



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO
PAULO

Registro: 2012.0000503688

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0069688-45.2006.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é apelante THE MAGIC NUTS COMERCIAL LIMITADA, é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 15ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTHUR DEL GUÉRCIO (Presidente sem voto), RODRIGUES DE AGUIAR E EUTÁLIO PORTO.

São Paulo, 20 de setembro de 2012.

SILVA RUSSO
RELATOR
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 15ª Câmara de Direito Público

Voto nº 19219

Apelação nº 0069688-45.2006.8.26.0000

Comarca de São Paulo/SP

Apelante: The Magic Nuts Comercial Ltda.

Apelada: Prefeitura Municipal de São Paulo

AÇÃO ORDINÁRIA – ISS – Exercício de 2004 – Município de São Paulo – Franquia – Tributação com base no item 17.08 da lista trazida pela LC nº 116/03 – Descabimento – Atividade que não envolve efetiva prestação de serviços – Afronta ao artigo 156-III da CF – Inconstitucionalidade vislumbrada – Aplicação da Súmula Vinculante nº 10 do STF e do artigo 657 do anterior Regimento Interno desta E. Corte – Julgamento suspenso, com a remessa dos autos ao C. Órgão Especial para análise da questão, o qual já declarou essa inconstitucionalidade – Prevalência do entendimento da d. Turma Julgadora – Procedência do pleito inicial nesta instância, com a inversão do ônus da sucumbência – Sentença reformada – Apelo provido.

Cuida-se de apelação tirada contra a r. sentença de fls. 101/104, declarada à fls. 117, a qual julgou improcedente esta ação ordinária e impôs as verbas sucumbenciais à autora, que busca, nesta sede, a reforma do julgado, em suma, batendo-se na inconstitucionalidade do ISS exigido com base no item nº 17.08 da Lei Complementar nº 116/03, reproduzido no item 17.07 da Lei Municipal nº 13.071/03, a pretexto da franquia não se inserir no conceito de serviços (fls. 121/145).



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

15ª Câmara de Direito Público

Recurso tempestivo, preparado (fls. 146), respondido (fls. 148/158) e remetido a este E. Tribunal, onde esta Câmara vislumbrou a inconstitucionalidade da tributação em debate nos termos do v. acórdão de fls. 172/177, suspendendo o julgamento do feito, com sua remessa ao C. Órgão Especial, o qual não conheceu do incidente então arguido, através do v. aresto de fls. 227/230.

É o relatório, em acréscimo aos anteriores.

A r. decisão proferida pelo C. Órgão Especial deste Tribunal destaca seu posicionamento a propósito da matéria, que está em linha com o entendimento exarado por esta E. Câmara, quando da prolação do precedente aresto de fls. 172/177, afirmando a inconstitucionalidade da legislação local ali referida, razão pela qual se reiteram os seus argumentos, nos seguintes termos:

"Tal como se disse na inicial e no apelo, a franquia é um contrato de natureza híbrida e complexa, fundamentalmente uma cessão de direito de uso de marca ou patente e, portanto, não se caracteriza exatamente como efetiva prestação de serviços, descabendo alterar a definição e o alcance de seu conceito, à luz do artigo 110 do Código Tributário Nacional.

Nesse sentido, veja-se que o artigo 2º da Lei nº 8.955/94 define o contrato de franquia da seguinte maneira:

'Franquia empresarial é o sistema pelo qual o franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

15ª Câmara de Direito Público

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'.

Ainda, o Professor Aires F. Barreto leciona em sua obra 'ISS - Não incidência sobre Franquia' (Rev. Direito Tributário, Malheiros Editores, vol. nº 64, págs. 216/221) que o conceito constitucional de serviços tributários 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'.

Com efeito, sobre as atividades de franquia da apelante não pode incidir o ISS, na espécie, onde vislumbro a inconstitucionalidade dos sobreditos itens das listas federal e municipal, por afronta ao artigo 156, inciso III, da Carta da República, de modo que o pleito inaugural deve proceder, a meu ver, para obstar tal exação, cabendo gizar que a questão ainda pende de análise no Pleno do Colendo Supremo Tribunal Federal, conforme recente decisão do Ministro Marco Aurélio, no Agravo de Instrumento nº 651.255/RJ, 'in verbis':

'DECISÃO ISS- FRANQUIA- ADMISSÃO DA INCIDÊNCIA NA



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

15ª Câmara de Direito Público

ORIGEM – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – TRANCAMENTO – AGRAVO – ACOLHIDA DO PEDIDO DE SEQUÊNCIA E JULGAMENTO NOS PRÓPRIOS AUTOS. 1. A Assessoria assim revelou as balizas deste agravo de instrumento: O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, negou provimento à apelação e, por maioria, rejeitou o pedido de remessa do processo ao Órgão Especial respectivo para análise da arguição de inconstitucionalidade dos itens 17.08 da Lista anexa à Lei Complementar nº 116/2003 e 17.07 da Lista anexa à Lei Municipal nº 3.691/2003. No acórdão, consignou-se que, havendo a Constituição Federal delegado à Lei complementar a tarefa de definir o campo de incidência do Imposto sobre Serviços – ISS, não se pode retirar do legislador infraconstitucional a competência para escolher quais atividades econômicas se enquadram no conceito de 'serviços de qualquer natureza'. Ante tais fundamentos, declarou a legitimidade da cobrança do ISS sobre as atividades de franquia ('franchising'). No extraordinário de folha 490 a 516, interposto com alegada base na alínea 'a' do permissivo constitucional, o recorrente articula com a transgressão do artigo 156, inciso III, do Diploma Maior. Sustenta a inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 116/2003 e da Lei Municipal nº 3.691/2003, no que incluíram os contratos de franquia no campo de incidência do Imposto sobre Serviços – ISS. Assevera ter ocorrido desrespeito à repartição constitucional das competências tributárias, pois o conceito de serviço foi alargado para além do sentido empregado pela Constituição. O Juízo primeiro de admissibilidade obistou o processamento do recurso, considerando ser reflexa a alegada ofensa aos dispositivos da Carta Magna, pois necessariamente precedida de violação de normas infraconstitucionais (folhas 566 e 567). A agravante, na peça de folha 2 a 26, sustenta a existência de ofensa direta e frontal ao artigo 156, inciso III, da Constituição Federal. Ao incluir a franquia na lista de serviços sujeitos ao Imposto sobre serviços – ISS, a Lei complementar nº 116/2003 teria extrapolado a competência outorgada pelo Poder Constituinte, equiparando um negócio jurídico complexo, marcado por várias obrigações de dar – sobretudo a cessão de direitos de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva -, a contratos de prestação de serviços, normalmente limitados a simples obrigações de fazer. No contrato de franquia, a eventual prestação de serviços é atividade-meio e por isso não pode ser tributada. O recurso especial simultaneamente interposto não foi conhecido pelo Superior Tribunal de Justiça, havendo a Corte consignado caber exclusivamente ao Supremo o exame da compatibilidade da Lei Complementar nº 116/03



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

15ª Câmara de Direito Público

com a Constituição Federal (folha 580). Na contraminuta de folha 570 a 572, aponta-se a ausência de prequestionamento e a natureza reflexa da alegada violação do dispositivo constitucional tido como ofendido (artigo 156, inciso III). 2. Na interposição deste agravo, atendeu-se aos pressupostos de recorribilidade. A peça, subscrita por profissional da advocacia regularmente credenciado (folha 59), restou protocolada no prazo legal. O tema discutido está a exigir o crivo do Supremo. Cumpre a este a guarda maior da Constituição Federal e o tributo cobrado pelo Município tem previsão nesta última. A própria nomenclatura direciona a haver, sempre e sempre, a prestação de serviços. Ora, de início, não se observa, na franquia, esse fenômeno levando em conta, até mesmo, a definição legal. Consoante o artigo 2º da Lei nº 8.955, de 15 de dezembro de 1994, o que ocorre é a cessão de direito de uso de marca ou patente associado ao direito de distribuição exclusiva ou semiexclusiva 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. Em um primeiro exame, surge que, na franquia, não há a prestação de serviços. 3. Conheço deste agravo e o provejo, entendendo enquadrado o extraordinário no permissivo que lhe é próprio. Procedam à conversão prevista no Código de Processo Civil, distribuindo-se na forma regimental para, a seguir, ser colhido o parecer do Procurador-Geral da República no que a controvérsia fica, de início, afetada ao Pleno. 4. Publiquem. Brasília, 28 de abril de 2009. Ministro MARCO AURÉLIO Relator."

Dessarte, ratificado este entendimento pelo d. Plenário desta E. Corte de Justiça, conforme se enfatizou no bojo do v. acórdão de fls. 227/230, a procedência do pleito inaugural é medida imperiosa e fica agora determinada, com a inversão do ônus da sucumbência eleito em primeiro grau jurisdicional.

Por tais motivos, para os fins supra, dá-se provimento ao apelo da autora, reformando-se a v. sentença



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
15ª Câmara de Direito Público

recorrida.

SILVA RUSSO
RELATOR