou os Embargos de Declaração, por sua vez, examinou a questão sob a ótica de legitimidade passiva: "quanto à falta de sua citação na ação trabalhista, sendo ilegítima para figurar no pólo passivo, verifico que o fato do INSS não ter feito parte da relação não lhe retira qualquer responsabilização, na medida em que são direitos incorporados ao patrimônio do servidor. Assim, acolho os declaratórios do INSS para acrescer a fundamentação acima ao acórdão embargado."

4. Não obstante a previsão do art. 1.025 do CPC/2015 de que "consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou", tal dispositivo legal merece interpretação conforme a Constituição Federal (art. 105, III) para que o chamado prequestionamento ficto se limite às questões de direito, e não às questões de fato.

5. Não há, portanto, como presumir, com base no art. 1.025 do CPC/2015, os fatos trazidos em Embargos de Declaração como ocorridos, sob pena de extrapolação da competência constitucional do STJ de intérprete da legislação federal infraconstitucional, fundamento este que dá suporte ao previsto na Súmula 7/STJ ("a pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial") e afasta a possibilidade de o STJ infirmar as premissas fáticas estabelecidas na origem.

6. Na presente hipótese, não há como abstrair, do acórdão embargado, os fatos alegados pela parte recorrente e que servem de premissa à tese de direito invocada.

7. Assim, merece provimento o Recurso do INSS para anular o acórdão dos Embargos de Declaração e devolver os autos à origem para que haja pronunciamento sobre as matérias fáticas e suas repercussões jurídicas assinaladas nos Embargos de Declaração.

8. Com relação ao Recurso Especial da União não se constata a mesma nulidade no acórdão dos Embargos de Declaração.

---

<sup>8</sup> Na mesma linha são julgados mais recentes da 2ª Turma: AgInt no REsp nº 1.869.492-PE, rel. Min. Francisco Falcão, j. 08.02.2021.

9. Fica prejudicada a análise dos Recursos Especiais da União e do INSS quanto ao mérito, em razão do acolhimento da preliminar de nulidade apontada pelo INSS.

10. Recurso Especial do INSS provido e Recurso Especial da União desprovido quanto às preliminares de violação do art. 1.022 do CPC/2015.

Prejudicada a análise das questões mérito.

O Supremo Tribunal Federal, na mesma linha, manifestou-se acerca da aplicação do art. 1025 do Novo Código de Processo Civil para afastá-la em face de recurso extraordinário formalizado na vigência do Código de Processo Civil de 1973<sup>9</sup>, bem como afirmou a ausência de prequestionamento se efetivamente não houve a omissão arguida em embargos de declaração<sup>10</sup>, além de negar a aplicação do referido dispositivo se não houve prévia oposição de embargos de declaração<sup>11</sup>.

No âmbito administrativo, o prequestionamento é requisito presente no atual Regimento Interno do CARF - RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 2015, mas que já constava do RICARF anterior, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 2009, nos mesmos termos do Regimento atual, apenas que localizado no §3º do art. 67 do Anexo II:

Art. 67. Compete à CSRF, por suas turmas, julgar recurso especial interposto contra decisão que der à legislação tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra câmara, turma de câmara, turma especial ou a própria CSRF.

[...]

**§ 5º O recurso especial interposto pelo contribuinte somente terá seguimento quanto à matéria prequestionada, cabendo sua demonstração, com precisa indicação, nas peças processuais.**

[...] (negrejou-se)

Em outro ponto vinculado ao requisito em questão, o RICARF foi alinhado ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça em favor do prequestionamento implícito - desnecessidade de indicação expressa do dispositivo legal questionado, se a matéria foi efetivamente enfrentada no acórdão recorrido - ao estipular como requisito de admissibilidade, a partir da nova redação atribuída pela Portaria MF nº 39, de 2016, ao art. 67, §1º de seu Anexo II, a demonstração da legislação tributária interpretada de forma divergente, mas sem exigir que esta demonstração fosse objetiva.

A aplicação deste requisito regimental deixou assente a exigência de que o acórdão recorrido tenha se manifestado sobre a matéria, demonstrando-se a divergência a partir de excertos do voto condutor do acórdão recorrido e do paradigma, ou apenas de suas ementas,

<sup>9</sup> STF, 1ª Turma, AgReg no Agravo de Instrumento nº 671.865-SP, rel. Min. Marco Aurélio, red. Min. Rosa Weber, j. 14.03.2017; Ag no Recurso Extraordinário nº 960.736-SP, rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 19/06/2017; Ag Reg no Recurso Extraordinário nº 725.695-SP, rel. Ministro Marco Aurélio, j. 15.08.2017; AgReg no Recurso Extraordinário nº 1.050.503, rel. Min. Marco Aurélio, j. 27.02.2018.

<sup>10</sup> STF, 2ª Turma, Ag no Recurso Extraordinário nº 1.183.972-RN, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 06.08.2019; Ag no Recurso Extraordinário nº 1.177.440-SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 05.11.2019; AgReg no Recurso Extraordinário nº 1.231.475-PR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 27.03.2020; e 1ª Turma, AgReg no Recurso Extraordinário nº 1.071.160-CE, rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 09.03.2018; Ag no Recurso Extraordinário nº 1.118.678-DF, rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 08.06.2018;

<sup>11</sup> STF, 1ª Turma, AgReg no Recurso Extraordinário nº 1.049.104-SP, rel. Min. Marco Aurélio, j. 19.09.2017.

caso evidenciem o que efetivamente foi decidido, mas desprezando-se os votos vencidos, e demandando-se a oposição de embargos caso a matéria, ainda que suscitada em recurso, não tenha sido apreciada no voto condutor do acórdão recorrido.

Tais interpretações estão alinhadas ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal acerca da necessidade de prequestionamento, assim compreendido como decisão efetiva acerca da questão que se pretende rediscutir. E nem poderia ser diferente, na medida em que o recurso especial, no âmbito administrativo, também se presta à revisão das decisões impugnadas, conforme lições de Teresa Arruda Alvim Wambier<sup>12</sup>:

A exigência do prequestionamento decorre da circunstância de que os recursos especial e extraordinário são recursos de revisão. Revisa-se o que já se decidiu. Trata-se na verdade, de recursos que reformam as decisões impugnadas, em princípio, com base no que consta das próprias decisões impugnadas.

Neste cenário, se não houve embargos acerca do ponto omitido no acórdão recorrido, a inexistência de prequestionamento é indiscutível, e a negativa de seguimento ao recurso especial encontra respaldo na já citada Súmula nº 356/STF (*O ponto omissso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento*).

Mas se houve embargos de declaração e estes foram rejeitados – quer pelo Colegiado, quer em exame de admissibilidade do Presidente de Turma – resta fora de dúvidas que a interpretação assim expressa deve ser, necessariamente, respeitada na análise do dissídio jurisprudencial suscitado pelo recorrente, podendo inclusive representar uma nova matéria, normalmente de cunho processual, que se distinga do entendimento de outros Colegiados do CARF.

E é precisamente neste ponto que se impõe a revisão do entendimento firmado no acolhimento do agravo da Contribuinte, porque não há como aplicar, em sede administrativa, o art. 1025 do Novo Código de Processo Civil para dispensar o interessado de demonstrar dissídio jurisprudencial acerca da irregularidade vislumbrada no exame dos embargos por ele opostos.

Isto porque a competência dos Tribunais Superiores é substancialmente distinta da competência de julgamento das Turmas da CSRF, limitada à solução de dissídios jurisprudenciais acerca da interpretação da legislação tributária. Nos termos dos já citados arts. 102 e 105 da Constituição Federal, apesar de o Superior Tribunal de Justiça ter competência para julgar recurso especial quando a decisão recorrida der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal (art. 105, III, "c" da Constituição Federal), os dois Tribunais também decidem sobre a aplicação de normas independentemente da existência de dissídio jurisprudencial acerca do tema (art. 102, inciso III, alíneas "a" a "d" e art. 105, III, alíneas "a" e "b" da Constituição Federal).

No âmbito desta competência ampla, o prequestionamento ficto instituído pelo art. 1025 do Novo Código de Processo Civil se prestou, em verdade, a submeter aos Tribunais Superiores a alegação de que a matéria foi suscitada perante o Tribunal de origem e que a negativa de manifestação da instância *a quo*, apesar dos embargos opostos, representou violação à norma processual que regula os embargos.

---

<sup>12</sup> Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2008.

Veja-se, neste sentido, que, como antes exposto, o Superior Tribunal de Justiça, ao aplicar o art. 1025 do Novo Código de Processo Civil, decidiu no sentido de declarar violada lei federal acerca da apreciação de embargos, determinando o retorno dos autos à instância *a quo* para sua complementação - mormente por se tratar de omissão acerca de situação fática que não poderia ser revolvida em sede de recurso especial - , ou corrigiu a violação apenas afirmando a interpretação tida como correta acerca do dispositivo legal que, apesar de não apreciado na decisão recorrida, foi arguido em embargos posteriormente rejeitados.

Assim, considerando que o cabimento de recurso especial dirigido às Turmas da CSRF somente se verifica *se a decisão der à legislação tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado* outro Colegiado do CARF ou do antigo Conselho de Contribuintes, não detendo aquelas Turmas competência de apreciar violação de normas dissociada de um dissídio jurisprudencial, como seria o caso daquela que rege a apreciação de embargos no âmbito do CARF, tem-se que o art. 1025 do Novo Código de Processo Civil impõe, apenas, que se considerem *incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de prequestionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados*, mas isto para eventual demonstração de dissídio jurisprudencial acerca da legislação de regência da oposição e apreciação de embargos de declaração no âmbito administrativo. Somente assim as Turmas da CSRF terão competência para se manifestar acerca da decisão que rejeitou os embargos de declaração e corrigir a falta eventualmente existente.

Retornando ao presente caso, como não há divergência jurisprudencial constituída acerca do motivo para rejeição dos embargos, impõe-se concluir que o acórdão recorrido é definitivo quanto à evidência de não expressar julgamento acerca da matéria apontada em recurso especial, o que dispensa a análise do paradigma apresentado por ausência de prequestionamento, na forma do art. 67, §5º do Anexo II do RICARF.

Estas as razões, portanto, para acompanhar o I. Relator e NEGAR CONHECIMENTO ao recurso especial da PGFN.

*(documento assinado digitalmente)*

EDELI PEREIRA BESSA