

02/09/2010

PLENÁRIO

**REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 603.136 RIO DE JANEIRO**

<b>RELATOR</b>	<b>: MIN. GILMAR MENDES</b>
<b>RECTE.(S)</b>	<b>: VENBO COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: JOSÉ LUIZ DA SILVA COSTA</b>
<b>RECDO.(A/S)</b>	<b>: MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: ANA MARIA DA SILVA BRITO</b>

Recurso extraordinário. Tributário. ISS. Franquia. Fato gerador. Lei Complementar 116/2003. Repercussão geral reconhecida.

9

02/09/2010

PLENÁRIO

REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 603.136 RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES  
RECTE.(S) : VENBO COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA  
ADV.(A/S) : JOSÉ LUIZ DA SILVA COSTA  
RECDO.(A/S) : MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO  
ADV.(A/S) : ANA MARIA DA SILVA BRITO

**Decisão:** O Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. Não se manifestaram os Ministros Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski.

Ministro GILMAR MENDES  
Relator



02/09/2010

PLENÁRIO

**REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 603.136 RIO DE JANEIRO**

## MANIFESTAÇÃO

ISS. Incidência. Franquia. Existência de repercussão geral.

Trata-se de recurso extraordinário que impugna acórdão assim ementado:

APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. COBRANÇA DE IMPOSTO SOBRE SERVIÇO. CONTRATO DE FRANQUIA. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI COMPLEMENTAR N.º 116/2003 E DA LEI MUNICIPAL 3.691/2003. IMPOSTO DEVIDO. REJEIÇÃO DAS PRELIMINARES DE INADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUAL E DE IMPOSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO DE LEI EM TESE. DESPROVIMENTO DO RECURSO. (fl. 98)

O recorrente, na petição de recurso extraordinário com base no art. 102, III, a e c, da Constituição Federal, alegou violação ao art. 156, III, da mesma Carta. Sustenta a inconstitucionalidade da incidência do ISS sobre os contratos de franquia, pois a atividade-fim não é prestação de serviço, enquanto a atividade-meio prestada pelo franqueador não pode ser objeto de tributação em separado, com a desfiguração do tipo contratual (fl. 145).

O Ministro Cezar Peluso inicialmente negou seguimento ao recurso, por entender que a ofensa seria reflexa (fls. 304-306) e, após interposição de agravo regimental, reconsiderou a decisão e determinou o sobrestamento do feito (fls. 329-333) até o julgamento do AI 651.255, Rel. Min. Marco Aurélio, ainda pendente de análise por este tribunal.

**RE 603.136 RG / RJ**

Submeto a matéria à análise de repercussão geral. Inicialmente, verifico que, nos termos da jurisprudência desta Corte, a incidência de ISS nos contratos de franquia não está embasada na Constituição Federal, mas, sim, na legislação infraconstitucional. Nesse sentido AI-AgR 719.441, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, DJe de 25.6.2010; RE-AgR 603.015, Rel. Min. EROS GRAU, Segunda Turma, DJe de 12.3.2010; RE-AgR 571.256, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, DJe de 9.10.2009; AI-AgR 583.632, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, DJe de 17.8.2007.

Entretanto, constato que a lista anexa da Lei Complementar n. 116, no item 10.04, prevê a incidência de ISS sobre contratos de franquia. Desse modo, o afastamento da incidência do ISS sobre referidos contratos pressupõe a declaração de inconstitucionalidade dessa previsão.

Ademais, em caso semelhante, no qual se discutiu a incidência de ISS sobre a locação de bens móveis, esta Corte reconheceu a existência de repercussão geral. Refiro-me ao AI-RG 766.684, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 5.2.2010, cujo acórdão restou assim ementado:

Tributo. Imposto Sobre Serviços - ISS. Incidência sobre locação de bens móveis. Relevância do ponto de vista econômico, político, social e jurídico. Repercussão geral reconhecida. Apresenta repercussão geral recurso que versa sobre a constitucionalidade, ou não, da incidência de ISS sobre locação de bens móveis.

Assim, percebo que a qualificação como serviço de atividade que não ostenta essa categoria jurídica

**RE 603.136 RG / RJ**

implicaria violação frontal à matriz constitucional do imposto, havendo, pois, questão constitucional em debate.

Por fim, registro que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o AI-QO 715.423, Rel. Min. Ellen Gracie, firmou entendimento, posteriormente confirmado no julgamento do RE-QO 540.410, Rel. Min. Cezar Peluso, segundo o qual os recursos que veiculem tema que seja reconhecida a existência de repercussão geral também se submetem ao disposto no art. 543-B do Código de Processo Civil, ainda que interpostos contra acórdãos publicados antes de 3 de maio de 2007.

Pelo exposto, manifesto-me pela existência de repercussão geral da questão constitucional.

Brasília, 13 de agosto de 2010.

Ministro GILMAR MENDES

Relator

**REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 603.136 RIO DE JANEIRO****PRONUNCIAMENTO**

**ISS – FRANQUIA – RECONHECIMENTO DA INCIDÊNCIA NA ORIGEM – TEMA DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL DA MAIOR RELEVÂNCIA – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA.**

1. A Assessoria assim revelou as balizas do extraordinário:

Eis a síntese do que discutido no Recurso Extraordinário nº 603.136/RJ, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, inserido no sistema eletrônico da repercussão geral às 19 horas e 11 minutos do dia 13.8.2010.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no julgamento da Apelação Cível nº 2005.001.13227, entendeu pela incidência do Imposto sobre Serviços decorrente das receitas obtidas com os contratos de franquias concedidos e administrados pela recorrente, afastando a alegação de inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 116/2003. Nesse sentido, a referida norma, ao elencar a atividade de franquias como fato gerador do ISS, mostrar-se-ia compatível com a Carta Federal, porquanto os artigos 154, inciso I, e 156, inciso III, preveem ser devido tal tributo sobre serviços de qualquer natureza. O contrato de franquias, portanto, configurar-se-ia como serviço de qualquer natureza.

Os embargos declaratórios interpostos contra o acórdão foram desprovidos.

No extraordinário protocolado com alegada base nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, a recorrente articula com a ofensa ao artigo 156, inciso III, da Carta Política. Assevera que o contrato de franquias não poderia ser considerado mera prestação de serviço, pois teria natureza jurídica híbrida: as partes assumiriam obrigações de dar e de fazer. Afirma ser inconstitucional o item 17.08 da lista anexa à Lei Complementar nº 116/2003, por dele constar um instituto que não configuraria prestação de serviço segundo definição

RE 603.136 RG / RJ

constitucional. Ademais, o fato de incluir-se o contrato de franquia no rol tributável não o transformaria em contrato de prestação de serviços.

O extraordinário não foi admitido na origem. O Ministro Cezar Peluso negou provimento ao agravo de instrumento interposto a seguir.

Posteriormente, com a interposição de agravo regimental, o então relator reconsiderou a decisão e determinou o sobrestamento do feito, nos seguintes termos:

“Diante do exposto, em juízo de retratação, atendo ao agravo regimental, para reconsiderar a decisão de fls. 304-306 e dar provimento ao agravo de instrumento, convertendo-o em recurso extraordinário, o qual deverá, após, ser sobrestado até o julgamento do RE resultante da conversão do AI nº 651.255, Rel. Min. Marco Aurélio.”

Eis o pronunciamento do relator, Ministro Gilmar Mendes, acerca da repercussão geral:

ISS. Incidência. Franquia. Existência de repercussão geral.

Trata-se de recurso extraordinário que impugna acórdão assim ementado:

APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. COBRANÇA DE IMPOSTO SOBRE SERVIÇO. CONTRATO DE FRANQUIA. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI COMPLEMENTAR Nº 116/2003 E DA LEI MUNICIPAL 3.691/2003. IMPOSTO DEVIDO. REJEIÇÃO DAS PRELIMINARES DE INADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUAL E DE IMPOSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO DE LEI EM TESE. DESPROVIMENTO DO RECURSO. (fl. 98)

O recorrente, na petição de recurso extraordinário com base no art. 102, III, a e c, da Constituição Federal, alegou violação ao art. 156, III, da mesma Carta. Sustenta a inconstitucionalidade da incidência do ISS sobre os contratos de franquia, pois a atividade-fim não é prestação de serviço, enquanto a atividade-meio prestada pelo franqueador não pode ser objeto de tributação em separado, com a desfiguração do tipo contratual (fl. 145).

O Ministro Cezar Peluso inicialmente negou seguimento ao recurso, por entender que a ofensa seria reflexa (fls 304-306) e, após interposição

RE 603.136 RG / RJ

de agravo regimental, reconsiderou a decisão e determinou o sobrestamento do feito (fls. 329-333) até o julgamento do AI 651.255, Rel. Min. Marco Aurélio, ainda pendente de análise por este tribunal.

Submeto a matéria à análise de repercussão geral.

Inicialmente, verifico que, nos termos da jurisprudência desta Corte, a incidência de ISS nos contratos de franquia não está embasada na Constituição Federal, mas, sim, na legislação infraconstitucional. Nesse sentido AI-AgR 719.441, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, DJe de 25.6.2010; RE-AgR 603.015, Rel. Min. EROS GRAU, Segunda Turma, DJe de 12.3.2010; RE-AgR 571.256, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, DJe de 9.10.2009; AI-AgR 583.632, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, DJe de 17.8.2007.

Entretanto, constato que a lista anexa da Lei Complementar n. 116, no item 10.04, prevê a incidência de ISS sobre contratos de franquia. Desse modo, o afastamento da incidência do ISS sobre referidos contatos pressupõe a declaração de inconstitucionalidade dessa previsão.

Ademais, em caso semelhante, no qual se discutiu a incidência de ISS sobre a locação de bens móveis, esta Corte reconheceu a existência de repercussão geral. Refiro-me ao AI-RG 766.684, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 5.2.2010, cujo acórdão restou assim ementado:

Tributo. Imposto Sobre Serviços - ISS. Incidência sobre locação de bens móveis. Relevância do ponto de vista econômico, político, social e jurídico. Repercussão geral reconhecida. Apresenta repercussão geral recurso que versa sobre a constitucionalidade, ou não, da incidência de ISS sobre locação de bens móveis.

Assim, percebo que a qualificação como serviço de atividade que não ostenta essa categoria jurídica implicaria violação frontal à matriz constitucional do imposto, havendo, pois, questão constitucional em debate.

Por fim, registro que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o AI-QO 715.423, Rel. Min. Ellen Gracie, firmou entendimento, posteriormente confirmado no julgamento do RE-QO 540.410, Rel. Min. Cezar Peluso, segundo o qual os recursos que veiculem tema que seja reconhecida a existência de repercussão geral também se submetem ao disposto no art. 543-B do Código de Processo Civil, ainda que

RE 603.136 RG / RJ

interpostos contra acórdãos publicados antes de 3 de maio de 2007.

Pelo exposto, manifesto-me pela existência de repercussão geral da questão constitucional.

Brasília, 13 de agosto de 2010.

Ministro GILMAR MENDES  
Relator

2. Está-se diante de matéria a exigir o crivo do Supremo como guardião maior da Carta da República. É de saber se a incidência do ISS sobre o que versado em termos econômicos em contrato de franquia atende, ou não, ao figurino constitucional do tributo. A palavra final cabe, portanto, a este Tribunal.

3. Assim como fez o relator, manifesto-me pela existência de repercussão geral.

4. À Assessoria, para acompanhar o incidente.

5. Publiquem.

Brasília – residência –, 19 de agosto de 2010, às 11h10.

Ministro MARCO AURÉLIO