AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.502.599 - SP (2019/0142432-2)

RELATORA	**:**	**MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**
AGRAVANTE	:	MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
PROCURADORES	:	LUÍS FERNANDO DE SOUZA PASTANA - SP246323
		CARLA CRISTINA AUDE GUIMARAES - SP312496
AGRAVADO	:	PALS EMPREENDIMENTOS POSTAIS LTDA - EPP
ADVOGADOS	:	LUIZ CARLOS OLIVAN - SP035198
		HENRIQUE PETRILLI OLIVAN - SP278937

DECISÃO

Trata-se de Agravo em Recurso Especial, interposto pelo MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que inadmitiu o Recurso Especial, manejado em face de acórdão assim ementado:

> "ISSQN Município de São Paulo Ação declaratória de inexigibilidade de crédito tributário c.c. repetição de indébito relativa a serviços prestados por empresa franqueada dos Correios Subsistência do interesse da autora - Atividade da mesma não enquadrada no item da lista de serviços que motivou as autuações - Recursos da autora provido, prejudicado o apelo voluntário da Municipalidade.
> ISSQN Município de São Paulo - Repetição de indébito Descabimento, in casu, da restituição dos valores pagos Assunção do encargo não comprovada pela autora - Aplicação do art. 166 do CTN - Recurso oficial provido." (fl. 797e).

O acórdão em questão foi objeto de Embargos de Declaração (fls. 819/821e) , que restaram rejeitados.

Nas razões do Recurso Especial, interposto com base no art. 105, III, **a,** da Constituição Federal, a parte ora agravante aponta violação **ao item 26.01 da Lei Complementar 116/2003,** sustentando que

> "Trata-se de impugnação aos lançamentos do ISS incidentes sobre os serviços prestados pela empresa recorrida, por atividades, a julgar pelo conteúdo de sua inicial, intituladas de "franquia".
> Contudo, importante frisar que por tais serviços, executados em decorrência do contrato de franquia postal, a tributação não se dá sobre serviços de "franquia", previstos no item 17.08 da Lista de Serviços anexa à Lei Complementar n° 116/03, muito embora nos contratos celebrados entre a ECT e diversas agências franqueadas seja utilizada a expressão "franquia".

A denominação dada pelas partes aos contratos que celebram e às atividades que executam não altera a relação entre as prestadoras de serviços e o Fisco, porquanto o que caracteriza a incidência do tributo é a natureza do serviço prestado. No caso dos autos, é até intuitivo, mesmo sem que se examine o contrato de franquia, que a coleta das correspondências e assemelhados,é realizada pela franqueada, que as encaminha à ECT, que cuidará da entrega ao destinatário final.

E a autora, considerada a amplitude de seu objeto social e do contrato celebrado com a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, presta serviços previstos na lei Complementar n° 116/03 e na Lei Municipal n° 13.701/03, entre os quais a intermediação e os serviços do item 26.01 da Lei Complementar n° 116/03 e da Lei Municipal n° 13.701, de 24/12/03, a saber:

(...)

Portanto, no que diz respeito às correspondências e assemelhados, a recorrida exerce, sim. as atividades descritas no item 26 01 da Lista de Serviços implementada pela Lei Complementar n° 116/03, estando sujeita à incidência do ISS. Ou seja. atividades decorrentes de um contrato de franquia, mas não a franquia em si. posto que a se tributar o instituto, o sujeito passivo será o franqueador, quem a presta, no caso. a EBCT Fica bem demonstrado que a Municipalidade, de forma correta e com suporte na Lei Complementar n° 116/03 e na Lei Municipal n° 13.71/03, tributa serviços de coleta, remessa ou entrega de correspondências, documentos, objetos, bens ou valores, inclusive pelos correios e suas agências franqueadas: courrier e congêneres.

Diga-se ainda, que Constituição Federal de 1988, ao dispor sobre os impostos dos Municípios, cm seu art 156, III. reserv ou a esses entes federados a competência para instituir e arrecadar o imposto sobre serviços (ISS):

(...)

Em estrita conformidade com este comando ê que o legislador ordinário promulgou a Lei Complementar n° 116/03, cujo artigo 1º assim estatuiu:

(...)

E dentre os serviços enumerados na lista anexa de referida Lei Complementar verifica-se constar:

(...)

Assim, do ponto de vista normativo, resta claro que o legislador infraconstitucional classificou a atividade da recorrida como espécie de serviço sujeita à incidência do ISS.

E não poderia mesmo adotar solução diferente, visto que, a despeito de

> todas as peculiaridades de que se revestem as atividades das empresas franqueadas dos correios, seu núcleo corresponde a uma típica obrigação de fazer prestada em favor dos correios. Veja-se, a propósito, a lição do mestre HELY LOPES MEIRELLES:
>
> (...)
>
> Assim, o conceito de serviços de qualquer natureza transcende os limites da mera prestação de serviços, como tal entendida e caracterizada pelo Direito Civil alcançando, assim, toda e qualquer atividade humana, com objetivo econômico, ensejadora da circulação de bens imateriais, abrangendo, ainda, toda operação que não constitua venda de um bem material.
>
> Portanto, não há como negar a constitucionalidade da exigência do ISS sobre as atividades desenvolvidas pela recorrida, que se subsumem àquelas previstas no item 26.01 da lista de serviços da Lei Complementar n° 116/03.
>
> Além disso, a constitucionalidade do item 26.01 foi reconhecida pelo C. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no incidente de inconstitucionalidade n° 990.010.287125-85. Merecem destaque os seguintes trechos do v. acórdão:
>
> (...)
>
> Portanto, não há como negar que as atividades desenvolvidas pela recorrida subsumem-se àquelas previstas no item 26.01 da lista de serviços da Lei Complementar n° 116/03 e da Lei Municipal n° 13.701/03. Por tais razões, deve o v. acórdão ser parcialmente reformado, a fim de se reconhecer ofensa ao item 26.01 da Lei Complementar 116/03, julgando-se a demanda inteiramente improcedente." (fls. 811/815e).

Por fim, requer o provimento do recurso (fl. 815e). Contrarrazões a fls. 825/828e. Inadmitido o Recurso Especial (fl. 829e), foi interposto o presente Agravo (fls. 832/839e). Contraminuta a fls. 843/846e.

Ultrapassados os requisitos de admissibilidade do Agravo, passo à análise do próprio Recurso Especial que, contudo, não merece acolhimento.

Na origem, trata-se de Ação declaratória de inexigibilididade de crédito tributário c/c repetição de indébito, ajuizada pela parte ora recorrida, com o objetivo de reconhecer a inexigibilidade de crédito sobre serviços postais que presta à ordem da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, com a repetição dos valores indevidamente recolhidos a este título, inclusas nas guias de recolhimento da Receita Federal, por adesão ao simples nacional.

Julgada procedente em parte a demanda, recorreram o autor e o réu, tendo sido o recurso da autora provido e considerado prejudicado o apelo voluntário da

Municipalidade.

Daí a interposição do presente Recurso Especial.

Com efeito, a Corte de origem, à luz das provas dos autos, concluiu que a atividade desenvolvida pela empresa ora recorrida não se enquadra no item da lista de serviços que motivou as autuações, nos seguintes termos:

> "Verdade que essa apelante foi favorecida com nada menos que dois pronunciamentos jurisdicionais reconhecendo, inclusive em grau de recurso, a sua não sujeição ao ISSQN, um oriundo de ação declaratória, relativa à incidência do imposto anteriormente à vigência da LC nº 116/2003, e outro de mandado de segurança impetrado quando já em vigor aquele texto, tendo ocorrido o trânsito em julgado do decidido em ambas essas demandas.
>
> Ocorre que as autuações agora impugnadas (nºs 66.216.435; 66.216.443; 66.216.451 e 66.216.460), lavradas em 2011, e que motivaram o ajuizamento da ação que ora se examina, referem-se ao serviço previsto no item 17.11 da lista do art. 1º da Lei Municipal nº 13.701/2003, de São Paulo, a saber, "Administração em geral, inclusive de bens e negócios de terceiros", e não propriamente a serviços prestados na condição da postulante de franqueada dos Correios, sendo, por isso, no mínimo discutível que o decidido no âmbito do mencionado mandado de segurança tenha feito coisa julgada em relação à atividade que ensejou a lavratura daqueles AII, em razão do que impõe-se considerar presente o interesse da autora no que tange ao pedido do item 5, letra c da inicial.
>
> Feitas essas colocações, cabe a seguir o exame do mérito desse pedido, nos termos do § 3º do art. 515 do CPC/73, uma vez que para tanto se mostram suficientes os elementos já constantes dos autos, e encerrando a controvérsia, no mais, matéria de direito.
>
> Visto acima que as autuações deveram-se ao não recolhimento do ISS por serviços de "Administração em geral, inclusive de bens e negócios de terceiros", é de rigor conferir-se razão à autora, pois que o que a Municipalidade- requerida pretende tributar não é franquia, ou mesmo os serviços que a executada presta na condição de franqueada dos Correios contida no item 26.01 da lista de serviços anexa a Lei Complementar nº 116/2003. Para nada se presta, a propósito, a discussão em torno da não incidência do ISS sobre franquia, convindo acrescentar que, se exação houvesse em razão de franquia, oneraria o franqueador, e não o franqueado.
>
> A atividade da executada é de distribuir em nome próprio os serviços prestados originalmente pela EBCT, mediante a cobrança de tarifas e

> repassando ao franqueador a remuneração ajustada pelo uso da marca. Em vista disso, data venia, conquanto possa agir, de uma certa forma, na condição de representante da EBCT, por certo não se dedica, no desempenho de suas atividades, à administração de bens de terceiros.
> Impõe-se, portanto, acolher o reclamo da autora voltada à incidência do ISSQN por serviços previstos no item 17.11 da Lei Municipal nº 13.701/2003, de São Paulo, em consequência do que resta prejudicado o exame do apelo voluntário da Municipalidade. " (fl. 800/802e).

Neste contexto, considerando a fundamentação adotada na origem, o acórdão recorrido somente poderia ser modificado mediante o reexame dos aspectos concretos da causa, o que é vedado, no âmbito do Recurso Especial, pela Súmula 7 desta Corte.

Nesse sentido, veja-se:

> "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ISS. ART. 535, II, DO CPC/1973. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. ISS. **LISTA ANEXA. ENQUADRAMENTO. NECESSIDADE DE ANÁLISE DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.**
> 1. Inexiste contrariedade ao art. 535, II, do CPC/1973 quando o Tribunal de origem decide fundamentadamente todas as questões postas ao seu exame. Ademais, não se deve confundir decisão contrária aos interesses da parte com ausência de prestação jurisdicional.
> **2. O Tribunal de origem, soberano na análise das provas, afirmou que a sociedade empresária, recorrente, exerce atividade sujeita à incidência do ISS.**
> **3. Para afastar o entendimento a que chegou a Corte a quo, de modo a albergar as peculiaridades do caso e verificar se as atividades não se enquadram no item 50 da Lei Complementar n. 57/1986, como sustentado neste apelo, é necessário o revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, o que se mostra inviável em recurso especial por óbice da Súmula 7/STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial". Precedente: AgRg no REsp 1.464.576/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 9/11/2015.**
> 4. Não é possível o conhecimento do especial interposto por divergência jurisprudencial na hipótese em que o dissídio é apoiado em fatos e não na interpretação de lei federal, uma vez que o óbice da Súmula 7/STJ também se aplica aos recursos especiais manejados pela

alínea "c" do permissivo constitucional. Precedente: AgInt no REsp 1.650.870/RO, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 27/9/2017.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido.

(REsp 1141142/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe 13/12/2017)

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ISSQN.**VERIFICAÇÃO DO CORRETO ENQUADRAMENTO DA ATIVIDADE DESEMPENHADA, PELA AGRAVADA, NA LISTA DE SERVIÇOS ANEXA À LEI COMPLEMENTAR 116/2003. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.** AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I. **No caso concreto, o Tribunal de origem, diante do contexto fático-probatório dos autos, negou provimento à Apelação do Município ora agravante, mantendo a sentença que havia reconhecido, em sede de Mandado de Segurança, a não incidência de ISSQN sobre os serviços desenvolvidos pela empresa terceirizada ora agravada, em face da impossibilidade de seu enquadramento no item 7 da Lista Anexa à Lei Complementar 116/2003.**

II. Nesse contexto, os argumentos utilizados pela parte recorrente somente poderiam ter sua procedência verificada mediante o necessário reexame de matéria fática, o que atrai a incidência da Súmula 7 do STJ. Precedentes: STJ, AgInt no AREsp 892.262/RS, Rel.

Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 24/08/2016;AgRg no AREsp 813.378/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 14/12/2015; AgRg no AREsp 684.537/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/05/2015; AgRg no AREsp 586.402/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 30/06/2015.

III. Agravo interno improvido.

(AgInt no AREsp 984.192/RS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, DJe 29/11/2016)"

Em face do exposto, com fundamento no art. 253, II, **a**, do RISTJ, conheço do Agravo para não conhecer do Recurso Especial.

I.

Brasília (DF), 14 de junho de 2019.

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
Relatora