



EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM FACE DE ACÓRDÃO PROFERIDO NA APELAÇÃO Nº 0006737-91.2012.8.19.0002

EMBARGANTE: MUNICÍPIO DE NITERÓI

EMBARGADO: BANCO SANTANDER DO BRASIL S.A.

RELATOR: DES. JUAREZ FERNANDES FOLHES

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS PELO MUNICÍPIO DE NITERÓI EM FACE DE DECISÃO COLEGIADA QUE NEGOU PROVIMENTO AO SEU PRECEDENTE APELO, PARA MANTER A SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO OPOSTOS PELO BANCO SANTANDER, EM FACE DO MUNICÍPIO DE NITERÓI, EM RAZÃO DE EXECUÇÃO FISCAL QUE LHE MOVEU O MUNICÍPIO, PRETENDENDO O RECEBIMENTO DE CRÉDITOS DE ISSQN, INCIDENTES SOBRE OPERAÇÕES BANCÁRIAS DO GRUPO COSIF 7.1.9.00.00-5. ACÓRDÃO QUE MANTEVE A SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DOS EMBARGOS, EIS QUE, NESTE CASO ESPECÍFICO, CONFORME PERÍCIA CONTÁBIL, OS CRÉDITOS COBRADOS PELO MUNICÍPIO DE NITERÓI SÃO DECORRENTES DE VARIAÇÃO CAMBIAL, NÃO CONSISTINDO EM PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS PELO MUNICÍPIO DE NITERÓI ALEGANDO OMISSÃO DO ACÓRDÃO E PRETENDENDO ATRIBUIR EFEITOS INFRIGENTES. INCONFORMISMO COM O JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO E OMISSÃO INEXISTENTES. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

1. Os embargos de declaração têm a finalidade de esclarecer obscuridade ou contradição do julgado e supri-lo de omissão, requisitos cuja ausência enseja o não provimento do recurso.

2. Inexiste qualquer omissão, contradição, obscuridade ou erro material (art. 1022 do NCPC/2015) no acórdão ora embargado a justificar a interposição dos embargos de declaração. Eventual insurgência contra o acórdão proferido deve ser objeto de recurso próprio, diverso dos embargos ora interpostos, que não servem à modificação pretendida.

3. Tribunais Superiores que poderão considerar incluída no acórdão embargado a matéria suscitada pela parte recorrente para fins de prequestionamento, ainda que o recurso tenha sido inadmitido ou rejeitado. Aplicação do art. 1.025 do Novo CPC.

4. DESPROVIMENTO DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS.

Vistos, relatados e discutidos os presentes Embargos Declaratórios opostos nos autos da Apelação nº 0006737-91.2012.8.19.0002, entre as partes acima assinaladas, **ACORDAM** os Desembargadores da Décima Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em negar-lhe provimento, nos termos do voto do Desembargador Relator, como segue.

VOTO

Embargos de declaração opostos pelo Município de Niterói contra Acórdão que NEGOU provimento ao seu precedente apelo, interposto contra sentença que acolheu os embargos à execução opostos pelo Banco Santander do Brasil, ora embargado, em ação de execução fiscal ajuizada pelo Município.

O Acórdão foi proferido com a seguinte ementa: (índice 000269)

“APELAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL OPOSTOS PELO BANCO SANTANDER EM FACE DO MUNICÍPIO DE NITERÓI EM RAZÃO DE EXECUÇÃO FISCAL QUE LHE MOVE O MUNICÍPIO EMBARGADO OBJETIVANDO O RECEBIMENTO DE CRÉDITOS DE ISSQN REFERENTES À PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS CONTIDOS NAS “CONTAS COSIF GRUPO 7.1.900.00-5” - “ OUTRAS RENDAS OPERACIONAIS” NO PERÍODO DE MAIO DE 2005 A SETEMBRO DE 2008. (EXECUÇÃO FISCAL Nº 1020918-17.2011.8.19.0002 – EM APENSO). BANCO EMBARGANTE QUE ALEGA A ILEGALIDADE DA COBRANÇA TRIBUTÁRIA, AO ARGUMENTO DE QUE AQUELAS OPERAÇÕES FINANCEIRAS NÃO CONSTITUEM PRESTAÇÕES DE SERVIÇO, RAZÃO PELA QUAL SOBRE AS MESMAS NÃO DEVE INCIDIR O ISSQN. AFIRMA QUE A ATIVIDADE DESENVOLVIDA NÃO SE ENCONTRA ELENCADE NA LISTA DE SERVIÇOS PREVISTAS NA LEI COMPLEMENTAR N. 116/2003. PRETENDE SEJAM OS PRESENTES EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL RECEBIDOS EM SEU EFEITO SUSPENSIVO E JULGADOS PROCEDENTES PARA O FIM DE ANULAR O TÍTULO EXECUTIVO QUE ORIGINOU O EXECUTIVO FISCAL.”

“SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DOS EMBARGOS, CONSIDERANDO QUE NESTE PROCESSO FOI PRODUZIDA PERÍCIA CONTÁBIL, A QUAL CONCLUIU QUE A COBRANÇA É ILEGAL, EIS QUE AS CONTAS OBJETO DA AUTUAÇÃO FISCAL ESTÃO INSERIDAS NÃO NA CONTA DO GRUPO COSIF 7.1.7.00.00.9 – “RENDAS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO” (QUANDO ENTÃO INCIDIRIA O ISS) MAS SIM NO GRUPO COSIF 7.1.9.00.00-5 – “OUTRAS RENDAS OPERACIONAIS”, QUE NESTE CASO ESPECÍFICO SÃO DECORRENTES DE VARIAÇÃO CAMBIAL, O QUE AFASTARIA O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL NO SENTIDO DE PERMITIR A INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA PARA ABRIGAR OS SERVIÇOS CONGENERES EXPRESSAMENTE PREVISTOS NA LC/116/03.”

“APELAÇÃO DO MUNICÍPIO DE NITERÓI. NÃO PROVIMENTO DO APELO.”

“O Banco Santander do Brasil S.A. ajuizou ação de embargos à execução fiscal em face do Município de Niterói, em razão de execução fiscal que lhe foi proposta para a cobrança de créditos de ISSQN referentes à prestação de serviços contidos nas contas COSIF, grupo 7.1.9.00.00-5, no período de maio de 2005 até setembro de 2008. Banco embargante que alega a ilegalidade da cobrança tributária, ao argumento de que as operações financeiras não constituem prestação de serviço, razão pela qual sobre as mesmas não deve incidir o ISSQN. Afirma que a atividade desenvolvida não se encontra elencada na lista de serviços previstas na lei complementar n.116/2003. Pretende sejam os presentes embargos à execução fiscal recebidos em seu efeito suspensivo e julgados procedentes, para os fins de anular o título executivo que originou o executivo fiscal, bem como a condenação do Município nas custas processuais e honorários de advogado.”

“Sentença de procedência dos embargos, ao argumento de que é ilícita a cobrança do ISSQN sobre operações bancárias do grupo COSIF 7.1.9.00.00-5, eis que, neste caso específico, conforme apurado em perícia contábil, são decorrentes de variação cambial, não consistindo em prestação de serviços.”

“Inconformado, o Município de Niterói apela, pretendendo a reforma do julgado, alega que a súmula 424 do STJ legitima a incidência de ISS sobre serviços bancários congêneres, e que o Juízo não poderia ter considerado como atividade não tributável os serviços bancários prestados pela instituição financeira embargante, ora apelada, visto que tal entendimento contraria a pacífica jurisprudência sobre a matéria, a qual considera os serviços bancários como autônomos e independentes à operação de crédito, e não apenas como atividades-meio. Aduz que o fato de as contas autuadas registrarem, segundo qualificação do plano contábil, rendas provenientes de variações cambiais não comprova que não houve prestação de serviço, e nem mesmo de que a receita se deu exclusivamente em razão de variações cambiais.”

“Apelação que não merece prosperar. É certo que “Nos termos da jurisprudência pacífica do STJ, a Lista de Serviços anexa ao Decreto-Lei n. 406/68 e à Lei Complementar n.116/2003, para efeito de incidência de ISS sobre serviços bancários, é taxativa, mas admite-se a interpretação extensiva, sendo irrelevante a denominação atribuída. Isto mais se justifica pelo fato de que o legislador, ao relacionar os serviços que seriam tributáveis pelo ISS, não pôde esgotar todas as possibilidades, seja em razão da evolução das atividades bancárias, seja pela alteração da sua “nomenclatura.”

“Ocorre que, para verificar se as atividades que se pretendem tributar enquadram-se na lista anexa ao Decreto-Lei 406/68 e à Lei Complementar 116/2003, é indispensável a análise da natureza das cobranças realizadas pela instituição financeira, isto é, saber em que esse

atividades consistem efetivamente, não sendo suficiente considerar-se o mero nome em iuris da cobrança.”

“Efetivamente, “(...) Embora taxativa em sua enumeração, a lista de serviços anexa ao Decreto-Lei nº 406/68 comporta, dentro de cada item, interpretação extensiva para o efeito de fazer incidir o tributo sobre os serviços bancários congêneres àqueles descritos. Precedentes. Não se pode confundir (a) a interpretação extensiva que importa a ampliação do rol de serviços, com inclusão de outros de natureza diferente dos indicados, com (b) a interpretação extensiva da qual resulta simplesmente a inclusão, nos itens já constantes da lista, de serviços congêneres de mesma natureza, distintos em geral apenas por sua denominação. A primeira é que ofende o princípio da legalidade estrita. A segunda forma interpretativa é legítima (cf. REsp 1016072/PR, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, J. 27/05/2008, DJ de 09/06/2008, in site do STJ).”

“É importante ressaltar que cada COSIF possui diversas contas e subcontas a ela vinculadas e que, no caso em tela, o laudo pericial foi taxativo no sentido de que as contas objeto da autuação fiscal estão inseridas no grupo 7.1.9.00.00-5 – “Outras rendas operacionais”, e que, neste caso específico, são decorrentes de variação cambial. Em sendo assim, forçoso concluir que a cobrança, neste caso, é ilegal, uma vez que tais contas não registram rendas decorrentes de serviços, mas sim rendas decorrentes de variações cambiais.”

“Sentença que não merece reparo. Não provimento do apelo.”

Inconformado, o Município de Niterói (réu na ação de embargos), ora embargante, opôs Embargos Declaratórios às fls. 290/294 (índice 000290) alegando que v. acórdão apresenta mácula da omissão afirmando em síntese: 1) que o acórdão foi fundamentado no laudo pericial produzido em primeiro grau, e que teria sido conclusivo no sentido de que existem contas específicas para registro de rendas decorrentes de prestação de serviços que estão alocadas em outra conta COSIFs; 2) que no entanto, a forma de classificação das contas COSIF não tem o condão de modificar a natureza do fato gerador para efeitos fiscais e tributários, que seguem regras próprias; 3) que quanto a este ponto, exaustivamente tratado pelo Município, o acórdão não se manifestou; 4) que em relação às subcontas autuadas, há que se destacar que o COSIF não exige padronização destas, permitindo que as instituições financeiras criem subcontas ou subtítulos de uso interno ou desdobrem as de uso oficial; 5) que a utilização de subcontas à vontade específica da instituição financeira não afasta a incidência da tributação; 6) que, embora teoricamente devessem ser registradas nas contas “outras rendas operacionais” apenas a variação cambial, na prática, costuma haver uma camuflagem nas contas do COSIF, misturando-se valores relativos a tarifas de prestação de serviços cobradas juntamente com a operação financeira; 7) que, nesse passo, a incidência do tributo não pode ser afastada se ocorrida a atividade descrita na lista anexa à LC 116/03. Pois como dispõe o art. 1º da LC 116/03, o ISS tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador; 8) que, prestada a atividade descrita na norma a título oneroso, consumado está o fato gerador, sem maiores divagações; 9) que o local destinado ao registro das rendas provenientes das taxas cobradas pelas Instituições Financeiras NENHUMA RELEVÂNCIA POSSUI PARA A ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA, SOB PENA DE VIOLAÇÃO AO ART. 4º DO CTN E ART. 1º DA LC 116/03; 10) que o art. 4º do CTN, determina que a natureza jurídica do fato gerador, ou seja, sua classificação no mundo jurídico, não deve considerar sua denominação ou a destinação do produto de sua arrecadação.

Finaliza requerendo:

“... o conhecimento e provimento dos presentes embargos de declaração, nos termos do art. 1.022, II do CPC, a fim de que seja sanada a omissão apontada.”

É o relatório.

O recurso é conhecido já que presentes os requisitos de sua admissibilidade.

Os presentes embargos não merecem prosperar.

Nos termos do art. 1022, do Novo Código de Processo Civil, são cabíveis os embargos de declaração para esclarecer obscuridade ou eliminar contradição; suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento; e corrigir erro material.

Na verdade, não há nenhuma contradição, omissão ou obscuridade no julgado, nem mesmo erro material. **As argumentações recursais revelam claramente um inconformismo com o julgado.**

In casu, o Município de Niterói pretende rediscutir a matéria, o que não é admitido em sede de embargos de declaração, cuja fundamentação é vinculada às hipóteses de omissão, obscuridade e contradição.

Assim, basta uma leitura atenta do acórdão recorrido para se constatar que todas as questões relevantes foram nele agitadas. Se o foi por um posicionamento que não atende aos anseios do Embargante, o caminho a ser trilhado não é a utilização dos Declaratórios, mas sim os recursos cabíveis às instâncias superiores.

Neste sentido:

“(…) Como cediço, para efeito de incidência do ISS considera-se a natureza do serviço prestado e não a denominação utilizada pelo banco para indicar o serviço, pois se assim não fosse, bastaria que as instituições financeiras alterassem uma nomenclatura para ilidir a cobrança de qualquer tributo.”

“Se o Banco executado afirma a impossibilidade de incidência do ISSQN sobre a conta contábil referida no auto de infração, denominada nas contrarrazões às fls. 237 (índice 000250) de “juros oriundos da prestação de crédito”, deve comprovar a sua natureza, o que neste processo fez, através de perícia contábil (índice 000167), a qual apresentou as seguintes conclusões.” (…)

“Portanto, no que se refere à natureza do serviço prestado, em que pesem as alegações do Município de Niterói, ora apelante, o Banco embargante logrou comprovar que o mesmo difere do serviço contemplado na lista, ônus que lhe competia e que aqui foi cumprido.”

“Com efeito, para verificar se as atividades que se pretende tributar enquadram-se na lista anexa ao Decreto-Lei 406/68 e à Lei Complementar 116/2003, é indispensável a análise da natureza das cobranças realizadas pela instituição financeira, isto é, saber em que essas atividades consistem efetivamente, não sendo suficiente considerar-se o mero nomen iuris da cobrança.” (…)

“É importante ressaltar, que cada COSIF possui diversas contas e subcontas a ela vinculadas, e que no caso em tela, o laudo pericial foi taxativo no sentido de que as contas objeto da autuação fiscal, estão inseridas no grupo 7.1.9.00.00-5 – “Outras rendas operacionais”, e que, neste caso específico, são decorrentes de variação cambial, concluindo-se que, a cobrança, neste caso, é ilegal, uma vez que tais contas não registram rendas decorrentes de serviços, mas sim rendas decorrentes de variações cambiais.

Em outras palavras, busca o Município embargante **novo pronunciamento meritório**. Portanto, os **Embargos devem ser rejeitados, eis que ausentes os requisitos inseridos no artigo 1022 do Novo Código de Processo Civil.**

Neste sentido, confira-se a reiterada jurisprudência do egrégio Supremo Tribunal Federal, versando a impossibilidade de manejo dos aclaratórios com objetivo de infringir o julgado, quando inexistentes os vícios de omissão, contradição e/ou obscuridade:

“Embargos Declaratórios em Agravo Regimental em Embargos de Divergência. Direito processual civil. Ausência de omissão, contradição ou obscuridade. Art. 535 do CPC. 1. Os embargos de declaração não constituem meio hábil para reforma do julgado, sendo cabíveis somente quando houver no acórdão omissão, contradição ou obscuridade, o que não ocorre no presente caso. 2. O embargante busca rediscutir a matéria, com objetivo de obter excepcionais efeitos infringentes. 3. Embargos de declaração a que se nega provimento.” (ARE 707461 AGR-ED-EDV-AGR-ED - EDSON FACHIN, TRIBUNAL PLENO, julgamento: 17/03/2016, DJE 04/04/2016)

“Direito previdenciário. **Embargos declaratórios em Agravo Regimental em Mandado de Segurança Coletivo.** Aposentadoria especial. Alegada atividade de risco. Inexistência dos vícios previstos no art. 535 do CPC. **Pretensão meramente infringente. 1. Não há obscuridade, contradição ou omissão no acórdão questionado, o que afasta os pressupostos de embargabilidade (art. 535 do CPC). 2. A via recursal adotada não é adequada para a renovação de julgamento que ocorreu regularmente. 3. Embargos de declaração desprovidos.**” (MI 2600 AGR-ED – Min. ROBERTO BARROSO - TRIBUNAL PLENO – julgamento: 03/03/2016 - DJE 16-03-2016)

“Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo. 2. Recurso extraordinário sem assinatura. Inexistência. 3. **Ausência de omissão, contradição ou obscuridade. Efeitos infringentes. Não configuração de situação excepcional. Impossibilidade. 4. Embargos de declaração rejeitados.**” (ARE 922056 AGR-ED – Min. GILMAR MENDES - SEGUNDA TURMA – julgamento: 16/02/2016 - DJE 01-03-2016)

Diante disso, vê-se claramente que inexistente a omissão, contradição ou obscuridade que possam importar no provimento destes embargos, que somente tem cabimento nos estritos termos do artigo 1022, do NCPC/2015.

Gize-se que o julgador não é obrigado a enunciar, em pormenores, as leis, súmulas ou jurisprudência que embasaram a decisão. O essencial é que sejam apreciadas as questões que influenciam efetivamente no deslinde da causa, e esclarecidas as razões que motivaram o decisum, o que ocorreu no presente caso, sendo desnecessário o prequestionamento explícito dos dispositivos apontados.

A propósito, o Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 1.025, consagra o “prequestionamento ficto”, segundo o qual o respectivo tribunal superior poderá considerar incluída no acórdão embargado a matéria suscitada pela parte recorrente para fins de prequestionamento, ainda que o recurso tenha sido inadmitido ou rejeitado, restando, assim, prejudicada a súmula 211 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual a admissão do recurso especial dependia de manifestação do tribunal *a quo*, por meio de recurso de embargos, acerca da questão levada ao Tribunal Superior.

Confira-se:

“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.”

Assim, não se verificou a existência de qualquer contradição ou omissão no julgado; o que busca a parte embargante é a reforma da decisão, daí a imprestabilidade da via escolhida.

Desse modo, pelos motivos expostos, VOTO pelo conhecimento dos Embargos de Declaração e por seu DESPROVIMENTO.

Rio de Janeiro, 27 de junho de 2017.

Des. JUAREZ FERNANDES FOLHES
Relator