

PARECER

ESTUDO, INVESTIGAÇÃO E ANÁLISE:

Emolumentos dos serviços notariais e de registro e a “devolução em décuplo” prescrita no art. 32 da Lei Estadual nº 11.331/2002

1. Objeto da análise: “entre a cruz e a espada” - como agir legalmente entre o conflito de interesses do usuário-contribuinte e do Poder Delegante

Em razão de uma série de “Reclamações e Representações” propostas por usuários-contribuintes em face de oficiais de registro de imóveis - que têm por objeto dúvida sobre a “base de cálculo” dos Emolumentos, pleiteando a aplicação da “base de cálculo do Imposto” sobre doações e transmissões *causa mortis* e requerendo seja considerada a diferença “indevida” e devolvida em décuplo - a Associação de Registradores Imobiliários do Estado de São Paulo - ARISP, por meio de seu presidente, Dr. Flauzilino Araújo dos Santos, solicita imparcial e independente estudo jurídico para orientar a conduta legal dos notários e registradores no exercício de suas funções públicas delegadas pelo Estado de São Paulo.

1.1. Que legalidade aplicar?

Certifico que o objeto expresso da consulta não é o conflito econômico em torno do valor destas diferenças que representam, em relação ao montante das operações – ao menos nos casos examinados –, valores irrisórios que se situam, na maior parte dos casos, entre cem e quinhentos reais. A preocupação do Presidente da ARISP é saber como seus associados devem comportar-se perante a lei, evitando reflexos na sua responsabilidade, enquanto “sujeitos passivos por substituição” perante o Estado de São Paulo e as várias entidades que, segundo a legislação vigente, participam do custo do serviço e gozam do direito à repartição do produto da arrecadação dos Emolumentos, *ex vi* dos artigos 19 e 20 da Lei 11.331/2002: (i) Fundo de Assistência Judiciária, (ii) custo das diligências dos oficiais de justiça, (iii) Fazenda do Estado, (iv) Carteira de Previdência das Serventias não Oficializadas da Justiça do Estado, (v) compensação dos atos gratuitos do registro civil das pessoas naturais e à complementação da receita mínima das serventias deficitárias e (vi) Fundo Especial do Tribunal de Justiça.

1.2. Notários e Registradores: entre a cruz e a espada

Ressaltamos, portanto, o estrito interesse de cada associado da ARISP em seguir orientação em conformidade com a lei e com o direito na cobrança dos Emolumentos: se cobrar a mais, fica sujeito a reflexos e penas perante o contribuinte; se cobrar a menos, responde como sujeito passivo por substituição do sujeito ativo delegante e pela omissão na destinação legal do produto da arrecadação às entidades e fins acima relacionados.

Tal situação coloca notários e registradores entre a cruz e a espada, diante do desafio de agir conforme a lei: entre o pleito alegado nas “Reclamações e Representações” propostas pelos contribuintes descontentes e as exigências do Estado na consecução dos fins anelados com os Emolumentos.

1.3. Quesitos

- 1. Perante o direito, como devem agir notários e registradores para cobrança da devida remuneração pela prestação de serviços públicos notariais previstos no Art. 236 da Constituição Federal?*
- 2. Qual é base de cálculo, legalmente devida, para efeito da remuneração dos serviços notariais e de registro? Por exemplo, no caso de escritura de doação, devemos tomar como base de cálculo o valor do art. 13, I, da Lei 10.705 (ITCMD) ou o previsto no art. 7º da Lei 11.331/2002 (Lei de Emolumentos)?*
- 3. Quais são as hipóteses “de recebimento de importâncias indevidas ou excessivas” prescritas pelo § 3º do Art. 32 da lei 11.331/2002 que, além da pena de multa, podem fundamentar a restituição do “décuplo da quantia irregularmente cobrada”? A utilização do critério previsto nesta lei pode ensejar a restituição em “décuplo da quantia irregularmente cobrada”?*

2. Entre a lei e o ato de aplicação: o espaço da discricionariedade!

Conforme adverte Herbert Hart, imortal catedrático de Filosofia do Direito da Universidade de Oxford, entre a lei e seu subseqüente ato de aplicação, há o espaço da dúvida, da incerteza causada pela ausência de clareza na regra, em que a solução normativa vacila entre a regra expressa, os valores do ordenamento e os valores e preferências pessoais de quem aplica e concretiza o direito. Assim, conceitos imprecisos (problemas de direito) e dificuldades no plano da apuração e na prova dos fatos (problemas de fato) transferem, silenciosamente, ao aplicador do direito, ampla possibilidade de ajuste ou manipulação da legalidade. Muitas vezes, em detrimento da própria legalidade e comprometendo funções de “controle”, “segurança”, “certeza” e “igualdade” ante a contingência de cada caso concreto.

Para adentrar as questões objeto deste estudo, sem o perigo de cair em “legalismo autista”, distante da prática e da realização integral do direito, analisaremos a seguir os fundamentos que ensejam o conflito e seus inusitados problemas práticos que afligem notários e registradores, juízes e advogados, colocando-nos diante do paradoxo entre a legalidade e sua concreção, no ato de aplicação do direito.

3. O direito cria suas próprias realidades: levando a concreção do princípio da legalidade a sério e o sentido da expressão “ato de aplicação vinculado”

O direito cria suas próprias realidades para garantir a segurança jurídica e a igualdade. É a lei que estipula a regra que vale para todos: contribuintes, agentes do Poder Executivo e do Poder Judiciário. É a

legislação que define o fato gerador do tributo, as partes da relação jurídica tributária e os critérios relevantes para definir o valor do tributo devido.

Isto não passou despercebido pela poderosa intuição intelectual de OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO¹ que, em sua doutrina, tal qual apontou DANIEL PEIXOTO², demonstrou que a vinculação plena exigida pelo art. 3º, do CTN, indica ausência de discricionariedade numa tríplice dimensão: (i) não há opção quanto à cobrança ou não do crédito; (ii) não há opção quanto ao procedimento e (iii) não há opção quanto ao conteúdo do crédito tributário, objeto da atividade administrativa.

Por isso, no regime jurídico dos atos vinculados, deve haver o mínimo espaço para a dúvida. Se ampla possibilidade de dúvida houver, já não se trata mais de ato administrativo vinculado: estaremos no espaço fático da discricionariedade.

4. Regras e suas virtudes silenciosas: segurança jurídica, igualdade e afastamento da discricionariedade fática no ato de aplicação

Sem desconsiderar a relevância dos princípios na argumentação jurídica, a obra de SCHAUER é um elogio à importância de regras objetivas, na realização da legalidade. O recurso à “intenção originária” ou aos “princípios informadores” – como no modelo de DWORKIN³ – não pode com plausibilidade ser considerado como necessidade lingüística: a linguagem tem significado, em si, independente da intenção dada pelo sujeito que,

¹ *Princípios gerais de direito administrativo*, p. 422.

² *Competência administrativa na aplicação do direito tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, pp. 153 e 158-193.

³ *Law's Empire*. Boston: Harvard University Press, 1986, p. 53-76.

originariamente, a empregou. Indagar a questão da intenção originária do autor, em referência às regras da Bíblia, do Alcorão, do Talmud não é questão de Teoria Normativa nem de Filosofia da Linguagem, mas de Teologia⁴: questão de fé!

Regras precisas possuem, pois, virtudes silenciosas. Além de reduzir o grau de arbitrariedade de seus destinatários⁵, são essenciais como ferramentas para a distribuição da competência⁶: o conceito de jurisdição funda-se na tomada de decisões baseada em regras, pois as regras ao delimitarem a classe de fatores a serem considerados pelos aplicadores do direito, estabelecem e restringem o poder exercido na jurisdição, propiciando os necessários mecanismos de controle de tais processos⁷.

É a regra precisa que exige e impõe o regime do ato vinculado: categoria que se opõe àquela dos atos discricionários. No escólio de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO⁸ – ato vinculado é aquele “em que, por existir prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da Administração em face de situação igualmente prevista em termos de

⁴ Admitir que, diante da insuficiência da linguagem da lei, as intenções originárias do corpo legislativo tornam-se concludentes, é altamente discutível a começar pelas dificuldades em identificar intenções em corpos colegiados. Utilizar as intenções revela a tendência de considerar a legislação sob a perspectiva de um modelo imperativo, semelhante ao modo de relação de autoridade – contingente e servil – estabelecido por um soldado obrigado a cumprir os desejos do sargento. Neste, como em outros exemplos (testamento, contratos), o recurso às intenções originárias é exigido pela natureza substantiva da relação. Em outros contextos, o recurso à intenção originária parece menos requerido pela natureza da situação: a ninguém ocorre indagar sobre o que pensavam Abner Doubleday e Cornelius Vanderbilt quando criaram as regras do beisebol e do bridge (SCHAUER, Frederick, ob. cit., p. 285).

⁵ Ob. cit., pp. 295-6.

⁶ SCHAUER, Frederick, ob. cit., p. 221.

⁷ Idem, pp. 298-9.

⁸ *Curso de direito administrativo*, p. 203. No mesmo sentido, Paulo de Barros Carvalho no *Curso de direito tributário*, p. 263-4.

objetividade absoluta, a administração ao expedi-los não interfere com apreciação subjetiva alguma”.

São regras precisas, portanto, que reduzem a margem de liberdade da decisão do agente ante cada caso concreto, viabilizando, de fato, o controle dos atos vinculados⁹.

5. Identificação dos argumentos centrais geradores do conflito jurídico

O Problema em foco, refere-se, nitidamente, à questão de direito: conflito jurídico de interesse emoldurado na forma de “Reclamações e Representações” submetidas ao Poder Judiciário. Não por acaso, PONTES DE MIRANDA enalteceu o direito processual, como aquela porção do ordenamento que está mais rente à vida. Ocupa-se do fenômeno jurídico precisamente quando o direito está sendo aplicado pelo órgão do Poder que detém o monopólio da jurisdição: o Judiciário¹⁰.

A partir de análise empírica, representativa destas “Reclamações e Representações”, podemos sintetizar, mediante processo indutivo, as principais alegações que fomentam as dúvidas sobre a fixação do valor da Taxa de Emolumentos, em três argumentos centrais:

⁹ GASPARINI, Diógenes. *Curso de direito administrativo*, p. 79.

¹⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. Em prefácio ao livro *Introdução à teoria do processo civil*, p. 18, de Paulo César Conrado. 2000, Editora Max Limonad, São Paulo.

Argumento 1 - Como se trata de transmissão de bem imóvel a título de doação, negócio *não-oneroso*, a cobrança dos Emolumentos deve submeter-se à mesma base de cálculo do *Imposto de Doação*.

Argumento 2 - Como se trata de transmissão de bem imóvel a título de doação e, portanto *não-oneroso*, não pode o oficial de registro de imóveis exigir Emolumentos com base no valor de referência do ITBI (Imposto de Transmissão de Bens Imóveis), definido pelo art. 7º, III, da Lei 11.331/2002, que remete à legislação da Prefeitura Municipal de São Paulo, pois este valor somente deve ser utilizado em transações *onerosas*.

Argumento 3 - Em razão dos argumentos 1 e 2, é indevida a cobrança dos Emolumentos. Portanto, deve-se aplicar o art. 32 §3º, da Lei 11.331/2002, exigindo que o oficial de registro de imóveis devolva em décuplo a cobrança indevida, conforme fundamentado nos dois aludidos argumentos.

6. Análise dos três argumentos fomentadores do conflito em face da legislação vigente e da Constituição Federal

Como bem adverte LOURIVAL VILANOVA: a conotação despista a denotação. O desafio de todo intérprete na infundável busca pela verdade não é *vencer* com o argumento de autoridade, mas *convencer* com a autoridade do argumento. Por isso, enfrentar esse tema exige especial atenção ao sentido das palavras que, muitas vezes, confunde os objetos que as mesmas

pretendem representar. É certo que não existem verdades absolutas no caminho de regressão dos fatos concretos interpretados para os fatos geradores previstos na lei, mas há normas jurídicas impositivas, há limites semânticos e há regras lógicas que delimitam aberrações interpretativas.

Segue, nos próximos subitens, análise dos três argumentos centrais, acima identificados, para efeito de elucidação e compreensão do problema.

6.1. Análise do 1º Argumento: “Como se trata de transmissão de bem imóvel a título de doação, negócio *não-oneroso*, a cobrança dos Emolumentos deve submeter-se à mesma base de cálculo do *Imposto de Doação*”

O cerne deste primeiro argumento – afirmando que a base de cálculo legalmente devida para efeito da remuneração dos serviços notariais e de registro, no caso de escritura de doação, é a prevista na Lei 10.705 (ITCMD) e não a prevista no art. 7º, III, da Lei 11.331/2002 (Lei de Emolumentos) – revela clara confusão entre duas incidências, duas normas e dois fundamentos constitucionais completamente distintos.

Este argumento padece de falácia de ambigüidade denominada *equivoco*, que ocorre em proposições cujas formulações contêm palavras ou frases ambíguas. Verificamos aqui duas confusões decorrentes da ambigüidade no uso das expressões “fato gerador” e “base de cálculo”.

A primeira equivocidade (E1) confunde o *fato gerador* do Imposto de Doação, ato do contribuinte doar bem imóvel, com o *fato gerador* da taxa de Emolumentos, ato da prestação de serviços públicos notariais e de

registro; a segunda (E2) confunde a *base de cálculo* do imposto de doação com a “base de cálculo” da taxa de Emolumentos, referida no art. 7º da Lei 11.331/2002, na acepção de *valor de referência*.

O *primeiro equívoco* (E1) confunde duas incidências: o fato gerador do Imposto sobre Doação e o fato gerador dessa taxa de contraprestação de serviços públicos notariais e de registro.

O *segundo equívoco* (E2), decorrente do primeiro, confunde “base de cálculo” do aludido imposto com o *valor de referência* utilizado pela lei como índice para dimensionar o custo do serviço prestado. Muito importante é notar que esta alegação não questiona o arbitramento contido na Lei 11.331/2002. O argumento apenas disputa entre dois *valores de referência*: pretende afastar o valor referência do ITBI para aplicar o valor de referência do ITCMD.

Para aclarar tais equívocidades é necessário cotejar a *Regra do Imposto sobre Doação* e a *Regra da Taxa de Emolumentos*.

Regra do Imposto sobre Transmissão por Doação

- **Ente competente:** Estados e Distrito Federal (art. 155, II, da Constituição Federal);
- **Veículo introdutor** (básico): Lei do Estado de São Paulo 10.705/2000;
- **Fato gerador:** “transmissão de qualquer bem ou direito por doação” (art. 2º, II, da Lei 10.705/2000);
- **Sujeito ativo:** Estado de São Paulo;
- **Sujeito passivo:** “o donatário” (art. 7º da Lei 10.705/2000);
- **Critério quantitativo:**
 - **Base de cálculo:** não será inferior ao valor lançado no IPTU (art. 13, I, da Lei 10.705/2000);
 - **Alíquota:** 4% sobre o valor da base de cálculo (art. 16 da Lei 10.705/2000);

Regra da Taxa de Emolumentos:

- **Ente competente:** Estados e Distrito Federal (Art. 236 da Constituição Federal);
- **Veículo introdutor** (básico): Lei do Estado de São Paulo 11.331/2002;
- **Fato gerador:** “prestação de serviços públicos notariais e de registro previstos no art. 236 da Constituição Federal” (Art. 1º da Lei 11.331/2002);
- **Sujeito ativo:** Estado de São Paulo;
- **Sujeito passivo:** “pessoas físicas e jurídicas que se utilizarem dos serviços ou da prática dos atos notariais e de registro” (Art. 2º da Lei 11.331/2002);
- **Sujeito passivo por substituição:** “notários e registradores” (Art. 3º da Lei 11.331/2002);
- **Critério quantitativo:**
 - **Valor arbitrado como custo efetivo dos atos notariais e de registro, tabelado pela Lei 11.331/2002:** a base a ser considerado como referência para fins de enquadramento nas tabelas de emolumentos será o maior valor entre os seguintes parâmetros: (i) valor econômico da transação ou do negócio jurídico, (ii) valor estabelecido no último IPTU e (iii) base de cálculo do imposto de transmissão “inter vivos” de bens imóveis (art. 7º, incisos I, II e III da Lei 11.331/2002).

A causa do *primeiro equívoco* (E1), entre os dois fatos geradores não se justifica. É certo que ambos são tributos da competência do Estado e do Distrito Federal. Ambos incidem no mesmo tempo cronológico, contudo, tal circunstância, não justifica a confusão conceptual entre os dois fatos geradores. Fato gerador é fato jurídico, não se confunde com o suporte fáctico do acontecimento social. Assim, quando se realiza uma operação de venda de produto industrializado, IPI, ICMS, PIS e COFINS incidem simultaneamente sobre o mesmo suporte factual, constituindo quatro fatos geradores diversos e juridicamente demarcados. A questão aqui é muito mais simples: o fato

gerador do Imposto de Doação é a transmissão *não-onerosa*; o fato gerador da Taxa de Emolumentos, a prestação de serviço público notarial e de registro.

A causa do *segundo* equívoco (E2), a confusão entre *base de cálculo* e *valor de referência* é mais sutil. Base de cálculo do imposto é a perspectiva mensurável do fato gerador. Base de cálculo da taxa é o custo do serviço prestado ou posto à disposição. Como a Taxa de Emolumentos decorre da prestação de serviço público que envolve complexo feixe de direitos, deveres e responsabilidades, aqui, custo do serviço e base de cálculo confundem-se e são valores estipulados e arbitrados pela Lei 11.331/2002, a partir do *valor de referência* fixado na Tabela de Emolumentos. Ou seja, na argumentação sobre o valor dos Emolumentos, a mesma expressão “base de cálculo” representa dois sentidos distintos e inconfundíveis: (i) ora é utilizada no sentido do próprio *valor da taxa* (custo do serviço), (ii) ora é utilizada na acepção do *valor de referência* (utilizado como índice para definir, por arbitramento, o custo do serviço).

Deveras, o fato é que este primeiro argumento não refuta ou afasta os valores arbitrados na Tabela Estadual de Emolumentos. O conflito jurídico qualificado apenas discute qual é “o melhor valor de referência” da Taxa de Emolumentos: o *valor venal com base no IPTU*, previsto na Lei do ITCMD, ou o *valor venal envolvendo, também, o valor referência do ITBI*, previsto na Lei de Emolumentos. Um ou outro submete-se às linhas “a”, “b”, “c”, “d” (...), “z5”, “z6” de entrada da Tabela de Emolumentos.

Então, nosso problema já não é discutir a validade da Lei 11.331/2002, nem a validade da presunção legal que estabeleceu o critério arbitrado no art. 7º, da Lei 11.331/2002, nem, tampouco, a juridicidade da

própria Tabela de Emolumentos, mas tão-somente definir o “melhor” *valor de referência* a ser introduzido na Tabela: isto é, escolher qual linha na coluna “1-ESCRITURA COM VALOR DECLARADO” irá servir para definir o “valor de referência” a ser empregado, sem questionar a própria Tabela de Emolumentos:

			Emols.	Sec. Faz.	Ipesp	R. Civil	Trib. Justiça	Sta. Casa	Total
1-ESCRITURA COM VALOR DECLARADO									
a)		até R\$ 565,00	R\$ 78,72	R\$ 22,37	R\$16,57	R\$ 4,14	R\$ 4,14	R\$ 0,79	R\$ 126,73
b) mais de	R\$ 565,01	até R\$ 2.134,00	R\$ 117,63	R\$ 33,43	R\$ 24,76	R\$ 6,19	R\$ 6,19	R\$ 1,18	R\$ 189,38
c) mais de	R\$ 2.134,01	até R\$ 3.557,00	R\$ 183,65	R\$ 52,20	R\$ 38,67	R\$ 9,67	R\$ 9,67	R\$ 1,84	R\$ 295,70
d) mais de	R\$ 3.557,01	até R\$ 7.115,00	R\$ 262,38	R\$ 74,57	R\$ 55,24	R\$ 13,81	R\$ 13,81	R\$ 2,62	R\$ 422,43
e) mais de	R\$ 7.115,01	até R\$ 14.230,00	R\$ 354,65	R\$ 100,80	R\$ 74,66	R\$ 18,67	R\$ 18,67	R\$ 3,55	R\$ 571,00
f) mais de	R\$ 14.230,01	até R\$ 28.460,00	R\$ 420,72	R\$ 119,57	R\$ 88,57	R\$ 22,14	R\$ 22,14	R\$ 4,21	R\$ 677,35
g) mais de	R\$ 28.460,01	até R\$ 42.690,00	R\$ 499,42	R\$ 141,94	R\$ 105,14	R\$ 26,29	R\$ 26,29	R\$ 4,99	R\$ 804,07
h) mais de	R\$ 42.690,01	até R\$ 56.920,00	R\$ 591,70	R\$ 168,17	R\$ 124,57	R\$ 31,14	R\$ 31,14	R\$ 5,92	R\$ 952,64
i) mais de	R\$ 56.920,01	até R\$ 71.150,00	R\$ 670,43	R\$ 190,54	R\$ 141,14	R\$ 35,29	R\$ 35,29	R\$ 6,70	R\$ 1.079,39
j) mais de	R\$ 71.150,01	até R\$ 85.380,00	R\$ 750,04	R\$ 213,17	R\$ 157,90	R\$ 39,48	R\$ 39,48	R\$ 7,50	R\$ 1.207,57
k) mais de	R\$ 85.380,01	até R\$ 99.610,00	R\$ 841,42	R\$ 239,14	R\$ 177,14	R\$ 44,29	R\$ 44,29	R\$ 8,41	R\$ 1.354,69
l) mais de	R\$ 99.610,01	até R\$ 113.840,00	R\$ 921,04	R\$ 261,77	R\$ 193,91	R\$ 48,48	R\$ 48,48	R\$ 9,21	R\$ 1.482,89
m) mais de	R\$ 113.840,01	até R\$ 122.280,00	R\$ 1.013,33	R\$ 288,00	R\$ 213,33	R\$ 53,33	R\$ 53,33	R\$ 10,13	R\$ 1.631,45
n) mais de	R\$ 122.280,01	até R\$ 142.300,00	R\$ 1.078,47	R\$ 306,51	R\$ 227,05	R\$ 56,76	R\$ 56,76	R\$ 10,78	R\$ 1.736,33
o) mais de	R\$ 142.300,01	até R\$ 284.600,00	R\$ 1.196,99	R\$ 340,20	R\$ 252,00	R\$ 63,00	R\$ 63,00	R\$ 11,97	R\$ 1.927,16
p) mais de	R\$ 284.600,01	até R\$ 426.900,00	R\$ 1.329,09	R\$ 377,74	R\$ 279,81	R\$ 69,95	R\$ 69,95	R\$ 13,29	R\$ 2.139,83
q) mais de	R\$ 426.900,01	até R\$ 569.200,00	R\$ 1.473,86	R\$ 418,88	R\$ 310,28	R\$ 77,57	R\$ 77,57	R\$ 14,74	R\$ 2.372,90
r) mais de	R\$ 569.200,01	até R\$ 868.566,00	R\$ 1.628,57	R\$ 462,85	R\$ 342,86	R\$ 85,71	R\$ 85,71	R\$ 16,29	R\$ 2.621,99
s) mais de	R\$ 868.566,01	até R\$ 1.447.609,00	R\$ 2.261,89	R\$ 642,86	R\$ 476,19	R\$ 119,05	R\$ 119,05	R\$ 22,62	R\$ 3.641,66
t) mais de	R\$ 1.447.609,01	até R\$ 2.171.414,00	R\$ 2.940,46	R\$ 835,71	R\$ 619,04	R\$ 154,76	R\$ 154,76	R\$ 29,40	R\$ 4.734,13
u) mais de	R\$ 2.171.414,01	até R\$ 2.895.219,00	R\$ 3.619,02	R\$ 1.028,57	R\$ 761,90	R\$ 190,48	R\$ 190,48	R\$ 36,19	R\$ 5.826,64
v) mais de	R\$ 2.895.219,01	até R\$ 3.619.023,00	R\$ 4.297,58	R\$ 1.221,42	R\$ 904,76	R\$ 226,19	R\$ 226,19	R\$ 42,98	R\$ 6.919,12
w) mais de	R\$ 3.619.023,01	até R\$ 4.342.828,00	R\$ 4.976,16	R\$ 1.414,27	R\$ 1.047,61	R\$ 261,90	R\$ 261,90	R\$ 49,76	R\$ 8.011,60
x) mais de	R\$ 4.342.828,01	até R\$ 5.066.633,00	R\$ 5.654,72	R\$ 1.607,13	R\$ 1.190,47	R\$ 297,62	R\$ 297,62	R\$ 56,55	R\$ 9.104,11
y) mais de	R\$ 5.066.633,01	até R\$ 5.790.437,00	R\$ 6.333,28	R\$ 1.799,99	R\$ 1.333,32	R\$ 333,33	R\$ 333,33	R\$ 63,33	R\$ 10.196,58
z) mais de	R\$ 5.790.437,01	até R\$ 6.514.242,00	R\$ 7.011,86	R\$ 1.992,84	R\$ 1.476,18	R\$ 369,04	R\$ 369,04	R\$ 70,12	R\$ 11.289,08
z1) mais de	R\$ 6.514.242,01	até R\$ 7.238.046,00	R\$ 7.690,43	R\$ 2.185,70	R\$ 1.619,04	R\$ 404,76	R\$ 404,76	R\$ 76,90	R\$ 12.381,59
z2) mais de	R\$ 7.238.046,01	até R\$ 8.685.656,00	R\$ 9.047,57	R\$ 2.571,41	R\$ 1.904,75	R\$ 476,19	R\$ 476,19	R\$ 90,48	R\$ 14.566,59
z3) mais de	R\$ 8.685.656,01	até R\$ 10.133.266,00	R\$ 10.404,69	R\$ 2.957,12	R\$ 2.190,46	R\$ 547,62	R\$ 547,62	R\$ 104,05	R\$ 16.751,56
z4) mais de	R\$ 10.133.266,01	até R\$ 11.580.875,00	R\$ 11.761,84	R\$ 3.342,83	R\$ 2.476,17	R\$ 619,04	R\$ 619,04	R\$ 117,62	R\$ 18.936,54
z5) mais de	R\$ 11.580.875,01	até R\$ 13.028.484,00	R\$ 13.118,96	R\$ 3.728,54	R\$ 2.761,88	R\$ 690,47	R\$ 690,47	R\$ 131,19	R\$ 21.121,51
z6) mais de	R\$ 13.028.484,01		R\$ 14.476,10	R\$ 4.114,26	R\$ 3.047,60	R\$ 761,90	R\$ 761,90	R\$ 144,76	R\$ 23.306,52

Rompe-se, aqui, este primeiro argumento: (i) não se trata de *fato gerador de imposto*, mas de *fato gerador de taxa* e (ii) não se pretende afastar o critério arbitrado pela Lei 11.331/2002, mas simplesmente, *contra-legend* alterar o *valor de referência*, clara e inequivocamente, definido na Lei de Emolumentos.

Reitere-se, a atividade do oficial de registro de imóveis está vinculada à lei: notários e registradores são obrigados a aplicar a Lei de Emolumentos que define, como *referência* para fins de enquadramento nas linhas de entrada da Tabela, o maior valor entre os seguintes parâmetros: (i) valor econômico da transação ou do negócio jurídico, (ii) valor estabelecido no último IPTU e (iii) base de cálculo do imposto de transmissão “inter vivos” de bens imóveis (art. 7º, incisos I, II e III da Lei 11.331/2002).

Portanto, são dois tributos distintos: um, a Taxa de Emolumentos; outro, o Imposto de Doação, com seu fato gerador e base de cálculo, especificamente definidos na lei do ITCMD (Lei 10.705/2000).

Conclusão: este primeiro argumento não ataca a Lei 11.331/2002, nem o custo do serviço arbitrado na Tabela de Emolumentos.

Pretende-se com ele impor que o *valor de referência* aplicável à Tabela seja o valor da legislação do ITCMD. Contudo, a Taxa de Emolumentos tem regime jurídico próprio e o oficial de registro não é livre para eleger o *valor de referência*: ele realiza ato vinculado de aplicação da Lei de Emolumentos, como sujeito passivo por substituição (Art. 3º da Lei 11.331/2002), responsável tributário por lei (art. 128 do CTN), responsável tributário por omissão na aplicação da legislação devida (art. 134 do CTN), pessoalmente responsável por ato de infração à lei (art. 135, I do CTN) e, ainda, sujeito a enquadramento no crime de sonegação fiscal, qualificado pela Lei dos Crimes Contra a Ordem Tributária, por deixar de cobrar o montante do tributo devido por esta Lei.

6.2. Análise do 2º Argumento: “Como se trata de transmissão de bem imóvel a título de doação e, portanto *não-oneroso*, não pode o oficial de registro de imóveis exigir Emolumentos com base no valor de referência do ITBI (Imposto de Transmissão de Bens Imóveis), definido pelo art. 7º, III, da Lei 11.331/2002, que remete à legislação da Prefeitura Municipal de São Paulo, pois este valor somente deve ser utilizado em transações *onerosas*”

Este segundo argumento segue o mesmo paradigma do primeiro: não ataca a Lei 11.331/2002, nem o custo do serviço arbitrado na Tabela de Emolumentos, tão-somente pretende impor que o valor de referência aplicável à Tabela seja o valor da legislação do imposto de doação (ITCMD), atacando, pela negativa, o critério expressamente imposto pelo art. 7º, III, da Lei 11.331, sob a alegação de que não se pode empregar a base de cálculo do ITBI, na transmissão *inter vivos*, que é onerosa, para a transmissão de bens por doação que é não-onerosa. Ou seja, que não se pode aplicar base de cálculo *de* transmissão onerosa *para* transmissão não-onerosa.

Este argumento é falso. Ocorre que a base de cálculo do Imposto sobre doações mede a perspectiva econômica da operação de doação. Diversamente, a base de cálculo da Taxa de Emolumentos mede o custo do serviço notarial e de registro, em que a onerosidade ou não-onerosidade, no ato de transferência do imóvel, é irrelevante.

Há neste argumento outra clara equivocidade entre o “fato gerador” e a “base de cálculo” destes dois tributos. Note-se que como o dimensionamento da Taxa de Emolumentos está voltado para mensuração do serviço prestado, arbitrado a partir de critério eleito pela legislação, a circunstância da transação, em si, apresentar-se como onerosa ou não-onerosa,

“inter vivos” ou “causa mortis”, é, absolutamente, irrelevante para dimensão legal dos Emolumentos.

É proibido aos notários e registradores desconsiderar critérios legais, posto que, como vimos exercem atividade plenamente vinculada, na formalização e fixação do *quantum debeatur* da aludida exação.

Sob a perspectiva da efetividade entre legalidade abstrata e legalidade aplicada, o referencial do “valor do ITBI”, eleito entre os incisos do art. 7º da Lei 11.331/2002, é mais preciso e mais fácil de provar que o referencial “valor venal”. Assim, o legislador revelou zelo e cuidado na aproximação entre a legalidade abstrata e a legalidade concreta do ato de aplicação, reduzindo significativa margem de discricionariedade na fixação *destes valores* pelo oficial de registro de imóveis. Além disso, ampliou a função certeza jurídica e garantiu os valores da igualdade e da livre concorrência entre todos os contribuintes (ou *players*) que se encontram perante a mesma situação fáctica.

Por outro lado, sob a perspectiva da destinação legal dos valores arrecadados pelos Emolumentos, há que se considerar que, assim como na taxa judiciária, o custo deste de serviço está vinculado a toda uma estrutura jurídica de obrigações e responsabilidades que envolvem não só os “sujeitos passivos substitutos” (notários e registradores), mas também todos os destinatários legais do produto da arrecadação destes emolumentos, em razão de diferentes tipos de funções que exercem, direta ou indiretamente, nesta atividade (artigos 19 e 20 da Lei de Emolumentos).

Enfim, eventuais desajustes entre a realidade do mercado e a base de cálculo do ITBI – utilizado como um dos critérios do art. 7º da Lei de

Emolumentos – estão sujeitos a revisão, conforme disposto nos artigos 7ºA e 7º B desta Lei: “caso não concorde com a base de cálculo do imposto divulgada pela Secretaria Municipal de Finanças (...) o contribuinte poderá requerer avaliação especial do imóvel, apresentando dados da transação e os fundamentos do pedido”.

Conclusão: assim como o primeiro argumento, este segundo não ataca a Lei 11.331/2002, nem o custo do serviço arbitrado na Tabela de Emolumentos. Pretende apenas impor *valor de referência* alheio aos critérios legais da Taxa de Emolumentos: o fato de a transação ser ou não onerosa é irrelevante para a dimensão legal da Taxa de Emolumentos.

6.3. Análise do 3º Argumento: “Em razão dos argumentos 1 e 2, é indevida a cobrança dos Emolumentos. Portanto, deve-se aplicar o art. 32 §3º, da Lei 11.331/2002, exigindo que o oficial de registro de imóveis devolva em décuplo a cobrança indevida, conforme fundamentado nos dois aludidos argumentos”

Neste terceiro e central argumento, há petição de princípio (*petitio principii*): falácia de relevância em que se tenta estabelecer a verdade de uma proposição a partir de premissas aceitáveis, mas, ocultamente redundantes. Assim, este raciocínio pretende que o conceito de “tributo indevido” (hipótese da sanção de “restituir ao interessado o décuplo da quantia irregularmente cobrada”) seja o indicado pelo argumento, ignorando o próprio conceito de “tributo indevido” (cobrança indevida) expressamente definido na Lei de Emolumentos.

Ocorre que a *hipótese* desta sanção (cobrança indevida) é fixada na própria Lei de Emolumentos:

Artigo 32 - Sem prejuízo da responsabilidade disciplinar, os notários, os registradores e seus prepostos estão sujeitos à pena de multa de, no mínimo, 100 (cem) e, no máximo, 500 (quinhentas) UFESP's, ou outro índice que a substituir, nas hipóteses de:

I - recebimento de valores ***não previstos ou maiores que os previstos nas tabelas, nos casos em que não caiba a aplicação do inciso I do artigo 34 desta lei;***

II - ***descumprimento das demais disposições desta lei.***

§ 1º - As multas serão impostas pelo Juiz Corregedor Permanente, de ofício ou mediante requerimento do interessado, em procedimento administrativo, garantida a ampla defesa.

§ 2º - Caberá ao Juiz Corregedor Permanente, na imposição da multa, fazer a gradação, levando em conta a gravidade da infração e o prejuízo causado.

§ 3º - Na ***hipótese de recebimento de importâncias indevidas ou excessivas***, além da pena de multa, o infrator fica obrigado a restituir ao interessado o décuplo da quantia irregularmente cobrada.

Note-se que as hipóteses referidas no § 3º do art. 32 da Lei de Emolumentos referem-se aos próprios critérios e tabelas estabelecidas na Lei de Emolumentos.

Portanto, a hipótese de “recebimento de importâncias indevidas ou excessivas” é definida pelos próprios critérios legais do art. 7º da Lei 11.331/2002, o art. 32 desta mesma Lei fixa penas e efeitos em decorrência das hipóteses de não-observância “**desta lei**”. Ou seja, da Lei 11.331/2002 e não de outra.

Destarte, aplicar outro critério estranho à Lei 11.331/2002, justamente como se pleiteia nas aludidas “Reclamações e Representações” (como a do ITCMD), por exemplo, é que seria a hipótese legal para a aplicação desta específica penalidade. Há, aqui, evidente contradição entre o *critério pretendido* pelo “argumento” e o *critério exigido* pela Lei de Emolumentos: utiliza-se como *hipótese do argumento* a negação da *hipótese legal* que a aplicação da multa exige.

Conclusão: hipóteses de “recebimento de importância indevida ou excessiva” são aquelas que desrespeitam as previsões da Lei 11.331/2002. Em suma, se o oficial de registro de imóveis é obrigado por lei a aplicar os critérios da Lei de Emolumentos, então, é juridicamente impossível pretender que seja sancionado por aplicar, justamente, os critérios exigidos por esta Lei (art. 7, incisos I, II e III da Lei 11.331/2002).

7. Enfim, o Supremo Tribunal Federal julga constitucional o art. 7º, incisos II e III da Lei 11.331/2002

Objeto central desta investigação é a legalidade e constitucionalidade do art. 7º da Lei 11.331/2003 e a conseqüente obrigatoriedade de sua aplicação pelos notários e registradores do Estado de São Paulo.

Ocorre que, em recente sessão plenária, neste último dia 15/10/2008, o Supremo Tribunal Federal JULGOU IMPROCEDENTE a ação direta de inconstitucionalidade – ADI 3.887/SP – interposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e relatada pelo Senhor Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, contra os incisos II e III do art. 7.º da Lei Paulista 11.331/2002, referente aos emolumentos cartorários do Estado de São Paulo¹¹.

Enfim, além de todos os argumentos analisados neste trabalho, sobressalta a voz do Supremo Tribunal Federal, julgando expressamente constitucional e, portanto, obrigatória a aplicação dos incisos II e III do art. 7º da Lei 11.331/2002.

¹¹ Fonte: www.stf.gov.br.

8. Conclusão e respostas às questões: além da cruz e da espada, a lei!

O objeto deste trabalho é demonstrar que a lei existe justamente para eliminar de forma objetiva inseguranças e orientar as condutas, superando dúvidas existenciais, interesses econômicos ou políticos, mediante os critérios eleitos pelo legislador. Só assim, limita-se o “poder” da autoridade: mediante a vinculação à lei e a seus subseqüentes controles.

Além da cruz e da espada, a atividade do oficial de registro de imóveis está vinculada à lei: notários e registradores são obrigados a submeter-se à legalidade e, simplesmente por isso, não podem ser punidos por se comportarem de acordo com a lei que rege e orienta o exercício de suas funções públicas.

1. *Perante o direito, como devem agir notários e registradores para cobrança da devida remuneração pela prestação de serviços públicos notariais previstos no art. 236 da Constituição Federal?*

RESPOSTA:

Perante o direito e a sociedade institucionalizada, organizada pelas leis, notários e registradores devem agir e dimensionar seus emolumentos em conformidade com o art. 7º da Lei Estadual 11.331/2002, produzida com fundamento no art. 2º da Lei Federal 10.169/2000, que regulamentou o § 2º do art. 236 da Constituição Federal.

2. Qual é base de cálculo, legalmente devida, para efeito da remuneração dos serviços notariais e de registro? Por exemplo, no caso de escritura de doação, devemos tomar como base de cálculo o valor do art. 13, I, da Lei 10.705 (ITCMD) ou o previsto no art. 7º da Lei 11.331/2002 (Lei de Emolumentos)?

RESPOSTA:

Como a atividade do oficial de registro de imóveis está vinculada à lei, notários e registradores são obrigados a aplicar a Lei 11.331/2002 que define, como *referência* para fins de enquadramento nas linhas da Tabela de Emolumentos, o maior valor entre os seguintes parâmetros: (i) valor econômico da transação ou do negócio jurídico, (ii) valor estabelecido no último IPTU e (iii) base de cálculo do Imposto de Transmissão *inter vivos* de bens imóveis do art. 7º, incisos I, II e III da Lei 11.331/2002. Dispositivo o qual, reitero, foi expressamente declarado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 3.887/SP, em recente julgamento em âmbito de controle concentrado.

Destarte, por exemplo, no caso de escritura de doação, para determinação do Imposto de Doação, aplica-se como base de cálculo o valor do Art. 13, I, da Lei 10.705 (ITCMD) e, *diversamente*, para determinação dos Emolumentos aplica-se o art. 7º, da Lei 11.331/2002. Como esta Taxa mensura, tão-somente, o custo do serviço notarial e de registro, a onerosidade

ou não-onerosidade no ato de transferência do imóvel é critério absolutamente irrelevante para efeito da determinação de sua base de cálculo.

3. *Quais são as hipóteses “de recebimento de importâncias indevidas ou excessivas” prescritas pelo § 3º do Art. 32 da lei 11.331/2002 que, além da pena de multa, podem fundamentar a restituição do “décuplo da quantia irregularmente cobrada”? A utilização do critério previsto nesta lei pode ensejar a restituição em “décuplo da quantia irregularmente cobrada”?*

RESPOSTA:

Conforme expusemos, as hipóteses referidas no § 3º do art. 32 da Lei 11.331/2002, referem-se aos critérios de cobrança e tabelas estabelecidas na mesma Lei 11.331/2002. Portanto, a hipótese de “recebimento de importâncias indevidas ou excessivas” implica desrespeito aos critérios legais do art. 7º da Lei 11.331/2002, pois o art. 32 fixa penas e efeitos em decorrência da não-observância “**desta lei**” de Emolumentos.

Aplicar outra lei, como a do ITCMD, por exemplo, é que seria o fundamento fáctico e legal para a aplicação de tais penalidades. Há aqui evidente contradição entre o *critério pretendido* pelo “argumento” e o *critério imposto* pela Lei de Emolumentos: utiliza-se como *hipótese do argumento* a negação da *hipótese legal* que fundamenta e justifica a aplicação desta penalidade.

Em suma, se o oficial de registro de imóveis é obrigado por lei a aplicar os critérios da Lei de Emolumentos, então, é juridicamente impossível pretender que seja sancionado por aplicar, justamente, os critérios exigidos pela própria Lei de Emolumentos.

São Paulo, 24 de outubro de 2008,

Eurico Marcos Diniz de Santi