



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.151.492 - SP (2009/0148628-0)

RELATOR : **MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**
AGRAVANTE : FORTUNA COMÉRCIO E FRANQUIAS LTDA
ADVOGADO : MAURÍCIO G. BORGES DA COSTA E OUTRO(S)
AGRAVADO : MUNICÍPIO DE SANTANA DO PARNAÍBA
PROCURADOR : SÍLVIA LANE CAVALCANTI PECCIOLI E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. ISSQN. FRANQUIA. FATO GERADOR POSTERIOR À VIGÊNCIA DA LC N. 116/03 (ITEM 17.08 DO ANEXO). INCIDÊNCIA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. CONCEITO PRESSUPOSTO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. Na vigência da Lei Complementar n. 56/87, tinha-se verdadeira hipótese de não-incidência, já que os contratos de franquia, por terem causa e conteúdo próprios (Lei n. 8.955/94), não se confundiam com os contratos de prestação de serviços (esses sim figurantes do rol trazido por aquele diploma normativo, que deu nova redação ao anexo do Decreto-lei n. 406/68).
2. Com a edição da Lei Complementar n. 116/03 - que entrou em vigor apenas em 1.1.2004 -, as franquias (franchising), de forma geral, foram expressamente incluídas na lista de serviços que tornam exigível o tributo (item 17.08 do anexo daquela lei complementar).
3. No caso concreto, o fato gerador ocorreu durante a vigência da Lei Complementar n. 116/03, sendo correta a posição adotada pelo Tribunal de origem no acórdão combatido que não afastou a incidência do ISS sobre serviço de franquia.
4. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de 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.
5. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Castro Meira e Herman Benjamin (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Humberto Martins.

Brasília (DF), 17 de fevereiro de 2011.

MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES , Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.151.492 - SP (2009/0148628-0)

RELATOR : **MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**
AGRAVANTE : FORTUNA COMÉRCIO E FRANQUIAS LTDA
ADVOGADO : MAURÍCIO G. BORGES DA COSTA E OUTRO(S)
AGRAVADO : MUNICÍPIO DE SANTANA DO PARNAÍBA
PROCURADOR : SÍLVIA LANE CAVALCANTI PECCIOLI E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator):

Cuida-se de agravo regimental interposto por Fortuna Comércio e Franquias Ltda contra decisão de minha lavra que foi assim ementada (fl. 452):

AÇÃO DECLARATÓRIA - ISS - Inexistência de relação jurídica tributária - Franquia - Não pode ser confundida com locação de serviços - Não há inconstitucionalidade no item 149 da Lista de Serviços anexa a Lei nº 2499/03 que inclui os serviços de franquias entre os tributáveis pelo ISS - Recurso não provido.

A agravante sustenta que "a simples inclusão da atividade de franquias (franchising) na lista anexa à Lei Complementar 116/2003 não lhe impinge o caráter de 'serviço tributável' por meio do ISS. Isto porque, além de constar da lista, é necessário que a atividade enquadra-se no respectivo conceito constitucional de serviço, de forma a preencher o critério material da regra-matriz de incidência tributária do imposto municipal" (fls. 487).

Nesses termos, requer a reconsideração da decisão agravada ou que o feito seja submetido ao crivo da egrégia Segunda Turma.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.151.492 - SP (2009/0148628-0)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. ISSQN. FRANQUIA. FATO GERADOR POSTERIOR À VIGÊNCIA DA LC N. 116/03 (ITEM 17.08 DO ANEXO). INCIDÊNCIA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. CONCEITO PRESSUPOSTO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. Na vigência da Lei Complementar n. 56/87, tinha-se verdadeira hipótese de não-incidência, já que os contratos de franquias, por terem causa e conteúdo próprios (Lei n. 8.955/94), não se confundiam com os contratos de prestação de serviços (esses sim figurantes do rol trazido por aquele diploma normativo, que deu nova redação ao anexo do Decreto-lei n. 406/68).
2. Com a edição da Lei Complementar n. 116/03 - que entrou em vigor apenas em 1.1.2004 -, as franquias (franchising), de forma geral, foram expressamente incluídas na lista de serviços que tornam exigível o tributo (item 17.08 do anexo daquela lei complementar).
3. No caso concreto, o fato gerador ocorreu durante a vigência da Lei Complementar n. 116/03, sendo correta a posição adotada pelo Tribunal de origem no acórdão combatido que não afastou a incidência do ISS sobre serviço de franquias.
4. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de 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.
5. Agravo regimental não provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator): O pleito não alcança êxito.

A situação tributária das franquias no que tange à exigência de ISSQN deve ser apreciada sob dois enfoques.

Na vigência da Lei Complementar n. 56/87, tinha-se verdadeira hipótese de não-incidência, já que os contratos de franquias, por terem causa e conteúdo próprios, não se confundiam com os contratos de prestação de serviços (esses sim figurantes do rol trazido por aquele diploma normativo, que deu nova redação ao anexo do Decreto-lei n. 406/68). Vejamos.

Na lista de Serviços anexa ao Decreto-Lei 406/68, com a redação dada pela Lei Complementar 56/87, encontrava-se elencada a seguinte atividade:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

48. Agenciamento, corretagem ou intermediação de contratos de franquia (franchise) e de faturação (factoring) (excetuam-se os serviços prestados por instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central)

Ora, de acordo com o referido item, a franquia não era listada como serviço pelo legislador, mas, sim, as atividades de corretagem, agenciamento e intermediação que a tivessem por objeto.

Porém, tal contexto foi modificado pela Lei Complementar 116/03, que revogou os artigos 8º, 10, 11 e 12, do Decreto-Lei 406/68, bem como a Lei Complementar 56/87, entre outros dispositivos legais.

Dispõem os Itens 10 (Subitem 10.04) e 17 (Subitem 17.08) da Lista de Serviços anexa à Lei Complementar 116/2003:

10 – Serviços de intermediação e congêneres.

(...)

10.04 – Agenciamento, corretagem ou intermediação de contratos de arrendamento mercantil (**leasing**), de franquia (**franchising**) e de faturização (**factoring**).

(...)

17 – Serviços de apoio técnico, administrativo, jurídico, contábil, comercial e congêneres.

(...)

17.08 – Franquia (**franchising**).

Com a edição da Lei Complementar n. 116/03 - que entrou em vigor apenas em 1.1.2004 -, as franquias (*franchising*) foram expressamente incluídas na lista de serviços que tornam exigível o tributo.

A questão levantada pela agravante de que a inclusão da franquia na lista de serviços anexa à Lei Complementar n. 116/03 é inconstitucional, - por não ter tal inclusão o condão de alterar o conceito da operação de franquia, que não constitui prestação de serviço, escapando da incidência do ISS - , não merece acolhida.

É que a jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que a discussão em torno do conceito de serviço para fins de incidência do ISS é de cunho eminentemente constitucional (art.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ISS. FRANQUIA (FRANCHISING). NATUREZA JURÍDICA HÍBRIDA (PLEXO INDISSOCIÁVEL 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 INFRACONSTITUCIONAL PARA INFIRMAR A PRÓPRIA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA CONSTITUCIONAL. INCOMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535, DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA.

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 dare, 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.
7. Deveras, o Código Tributário Nacional, como de sabença recepcionado como lei complementar, tratava dos Impostos sobre Serviços de Qualquer natureza, em seus artigos 71 a 73, revogados pelo Decreto-Lei nº 406/68, que estabeleceu normas gerais de Direito Financeiro, aplicáveis ao ICMS e ao ISS.
8. Consoante o aludido decreto-lei, constituía fato gerador do ISS a prestação, por empresa ou profissional autônomo, com ou sem estabelecimento fixo, de serviço constante da lista anexa ao diploma legal, ainda que sua prestação envolvesse o fornecimento de mercadoria.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

9. Na citada lista de Serviços, anexa ao Decreto-Lei 406/68, com a redação dada pela Lei Complementar 56, de 15 de dezembro de 1987, encontrava-se elencada a atividade de "Agenciamento, corretagem ou intermediação de contratos de franquia (franchise) e de faturação (factoring) (excetuam-se os serviços prestados por instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central);" (Item 48).

10. Destarte, a franquia não era listada como serviço pelo legislador complementar, mas, sim, as atividades de corretagem, agenciamento e intermediação que a tivessem por objeto, panorama que restou modificado pela Lei Complementar 116, de 31 de julho de 2003, que revogou os artigos 8º, 10, 11 e 12, do Decreto-Lei 406/68, bem como a Lei Complementar 56/87, entre outros dispositivos legais.

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 transmutar 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.

15. Deveras, a mesma competência foi exercida pela Corte Suprema na análise prejudicial dos conceitos de faturamento e administradores e autônomos para os fins de aferir hipóteses de incidência, mercê de a discussão travar-se em torno da legislação infraconstitucional que contemplava esses conceitos, reproduzindo os que constavam do texto maior.

16. Aliás não é por outra razão que o CPC dispõe no artigo 543 que: "Art. 543. Admitidos ambos os recursos, os autos serão remetidos ao Superior Tribunal de Justiça.

(...) § 2º Na hipótese de o relator do recurso especial considerar que o recurso extraordinário é prejudicial àquele, em decisão irrecorrível sobrestará o seu julgamento e remeterá os autos ao Supremo Tribunal Federal, para o julgamento do recurso extraordinário.

(...)" 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 cediça na Corte, não conhecer do recurso especial (Precedentes do STJ: REsp 912.036/RS, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 08.10.2007; AgRg no Ag 757416/SC, Relator Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJ de 03.08.2006; AgRg no Ag 748334/SP, Relatora Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJ de 30.06.2006; REsp 754545/RS, Rel. Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, DJ 13.03.2006; AgRg no REsp 778173/MG, Relator Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJ de 06.02.2006; e AgRg no REsp 658392/DF, Relator Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ de 21.03.2005).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

18. Outrossim, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 10, segundo a qual: "Viola a cláusula de reserva de plenário (cf, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte".

19. Ademais, o artigo 535, do CPC, resta incólume quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

20. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 953840/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/08/2009, DJe 14/09/2009)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ISS. ARRENDAMENTO MERCANTIL. LEASING. CONCEITO DE SERVIÇO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. TEMA DIVERSO DO ENSEJADOR DA SÚMULA 138 DO STJ. SOBRESTAMENTO. DISCRICIONARIEDADE DO RELATOR.

1. A recorrente demonstra mero inconformismo em seu agravo regimental que não se mostra capaz de alterar os fundamentos da decisão agravada.

2. A decisão recorrida encontra-se em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior, no sentido de que a discussão em torno do conceito de serviço para fins de incidência do ISS sobre operações de arrendamento mercantil (leasing) 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.

[...]

5. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 942.945/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/04/2009, DJe 15/05/2009)

Assim, como no caso concreto o fato gerador ocorreu durante a vigência da Lei Complementar n. 116/03, é correta a posição adotada pelo Tribunal de origem no acórdão combatido, que não afasta a incidência do ISS sobre serviço de franquia.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2009/0148628-0

AgRg no
REsp 1.151.492 / SP

Números Origem: 235142006 8317185 8317185000

PAUTA: 17/02/2011

JULGADO: 17/02/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MAURO CAMPBELL MARQUES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **MARIA CAETANA CINTRA SANTOS**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : FORTUNA COMÉRCIO E FRANQUIAS LTDA
ADVOGADO : MAURÍCIO G. BORGES DA COSTA E OUTRO(S)
RECORRIDO : MUNICÍPIO DE SANTANA DO PARNAÍBA
PROCURADOR : SÍLVIA LANE CAVALCANTI PECCIOLI E OUTRO(S)

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : FORTUNA COMÉRCIO E FRANQUIAS LTDA
ADVOGADO : MAURÍCIO G. BORGES DA COSTA E OUTRO(S)
AGRAVADO : MUNICÍPIO DE SANTANA DO PARNAÍBA
PROCURADOR : SÍLVIA LANE CAVALCANTI PECCIOLI E OUTRO(S)

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Castro Meira e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Humberto Martins.