

É ilegítimo imposto sobre royalty pago à franqueadora

Conhecemos a discussão envolvendo o tema da tributação do sistema de franchising no Brasil e tal questão sempre provoca grandes debates. Não obstante a discussão havida no passado, envolvendo o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN), de competência dos municípios, cuja base legal anterior era o Decreto-Lei 406/68, interessa-nos aqui a Lei Complementar 116/03. Além de regular o referido tributo, a nova lei revogou parcialmente as disposições do Decreto-Lei 406/68, incluindo o franchising no seu campo de incidência, mais especificamente no item 17.08 da Lista de Serviços.

Temos, de longa data, sustentado a impossibilidade de caracterização do contrato de franquia empresarial na qualidade de contrato de prestação de serviços, por uma série de atributos que lhe são peculiares, razão pela qual torna-se ilegítima a cobrança do imposto sobre os royalties pagos à franqueadora. O entendimento da jurisprudência refletia tal pensamento com relação às normas anteriores à Lei Complementar 116/03 e empresas franqueadoras aguardavam ansiosamente pela elucidação da questão relativamente ao período posterior à referida lei.

Recentemente ganhou destaque o julgamento do Recurso Especial 873.440/RS, de relatoria do ministro Luiz Fux, o qual dispôs que “a edição da LC 116/03, que entrou em vigor a partir de 01/01/2004, enunciou, no item 26.01 de sua lista anexa, como hipótese de incidência do ISS, os “serviços de coleta, remessa ou entrega de correspondências, documentos, objetos, bens ou valores, inclusive pelos correios e suas agências franqueadas”.

Com base nas palavras proferidas pelo ministro relator, circulou a informação de que o Superior Tribunal de Justiça entendeu como “indubitável” a tributação dos royalties pagos por franqueados a empresas franqueadoras. Contudo, com a leitura do referido julgado, o leitor atento poderá verificar que o debate naquela demanda se refere à tributação das atividades das unidades franqueadas perante o mercado consumidor, e não dos royalties pagos por estas às empresas franqueadoras.

Da simples análise da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça verifica-se que a referida Corte reconheceu a incidência do ISS com relação ao item 26.01 (serviços de coleta, remessa ou entrega de correspondências, documentos, objetos, bens ou valores, inclusive pelos correios e suas agências franqueadas; *courrier* e congêneres), pertencente à categoria 26 (serviços de coleta, remessa ou entrega de correspondências, documentos, objetos, bens ou valores, inclusive pelos correios e suas agências franqueadas; *courrier* e congêneres). Portanto, tal entendimento é aplicável unicamente aos valores recebidos pelas unidades franqueadas por conta da prestação dos serviços constantes do item 26.01. Trata-se da relação “franqueado/mercado”, unicamente no tocante às atividades do setor postal, e não da relação “franqueado/franqueadora”, da qual resulta o pagamento de royalties.

A tributação dos royalties percebidos pelas empresas franqueadoras encontra-se disposta no item 17.08 (Franquia — franchising), da categoria 17 (serviços de apoio técnico, administrativo, jurídico, contábil, comercial e congêneres), cuja discussão ainda permanece em aberto e com fortes precedentes favoráveis às empresas franqueadoras junto aos tribunais, sendo reconhecida reiteradamente a impossibilidade de equiparação dos contratos de franquia a contratos de prestação de serviços e, por via de consequência, a impossibilidade da tributação dos royalties por parte do ISS.

Importante lembrar o conceito constitucional de serviço tributável, que conforme a melhor doutrina, somente abrange: a) as obrigações de fazer; b) os serviços submetidos ao regime de direito privado não incluindo, portanto, o serviço público; c) que revelam conteúdo econômico, realizados em caráter negocial; d) prestados sem relação de subordinação. Neste ponto, frisamos que o franchising diferencia-se de mera prestação de serviços porque o contrato de franquia não constitui uma simples obrigação de fazer entre franqueadora e franqueado, mas sim uma série de obrigações recíprocas de naturezas variadas e diversas, de tal sorte que a franquia empresarial não se subsume ao conceito constitucional de prestação de serviços.

Assim, devemos reforçar a idéia de que o julgamento do Recurso Especial 873.440/RS em nada deve ou pode alterar o norte do entendimento consolidado pela jurisprudência e pela doutrina, referente à inconstitucionalidade e ilegalidade da tributação do franchising pela Lei Complementar 116/2004, mais especificamente no item 17.08 da Lista de Serviços do normativo. Tem-se, portanto, plenamente válida e recomendável a discussão judicial da tributação dos royalties pelas empresas franqueadoras, não somente envolvendo a questão do ISS, mas também com relação a outros tributos incidentes sobre as operações das empresas franqueadoras, que acabam por onerar as atividades das mesmas, aumentando ainda mais os custos de transação e de gestão dos negócios no mercado brasileiro.

Date Created

02/03/2008