V O T O

O Senhor Ministro Luís Roberto Barroso (Relator):

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada pela Associação Nacional das Franquias Postais do Brasil – ANAFPOST, em que pleiteia a declaração de inconstitucionalidade dos itens 17.08, 26 e 26.01 da lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003. Tais normas preveem a possibilidade de incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) sobre a atividade de "franquia" e os "serviços de coleta, remessa ou entrega de correspondências, documentos, objetos, bens ou valores, inclusive pelos correios e suas agências franqueadas, *courrier* e congêneres". Confira-se o teor da legislação impugnada:

> **Lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003**
>
> [...]
>
> 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; c *ourrier* e congêneres.

2. A requerente sustenta que, nas hipóteses em questão, não se configura a materialidade "serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar" (art. 156, III, da CF/1988) para justificar a instituição desse imposto municipal, pelo que as regras em comento são inconstitucionais.

I. Questão preliminar: legitimidade da requerente

3. Preliminarmente, passo a decidir acerca da legitimidade da requerente desta ação direta de inconstitucionalidade, a Associação Nacional das Franquias Postais do Brasil – ANAFPOST.

Plenário Virtual - minuta de voto - 12/11/2021 00:00

4. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de exigir, para a caracterização da legitimidade ativa em ações de controle concentrado das entidades de classe, a pertinência temática, ou seja, a correlação entre o pedido formulado na ação e os objetivos institucionais da entidade (ADI 5.837 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli; ADI 5.919 AgR, Rel. Min. Edson Fachin; ADI 5.589, Rel. Min. Alexandre de Moraes; ADI 5.023, Rel. Min. Rosa Weber; ADI 4.190, Rel. Min. Celso de Mello). A presente ação tem por objetivo discutir a validade da incidência do ISS sobre o contrato de franquia postal e sobre as atividades desempenhadas pelas entidades franqueadas da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT. Note-se haver plena conexão entre o pedido desta ação e os objetivos institucionais da ANAFPOST de defesa dos interesses dos seus associados, pessoas jurídicas "cuja atividade est[á] relacionada com o serviço de franquia postal". Atendida, portanto, a exigência de pertinência temática.

5. Quanto ao requisito da representatividade nacional, prevalece o entendimento nesta Corte de que a entidade de classe deve possuir associados em mais de nove Estados da Federação, em analogia à lei dos partidos políticos (ADI 3.617 AgR, Rel. Min. Cezar Peluso; ADI 912, Rel. Min. Néri da Silveira; ADI 386, Rel. Min. Sydney Sanches). A ANAFPOST está presente no Distrito Federal e em onze Estados da Federação: Rio de Janeiro, São Paulo, Minas Gerais, Pernambuco, Goiás, Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Alagoas, Paraíba, Maranhão e Paraná. Entendo, assim, estar configurada a sua representatividade nacional.

6. Por fim, embora o critério formal não seja irrelevante, o principal parâmetro para se aferir a legitimidade do autor da ação em controle concentrado de constitucionalidade deve ser a sua representatividade adequada e, nesse caso, ela está indiscutivelmente presente. Assim, rejeito a questão preliminar de ilegitimidade ativa da associação.

II. Mérito

1. ISS sobre o contrato de franquia postal

(item 17.08 da lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116/2003)

Plenário Virtual - minuto de voto - 12/11/2021 00:00

7. O item 17.08 da lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116 /2003 diz respeito à incidência do ISS sobre o contrato de franquia. Para o deslinde da controvérsia, é de se notar que se trata de contrato complexo, que envolve um feixe de obrigações do franqueador e do franqueado. Vale dizer, a franquia não abrange apenas a cessão do direito de uso de marca, mas também uma série de obrigações a serem prestadas por ambas as partes contratantes, tal como já previa a hoje revogada Lei de Franquia (Lei nº 8.955/1994) e que ainda estabelecem a atual Lei sobre o Sistema de Franquia Empresarial (Lei nº 13.966/2019) e a Lei de Franquias Postais (Lei nº 11.668/2008). Não por outra razão, esse contrato pode determinar que o franqueador efetue a publicidade do franqueado, forneça suporte técnico e realize o treinamento dos empregados do franqueado. Nesse sentido, a Lei nº 13.966/2019 prevê, inclusive, que esse treinamento não gera vínculo empregatício de tais empregados com o franqueador. Especificamente no tocante à franquia postal, o art. 4º, V e VIII, da Lei nº 11.668/2008, prescreve a obrigatoriedade de o franqueado prestar contas à ECT e a possibilidade de esta fiscalizar o franqueado. Por todos os lados pelos quais se analise tal contrato, verifica-se que ele envolve obrigações de *dar* e de *fazer* .

8. A incidência do ISS sobre o contrato de franquia (itens 10.04 e 17.08 da lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116/2003) não é tema novo neste Supremo Tribunal Federal. Por ocasião do julgamento do RE 603.136 (com repercussão geral, Tema 300), sob a relatoria do Min. Gilmar Mendes (j. em 29.05.2020), firmou-se o entendimento de que tal incidência é constitucional, sob o argumento de que:

> [n]ão condiz com a realidade atual das trocas comerciais pretender que a relação estabelecida em decorrência de um contrato de franquia – refiro-me, é claro, à relação interna entre franqueador e franqueado – resuma-se a uma simples cessão de direitos, sem qualquer forma de prestação de serviços, como pretendem fazer crer os que defendem a tese da não incidência de ISS. Isso simplesmente não é correto. O contrato de franquia inclui, sim, uma prestação de serviço passível de sofrer incidência do imposto municipal. Há, nesse liame contratual, inegável aplicação de esforço humano destinado a gerar utilidade em favor de outrem (o franqueado). O vínculo contratual, nesse caso, não se limita a uma mera obrigação de dar nem à mera obrigação de fazer. [...]
>
> Sendo assim, não vejo razão para afastar a incidência do ISS na espécie.

Plenário Virtual - minuta de voto - 12/11/2021 00:00

9. Esclareça-se que a aludida conclusão se ampara na compreensão de que o contrato de franquia, como visto, é um contrato misto, que abarca um feixe de obrigações de *dar* e de *fazer* . As relações jurídicas submetidas à incidência do imposto municipal em questão, ao mesmo tempo, podem possuir uma natureza complexa, sem que essa condição impeça a configuração da materialidade do imposto – "serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar" (art. 156, III, da CF/1988). Essa proposição, nas palavras do Relator do feito, Min. Gilmar Mendes, "não [implica] afirmar que tenha havido [...] uma superação [...] do entendimento de que o ISS incide apenas sobre obrigações de fazer, e não sobre obrigações de dar". Isto é, remanesce o entendimento de que "serviços" se associam a obrigações de *fazer* , como atividades humanas destinadas à produção de uma utilidade em favor de outrem.

10. Há que se examinar, nessa esteira, a natureza da relação jurídica em comento. No caso do contrato de franquia, é intrínseca a unidade contratual desse feixe de obrigações, sem que se possa propor um fracionamento entre as obrigações de *dar* e as de *fazer* , para fins de incidência do ISS. Isso porque "nenhuma das referidas prestações [de *dar* e de *fazer*], *per se* , seria suficiente para definir essa relação contratual. Separar umas das outras acabaria por desnaturar a relação contratual em questão, mudand[o] o sentido prático e o escopo". Por essa razão, fixou-se a seguinte tese: " *É constitucional a incidência de Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) sobre contratos de franquia (franchising) (itens 10.04 e 17.08 da lista de serviços prevista no Anexo da Lei Complementar 116/2003).*" .

11. À época do julgamento, acompanhei o Relator, Min. Gilmar Mendes. Mantidas as condições de fato e de direito, não vejo fundamento para divergir do entendimento prevalente sobre o tema. Assim, reitero a posição pela constitucionalidade da incidência do ISS sobre o contrato de franquia postal, por estar configurada a materialidade "serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar" (art. 156, III, da CF/1988).

2. ISS sobre os serviços de coleta, remessa ou entrega de correspondências (itens 26 e 26.01 da lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116/2003)

Plenário Virtual - minuta de voto - 12/11/2021 00:00

12. Os itens 26 e 26.01 da lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116/2003, por sua vez, versam sobre a incidência do ISS sobre os serviços de coleta, remessa ou entrega de correspondências. Na visão da requerente, a norma em questão padece de inconstitucionalidade, uma vez que o serviço postal é monopólio exclusivo da União, representada pela ECT. As agências franqueadas exercem apenas atividades auxiliares necessárias à venda dos serviços postais, e não à própria prestação deles. Isto é, não realizam "serviços de coleta, remessa ou entrega de correspondências".

13. Nesse sentido, os arts. 1º, § 1º, e 2º, da Lei nº 11.668/2008 dispõem que compete à ECT realizar "a recepção dos postados das franqueadas, sua distribuição e entrega aos destinatários finais", ao passo que à entidade fraqueada cabe efetuar "atividades auxiliares relativas ao serviço postal". O art. 2º, § 1º, do Decreto nº 6.639/2008, define essas atividades auxiliares como sendo "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 art. 2º, § 2º, do mesmo diploma infralegal, ainda esclarece que "as atividades de recebimento, expedição, transporte e entrega de objetos de correspondência, valores e encomendas [...] não se confundem com as atividades auxiliares relativas ao serviço postal, não podendo ser objeto do contrato de franquia".

14. Note-se que a alegação da requerente, em verdade, não se ampara na inconstitucionalidade dos itens 26 e 26.01 da lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116/2003. Se incompatibilidade existir, estar-se-á diante de conflito entre os dispositivos infraconstitucionais mencionados, havendo somente eventual inconstitucionalidade reflexa. Saliente-se, de qualquer modo, que, se as entidades franqueadas não realizam os serviços de coleta, remessa ou entrega de correspondências, não se configura o fato gerador da hipótese tributária e, portanto, o ISS não é devido. Assim sendo, não conheço desta ação, no tocante aos itens 26 e 26.01 da lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116/2003, uma vez que, se inconstitucionalidade existir, esta será meramente reflexa.

III. Conclusão

15. Por todo o exposto, conheço parcialmente desta ação direta de inconstitucionalidade e, nessa parte, julgo improcedente o pedido, para

Plenário Virtual - minuta de voto - 12/11/2021 00:00

declarar a constitucionalidade do item 17.08 da lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003.

16. Proponho, por fim, a fixação da seguinte tese de julgamento: " *É constitucional a cobrança do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) sobre a franquia postal."* .

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 12/11/2021 00:00