

VOTO

O Senhor Ministro Gilmar Mendes (Relator): Os embargos de declaração são cabíveis para sanar a ocorrência de omissão, contradição, obscuridade ou erro material da decisão embargada (art. 1.022 do CPC).

Na hipótese, cuida-se de embargos opostos contra decisão de mérito do tema 300 da repercussão geral, acerca da incidência do ISS sobre os contratos de franquia.

A parte embargante, **Associação Brasileira de Franchising – ABF**, indica omissão e contradição no acórdão embargado, conforme a seguir explicitado.

Inicialmente, alega contradição em razão de o acórdão, mesmo reconhecendo a unidade do contrato de franquia, de natureza híbrida, e indicar não ser possível separar as atividades nele reunidas, ter decidido ser ele tributável pelo ISSQN, ampliando o conceito de “serviços”.

Com relação a esse ponto, no voto por mim proferido, consignei que o contrato de franquia inclui, sim, uma prestação de serviço passível de sofrer incidência do imposto municipal. Nesses termos, assentei a existência, nesse liame contratual, de inegável aplicação de esforço humano destinado a gerar utilidade em favor de outrem (o franqueado). Com efeito, o vínculo contratual, nesse caso, não se limita a uma mera obrigação de dar, nem à mera obrigação de fazer. Nesse contexto, entendi não haver razão para se afastar a incidência do ISS na espécie, tendo em vista a constitucionalidade dessa cobrança.

A parte aponta ainda contradição quanto à afirmação de que, caso não se admitisse a tributação pelo ISSQN, seria criado um vazio no sistema tributário, uma vez que os municípios e os estados não poderiam cobrar ICMS sobre os contratos de franquia. Argumenta assim que não cabe ao Poder Judiciário instituir imposto sobre toda e qualquer situação ao fundamento de que não pode haver um vazio na tributação.

Quanto a essa alegação, registro que, na verdade, citei, como reforço de argumentação quanto às consequências do julgamento, o precedente desta Corte firmada no âmbito da repercussão geral, em que se afastou a incidência de ISS sobre a locação de bens móveis. Nesse sentido, conforme assentado nesse julgamento, se o município não pode cobrar o ISS,

tampouco o estado pode exigir o ICMS, aconteceria o mesmo com os contratos de franquia, na hipótese de não se admitir a incidência do imposto municipal. Com efeito, houve mero fundamento na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria.

Desse modo, não se vislumbra nenhuma contradição, tendo em vista que houve apenas a utilização de precedente desta Corte como fundamento do voto embargado.

Sustenta também omissão quanto à jurisprudência desta Corte sobre a impossibilidade da tributação de atividades-meio. Afirma a necessidade de pronunciamento desta Corte acerca da jurisprudência aplicável ao feito ora em julgamento, que deve levar em consideração a distinção entre atividade-fim e atividade-meio, bem como fazer a diferenciação de qual a atividade preponderante na figura contratual analisada, se caracteriza, ou não, de prestação de serviços.

Com relação a esse ponto, assinalo que o contrato de franquia é uma unidade, um plexo de obrigações contrapostas que inclui diferentes atividades, reunidas num só negócio jurídico, que envolve muito mais do que apenas uma cessão de marca, mas, sim, diversas formas de prestação de diferentes serviços, a ensejar a incidência de ISS, como prevê a lei complementar. Nesse contexto, nem a cessão de uso de marca, tampouco uma relação de assistência técnica ou transferência de *know how* ou segredo de indústria seria suficiente para definir essa relação contratual. Assim, separar umas das outras acabaria por desnaturar a relação contratual em questão, mudando-lhe o sentido prático e o escopo.

Consigno ainda que dar tratamento diferente à atividade-meio e à atividade-fim certamente conduziria o contribuinte à tentação de manipular as formas contratuais e os custos individuais das diversas prestações, a fim de reduzir a carga fiscal incidente no contrato.

No tocante à jurisprudência desta Corte sobre a impossibilidade da tributação de atividades-meio, verifico que a parte aponta precedentes de forma aleatória, sem demonstrar fundamento para a citada omissão.

Por fim, sustenta a necessidade de modulação dos efeitos da decisão, ao argumento de que o Plenário do STF inovou a jurisprudência até então adotada em relação à tributação das atividades-meio e à incidência do ISSQN sobre o contrato de franquia ao considerar apenas a controvérsia acerca do conceito de serviços.

No que concerne a esse argumento, reitero o assentado na decisão embargada de que a conclusão firmada no julgamento deste paradigma não se trata de inovação em relação à linha de precedentes do Supremo Tribunal Federal na matéria, mas apenas reafirmação da jurisprudência da Corte.

Consoante bem pontuado no voto impugnado, não se pretendeu divergir, nem alterar a jurisprudência da Corte nesse julgamento. Com efeito, o presente caso não destoa da orientação que esta Corte vem assentando em sua jurisprudência em relação ao ISS, inclusive no âmbito da repercussão geral.

Desse modo, reafirmando a jurisprudência até então adotada por esta Corte, assentei constitucionalidade da cobrança de ISS sobre os contratos de franquia, conforme já decidido, no âmbito da repercussão geral, tanto no RE 651.703, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe 26.4.2017, quanto no RE 592.905, Rel. Ministro Eros Grau, DJe 5.3.2010.

Nesses termos, tendo em vista a inexistência de omissão, obscuridade e contradição, o recurso não merece prosperar.

Ante o exposto, **rejeito os embargos de declaração.**

Plenário Virtual - minuta de voto 2010/08/27 00:00