Superior Tribunal de Justiça
DIÁRIO DA JUSTIÇA ELETRÔNICO
Edição nº 2649 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 11 de Abril de 2019 Publicação: Sexta-feira, 12 de Abril de 2019

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.776.543 - SP (2018/0284806-1)

RELATOR	**:**	**MINISTRO FRANCISCO FALCÃO**
AGRAVANTE	:	MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
PROCURADOR	:	MARCOS BRANDÃO WHITAKER E OUTRO(S) - SP086999
AGRAVADO	:	PQM BRASIL FRANCHISING LTDA
ADVOGADOS	:	RODOLFO CORREIA CARNEIRO E OUTRO(S) - SP170823
		THALES MARANESI DO NASCIMENTO - SP330880
		KATHARINE GRIMZA DA SILVA - SP377065

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. ISS. CONTRATOS DE FRANQUI. ACÓRDÃO COM FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL. NÃO INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRECLUSÃO DA MATÉRIA CONSTITUCIONAL.

I - Na origem trata-se de ação ordinária em que se pretende a declaração de inexigibilidade de ISS sobre contratos de franquia. Na sentença julgou-se procedente o pedido. No acórdão a sentença foi mantida.

II - Verifica-se que a controvérsia foi dirimida com base em fundamentos de índole constitucional e infraconstitucional, ambos suficientes para manter o julgado, conforme se pode constatar dos seguintes excertos extraídos do aresto objurgado, *ipsis litteris*: "De um lado, tanto a lista anexa à LC 116/2003 quanto a legislação municipal trazem em seu rol a atividade de franquia como tributável pelo ISS. Por outro, a atividade de franquia envolve, em caráter principal, a transferência de know how, tecnologia, marca e operacionalização, podendo ou não envolver a prestação de serviços, que se torna mera coadjuvante nas atividades de franquia. Em razão disso, o Órgão Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça, instado a se manifestar sobre a constitucionalidade do item 17.08 da lista de atividades da Lei Complementar nº 116/03 e item 17.07 da Lei municipal paulistana, decidiu pela sua inconstitucionalidade, em acórdão assim ementado: Incidente de Inconstitucionalidade. ISS. Franquia. Item 17.08 da lista de atividades sob hipótese de incidência, da Lei Complementar n° 116/03. Item 17.07, da Lei n° 13.071/03, do Município de São Paulo. Arguição formulada pela 15ª Câmara de Direito Público. Natureza jurídica híbrida e complexa do contrato de franquia, que não envolve, na essência, pura obrigação de fazer, mas variadas relações jurídicas entre franqueador e franqueado, afastando-se do conceito constitucional de serviços. Extrapolação, pelo Município, do

âmbito de abrangência de sua competência material tributária. Procedência. Inconstitucionalidade declarada".

III - Todavia, considerando que não foi interposto recurso extraordinário contra o julgado vergastado, verificou-se o trânsito em julgado do fundamento constitucional, o que faz com que na hipótese incida o enunciado n. 126 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, inviabilizando a análise do recurso especial. Nesse sentido, transcrevo os seguintes julgados desta Corte de Justiça, *in verbis*: AgInt no REsp n. 1.636.295/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 27/4/2017, DJe 4/5/2017; AgInt no AREsp n. 952.691/SC, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 20/4/2017, DJe 3/5/2017.)

IV - Agravo interno improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília (DF), 09 de abril de 2019(Data do Julgamento)

MINISTRO FRANCISCO FALCÃO
Relator