

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.997 - SP (2017/0214588-0)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
AGRAVANTE : **CLUBTV PRODUÇÕES E ENTRETENIMENTO LTDA. - EPP**
ADVOGADOS : **LUIS EDUARDO VEIGA E OUTRO(S) - SP261973**
RAFAEL RIBERTI - SP353110
RODRIGO MARTINS DA SILVA - SP247516
AGRAVADO : **MUNICÍPIO DE SÃO PAULO**
PROCURADOR : **NATHALY CAMPITELLI ROQUE E OUTRO(S) - SP162679**

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto pela CLUBTV PRODUÇÕES E ENTRETENIMENTO LTDA. – EPP contra decisão que inadmitiu recurso especial, fundado nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, que desafia acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim ementado:

APELAÇÃO CÍVEL. Mandado de segurança. Município de São Paulo. ISSQN. Pretendido reconhecimento do direito líquido e certo de não recolher o imposto incidente sobre contrato de coprodução de obra audiovisual. Ausência de ato coator. Ameaça a direito não demonstrada. Falta de interesse de agir. Extinção do feito sem exame do mérito. Recurso provido.

Nas razões do especial, alega violação do art. 535, II, do CPC/1973, dos arts. 9º, I, e 108, § 1º, do CTN e do art. 1º, *caput*, da Lei Complementar 116/03, além de dissídio jurisprudencial, sustentando as seguintes teses:

a) existência de negativa de prestação jurisdicional, tendo em vista suposta omissão do Tribunal de origem quanto ao enfrentamento acerca da existência de erro de fato no acórdão recorrido, consubstanciado na premissa de que o mandado de segurança teria como ato coator a Solução de Consulta SF/DEJUG 8 de 02/02/2011;

b) no mérito, defendeu que a atividade por ela praticada – coprodução de série televisiva – não se enquadra em qualquer item da lista de serviços anexa à Lei Complementar 116/03, em sua redação vigente à época dos fatos. Acrescenta que os serviços prestados correspondem à descrição contida no subitem 13.01 da referida listagem, que foi vetado pela Presidência da República, razão pela qual não que se falar na incidência de ISS na hipótese.

Sem contrarrazões ao recurso especial, este foi inadmitido, ante a inexistência de ofensa ao art. 535 do CPC/1973, bem como pela aplicação da Súmula 7 do STJ; fundamentos com os quais não concorda a agravante.

Contraminuta apresentada às e-STJ fls. 534/539.

Parecer do MPF pelo provimento do agravo (e-STJ fls. 554/558).

Passo a decidir.

Inicialmente, destaco que o Plenário do STJ decidiu que “aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça” (Enunciado Administrativo 2, sessão de 09/03/2016).

Feita essa consideração, cabe ressaltar que o recurso especial se origina de mandado de segurança preventivo impetrado pela empresa agravante, em que objetiva impedir o iminente lançamento pela Fazenda do Estado de São Paulo do ISS sobre as suas atividades, decorrentes do contrato de coprodução de obra audiovisual firmado entre ela e a Fox Latin American Channels do Brasil Ltda.

Em primeiro grau de jurisdição, o Juízo da 4ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo concedeu a ordem para impedir a cobrança do ISS.

Irresignada, a Fazenda Estadual interpôs apelação, que foi provido pelo TJ/SP, para extinguir o *writ*, sem resolução de mérito, ante a falta de interesse de agir da impetrante. Vejamos, no que interessa, o que está consignado no voto condutor do acórdão recorrido (e-STJ fls. 330/336):

Verifica-se que Clubtv Produções e Entretenimento Ltda. impetrou mandado de segurança em face da Prefeitura do Município de São Paulo, contra ato consistente na Solução de Consulta SF/DEJUG de 02 de fevereiro de 2011, na qual a Municipalidade determina que a impetrante deveria recolher ISS à alíquota de 5%, bem como emitir Nota Fiscal Eletrônica de Serviços sobre a atividade de produção de vídeos publicitários.

O D. juízo *a quo* entendeu por bem conceder a segurança pleiteada, sob o argumento de que não existe amparo legal para a incidência do ISS sobre as atividades de produção, gravação e distribuição de filmes, vez que elas foram excluídas da lista de serviços por veto presidencial.

No entanto, o presente *writ* não merece ser conhecido, vez que a impetrante carece de uma das condições da ação, qual seja, o interesse processual, previsto no art. 3º do Código de Processo Civil.

O interesse processual, ou interesse de agir, é um interesse secundário, instrumental, subsidiário, de natureza processual, consistente no interesse ou necessidade de obter uma providência jurisdicional quanto ao interesse substancial contido na pretensão.

Basta considerar que o exercício do direito de ação, para ser legítimo, pressupõe um conflito de interesses, uma lide, cuja composição se solicita do Estado. Sem que ocorra a lide, o que importa numa pretensão resistida, não há lugar à invocação da atividade jurisdicional. O que move a ação é o interesse na composição da lide (interesse de agir), não o interesse em lide (interesse substancial). (cf. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, 1º Volume, Moacyr Amaral dos Santos, 4ª ed., 1973, p. 210 e 211).

Em matéria tributária, embora o manejo de ação pelo contribuinte possa ocorrer, em tese, em momento anterior ao lançamento, o interesse de agir resulta da existência de um fato concreto e tributariamente tipificado - sobre o qual a aplicação da norma abstrata tenha surtido determinada consequência jurídica (aqui relacionada às obrigações tributárias), já que o mandado de segurança não é destinado à consulta de lei em tese.

Assim, é imprescindível que a circunstância de fato cuja relação jurídica dela decorrente se pretende evitar seja demonstrada pela autora para que o

interesse de agir seja caracterizado no mandamus, que não se presta à apreciação de questões meramente hipotéticas.

Sobre a matéria, leciona Giuseppe Chiovenda:

(...)

Assim, temos que o interesse de agir do mandado de segurança é a ilegalidade ou o abuso de poder cometidos por autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

No caso dos autos, por meio de mandado de segurança a empresa Clubtv Produções e Entretenimento Ltda. pretende ver reconhecido o seu direito líquido e certo de não recolher ISS sobre um contrato firmado com a empresa Fox Latin American Channels do Brasil Ltda., que tem por objeto a coprodução de uma série de TV, invocando como ato coator a Solução de Consulta SF/DEJUG nº 8 de 02 de fevereiro de 2011.

No entanto, referida consulta, se refere à atividade de produção e gravação de vídeos publicitários que se revelam em tudo distintos e dessemelhantes do contrato objeto do presente *mandamus*, uma vez que trata, a consulta, de produção de vídeo *web*, treinamento para promotoras de degustação de produtos e produção de vídeo comemorativo do aniversário da empresa contratante (fls.94/95).

Desse modo, verifica-se que o ato coator não se relaciona com a segurança pleiteada, sendo forçoso o reconhecimento da falta de interesse de agir da impetrante, **pois não há prova pré-constituída da efetiva ameaça a direito líquido e certo a amparar a impetração do presente mandado de segurança, não bastando para tanto a mera presunção ou receio não assentado em atos objetivos da autoridade coatora.** (grifo adicionado).

No mesmo sentido, o Colendo Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento:

(...)

Vale finalmente deixar expresso que, mesmo que assim não fosse, a tempestividade do *writ*, protocolado em 27 de junho de 2014, não foi comprovada, vez que a Solução de Consulta, conforme explicitado, é datada de 02 de fevereiro de 2011, enquanto o prazo decadencial para a impetração do mandado de segurança é de 120 (cento e vinte) dias contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado, a teor do artigo 23 da Lei 12.016/2009.

Os embargos de declaração opostos pela agravante foram rejeitados.

Pois bem.

Não há violação do art. 535 do CPC/1973 (atual art. 1.022 do CPC/2015) quando o órgão julgador, de forma clara e coerente, externa fundamentação adequada e suficiente à conclusão do acórdão embargado.

Da leitura do excerto do acórdão supracitado, constata-se que o Tribunal de origem foi expresso ao ratificar o seu entendimento pela inexistência de interesse de agir da agravante para a impetração do mandado de segurança.

Isso porque, segundo a Corte Bandeirante, o pedido mandamental foi baseado na Solução de Consulta SF/DEJUG 8 de 02/02/2011, cujas premissas não guardam relação com as atividades desempenhadas pela empresa agravante, sobre as quais objetiva o afastamento da incidência do ISS.

Superior Tribunal de Justiça

Assim, não há falar-se em erro de premissa constante no acórdão, ao considerar que a referida solução de consulta não se presta como prova pré-constituída do justo receio de iminente violação de direito líquido e certo que ensejou a impetração do *writ*. Em outras palavras, o fundamento para se reconhecer a falta de interesse de agir centrou-se, apenas, no juízo de conformidade entre o decidido na Solução de Consulta SF/DEJUG 8 e a presente hipótese em análise, concluindo o Tribunal local pela inexistência da correlação necessária a justificar o pedido mandamental.

Desse modo, não se vislumbra nenhum equívoco ou deficiência na fundamentação contida no acórdão recorrido, sendo possível observar que o Tribunal apreciou integralmente a controvérsia, apontando as razões de seu convencimento, não se podendo confundir julgamento desfavorável ao interesse da parte com negativa ou ausência de prestação jurisdicional.

No que concerne às questões meritórias, fica claro que, em razão de o TJ/SP ter extinto o processo, nos termos do art. 267, VI, do CPC/1973, não houve a emissão de qualquer juízo de valor acerca dos arts. 9º, I, e 108, § 1º, do CTN e do art. 1º, *caput*, da Lei Complementar 116/03.

Assim, o presente apelo nobre carece, no ponto, do requisito constitucional do prequestionamento, circunstância que atrai a aplicação da Súmula 211 do STJ: "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*".

Ante o exposto, com base no art. 253, parágrafo único, II, "a", do RISTJ, CONHEÇO do agravo para NÃO CONHECER do recurso especial.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator