

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ÓRGÃO ESPECIAL**

**Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 007538-
12.12.2010.8.19.0023**

**ARGUENTE : E. 4ª CÂMARA CIVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO
DO RIO DE JANEIRO**

**INTERESSADOS : 1) MARIA GORETI ARAÚJO DA CUNHA
2) MUNICÍPIO DE ITABORAÍ**

Relatora : Desa. Gizelda Leitão Teixeira

Incidente de Declaração de Inconstitucionalidade. Invalidez Lei Complementar nº33/2003 município de Itaboraí: cobrança do ISSQN sobre serviços notariais e de registro. Arguição de inconstitucionalidade na esteira do decidido pelo Órgão Especial com reconhecimento de vícios em lei carioca e que versaria sobre idêntica matéria da lei itaboraiense. *ACOLHIMENTO*. O STF não decidiu quanto ao regime de pagamento do ISS, até por ser matéria infraconstitucional, a ser regulada pela legislação de cada Município, atento às normas gerais da Lei Complementar nº116/03. 1) *Atividade notarial não tem contornos empresariais*. A LC 33/2003 permite reconhecimento de ofensa aos princípios da igualdade tributária e da capacidade contributiva. 2) E resta, *configurada violação ao art. 150, inciso III, "c" da Constituição Federal/88 que resguarda a segurança jurídica e daí não pode haver surpresas advindas de nova regra de recolhimento do tributo*. Mister possibilite-se condições ao devedor de para a quitação ou haverá frustração da própria finalidade arrecadatória perseguida, violando-se o princípio da razoabilidade. **DECLARA-SE INCONSTITUCIONAL a LC nº33/2003 do Município da Itaboraí. Essa questão prejudicial deve vincular o órgão fracionário quando do julgamento da apelação em trâmite perante a 4ª Câmara Cível.**

Vistos, relatados e discutidos esse Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade suscitado pela E. 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça desse Estado, decidem os Desembargadores que integram o Órgão Especial, por unanimidade, DECLARAR INCONSTITUCIONAL a Lei Complementar nº33/2003 do Município de Itaboraí, nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

Rio de Janeiro, 25 / 08 / 2014.

Desa. Gizelda Leitão Teixeira

RELATÓRIO:

Trata-se de Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade suscitado pela E. 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça nos autos da Apelação Cível nº **007538-12.12.2010.8.19.0023**, sendo parte apelante Marias Goreti Araújo da Cunha e como apelado o Município de Itaboraí.

A apelante Maria Goreti é Titular do Cartório do 1º Ofício de registro de Pessoas Naturais do Município de Itaboraí e propôs ação distribuída ao Juízo da 1ª Vara Cível daquela Comarca, buscando reconhecimento da inexigibilidade do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza quanto ao serviço notarial e registrador que ela Autora realiza pelo sistema variável e mensal. Buscou a Autora o reconhecimento de ser correto o critério do pagamento fixo, sem a obrigação de apresentar as receitas mensais a partir de janeiro de 2004, bem como fosse reconhecida a inconstitucionalidade da Lei Complementar Municipal nº33/2003 que inobserva o princípio nonagesimal.

Dita ação fora julgada improcedente.

Proposto o pertinente Recurso de Apelação teve, ab initio, seguimento negado, invocando-se o art. 557 caput do CPC (decisão fls.643/649).

Interposto Agravo Inominado foi provido para “anular a decisão monocrática proferida, para prosseguimento do feito” (fls.670/671).

À unanimidade de votos, os integrantes da 4ª Câmara Cível decidiram reconhecer a inconstitucionalidade da referida Lei Complementar, ao entendimento que a matéria era idêntica aquela objeto da Representação por Inconstitucionalidade nº0046363-60.2011.8.19.0000 acolhida pelo E. Órgão Especial, adotando no julgamento os mesmos fundamentos.

VOTO: Conhece-se o Incidente processual, por atendidos os requisitos legais, à vista do acórdão de fls.728/731 que sinalizara a inconstitucionalidade da LC nº 33/2003 do Município da Itaboraí, enquadrando-se a hipótese aqui tratada no art. 481 *caput* do CPC.

Aqui a matéria diverge daquela tratada na Representação por Inconstitucionalidade nº0046363-60.2011.8.19.0000, até porque nesse feito um dos temas era a inconstitucionalidade dos decretos editados por ente federativo diferente que era o Município do Rio de Janeiro. Diverso, portanto, os objetos tratados nos referidos feitos.

1) Enfrentando o tema quanto à afronta aos princípios da igualdade e da capacidade contributiva pela base de cálculo adotada na Lei Complementar nº33/2003do Município de Itaboraí, discordo, d.v., do entendimento manifestado pelo Ministério Público em seu judicioso Parecer, por entendermos que a situação de um Notário ou Registrador é semelhante a de um profissional liberal, sendo certo que a atividade notarial é exercida por pessoas físicas, profissionais de direito, que têm fé pública e daí recebem da legislação tributária tratamento idêntico àquele do profissional liberal, autônomo.

Releva notar que a Constituição Federal não autoriza que se delegue serviço público à pessoa jurídica, mas tão somente à pessoa física e, no caso dos Notários e Registradores são investidos no cargo através de concurso público de provas e títulos.

Não há semelhança entre o Notário e o Registrador com um empresário, porque seus colaboradores (escreventes e substitutos) executam simples atividade-meio , enquadrando-se, portanto, nos termos do artigo 966 do Código Civil que assim estabelece:

“Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa”.

Em decorrência de tais considerações, entendemos que a **tributação por alíquota fixa é a mais adequada**, tendo sempre em mente que a base de cálculo do ISS, em geral, é o preço do serviço prestado e notários e registradores não percebem preços, mas emolumentos e emolumentos, já decidiu o Supremo Tribunal Federal têm natureza de taxa.

No caso dos Notários e Registradores o preço do serviço não é fixado livremente por acordo entre as partes, porque a taxa é instituída por lei e seu valor pela lei fixado, daí decorrendo a natureza ex lege.

Com isso afirma-se que os emolumentos que Notários e Registradores percebem decorrem de lei e não têm eles qualquer interferência na fixação do valor dos serviços que prestam.

Tal entendimento decorre também da manifestação pela Egrégia Corregedoria Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro em consulta feita pela ANOREG, no procedimento nº2008-221348, *verbis*:

“1. Os notários e oficiais de registro não estão obrigados a exibirem os livros próprios exclusivos da fiscalização judiciária aos Senhores Fiscais da Municipalidade, posto que a fiscalização dos serviços prestados por tais delegatários é privativa do Poder Judiciário (art. 236 §1º da CF), através da Corregedoria Geral da Justiça (arts. 17 §3º, 40 e 42 do CODJERJ);

2. É inviável a cobrança concomitante, dos serviços notariais e de registro, das Taxas incidentes sobre os Fundos e do ISSQN,

se não aplicada a inteligência do artigo 9º, §1º do Decreto-lei nº406/68. Assim, para o caso específico dos notários e registradores, o ISSQN deverá ser calculo por meio de valor fixo sobre a pessoa física do delegatário”.

2) Detectamos, também, vício de inconstitucionalidade quando a **LC 33/2003 assevera que sua vigência dar-se-ia a partir do primeiro dia útil do ano de 2004, eis que vai de encontro ao previsto no art. 150, inciso III, alínea “c” da Constituição Federal que visa resguardar o contribuinte do elemento surpresa.**

A Constituição Federal de 1988 dá a competência aos entes federativos (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) para criar tributos específicos, impondo ao mesmo tempo princípios a serem obedecidos por esses entes políticos: as chamadas Limitações ao Poder de Tributar que afetam justamente a competência tributária.

A Constituição dá competência, mas excepciona, restringe e condiciona determinadas situações que não poderão ser tributadas.

As Limitações constitucionais ao poder de tributar são aquelas previstas no art. 150 da Constituição Federal, e, dentre elas há de se destacar o **inciso III, alíneas “a” e “b”** que assim dispõem:

III - cobrar tributos:

(...)

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;

c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o

disposto na alínea b; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

A CF institui como garantia fundamental o Princípio Nonagesimal e daí o art. 666 da Lei Complementar nº33/2003 ao prever a vigência do ali disposto de forma quase que imediata surpreende o contribuinte.

Não se pode olvidar que os motivos invocados na Contestação pelo Município (evitar a sonegação; assegurar arrecadação mais eficiente, facilitar a atuação do Fisco) não justificam a vigência em curtíssimo espaço de tempo, eis que o contribuinte necessita de tempo para adaptar-se do novo sistema adotado.

Resta claro que o reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 666 da Lei Complementar nº33/2003 não impede a incidência do ali previsto após ultrapassado o período de 90 dias posteriores à entrada em vigor da referida LC.

Ultrapassados os 90 dias da entrada em vigor da LC seus dispositivos tem aplicação plena na relação jurídico-tributária da qual figura como contribuinte a autora/apelante.

Ante o exposto, dá-se **total provimento ao Incidente de Inconstitucionalidade**, na forma antes referida, retornando os autos à Câmara de origem, para que se retome o julgamento da apelação que ali tramita, observando que reconhece-se como exigível o tributo em relação ao serviço notarial e registrador **por alíquota fixa** e, por via de consequência, *não estão obrigados (notários e registradores) a exibirem os livros próprios exclusivos da fiscalização judiciária aos Senhores Fiscais da*

Municipalidade, posto que a fiscalização dos serviços prestados por tais delegatários é privativa do Poder Judiciário.

Reconhece-se, igualmente vício de inconstitucionalidade pela violação ao princípio nonagesimal contido na **Lei Complementar do Município de Itaboraí de nº33/2003, em seu artigo 666**, somente sendo exigível após ultrapassado o período de 90 dias posteriores à entrada em vigor da referida LC.

Rio de Janeiro, 25 / 08 / 2014.

Desa. GIZELDA LEITAO TEIXEIRA
Relatora