

# Mandado de Segurança - Denegação - ISSQN - Cartórios Incidência - Serviços notariais - Registro

COMARCA DE BELO HORIZONTE

JUÍZO DA 6ª VARA DE FEITOS DA FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL

PROCESSO Nº : 0024.09.481.909-1

Vistos etc.

JOSÉ AUGUSTO SILVEIRA impetrou MANDADO DE SEGURANÇA contra ato do EXCELENTÍSSIMO SENHOR PREFEITO MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE, sustentando, em apertada síntese, que o ISSQN incidente sobre serviços notariais e de registro deve ser calculado com base no §1º do art. 9º do Decreto-Lei nº 406/68, que estabelece que se o serviço for prestado pessoalmente pelo contribuinte a base de cálculo será fixa, não compreendida a importância paga a título de remuneração do próprio trabalho, pelo que devem ser suspensos os efeitos da Lei Municipal nº 9.677/08, que alterou a redação da Lei Municipal nº 8.725/03, que determina, para o caso, o cálculo com base na receita de emolumentos.

A liminar foi deferida.

O Impetrado prestou informações, sustentando, em suma, que não seria cabível na espécie o mandado de segurança, posto ser discutível se a prestação de serviço tributada é feita sob a forma de trabalho pessoal do próprio contribuinte, já que cartórios têm empregados e uma verdadeira estrutura empresarial, e que o Impetrante não pode ser enquadrado como profissional autônomo.

A liminar foi revogada, em juízo de retratação.

O Ministério Público opinou pela denegação da ordem.

É o Relatório.

Decido.

Nas precisas palavras do saudoso mestre HELY LOPES MEIRELLES:

"Mandado de Segurança é o meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça"; (Mandado de Segurança, Malheiros Editora, 30ª edição, pág. 25/26).

Agora, como é por todos sabido, a demonstração do direito líquido e certo, em sede de mandado de segurança, demanda prova pré-constituída, notadamente porque o mandamus não comporta a fase instrutória inerente aos ritos que contemplam cognição primária.

Neste sentido posiciona-se a doutrina:

"(...) Finalmente, o último requisito é o que concerne ao direito líquido e certo. Originariamente, falava-se em direito certo e incontestável, o que levou ao entendimento de que a medida só era cabível quando a norma legal tivesse clareza suficiente que dispensasse maior trabalho de interpretação.

Hoje, está pacífico o entendimento de que a liquidez e certeza referem-se aos fatos; estando estes devidamente provados, as dificuldades com relação à interpretação do direito serão resolvidas pelo juiz.

Daí o conceito de direito líquido e certo como o direito comprovado de plano, ou seja, o direito comprovado juntamente com a petição inicial. No mandado de segurança, inexistente a fase de instrução, de modo que, havendo dúvidas quanto às provas produzidas na inicial, o juiz extinguirá o processo sem julgamento do mérito, por falta de um pressuposto básico, ou seja, a certeza e liquidez do direito." (MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, in Direito Administrativo, Editora Atlas, 13ª Edição, pág. 626).

De fato, em sede de mandado de segurança não há espaço para dilação probatória, devendo o direito ser líquido e certo, lição do já citado Professor HELY LOPES MEIRELLES:

"(...) 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: 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.

Quando a lei alude a direito líquido e certo, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para seu reconhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano. Se depender de comprovação posterior, não é líquido nem certo, para fins de segurança. Evidentemente, o conceito de liquidez e certeza adotado pelo legislador do mandado de segurança não é o mesmo do legislador civil (CC, art. 1533). É um conceito impróprio - e mal-expresso - alusivo à precisão e comprovação dos fatos e situações que ensejam o exercício desse direito.

Por se exigir situações e fatos comprovados de plano é que não há instrução probatória no mandado de segurança. Há, apenas, uma dilação para informações do impetrado sobre as alegações e provas oferecidas pelo impetrante, com subsequente manifestação do Ministério Público sobre a pretensão do postulante. Fixada a lide nestes termos, advirá a sentença considerando unicamente o direito e os fatos comprovados com a inicial e as informações." (in obra citada, págs. 38&frasl;39).

E outra não é a posição dos tribunais pátrios:

“ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. SERVIÇO DE RADIODIFUSÃO DE SONS E IMAGENS. VERDADEIRA PRETENSÃO DE EXERCER O MONOPÓLIO DO SERVIÇO. ALEGADA NECESSIDADE DE PRÉVIO ESTUDO DE VIABILIDADE ECONÔMICA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

1. ... omissis

7. O Mandado de segurança - remédio de natureza constitucional - visa a proteção de direito líquido e certo, exigindo a constatação de plano do direito alegado, e por ter rito processual célere não comporta dilação probatória.

8. Dessarte, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de ser contemplado em norma legal e ser indúvidoso (certo e incontestável).

9. Revelando seu exercício dependência de circunstâncias fáticas ainda indeterminadas, o direito não enseja o uso da via da segurança, embora tutelado por outros meios judiciais.

10. Segurança denegada. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, MS Nº 8821/DF, Rel. Min. Luiz Fux, julg. 23/06/2004).

Pois bem.

Como já colocado na decisão de fls. 209/212, os bem lançados argumentos trazidos pelo Impetrado afastam a indispensável certeza do direito invocado na inicial.

Com efeito, é certo que os serviços notariais e de registro são exercidos, por delegação do Poder Público, pelos notários, ou tabeliães, e oficiais de registro, ou registrador, profissionais do direito.

Contudo, não podemos nos esquecer, por outro lado, que os notários e registradores, no efetivo desempenho de suas funções, autorizados por lei, contratam escreventes e auxiliares como empregados, bem como podem indicar substitutos, que, simultaneamente com o titular, podem praticar todos os atos que lhe sejam próprios, exceto, nos tabelionatos de notas, lavrar testamentos.

Assim, não se mostra correto dizer que a prestação de serviços pelos notários e registradores desenvolve-se, exclusivamente, sob a forma de trabalho pessoal do próprio contribuinte, como exige a lei, verbis:

“Art 9º 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.” (grifei).

A bem da verdade, a atividade do Impetrante, nos dias de hoje, assume verdadeiros contornos empresariais, dada a estrutura administrativa complexa que a maioria dos cartórios possui, pois, como afirmado pelo eminente Ministro Joaquim Barbosa, do Supremo Tribunal Federal, e destacado pelo digno Representante do Ministério Público em seu parecer, o intuito dos notários e registradores é, legitimamente, o lucro.

E não é despidiendi lembrar, outrossim, que o art. 7º da LC 116/03 definiu, como regra, que a base de cálculo do ISS é o preço do serviço. Assim, tratando-se o benefício encartado no §1º do art. 9º do Decreto-Lei nº 406/68 de uma exceção, como é sabido, por princípio de hermenêutica, seja quando subtrai direitos seja quando adiciona direitos face à regra, deve ser interpretada restritivamente.

Lado outro, não há como reconhecer os notários e registradores como profissionais liberais ou autônomos.

Afinal, consoante assente entendimento do excelso SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, os serviços de registros públicos, cartorários e notariais são exercidos em caráter privado por delegação do Poder Público, exercendo os notários e registradores atividade estatal.

Ora, se o serviço é público, exercido em caráter privado por delegação do ente estatal, nos precisos termos do art. 236 da Constituição Federal, os notários e registradores estão, obviamente, estritamente vinculados à respectiva legislação regulamentar da atividade. São, portanto, prestadores de serviço público, jamais profissionais liberais ou autônomos.

E, por fim, a responsabilidade dos notários e registradores pelos serviços prestados não é pessoal, total e ilimitada.

Com efeito, já proclamou o excelso SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL que o Estado tem responsabilidade objetiva pelos danos causados a terceiros pelos notários e registradores, dada a natureza estatal das atividades por eles exercidas.

Nesse sentido:

“CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO. TABELIÃO. TITULARES DE OFÍCIO DE JUSTIÇA: RESPONSABILIDADE CIVIL. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. C.F., art. 37, § 6º. I. - Natureza estatal das atividades exercidas pelos serventuários titulares de cartórios e registros extrajudiciais, exercidas em caráter privado, por delegação do Poder Público. Responsabilidade objetiva do Estado pelos danos praticados a terceiros por esses servidores no exercício de tais funções, assegurado o direito de regresso contra o notário, nos casos de dolo ou culpa (C.F., art. 37, § 6º). II. - Negativa de trânsito ao RE. Agravo não provido.” (RE 209354 AgR, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 02/03/1999, DJ 16-04-1999 PP-00019 EMENT VOL-01946-07 PP-01275).

Por tudo isso, denego a segurança.

Custas, pelo Impetrante.

Sem honorários, nos termos da Súmula 512 do STF e 105 do STJ.

P.R.I.

Belo Horizonte, 20 de março de 2009.

André Leite Praça

Juiz de Direito