



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

**Registro: 2019.0000628701**

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1057022-10.2018.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante SPRAY FILMES S/A, é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BEATRIZ BRAGA (Presidente sem voto), BURZA NETO E ROBERTO MARTINS DE SOUZA.

São Paulo, 1º de agosto de 2019

**WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI**

**RELATOR**

**Assinatura Eletrônica**



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

**Apelação n. 1057022-10.2018.8.26.0053.**

**Apelante: Spray Filmes S.A.**

**Apelado: Prefeitura Municipal de São Paulo.**

**Voto n. 29.462.**

**APELAÇÃO - MANDADO DE SEGURANÇA – Impetrante que objetiva o reconhecimento da ilegalidade da exigência do ISS em relação às atividades realizadas por ela; quais sejam, atividade de produção, gravação e distribuição de obras audiovisuais - Cabimento - Atividades sobre as quais não incide o tributo, ante a ausência de previsão legal, já que o item 13.01 da lista anexa à LC 116/03 foi objeto de veto pela Presidência da República quando da edição da lei complementar supramencionada - Atividade de produção audiovisual que não se equipara a produção cinematográfica - Prova da prestação do serviço comprovada nos autos – Pretensão ainda a restituição de valores pagos indevidamente - Descabimento – Via inadequada - Inteligência das Súmulas n<sup>os</sup> 269 e 271, ambas do STF – Sentença parcialmente reformada – Recurso parcialmente provido.**

**Vistos.**

**SPRAY FILMES S.A** impetra o presente mandado de segurança, com pedido de concessão de medida liminar (proc. n<sup>o</sup> 1057022-10.2018.8.26.0053, da E. 2<sup>a</sup> Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital), contra ato do **SECRETÁRIO MUNICIPAL DE FINANÇAS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO**, alegando que dentre outras atividades desenvolve as de criação e produção de obras audiovisuais, cinematográficas, televisivas, editoriais, gráficas, fonográficas, em suporte analógico ou digital, em quaisquer mídias, formatos ou plataformas. Sustentou que sua atividade não é sujeita ao recolhimento de ISS por não estar previsto na lista anexa da Lei Complementar n<sup>o</sup> 116/03. Requer a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária que a obrigue ao recolhimento de ISS sobre as receitas advindas das atividades de produção, gravação e distribuição de obras audiovisuais; a desnecessidade de emissão de nota fiscal de serviços de filmes e vídeos cinematográficos, bem como a repetição de

Apelação Cível n<sup>o</sup> 1057022-10.2018.8.26.0053 (Na).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
PODER JUDICIÁRIO  
São Paulo

indébito tributário com relação aos últimos 5 (cinco) anos.

A liminar foi indeferida (fls. 52/53), razão pela qual foi interposto recurso de agravo de instrumento (fl.57), o qual foi julgado prejudicado, segundo informações constantes do *site* deste Egrégio Tribunal.

Registre-se que foi proferida a r. sentença de fls. 82/84, que denegou a ordem rogada.

A impetrante interpôs, então, a apelação de fls. 86/108, na qual a demandante reitera os argumentos aduzidos em exordial e pugna pela reforma da r. sentença, com a concessão da segurança.

Tempestivo o recurso, foi o mesmo regularmente processado, com a apresentação de contrarrazões (fls. 117/124).

É o relatório.

Malgrado o zelo e a dedicação das ilustres procuradoras da Municipalidade de São Paulo, bem como o entendimento do nobre magistrado de primeiro grau, é de se entender que o presente recurso *reúne condições de prosperar em parte*.

Senão, vejamos.

Pretende a empresa recorrente, com o presente *writ*, ver reconhecido seu direito líquido e certo ao não recolhimento de ISS sobre as atividades por ela desempenhadas, as quais se alega consistir na prestação de serviços de produção, gravação e distribuição de obras audiovisuais.

É perfeitamente *cabível* a impetração do remédio constitucional em exame.

Com efeito, o mandado de segurança é uma ação ou remédio jurídico-constitucional posto à disposição dos cidadãos e das pessoas jurídicas para proteção de direito líquido e certo.

Neste sentido, Hely Lopes Meirelles ensina-nos que: *“Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante:*



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

*se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais”. (in “Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, “Habeas Data”, Ed. Malheiros, 2013 p. 37).*

Assim, a concessão de segurança deve se fundamentar em prova inequívoca, que convença da verossimilhança da alegação e desde que haja risco de ocorrência de relevante prejuízo pela autoridade coatora, nos termos da Lei nº 12.016/2009. Se a prova trazida é robusta para o conhecimento do direito, fica afastada a necessidade de dilação probatória e, portanto, também afastados os óbices ao conhecimento da pretensão mandamental.

As provas documentais reunidas nos autos são mais do que suficientes para o reconhecimento do direito líquido e certo da impetrante, sem que se possa falar em inadequação da via eletiva.

Depreende-se dos autos que a impetrante é uma sociedade anônima de capital fechado, que tem por objeto social, entre outros, a criação e produção de obras audiovisuais, cinematográficas, televisivas, editoriais, gráficas, fonográficas, em suporte analógico ou digital, em quaisquer mídias, formatos ou plataformas (Estatuto Social – Cláusula 3 - fls. 29); ou seja, ela é contratada para a elaboração de filmes de curta, média e longa duração, ficções, documentários, formatos para TV digital ou analógica, conteúdo para *internet* e/ou celular e qualquer outra mídia digital ou analógica, com finalidade publicitária ou não publicitária.

Assim, observa-se que a atividade realizada pela impetrante é a *produção, gravação e distribuição de filmes*, ainda que destinada ao comércio geral ou ao atendimento de encomenda específica de terceiro, conforme se pode observar no contrato de prestação de serviço com a Smiles Fidelidade S.A (fls. 39/50), razão pela qual não está sujeita à incidência do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN, já que tais atividades (item 13.01 da Lista anexa à LC 116/03) foram objeto de veto presidencial; isto é, não se encontram atualmente elencados como um dos itens tributáveis



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

na Lista Anexa da Lei Complementar nº. 116/03<sup>1</sup>; e, diferentemente do que afirma a Municipalidade de São Paulo, não se mostra possível, *in casu*, valer-se de uma interpretação extensiva da norma para o enquadramento tributário das referidas atividades em serviços de cinematografia, tal como previsto no item 13.02 da Lista anexa à LM nº 13.701/03<sup>2</sup> (com redação idêntica ao item 13.03 da LC 116/03), pois inexistente similitude de tal serviço com as atividades exercidas pela impetrante.

Nesse sentido, a jurisprudência vem se manifestando a respeito da matéria:

<sup>1</sup> No tocante aos serviços de produção, gravação, edição e distribuição de filmes, verifica-se que, embora estivessem previstos na Lei Complementar nº 116 de 2003, foram vetados pela Presidência da República, conforme Mensagem nº 362, de 31 de julho de 2003:

*“13.01 Produção, gravação, edição, legendagem e distribuição de filmes, video-tapes, discos, fitas cassete, compact disc, digital video disc e congêneres”.*

Razões do veto:

**O item 13.01 da mesma Lista de serviços mencionada no item anterior coloca no campo de incidência do imposto gravação e distribuição de filmes. Ocorre que o STF, no julgamento dos RREE179.560-SP, 194.705-SP e 196.856-SP, cujo relator foi o Ministro Ilmar Galvão, decidiu**

***“que é legítima a incidência do ICMS sobre comercialização de filmes para videocassete,***

<sup>2</sup> Item 13.02 Lista anexa à LM nº 13.701/03: *“13.02 – Fonografia ou gravação de sons, inclusive trucagem, dublagem, mixagem e congêneres”.*

*do Informativo do STF nº 144). Assim, pelas razões expostas, entendemos indevida a inclusão*

*destes itens na Lista de serviços” (Internet:*

*http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/leis/Mensagem\_Veto/2003/Mv362-03.htm, acessado em 01.07.2019 – 'grifei).*



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

“TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ISS. LC 116/03. PRODUÇÃO DE FITAS E FILMES SOB ENCOMENDA. NÃO INCIDÊNCIA, EM FACE DE VETO DO ITEM 13.01 DA LISTA QUE PREVIA A TRIBUTAÇÃO DESSE SERVIÇO. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA PARA ENQUADRAMENTO COMO ATIVIDADE DE CINEMATOGRAFIA, PREVISTA NO ITEM 13.03. IMPOSSIBILIDADE. ATIVIDADES QUE EMBORA RELACIONADAS, NÃO CORRESPONDEM À MESMA OBRIGAÇÃO DE FAZER. 1. Recurso especial que discute a incidência do ISS sobre a atividade de produção de filmes realizados sob encomenda à luz da LC 116/03. O acórdão recorrido, embora tenha afastado a incidência do tributo em face do item 13.01 (que previa expressamente tal atividade, mas foi vetado pela Presidência da República), manteve a tributação, mediante interpretação extensiva, com base no conceito de cinematografia, atividade prevista no item 13.03. **2. A partir da vigência da Lei Complementar 116/03, em face de veto presidencial em relação ao item 13.01, não mais existe previsão legal que ampare a incidência do ISS sobre a atividade de produção, gravação e distribuição de filmes, seja destinada ao comércio em geral ou ao atendimento de encomenda específica de terceiro, até mesmo porque o item vetado não fazia tal distinção.** 3. Ademais, não é possível, para fins de tributação, enquadrar a atividade em questão em hipótese diversa, de cinematografia, pois: i) "Existindo veto presidencial quanto à inclusão de serviço na Lista de Serviços Anexa ao Decreto-lei 406/68, com redação da Lei Complementar 56/87, é vedada a utilização da interpretação extensiva" (REsp 1.027.267/ES, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 29/04/2009); **ii) Historicamente, a cinematografia já estava contida na lista anexa ao DL 406/68 (item 65) e nem por isso justificava a incidência do tributo sobre a gravação (produção) e distribuição de filmes, que estava amparada em hipótese autônoma (item 63);** **iii) a atividade de cinematografia não equivale à produção de filmes. A produção cinematográfica é uma atividade mais ampla que compreende, entre outras, o planejamento do filme a ser produzido, a contratação de elenco, a locação de espaços para filmagem e, é claro, a própria cinematografia.** 4. Afasta-se, portanto, a incidência do ISS sobre a atividade exercida pela empresa recorrente. 5. Recurso especial provido” (REsp 1.308.628/RS. STJ. Órgão julgador: 1ª Turma, Relator: Ministro Benedito Gonçalves, v.u., publicado no DJ de 02.08.2012 - grifei).

“TRIBUTÁRIO - APELAÇÃO – AÇÃO ANULATÓRIA –



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

ISS – EXERCÍCIO DE 2008 - MUNICÍPIO DE SÃO PAULO - Sentença que julgou improcedentes a ação - Apelo da autora - ISS – PRODUÇÃO DE FILMES SOB ENCOMENDA – NÃO INCIDÊNCIA – Embora os serviços de produção, gravação, edição e distribuição de filmes estivessem previstos no subitem 13.01 do projeto de lei nº 01 de 1991, transformado na Lei Complementar nº 116 de 2003, verifica-se que foram vetados pela Presidência da República – **Impossibilidade de interpretação extensiva para o fim de enquadrar os serviços vetados ao subitem 13.03 da Lista Anexa à Lei Complementar nº 166 de 2003** – Precedentes do C. Superior Tribunal de Justiça e deste E. Tribunal de Justiça em casos semelhantes – **No caso, a autora foi autuada em razão do não recolhimento do ISS pela prestação dos serviços de produção e gravação de filmes, roteiros, animações e vídeos institucionais mediante encomenda – Serviços enquadrados pelo Fisco no subitem 13.03 – Impossibilidade de enquadramento, uma vez que os serviços prestados pela autora se enquadrariam no subitem 13.01, que foi objeto de veto** - HONORÁRIOS RECURSAIS – Majoração nos termos do artigo 85, § 11 do Código de Processo Civil de 2015 – POSSIBILIDADE – Observância ao disposto nos §§ 2º a 6º do artigo 85, bem como aos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º do respectivo artigo – Majoração em 2%, totalizando a verba honorária em 12% do valor do crédito desconstituído - Valor ilíquido. Sentença reformada – Recurso provido” (Apelação nº. 1022605-65.2017.8.26.0053. Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Público; j. 20.06.2018, Rel. Des. Eurípedes Faim - grifei).

“IMPOSTO - ISS - Incidência sobre atividades de produção de vídeos e filmes - Inadmissibilidade - **Item 13.01 da LC nº 116/03 expressamente vetado pela Presidência da República - Atividade não contemplada pelo item 13.03 da lista de serviços** - Precedentes do STJ. [...] RECURSOS NÃO PROVIDOS” (Apelação nº. 1028422-18.2014.8.26.0053; 15ª Câmara de Direito Público; j. 28.09.2017; Rel. Fortes Muniz - grifei).

Neste sentido, também é o entendimento desta C. Câmara:

“Apelação - Mandado de segurança - ISS - Atividade de produção de material audiovisual por encomenda sobre a qual não incide o ISS – Ausência de previsão legal - **Item 13.01, que previa a incidência do ISS sobre a referida atividade, vetado pela Presidência da República** quando da edição da Lei Complementar 116/03 - **Impossibilidade de interpretação extensiva do item 13.03** -

Apelação Cível nº 1057022-10.2018.8.26.0053 (Na).





**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

Atividade de produção de filmes que não se confunde com a atividade de cinematografia - Prova da prestação do serviço comprovada nos autos - Cancelamento das notas fiscais devido - Sentença mantida em reexame necessário - Recurso desprovido” (Apelação nº 1060281-47.2017.8.26.0053, j. 22.05.2019, Rel. Des. Roberto Martins de Souza - grifei).

Assim, indevida a cobrança do ISS sobre a atividade da apelante, fica também esta desobrigada de cumprir com as obrigações acessórias correlatas, como a emissão de notas fiscais de serviço.

Já com relação ao *pedido de repetição de indébito tributário com relação aos últimos 5 (cinco) anos*, entende-se que este que não merece ser acolhido, porquanto vedada a utilização do mandado de segurança como sucedâneo de ação de cobrança, consoante Súmula nº 269 do Supremo Tribunal Federal, que dispõe: “*O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança*”; devendo, neste caso, a impetrante intentar uma ação própria, conforme Súmula nº 271 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*: “*Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais, devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria*”.

Assim, diante do exposto, imperiosa é a *parcial reforma* da r. sentença, para o fim de reconhecer-se a *não incidência do ISS* sobre as atividades de produção de obras audiovisuais executadas pela impetrante, nos termos discutidos na demanda. Custas *ex lege* e sem condenação em honorários advocatícios (Súmulas 105 do STJ e 512 do STF e art. 25 da Lei 12.016/09).

Para os devidos fins de direito, ficam os dispositivos legais citados no presente voto devidamente prequestionados.

Com isto, **dá-se parcial provimento** ao recurso.

**WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI**

*Relator.*