

VOTO VISTA

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade, ajuizada pela Associação Nacional das Franquias Postais do Brasil (ANAFPOST), com pedido de medida cautelar, tendo como objeto o item 26 e os subitens 17.08 e 26.1 da Lista anexa à Lei Complementar nº 116/03.

“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; courier e congêneres.

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

Preliminarmente, sustenta ter legitimidade ativa e estar presente o requisito da pertinência temática.

No mérito, defende a requerente que as agências de Correios franqueadas desenvolvem atividade com o objetivo de auxiliar o serviço público postal, que seria exercido, em regime de monopólio e de forma exclusiva, pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT). Sustenta que a atividade desenvolvida por tais agências está regulamentada na Lei nº 8.955/94 e ressalta que o contrato de franquia pertinente não pode ser equiparado a contratos de prestação de serviços. Defende, em síntese, que, inexistindo prestação de serviço pelas agências de correios franqueada, não se pode admitir o ISS sobre as atividades por elas desenvolvidas.

A requerente, no decorrer da petição inicial, cita os arts. 5, XIII; XXXV; XXXVI; 8º; 37; 102, I, a; 103, IX; 156, III; 175 da Constituição Federal bem como os princípios da legalidade e da segurança jurídica.

O Presidente da Câmara dos Deputados informou que a matéria foi processada naquela casa dentro dos estrito trâmites constitucionais e regimentais.

Nas informações por si prestadas, o Presidente do Senado Federal requereu o não conhecimento da ação direta, por ser a ANAFPOST associação de associações e por ela representar parcela muito específica da categoria econômica das empresas de franquia. No mérito, requereu a improcedência do pedido.

O Advogado-Geral da União manifestou-se, preliminarmente, pelo não conhecimento da ação direta, ante o argumento de que a requerente não

representa categoria profissional ou econômica em sua integralidade, e, no mérito, pela improcedência do pedido, devendo ser declarada a constitucionalidade dos dispositivos questionados.

O parecer do Procurador-Geral da República foi pela procedência parcial da ação para que seja declarado inconstitucional o subitem 17.08 da lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116/03.

Na sessão virtual de 12/11/21 a 22/11/21, votou o Relator, Ministro **Roberto Barroso** pelo parcial conhecimento da ação e, na parte conhecida, pela improcedência do pedido formulado, declarando a constitucionalidade do item 17.08 da lista de serviços anexa à LC nº 116/03. Propôs a fixação da seguinte tese de julgamento: “É constitucional a cobrança do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) sobre a franquia postal”. Pediu vista o Ministro Alexandre de Moraes.

Em voto-vista, Sua Excelência votou pelo conhecimento da ação direta e, no mérito, pela parcial procedência do pedido para (i) declarar a constitucionalidade do item 17.08 da lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003 e (ii) para conferir interpretação conforme à Constituição ao item 26 e ao subitem 26.01 da lista de serviços anexo à Lei Complementar 116/2006 de modo a que, em relação às agências franqueadas dos correios, somente incida o ISSQN sobre os serviços de coleta, remessa ou entrega de correspondências, documentos, objetos, bens ou valores que não sejam considerados serviços postais. Pediu vista dos autos para melhor apreciar a controvérsia.

É o breve relato.

Desde logo, adianto que acompanho o Relator, Ministro **Roberto Barroso**

Inicialmente, tal como o fez o Relator, rejeito as preliminares suscitadas pelo Presidente do Senado Federal e pelo Advogado-Geral da União.

Está presente o requisito da pertinência temática. Com efeito, a requerente, a ANAFPOST, é entidade que representa os interesses das **franquias postais**, sendo certo que os dispositivos impugnados alcançam as agências de correios franqueadas. Nesse contexto, cumpre ainda realçar que o item 26 e o subitem 26.01 muito se relacionam com essas agências. Insta, ainda, recordar que a Corte não mais acolhe a tese de que associação de associações, por esse simples fato, não poderia ser parte legítima para ajuizar ação direta (ADI nº 3153/DF). De mais a mais, como registrou o Relator, está presente a representatividade adequada.

Ultrapassada a questão preliminar, passo a tratar do mérito.

Como registrei em outras ocasiões, a Corte, ao tangenciar a questão da materialidade do ISS, vem admitindo interpretação ampla do conceito de serviços de qualquer natureza.

Nessa toada, tem consignado que a dicotomia civilista clássica entre obrigações de dar e de fazer é insuficiente, em variados casos, mormente em razão das complexas relações existentes na sociedade hodierna (nas quais a obrigação de fazer se encontra misturada com obrigações de outra natureza), para se determinar se uma situação está abrangida pela materialidade do imposto municipal.

Em relação ao contrato de franquia, vale lembrar que o Tribunal, no julgamento do Tema nº 300, RE nº 603.136/RJ, Relator o Ministro **Gilmar Mendes**, DJe de 16/6/20, assentou a constitucionalidade do ISS sobre esse contrato, reconhecendo a higidez do subitem 17.08 da lista de serviços anexa à LC nº 116/03.

No julgamento do citado Tema nº 300, o Relator, Ministro Gilmar Mendes, em harmonia com essa compreensão, assentou que, de acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, o ISS incide sobre atividades que representem tanto obrigações de fazer quanto **obrigações mistas**, que também incluem uma obrigação de dar, assertiva com a qual concordo. No caso da tributação dos contratos de franquia empresarial, a controvérsia residia na natureza híbrida, na maneira de ser complexa desse contrato, já que ele previa uma série de relações jurídicas entre o franqueador e o franqueado. Da sua perspectiva, há, nesse tipo de vínculo, diferentes prestações, como “a cessão do uso de marca, a assistência técnica, direito de distribuição de produtos e serviços, etc”.

Cumprir destacar que, no caso concreto, **o ISS era cobrado em face do franqueador**, considerando-se os royalties que esse recebia em razão de contratos de franquia.

O julgado foi assim ementado:

“Recurso extraordinário com repercussão geral. Tema 300. 2. Tributário. Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza. 3. Incidência sobre contrato de franquia. Possibilidade. Natureza híbrida do contrato de franquia. Reafirmação de jurisprudência. 4. Recurso extraordinário improvido”.

Aplica-se, na presente ação direta, a mesma compreensão, de modo a se assentar a constitucionalidade do subitem 17.01 da lista de serviços anexa à LC nº 116/03.

Quanto à discussão em torno do item 26 e do subitem 26.01, verifica-se, como bem destacou o Relator, que a requerente defende a inconstitucionalidade desses dispositivos amparando-se na distinção entre serviço postal e atividades auxiliares a esse serviço, de modo que inexistira, nessas atividades, materialidade para fins de incidência do ISS. Sustenta a

requerente, com base nisso, que o serviço efetivamente existente seria prestado tão somente pela ECT, e não pelas agências de correios franqueadas.

Ocorre que as atividades auxiliares ao serviço postal, desenvolvidas pelas agências de correios franqueadas, estão definidas na legislação infraconstitucional. De acordo com o art. 2º, § 1º, do Decreto nº 6.639/08, na redação dada pelo Decreto nº 6.805/09, essas atividades seriam a “ **venda** de produtos e serviços disponibilizados pela ECT, incluindo a produção ou preparação de objeto de correspondência, valores e encomendas, que antecedem o recebimento desses postados pela ECT”. O parágrafo 2º do mesmo artigo ainda preceitua que não se confunde com as atividades auxiliares as atividades de “recebimento, expedição, transporte e entrega de objetos de correspondência, valores e encomendas, inerentes à prestação dos serviços postais”.

Como se nota, a contenda se cinge ao nível infraconstitucional, como pontuou o Relator, Ministro **Roberto Barroso** .

Em **obiter dictum** , ressalto que os serviços de coleta, remessa ou entrega de correspondências, documentos, objetos, bens ou valores prestados **pelas agências de correios franqueadas** enquadram-se naquela compreensão da Corte sobre o que são serviços de qualquer natureza para fins de incidência do ISS. Recorde-se de que o Tribunal, ao tangenciar a questão da materialidade do ISS, vem admitindo interpretação ampla do conceito de serviços de qualquer natureza. Não é preciso muito esforço para compreender que a prestação dos citados serviços pelas agências de correios franqueadas demanda esforço humano, que, a depender da situação, pode estar associado a uma obrigação de dar ou a outras obrigações que se relacionem com aqueles serviços.

De todo modo, o certo é que, como apontou o Relator, se as agências de correios franqueadas não realizarem serviços de coleta, remessa ou entrega de correspondências, documentos, objetos, bens ou valores, “não se configura o fato gerador da hipótese tributária e, portanto, o ISS não é devido”.

Por fim, ressalto que **não estão em debate na presente demanda (i) nem a eventual cobrança de ISS em face da ECT em razão dos serviços postais que presta ou, na qualidade de franqueadora, em razão dos contratos de franquia que firma com as franqueadas , (ii) nem o reconhecimento da imunidade tributária recíproca em prol da ECT a fim de se afastar a cobrança do ISS em face dessa empresa. Atente-se, ainda nesse contexto, que, no presente caso, a ANAFPOST não representa a ECT , mas tão**

somente os interesses das agências de correios franqueadas , e que a questão relativa à citada imunidade foi debatida no julgamento do RE nº 601.392/PR, Redator do acórdão o Ministro **Gilmar Mendes** , DJe de 5/6/13.

Ante o exposto, acompanhando o Relator, Ministro **Roberto Barroso** , conheço parcialmente da ação direta de inconstitucionalidade e, nessa parte, julgo improcedente o pedido, declarando a constitucionalidade do item 17.08 da lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116/03.

Proponho a fixação da seguinte tese de julgamento: “É constitucional a cobrança do ISS em face das agências de correios franqueadas, no que diz respeito às atividades relacionadas com a franquia postal por elas desenvolvidas”.

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 019/2013