

EMENTA: AÇÃO DIRETA. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS. LEI COMPLEMENTAR 116/2003. LISTA DE SERVIÇOS. SERVIÇO DO CONTRATO DE FRANQUIA POSTAL. ATIVIDADES AUXILIARES AO SERVIÇO POSTAL. OBSCURIDADE. NÃO INCIDÊNCIA SOBRE SERVIÇOS POSTAIS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS COM EFEITOS MODIFICATIVOS.

1. A jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL consolidou-se no sentido de que amicus curiae não possui legitimidade para interpor recursos em sede de controle abstrato de constitucionalidade. Precedentes.

2. O item 26 e subitem 26.01 da lista de serviço da Lei Complementar 116/2003, ao estabelecerem que incide o imposto sobre o serviço de coleta, remessa ou entrega de correspondências, documentos, objetos, bens ou valores pelas agências franqueadas, devem estar restritos àquele âmbito de serviços que não sejam considerados como serviço postal, por estar sujeito ao privilégio da União. O ISSQN somente sobre os serviços considerados como atividades auxiliares aos serviços postais.

3. Não conhecidos os Embargos Declaratórios opostos pela ABRAPOST/NACIONAL. Embargos Declaratórios da ANAFPOST conhecidos para, com efeitos modificativos, sanar obscuridade constante do acórdão embargado e explicitar que a incidência do ISSQN com fundamento no item 26 e no subitem 26.01 da lista de serviços anexo à Lei Complementar 116/2006, em relação às agências franqueadas dos correios, somente ocorra sobre os serviços de coleta, remessa ou entrega de correspondências, documentos, objetos, bens ou valores que não sejam considerados serviços postais.

VOTO – VISTA

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES: Em complemento ao relatório lançado pelo Ministro FLÁVIO DINO, anoto que o caso trata de Embargos Declaratórios opostos pela Associação Brasileira de Franquias Postais, ABRAPOST/NACIONAL (eDoc. 87, Petição 123438/2023) e pela Associação Nacional das Franquias Postais do Brasil, ANAFPOST (eDoc. 89, Petição 123949/2023), em face de acórdão proferido pelo Plenário da CORTE (eDoc. 86) no julgamento de Ação Direta que questionava os itens

17.08, 26 e 26.01 da lista de serviços anexa à Lei Complementar 116/2006, alusivos à incidência do ISSQN sobre serviços de franquia postal.

No julgamento embargado, a CORTE, por maioria, entendeu que o contrato de franquia caracteriza contrato misto, conjugando obrigação de dar e de fazer., sem possibilidade de fracionamento, concluindo pela constitucionalidade da incidência do ISSQN sobre o serviço de franquia, firmada a seguinte tese de julgamento: “*É constitucional a cobrança do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) sobre a franquia postal*” .

As Embargantes alegam, essencialmente, obscuridade na decisão embargada, ao entendimento de que a tese fixada por esta Corte deve ser complementada, de modo a consignar que, “*para que incida o ISS sobre a atividade auxiliar de franquia postal, necessário que a base de cálculo do serviço que se pretende tributar não guarde relação alguma com a atividade auxiliar de franquia postal realizada junto a ECT – Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, por força do contrato administrativo de franquia postal licitado, cuja exclusividade é irrefutável*”.

Iniciado o julgamento em ambiente virtual, o Ministro Relator proferiu voto em que (a) não conhece dos Embargos Declaratórios opostos pela ABRAPOST/NACIONAL; e (b) rejeita os Embargos opostos pela ANAFPOST.

Pedi vista do caso, para melhor exame da matéria.

É o relato do essencial.

De início, indico que ACOMPANHO o Ministro Relator no tocante ao NÃO CONHECIMENTO dos Embargos opostos por entidade na qualidade de *amicus curiae* (ABRAPOST/NACIONAL, eDoc. 87, Pet. 123438/2023), em conformidade com o entendimento da CORTE sobre legitimidade recursal de *amicus curiae* nessa hipótese. Nesse sentido: ADPF 588 ED, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 21/2/2022; ADI 5563-ED, Rel. Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 26/9-2022; ADI 6317-ED, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 5/6/2023; entre outros.

Quanto à matéria embargada pela ANAFPOST, no entanto, peço vênia ao Ministro Relator para DIVERGIR, por constatar que o ponto suscitado constitui vício no julgamento embargado, a ser sanado na presente via processual.

Conforme afirmei nesse julgamento, os contratos de franquia não se restringem à cessão de uso das marcas e patentes, pois envolvem a prestação de diversos serviços de organização empresarial, que deverão

estar previamente estabelecidos. Nesse sentido, entendi aplicáveis ao caso os precedentes da CORTE firmados no RE 651703 (Rel. Min. LUIZ FUX, Tema 581 da Repercussão Geral), onde adotada uma interpretação ampliativa do termo *serviço* – “*oferecimento de uma utilidade para outrem, a partir de um conjunto de atividades materiais ou imateriais, prestadas com habitualidade e intuito de lucro, podendo estar conjugada ou não com a entrega de bens ao tomador*” – e no RE 603.136 (Tema 300 da Repercussão Geral), que tratou especificamente da incidência do ISSQN sobre a relação de contrato de franquia. Nesse julgamento, acompanhei o Relator Min. GILMAR MENDES, sendo definida 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)*”.

Anotei ainda que, em relação ao serviço postal, o cerne da controvérsia em debate seria a constitucionalidade de norma que define determinados serviços como fato gerador do ISSQN, especificamente, os serviços de coleta, remessa ou entrega de correspondências, documentos, objetos, bens ou valores prestados por agência franqueada dos correios podem tributados.

A atividade postal foi atribuída à empresa pública Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, competindo-lhe, nos termos do seu respectivo art. 2º, inciso I, “*executar e controlar, em regime de monopólio, os serviços postais em todo o território nacional*” (art. 2º, I, Decreto-lei 509/1969). A Lei 6.538/1978 dispõe sobre os serviços postais e o seu art. 7º da Lei 6.538/1978 os especifica como o “*recebimento, expedição, transporte e entrega de objetos de correspondência, valores e encomendas*”.

A Lei 11.668/2008 autoriza que a ECT utilize-se do contrato de franquia para o desempenho de determinadas atividades, as quais, na forma do art. 1º, §1º da citada Lei, estão adstritas a “*atividades auxiliares relativas ao serviço postal*”.

Essas atividades “*auxiliares*” não podem ser confundidas com aquelas que constituem a atividade postal propriamente dita. O art. 2, §1º do Decreto 6.639/2008 regulamenta o exercício da atividade de franquia postal e define as atividades tidas como “*auxiliares*”, com a seguinte redação:

Art. 2º A implantação e a manutenção da atividade de franquia postal será realizada, exclusivamente, pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, sob a

supervisão do Ministério das Comunicações, na forma da Lei nº 6.538, de 22 de junho de 1978, e deste Decreto, no desempenho de atividades auxiliares relativas ao serviço postal, consoante o disposto no §1º do art. 1º da Lei nº 11.668, de 2 de maio de 2008.

§ 1º As atividades auxiliares relativas ao serviço postal consistem na 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, para posterior distribuição e entrega aos destinatários finais.

§ 2º As atividades de recebimento, expedição, transporte e entrega de objetos de correspondência, valores e encomendas, inerentes à prestação dos serviços postais, não se confundem com as atividades auxiliares relativas ao serviço postal, não podendo ser objeto do contrato de franquia.

O item 26 e subitem 26.01 da lista de serviço da Lei Complementar 116/2003, ao estabelecerem que incide o imposto sobre o serviço de coleta, remessa ou entrega de correspondências, documentos, objetos, bens ou valores pelas agências franqueadas, devem estar restritos àquele âmbito de serviços que não sejam considerados como “serviço postal”, por estar sujeito ao privilégio da União.

Considerando a conclusão do julgamento embargado, no sentido de que a incidência do tributo em questão seria constitucional, convém atentar para o aspecto acima anotado, que constitui o ponto suscitado pela Embargante, qual seja: serviços propriamente postais não são desempenhados pelas agências franqueadas, de modo que a base de cálculo para a incidência do ISSQN deve estar limitada a serviços que não sejam considerados serviços postais.

Diferentemente do alinhavado pelo eminente Ministro Relator, entendo que a explicitação desse ponto não importa em ampliação do objeto impugnado, mas de delimitação da própria tese fixada no julgamento embargado, que trata de incidência do ISSQN sobre serviços de franquia postal com fundamento nos itens 26 e 26.01 do anexo da Lei Complementar 116/2003.

Por todo o exposto, DIVIJO PARCIALMENTE do eminente Ministro

Relator, para, ACOLHENDO OS EMBARGOS DECLARATÓRIOS opostos pela ANAFPOST, COM EFEITOS MODIFICATIVOS, para sanar obscuridade constante do acórdão embargado e explicitar que a incidência do ISSQN com fundamento no item 26 e no subitem 26.01 da lista de serviços anexo à Lei Complementar 116/2006, em relação às agências franqueadas dos correios, somente ocorra sobre os serviços de coleta, remessa ou entrega de correspondências, documentos, objetos, bens ou valores que não sejam considerados serviços postais.

É o voto.