



Supremo Tribunal Federal  
16/10/2012 17:42 0054185

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PETIÇÃO DIGITALIZADA

Nº 1989 - PGR - RG

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.784

REQUERENTE : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS FRANQUIAS POSTAIS DO BRASIL

REQUERIDO : CONGRESSO NACIONAL

RELATOR : MINISTRO JOAQUIM BARBOSA

*Ação direta de inconstitucionalidade. item 17.08 e expressão "e suas agências franqueadas" contida nos itens 26 e 26.01, todos da lista de serviços anexa à Lei Complementar 116/2003. Preliminar. Legitimidade ativa. Mérito. ISS. Franquia. Não incidência. Serviços de coleta, remessa ou entrega de correspondências, documentos, objetos, bens ou valores, prestados pelas agências franqueadas dos correios. Incidência. Parecer pela procedência parcial da ação.*

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, dirigida contra o item 17.08 e a expressão "e suas agências franqueadas" contida nos itens 26 e 26.01, todos da lista de serviços anexa à Lei Complementar 116/2003.

20

2. Eis o teor dos dispositivos impugnados:

“Art. 1º O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador.

[...]

17.08 – Franquia (*franchising*).

[...]

26 – Serviços de coleta, remessa ou entrega de correspondências, documentos, objetos, bens ou valores, inclusive pelos correios e suas agências franqueadas; *courrier* e congêneres.

26.01 – Serviços de coleta, remessa ou entrega de correspondências, documentos, objetos, bens ou valores, inclusive pelos correios e suas agências franqueadas; *courrier* e congêneres.”

3. A requerente alega, em síntese, que as normas contestadas violam os princípios da legalidade, da coisa julgada e da segurança jurídica, bem como o disposto nos artigos 37, XXI<sup>1</sup>; 156, III<sup>2</sup>; e 175, *caput*<sup>3</sup>, todos da Constituição da República.

4. Assevera a inconstitucionalidade da incidência de ISS sobre as atividades das agências de correios franqueadas, já que não há, entre suas funções, nada que possa caracterizar a prestação de serviços. Nesse sentido, afirma que a prestação de serviço público postal cabe exclusivamente à Empresa Brasileira da Correios e Telégrafos, de modo que as fun-

1 Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

2 Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

[...]

III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar.

3 Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

ções desempenhadas pelas agências franqueadas possuem caráter meramente auxiliar.

5. Foi adotado o rito do artigo 12 da Lei 9.868/1999.

6. O Presidente da Câmara dos Deputados cingiu-se a “*informar que a referida matéria foi processada n[a] Casa dentro dos estritos trâmites constitucionais e regimentais inerentes à espécie*” (fl. 2 da Petição 30.734/2012).

7. As informações solicitadas ao Presidente do Senado Federal não foram prestadas (documento 34).

8. A Advocacia-Geral da União manifestou-se pelo não conhecimento da ação, ante a ilegitimidade ativa da requerente, e, no mérito, pela improcedência do pedido (Petição 34.424/2012).

9. É o relatório.

10. Não merece acolhida a preliminar de ilegitimidade ativa.

11. Deve-se compreender, com largueza e generosidade, o requisito da legitimidade das entidades de classe na jurisdição constitucional, de modo a atender duplo objetivo: o de democratização no acesso ao controle concentrado de constitucionalidade e o de um papel mais destacado das organizações da sociedade civil na arena da hermenêutica constitucional.

12. Aliás, a ampliação do rol de legitimados no controle concentrado de constitucionalidade veio em resposta à crítica de que esse modelo, ao contrário do “*judicial review*”, trazia “*consigo um déficit de legitimidade, ao legalizar quase que exclusivamente órgãos estatais para a propositura de ações tais como a ADIn e a ADPF (art. 103 da CF) e a*”

*ADC (art. 103, § 4, da CF), excluindo a sociedade da discussão de questões centrais, num choque completo com as bases do Estado Democrático de Direito”<sup>4</sup>.*

13. Em relação às entidades de classe, o requisito da representatividade nacional é o único estabelecido pela Constituição (art. 103, IX) e pela Lei 9.868/1999 (art. 2º, IX). Conforme se depreende dos documentos que instruem a inicial, a requerente cumpre essa exigência, pois conta com associados em pelo menos 12 (doze) Estados da Federação<sup>5</sup>.

14. Ao requisito do caráter nacional da entidade, a jurisprudência agregou um segundo: o da pertinência temática.

15. Gilmar Ferreira Mendes, em obra doutrinária, tem por inconstitucional esse requisito, não só porque estranho à natureza objetiva do processo de fiscalização abstrata das normas, mas também porque cria uma *“injustificada diferenciação entre os entes ou órgãos autorizados a propor a ação, diferenciação esta que não encontra respaldo na Constituição”<sup>6</sup>.*

16. Mais restritivo ainda é o entendimento de não ter legitimidade para provocar o controle concentrado de constitucionalidade a entidade constituída por mera fração de determinada categoria funcional (ADI 2.353, Ministro Moreira Alves, DJ 3/4/2004; e ADI 1.875-AgR, Ministro Celso de Mello, DJ 12/12/2008).

4 CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 321.

5 A exigência de que, para comprovação do caráter nacional, a entidade tenha membros em pelo menos nove Estados da Federação resulta de aplicação analógica, feita pelo Supremo Tribunal Federal, da Lei Orgânica dos Partidos Políticos (Ver: ADI 386, Relator Ministro Sydney Sanches, DJ 28/6/1991; e ADI 108, Relator Ministro Celso de Mello, DJ 5/6/1992).

6 MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à Lei n. 9.882, de 3-12-1999*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 101.

17. É que, nessa hipótese, a legitimidade da entidade de classe fica a depender de um interesse específico e exclusivo seu, situação de todo estranha ao processo de controle concentrado. Gilmar Mendes observa a propósito:

“Assinale-se que a necessidade de que se desenvolvessem critérios que permitam identificar, precisamente, as entidades de classe de âmbito nacional não deve condicionar o exercício do direito de propositura da ação por parte das organizações de classe à demonstração de um interesse de proteção específico, nem levar a uma radical adulteração do modelo de controle abstrato de normas. Consideração semelhante já seria defeituosa porque, em relação à proteção jurídica dessas organizações e à defesa dos interesses de seus membros, a Constituição assegura o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX, b), o qual pode ser utilizado pelos sindicatos ou organizações de classe, ou, ainda, associações devidamente constituídas há pelo menos um ano.”<sup>7</sup>

18. Levado ao limite o requisito restritíssimo da ausência de legitimidade quando ausente interesse direto, específico e exclusivo, chegaríamos à absurda situação de não se ter entidade de classe ou organização social legitimada para, por exemplo, impugnar a constitucionalidade de um determinado imposto. É que, aqui, o interesse é de toda a coletividade.

19. De resto, mesmo que admitido o requisito da pertinência temática, este se apresenta no caso. O estatuto social da ANAFPOST, em seu art. 2º, § 3º, contém, entre outras disposições também pertinentes, a previsão de caber à entidade “*defender os direitos inerentes a sua classe e subclasse em âmbito nacional, conforme regra prevista no art. 103, IX, da Constituição Federal*” (fl. 2 do documento 3). E as normas objeto desta

<sup>7</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à Lei n. 9.882, de 3-12-1999*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 101.

ação, no entender da autora, ferem os interesses de suas associadas ao determinarem indevidamente a incidência do ISS sobre suas atividades.

20. Por essas razões, e pelo seu inegável caráter nacional, a ANAFPOST está legitimada à propositura da presente ação.

21. No mérito, o pedido é parcialmente procedente.

22. O artigo 156, III, da Constituição, confere aos Municípios a competência para instituir impostos sobre serviços de qualquer natureza, à exceção daqueles referidos no artigo 155, II (serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação).

23. Nas palavras de Kiyoshi Harada, compreende-se como fato gerador do ISS *“a prestação efetiva e onerosa do serviço, definido em lei complementar, por pessoa jurídica ou física, sob o regime de autonomia, expressando uma obrigação de fazer”*<sup>8</sup>.

24. A definição dos serviços tributáveis, conforme o dispositivo constitucional, consta da lista anexa à Lei Complementar nº 116/2003. De acordo com a jurisprudência dessa Corte, trata-se de rol taxativo, embora admita interpretação extensiva (RE-EDcl 361.829, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 50, de 19/3/2010; e RE 361.829, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 24/2/2006, entre muitos outros).

25. Ressalte-se, todavia, que é defeso ao legislador incluir na “lista de serviços” fato que não possa ser caracterizado como tal. Conforme salientado pelo Min. Carlos Velloso, relator, no julgamento do RE 361.829 (Segunda Turma, DJ 24/2/2006), a competência conferida ao legislador pela Constituição *“não quer dizer que a lei complementar possa*



---

8 HARADA, Kiyoshi. *ISS: doutrina e prática*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 39.

*definir como tributáveis pelo ISS serviços que, ontologicamente, não são serviços”.*

26. Nesse ponto, é emblemático o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no sentido da não incidência de ISS em relação aos contratos de locação de bens móveis. Ao declarar a inconstitucionalidade do item 79 da antiga lista de serviços anexa ao DL 406/86, essa Corte consignou a impossibilidade da inclusão de itens na referida lista sem que restasse caracterizada a sua natureza de serviço. Cite-se, a título de exemplo, o seguinte julgado:

“IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS (ISS) - LOCAÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR - INADMISSIBILIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DA INCIDÊNCIA DESSE TRIBUTOS MUNICIPAL - DISTINÇÃO NECESSÁRIA ENTRE LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS (OBRIGAÇÃO DE DAR OU DE ENTREGAR) E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS (OBRIGAÇÃO DE FAZER) - IMPOSSIBILIDADE DE A LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA MUNICIPAL ALTERAR A DEFINIÇÃO E O ALCANCE DE CONCEITOS DE DIREITO PRIVADO (CTN, ART. 110) - INCONSTITUCIONALIDADE DO ITEM 79 DA ANTIGA LISTA DE SERVIÇOS ANEXA AO DECRETO-LEI Nº 406/68 - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RECURSO IMPROVIDO.

- Não se revela tributável, mediante ISS, a locação de veículos automotores (que consubstancia obrigação de dar ou de entregar), eis que esse tributo municipal somente pode incidir sobre obrigações de fazer, a cuja matriz conceitual não se ajusta a figura contratual da locação de bens móveis. Precedentes (STF). Doutrina.” (RE-AgR 446.003, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJ 4/8/2006)

27. No mesmo sentido, confirmam-se os seguintes acórdãos: AI-AgR 623.226, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe 46, de 11/3/2011; AI-AgR 758.697, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma,

20

DJe 81, de 7/5/2010; AI-AgR 704.177, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 237, de 18/12/2009; AI-AgR 647.864, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe 148, de 7/8/2009; AI-AgR 697.696, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 75, de 24/4/2009; AI-AgR 702.957, Rel. Min. Ayres Britto, Primeira Turma, DJe 75, de 24/4/2009; AI-AgR 636.274, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe 71, de 17/4/2009; AI 711.348, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe 64, de 3/4/2009; AI-AgR 677.414, Rel. Min. Eros Grau, Primeira Turma, DJe 18, de 1º/2/2008; AI-AgR 546.588, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 16/9/2005; e RE 116.121, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 25/5/2001.

28. Dada a reiterada jurisprudência sobre o tema, o Plenário aprovou, em 4 de fevereiro de 2012, a Súmula Vinculante 31, cujo enunciado está assim redigido: “*É inconstitucional a incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS sobre operações de locação de bens móveis*” (Súmula Vinculante 31, DJe 28, de 17/2/2010).

29. O mesmo raciocínio se aplica ao presente caso.

30. O contrato de franquia empresarial é disciplinado pela Lei 8.955/1994. Essa lei, em seu artigo 2º, conceitua a franquia nos seguintes termos:

“Art. 2º Franquia empresarial é o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício.”





31. Ainda que as obrigações contratuais envolvam também obrigações de fazer, percebe-se que os objetivos principais visados pelas partes são a utilização da marca e *know how* do franqueador pelo franqueado.

32. Como o núcleo do contrato de franquia – utilização da marca e *know how* – não compreende uma prestação de serviço, o legislador, ao incluir o item 17.08 na lista de serviços anexa à LC 116/2003, extrapoulo a competência constitucional conferida pelo art. 156, III, CR.

33. É esclarecedora, no ponto, a lição de Paulo de Barros Carvalho:

“... as alterações introduzidas pela Lei Complementar nº 116/2003 não viabilizam a exigência do ISS sobre as prestações decorrentes dos contratos de franquia. A franquia não é serviço, assim como não o é a cessão de direitos. Quanto às prestações que a ela estejam ligadas, ficam excluídas da tributação por se tratar de atividades-meio, instrumentos que possibilitam o franqueamento e dele são inseparáveis. O contrato de franquia tem por objeto a cessão do direito de uso de marca ou produto, acompanhada, geralmente, de prestações necessárias à implantação, desenvolvimento e manutenção do empreendimento franqueado. Caracteriza-se como um contrato 'complexo', exatamente por constituir-se de direito e obrigações diversificados, indissociáveis entre si. Não configura, portanto, 'serviço': (i) além de não se apresentar como obrigação de 'fazer', visto que na cessão de direito inexistente esforço humano voltado à construção de utilidade material ou imaterial, (ii) inadmissível qualquer tentativa de isolamento das diversas prestações decorrentes do contrato de franquia, pois os deveres que o integram são interligados e dependentes uns dos outros, não comportando desmembramento. A atividade-meio não é fato autônomo, independente da operação jurídica praticada. Ao contrário, apresenta-se incluída naquela, que a abrange como pressuposto à sua concretização.”  
[CARVALHO, Paulo de Barros. Não incidência do

ISS sobre atividades de franquia (*franchising*). In: Revista de Estudos Tributários, vol. 56, p. 65, jul-ago de 2007]

34. No mesmo sentido são as manifestações de Marçal Justen Filho<sup>9</sup>, Hugo de Brito Machado<sup>10</sup> e José Eduardo Soares de Melo<sup>11</sup>.

35. Também o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento no sentido da não incidência do ISS sobre contratos de franquia celebrados em momento anterior à inclusão do item 17.08 na lista de serviços. É o que se extrai do seguinte julgado:

“TRIBUTÁRIO. ISS. FRANCHISING. DECRETO-LEI Nº 406/68. LEI Nº 8.955/94.

1. Acórdão *a quo* que julgou improcedente ação declaratória cumulada com repetição de indébito ajuizada pela recorrente, insurgindo-se contra a cobrança de ISS, ao argumento de não constar da Lista de Serviços anexa ao Decreto-Lei nº 406/68 (art. 79) a prestação dos serviços de franquia, sendo indevidos os pagamentos que efetuou.

2. O art. 2º, da Lei nº 8.955/94, define o contrato de franquia do modo seguinte: 'Franquia empresarial é o sistema pelo qual o franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços, e eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício<sup>1</sup>.

3. O 'franchising', em sua natureza jurídica, é 'contrato típico, misto, bilateral, de prestações recíprocas e sucessivas com o fim de se possibilitar a distribuição, industrialização ou comercialização de produtos, mercadorias ou prestação de serviços, nos moldes e forma

9 JUSTEN FILHO, Marçal. ISS e as atividades de *franchising*. In: *Revista de Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, vol. 64, pp. 242-256.

10 MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 426.

11 MELO, José Eduardo Soares de; PAULSEN, Leandro. *Impostos Federais, Estaduais e Municipais*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007, pp.290/291.

previstos em contrato de adesão'. (Adalberto Simão Filho, 'Franchising', São Paulo, 3a ed., Atlas, 1998, págs. 36/42)

4. O conceito constitucional de serviço tributável somente abrange: 'a) as obrigações de fazer e nenhuma outra; b) os serviços submetidos ao regime de direito privado não incluindo, portanto, o serviço público (porque este, além de sujeito ao regime de direito público, é imune a imposto, conforme o art. 150; VI, 'a', da Constituição); c) que revelam conteúdo econômico, realizados em caráter negocial - o que afasta, desde logo, aqueles prestados a si mesmo, ou em regime familiar ou desinteressadamente (afetivo, caritativo, etc.); d) prestados sem relação de emprego - como definida pela legislação própria - excluído, pois, o trabalho efetuado em regime de subordinação (funcional ou empregatício) por não estar in comércio.' (Aires F. Barreto, 'ISS - Não incidência sobre Franquia', in Rev. Direito Tributário, Malheiros Editores, vol. nº 64, págs. 216/221)

5. 'A franquia é um contrato complexo nessa acepção. É inviável nela divisar a conjugação de uma pluralidade de contratos autônomos (senão em acepção que será adiante apontada), que se somam por justaposição. Não se trata da cumulação de contrato de cessão de marca com contrato de transferência de tecnologia e outros contratos, cada um com individualidade própria. Há um plexo de deveres impostos a ambas as partes, onde a transferência de tecnologia é indissociável da cessão do uso de marca e dos demais pactos. Esses deveres não são unilaterais, muito pelo contrário. Incumbe a ambas as partes a execução de inúmeras obrigações de fazer. Isso torna inviável a dissociação de obrigações de fazer, para fins de identificação de 'prestação de serviço'. É impossível, aliás, definir quem presta serviço a quem, no âmbito do contrato de franquia, tal como é inviável apontar remuneração correspondente à prática de um dever específico. ... Por decorrência e relativamente ao conjunto de atividades desenvolvidas pelas partes, em cumprimento aos plexos de deveres de fazer e de não fazer, previstos no contrato de franquia, não se caracteriza prestação de serviços. Nem o franqueado presta serviços ao franqueador, nem vice-versa.' (Marçal Justen Filho,

AD.

em artigo intitulado 'ISS e as atividades de 'Franchising', publicado na Revista de Direito Tributário, Ed. Malheiros, vol. 64, págs. 242/256)

6. O contrato de franquia é de natureza híbrida, em face de ser formado por vários elementos circunstanciais, pelo que não caracteriza para o mundo jurídico uma simples prestação de serviço, não incidindo sobre ele o ISS. Por não ser serviço, não consta, de modo identificado, no rol das atividades especificadas pela Lei nº 8.955/94, para fins de tributação do ISS.

7. Recurso provido.” (REsp 222.246, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, DJ 4/9/2000)

36. Em relação aos fatos geradores ocorridos após a inclusão do item no rol dos serviços tributáveis, aquela Corte reconhece, em alguns casos, a legalidade da cobrança do tributo pelos municípios. Tais julgados ressalvam, entretanto, que *“a discussão em torno do conceito de serviço para fins de incidência do ISS é de cunho eminentemente constitucional (art. 156, inciso III, da Constituição Federal), descabendo a esta Corte, por meio da via recursal eleita, tal apreciação, sob pena de usurpação da competência conferida, tão somente, ao Supremo Tribunal Federal”* (REsp-AgR 1.151.492, Rel. Min. Mauro Campbell, Segunda Turma, DJe 10/3/2011).

37. Em outras situações, em razão da referida incompetência do STJ para analisar a questão constitucional, o recurso especial não é sequer conhecido. Emblemático, no ponto, o seguinte julgado:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ISS. FRANQUIA (*FRANCHISING*). NATUREZA JURÍDICA HÍBRIDA (PLEXO INDISOCIÁVEL DE OBRIGAÇÕES DE DAR, DE FAZER E DE NÃO FAZER). PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. CONCEITO PRESSUPOSTO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. AMPLIAÇÃO DO CONCEITO QUE EXTRAVASA O ÂMBITO DA VIOLAÇÃO DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTI-

TUCIONAL PARA INFIRMAR A PRÓPRIA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA CONSTITUCIONAL. INCOMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO ESPECIAL.

1. O ISS na sua configuração constitucional incide sobre uma prestação de serviço, cujo conceito pressuposto pela Carta Magna *eclipsa ad substantia obligatio in faciendo*, inconfundível com a denominada obrigação de dar.

2. Outrossim, a Constituição utiliza os conceitos de direito no seu sentido próprio, com que implícita a norma do artigo 110, do CTN, que interdita a alteração da categorização dos institutos.

3. Consectariamente, qualificar como serviço a atividade que não ostenta essa categoria jurídica implica em violação bifronte ao preceito constitucional, porquanto o texto maior a utiliza não só no sentido próprio, como também o faz para o fim de repartição tributária-constitucional (RE 116121/SP).

4. Sob esse enfoque, é impositiva a regra do artigo 156, III, da Constituição Federal de 1988, *verbis*:

'Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre: (...) III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)'

5. A dicção constitucional, como evidente, não autoriza que a lei complementar inclua no seu bojo atividade que não represente serviço e, *a fortiori*, obrigação de fazer, porque a isso corresponderia franquear a modificação de competência tributária por lei complementar, com violação do pacto federativo, inalterável sequer pelo poder constituinte, posto blindado por cláusula pétrea.

6. O conceito pressuposto pela Constituição Federal de serviço e de obrigação de fazer corresponde aquele emprestado pela teoria geral do direito, segundo o qual o objeto da prestação é uma conduta do obrigado, que em nada se assemelha ao dar, cujo antecedente necessário é o repasse a outrem de um bem preexistente, a qualquer título, consoante a homogeneidade da doutrina nacional e alienígena, quer de Direito Privado, quer de Direito Público.

RD

[...]

11. Os Itens 10 e 17, da Lista de Serviços anexa à Lei Complementar 116/2003, elencam, como serviços tributáveis pelo ISS, o agenciamento, corretagem ou intermediação de contratos de *leasing*, de *franchising* e de *factoring* (Subitem 10.04), bem como a franquia (Subitem 17.08).

12. A mera inserção da operação de franquia no rol de serviços constantes da lista anexa à Lei Complementar 116/2003 não possui o condão de transmudar a natureza jurídica complexa do instituto, composto por um plexo indissociável de obrigações de dar, de fazer e de não fazer.

13. Destarte, revela-se inarredável que a operação de franquia não constitui prestação de serviço (obrigação de fazer), escapando, portanto, da esfera da tributação do ISS pelos municípios.

14. A afirmação de constitucionalidade da inserção da franquia como serviço e a proposição recursal no sentido de que aquela incide em inequívoca inconstitucionalidade do Subitem 17.08, da relação anexa à Lei Complementar 116/2003, conjura a incompetência imediata do STJ para a análise de recurso que contenha essa antinomia como essência em face da repartição constitucional que fixa os lindes entre esta E. Corte e a Corte Suprema.

[...]

17. Os fundamentos de índole notadamente constitucional, sem as quais não sobreviveria o aresto recorrido, impõem timbrar seu núcleo constitucional para, na forma da jurisprudência cedida na Corte, não conhecer do recurso especial (...)." (REsp 1.044.239, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 1º/12/2008)

38. Além desta ação direta, a questão se apresenta também no RE 603.136, cuja repercussão geral foi reconhecida em acórdão assim ementado:

“Recurso extraordinário. Tributário. ISS. Franquia. Fato gerador. Lei Complementar 116/2003. Repercussão geral reconhecida.”(RE-RG 603.136, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 185, de 1º/10/2010)

39. É importante ressaltar, todavia, que a existência de repercussão geral reconhecida não representa óbice ao conhecimento e julgamento desta ação direta, pois, conforme decidido por esta Corte, “o controle direto de constitucionalidade precede o controle difuso, não obstando o ajuizamento da ação direta o curso do julgamento do recurso extraordinário” (ADC-QO 18, Rel. Min. Menezes Direito, DJe 202, de 24/10/2008).

40. De resto, o vício de que padece o item 17.08 da lista anexa à LC 116/2003 não é verificado em relação aos demais itens impugnados.

41. Nos itens 26 e 26.01, a hipótese de incidência do ISS não é a relação contratual estabelecida entre a agência e a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), mas sim as atividades de coleta, remessa ou entrega de bens, independentemente do sujeito que as desempenhe.

42. As agências franqueadas, ainda que não sejam os responsáveis principais pelo serviço público postal, atuam como coadjuvantes cujo papel é facilitar a operacionalização da prestação do serviço.

43. Nesse sentido, executam atividades que consistem tanto em obrigações de fazer como em obrigações de dar, conforme se depreende da argumentação tecida na inicial.

44. O ISS incide sobre serviços de qualquer natureza não compreendidos na competência tributária estadual, definidos na LC 116/2003.

45. O imposto também incide sobre operações mistas, que envolvam tanto prestação de serviços como o fornecimento de mercadorias, desde que haja previsão na referida lei complementar<sup>12</sup>.

<sup>12</sup> Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:  
[...]

46. Verificada (i) a prestação de serviço por parte das agências franqueadas nas atividades de coleta, remessa ou entrega de bens, e (ii) a inclusão da operação na lista de serviços anexa à LC 116/2003, constata-se a adequação da hipótese de incidência aos preceitos constitucionais relativos ao ISS.

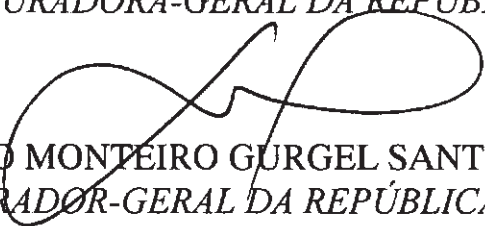
Ante o exposto, o parecer é pela procedência parcial da ação para que seja declarado inconstitucional o item 17.08 da lista de serviços anexa à Lei Complementar 116/2003.

Brasília, **31** de agosto de 2012.



DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA  
*VICE-PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA*

APROVO:



ROBERTO MONTEIRO GURGEL SANTOS  
*PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA*

MCX

---

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

[...]

§ 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

[...]

IX - incidirá também:

[...]

b) sobre o valor total da operação, quando mercadorias forem fornecidas com serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios;