AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.403.248 - SP (2018/0308001-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO SÉRGIO KUKINA**
AGRAVANTE	:	AUTOMATOS SERVICOS E DESENVOLVIMENTO DE SOFTWARE LTDA
ADVOGADOS	:	PRISCILLA DE MENDONÇA SALLES - SP254808 LUIZ GUSTAVO ANTÔNIO SILVA BICHARA E OUTRO(S) - SP303020 FRANCISCO CARLOS ROSAS GIARDINA - DF041765 JOÃO GUILHERME DMYTRACZENKO FRANCO - SP364636
AGRAVADO	:	MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
PROCURADOR	:	THIAGO SPINOLA THEODORO E OUTRO(S) - SP329867

DECISÃO

Trata-se de agravo manejado por **Automatos Serviços e Desenvolvimento de Software Ltda.** contra decisão que não admitiu recurso especial, este interposto com fundamento no art. 105, III, *a* e *c*, da CF, desafiando acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado (fl. 233):

> *Mandado de Segurança. ISS. Inconstitucionalidade do item 1.05 da lista de serviços anexa à Lei Municipal n. 13.701/2003 e à LC 116/2003. Pretensão de que seja reconhecida a não incidência do tributo municipal sobre o licenciamento de software "de prateleira". Sentença que denegou a segurança, nos termos do art. 6º, § 5º, da Lei n. 12.016/2009, sem a resolução do mérito. Pretensão à reforma, a fim de ser julgado o mérito da ação mandamental. Acolhimento parcial. Art. 1.013, § 3º, do CPC/2015. Locação de bens móveis que não se confunde com licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computador (item 1.05 da Lista de Serviços anexa à Lei Complementar n. 116/03). Incidência do ISS.*
> *Precedentes do STJ e deste Tribunal Estadual.*
> *Licenciamento de software "de prateleira". Petição inicial não acompanhada de prova pré-constituída, suficiente e inequívoca sobre a violação ou ameaça de violação a direito líquido e certo. Ação mandamental que não comporta dilação probatória. Caso em que não se verifica a demonstração do alegado direito líquido e certo. Recurso provido para se julgar o mérito do mandamus e, ato contínuo, denegar a segurança pleitada na ação mandamental.*

No recurso especial, a parte agravante aponta violação ao art. 1º da Lei nº 12.016/2009, bem como dissídio jurisprudencial. Sustenta, em síntese: (I) a existência de

direito líquido e certo do **mandamus**, pois, *"considerada a premissa de que o objetivo do presente **writ** preventivo é afastar a incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) sobre a atividade de licenciamento de software padronizado ou 'de prateleira', não poderia o v. acórdão recorrido negar a segurança pleiteada sob o fundamento de ausência de comprovação por meio de prova pré-constituída, especialmente após reconhecer a procedência do direito arguido. Isso porque, além de essa verificação caber à autoridade coatora, na medida em que ela tem o dever de aferir a adequação da ordem judicial à situação fática do contribuinte, cabendo ao Poder Judiciário apenas o reconhecimento do direito pleiteado que, observa-se, foi feito, e com resposta positiva à Recorrente -, o Mandado de Segurança preventivo com tutela declaratória não dependerá de prova pré-constituída"* (fl.255/256); e (II) a *"impossibilidade e ilegalidade da exigência do ISS no licenciamento de software de prateleira, uma vez que há caráter de mercadoria do software fornecido"* (fl.259).

É O RELATÓRIO. SEGUE A FUNDAMENTAÇÃO.

O recurso especial não reúne condições de trânsito.

No que se refere à tese referente à configuração do direito líquido e certo no mandado de segurança impetrado, forte na violação do art. 1º da Lei nº Lei nº 12.016/2009, a pretensão não comporta guarida.

Com efeito, a jurisprudência do STJ é firme no sentido de que, via de regra, a apreciação da existência ou não de direito líquido e certo amparado por Mandado de Segurança não tem sido admitida em Recurso Especial, pois exige reexame de matéria fático-probatória.

Nesse sentido, confiram-se:

> *TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HIPÓTESE EM QUE O MANDADO DE SEGURANÇA, QUE IMPUGNA A APREENSÃO DE MERCADORIAS, FOI DENEGADO, EM 2º GRAU, AO FUNDAMENTO DE QUE HOUVE INFRAÇÃO MATERIAL, DE CARÁTER PERMANENTE, À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA ESTADUAL. ALEGADA VIOLAÇÃO E INTERPRETAÇÃO DIVERGENTE DO ART. 1º DA LEI 12.016/2009. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.*

I. Agravo interno aviado contra decisão monocrática publicada em 19/10/2017, que julgara recurso interposto contra decisum publicado na vigência do CPC/2015. II. Na hipótese, trata-se, na origem, de Mandado de Segurança, no qual a impetrante, ora agravante, requer seja garantido seu alegado direito líquido e certo de não sofrer retenção de mercadorias, em razão da suposta falta de recolhimento do ICMS, no regime de substituição tributária. Regularmente processado o feito, sobreveio a sentença concessiva do Mandado de Segurança. Por decisão monocrática do Relator da causa, a sentença foi reformada, em reexame necessário, para denegar o Mandado de Segurança. Interposto Agravo interno, o Tribunal de origem manteve a denegação do Mandado de Segurança, ao fundamento de que houve infração material, de caráter permanente, à legislação tributária estadual. No Recurso Especial, a pretexto de violação e interpretação divergente do art. 1º da Lei 12.016/2009, a ora agravante alegou que, "à época da impetração do presente writ, as mercadorias estavam apreendidas no Posto Fiscal de Alto Araguaia há dias, sem que a autoridade coatora sequer tivesse formalizado via autuação ou notificação qualquer justificativa para sua irresignação quanto ao ICMS supostamente não recolhido. Não obstante, a recorrente juntou aos autos todos os documentos que comprovam a regularidade das mercadorias que entraram no Estado do Mato Grosso, a saber, notas fiscais idôneas e conhecimentos de transporte".

Acrescentou que, "no presente caso, ficou evidente o abuso de poder da autoridade coatora ao apreender as mercadorias que estavam completamente acobertadas pela documentação fiscal exigida pela legislação estadual e federal. Sendo assim, ao contrário do que alega o v. acórdão aqui recorrido, os documentos juntados pela ora recorrente na petição inicial são mais que suficientes para demonstrar que a apreensão da mercadoria foi realizada de forma ilegal, ficando evidente o direito líquido e certo pleiteado no presente writ".

III. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a análise da violação ao art. 1º da Lei 12.016/2009 - a fim de aferir a existência de direito líquido e certo à concessão da segurança - demanda exceder os fundamentos colacionados no acórdão guerreado, com a incursão no conteúdo fático-probatório dos autos, o que implica reexame de provas, inviável, em Recurso Especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ. Nesse sentido: STJ, AgRg no REsp 1.366.994/CE, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, DJe de 24/05/2013; AgRg no REsp 1.318.635/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 16/05/2013; REsp 1.231.325/DF, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe de 20/11/2013.

IV. Agravo interno improvido.
(**AgInt no AREsp 1159120/MT**, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/04/2018, DJe 12/04/2018)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 458, II E 535, II AMBOS DO CPC: ALEGAÇÕES GENÉRICAS. SÚMULA 284/STF. ART. 1o. DA LEI 12.016/2009. DISCUSSÃO RELATIVA À EXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO QUE, NO CASO, IMPÕE O REVOLVIMENTO DE PROVAS, EXPEDIENTE DEFESO EM RECURSO ESPECIAL. AGRAVO REGIMENTAL DO CONTRIBUINTE DESPROVIDO.
1. Não se conhece de violação de norma infraconstitucional, no caso, arts. 458, II e 535, II do CPC, quando as razões recursais não indicam de forma percuciente a apontada ofensa, mas, ao revés, mostram-se genéricas e destituídas de concretude. Incidência da Súmula 284/STF.
2. A demonstração de direito líquido e certo a amparar o Mandado de Segurança, com esteio em suposta afronta ao artigo 1o. da Lei 12.016/2009, não pode ser acolhida em Recurso Especial quando, como no caso dos autos, a incerteza quanto àquele direito e à sua extensão, para ser afastada, requer nova incursão na seara probatória da causa, expediente defeso em Recurso Especial.
3. Agravo Regimental do Contribuinte a que se nega provimento.
(**AgRg no REsp 1460750/RS**, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/05/2017, DJe 23/05/2017)

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. ART. 1º DA LEI 12.016/2009. ANÁLISE DE QUESTÃO FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. ANÁLISE DE LEI LOCAL. INVIABILIDADE. INCIDÊNCIA, POR ANALOGIA, DA SÚMULA 280/STF.
1. Trata-se, na origem, de Mandado de Segurança impetrado com o objetivo de permitir a participação de agente penitenciário em estágio probatório no curso de formação da Polícia Militar.
2. A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que, via de regra, a apreciação da existência ou não de direito líquido e certo amparado por Mandado de Segurança não tem sido admitida em Recurso Especial, pois exige reexame de matéria fático-probatória.
3. Não se pode analisar o argumento de que o Poder Executivo

estadual não poderia criar direitos sem previsão legal, porquanto seria necessária a análise de legislação local (Leis Complementares 413/2007 e 68/2002 do Estado de Rondônia; Estatuto dos Policias Militares do Estado de Rondônia - Decreto-Lei 9-A/1982; Estatuto da Polícia Civil do Estado de Rondônia - Lei 76/1993), o que é obstado em Recurso Especial, por analogia, nos termos da Súmula 280/STF: "Por ofensa a direito local não cabe Recurso Extraordinário." 4. Agravo Regimental não provido.
(**AgRg no AREsp 489.363/RO**, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/05/2014, DJe 20/06/2014).

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO. RECUSA. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM REJEITADA. VIOLAÇÃO DO ART. 1° DA LEI 12.016/2009. REEXAME. SUMULA 7/STJ.
1. A suposta ofensa do art. 1º da Lei 1.533/51, atual art. 1° da Lei 12.016/09, com a consequente verificação da existência ou não de direito líquido e certo amparado por mandado de segurança, não tem sido admitida em recurso especial, pois é exigido o reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado em razão da Súmula 7/STJ.
2. Afigura-se legítima a autoridade apontada como coatora, pois a legitimidade é definida na pessoa que pratica ou ordena concreta e especificamente a execução do ato impugnado, como na hipótese vertente.
3. Agravo regimental não provido.
(**AgRg no REsp 1366994/CE**, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/05/2013, DJe 24/05/2013)

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. VIOLAÇÃO À DIREITO LÍQUIDO E CERTO. ART. 1º DA LEI 1.533/51. ANÁLISE DE QUESTÃO FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. PROCEDIMENTO DEMARCATÓRIO DE LINHA DE PREAMAR. NOTIFICAÇÃO DE INTERESSADOS. ART. 11 DO DECRETO-LEI 9.760/46.
1. A ausência de debate, na instância recorrida, sobre os dispositivos legais cuja violação se alega no recurso especial atrai, por analogia, a incidência da Súmula 282 do STF.
2. A análise de violação do art. 1º da Lei nº 1.533/51, quanto à existência ou não de direito líquido e certo ensejador de impetração de mandado de segurança, pressupõe reexame da matéria fático-probatória, o que não pode ser feito no âmbito do recurso especial, ante o óbice estabelecido na Súmula 7 do STJ.

> *Precedentes.*
> *3. A teor do art. 11 do DL 9.760/46, a intimação dos interessados no procedimento de demarcação da linha de preamar deve ser pessoal para os interessados certos — assim entendidos os acessíveis, cuja identidade e cujo endereço sejam conhecidos — e por edital, modalidade sempre excepcional de cientificação, para os interessados incertos, seja quanto à identidade, seja quanto ao domicílio (REsp. 550146/PE, 1ª T., Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 05.12.2005) 4. No caso dos autos, segundo registrou o acórdão a quo, "mera convocação genérica não se presta a atender a regra em questão, uma vez que o imóvel consta do Registo Geral de Imóveis, de onde se pode extrair os dados necessários para o respectivo endereçamento pessoal".*
> *5. Recurso especial, parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido.*
> (**REsp 653.607/ES**, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/05/2008, DJe 05/06/2008).

Finalmente, no que concerne à tese referente à não incidência do ISS sobre a atividade de licenciamento de software padronizado ou "de prateleira", cumpre observar que a parte ora agravante não amparou o inconformismo na violação de qualquer lei federal. Destarte, a ausência de indicação do dispositivo legal tido por violado implica deficiência de fundamentação do recurso especial, atraindo a incidência da Súmula 284/STF ("*É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.*"). Nesse diapasão: **AgRg no AREsp 157.696/SC**, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 22/11/2012; **AgRg nos EDcl no Ag 1.289.685/RS**, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 6/8/2010.

Pelos mesmos motivos, segue obstado o recurso especial pela alínea *c* do permissivo constitucional, sendo certo que não foram atendidas as exigências dos arts. 1.029, § 1º, do CPC e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ.

ANTE O EXPOSTO, nego provimento ao agravo.

Publique-se.

Brasília, 08 de abril de 2019.

Ministro Sérgio Kukina, Relator