



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

274

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
ACORDÃO/DECISÃO MONOCRÁTICA
REGISTRADO(A) SOB Nº

ACÓRDÃO



02984082

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Reexame Necessário nº 990.10.018884-4, da Comarca de Porto Feliz, em que são apelantes PREFEITURA MUNICIPAL DE PORTO FELIZ e JUIZO EX OFFICIO sendo apelado FERNANDO SAMPAIO TORRES.

ACORDAM, em 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NÃO CONHECERAM DO RECURSO NECESSÁRIO E NEGARAM PROVIMENTO AO VOLUNTÁRIO, V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CARLOS GIARUSSO SANTOS (Presidente) e BEATRIZ BRAGA.

São Paulo, 29 de abril de 2010.


J. MARTINS
RELATOR



VOTO Nº 9633

APELAÇÃO Nº 990.10.018884-4

COMARCA : PORTO FELIZ – 2ª VARA – 151/09

APELANTES: MUNICIPALIDADE DE PORTO FELIZ e

JUÍZO **EX OFFICIO**

APELADO : FERNANDO SAMPAIO TORRES

APELAÇÃO – ISS SOBRE SERVIÇOS CARTORÁRIOS E NOTARIAIS – REGIME ESPECIAL DE RECOLHIMENTO – Cabimento: Cumpridos os requisitos legais, possível o recolhimento do ISS pelo regime especial previsto no art. 9º, § 1º, do Decreto Lei 406/68. Recurso oficial não conhecido e voluntário não provido.

Trata-se de apelação interposta, ao lado do recurso necessário, contra r. decisão que julgou procedente o pedido do autor para determinar o recolhimento do ISS conforme critério estabelecido no art. 9º, do Decreto Lei 406/68, condenando a Municipalidade ao pagamento de verba honorária fixada em 20% do valor atualizado da causa (fls. 249/252).

Inconformada, a Municipalidade defende a incidência do ISS *“sobre o valor destinado ao oficial, excluindo-se os demais encargos com*



natureza de taxa, invertendo-se a condenação em honorários advocatícios” (fls. 256/260).

Recebida em seus regulares efeitos (fls. 261), vieram as contrarrazões de apelação (fls. 264/273).

É O RELATÓRIO.

Em primeiro lugar, embora a culta magistrada **a quo** tenha determinado a subida dos autos para o reexame necessário, percebe-se que o valor da presente ação não ultrapassa os sessenta salários mínimos sendo, portanto, desnecessário o conhecimento do recurso oficial, nos termos do art. 475, § 2º, do CPC.

O recurso da Municipalidade, por outro lado, não merece acolhimento.

O autor pediu que fosse adotado como base de cálculo para o recolhimento de ISS um valor fixo, já que seu trabalho tem característica pessoal, não sendo cabível a incidência do imposto sobre a totalidade da remuneração percebida.

Não há dúvida sobre a incidência do ISS diante do julgamento da ADI nº 3089 pelo Supremo Tribunal Federal, que tem efeito vinculante **erga omnes**, nos termos do art. 102, da CF.



"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO ITENS 21 E 21.1 DA LISTA ANEXA À LEI COMPLEMENTAR 116/2003. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA – ISSQN SOBRE SERVIÇOS DE REGISTRO PÚBLICOS, CARTORÁRIOS E NOTARIAIS. CONSTITUCIONALIDADE.

Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada contra os itens 21 e 21.1 da Lista Anexa à Lei Complementar 116/2003, que permitem a tributação dos serviços de registros públicos, cartorários e notariais pelo Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN.

Alegada violação dos arts. 145, II, 156, III e 236, caput, da Constituição, porquanto a matriz constitucional do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza permitiria a incidência do tributo tão-somente sobre a prestação de serviços de índole privada. Ademais, a tributação da prestação dos serviços notariais, também ofenderia o art. 150, VI, a e §§ 2º e 3º da Constituição, na medida em que tais serviços públicos são imunes à tributação recíproca pelos entes federados.

As pessoas que exercem atividade notarial não são imunes à tributação, porquanto a circunstância de desenvolverem os respectivos serviços com intuito lucrativo invoca a exceção prevista no art. 150, § 3º da Constituição. O recebimento de remuneração pela prestação dos serviços confirma, ainda, capacidade contributiva.

A imunidade recíproca é uma garantia ou prerrogativa imediata de entidades políticas federativas, e não de particulares que executem, com inequívoco intuito lucrativo, serviços públicos mediante concessão ou delegação, devidamente remunerados.

Não há diferenciação que justifique a tributação dos serviços públicos concedidos e a não-tributação das atividades delegadas.

Ação Direta de Inconstitucionalidade conhecida, mas julgada improcedente."

Cabe analisar, então, qual é o fato gerador do imposto e qual sua base de cálculo.

Se formos instituir como base de cálculo o montante auferido pelos notários, tabeliães e oficiais de registros, creio que vamos esbarrar na bitributação. Vejamos:



Os atos e não serviços são essencialmente públicos e deveriam ser praticados pelo Poder Público, mas por uma permissividade constitucional (art. 236, da CF) são delegados a particulares.

Por ser delegada somente a pessoa natural, com determinados requisitos legais e trazidos ao cargo através de concurso público de provas e títulos realizado pelo Poder Judiciário, sua remuneração não é satisfeita pelo Poder Público, mas sim na forma de emolumentos regradados por Lei Federal e pela Corregedoria Geral da Justiça. Assim, o delegatário não estipula o valor a ser cobrado pelo ato praticado, mas sim aquele pré-estabelecido pelo Estado que delega o serviço.

Nem toda a remuneração da atividade notarial pertence ao titular da delegação, já que parte dela é do Estado, carteiras previdenciárias e outros encargos e contribuições instituídas por lei. O que resta é o resultado de seu trabalho, sua remuneração, seu salário, sobre o qual, feitas as deduções legais, incidirá o Imposto de Renda.

Deste modo, cobrar o ISS desse montante é incidir outro imposto sobre a mesma base de cálculo, o que é vedado pela Constituição Federal.

Assim posto, resta analisar a possibilidade da cobrança do ISS na forma prevista no art. 9º, § 1º, do Decreto Lei nº



406/68, **verbis** “A base de cálculo do imposto é o preço do serviço. § 1º - Quando se tratar de prestação de serviços sob a forma de trabalho pessoal do próprio contribuinte, o imposto será calculado, por meio de alíquotas fixas ou variáveis, em função da natureza do serviço ou de outros fatores pertinentes, nestes não compreendida a importância paga a título de remuneração do próprio trabalho”, não revogado pelo art. 7º da Lei Complementar nº 116/03.

Como sabido, os notários, tabeliães e oficiais de registro exercem, embora em caráter privado, função pública delegada pelo Poder Público.

Maria Helena Diniz compartilha deste entendimento:

“*Serventuário é um servidor público, que exerce uma função pública sui generis, exercida no interesse da sociedade. De modo que, se o Cartório não prestar a contento o serviço, o Poder Público poderá delegá-lo a outrem*” (Sistemas de Registros de Imóveis, Ed. Saraiva, 1992).

E Walter Ceneviva:

“*Serventuário do chamado foro extrajudicial é servidor público, sem mais autonomia administrativa que um chefe de repartição, do qual se distingue por não ser remunerado diretamente pelo Estado, mas pelos interessados no registro, segundo critérios que o Estado impõe, delimita, sistematiza e sujeita à fiscalização, disciplina e punição*” (Lei dos Registros Públicos Comentada, Ed. Saraiva, 1988, p. 51).



Não podem estes profissionais ser comparados a empresas ou equivalentes, ainda que possam contratar quantos funcionários sejam necessários para o desempenho do trabalho, estabelecendo salário e designando funções, já que a delegação é pessoal, devendo responder civil e criminalmente pelos atos praticados por seus prepostos.

Considerando a natureza *sui generis* desta atividade, não resta dúvida que os atos praticados no desempenho de função considerada pública, mas em caráter privado, mantém a característica de pessoalidade, embora possam ser realizados por um preposto.

Estes prepostos, contudo, são contratados e pagos pelos delegatários que respondem por todos os atos praticados, civil e criminalmente, independentemente de quem os tenha feito, motivo pelo qual o recolhimento do ISS deve respeitar o regime especial.

Enquanto vigente a legislação anterior, Decreto Lei 406/68, não havia previsão para cobrança de ISS dos serviços públicos, cartorários e notariais.

Contudo, com o advento da LC 116, de 31 de julho de 2003, que revogou antigos diplomas legislativos visando acompanhar a nova realidade econômica, notadamente em razão da utilização da informática, alcançou, entre outros, a delegação de

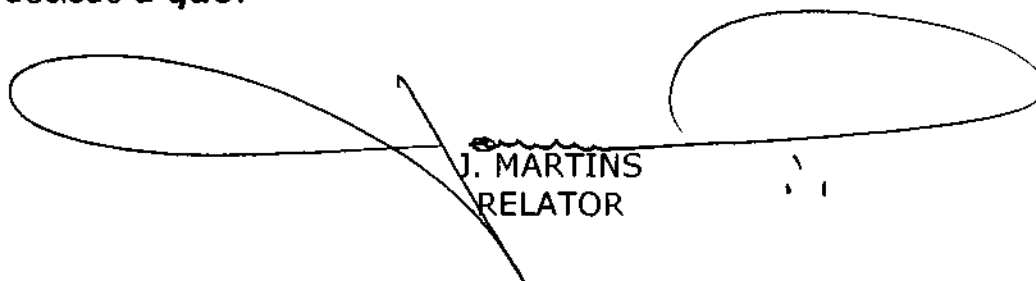


serviços públicos, passando a permitir, nos itens 21 e 21.01, a tributação de ISS sobre os serviços cartorários e notariais.

No mesmo sentido, é o art. 236, da Constituição Federal: "*os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público*", sendo, por isso, passíveis de tributação.

Deste modo, tendo o Supremo Tribunal Federal reconhecido a legalidade do ISS, resta apenas estabelecer qual a base de cálculo a ser empregada que, como dito acima, por entender tratar-se de uma prestação com característica de personalidade, deve obedecer ao regime especial, como bem determinado na decisão monocrática que, portanto, não merece qualquer reforma.

Diante do exposto, **NÃO SE CONHECE** do recurso oficial e **NEGA-SE PROVIMENTO** ao voluntário, mantendo-se intacta a r. decisão *a quo*.



J. MARTINS
RELATOR