

A luta não chegou ao fim

Caros associados,

Nos últimos anos, a ABF acompanhou de perto cada etapa desse processo acerca da incidência do ISS sobre *royalties* de franquia. A entidade está sempre atenta a toda e qualquer movimentação legal e regulatória que possa afetar o sistema e seu desenvolvimento. Não são poucas as ameaças que rondam o mercado nas áreas tributária, trabalhista, fiscal, entre outras.

Talvez esse seja o trabalho com impacto mais direto e amplo da ABF enquanto entidade representativa do setor.

Até chegar ao Supremo Tribunal Federal (STF) essa ação teve um longo caminho. A primeira iniciativa da ABF, em 2003, foi contratar pareceres de juristas renomados para sensibilizar e esclarecer, para deputados, senadores e representantes do executivo, o funcionamento do franchising no Brasil e no mundo. De lá para cá foram incontáveis audiências e recursos.

Somente por todas as iniciativas tomadas pela ABF é que essa matéria tramita há mais de 17 anos no Judiciário brasileiro.

Infelizmente, no momento em que se encontra o nosso País e a forma como a matéria foi julgada no STF – virtualmente, sem oportunidade que teríamos no modelo tradicional – resultou na alteração da jurisprudência até então consolidada no sentido da inconstitucionalidade desta incidência.

Mas, para nós, essa luta ainda não chegou ao fim. Vamos continuar defendendo o setor e lutando por segurança



André Friedheim, presidente da ABF



Ricardo Bomeny, presidente do Conselho da ABF

jurídica e por um ambiente de negócios o mais propício possível para que nossas empresas possam prosperar.

Nesta edição especial, você terá a oportunidade de se aprofundar melhor no tema e acompanhar os desdobramentos nos embargos que apresentamos à decisão do STF.

Na última página está o manifesto que elaboramos e que está sendo veiculado em vários órgãos da imprensa nacional ao longo do mês de julho.

Respeitamos tal atitude da Suprema Corte, mas reiteramos que utilizaremos todos os recursos cabíveis para defender o sistema e impedir que essa matéria seja responsável por consequências desastrosas em nosso mercado.

André Friedheim, presidente da ABF, e **Ricardo Bomeny**, presidente do Conselho da ABF



STF decide tributar franqueadoras em meio à pandemia de Covid-19

Fernando Tardioli, diretor Jurídico da ABF, alerta para os efeitos da decisão do STF que considerou constitucional a cobrança de ISS sobre *royalties*

Em meio à pandemia de Covid-19, que fechou o comércio em vários estados brasileiros, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu pela constitucionalidade da cobrança do Imposto sobre Serviços (ISS) sobre os *royalties* pagos pelas unidades franqueadas às empresas franqueadoras. A Associação Brasileira de Franchising (ABF), que já era *amicus curiae* (amiga da Corte) nesse processo que se arrastava há uma década na maior instância do Poder Judiciário, apresentou embargos declaratórios, tentando modificar o julgamento ou modular seus efeitos. Nesta entrevista, o diretor Jurídico da Associação, Fernando Tardioli, explica o assunto e faz um alerta: *“até um terço do setor pode deixar de existir com essa decisão, especialmente se não houver modulação”*.

O ISS, tal qual o conhecemos, foi instituído pela Constituição de 1967. Sua norma específica veio com o decreto-lei 406, de 1968, e, mais tarde, com a Lei Complementar 56, de 1987, e depois com a Lei Complementar 116, de 2003. Como esse imposto funciona e como afeta o franchising?

O Fisco atribuiu a competência da cobrança do ISS aos municípios e da maneira mais ampla possível. Por isso, a própria nomenclatura é de Imposto sobre Serviço de Qualquer Natureza. No entanto, sempre houve uma discussão muito grande de todos os setores da economia sobre a necessidade ou não de recolher esse tributo em certas atividades. A ABF sempre defendeu que o franchi-

sing não estava na lista de atividades passíveis de tributação pelo ISS. É importante dizer que, em tributação, trabalhamos com o princípio da legalidade estrita, ou seja, a administração pública somente pode agir de acordo com o que a lei expressa.

Por que o ISS não deve incidir sobre *royalties* em uma franquia?

Os contratos de franquia não têm como elemento principal a prestação de serviços pelo franqueador aos seus franqueados. Os contratos de franquia envolvem uma série de outros aspectos, como, por exemplo, transferência de *know how*, licença de uso de marca, que são os fatores elementares de um contrato de franquia. Então, a lei não pode simplesmente pegar um conceito de di-



reito civil como é a prestação de serviços e manipulá-lo para dar a ele a interpretação que deseja, de modo a justificar a cobrança de um determinado tributo. Ainda mais quando se trata de um contrato complexo e de natureza híbrida.

A empresa Venbo Comércio de Alimentos foi uma das primeiras a entrar com recurso contra essa cobrança. Outras empresas, em especial franqueadoras, também entraram na Justiça?

O recurso deles foi usado como *leading case*. Isso significa que, como tinham vários recursos discutindo o mesmo assunto, a decisão que viesse a ser proferida nesse recurso valeria necessariamente para todos os outros em função do mecanismo da repercussão geral. Tem uma gama enorme de franqueadoras que ajuizaram ações discutindo a constitucionalidade da tributação dos *royalties* pelo ISS. Algumas empresas entraram com ações e obtiveram liminares para que fizessem o depósito desse imposto em juízo, em valores elevadíssimos. Outras empresas simplesmente entraram com ações judiciais, mas não realizaram o depósito em juízo. E outras tantas sequer ingressaram com ação judicial, porque entenderam que estava pacificada a questão da inconstitucionalidade dessa cobrança sobre *royalties* recebidos por conta de contratos de franquia.

Quais foram as decisões anteriores ao STF?

Os tribunais, em sua grande maioria, reconheceram a inconstitucionalidade da cobrança de ISS sobre *royalties*. Cinco tribunais, inclusive o Tribunal de Justiça de São Paulo, chegaram a editar súmulas e pacificar esse entendimento em seus respectivos órgãos especiais. O assunto vinha sendo sedimentado há mais de dez anos no sentido de reconhecer a inconstitucionalidade da cobrança de ISS sobre *royalties*. Essas discussões subiram para o Superior Tribunal de Justiça (STJ), que também havia dado sinais favoráveis ao contribuinte. O recurso ficou mais de dez anos no STF aguardando julgamento, com os contribuintes acreditando na juris-



Os contratos de franquia não têm como elemento principal a prestação de serviços pelo franqueador aos seus franqueados. Os contratos de franquia envolvem uma série de outros aspectos, como, por exemplo, transferência de *know how* e licença de uso de marca

Fernando Tardioli

prudência que havia se formado, especialmente quanto à impossibilidade de tributar-se a atividade-meio. De repente, há uma ruptura da jurisprudência com a consequente quebra da expectativa do contribuinte que acreditou, até então, no próprio Judiciário.

A decisão do STF surpreendeu o setor, principalmente com a entrada em vigor este ano da nova Lei de Franquias?

Sim, a decisão do STF surpreendeu pela quebra de jurisprudência que tinha dominado a discussão e também com relação à nova Lei de Franquia, que deixou ainda mais clara a natureza do contrato de franquia, que em nenhum momento define a franqueadora como prestadora de serviço, porque, de fato, ela não o é. A franqueadora é uma licenciadora de marca, uma transferidora de *know how*, de sistema operacional e, em muitos casos, uma fornecedora de produtos. O elemento do suporte é uma atividade-meio para a consecução do objeto do contrato de franquia, mas não é a questão preponderante da relação entre franqueador e franqueado. Essa decisão do STF

causa uma enorme insegurança jurídica, porque cria-se um passivo estratosférico para as franqueadoras.

Qual é o entendimento do STF para sustentar que é constitucional a cobrança de ISS sobre royalties?

O STF quebrou a jurisprudência do STJ e dos Tribunais de Justiça e, mais do que isso, deu às costas à sua própria jurisprudência, embora o voto do relator Ministro Gilmar Mendes afirme que não há inovação na jurisprudência do STF com relação a essa decisão. Com o devido respeito, isso não é verdade. Há sim jurisprudência do próprio STF quanto à não incidência do ISS quando não se está diante da atividade-fim, até porque não é só franchising que discute o pagamento de ISS ou não. Vários outros setores discutem. Além disso, o STF jogou todas as operações de franquia em uma vala comum, ignorou as particularidades de cada operação e partiu de uma premissa totalmente equivocada ao afirmar que existe prestação de serviços. E mesmo nos contratos que podem ter algum elemento a ser interpretado como prestação de serviços, isso é irrelevante dentro de todos os outros de um contrato de franquias que, como se sabe, tem natureza híbrida e complexa.

O que o STF levou em consideração para essa decisão?

Dentre outros aspectos, levou-se em consideração o chamado vazio no sistema tributário, conceito pelo qual o contribuinte que não é tributado pelo ICMS, deve ser alcançado pelo ISS.

Na nossa visão, isso fere o princípio da legalidade estrita. Não é porque não incide ICMS sobre royalties que tem que incidir ISS. Não cabe aos tribunais e não cabe ao STF fazer a função do legislativo. Muito menos do legislador constituinte. O legislativo cria a lei, o judiciário aplica. Se não existe lei que preveja esse tipo de tributação para um determinado segmento de atividade, que então se crie uma lei em linha com a Constituição para que essa cobrança seja legítima. O fato de figurar na legislação esse vazio tributário, como chamou o STF no acórdão, não autoriza por si só a cobrança.

“O elemento do suporte é uma atividade-meio para a consecução do objeto do contrato de franquia, mas não é a questão preponderante da relação entre franqueador e franqueado. Essa decisão do STF causa uma enorme insegurança jurídica, porque cria-se um passivo estratosférico para as franqueadoras.”

Fernando Tardioli

O que a decisão do STF pode ocasionar no franchising?

Se houver a cobrança dos últimos cinco anos de ISS que deixaram de ser pagos, vão deixar de existir uma série de franqueadoras. Será uma paulada em um setor que responde por 2,6% do PIB (Produto Interno Bruto), gera 1,3 milhão de empregos diretos e é a porta de entrada dos jovens no mercado de trabalho. Essa será a herança maldita das empresas que não recolheram ISS em juízo. Já as empresas que depositaram os valores em juízo, e que tinham a expectativa de receber esses recursos de volta – principalmente neste momento de pandemia, quando há grande necessidade de caixa –, vão ficar sem liquidez para fazer essa travessia.

É possível estimar o valor devido desse tributo e o impacto econômico?

Não existe uma estatística oficial em relação a isso, mas não nos parece demais afirmar que até um terço do setor deixe de existir com essa decisão, especialmente se não houver modulação.

Explique esse pedido de modulação feito pela ABF por meio de embargos de declaração.

Estamos pedindo três coisas. A primeira delas é que seja corrigida a premissa equivocada de que todos os contratos de franquias são iguais e que sempre existe prestação de serviços por parte do franqueador ao seu franqueado. Para isso, pedimos o que chamamos de efeito infringente, que modifica a decisão. Se os embargos de declaração forem recebidos com esse efeito, aí não tem nada que modular, porque simplesmente seria reconhecida a inconstitucionalidade da cobrança de ISS sobre royalties.

E quais são os outros dois pedidos?

Em não sendo reconhecido esse vício, pedimos a modulação dos efeitos da decisão, o que significa que a cobrança passe a existir somente daqui para frente, sem herança maldita. A legislação prevê a possibilidade de modulação em duas situações que ocorram ao mesmo tempo, e nós atendemos as





duas: quando há ruptura de jurisprudência e quando há relevante interesse social, dados os impactos econômicos da decisão. Nós estamos falando de um setor muito machucado pela pandemia. O varejo simplesmente parou de funcionar e esse passivo colocará muitas famílias em situação de penúria.

Qual foi o terceiro pedido?

Entendemos, enquanto não forem julgados esses embargos de declaração, que o julgamento não está concluído. Então, estamos pedindo que o STF suspenda a tramitação de todas as ações que cobram ISS no Brasil inteiro, porque os municípios já estão se movimentando para fazer essa cobrança. E tem muitos municípios que já tinham uma série de execuções fiscais ajuizadas, mas que estavam suspensas aguardando a decisão do STF e que agora voltarão com força total.

O que pode acontecer a partir de agora?

O caminho é o das execuções fiscais: penhora de bens, de conta corrente e de faturamento das empresas. Todas essas medidas que atacam o patrimônio das empresas franqueadoras e tiram delas a pouca liquidez que ainda existe para manter a sua folha de pagamentos em dia. Em um cenário como esse, estamos colocando em risco cerca de 1,3 milhão de empregos diretos, sem contar os indiretos. Muitas empresas vão encerrar suas operações porque não tem como sobreviver.

Quando o STF deve se posicionar em relação aos embargos de declaração?

Como existe um pedido infrigente, de modificação do julgamento, o ministro relator Gilmar Mendes já abriu

vistas para a parte contrária se manifestar sobre o nosso pedido. Depois dessa resposta, vai depender da pauta do STF. É bem possível que, com a eleição deste ano, o julgamento fique para o ano que vem.

O que mais a ABF pode fazer para sensibilizar os ministros do STF?

Estamos no processo como *amicus curiae* usando todas as medidas que estão ao nosso alcance. Também iniciamos uma grande campanha de mídia em vários jornais e revistas de mobilização chamada “Juntos pelo que é Justo”. Além disso, estamos conversando com um número enorme de parlamentares e de lideranças da sociedade civil para que nos ajudem na sensibilização dos ministros. Não só com quem tem mandato, mas com lideranças históricas que atuam em defesa do empreendedorismo e das micro e pequenas empresas. Temos trabalhado também do ponto de vista acadêmico, publicando trabalhos técnicos em publicações especializadas da área jurídica e mostrando o absurdo da decisão.

Para encerrar, qual é a experiência de outros países com relação a esse tema?

O Brasil é o único do País do mundo – não existe nenhum outro, nem no Leste Europeu, nem na África, nem nas economias mais pobres ou com as piores cargas tributárias – que tribute *royalties* com serviços. O Brasil é o único país do mundo que ostenta essa desonrosa situação. Isso já foi objeto, inclusive, de uma nota de repúdio emitida pelo Conselho Mundial de Franquias quando a reunião do órgão foi sediada no Brasil. É um título absolutamente vergonhoso para o País. ■

BREVE TRAJETÓRIA DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 603.136 NO STF

10/09/2009

Protocolado no STF o Recurso Extraordinário nº 603.136, que trata da questão da incidência do ISS sobre os *royalties*.

03/09/2010

STF reconhece a existência de repercussão geral da questão constitucional.

06/01/2011

Associação Brasileira de Franchising (ABF) requer ingresso como *amicus curiae*.

02/02/2011

Pedido de ingresso da ABF é deferido pelo relator ministro Gilmar Mendes.

29/05/2020

STF nega provimento ao recurso extraordinário.

22/06/2020

ABF apresenta embargos de declaração.

Como o ISS é um imposto cobrado pelos municípios, o valor a ser pago depende das alíquotas determinadas pela lei de cada cidade. Ela varia entre 2% e 5% da receita bruta da empresa.

EXPEDIENTE

ABF NEWS é uma publicação mensal da ABF produzida e comercializada pela Editora Lamônica; **DIRETORIA ABF - Diretor-presidente:** André Friedheim - **Diretor vice-presidente:** Antonio Bento Moreira Leite - **Diretor Administrativo-financeiro:** Marcelo Maia - **Diretor Jurídico:** Fernando Tardioli Lúcio de Lima - **Diretor Internacional:** Jae Ho Lee - **Diretora de Capacitação:** Fabiana Estrela - **Diretor de Marketing e Comunicação:** Alessandro Gonçalves Pereira - **Diretor de Institucional:** Sidnei Amendoira Junior - **Diretor de Franqueados:** Alberto Tadassi Oyama - **Diretora de Relacionamento, Microfranquias e Novos Formatos:** Adriana Auriemo Miglorancia - **Presidente da Comissão de Ética:** Carlos Alberto Zilli - **Presidente da ABF Seccional Rio:** Beto Filho - **Diretor ABF Regional Sul:** Antonio Carlos Diel - **Diretora Regional Centro-Oeste:** Claudia Regina Vobeto Pinto - **Diretora Regional Minas Gerais:** Danyelle Van Straten - **Diretor Regional Nordeste:** Leonardo Lamartine - **Diretor Regional Interior de São Paulo:** Rogério Gabriel - **CONSELHO FISCAL:** Sylvio Korytwski e Leonardo de Almeida Cubica - **CONSELHO ABF:** Ricardo Figueiredo Bomeny (presidente), Altino Cristofolletti Junior, Claudio Miccieli, Fernando José Fernandes Junior, Juarez Leão, Luiz Henrique Oliveira do Amaral, Marcelo Raposo Cherto e Maria Cristina C. da Motta Franco. - Endereço: Av. das Nações Unidas, 10.989 - conj. 112, 11º andar e conj. 92, 9º andar, 04578-000 - São Paulo - SP, Tel./Fax: (11) 3020-8800/8801 - diretores@abf.com.br • **EDITORA RESPONSÁVEL: EDITORA LAMÔNICA** • Tel.: (11) 3256-4696/3214-5938; **Publisher:** José Lamônica • lamonica@editoralamonica.com.br • **Edição e reportagem:** Andréa Cordioli (MTB: 31.865) • andrea@editoralamonica.com.br • **Diagramação:** Marcelo Amaral • marcelo@editoralamonica.com.br; **Diagramador colaborador:** Lucas Barone Faria; **Logística e Mercado:** Mônica Cavalcante • monica@editoralamonica.com.br

JUNTOS PELO QUE É JUSTO.

Decisão que legitima a cobrança de ISS sobre royalties precisa ser objeto de modulação pelo STF

Atividade-fim do sistema de franchising não é a prestação de serviços

O franchising nacional sofreu um duro golpe diante da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), que, por ocasião do julgamento de Recurso Extraordinário nº 603.136, em regime de repercussão geral, entendeu pela constitucionalidade da cobrança de ISS sobre os royalties pagos pelas unidades franqueadas às empresas franqueadoras.

Tal decisão surpreendeu o setor, uma vez que a legislação brasileira sobre a atividade de franchising no Brasil, respeitada mundialmente, foi atualizada neste ano (Lei 8.955/94, que vigorou no Brasil por 25 anos, e Lei 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 serviço.

A entrada em vigor da nova Lei de Franquia, há menos de três meses, reforçou a posição do setor que, baseada na jurisprudência dominante de vários estados, quanto à inconstitucionalidade da cobrança de ISS sobre royalties, travava longa discussão a esse respeito nos tribunais.

Essa situação, além de causar enorme insegurança jurídica aos agentes econômicos, é fruto de uma ruptura da jurisprudência até então existente e deixa uma herança econômica terrível, capaz de ameaçar as mais de 160 mil unidades franqueadas em operação, espalhadas por todos os estados do País e, conseqüentemente, toda a cadeia do franchising.

Para a ABF – Associação Brasileira de Franchising, representante oficial do setor no Brasil, a discussão não só implica no acréscimo de mais um tributo que onera a atividade, mas também coloca em risco um modelo de negócio vencedor e consagrado internacionalmente.

Com faturamento de R\$ 186 bilhões, o setor é responsável por 2,5% do PIB do Brasil e gera, aproximadamente, 1,4 milhão de empregos diretos. É vital lembrar que o setor é formado, em sua maioria, por micro, pequenos e médios empresários que poderão ter seus negócios inviabilizados de uma hora para outra, sobretudo no momento atual, quando as empresas estão tentando resistir aos severos impactos da pandemia da Covid-19.

Firme em tais razões, a ABF, renovando seu respeito às decisões judiciais e ao STF, clama pela modulação dos efeitos dessa decisão, de modo a mitigar seus impactos econômicos e sociais, especialmente para micro e pequenos empreendedores, a fim de fazer com que essa produza somente efeitos a partir da publicação do respectivo acórdão.

Por entender que se trata de um evento de consequências deletérias incalculáveis para o franchising e para a economia nacional, a ABF continuará defendendo de maneira intransigente os interesses do setor e adotará todas as medidas possíveis para preservá-lo.

#FRANQUIAS
JUNTAS
POR TODOS



ABF ASSOCIAÇÃO
BRASILEIRA DE
FRANCHISING