

Superior Tribunal de Justiça

AgInt nos EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1.893.596 - SP (2020/0227112-5)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
AGRAVANTE : ITAU UNIBANCO S.A
ADVOGADOS : PAULO AYRES BARRETO - SP080600
MARCELA MEDRADO PASSOS GOMES - SP316368
SIMONE RODRIGUES COSTA BARRETO - SP179027
AGRAVADO : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : SÉRGIO HENRIQUE TOSHIO SAITO - SP154666
LUCAS MELO NÓBREGA - SP272529
PEDRO DE MORAES PERRI ALVAREZ - SP350341
BIANKA ZLOCCOWICK BORNER DE OLIVEIRA - SP352959

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL DO BANCO: ISS. SERVIÇO BANCÁRIO. "TARIFAS INTERBANCÁRIAS". INTERESSE PROCESSUAL. AUSÊNCIA. JUROS DE MORA SOBRE A MULTA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. RECURSO ESPECIAL FAZENDÁRIO: ISS. BASE DE CÁLCULO. PREÇO DO SERVIÇO. TARIFAS DIFERENCIADAS. DESCONTO INCONDICIONADO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE A DIFERENÇA ENTRE O PREÇO PRATICADO E O VALOR MÁXIMO PERMITIDO PELO BACEN. IMPOSSIBILIDADE.

Recurso especial da instituição financeira

1. Não subsiste interesse processual do banco agravante para discutir a validade dos lançamentos de ISS sobre "tarifas interbancárias", pois dos quatro autos de infração a esse respeito, dois já foram anulados por outros motivos e os outros dois foram objeto de homologação de renúncia do direito.

2. A questão relativa ao marco inicial dos juros moratórios sobre a multa de ofício não foi examinada no acórdão recorrido à luz dos dispositivos de lei federal apontados pelo recorrente como violados (arts. 142 do CTN e 1º, § 3º, da Lei n. 9.430/1996), os quais também não foram suscitados nos embargos de declaração, carecendo o recurso especial, nesse tópico, do requisito do prequestionamento, nos termos da Súmula 282 do STF.

Recurso especial da municipalidade

3. Os descontos incondicionados concedidos pelo prestador não integram a base de cálculo ISS. Precedentes.

4. De acordo com conceituação sedimentada na jurisprudência desta Corte Superior, os descontos incondicionados são aqueles ajustados livremente entre o contribuinte e o seu cliente/consumidor para a fixação do preço em momento anterior à realização do fato gerador; já os descontos condicionados são aqueles relacionados com obrigação a ser adimplida pelo cliente/consumidor em momento posterior à realização do fato gerador, isto é, de caráter futuro e incerto.

5. Hipótese em que, de acordo com o contexto fático delineado pela Corte *a quo*, insuscetível de reexame na instância especial em face do óbice da Súmula 7 do STJ, os descontos de tarifa concedidos pelo banco

Superior Tribunal de Justiça

decorrem do prévio atendimento pelo cliente de cláusula acertada com a instituição financeira, ou seja, do implemento de condição contratual em momento anterior fato gerador do imposto, referente à prestação de serviço contratada.

6. Cuidando-se de ajuste de preço livremente pactuado, que não está condicionado a concretização de evento futuro e incerto à ocorrência do fato gerador, o ISS deverá incidir somente sobre o valor efetivamente praticado pelo banco prestador, sendo descabida a inclusão da diferença existente entre esse valor e a aquele fixado como limite pelo Banco Central na base de cálculo do imposto.

7. Agravo interno parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido em parte. Recurso especial fazendário parcialmente conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer parcialmente do agravo interno de ITAÚ UNIBANCO S/A e, nesta parte, dar-lhe parcial provimento para, reconhecendo a ilegitimidade da cobrança de ISS sobre as diferenças entre o preço das tarifas diferenciadas cobradas pelo banco e o valor máximo permitido pelo Banco Central, conhecer em parte do recurso especial da municipalidade e, nessa extensão, negar-lhe provimento, ficando restabelecido o acórdão recorrido na parte em que anulou os AIIM n. 66795010, 66795028, 66795036 e 66780896, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Paulo Sérgio Domingues, Benedito Gonçalves (Presidente), Sérgio Kukina e Regina Helena Costa votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 28 de fevereiro de 2023

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator

AgInt nos EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1.893.596 - SP (2020/0227112-5)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Trata-se de agravo interno manejado por ITAÚ UNIBANCO S.A. contra decisão por mim proferida, constante às e-STJ fls. 5.787/5.808, nas partes em que: (i) não conheci de seu recurso especial quanto ao termo inicial da contagem dos juros de mora sobre a multa aplicada, por ausência do prequestionamento (Súmula 282 do STF), e à incidência do ISS sobre a rubrica "tarifas interbancárias", por exigir reexame de prova (Súmula 7 do STJ); (ii) dei provimento ao recurso especial da municipalidade para reconhecer que os descontos condicionados concedidos na forma de "preços diferenciados" de pacotes de tarifas bancárias integram a base de cálculo do ISS.

Os embargos de declaração da instituição financeira foram rejeitados (e-STJ fls. 5.833/5.836).

Nas suas razões (e-STJ fls. 5.839/5.913), o agravante sustenta que:

(a) o conhecimento do recurso especial fazendário na parte em que questiona a base de cálculo do ISS sobre os preços diferenciados praticados na cobrança de pacote de tarifas esbarra nos óbices estampados nas Súmulas 7 e 126 do STJ e 280 do STF, visto que não é possível reexaminar a premissa fática estabelecida no acórdão recorrido de que nesse caso inexistente desconto condicionado ou receita tributável, nem revisar os fundamentos calcados em interpretação de direito local e da Constituição Federal, esse último referente ao conceito constitucional de serviço;

(b) a referida pretensão fazendária deve ser desacolhida, pois "embora o contrato de adesão para a prestação de serviços bancários seja firmado entre o Banco e cliente em um momento inicial, trata-se de um contrato que regula uma relação continuada, que prevê critérios para a determinação de preços mês a mês, os quais são sempre passíveis de aferição antes da prestação do serviço bancário mensal"; "a fixação de preço diferenciado em relação ao preço máximo permitido pelo Banco Central não implica a concessão de um desconto, mas determinação de preço (antes da prestação de cada serviço) por prática de livre ato negocial (livre concorrência) que privilegia seus clientes"; o conceito de condição previsto no art. 121 do Código Civil, relacionado com evento futuro e incerto, é aplicável na hipótese; "a base de cálculo do ISS é o valor do serviço prestado e efetivamente ingressado nos cofres do prestador";

(c) é inaplicável a Súmula 7 do STJ para inadmitir a parte de seu apelo raro que defende a não incidência do ISS sobre a rubrica "tarifas interbancárias", devendo ser afastada a exigência do imposto sobre essas receitas, pois "consustanciam meros ressarcimentos, recomposições patrimoniais pelo ato de o Banco fazer parte do Sistema de Compensação Nacional", que "não consubstancia remuneração por serviços de compensação de cheques ou títulos, ou ainda depósitos e congêneres";

Superior Tribunal de Justiça

(d) os arts. 142 do CTN e 1º e 3º da Lei n. 9.430/1992, que amparam a tese referente ao marco inicial dos juros moratórios incidentes sobre a multa aplicada, estão implicitamente prequestionados, não sendo o caso de aplicação da Súmula 282 do STF.

O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO apresentou impugnação (e-STJ fls. 5.927/5.944).

É o relatório.

Superior Tribunal de Justiça

AgInt nos EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1.893.596 - SP (2020/0227112-5)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
AGRAVANTE : ITAU UNIBANCO S.A
ADVOGADOS : PAULO AYRES BARRETO - SP080600
MARCELA MEDRADO PASSOS GOMES - SP316368
SIMONE RODRIGUES COSTA BARRETO - SP179027
AGRAVADO : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : SÉRGIO HENRIQUE TOSHIO SAITO - SP154666
LUCAS MELO NÓBREGA - SP272529
PEDRO DE MORAES PERRI ALVAREZ - SP350341
BIANKA ZLOCCOWICK BORNER DE OLIVEIRA - SP352959

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL DO BANCO: ISS. SERVIÇO BANCÁRIO. "TARIFAS INTERBANCÁRIAS". INTERESSE PROCESSUAL. AUSÊNCIA. JUROS DE MORA SOBRE A MULTA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. RECURSO ESPECIAL FAZENDÁRIO: ISS. BASE DE CÁLCULO. PREÇO DO SERVIÇO. TARIFAS DIFERENCIADAS. DESCONTO INCONDICIONADO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE A DIFERENÇA ENTRE O PREÇO PRATICADO E O VALOR MÁXIMO PERMITIDO PELO BACEN. IMPOSSIBILIDADE.

Recurso especial da instituição financeira

1. Não subsiste interesse processual do banco agravante para discutir a validade dos lançamentos de ISS sobre "tarifas interbancárias", pois dos quatro autos de infração a esse respeito, dois já foram anulados por outros motivos e os outros dois foram objeto de homologação de renúncia do direito.

2. A questão relativa ao marco inicial dos juros moratórios sobre a multa de ofício não foi examinada no acórdão recorrido à luz dos dispositivos de lei federal apontados pelo recorrente como violados (arts. 142 do CTN e 1º, § 3º, da Lei n. 9.430/1996), os quais também não foram suscitados nos embargos de declaração, carecendo o recurso especial, nesse tópico, do requisito do prequestionamento, nos termos da Súmula 282 do STF.

Recurso especial da municipalidade

3. Os descontos incondicionados concedidos pelo prestador não integram a base de cálculo ISS. Precedentes.

4. De acordo com conceituação sedimentada na jurisprudência desta Corte Superior, os descontos incondicionados são aqueles ajustados livremente entre o contribuinte e o seu cliente/consumidor para a fixação do preço em momento anterior à realização do fato gerador; já os descontos condicionados são aqueles relacionados com obrigação a ser adimplida pelo cliente/consumidor em momento posterior à realização do fato gerador, isto é, de caráter futuro e incerto.

5. Hipótese em que, de acordo com o contexto fático delineado pela Corte *a quo*, insuscetível de reexame na instância especial em face do óbice da Súmula 7 do STJ, os descontos de tarifa concedidos pelo banco

decorrem do prévio atendimento pelo cliente de cláusula acertada com a instituição financeira, ou seja, do implemento de condição contratual em momento anterior fato gerador do imposto, referente à prestação de serviço contratada.

6. Cuidando-se de ajuste de preço livremente pactuado, que não está condicionado a concretização de evento futuro e incerto à ocorrência do fato gerador, o ISS deverá incidir somente sobre o valor efetivamente praticado pelo banco prestador, sendo descabida a inclusão da diferença existente entre esse valor e a aquele fixado como limite pelo Banco Central na base de cálculo do imposto.

7. Agravo interno parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido em parte. Recurso especial fazendário parcialmente conhecido e desprovido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Na origem, cuidam os autos de ação anulatória de débito fiscal ajuizada pelo banco agravante, em que impugnou 25 (vinte e cinco) autos de infração, pelos seguintes motivos: (I) não incidência do ISS sobre "garantias prestadas" (AIIM n. 66.795.044, 66.795.060, 60.795.079, 66.795.087); (II) não incidência do ISS sobre "operações com o BNDES/FINAME" (AIIM n. 66.794.978, 66.794.986, 66.794.994, 66.795.001); (III) não incidência do ISS sobre "tarifas interbancárias" (AIIM n. 66.795.109, 66.795.184, 66.795.273, 66.795.346); (IV) não incidência do ISS sobre "preços diferenciados" (AIIM n. 66.795.010, 66.795.028, 66.795.036, 66.780.896); (V) não incidência do ISS sobre "locação de cofres" (AIIM n. 66.795.150, 66.795.222, 66.795.320), (VI) nulidade e decadência (AIIM n. 66.795.044, 66.795.168, 66.795.133, 66.795.125, 66.795.109, 66.797.330, 66.795.095, 66.794.978, 66.795.117, 66.795.150). Sustentou, ainda, a desproporcionalidade da multa aplicada na razão de 50%, o marco inicial da atualização da multa e a limitação do índice de correção pela taxa Selic.

Antes da sentença, foi homologado o pedido de renúncia do direito em que se funda a ação em relação aos AIIM n. 66.795.060, 66.795.079 e 66.795.087.

Prosseguindo o feito, o magistrado de primeiro grau julgou o pedido parcialmente procedente para "anular os autos de infração números 66.794.978, 66.794.986, 66.794.994, 66.795.001, 66.795.010, 66.795.028, 66.795.036, 66.780.896, 66.795.150, 66.795.222, 66.795.320, mantendo os autos de infração n. 66.795.044, 66.795.109, 66.795.184, 66.795.273, 66.795.346, cuja multa, entretanto, deverá ser revista para que incida a mora no pagamento da multa apenas 30 dias após a lavratura do auto de infração. Em razão da sucumbência parcial, cada parte arcará com custas e honorários, nos termos do art. 85, § 7º, do CPC, fixados em 10%, 8% e 5% sobre o valor de prosseguimento da execução, conforme art. 85, § 3º, incisos I, II e III, e § 5º, do CPC para a fazenda, e para o autor em 10% do valor da causa".

Superior Tribunal de Justiça

Na sequência, o TJSP deu parcial provimento às apelações de ambas as partes. Vejamos, no que aqui importa, a motivação consignada no acórdão recorrido:

[...]

Passando a análise da questão relativa à incidência de ISS sobre os pacotes de serviços disponibilizados pela instituição financeira aos clientes, de rigor explicitar que, para que se possa exigir um tributo, imprescindível conhecer e definir sua base de cálculo.

No caso do ISS, a despeito da possibilidade de criação de elaboradas teses, a Lei Complementar 116/2003 explicita de forma suficientemente claramente a maneira de identificá-la: “Art. 7º. A base de cálculo do imposto é o preço do serviço.” O questionamento poderia encontrar aqui o seu fim. De acordo com o dispositivo acima, resta claro que o preço do serviço, ou seja, a quantia paga pelo tomador, representativa da receita auferida pelo prestador, serviria de base para o cálculo do tributo. Bastaria então, para a conclusão acerca do montante devido, simples aplicação da alíquota cabível. Obter-se-ia a expressão correspondente à obrigação tributária principal por meio de singela operação aritmética.

Seguindo com o raciocínio acima explanado, a ausência de receita auferida pelo prestador significaria a inexistência da obrigação tributária principal (recolhimento do tributo), porquanto ausente expressão de valor correspondente ao montante devido, já que o surgimento deste demandaria a identificação do preço do serviço. A aplicação de qualquer alíquota sobre nada redundaria em absolutamente nada.

Mas a discussão não se limita ao regramento acima, buscando a Municipalidade socorrer-se de regramento próprio.

Ao tratar do tema, a legislação local, ou seja, a Lei Municipal 13.701/03, busca restringir a possibilidade de dedução de valores na base de cálculo. Para que determinados valores possam gerar abatimento na base de cálculo, imprescindível que correspondam a descontos incondicionalmente concedidos.

Assim prevê referido diploma:

"Art. 14. A base de cálculo do Imposto é o preço do serviço, como tal considerada a receita bruta a ele correspondente, sem nenhuma dedução, excetuados os descontos ou abatimentos concedidos, independentemente de qualquer condição”.

Surge então o argumento do Município, no sentido de que a isenção total ou parcial dos “pacotes de serviço” deriva de descontos concedidos pela instituição financeira. Estes, contudo, seriam decorrentes do preenchimento de condições preenchidas pelo cliente-tomador, fato que acarretaria a inaplicabilidade do desconto.

Tal fato, ou seja, a concessão de desconto em razão do cumprimento/atendimento de condição pelo cliente tomador do serviço afastaria a possibilidade de abatimento na base de cálculo, razão pela qual o ente tributante defende a incidência do ISS sobre o valor usualmente cobrado pelos pacotes oferecidos. Surgiria, então, a obrigação tributária principal ante a definição da base de cálculo, advinda dos valores indicados em tabela sugerida pelo BACEN. Vale frisar: com base em tal raciocínio, mesmo sem qualquer receita, incidiria o tributo.

Em síntese, afigurar-se-ia descabida a dedução dos descontos concedidos, porquanto decorrentes do cumprimento/atendimento de condição.

Tal argumentação, contudo, não prevalece frente aos esclarecimentos do perito. Sucumbe, ainda, diante da análise efetuada pela magistrada singular. Na verdade, apesar da extensão e do esforço argumentativo, as razões recursais da Municipalidade não trazem em seu bojo elementos aptos a alterar o quanto decidido.

Superior Tribunal de Justiça

Com efeito, para que não se alegue inadequada prestação jurisdicional, elucida-se a análise levada a efeito pela magistrada “a quo”, a despeito de revelar-se suficientemente clara.

Para fins de adequada aplicação de seu conteúdo, bem como para solução de eventuais dúvidas ou questionamentos, traz o CTN em seu conteúdo disposição destinada ao auxílio de sua compreensão e aplicabilidade, quando presentes questões ou dúvidas relativas à hermenêutica. Oportuna, no caso em tela, a transcrição de dispositivo constante do diploma em comento:

Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

Surge então a necessidade de adequada compreensão do ponto fulcral. Este, na presente questão, diz respeito à compreensão da definição de “condição”. Para tal finalidade, adequado socorrer-se do Código Civil, que em seu teor assim preceitua:

Artigo 121. Considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto.

Veja-se que, na situação examinada, a concessão do desconto nos valores referentes aos “pacotes de serviços” decorre de situação vivenciada pelo cliente-tomador em momento anterior à cobrança.

É a ocorrência de fato pretérito que possibilita a obtenção de desconto, parcial ou integral. Não se vislumbra, portanto, subordinação a evento futuro ou incerto.

Descabe, assim, a interpretação dada pelo Município, porquanto dissociada daquela explicitada e definida pelo regramento civil.

[...]

Como se vê, inadmissível emprestar ao vocábulo “condição” significado diverso daquele legalmente definido, visto tratar-se de instituto próprio de Direito Privado. Entendimento em sentido contrário esvaziaria não apenas o sentido da norma auxiliadora de hermenêutica presente no CTN, mas também a compreensão que razoavelmente se espera dos operadores do direito, sejam eles legisladores ou intérpretes da lei. Significaria subverter regras básicas, imprescindíveis à normalidade da prática jurídica.

Adequado, ainda, socorrer-se do laudo de modo a afastar eventual questionamento relativo às condições. Estas, como já esclarecido, referem-se a evento futuro, situação que não se verifica no caso dos autos. Nesse sentido, a informação constante do laudo pericial, que às fls. 3.989, ao responder o quesito 14, apresentado pela instituição financeira, elucida: “...*No mais, vê-se nestes autos e também no Processo Administrativo, a aplicação, pelo Autor, de preços diferenciados a clientes que, em operações pretéritas, preencheram requisitos livremente pactuados e que redundaram, para benesse dos tomadores, em menores custos pela prestação de serviço.*”

Vale frisar que referida conclusão, acima transcrita, adveio do exame de extratos de movimentação, ou seja, de situações efetivamente ocorridas, ou seja, de dados concretos. Tais fatos, por óbvio, afastam a narrativa da Municipalidade no sentido de que as assertivas do perito decorrem de suposições ou opiniões pessoais. Diversamente, vislumbra-se análise vinculada à realidade fática e não esforço interpretativo ou opinião pessoal.

[...]

Finalizando a irresignação do Município, examina-se a questão relativa ao termo inicial de atualização do valor da multa, apreciando-se ainda o inconformismo da instituição bancária relativa no que tange à alegação de invalidade da

Superior Tribunal de Justiça

atualização e desproporcionalidade da multa.

Exsurge, de pronto, que não restou determinada a anulação dos autos de infração. A discussão advém do questionamento relativo ao início de incidência dos juros moratórios. Neste ponto, merece pequena ressalva a decisão recorrida. Esclarecendo a divergência, uma vez verificada a infração incide a multa. Razoável compreender que, a partir desse momento, tributo e multa formariam um só crédito. Admissível considerar, ainda, que a constatação do fato que acarrete a incidência da multa possa ocorrer a qualquer momento, seja qual for o dia do mês. Ainda mais razoável concluir que referida constatação possa ocorrer a qualquer momento, não coincidindo com o início do mês ou com a data de vencimento da obrigação (principal ou acessória) que, uma vez descumprida, faria surgir a sanção pecuniária.

Para adequada solução a respeito do termo “a quo”, revela-se então aplicável o disposto no art. 454 do Decreto 52.703/11, que admite considerar como mês completo a fração dele, desde que, por óbvio, subsequente ao fato ensejador da sanção. Oportuna a parcial transcrição do dispositivo:

[...]

Aplicada tal sistemática, não há que se falar em irregularidade, mormente ante o respaldo legal existente.

[...]

O exame do quadro elaborado pelo perito (fls. 3965/3966) indica que os autos de infração n.ºs. 66795109 (fls. 421), 66795184 (fls. 422), 66795273 (fls. 423) e 66795346 (fls. 424) trazem no item “Motivação da autuação” a seguinte mensagem: “Trata-se de receitas auferidas com a prestação de serviços de tarifas interbancárias e contabilizadas nas subcontas abaixo relacionadas, todas componentes da subconta equivalente a 7.1.7.99.00-3 RENDAS DE OUTROS SERVIÇOS DO COSIF.”

Apesar da extensa argumentação trazida (fls. 5022/5032), não subsistem os argumentos lançados pela apelante quando confrontados com a descrição das funções atreladas à mencionada conta COSIF, em que efetuados referidos lançamentos.

Oportuna, parcial transcrição das contrarrazões ofertadas pela Municipalidade, indicando a finalidade da consta COSIF 7.1.7.99.00-3 para adequada compreensão: “*Segundo a Circular BACEN nº 1.273/87, que instituiu o sistema de contas COSIF, esta conta tem a função de 'Registrar as rendas de tarifas, portes e comissões auferidas pela instituição, pela prestação de serviços diversos, para cuja escrituração não exista conta adequada, que constituam receita efetiva no período'. O próprio Banco Central, portanto, reconhece que as receitas escrituradas na conta COSIF em questão decorrem da prestação de serviços e que não se limitam a mero ressarcimento de despesas, mas verdadeiras tarifas/comissões cobradas pela prestação dos mencionados serviços.*” (fl. 5.093).

Vale trazer jurisprudência deste Tribunal admitindo a incidência do tributo sobre as atividades escrituradas na conta COSIF em comento. Veja-se:

[...]

Em apertada síntese, ainda que se admita que os valores digam respeito a ressarcimento, inafastável concluir que a cada operação efetuada corresponda um valor e que este valor constitua receita, configurando assim o preço do serviço. Ora, se o valor correspondente a cada serviço nada mais é do que preço, por mais que se admita eventual compensação entre instituições financeiras, inegável é a ocorrência do fato gerador e a identificação da base de cálculo, afigurando-se irrelevante na espécie a destinação dada à receita auferida. Improcede, portanto, o reclamo referente à invalidade da cobrança sobre tarifas interbancárias.

Pois bem.

Superior Tribunal de Justiça

Examino, por primeiro, as questões ora suscitadas pelo agravante quanto ao conhecimento de seu recurso especial.

No tocante à incidência do ISS sobre a conta "tarifas interbancárias", verifico que o interesse processual do banco agravante não mais subsiste.

Foram quatro os autos de infração referentes a lançamentos de ISS sobre "tarifas interbancárias": AIIM n. 66795109, 66795273, 66795346 e 66795184.

A validade do AIIM n. 66795109 foi afastada pela decisão agravada com fundamento na decadência;

Os AIIM n. 66795273 e 66795346 foram objeto de homologação de renúncia manifestada pelo banco autor;

A decisão agravada não conheceu do recurso especial fazendário pelo óbice da Súmula 282 do STF na parte que em buscava o reconhecimento da validade do AIIM 66795184 (e-STJ fl. 5.806), de sorte que está mantido o acórdão recorrido que o anulou por ausência de certeza e liquidez.

Constata-se, assim, que em relação aos lançamentos de ISS sobre "tarifas interbancárias" o conhecimento do agravo interno da instituição financeira não guarda mais utilidade.

No pertinente ao marco inicial de atualização da multa de ofício, verifico que o acórdão recorrido não examinou o tema à luz dos apontados art. 142 do CTN e no art. 1, § 3º, da Lei n. 9.430/1996, os quais também não foram suscitados nos embargos de declaração, carecendo o recurso especial, nesse tópico, do requisito do prequestionamento, nos termos da Súmula 282 do STF.

Acresço, por oportuno, que os trechos do acórdão recorrido transcritos pelo banco agravante apenas revelam que a única norma ponderada pela Corte *a quo* para decidir sobre o referido tema foi o art. 454 do Decreto 52.703/2011.

Analiso, doravante, os argumentos do agravante relacionados com a parte da decisão agravada que deu provimento ao recurso especial fazendário para determinar a inclusão dos valores relativos às diferenças entre os descontos concedidos nos pacotes de tarifas e o valor máximo permitido pelo Banco Central na base de cálculo do ISS.

No presente caso, essa pretensão recursal deduzida pela edilidade comporta conhecimento, pois exige, apenas, a interpretação de norma contida na lei federal de regência, qual seja, o art. 7º da LC n. 116/2003, expressamente mencionada no acórdão recorrido, sendo desnecessário para esse mister examinar preceito constitucional ou norma de direito local que justifique a alegada aplicação dos óbices de conhecimento estampados nas Súmulas 126 do STJ e 280 do STF, respectivamente.

Destaco, por oportuno, que a questão jurídica relativa à base de cálculo do imposto, expressamente prevista da LC n. 116/2003, não guarda relação com a incidência da

Superior Tribunal de Justiça

exação em face da natureza da atividade exercida pela contribuinte e, por conseguinte, com o conceito constitucional de serviço.

A par disso, o fundamento nuclear utilizado no acórdão recorrido para decidir a questão não está amparado em dispositivo constitucional, mas, como visto, em interpretação do art. 121 do Código Civil, a qual, como cediço, pode ser objeto de revisão em sede de recurso especial.

Entretanto, no tocante ao mérito da questão propriamente dito, depois de nova reflexão provocada por esse recurso, constato que assiste razão ao banco agravante.

Inicialmente, reitero que a esta Corte Superior firmou o entendimento de que apenas os descontos incondicionados concedidos pelo prestador não integram a base de cálculo do ISS; todavia, se concedidos mediante condição a cargo do tomador sofrerão a incidência do imposto. Nesse sentido, *vide*:

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS. BASE DE CÁLCULO. DESCONTO NO VALOR DO SERVIÇO PRESTADO. INCONDICIONADO.

1. Segundo o artigo 9º do DL 406/68, a base de cálculo do ISS é o valor do serviço prestado, entendendo-se como tal o correspondente ao que foi recebido pelo prestador.

2. Se o abatimento no preço do serviço fica condicionado a uma condição a cargo do tomador do serviço, tal desconto deve-se agregar à base de cálculo.

3. Diferentemente, se o desconto não é condicionado, não há base econômica imponible para fazer incidir o ISS sobre valor não recebido pelo prestador.

4. O desconto incondicionado, concedida por liberalidade do prestador sem qualquer imposição, reduzirá o valor do serviço, com reflexo para o Fisco que, em decorrência da liberalidade, receberá menos tributo. Conforme reconhece a doutrina, se a base imponible é o valor recebido pelo prestador, nada pode ser feito, senão considerar como base de cálculo o valor do serviço com o abatimento.

5. Embargos de declaração acolhidos para conhecer do Recurso Especial e negar-lhe provimento.

(EDcl no REsp n. 1.412.951/PE, relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 17/12/2013, DJe de 7/2/2014.).

RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ISS. VIOLAÇÃO DO ART. 146, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. COMPETÊNCIA DO STF. NULIDADE DA CDA. REEXAME DE PROVA. OFENSA AO ART. 113, § 2º, DO CTN. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. CONTRARIEDADE AO ART. 9º DO DECRETO-LEI 406/68. DESCONTOS CONCEDIDOS DE MODO INCONDICIONADO NÃO INTEGRAM A BASE DE CÁLCULO DO TRIBUTO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A análise de suposta violação de dispositivo constitucional, em sede de recurso especial, é alheia à competência atribuída a esta Corte, conforme dispõe o art. 105, III, da Constituição Federal.

2. Qualquer conclusão em sentido contrário ao que decidiu o aresto atacado, com relação aos requisitos de validade da CDA, envolveria o reexame do material fático-probatório dos autos, providência inviável em sede de recurso especial, conforme dispõe a Súmula 7/STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial."

3. O Tribunal de origem não decidiu a controvérsia à luz do art. 113, § 2º, do CTN, faltando-lhe, pois, o requisito do indispensável prequestionamento.

Superior Tribunal de Justiça

Aplicação da Súmula 211/STJ.

4. "Descontos no preço do serviço que forem feitos de forma incondicionada, sem qualquer condição, serão válidos. O preço do serviço será, portanto, o valor cobrado já com o desconto. Se não for comprovado que a dedução foi incondicionada, mas decorreu de uma certa condição, o fisco poderá cobrar a diferença do ISS." (MARTINS, Sérgio Pinto, "Manual do Imposto sobre Serviços", 7ª edição, São Paulo, Atlas, 2006, p. 82 e 83).

5. Recurso especial conhecido e parcialmente provido para reconhecer que os descontos incondicionados concedidos em nota fiscal não integram a base de cálculo do ISS.

(REsp n. 1.015.165/BA, relatora Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 17/11/2009, DJe de 9/12/2009.).

Embora essa orientação jurisprudencial tenha se firmado originariamente na interpretação do art. 9º do Decreto-Lei n. 406/1968, ela igualmente se aplica aos fatos geradores ocorridos já na vigência da LC n. 116/2003, visto que o art. 7º dessa lei complementar ostenta idêntico teor normativo.

Destaco agora o motivo principal que justifica a mudança do entendimento que externei na decisão agravada, concernente à conceituação de descontos condicionados e incondicionados para fins de composição da base de cálculo de impostos sobre o consumo sedimentada pela jurisprudência desta Corte Superior, segundo a qual os descontos incondicionados são aqueles ajustados livremente entre o contribuinte e o seu cliente/consumidor para a fixação do preço em momento anterior à realização do fato gerador; já os descontos condicionados são aqueles relacionados com obrigação a ser adimplida pelo cliente/consumidor em momento posterior à realização do fato gerador, isto é, de caráter futuro e incerto.

A propósito, cito os seguintes arestos que trataram sobre a repercussão de descontos nas bases de cálculo da COFINS, do ICMS e do IPI, cujas razões de decidir também se mostram pertinentes para exame da base de cálculo do ISS:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ARTS. 489 E 1022 DO CPC. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. SÚMULA 83/STJ.

[...]

4. O valor referente aos descontos incondicionais deve ser excluído da base de cálculo do ICMS, e os descontos condicionais a evento futuro não acarretam a redução da exação. (REsp 792.251 RJ, Relator Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ 27.03.2006 p. 226)

5. O Tribunal a quo consignou que os descontos condicionados a evento futuro (redução dos encargos financeiros, em caso de pagamento antecipado, sobre o período acordado em contrato) não acarretam a redução do valor sobre os quais incidirá a COFINS. É inviável analisar a tese defendida no Recurso Especial, pois inarredável a revisão do conjunto probatório dos autos para afastar as premissas fáticas estabelecidas pelo acórdão recorrido.

Aplica-se, portanto, o óbice da Súmula 7/STJ.

[...] (AgInt no AREsp n. 2.111.200/RJ, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 7/12/2022, DJe de 13/12/2022.)

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 3/STJ. ICMS. SERVIÇOS DE DISCAGEM DIRETA A RAMAL (DDR). DESCONTOS CONCEDIDOS PARA FIDELIZAÇÃO DO CLIENTE. DESCONTOS CONDICIONAIS QUE INTEGRAM A BASE DE CÁLCULO DO TRIBUTO. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. A mercadoria dada em bonificação, por não estar incluída no valor da operação mercantil, não integra a base de cálculo do ICMS.

Entretanto, no caso dos autos, diversamente, o Tribunal de origem concluiu que o desconto ofertado pela operadora é condicionado a evento futuro e incerto e, que deste modo, a sua concessão integraria a base de cálculo do ICMS, uma vez que os valores referentes a descontos condicionais integram a base de cálculo do ICMS, consoante as disposições da jurisprudência desta Corte e conforme a exegese do art. 13, § 1º, II, "a", da Lei Complementar n. 87/1996.

2. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp n. 1.818.825/SP, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 3/3/2020, DJe de 9/3/2020.)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU FALTA DE MOTIVAÇÃO NO ACÓRDÃO A QUO. IPI. DESCONTOS INCONDICIONAIS/BONIFICAÇÃO. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA AO ART. 47 DO CTN. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO EM VALOR IRRISÓRIO. MÍNIMO APLICÁVEL. ART. 20, §§ 3º E 4º, DO CPC. PRECEDENTES.

[...]

- A jurisprudência desta Corte assentou entendimento de que os descontos incondicionais concedidos nas operações mercantis, assim entendidos os abatimentos que não se condicionam a evento futuro e incerto, podem ser excluídos da base de cálculo do ICMS, pois implicam a redução do preço final da operação de saída da mercadoria. Precedentes: REsp

[...] (REsp n. 971.880/CE, relator Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 6/9/2007, DJ de 22/10/2007, p. 227.)

TRIBUTÁRIO. ICMS. DESCONTOS INCONDICIONAIS. BASE DE CÁLCULO. NÃO INCLUSÃO.

I - O valor referente aos descontos incondicionais deve ser excluído da base de cálculo do ICMS, sendo que os descontos condicionais a evento futuro não acarretam a redução da exação.

II - Precedentes: REsp nº 725.983/PR, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 23/05/2005; REsp nº 432.472/SP, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 14/02/2005 e REsp nº 63.838/BA, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, DJ de 05/06/2000.

III - Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp n. 792.251/RJ, relator Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 14/3/2006, DJ de 27/3/2006, p. 226.)

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. ICMS. BASE DE CÁLCULO. DESCONTO CONDICIONADO.

1. "Os valores concernentes aos descontos ditos promocionais, assim como os descontos para pagamento à vista, ou de quaisquer outros descontos cuja efetivação não fique a depender de evento futuro e incerto, não integram a base de cálculo do ICMS, porque não fazem parte do valor da operação da qual decorre a saída da mercadoria" (Hugo de Brito, Direito Tributário - II, São Paulo, Editora RT, 1994, p. 237).

2. O valor dos descontos incondicionais oferecidos nas operações mercantis deve ser excluídos da base de cálculo do ICMS, ao passo que os descontos concedidos de maneira condicionada não geram a redução do tributo. Precedentes.

3. Na hipótese, o desconto efetuado pela embargante estava condicionado à utilização de financiamento oferecido por empresa do mesmo grupo, sem valia para quem efetuasse as compras utilizando-se de dinheiro, cartão de crédito ou cheque.

Superior Tribunal de Justiça

4. Embargos de divergência conhecidos e improvidos.

(REsp n. 508.057/SP, relator Ministro Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 18/10/2004, DJ de 16/11/2004, p. 181.)

A esse propósito, cumpre salientar que no voto condutor do julgamento do RE/RG 567.935/SC (DJe de 04/11/2014), o eminente relator, Ministro Marco Aurélio, assentou que: "sob a óptica jurídico-contábil, os descontos incondicionais são parcelas redutoras dos preços de compra e venda, outorgados independentemente de evento posterior, devendo figurar no corpo da nota fiscal emitida. Esse tipo de abatimento, também conhecido como 'desconto comercial', normalmente utilizado para atrair clientela, repercute necessariamente no preço final praticado, ou seja, no 'valor da operação'. Uma vez concedido, o valor correspondente não será pago pelo adquirente do produto, não fazendo parte do preço praticado em definitivo".

No presente caso, está consignado no acórdão recorrido:

Veja-se que, na situação examinada, a concessão do desconto nos valores referentes aos "pacotes de serviços" decorre de situação vivenciada pelo cliente-tomador em momento anterior à cobrança. É a ocorrência de fato pretérito que possibilita a obtenção de desconto, parcial ou integral. Não se vislumbra, portanto, subordinação a evento futuro ou incerto.

[...]

Como se vê, inadmissível emprestar ao vocábulo "condição" significado diverso daquele legalmente definido, visto tratar-se de instituto próprio de Direito Privado [art. 121 do Código Civil]. Entendimento em sentido contrário esvaziaria não apenas o sentido da norma auxiliadora de hermenêutica presente no CTN, mas também a compreensão que razoavelmente se espera dos operadores do direito, sejam eles legisladores ou intérpretes da lei.

Significaria subverter regras básicas, imprescindíveis à normalidade da prática jurídica.

Adequado, ainda, socorrer-se do laudo de modo a afastar eventual questionamento relativo às condições. Estas, como já esclarecido, referem-se a evento futuro, situação que não se verifica no caso dos autos. Nesse sentido, a informação constante do laudo pericial, que às fls. 3.989, ao responder o quesito 14, apresentado pela instituição financeira, elucida: "...No mais, vê-se nestes autos e também no Processo Administrativo, a aplicação, pelo Autor, de preços diferenciados a clientes que, em operações pretéritas, preencheram requisitos livremente pactuados e que redundaram, para benesse dos tomadores, em menores custos pela prestação de serviço."

Na hipótese, o contexto fático delineado pela Corte *a quo*, insuscetível de reexame na instância especial em face do óbice da Súmula 7 do STJ, evidencia que os descontos de tarifa concedidos pelo banco decorrem do prévio atendimento pelo cliente de cláusula acertada com a instituição bancária (volume de negócios), ou seja, do implemento de condição contratual em momento anterior fato gerador do imposto, que é a prestação de serviço contratada.

Assim, cuidando de ajuste de preço livremente pactuado que não está condicionado a concretização de evento futuro e incerto à realização do fato gerador, o ISS deverá incidir somente sobre o valor efetivamente praticado pelo banco prestador, sendo descabida a inclusão da diferença existente entre esse valor e aquele fixado como limite pelo Banco Central na base de cálculo do imposto.

A aplicação desse entendimento *in casu* implica modificação da decisão

Superior Tribunal de Justiça

agravada na parte em que acolhia o recurso especial da municipalidade, sendo o caso de desprovê-lo para restabelecer o acórdão recorrido quanto à nulidade dos AIIM n. 66795010, 66795028, 66795036 e 66780896.

Ante o exposto, CONHEÇO PARCIALMENTE do agravo interno e, nessa extensão, DOU-LHE PARCIAL PROVIMENTO para, reconhecendo a ilegitimidade da cobrança de ISS sobre as diferenças entre o preço das tarifas diferenciadas cobradas pelo banco e o valor máximo permitido pelo Banco Central, CONHECER EM PARTE o recurso especial da municipalidade e, nessa extensão, NEGAR-LHE PROVIMENTO, ficando restabelecido o acórdão recorrido na parte em que anulou os AIIM n. 66795010, 66795028, 66795036 e 66780896.

Considerando que dos 25 (vinte e cinco) autos de infração questionados, 18 (dezoito) foram anulados (AIIM n. 66795044, 66795168, 66795133, 66795125, 66795109, 66797330, 66795095, 66794978, 66795117, 66795150 pela decadência; AIIM n. 66794986, 66794994 e 66795001, pela não incidência do ISS sobre "operações com BNDES/FINAME"; AIIM n. 66795184, por ausência de certeza e liquidez; AIIM n. 66795010, 66795028, 66795036 e 66780896, referentes às "tarifas diferenciadas") e 07 (onze) foram mantidos (AIIM n. 66795060, 66795079, 66795087, 66795222, 66795273, 66795320 e 66795346, por renúncias de direito homologadas), reconheço a sucumbência recíproca, devendo as partes arcarem com as custas e despesas processuais, aí incluídos os honorários periciais, na proporção de 70% (setenta) a cargo da Fazenda Pública e de 30% trinta por cento) a cargo do banco.

A Fazenda Pública deverá pagar honorários advocatícios, os quais, diante da ausência de peculiaridade relevante que acentue alguma das circunstâncias previstas no art. 85, § 2º, do CPC/2015, fixo nos percentuais mínimos estabelecidos para as faixas descritas nos incisos do § 3º, a incidirem sobre o proveito econômico obtido pela parte autora, no caso, referente ao valor atualizado dos créditos tributários estampados nos 18 (dezoito) autos de infração anulados.

Conforme já decidido anteriormente (e-STJ fls. 5.781/5.783), os honorários advocatícios sucumbenciais favoráveis à Fazenda Pública decorrentes da homologação da renúncia do direito manifestada pela parte autora nesta instância especial, concernentes a 04 (quatro) autos de infração (AIIM n. 66795222, 66795273, 66795320 e 66795346), deverão ser decididos oportunamente pelo juízo de primeiro grau, quando do retorno dos autos.

Os honorários advocatícios sucumbenciais favoráveis à Fazenda Pública decorrentes da homologação da renúncia do direito manifestada pela parte autora perante ao juízo de primeiro grau, referente aos autos de infração AIIM n. 66795060, 66795079 e 66795087, já foram arbitrados pelo magistrado singular (e-STJ fl. 4.804), não havendo mais nada a decidir a esse respeito.

É como voto.

Superior Tribunal de Justiça

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2020/0227112-5 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgInt nos EDcl no REsp 1.893.596 / SP**

Números Origem: 1023976-98.2016.8.26.0053 10239769820168260053

PAUTA: 28/02/2023

JULGADO: 28/02/2023

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GURGEL DE FARIA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **BENEDITO GONÇALVES**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HUMBERTO JACQUES DE MEDEIROS**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
PROCURADORES : SÉRGIO HENRIQUE TOSHIO SAITO - SP154666
LUCAS MELO NÓBREGA - SP272529
PEDRO DE MORAES PERRI ALVAREZ - SP350341
BIANKA ZLOCCOWICK BORNER DE OLIVEIRA - SP352959
RECORRENTE : ITAU UNIBANCO S.A
ADVOGADOS : PAULO AYRES BARRETO - SP080600
MARCELA MEDRADO PASSOS GOMES - SP316368
SIMONE RODRIGUES COSTA BARRETO - SP179027
RECORRIDO : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
PROCURADORES : SÉRGIO HENRIQUE TOSHIO SAITO - SP154666
LUCAS MELO NÓBREGA - SP272529
PEDRO DE MORAES PERRI ALVAREZ - SP350341
BIANKA ZLOCCOWICK BORNER DE OLIVEIRA - SP352959
RECORRIDO : ITAU UNIBANCO S.A
ADVOGADOS : PAULO AYRES BARRETO - SP080600
MARCELA MEDRADO PASSOS GOMES - SP316368
SIMONE RODRIGUES COSTA BARRETO - SP179027

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos - ISS/ Imposto sobre Serviços

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : ITAU UNIBANCO S.A
ADVOGADOS : PAULO AYRES BARRETO - SP080600
MARCELA MEDRADO PASSOS GOMES - SP316368
SIMONE RODRIGUES COSTA BARRETO - SP179027
AGRAVADO : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : SÉRGIO HENRIQUE TOSHIO SAITO - SP154666

Superior Tribunal de Justiça

LUCAS MELO NÓBREGA - SP272529

PEDRO DE MORAES PERRI ALVAREZ - SP350341

BIANKA ZLOCCOWICK BORNER DE OLIVEIRA - SP352959

SUSTENTAÇÃO ORAL

Assistiu ao julgamento o Dr. PAULO AYRES BARRETO, pela parte: AGRAVANTE: ITAU UNIBANCO S.A

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Primeira Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente do agravo interno de ITAÚ UNIBANCO S/A e, nesta parte, deu-lhe parcial provimento para, reconhecendo a ilegitimidade da cobrança de ISS sobre as diferenças entre o preço das tarifas diferenciadas cobradas pelo banco e o valor máximo permitido pelo Banco Central, conhecer em parte do recurso especial da municipalidade e, nessa extensão, negar-lhe provimento, ficando restabelecido o acórdão recorrido na parte em que anulou os AIIM n. 66795010, 66795028, 66795036 e 66780896, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Paulo Sérgio Domingues, Benedito Gonçalves (Presidente), Sérgio Kukina e Regina Helena Costa votaram com o Sr. Ministro Relator.