Atividade de franquia não é prestação de serviços

Incluir atividade de franquia na Lista de Serviços da Lei Complementar 116/03, que trata do Imposto Sobre Serviços (ISS), é inconstitucional. As atividades de franquia estão incluídas no item 17.08 da Lei Complementar. Todavia, essa lei, ao incluir a atividade de franquia em sua lista de serviços, exorbitou sua competência, já que a atividade de franquia não se enquadra no conceito de prestação de serviços.

O contrato de franquia apresenta as seguintes peculiaridades: cessão de uso de marca, patente e know how (e em alguns casos também a cessão de produtos), exclusividade, independência entre as empresas e colaboração recíproca entre elas.

A franquia consiste, pois, na conjunção de dois contratos: o de licença de uso de marca e o de transferência e licença de uso de know how. Assim, regra geral, o franqueador, como titular de uma marca reconhecida no mercado, disponibiliza suas técnicas de negócio, seu know-how de forma a ampliar a oferta do seu produto ou serviço, mas sem as despesas e riscos inerentes à implantação de filiais. Em contrapartida recebe uma contraprestação pelo direito de uso de sua marca e de seus conhecimentos técnicos.

Portanto, embora a empresa franqueada deva respeitar o contrato de exclusividade celebrado com a franqueadora, se restringindo ao uso de marca e de produtos, será ainda assim independente da franqueadora, mantendo um nível de colaboração necessário para o desenvolvimento de empreendimento.

A Lei 8.955/94, que trata dos contratos de franquia empresarial, estabelece em seu artigo 2º a definição de franquia como sendo “o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador”, pelo que se verifica que o conceito dado por esta lei não corresponde ao conceito de serviços. Deste modo, a lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, em obediência ao artigo 110 do Código Tributário Nacional.

Por tais conclusões, resta evidente que a franquia em nada se assemelha com a prestação de serviços, não podendo incidir ISS sobre os valores pagos pelo franqueado ao franqueador. Esta contraprestação é, em regra, feita mediante o pagamento de uma taxa inicial, denominada taxa de franquia, além do pagamento de royalties, que é um percentual mensal do faturamento do franqueado.

Esses valores em muitos casos representam quantias significantes, que vem sendo recolhidas por contribuintes que desconhecem seus direitos. Contudo, é possível discutir judicialmente as cobranças de ISS pelas franqueadoras com grande possibilidade de se obter sucesso na demanda.

Com efeito, os tribunais vêm se posicionando de forma favorável ao contribuinte. Exemplo concreto disso é a recente decisão obtida pelo escritório Correia da Silva Advogados na 2ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo, que concedeu liminar para suspender a exigência de ISS sobre os contratos de

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

franquia firmados por uma grande franqueadora do ramo de *fast food*.

A tendência atual dos tribunais é a de adotar esta posição, que inclusive já representa o entendimento que vem sendo adotado pelo Superior Tribunal de Justiça em casos análogos.

O contribuinte que se enquadrar nesses casos deve se apressar para discutir a exigência do ISS, reduzindo a carga tributária de suas empresas. Ademais, o ajuizamento de ações evita que o contribuinte tenha que posteriormente ingressar em juízo requerendo a restituição dos valores recolhidos indevidamente, o que é feito por meio de precatórios, demandando um longo tempo.

Date Created
26/11/2007

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.