

**AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.169.949 - SP (2017/0222319-0)**

**RELATOR** : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**  
**AGRAVANTE** : **MUNICÍPIO DE SÃO PAULO**  
**PROCURADORES** : **RODRIGO DE SOUZA PINTO - SP183230**  
                          **FABIANA MEILI DELL AQUILA E OUTRO(S) - SP182406**  
**AGRAVANTE** : **BANCO SANTANDER (BRASIL) S.A.**  
**ADVOGADOS** : **RUBENS JOSE NOVAKOSKI F VELLOZA - SP110862**  
                          **LEONARDO AUGUSTO ANDRADE E OUTRO(S) - SP220925**  
                          **FABRICIO PARZANESE DOS REIS - SP203899**  
                          **DIOGO FERNANDES CAMPOS DE MORAIS - SP330704**  
                          **CAMILA SERRANO SANTANA E OUTRO(S) - SP332371**  
**AGRAVADO** : **OS MESMOS**

**DECISÃO**

Trata-se de agravos interpostos pelo **MUNICÍPIO DE SÃO PAULO**, de um lado, e pelo **BANCO SANTANDER (BRASIL) S/A**, de outro, pretendendo a admissão de seus recursos especiais, os quais dasafiam acórdão assim ementado (e-STJ fl. 429):

Apelação Cível – Embargos à Execução Fiscal – ISS – Serviços Bancários – Alegações de cerceamento de defesa e de julgamento "extra petita" afastadas – Exercícios de 1995 a 1999 – Não ocorrência de decadência – Aplicação do art. 173, I, do CTN – Autos de Infração e CDA's válidos – Preenchimento de todos os requisitos legais – Interpretação extensiva da lista anexa à Lei Complementar nº 56/87 permitida – Não incidência, contudo, sobre as rendas advindas da conta "Recuperação de Encargos e Despesas" – Precedentes do STJ – Sucumbência mínima da Municipalidade – Recurso parcialmente provido, com observação.

Os embargos de declaração foram rejeitados (e-STJ fls. 466/471).

No seu apelo nobre (e-STJ fls. 475/492), o ente público, indicando violação do item 96 da lista anexa ao Decreto-Lei n. 406/1968, com a redação dada pela LC n. 56/1987, sustentou a incidência do ISS sobre os valores registrados na conta denominada "recuperação de encargos e despesas e outras rendas operacionais", por decorrer da prestação de serviços bancários elencados no referido item da mencionada lista.

O banco, por sua vez (e-STJ fls. 497/530), apontou afronta aos arts. 20, 21, 128, 269, I, 460, 463 e 535, II, do CPC/1973, art. 2º, §§ 5º e 6º, da Lei n. 6.830/1980, arts. 142, 150, § 4º, 173, I, 202 e 203 do CTN e art. 4º da Lei n. 9.249/1995. Sustentou, em resumo, que: **(a)** o acórdão recorrido é nulo, porquanto não sanados os vícios de integração suscitados nos embargos de declaração; **(b)** houve afronta ao princípio da congruência, visto que o julgado estadual, ao apreciar a incidência do ISS sobre atividade não contemplada no auto de infração, desbordou dos limites da lide, sendo que o reconhecimento da inexigibilidade pelo Tribunal de origem sobre os serviços realmente autuados, relacionados com a rubrica "recuperação de encargos e despesas", importa no total provimento da apelação do contribuinte; **(c)** os autos de infração são nulos, visto que

"não trouxeram a inequívoca descrição das atividades supostamente prestadas pela Recorrente e que teriam deflagrado a sua lavratura, tampouco apontam com quais serviços elencados no item 95 da lista de serviços anexa à Lei Municipal as atividades guardariam correlação"; *(d)* as CDA's não preenchem os pressupostos legais, pois não indicam a origem e a natureza do crédito; *(e)* o prazo decadencial para a constituição do crédito deve ser contado com base no art. 150, § 4º, do CTN, visto que houve pagamento antecipado, ainda que parcial, do tributo sujeito a lançamento por homologação no período autuado; *(f)* é indevido o índice de correção monetária utilizado pela Fazenda Municipal, porquanto superior ao índice previsto pela lei federal (Selic); *(g)* venceu a demanda, de sorte que o ente público deve arcar integralmente com os ônus sucumbenciais.

Contrarrazões apresentadas pela Edilidade (e-STJ fls. 539/545) e pelo banco (e-STJ fls. 548/577).

O Tribunal de origem obstou ambos os recursos por entender incidente a Súmula 7 do STJ (e-STJ fls. 579/580), fundamento com o qual não concordam os agravantes (e-STJ fls. 583/596 – Banco; e-STJ fls. 609/614 – Município).

Contra minutas às e-STJ fls. 604/607 (Município) e e-STJ fls. 617/629 (Banco).

Passo a decidir.

Inicialmente, destaco que o Plenário do STJ decidiu que “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 2, sessão de 09/03/2016).

Feita essa consideração, cumpre salientar que os recursos especiais obstados se originam de embargos à execução opostos pelo Banco Santander Banespa S/A à execução fiscal de Imposto sobre Serviços – ISS promovida pelo Município de São Paulo.

O magistrado de primeiro grau julgou improcedente o pedido.

Irresignado, o Banco contribuinte interpôs apelação, que foi parcialmente provida, "apenas para o fim de afastar a incidência do ISS sobre a conta 'Recuperação de Encargos e Despesas', mantendo, no mais, a r. sentença atacada tal como lançada". Eis a fundamentação adotada no acórdão recorrido:

A alegação de que a sentença seria nula, por cerceamento de defesa, deve ser afastada, uma vez que a prova se dirige ao Juiz e é realizada sempre que ele, dela necessitar, para formar a sua convicção. Deste modo, no caso de já constar dos autos, elementos suficientes para tanto, ela pode ser dispensada, sem que isso caracterize tal cerceamento.

Ademais, afirma a apelante que a produção da prova documental pretendida tinha por finalidade a comprovação de que ela havia efetuado recolhimentos e, por tal motivo, deve ser aplicado o § 4º do artigo 150 do CTN, e não o

artigo 173, I, do mesmo diploma legal, o que levaria à conclusão de que os créditos haviam sido parcialmente atingidos pela decadência, alegando, aliás, que foi repetida por ocasião do presente apelo e que, agora, passo a analisar. Depreende-se da leitura das CDA's encartadas aos autos em apenso, que se trata de Execução Fiscal Municipal, visando à cobrança de débitos relativos a Imposto Sobre Serviços.

Dispõe o artigo 173 do CTN, em seu inciso I que:

[...]

Portanto, o prazo decadencial é aquele do qual dispõe a Fazenda Pública para efetuar o lançamento do tributo, sob pena de perder o direito de fazê-lo.

[...]

No caso específico do ISS, o lançamento do tributo se dá por homologação, ou seja, "(...) o contribuinte auxilia ostensivamente o Fisco na atividade do lançamento, recolhendo o tributo, antes de qualquer providência da Administração, com base em montante que ele próprio mensura. (...)\" (Eduardo Sabbag in *Manual de Direito Tributário*, Ed. Saraiva, 5ª edição, 2013, p. 788).

Feito isso, caberá à entidade tributante conferir a exatidão do valor recolhido, quando poderá verificar eventuais imprecisões no pagamento e proceder ao lançamento, de ofício, da diferença encontrada ou, se com ele concordar, homologá-lo, de forma expressa ou tácita, momento em que a extinção do crédito tributário, pelo pagamento realizado anteriormente, torna-se definitiva.

É o que determina o artigo 150 do CTN, segundo o qual *"O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento realizado anteriormente sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa."*

O § 4º do referido artigo, por sua vez, determina que *"Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação"*.

No entanto, para que referido dispositivo legal seja aplicável, é necessário que o contribuinte tenha efetuado o pagamento, isto é, tenha "declarado" que o imposto era devido naquele caso e, procedido ao seu recolhimento, ainda que tenha sido a menor. Caso contrário, a regra incidente será aquela insculpida no, já mencionado, artigo 173, I, do CTN.

Como se verifica, o apelante, embora tenha tido oportunidade de juntar eventuais comprovantes de pagamento, tanto por ocasião dos embargos, como quando apresentou a sua réplica, ateve-se a requerer a "produção" de tal prova documental. A corroborar a ausência de recolhimentos, verifica-se que, dos Autos de Infração, constou, *"Deixou de recolher o ISS no prazo regulamentar."* (fls. 66/71). Portanto, não houve qualquer pagamento relativo aos serviços tributados.

Deste modo, realmente, aplicável o art. 173, I, do CTN, tal como fez o MM. Juízo *a quo*, não tendo ocorrido a decadência alegada.

Não merece prosperar, também, a alegação de julgamento *extra petita*, posto que o fato da sentença ter tratado, equivocadamente, de matéria estranha à lide não trouxe qualquer prejuízo ao apelante, que, neste recurso, está tendo a oportunidade de ver todas as suas alegações reapreciadas, o que sana qualquer eventual nulidade, ficando afastada, portanto, a aplicação do artigo 249, § 2º, do CPC.

Diferentemente do que alega o apelante, do mesmo modo, não há qualquer nulidade nos Autos de Infração que embasaram os lançamentos, e,

consequentemente, nas CDA's deles advindas.

[...]

A inexistência ou inadequação de qualquer dos elementos exigidos pela lei, que prejudique o direito de defesa do executado, pode acarretar a nulidade, tanto do termo de inscrição, como da Certidão de Dívida Ativa.

No entanto, neste caso, houve cumprimento integral de tais dispositivos, de modo que não está caracterizado qualquer vício capaz de invalidar os lançamentos e, tampouco, a ocorrência de cerceamento de defesa.

Saliento que, embora não conste dos referidos Autos de Infração, cujas cópias estão encartadas a fls. 66/71 destes autos, a descrição das atividades tributadas, deles consta o número da conta a elas correspondente.

Verifica-se da cópia do processo administrativo, juntado pela Municipalidade a fls. 154/245, relativo ao Auto de Infração nº 61.917.656, que dele constou no campo "Descrição da Infração", "Deixou de recolher o ISS no prazo regulamentar - conta 24162-0", e esta simples informação foi suficiente para que o apelante pudesse elaborar a sua defesa naquele procedimento (fls. 156/173), bem como o recurso ali interposto (fls. 206/237), ambos indeferidos.

Portanto, mesmo não constando dos autos cópia dos demais procedimentos administrativos, o exemplo juntado mostra que a inserção do número da conta tributada no campo "Descrição da Infração" bastou à elaboração de defesa e, deste modo, não houve prejuízo ao contribuinte, não havendo, portanto, nulidade a ser sanada, nem nos Autos de Infração, nem nas CDA's deles decorrentes.

Passo, agora, à análise da incidência do tributo sobre as atividades que constaram das CDA's, nas quais se lêem, como atividades tributadas, as seguintes: "SERV REL EMISS CHEQUES ADM, TRANSF FUNDOS, ORD PATO CRED P/...".

Tais serviços estão expressamente descritos no item 96 da lista anexa à Lei Complementar nº 56/87, a qual vigia à época dos fatos geradores, *in verbis*:

[...]

Assim sendo, não foi feita uma interpretação extensiva e, tampouco, analógica da referida lista. A Municipalidade limitou-se, nestes casos, a autuar os serviços prestados pelo banco apelante, e expressamente descritos na lei aplicável à espécie, de modo que suas alegações no sentido de que estas atividades tributadas estariam fora do campo de incidência do ISS não se sustentam.

Ainda que assim não fosse, a jurisprudência vem entendendo possível a interpretação extensiva da referida lista, com vistas a impedir que a mera alteração da nomenclatura do serviço prestado sirva à sua exclusão da incidência do tributo, permitindo que serviços correlatos venham a ser tributados. Deste modo, necessário se verificar a natureza do serviço efetivamente prestado, e não apenas a nomenclatura dada pela instituição financeira.

[...]

O mesmo, contudo não pode ser dito com relação à incidência de ISS sobre as rendas advindas da Conta "COSIF nº 7.1.9.30.00.6 - Recuperação de Encargos e Despesas", bem como sobre as subcontas a ela vinculadas, quais sejam, "Ressarcimento Multa sobre Devolução de Cheque" e "Ressarcimento inclusão/exclusão CCF".

Isto porque tais atividades não estão dentre aquelas previstas na Lei Complementar nº 56/87, sendo este o entendimento que vem sendo adotado por esta Colenda 14ª Câmara de Direito Público, conforme excertos abaixo transcritos:

[...]

No que se refere à correção monetária, nada há de equivocado em sua incidência, posto que ela se destina à manutenção do valor nominal do dinheiro, devendo ser mantida a r. sentença neste ponto.

Finalmente, saliento que diante da sucumbência mínima da Municipalidade, ficam mantidos os termos da r. sentença atacada, com relação à condenação. (Destques do original).

Ocorre que o Banco contribuinte, sob alegação de que o acórdão recorrido incorreu em erro material e omissão, opôs embargos de declaração com o propósito de obter da Corte de origem a manifestação acerca das seguintes alegações: *(i)* o ISS cobrado na execução fiscal se refere exclusivamente aos valores contabilizados na conta COSIF n. 7.19.30.00.6 – "Recuperação de Encargos de Despesas", sub-contas 241620 - "ressarcimento de multas pela devolução de cheques" e 218743 - "ressarcimento – inclusão e exclusão de CCF", sobre as quais a incidência do imposto foi afastada pelo Colegiado local, de modo que a apelação deve ser totalmente provida, desbordando dos limites da lide as considerações pela incidência do tributo sobre "SERV REL EMISS CHEQUES ADM. TRANSF FUNDOS. ORD PAGTO CRED P/...", pois as atividades mencionadas na CDA se referem à classificação da instituição financeira no Cadastro de Contribuintes Mobiliários do Município, estranhas aos fatos geradores considerados nos autos de infração; *(ii)* a citação do código da conta contábil no auto de infração não supre a necessidade de descrição da atividade autuada e sua correlação com os serviços listados na Lei Complementar; *(iii)* essa mesma falha infirma a validade da CDA; *(iv)* o não deferimento de produção de prova tendente a demonstrar a realização de pagamentos parciais do ISS, a atrair a aplicação do art. 150, § 4º, do CTN para a contagem da decadência, configura cerceamento de defesa; *(v)* não é possível aplicar índice de atualização do débito tributário mais oneroso ao utilizado pela Fazenda federal (Selic).

Entretanto, no julgamento desses aclaratórios, a Corte *a quo* nada acrescentou, limitando-se a consignar fundamentação genérica para rejeitar o recurso integrativo.

É cediço que o magistrado, desde que amparado em fundamentação suficiente, não está obrigado a responder a todos os argumentos suscitados pela parte.

Todavia, na espécie, algumas alegações do Banco contribuinte mostram-se relevantes para a integral solução da controvérsia, motivo pelo qual elas devem ser efetivamente enfrentadas pelo Tribunal local, sob pena de negativa de prestação jurisdicional.

A questão relativa à suposta infringência do princípio da congruência, tal como sustentada, guarda estreita relação com o correto resultado da demanda.

Se confirmada a afirmação de que a execução fiscal tem por objeto a cobrança apenas dos valores consignados nas contas ("Recuperação de Encargos de Despesas", sub-contas 241620 - "ressarcimento de multas pela devolução de cheques" e 218743 - "ressarcimento – inclusão e exclusão de CCF) em relação às quais a incidência do imposto foi expressamente afastada no julgado estadual, o julgamento da apelação e, por conseguinte, dos embargos à execução, deverá ser mesmo inteiramente favorável ao Banco embargante.

A corroborar com a plausibilidade da tese de ocorrência de

julgamento *extra petita*, cumpre salientar que a própria Municipalidade recorrida, quando da apresentação da impugnação aos embargos à execução fiscal, aduziu (e-STJ fl. 96):

CONTA DE RECUPERAÇÃO DE ENCARGOS E DESPESAS

A conta autuada registra valores recebidos a título de recuperação de despesas necessárias à inclusão/exclusão do cadastro de cheques sem fundo e da multa sobre devolução de cheque sem fundo.

Dito isso, cabe à Corte estadual esclarecer, com precisão, os serviços em relação aos quais o ISS está sendo cobrado na execução fiscal em comento.

Da mesma forma, a argumento deduzido pelo recorrente para impugnar o critério de atualização monetária utilizado pelo Fisco – de que não poderia ser superior ao utilizado na esfera federal (Selic) – também não foi expressamente apreciado no julgado *a quo*, devendo o acórdão recorrido também ser integrado nesse ponto.

Todavia, no tocante à nulidade do auto de infração e da CDA, tenho que a pretensão então veiculada nos embargos de declaração foi mesmo de caráter exclusivamente infringente e, por isso, não enseja complementação do julgado por parte do Tribunal de origem.

Já a ventilada omissão relacionada com a tese de cerceamento de defesa não foi suscitada no capítulo deste recurso especial dedicado à apontada violação do art. 535 do CPC/1973, dispensando, pois, qualquer consideração a seu respeito.

A ocorrência de vício de integração acerca de questões relevantes justifica a nulidade do julgado recorrido, por violação do art. 535 do CPC/1973. A esse respeito: AgRg no AREsp 109.883/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 26/11/2012; AgRg no REsp 1.178.065/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 07/05/2013.

Reconhecido o vício de nulidade do acórdão combatido, ficam prejudicadas as demais questões suscitadas nos recursos especiais do Banco e do Município.

Diante do exposto: (I) CONHEÇO do agravo do BANCO SANTANDER (BRASIL) S/A para DAR PROVIMENTO ao seu recurso especial, a fim de anular o acórdão recorrido, por violação do art. 535 do CPC/1973, e determinar o retorno dos autos ao Tribunal *a quo* para que reaprecie os embargos de declaração, sanando os vícios de integração ora identificados (arts. 34, XXV, e 253, parágrafo único, II, "c", do RISTJ); e (II) CONHEÇO do agravo do MUNICÍPIO DE SÃO PAULO para NÃO CONHECER de seu recurso especial, porquanto prejudicado (art. 253, parágrafo único, II, "a", do RISTJ).

Publique-se. Intimem-se.

# *Superior Tribunal de Justiça*

Brasília (DF), 28 de novembro de 2019.

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator