

FRANCHISING, ISS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PELO FRANQUEADOR NA VISÃO DO STF

AUTOR: DANNY FABRÍCIO CABRAL GOMES

NOTAS DE RODAPÉ

1. **RE 603136. ED-Segundos.** Órgão julgador: **Tribunal Pleno.** Relator(a): **Min. GILMAR MENDES.** Julgamento: **30/08/2021.** Publicação: **27/09/2021.** **Ementa:** Segundos embargos de declaração em recurso extraordinário. Tributário. Processo-paradigma do tema 300 da sistemática da repercussão geral. 2. Impos- to Sobre Serviços de Qualquer Natureza. 3. Incidência sobre contrato de franquia. Possibilidade. Natureza híbrida do contrato de franquia. Reafirmação de jurisprudência. 3. Embargos manifestamente protelatórios, nos quais se busca rediscutir matéria já decidida. 4. Embargos de declaração rejeitados.”

2. **RE 603136 / RJ - RIO DE JANEIRO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO.** Relator(a): **Min. GILMAR MENDES.** Julgamento: **29/05/2020.** Publicação: **16/06/2020.** **Órgão julgador: Tribunal Pleno.**

Ementa

Recurso extraordinário com repercussão geral. Tema 300. 2. Tributário. Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza. 3. Incidência sobre contrato de franquia. Possibilidade. Natureza híbrida do contrato de franquia. Reafirmação de jurisprudência. 4. Recurso extraordinário improvido.

Decisão

O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 300 da repercussão geral, negou provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello. Foi fixada 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)”.

3. “Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre: [...]

III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no artigo 155, II, definidos em lei complementar.”

4. “29/06/2020 PLENÁRIO **RECURSO EXTRAORDINÁRIO 784.439 DISTRITO FEDERAL RELATORA: MIN. ROSA WEBER.**

EMENTA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA - ISS. ART. 156, III, DA CARTA POLÍTICA. OPÇÃO CONSTITUCIONAL PELA LIMITAÇÃO DA CAPACIDADE TRIBUTÁRIA DOS MUNICÍPIOS POR MEIO DA ATRIBUIÇÃO À LEI COMPLEMENTAR DA FUNÇÃO DE DEFINIR OS SERVIÇOS TRIBUTÁVEIS PELO ISS. LISTAS DE SERVIÇOS ANEXAS AO DECRETO-LEI 406/1968 E LEI COMPLEMENTAR 116/2003. CARÁTER TAXATIVO COMPATÍVEL COM A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

[...]

6. Os precedentes judiciais formados por este Supremo Tribunal definiram interpretação jurídica no sentido do caráter taxativo das listas de serviços. Nesse sentido: RE 361.829, Rel. Ministro Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ de 24.2.2006; RE 464.844 AgR, Rel. Ministro Eros Grau, Segunda Turma, DJ de 09.5.2008; RE 450.342 AgR, Rel. Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJ 03.8.2007. 7. As listas de serviços preveem ser irrelevante a nomenclatura dada ao serviço e trazem expressões para permitir a interpretação extensiva de alguns de seus itens, notadamente se socorrendo da fórmula “e congêneres”. Não existe obstáculo constitucional contra esta sistemática legislativa. Excessos interpretativos que venham a ocorrer serão dirimíveis pelo Poder Judiciário. 8. Embora a lei complementar não tenha plena liberdade de qualificar como serviços tudo aquilo que queira, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não exige que ela inclua apenas aquelas atividades que o Direito Privado qualificaria como tais. Precedentes nesse sentido julgados em regime de repercussão geral, a saber: RE 592.905, Rel. Ministro Eros Grau, e RE 651.703, Rel. Ministro Luiz Fux, em que examinadas as incidências do ISS, respectivamente, sobre as operações de arrendamento mercantil e sobre aquelas das empresas de planos privados de assistência à saúde.

[...]

11. Tese de repercussão geral: “É taxativa a lista de serviços sujeitos ao ISS a que se refere o art. 156, III, da Constituição Federal, admitindo-se, contudo, a incidência do tributo sobre as atividades inerentes aos serviços elencados em lei em razão da interpretação extensiva.”

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por maioria, apreciando o Tema nº 296 da repercussão geral, em não conhecer do recurso extraordinário interposto contra o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça e, sucessivamente, conhecer parcialmente daquele oferecido contra o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, mas negar-lhe provimento, fixando a seguinte tese: “É taxativa a lista de serviços sujeitos ao ISS a que se refere o art. 156, III, da Constituição Federal, admitindo-se, contudo, a incidência do tributo sobre as atividades inerentes aos serviços elencados em lei em razão da interpretação extensiva”, vencidos os Ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello e Marco Aurélio, que acompanhavam a Relatora, mas divergiam quanto à fixação da tese, e o Ministro Marco Aurélio, que dava provimento ao recurso, em sessão virtual do Pleno de 19 a 26 de junho de 2020, na conformidade da ata do julgamento. Brasília, 30 de junho de 2020. Ministra Rosa Weber Relatora.”

5. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp116.htm.

6. *Apud* GUSMÃO, P. D. **Interpretação da lei:** espécies e resultados. In: Introdução ao estudo do direito. 16. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 243.

7. “Consabido que a interpretação literal ou gramatical consubstancia tão somente o primeiro contato do hermeneuta com o texto - aproximação essa sem a qual não se faz possível extrair qualquer significado do comando normativo -, tenho presente que a interpretação jamais se esgota na literalidade do texto, mesmo nas raríssimas hipóteses em que a máxima *in claris cessat interpretatio* se mostra “aparentemente” adequada à realização do preceito normativo.” STF. HABEAS CORPUS 137.888 MATO GROSSO DO SUL RELATORA: MIN. ROSA WEBER, 31/10/2017.

8. “Ressalte-se que nova lei de franquias, Lei n.º 13.966, de 26 de dezembro de 2019, a qual entrou em vigor 90 dias após a data de sua publicação, não muda esse aspecto conceitual, que caracteriza a franquia como um contrato híbrido e complexo. Confira-se, a esse respeito, o caput do art. 1º e o inciso XIII do art. 2º da nova lei de franquias: “Art. 1º Esta Lei disciplina o sistema de franquia empresarial, pelo qual um franqueador autoriza por meio de contrato um franqueado a usar marcas e outros objetos de propriedade intelectual, sempre associados ao direito de produção ou distribuição exclusiva ou não exclusiva de produtos ou serviços e também ao direito de uso de métodos e sistemas de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvido ou detido pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem caracterizar relação de consumo ou vínculo empregatício em relação ao franqueado ou a seus empregados, ainda que durante o período de treinamento.” “Art. 2º Para a implantação da franquia, o franqueador deverá fornecer ao interessado Circular de Oferta de Franquia, escrita em língua portuguesa, de forma objetiva e acessível, contendo obrigatoriamente: (...) XIII - indicação do que é oferecido ao franqueado pelo franqueador e em quais condições, no que se refere a: a) suporte; b) supervisão de rede; c) serviços; d) incorporação de inovações tecnológicas às franquias; e) treinamento do franqueado e de seus funcionários, especificando duração, conteúdo e custos; f) manuais de franquia; g) auxílio na análise e na escolha do ponto onde será instalada a franquia; e h) leiaute e padrões arquitetônicos das instalações do franqueado, incluindo arranjo físico de equipamentos e instrumentos, memorial descritivo, composição e croqui;”

Em sendo assim, ambas legislações não deixam dúvidas quanto à variedade de prestação envolvida nesta relação contratual. O objeto do contrato de franquia é complexo e pode compreender diferentes contornos, com as mais diversas cláusulas contratuais, ao alvedrio dos contratantes.”

9. “Art. 3º. Sempre que o franqueador tiver interesse na implantação de sistema de franquia empresarial, deverá fornecer ao interessado em tornar-se franqueado uma circular de oferta de franquia, por escrito e em linguagem clara e acessível, contendo obrigatoriamente as seguintes **informações:** [...] XII - indicação do que é efetivamente oferecido ao franqueado pelo franqueador, no que se refere a: a) supervisão de rede; b) serviços de orientação e outros prestados ao franqueado; c) treinamento do franqueado, especificando duração, conteúdo e custos; d) treinamento dos funcionários do franqueado; e) manuais de franquia; f) auxílio na análise e escolha do ponto onde será instalada a franquia; e g) layout e padrões arquitetônicos nas instalações do franqueado”.

10. “A ABF reitera que:

- A legislação brasileira sobre a atividade de franchising no Brasil, respeitada mundialmente, foi atualizada em 2020 (Lei n.o 8.955/94, que vigorou no Brasil por 25 anos, e Lei n.o 13.966/19, que entrou em vigor em 26 de março de 2020), deixando clara a natureza do contrato de franquia e, em nenhum momento, definindo a franqueadora como uma empresa prestadora de serviços.

- A jurisprudência consolidada nos estados até então entendia que os royalties do franchising remuneram a seção de direito de uso e que eventuais atividades realizadas pelas franqueadoras aos franqueados visam a manutenção da padronização da rede, não sendo sua finalidade última uma obrigação de dar – logo, não se trata de forma alguma de um serviço.” Disponível em: <https://bit.ly/3pxx9GP>

11. Disponível em: <https://bit.ly/3GhGzMp>.

12. Disponível em: <https://bit.ly/3vPNeJ6>.

13. Disponível em: <https://bit.ly/3jBP6jD>.

14. BRAGA, C. D. A. **Tratado de Direito Comercial:** estabelecimento empresarial, propriedade industrial e direito da concorrência. In: COELHO, F. U (Coord.). São Paulo: Saraiva, v. 6, 2015. p. 181.

15. “Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.”

16. “O objeto do contrato de franquia é complexo e pode compreender diferentes contornos, com as mais diversas cláusulas contratuais, ao alvedrio dos contratantes.” **RE 603136 / RJ - RIO DE JANEIRO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO.** Relator(a): **Min. GILMAR MENDES.** Julgamento: **29/05/2020.** Publicação: **16/06/2020.** **Órgão julgador: Tribunal Pleno.**

17. “Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerá o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual. [...]”

Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução;

II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada. [...]”

“Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

18. FORGIONI, P. **Contratos empresariais:** teoria e aplicação. 3 ed. p. 109/112. São Paulo: RT, 2018.