

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP

Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em
Direito Tributário e Finanças Públicas

Edilson Santana Branco

SAQUE FRAUDULENTO EM CONTA CORRENTE DE
DEPÓSITO E INCIDÊNCIA DE IOF

Brasília – DF

2008

Edilson Santana Branco

SAQUE FRAUDULENTO EM CONTA CORRENTE DE
DEPÓSITO E INCIDÊNCIA DO IOF

Monografia apresentada como requisito
parcial à obtenção do título de Especialista
em Direito Tributário no Curso de Pós-
Graduação Lato Sensu do Instituto
Brasiliense de Direito Público – IDP

Orientadora Prof: Dra. Liziane Angelotti
Meira

Brasília – DF

2008

Edilson Santana Branco

SAQUE FRAUDULENTO EM CONTA CORRENTE DE DEPÓSITO E INCIDÊNCIA DO IOF

Monografia apresentada como requisito
parcial à obtenção do título de Especialista
em Direito Tributário no Curso de Pós-
Graduação Lato Sensu do Instituto
Brasiliense de Direito Público – IDP

Aprovado pelos membros da banca examinadora em __/__/__, com
menção ____ (_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

Agradeço a meus pais Alzira e Martinho por todas as batalhas vencidas na vida para que eu pudesse chegar aqui, pois sempre acreditaram na minha capacidade; À minha esposa Adriana pela paciência e companheirismo; Aos companheiros de trabalho da Gerência Nacional de Tributos da Caixa Econômica Federal que contribuíram sobremaneira para a elaboração do presente trabalho, com questionamentos, críticas e sugestões, em especial ao Rogério Goedert que com sua perspicácia me instigou a investigar a questão; Por fim, agradeço à Dra. Liziane Angelotti Meira pela paciência e boa vontade em orientar a elaboração do presente trabalho.

RESUMO

O presente trabalho foi desenvolvido com o objetivo de verificar se há incidência do IOF, na modalidade crédito, sobre os fatos geradores ocorridos em razão de saques fraudulentos ocorridos em contas correntes de depósito de clientes de instituições financeiras. O estudo teve como ponto de partida a descrição de um caso real em que fraudadores desviavam recursos de contas correntes de clientes de instituições financeiras ocasionando utilização de limite ou a tomada de empréstimos, situação esta muito corriqueira, tendo em vista a rápida evolução da tecnologia. Analisou-se a previsão legal do IOF e a descrição do fato gerador. Posteriormente, foi analisada a relação contratual existente entre o cliente titular de conta corrente de depósito e a instituição financeira. Na sequência foram analisadas as previsões dos artigos 116 e 118 do Código Tributário Nacional. Por fim, foi investigada a necessidade da presença da intenção de tomar crédito pelo cliente titular de conta corrente para que se configure a ocorrência do fato gerador.

Palavras-chaves: Incidência IOF. Saque fraudulento. Relação contratual. Intenção de tomar crédito.

ABSTRACT

This work was developed with the aim of checking for incidence of the IOF, in the credit on the generators facts occurred because of fraudulent withdrawals occurred in the deposit accounts of customers of financial institutions. The study was to point the description of a real case in which fraudsters steal resources from current accounts of customers of financial institutions use to limit or causing the taking of loans, this very common situation in view of the rapid evolution of technology. Examined to estimate the IOF and the legal description of fact generator. Subsequently, it examined the contractual relationship between the customer account holder of the deposit and financial institution. Following were considered estimates of articles 116 and 118 of the National Tax Code. Finally, the need was investigated the presence of the intention to take credit by the client holder of the current account is set up so that the occurrence of the fact generator.

Key-words: IOF impact. Drawing fraudulent. Contractual relationship. Intention to take credit.

SUMÁRIO

RESUMO

ABSTRACT

1 – INTRODUÇÃO	8
2 – IOF E A CONFIGURAÇÃO DO FATO GERADOR NOS TERMOS DO ART. 116 DO CTN.	12
3 – DA RELAÇÃO CONTRATUAL	16
3.1 – PRINCÍPIOS CONTRATUAIS	17
3.2 – REQUISITOS CONTRATUAIS	20
3.3 – DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS	22
3.4 – DEPÓSITO BANCÁRIO	24
4 – REGRA-MATRIZ DE INCIDENCIA DO IOF	29
5 – SUJEITO PASSIVO	34
6 – ARTIGO 118 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL E O PRINCÍPIO DO NON OLET	37
7 – CONCLUSÃO	41
8 – BIBLIOGRAFIA	44

1 – INTRODUÇÃO.

Analisaremos a necessidade da presença da intenção de contratar crédito por parte de um titular de conta corrente de depósito como fator preponderante para caracterização da ocorrência do fato gerador do IOF na modalidade imposto sobre operação de crédito, quando o fato gerador ocorre em razão de saque fraudulento que gera utilização de limite de crédito disponível, tanto na forma de cheque especial, quanto como empréstimo disponível.

Nesta esteira, uma vez ocorrido o saque fraudulento, o tributo é devido, ou neste caso nem chegou a ocorrer o fato gerador, haja vista a falta da presença do requisito da voluntariedade em tomar crédito, ou seja, ausência da vontade de contratar por parte do titular da conta corrente fraudada.

Exemplificando, suponhamos que um cliente de uma instituição financeira tenha o código magnético do seu cartão de conta corrente copiado por algum meliante e que também de alguma forma este obtenha a senha do referido cartão, o que se convencionou chamar de clonagem de cartão. Posteriormente, de posse da senha e do cartão o meliante vai até uma agência qualquer da instituição financeira onde o incauto cliente possui sua conta e efetua um saque no valor de R\$ 6.000,00.

Suponhamos, ainda, que este saque realizado de forma fraudulenta, gere utilização de limite de crédito no valor de R\$ 5.000,00, posto a disposição na conta corrente do nosso incauto cliente através de operação de crédito conhecida como cheque especial.

Pelas regras atuais de apuração do imposto devido, se o saque ocorresse no dia 1º de um mês qualquer e que a conta ficasse utilizando o limite disponível por 15 dias até que o cliente notasse e questionasse a instituição financeira, seria devido R\$ 6,15 de IOF calculado pelo somatório dos saldos devedores diários, mais R\$ 19,00 de IOF adicional, perfazendo um total de R\$ 25,15 de imposto.

Pois bem, esta utilização, “*ab initio*”, implicará na ocorrência do fato gerador do imposto sobre operações de crédito em virtude da utilização do limite de crédito disponibilizado na conta corrente do referido cliente.

Afastada a hipótese de conluio entre o cliente e o meliante para a consecução do delito é incontroverso que em decorrência da relação contratual existente entre o cliente e a instituição financeira, esta última deverá recompor a conta corrente de depósito do cliente à situação anterior ao saque, ou seja, deverá creditar todos os valores debitados, de forma que esta volte a ter o mesmo saldo antes da ocorrência do saque referido.

Suponhamos, ainda, que a instituição financeira tenha cobrado e recolhido aos cofres públicos o valor do IOF incidente naquele saque fraudulento, pois a legislação do IOF, no inc. I, do art. 5º, do Decreto 6.306, de 14 de dezembro de 2007, conforme atribuição regulamentar prevista no art. 7º, da Lei 8.894, de 21 de junho de 1994, atribui esta responsabilidade às instituições financeiras.

Quando o cliente instar a instituição financeira para recompor a sua conta, supondo que até então não havia percebido o saque indevido, a instituição financeira deverá devolver tanto o valor do saque, quanto o valor dos tributos eventualmente incidentes no caso.

Neste contexto, pergunta-se:

Considerando que o saque ocorreu de forma fraudulenta, ou seja, o cliente não efetuou a retirada/contratação, porém, tendo ocorrido, em tese, o fato gerador, o IOF é devido?

Sendo devido, quem deve suportar o ônus econômico do tributo? A instituição financeira, tão somente responsável tributária, ou o cliente, que em situação normal é o contribuinte?

Poderíamos falar em risco do negócio?

O cliente, que de certa forma foi negligente com a segurança do cartão, pois se houvesse diligenciado não teria permitido a clonagem do cartão, ou ainda, a Receita Federal é que deve buscar o contribuinte de fato, no caso, em tese, seria o terceiro meliante, via persecução criminal?

Como supedâneo para nossa análise, partimos de uma situação bastante corriqueira atualmente, cuja notícia abaixo muito bem ilustra.

Polícia Federal combate fraude pela internet no Piauí e Maranhão. *Jornal Pequeno*. Maranhão, 14 fev. 2007. Disponível em: <<http://www.jornalpequeno.com.br/2007/2/14/Pagina50871.htm>>. Acesso em 15 fev. 2008.

A Polícia Federal desencadeou na manhã desta terça-feira (13/02), a operação Valáquia, em Teresina, Campo Maior (PI) e Codó (MA), para prender uma quadrilha especializada em invadir contas bancárias por meio da Internet.

Cerca de 150 policiais cumprem 27 mandados de busca e apreensão e diversos de prisão expedidos pelo juiz da 2ª Vara Federal do Estado do Piauí. Segundo a PF, as investigações foram iniciadas há seis meses a partir de denúncias de pessoas que constataram saques fraudulentos em suas contas correntes, em especial na Caixa Econômica Federal.

A quadrilha vinha atuando de três formas: transferências on line de valores que são posteriormente sacados das contas alugadas; aquisição de produtos e serviços comercializados pela Internet; e pagamento de boletos bancários de diversas naturezas (tributos, serviços e produtos).

Em todos os casos os débitos acontecem sempre em contas das vítimas que tiveram suas senhas capturadas pela Internet por meio de programas do tipo "cavalo de tróia" ou "spywares". Outra forma utilizada pelos estelionatários é o envio de mensagens por meio de sites de relacionamento, como Orkut e MSN, contendo arquivos espíões. Todos os métodos configuram golpes do tipo phishing scam.

Os saques normalmente ocorrem após a transferência indevida dos valores para contas de "laranjas" que emprestam seus cartões e senhas mediante pagamento de compensação que varia de 100 reais a 500 reais.

Nos últimos dois anos, a Polícia Federal deflagrou mais de dez operações de repressão a esse tipo de crime, resultando em mais de 520 prisões. Entre elas as operações Clone, Replicante e Scan. Os presos serão encaminhados para o complexo penitenciário de Teresina, onde permanecerão à disposição da Justiça.

O nome da operação, conforme explica a PF, é uma alusão à região que teria sido governada pelo Príncipe Vlad Tepes, o personagem histórico que deu origem ao mito do Conde Drácula - "uma vez que os investigados agem como vampiros sugando recursos das contas das vítimas.

Esta notícia muito bem ilustra os fatos que analisaremos e, infelizmente, mostra uma realidade cada vez mais comum dado o grande desenvolvimento tecnológico que vivenciamos atualmente.

Nesta esteira, pretendemos analisar as indagações acima, visando encontrar a resposta que mais nos pareça aceitável, ante o arcabouço legal e teórico que afeta o caso em comento.

Sendo assim, inicialmente verificaremos a previsão legal do IOF, sua criação e evolução no decorrer do tempo, bem como com se encontra atualmente regulado.

Continuando, faremos breve análise do art. 3º do Código Tributário Nacional com o fito de definirmos tributo.

Na sequência, analisaremos o art. 116 do Código Tributário Nacional para definirmos o momento em que ocorre o fato gerador do tributo para o caso que estamos analisando.

Posteriormente, trataremos da relação contratual existente entre cliente e instituição financeira, passando pela análise da validade dos contratos eletrônicos, dos princípios contratuais, dos elementos e requisitos contratuais.

Dando continuidade, analisaremos a regra-matriz de incidência do IOF.

Seguindo, trataremos do conceito de sujeito passivo e na sequência, analisaremos o art. 118 do Código Tributário Nacional que determina que para a definição legal do fato gerador abstrai-se da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos, sendo o corolário do princípio do “non olet”, culminando na conclusão.

2 – IOF E A CONFIGURAÇÃO DO FATO GERADOR NOS TERMOS DO ART. 116 DO CTN.

O IOF foi instituído pela lei nº 5.143, de 20 de outubro de 1966, inicialmente incidindo sobre operações de crédito e de seguro.

O artigo 1º previa a incidência sobre operações de crédito e seguro, realizadas por instituições financeiras e seguradoras, tendo por fato gerador a entrega do respectivo valor ou sua colocação à disposição do interessado, no caso de operações de crédito e o recebimento do prêmio, no caso de operações de seguro.

LEI Nº 5.143, DE 20 DE OUTUBRO DE 1966.

Art 1º O Imposto sobre Operações Financeiras incide nas operações de crédito e seguro, realizadas por instituições financeiras e seguradoras, e tem como fato gerador:

I - no caso de operações de crédito, a entrega do respectivo valor ou sua colocação à disposição do interessado;

II - no caso de operações de seguro, o recebimento do prêmio.

(...)

Posteriormente, o Decreto-Lei nº 1.783, de 18 de abril de 1980 acrescentou mais duas hipóteses de incidência, quais sejam, sobre câmbio e operações relativas títulos e valores mobiliários.

Vindo a lume a Constituição Federal de 1988, foi alterado significativamente o sistema jurídico vigente até então, passando o IOF a ter previsão constitucional, mais especificamente no artigo 153, inciso V.

(...)

Seção III

DOS IMPOSTOS DA UNIÃO

Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

(...)

V - operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários;

(...)

Em 12 de abril de 1990 foi editada a Lei nº 8.033, que converteu em Lei as Medidas Provisórias nºs 160, de 15 de março de 1990, e 171, de 17 de março de 1990, alterando a legislação do Imposto sobre Operações Financeiras, instituindo novas incidências, as quais não vingaram.

Aos 21 de junho de 1994, foi editada a Lei nº 8.894, que converteu a Medida Provisória nº 513, de 1994, dispondo sobre o IOF e atribuindo ao Executivo o poder de regulamentar a cobrança do Tributo dentro dos limites ali impostos.

LEI No 8.894, DE 21 DE JUNHO DE 1994.

Art. 1º O Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou relativas a Títulos e Valores Mobiliários será cobrado à alíquota máxima de 1,5% ao dia, sobre o valor das operações de crédito e relativos a títulos e valores mobiliários. Parágrafo único. O Poder Executivo, obedecidos os limites máximos fixados neste artigo, poderá alterar as alíquotas do imposto tendo em vista os objetivos das políticas monetária e fiscal.

Em 2 de maio de 1997 foi editado o Decreto nº 2.219 e, posteriormente, em 3 de dezembro de 2002 foi editado o Decreto nº 4.494, ambos regulamentando o imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a título ou valores mobiliários.

Mais recentemente foi editado o Decreto 6.306, de 14 de dezembro de 2007, o qual já sofreu mais duas alterações, pelos Decretos 6.339/08 e 6.391/08.

Como o foco de nosso trabalho é analisar a situação de incidência ou não do tributo sobre operações de saques fraudulentos, em que o titular da conta fraudada não pretendia tomar crédito, não aprofundamos a análise do histórico do tributo em questão.

Na esteira do raciocínio que estamos desenvolvendo, analisaremos a previsão legal contida no art. 116 do Código Tributário Nacional.

Diz o artigo 116 do Código Tributário Nacional:

Art. 116. Salvo disposição de Lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

I – tratando-se de situação de fato, desde o momento em que se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;

II – tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável.

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.

Analisando o significado deste artigo, Paulo de Barros Carvalho, apud Paulsen¹, ressalva: “Implica reconhecer que o marco temporal do acontecimento pode ser antecipado ou diferido tanto na contingência do inciso I (situação de fato) quanto na do inc. II (situação jurídica). São matizes de que desfruta o político ao construir as realidades normativas.” (Paulo de Barros Carvalho, Curso de Direito Tributário, 8ª edição, Ed. Saraiva, 1996, p. 186)

Ainda, citando Hugo de Brito Machado², mas não pode o legislador ordinário estabelecer “que o fato gerador de determinado tributo considere-se consumado antes de que esteja de fato presente a situação prevista na hipótese de incidência correspondente.”

Nesta esteira, a situação que estamos analisando, qual seja, a incidência ou não do fato gerador do IOF em razão de saque fraudulento que gera a utilização de crédito disponível em conta corrente, sem que o cliente tenha realmente intenção de tomar o crédito, pelo artigo 116, supra transcrito, submete-se ao regime jurídico do código Civil, ou seja, submete-se aos requisitos de validade do contrato, dentre os quais, a necessidade da presença da intenção de contratar, ou seja, vontade de tomar crédito, para que reste configurada a ocorrência do fato gerador.

Verifica-se que a contratação de crédito exige que o tomador tenha intenção, vontade de tomar o crédito, ou seja, necessita que ele deseje contratar mútuo com a instituição financeira.

¹PAULSEN, Leandro, Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 9. Ed. rev. Atual. Ed. Livraria do Advogado: ESMAFE: 2007. p. 836.

²MACHADO, Hugo de Brito, Curso de Direito Tributário, Malheiros, 1997, p.94.

No caso sob análise, a intenção por parte do cliente, titular da conta corrente de depósito, é inexistente, ou seja, o crédito foi utilizado em virtude de fraude onde o saque foi efetivado através de cartão clonado.

Como o limite estava disponível foi utilizado, sem que, porém, o titular da conta fraudada tivesse desejado contratar.

Neste sentido, é lícito inferir que se não houve intenção de tomar crédito por parte do cliente da instituição financeira, não se pode falar em aperfeiçoamento do contrato. Portanto, não houve o negócio jurídico necessário para embasar a ocorrência do fato gerador do tributo.

Feitas estas considerações, verificaremos na sequência a relação contratual existente entre o cliente da conta corrente de depósito e a instituição financeira.

3 – DA RELAÇÃO CONTRATUAL.

Uma vez verificados o fundamento legal do tributo e a previsão do artigo 116 do Código Tributário Nacional, insta analisar a relação contratual existente entre a instituição financeira e o titular da conta corrente de depósito.

Inicialmente trataremos dos princípios contratuais que no entender de Maria Helena Diniz³ são cinco, quais sejam, princípio da autonomia da vontade, do consensualismo, da obrigatoriedade da convenção, da relatividade dos efeitos do negócio jurídico contratual e da boa-fé.

para na sequência abordarmos os elementos e os requisitos contratuais.

Já Arnoldo Wald⁴, entende que os princípios contratuais são quatro, a saber, princípio da autonomia da vontade, supremacia da ordem pública, obrigatoriedade dos contratos e a boa-fé.

Divergências à parte, o fato é que a doutrina pátria é praticamente concorde quanto aos princípios contratuais, não possuindo fito prático para nosso estudo aprofundar a análise destas divergências, nem tampouco adentrar na seara dos motivos para aludida diferenciação.

Feitas as considerações acima, trataremos da validade dos contratos eletrônicos, passando pela análise do instituto do depósito e ao final, caracterizarmos a conta corrente de depósito.

³DINIZ, Maria Helena, *Direito Civil Brasileiro*, 3. Vol. 22. Ed. rev. e atu. SARAIVA: 2006. p. 32.

⁴WALD, Arnoldo, *Direito Civil, Contratos em Espécie*. 18. Ed. reformulada. SARAIVA: 2009. p. 187.

3.1 – PRINCÍPIOS CONTRATUAIS.

Inúmeros doutrinadores defendem suas teses a respeito dos princípios norteadores do chamado direito contratual.

Segundo Garcia⁵, citando Sílvio Rodrigues e Maria Helena Diniz, há consenso em pelo menos cinco deles, quais sejam, princípio da autonomia da vontade, princípio do consensualismo, princípio da obrigatoriedade das convenções, princípio da relatividade dos efeitos dos negócios jurídicos e, finalmente, o princípio da boa-fé.

Para Maria Helena Diniz⁶, o princípio da autonomia da vontade consiste no poder dos contratantes estipularem livremente, como melhor lhes convier, mediante acordo de vontades, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica.

Porém, é preciso não olvidar que a liberdade contratual não é ilimitada ou absoluta, pois está limitada pela supremacia da ordem pública, que veda convenções que lhe sejam contrárias e aos bons costumes, de forma que a vontade dos contraentes está subordinada ao interesse coletivo.

Miriam Junqueira, apud Garcia⁷, esclarece que “segundo a doutrina clássica, o contrato é sempre justo, porque, se foi querido pelas partes, resultou da livre apreciação dos respectivos interesses pelos próprios contratantes. Teoricamente, é de presumir-se o equilíbrio das prestações.”

Já Arnoldo Wald⁸ entende que a autonomia da vontade se apresenta sob duas formas distintas, na lição dos dogmatistas modernos, podendo revestir o aspecto de liberdade de contratar e da liberdade contratual. Liberdade de contratar é a faculdade

⁵ GARCIA, Flávio Cardinelle Oliveira. *Da validade jurídica dos contratos eletrônicos*. disponível no sítio: <<http://jus2.uol.com.br/texto.asp?id=4992>>. 06.2002. acesso em 15/04/2008.

⁶ DINIZ, Maria Helena, Op.cit., p.33.

⁷ Ibid.

⁸ WALD, Arnoldo, Op.cit. p. 188.

de realizar ou não determinado contrato, enquanto a liberdade contratual é a possibilidade de estabelecer o conteúdo do contrato. A primeira se refere à possibilidade de realizar ou não um negócio, enquanto a segunda importa na fixação das modalidades de sua realização.

Pelo princípio do consensualismo, entende Maria Helena Diniz⁹ que o simples acordo de duas ou mais vontades basta para gerar o contrato válido, pois não se exige, em regra, qualquer forma especial para a formação do vínculo contratual.

Pelo princípio da obrigatoriedade das convenções, esta mesma autora sustenta que as estipulações feitas no contrato deverão ser fielmente cumpridas (*pacta sunt servanda*), sob pena de execução patrimonial contra o inadimplente.

Miriam Junqueira, apud Garcia¹⁰, prescreve que “a essência da força obrigatória do contrato estaria na liberdade natural de disposição da própria liberdade e na necessidade de respeitar o direito do aceitante”.

Porém, é importante lembrar que o princípio da obrigatoriedade não é absoluto. Nos casos fortuitos ou força maior é possível o descumprimento de cláusulas contratuais sem penalizações.

Nem se olvide a teoria da imprevisão, consagrada pela cláusula *rebus sic stantibus*, segundo a qual é possível rever as disposições do contrato quando ocorrer desequilíbrio dos contratantes decorrente de excessiva onerosidade no cumprimento de determinada prestação.

Ainda , no caso de contratação fora do estabelecimento comercial, há também a possibilidade de desistência do consumidor, conforme se pode inferir do art. 49 da lei nº 8.078/90.

⁹DINIZ, Maria Helena, Op.cit., p. 39.

¹⁰ Ibid.

Para Arnoldo Wald¹¹, a obrigatoriedade dos contratos constitui, por sua vez, uma projeção no tempo da liberdade contratual. As partes são obrigadas a realizar as prestações decorrentes do contrato. O direito contemporâneo limitou, todavia, também tal obrigatoriedade, interpretando-a *rebus sic stantibus*, ou seja, enquanto as situações das partes não sofrerem modificações substanciais e permitindo, no caso de haver tais transformações, uma revisão ou um reajustamento dos termos do contrato.

E, finalmente, pelo princípio da boa-fé, Maria Helena Diniz¹² sustenta que segundo este princípio, o sentido literal da linguagem não deverá prevalecer sobre a intenção inferida da declaração de vontade das partes – mas também ao interesse social de segurança das relações jurídicas, uma vez que as partes deverão agir com lealdade, honestidade, honradez, probidade, denodo e confiança recíprocas, isto é, proceder com boa fé, esclarecendo os fatos e o conteúdo das cláusulas, procurando o equilíbrio nas prestações, evitando o enriquecimento indevido, não divulgando informações sigilosas etc.

Entende Arnoldo Wald¹³ que na boa-fé objetiva busca-se a proteção da confiança, exigindo-se que as partes atuem de acordo com os padrões usuais. Representa, por um lado, o dever de lealdade, e, por outro, a correlativa proteção da expectativa que nasce em uma pessoa.

Uma vez verificados os princípios contratuais, necessitamos analisar os elementos e requisitos contratuais, o que passaremos a fazer.

¹¹WALD, Arnoldo, Op.cit. p. 189.

¹²DINIZ, Maria Helena, Op.cit. p. 43.

¹³WALD, Arnoldo, Op.cit. p. 191.

3.2 – REQUISITOS CONTRATUAIS.

Maria Helena Diniz¹⁴ ensina que sendo o contrato um negócio jurídico, requer, para a sua validade, a observância dos requisitos do art. 10 do Código Civil: agente capaz, objeto lícito possível, determinado ou determinável, e forma prescrita ou não defesa em lei. Desse modo, será necessário a presença de requisitos subjetivos, objetivos e formais, para que o contrato seja válido.

Segundo esta mesma doutrinadora, os requisitos subjetivos são: a) existência de duas ou mais pessoas, já que o contrato é um negócio jurídico bilateral ou plurilateral; b) capacidade genérica das partes contratantes para praticar os atos da vida civil, as quais não devem enquadrar-se nos arts. 3º e 4º do Código Civil, sob pena do contrato ser nulo ou anulável; c) aptidão específica para contratar, pois a ordem jurídica impõe certas limitações à liberdade de celebrar determinados contratos; d) consentimento das partes contratantes, visto que o contrato é originário do acordo de duas ou mais vontades isentas de vícios sobre a existência e natureza do contrato, o seu objeto e as cláusulas que o compõem.

Continuando, leciona a eminente professora. Já os requisitos formais são atinentes à forma do contrato. Entretanto, é preciso ressaltar que, atualmente, não há rigorismo de forma, pois a simples declaração volitiva tem o condão de estabelecer o liame obrigacional entre os contraentes, gerando efeitos jurídicos independentemente da forma de que se revista, seja ela oral ou escrita, de tal sorte que o elemento formal, na seara contratual, constitui uma exceção nos casos em que a lei exige, para a validade do negócio.

Nesta mesma esteira, ensina Arnaldo Wald¹⁵ que o contrato, sendo um negócio jurídico bilateral, exige agentes capazes; objeto lícito, possível, determinado ou determinável, e consentimento válido, além da forma prescrita ou não vedada em lei.

¹⁴DINIZ, Maria Helena, Op. cit., p. 27.

¹⁵WALD, Arnaldo, Op. cit., p. 211.

Continuando, preleciona o respeitável mestre, a capacidade de fato dos contratantes é condição imprescindível para a validade do contrato, importando a incapacidade relativa em anulabilidade do negócio e a incapacidade absoluta em nulidade deste.

Prossegue lecionando que o objeto do contrato deve ser lícito, possível, determinado ou determinável e suscetível de apreciação econômica.

Quanto à forma, embora o direito contemporâneo tenha abandonado, especialmente no campo obrigacional, o formalismo, certos contratos exigem forma especial, consoante dispõe o art. 108 do novo Código Civil.

Para o escopo de nosso trabalho, presumimos que todos os princípios e requisitos para validade do contrato foram respeitados e, ainda, que o cliente leu o contrato e concordou com todas as suas cláusulas, não havendo vícios de vontade na contratação da disponibilização do crédito. Concluímos, assim, que o contrato se aperfeiçoou nos termos legais.

Nesta esteira, é fundamental destacarmos a importância da intenção de contratar, representada pela vontade em tomar o crédito disponibilizado em conta corrente, como fator preponderante para o aperfeiçoamento do contrato, única forma de concretização do fato gerador do IOF na modalidade crédito, conforme estamos analisando.

Na sequência, é necessário analisarmos a validade dos contratos eletrônicos.

3.3 – DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS.

Maurício Matte, apud Garcia¹⁶, leciona que os contratos eletrônicos são aqueles "celebrados por meio de programas de computador ou aparelhos com programas específicos, tendo ou não a interação humana (atualmente, deverá tê-la num primeiro momento, mesmo que a posteriori não necessite mais), podendo conter ou não assinaturas eletrônicas (e estas podem ou não ser certificadas)".

Utilizando uma linguagem mais jurídica, porém bastante didática, Manoel J. Pereira dos Santos, apud Garcia¹⁷, afirma que "são chamados contratos eletrônicos os negócios jurídicos bilaterais que utilizam o computador como mecanismo responsável pela formação e instrumentalização do vínculo contratual".

Por fim, Erica Barbagalo, citada por Garcia¹⁸, conceitua contratos eletrônicos como "os acordos entre duas ou mais pessoas para, entre si, constituírem, modificarem ou extinguírem um vínculo jurídico, de natureza patrimonial, expressando suas respectivas declarações de vontade por computadores interligados entre si". Dentre os mais diversos conceitos de contrato eletrônico estudados, filiamo-nos ao da mencionada autora por entendermos ser o mais completo e juridicamente direcionado. Em tempo, é mister ressaltar que o uso da expressão contrato eletrônico não é unanimemente aceita entre os juristas pátrios. Apoiados em preciosismos técnicos, alguns autores defendem como mais correto o uso de termos tais como contratos cibernéticos ou contratos digitais ou contratos por computador ou contratos on-line, ou, ainda, contratos informáticos ou por meio de informática.

De maneira genérica, é possível concluir que sistema jurídico brasileiro contempla normas que embasam e proporcionam a aceitação dos contratos eletrônicos como uma forma válida de celebrar negócios jurídicos. É bem verdade que, em alguns

¹⁶GARCIA, Flávio Cardinelle Oliveira. *Da validade jurídica dos contratos eletrônicos*. disponível no sítio: <<http://jus2.uol.com.br/texto.asp?id=4992>>. Acesso em 15/04/2008.

¹⁷Id. *ibid.*

¹⁸Id. *ibid.*

casos, o profissional operador do direito terá que se utilizar de instrumentos de interpretação e de integração da lei para justificar este posicionamento, mas, assim procedendo, certamente logrará êxito em comprovar que não há óbice legal algum que impeça a validade jurídica dos contratos emanados por meio da rede mundial de computadores.

3.4 – DEPÓSITO BANCÁRIO.

Conforme leciona Antonio Cordeiro Menezes¹⁹ o depósito bancário em sentido próprio é um depósito em dinheiro, constituído junto de uma instituição financeira. Trata-se duma operação que surge sempre associada a uma abertura de conta.

Para o professor Arnaldo Wald²⁰, o contrato de depósito bancário é aquele pelo qual um banco recebe uma quantia em dinheiro, a qual se obriga a restituir, na mesma espécie, quando solicitado ou em data prefixada.

Sérgio Carlos Covello, apud Arnaldo Wald²¹, reconhece a natureza *sui generis* do depósito bancário e salienta que um dos seus resultados é “a disponibilidade (por parte do depositante) pela criação da moeda escritural ou bancária”.

Ainda, segundo Arnaldo Wald²², as espécies mais comuns são os chamados depósitos em conta corrente, em que o depositante movimenta livremente os depósitos, sacando-os por meio de cheques, e os depósitos a prazo fixo com correção monetária, criados pela Lei do Mercado de Capitais (Lei nº 4.728, de 14-7-1965, art. 28). Há outras variantes.

Para este mesmo autor, contrato de conta corrente é aquele em que ambas as partes, ou só uma, registram, em partidas de débito e crédito, as remessas e os saques, só podendo reclamar o saldo no vencimento da conta. Em geral, a contabilidade é feita pelo banco, embora possa haver conta corrente fora do sistema bancário.

Leciona esse mesmo autor que a abertura de crédito bancário é o contrato pelo qual um banco obriga-se a por a disposição do cliente, ou de terceiro, por prazo determinado ou não, uma ou várias quantias em dinheiro, para que sejam utilizadas por

¹⁹CORDEIRO, António Menezes, *Manual de Direito Bancário*. 1. Ed. reimpressão. ALMEDINA: 1999. p. 478.

²⁰WALD, Arnaldo, *Direito Civil, Contratos em Espécie*. 18. Ed. reformulada. SARAIVA: 2009. p. 340.

²¹Id. *Ibid.*

²²Id. *Ibid.*

meio de saques em uma ou mais vezes. As partes são a instituição financeira e o correntista.

Segundo Maria Helena Diniz²³, o depósito bancário é a operação bancária em que uma pessoa física ou jurídica entrega determinada importância em dinheiro, com curso legal no país, a um banco, que se obrigará a guardá-lo e a restituí-la quando for exigida, no prazo e nas condições ajustadas.

Prosseguindo, leciona a eminente professora que o banco adquire a propriedade dessa soma em dinheiro, podendo utilizá-la; às vezes, porém, deverá pagar juros, pois o cliente, na verdade, lhe está emprestando essa quantia depositada nas taxas correspondentes às espécies de contas, e em obediência às normas prescritas pelo órgão competentes.

O depósito será escriturado em conta individual do depositante, e o banco deverá prestar-lhe informações a todo tempo, não podendo dá-las a terceiros, salvo exceções legais. O depositante poderá acrescer outros depósitos à importância inicialmente depositada, que aumentarão o seu saldo credor perante o banco, e cada vez que retirar um quantia far-se-à uma dedução no seu saldo.

Essa professora leciona que a abertura de crédito bancário é o contrato pelo qual o banco obriga-se a colocar à disposição do cliente ou de terceiro, por prazo certo ou indeterminado, sob cláusulas convencionadas, uma importância até um limite estipulado, facultando-se a sua utilização no todo ou parceladamente, porém a quantia deverá ser restituída, nos termos ajustados, acrescida de juros e comissões, ao se extinguir o contrato.

Fábio Ulhoa Coelho²⁴ entende que o depósito bancário é espécie de depósito irregular, pois o bem depositado é fungível e o depositário assume a obrigação de

²³DINIZ, Maria Helena, *Direito Civil Brasileiro*, 3. v. 22. ed. rev. e atu. SARAIVA: 2006. p. 692.

²⁴COELHO, Fábio Ulhoa, *Curso de Direito Civil*, 3. v. 2. ed. rev. SARAIVA: 2007. p. 384.

restituir por coisa de igual gênero, qualidade e quantidade, contrapondo-se ao depósito regular, porque nesse o depositário não se libera de suas obrigações contratuais senão restituindo ao depositante exatamente o bem depositado.

Entendemos que a conta corrente de depósito, é uma espécie de contrato de prestação de serviços entre uma instituição financeira e um cliente. Esta espécie de contrato de prestação de serviços possibilita a utilização da conta para depósitos e saques através de cartão, cheque, dentre outras formas de movimentação previstas pelo Banco Central do Brasil.

Possibilita, ainda, a contratação de diversas modalidades de mútuo. Dentre estas modalidades, a popularmente conhecida como cheque especial é a mais comum e nada mais é do que um determinado valor disponível, ou seja, caso o cliente deseje, há um limite que ele pode utilizar além do valor que representa seus recursos próprios.

Além do cheque especial, também é facultado aos clientes titulares de contas correntes a possibilidade de contratação de mútuo com pagamentos parcelados, mediante prévia aprovação e avaliação cadastral, chamados de contrato de crédito direto ao consumidor, sem destinação específica, o qual é efetivamente contratado mediante a utilização do cartão magnético da conta e digitação de senhas e códigos de segurança.

Ambas as espécies supracitadas de contratos se tratam na realidade de formas de concessão de crédito, viabilizadas através de mecanismos tecnológicos desenvolvidos para atender as necessidades dos clientes.

Em situações normais, a utilização destas formas de crédito implica na incidência do fato gerador do IOF na modalidade imposto sobre operações de crédito.

No caso sob análise, o contrato é formalizado quando da assinatura de um contrato onde são previstas, dentre outras, a possibilidade de utilização de crédito disponibilizado.

Por outras palavras, tendo sido aprovado o cadastro do cliente, é formalizado um documento no qual se prevê, dentre outras coisas, a possibilidade de utilização de recursos mediante o pagamento de juros, ou seja, é concretizado um mútuo entre a instituição e o cliente, mútuo este que se aperfeiçoa quando o cliente utiliza valores além dos seus recursos próprios, caracterizando então a operação de crédito.

Uma possível forma de utilização é o pagamento de cheque emitido pelo cliente da conta com valor maior que o valor dos recursos próprios deste cliente.

Exemplificando. Suponhamos que o cliente possua R\$ 1.000,00 de recursos próprios de seu salário e também um valor de limite de crédito na forma popularmente conhecida como cheque especial no valor de R\$ 5.000,00.

Neste exemplo, se o cliente emitir um cheque no valor de R\$ 5.000,00, a instituição financeira efetuará o pagamento deste título, pois o cliente estará utilizando R\$ 1.000,00 de seus recursos próprios e mais R\$ 4.000,00 de recursos do limite disponibilizado na forma referida.

Sobre este valor de R\$ 4.000,00, incidirão os juros contratuais e também os demais encargos, dentre os quais o IOF que será calculado conforme previsão legal.

Outra maneira de se utilizar os recursos disponibilizados na conta corrente de depósito é através de saque com cartão magnético.

No exemplo anterior, se ao invés de emitir um cheque o cliente efetuasse um saque com seu cartão da no valor de R\$ 5.000,00, a situação seria a mesma, ou seja,

ele estaria utilizando R\$ 1.000,00 de seus recursos próprios mais R\$ 4.000,00 da instituição financeira, representado pelo limite de crédito concedido.

Feitas estas considerações, necessitamos agora analisar a regra-matriz de incidência tributária do IOF.

4 – REGRA-MATRIZ DE INCIDENCIA DO IOF.

Conforme já exposto, o imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos e valores mobiliários foi instituído pela Lei nº 5.143, de 20 de outubro de 1966, inicialmente incidindo somente sobre operações de crédito e de seguro.

Sofreu diversas modificações ao longo do tempo e atualmente possui supedâneo constitucional no art. 153, V e, infraconstitucionalmente, encontra esteio na Lei nº 8.894/94, e regulamentação pelo Decreto 6.306/2007.

Referida lei prevê como base de cálculo o valor do principal que constitua o objeto da obrigação, ou sua colocação à disposição do interessado, ou seja, o valor do empréstimo, nas suas mais diversas modalidades, constitui a base de cálculo do tributo.

Contribuinte é o tomador do crédito, no caso das operações sob análise.

Assim, poderemos fixar a regra-matriz²⁵ de incidência tributária do IOF na modalidade crédito, conforme abaixo.

No antecedente da norma temos:

Elemento material: tomar crédito.

Elemento espacial: território nacional.

Elemento temporal: momento em que ocorre a efetiva entrega ou o crédito se torne disponível ao tomador.

²⁵CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

No conseqüente temos:

Elemento pessoal:

Sujeito passivo: tomador do crédito

Sujeito ativo: União

Elemento quantitativo:

Base de cálculo: valor do mútuo tomado em função do tempo que o recurso permaneceu a disposição do tomador, nos casos em análise.

Alíquota: atualmente, para pessoa física, incide alíquota base de 0,0082% sobre o valor dos somatórios dos saldos devedores diários, para o caso do cheque especial; incide ainda a alíquota adicional de 0,38% sobre o somatório mensal dos acréscimos diários.

Conforme supra referido, e de acordo com a teoria da regra-matriz de incidência, no antecedente da norma temos os elementos material, espacial e temporal.

O elemento material nos informa a hipótese, a situação definida em Lei como suficiente para gerar a ocorrência do fato gerador, desencadeando a partir daí as conseqüências legais, especialmente a obrigação de pagamento o tributo, ou seja, quando o cliente toma crédito e o valor lhe é entregue ou colocado à disposição ocorre o fato gerador.

O elemento espacial informa o local onde a norma possui eficácia, ou seja, a norma possui normatividade no território nacional. O crédito tem que ser tomado no território nacional.

O elemento temporal também é de suma importância, pois informa o momento em que o crédito foi efetivamente entregue, aperfeiçoando assim a relação jurídico-tributária caracterizadora da obrigação de pagar o tributo.

Já no conseqüente da norma temos os elementos pessoal e quantitativo.

O elemento pessoal informa quem é o contribuinte, sujeito passivo, e quem é o sujeito ativo, titular do direito de receber o tributo.

Assim, é sujeito passivo o tomador de crédito e sujeito ativo a União, pois o IOF é um tributo federal, conforme se pode inferir do artigo 153, V, da Constituição.

O elemento quantitativo do conseqüente da regra-matriz de incidência é dividido em base de cálculo e alíquota.

Base de cálculo é o valor sobre o qual será aplicada a alíquota, apurando-se assim o valor do tributo efetivamente devido.

No caso do tributo que estamos analisando, a base de cálculo inicialmente é apurada pelo somatório mensal dos saldos devedores diários, ou seja, somam-se todos os valores de concessões, considerando que concessões são as utilizações diárias de crédito, ou seja, do limite de crédito disponibilizado através da operação conhecida como cheque especial.

Suponhamos que o cliente tenha um contrato de limite de cheque especial disponibilizado em sua conta corrente no valor de R\$ 5.000,00 e que possua R\$ 1.000,00 de recursos próprios. Nesta situação a conta apresentará um saldo de R\$ 6.000,00 sendo que R\$ 5.000,00 são limite disponível e R\$ 1.000,00, recursos próprios.

Suponhamos ainda que no dia 1º de fevereiro do corrente ano houvesse ocorrido o saque fraudulento no valor de R\$ 6.000,00. Isso implica dizer que foi retirado

da conta os R\$ 1.000,00, recursos próprios pertencentes ao cliente e utilizados mais R\$ 5.000,00 do limite disponível.

Admitamos, para fins de explicação da forma de cálculo do IOF incidente nesta operação, que a conta permaneceu devedora por quinze dias, até que o correntista notasse o desfalque, avisasse a instituição financeira e tivesse seu saldo totalmente recomposto.

Admitamos, ainda, que após a ocorrência retro narrada, nenhuma outra movimentação tivesse ocorrido na conta.

Pelas regras atuais, o IOF devido nesta operação teria por base de cálculo o somatório diário dos saldos devedores, ou seja, 15 dias de saldo devedor de R\$ 5.000,00, perfazendo um total de R\$ 75.000,00.

Sobre este valor, somatório diário dos saldos devedores, que é um elemento quantitativo da regra-matriz, aplica-se a alíquota de 0,0082%, que é outro dos elementos quantitativos da regra-matriz, implicando no valor teoricamente devido de R\$ 6,15. ($15 \times R\$ 5.000,00 \times 0,000082$).

Ainda, pelas atuais regras, incidiria a alíquota adicional de 0,38% calculado sobre o somatório mensal dos acréscimos diários, que no caso representa a importância de R\$ 5.000,00, uma vez que no nosso exemplo, após o dia 1º não houve acréscimo, tão somente o do dia 1º, e que posteriormente ao dia 10 também não houve qualquer outra movimentação na conta. Portanto, seria devido o valor de R\$ 19,00 a título de IOF adicional ($R\$ 5.000,00 \times 0,0038$).

Nesta situação o valor total do IOF teoricamente devido seria de R\$ 25,10.

Teoricamente devido porque analisaremos a seguir a necessidade da presença da intenção do contratante em tomar o crédito, como condição "*sine qua non*" para a

ocorrência do fato gerador e, portanto, para possibilitar sua cobrança com a consequente obrigatoriedade de pagamento por parte do cliente.

5 – SUJEITO PASSIVO.

Prosseguindo no estudo, se faz necessário definir o sujeito passivo da obrigação tributária no caso sob comento.

Algumas definições da doutrina nacional sobre sujeito passivo.

A professora Maria Rita Ferragut²⁶ define o sujeito passivo à partir das lições de Paulo de Barros Carvalho²⁷, “sendo a pessoa física ou jurídica, privada ou pública, detentora de personalidade, e de quem juridicamente exige-se o cumprimento da prestação. Consta, obrigatoriamente, do pólo passivo de uma relação jurídica, única forma que o direito reconhece para obrigar alguém a cumprir determinada conduta.”

Aludida doutrinadora, em seu livro *Responsabilidade tributária e o Código Civil de 2002*. São Paulo: Noeses, 2005, cita os conceitos sustentados por outros doutrinadores. Vejamos.

Paulo de Barros Carvalho: “Sujeito passivo é a pessoa – sujeito de direitos – física ou jurídica, privada ou pública, de quem se exige o cumprimento da prestação: pecuniária, nos nexos obrigacionais; e insuscetível de avaliação patrimonial, nas relações que veiculam meros deveres instrumentais ou formais. É no critério pessoal do conseqüente da regra-matriz de incidência que colhemos elementos informadores para a determinação do sujeito passivo.” (Curso de direito tributário, p. 296)

Ruy Barbosa Nogueira: “Sujeito passivo da obrigação tributária, em princípio, deve ser aquele que praticou a situação descrita com núcleo do fato gerador, aquele a quem pode ser imputada a autoria ou titularidade passiva do fato imponível. Como objetivamente a situação fática é de conteúdo econômico, o titular ou beneficiário do fato deve ser em princípio o contribuinte, mesmo porque é com o resultado da

²⁶ FERRAGUT, Maria Rita. *Responsabilidade tributária e o Código Civil de 2002*. São Paulo: Noeses, 2005.

²⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 296.

realização do fato tributado que ganha para pagar o tributo ou manifesta capacidade contributiva.” (Curso de direito tributário, p. 144)

Geraldo Ataliba: “Sujeito passivo da obrigação tributária é o devedor, convencionalmente chamado contribuinte. É a pessoa que fica na contingência legal de ter o comportamento objeto da obrigação, em detrimento do próprio patrimônio e em favor do sujeito ativo. É a pessoa que terá diminuição patrimonial, com a arrecadação do tributo. É sujeito passivo, em regra, uma pessoa que está em conexão íntima (relação de fato) com o núcleo (aspecto material) da hipótese de incidência.” (Hipótese de incidência tributária, p. 77)

Aires F. Barreto: “Será sujeito passivo, no sistema tributário brasileiro, a pessoa que provoca, desencadeia ou produz a materialidade da hipótese de incidência de um tributo como inferida na Constituição; ou ‘quem tenha relação pessoal e direta’ – como diz o art. 121, parágrafo único, I do CTN – com essa materialidade.” (ISS na Constituição e na Lei, p. 289)

Ricardo Lobo Torres: “Sujeito passivo é a pessoa obrigada a pagar o tributo e a penalidade pecuniária ou a praticar os deveres instrumentais para a garantia do crédito. Deve ser explicitamente indicado na lei que define o fato gerador. O sujeito passivo da obrigação de pagar o tributo diz-se contribuinte ou responsável.” (Curso de direito financeiro e tributário, p. 217)

Renato Lopes Becho: “Extraímos do critério pessoal os sujeitos passivos da obrigação tributária que, nos tributos discriminados na Constituição, serão necessariamente aquelas pessoas que realizarem, inquestionavelmente, a materialidade prevista na norma constitucional tributária. Nos tributos não-discriminados, serão aquelas pessoas que realizarem as condutas descritas em dita materialidade. Os sujeitos passivos tributários estão, portanto, umbilicalmente relacionados com a materialidade descrita na norma.” (Sujeição passiva e responsabilidade tributária, p. 190).

Luis César Souza de Queiroz: “Sujeito passivo tributário ou contribuinte – é o sujeito de direito titular do pólo passivo de uma relação jurídica tributária (determinada e individualizada).” (Sujeição passiva tributária, p.180)

Paulo Ayres Barreto: “No âmbito de uma relação jurídica de cunho eminentemente tributário, o contribuinte é o único sujeito de direito a figurar no pólo passivo dessa relação. E assim, é porque ele é o titular da riqueza pessoal descrita no antecedente da norma geral e abstrata de índole tributária.” (Imposto sobre a renda e preços de transferência, p. 86)

Luciano Amaro: “Sujeito passivo é o devedor da obrigação tributária, ou seja, é a pessoa que tem o dever de prestar, ao credor ou sujeito ativo, o objeto da obrigação. Como as obrigações, em função do objeto, foram classificadas pelo Código Tributário Nacional em principais ou acessórias, esse diploma, embora não tenha dado um conceito genérico de sujeito passivo, definiu o sujeito passivo da obrigação tributária principal e o sujeito passivo da obrigação tributária acessória.” (Direito tributário brasileiro, p. 279)

Resta evidenciado que, neste caso, o sujeito passivo da obrigação que estamos analisando teoricamente seria o tomador de crédito.

Teoricamente porque, como exposto, na realidade o cliente não pretendeu tomar o crédito, tendo este ocorrido em virtude do saque fraudulento que estamos analisando.

Nesta esteira, é necessário analisarmos o conteúdo do artigo 118 do Código Tributário Nacional.

6 - ARTIGO 118 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL E O PRINCÍPIO DO NON OLET.

Diz o artigo 118 do Código Tributário Nacional:

Art. 118. A definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se:

I – da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos;

II – dos efeitos dos fatos efetivamente ocorridos.

O artigo 118 do CTN é o corolário do princípio do “*Non Olet*”, ou seja, para a ocorrência do fato gerador não importa se o ato ou fato é lícito ou ilícito. Assim, uma vez ocorrido, nasce a obrigação de pagar o tributo.

João Pedro Ayrimoraes Soares Júnior²⁸ analisa a origem do princípio “*non olet*”.

Conta a História que, na Roma Antiga, tendo o Imperador Vespasiano instituído um tributo sobre os mictórios públicos (cloacas), logo foi sugerida, por seu filho Tito, a extinção da nova exação, em decorrência de sua origem espúria. Convicto, indagou Vespasiano, empunhando uma moeda: Olet? (Tem cheiro?). Ao que lhe respondeu o filho: Non olet! (Não tem cheiro!), ficando assim demonstrado que a receita advinda da tributação não é acompanhada das características do fato tributado.

Ainda que muitas questões tributárias tenham se modificado desde então, o princípio do “*non olet*” permaneceu válido, a despeito de posições contrárias.

Aliomar Baleeiro, apud Soares Junior²⁹, averba:

A validade, invalidade, nulidade, anulabilidade ou mesmo a anulação já decretada do ato jurídico são irrelevantes para o Direito Tributário”.

²⁸ SOARES JUNIOR, João Pedro Ayrimoraes. *A tributação dos atos nulos, anuláveis, ilícitos, criminosos e imorais*. Disponível no endereço <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6105>. 11.2004. Acesso em 15/02/2008.

²⁹ Id. *ibid*.

Praticado o ato jurídico ou celebrado o negócio que a lei tributária erigiu em fato gerador, está nascida a obrigação para com o Fisco. E essa obrigação subsiste independentemente da validade ou invalidade do ato.

Se nulo ou anulável, não desaparece a obrigação fiscal que dele decorre, nem surge para o contribuinte o direito de pedir repetição do tributo acaso pago sob invocação de que o ato era nulo ou foi anulado. O fato gerador ocorreu e não desaparece, do ponto de vista fiscal, pela nulidade ou anulação.

Todavia, não se quer dizer que o tributo deva incidir diretamente sobre atos proibidos ou imorais, como que abrangidos na correspondente hipótese de incidência, mas apenas que a receita eventualmente oriunda desses atos há de ser tributada. Recorde-se, a propósito, que tributo, na escorreita definição do art. 3º, do CTN, configura: 'prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada'. Assim, não deve o tributo sancionar atividade ilícita, seja no sentido de punir, seja no sentido de legitimar tal atividade. Nessa linha de pensamento, expõe Hugo de Brito Machado, Curso de Direito Tributário, 24ª ed., Malheiros, 2004, págs. 129-130: Não se pode, entretanto, admitir um tributo em cuja hipótese de incidência se inclua a ilicitude. A compreensão do que se está afirmando é facilitada pela distinção, inegável, entre hipótese de incidência e fato gerador do tributo. Cuida-se, com efeito, de dois momentos. O primeiro é aquele em que o legislador descreve a situação considerada necessária e suficiente ao surgimento da obrigação tributária. Nessa descrição a ilicitude não entra. O outro momento é o da concretização daquela situação legalmente descrita. Nessa concretização pode a ilicitude eventualmente fazer-se presente. Aí estará, assim, circunstancialmente. Sua presença não é necessária para a concretização da hipótese de incidência do tributo. Mas não impede tal concretização, até porque, para o surgimento da obrigação tributária, como já visto, a concretização do previsto é bastante. Por isto, a circunstância ilícita, que sobra, que não cabe na hipótese de incidência tributária, é, para fins tributários, inteiramente irrelevante.

No mesmo sentido, Luiz Emydio Franco da Rosa Junior, apud Soares Junior³⁰,

anota:

Ademais, o fato de o Estado cobrar imposto de renda da pessoa que aufera rendimentos da exploração do jogo do bicho, ou de uma casa de prostituição, não tem o condão de legitimar tais atividades. Isso porque o CTN, em seu art 3º, prescreve que a prestação tributária não constitui sanção (legalização, validação) de ato ilícito'."

Por outro lado, sendo o fato gerador da obrigação tributária um fato econômico a que o direito imprime relevo jurídico ou, dito de outra forma, um fato jurídico de apreciável consistência econômica, apto, portanto, a servir de medida de capacidade econômica do contribuinte, não poderia sua ocorrência, ainda que circunstancialmente ilícita, criminosa ou imoral, passar despercebida. É o que ensina Amílcar de Araújo Falcão, na sua clássica monografia Fato Gerador da Obrigação Tributária, citado por Luiz Emydio Rosa Júnior, Ob. Cit., pág. 203, "*verbis*":

Não pode ser de outro modo, se se tomar em consideração que a natureza do fato gerador da obrigação tributária, como um fato jurídico de acentuada consistência econômica, ou um fato econômico de relevância jurídica, cuja

³⁰ Id. *ibid.*

eleição pelo legislador se destina a servir de índice de capacidade contributiva. A validade da ação, da atividade ou do ato em Direito Privado, a sua juridicidade ou antijuridicidade em Direito Penal, disciplinar ou em geral punitivo, enfim, a sua compatibilidade ou não com os princípios da ética ou com os bons costumes não importam para o problema da incidência tributária, por isso que a ela é indiferente a validade ou nulidade do ato privado através do qual se manifesta o fato gerador: desde que a capacidade econômica legalmente prevista esteja configurada, a incidência há de inevitavelmente ocorrer'."

O STF, por sua segunda turma, à unanimidade, no julgamento do HC nº 77.530-4/RS, tendo por relator o Ministro Sepúlveda Pertence, assim manifestou-se quanto ao princípio do "non olet":

Sonegação fiscal de lucro advindo de atividade criminosa: "*non olet*". Drogas: tráfico de drogas, envolvendo sociedades comerciais organizadas, com lucros vultosos subtraídos à contabilização regular das empresas e subtraídos à declaração de rendimentos: caracterização, em tese, de crime de sonegação fiscal, a acarretar a competência da Justiça Federal e atrair pela conexão, o tráfico de entorpecentes: irrelevância da origem ilícita, mesmo quando criminal, da renda subtraída à tributação. A exoneração tributária dos resultados econômicos de fato criminoso - antes de ser corolário do princípio da moralidade - constitui violação do princípio de isonomia fiscal, de manifesta inspiração ética.

Contudo, dada a dialeticidade do Direito, abalizadas opiniões existem em contrário, valendo transcrever a de Misabel Abreu Machado Derzi, que, em nota de atualização à já citada obra de Aliomar Baleeiro, afirma: Em verdade, antes e depois da Lei nº 9.613/98, o correto é concluir que, estando comprovado o crime do qual se originaram os recursos ou o acréscimo patrimonial, seguir-se-á a apreensão ou o seqüestro dos bens, fruto da infração. E é absolutamente incabível a exigência de tributos sobre bens, valores ou direitos que se confiscaram, retornando às vítimas ou à administração pública lesada. Pois o tributo, que não é sanção de ato ilícito, repousa exatamente na presunção de riqueza, em fato signo presuntivo de renda, capital ou patrimônio. Coerentemente, a Lei nº 9.613/98, que disciplinou os crimes de "lavagem de dinheiro", por exemplo, renovou, em alguns aspectos, as normas processuais pertinentes e determinou, como efeitos da condenação, a perda dos bens, direitos e valores, objeto do crime, assim como a interdição do exercício de cargo ou função pública de qualquer natureza (art. 7º, I e II).

Imposto poderá incidir sobre a ostentação de riqueza ou o crescimento patrimonial incompatíveis com a renda declarada, no pressuposto de ter havido anterior omissão de receita. Receita, em tese, de origem lícita, porém nunca comprovadamente criminosa. Não seria ético, conhecendo o Estado, a origem criminosa dos bens e direitos, que legitimasse a ilicitude, associando-se ao delinqüente e dele cobrando uma quota, a título de tributo. Portanto, põem-se alternativas excludentes, ou a origem dos recursos é lícita, cobrando-se em consequência o tributo devido e sonegado, por meio da execução fiscal, ou é ilícita, sendo cabível o perdimento dos bens e recursos, fruto da infração.

Ainda assim, especialmente à luz dos dias que correm, em que a criminalidade, a ilegalidade e a imoralidade assumem proporções cada vez maiores e mais organizadas, a tributabilidade dos atos nulos, anuláveis, ilícitos, criminosos e imorais constitui imperativo da mínima partição dos ônus e encargos públicos

sobre todos, de modo a suprir o Estado dos recursos necessários à consecução dos seus fins sociais.

Se efetivada a persecução criminal, e punidos os infratores, plenamente restará assegurada a preservação da ordem jurídica e comunitária. Enquanto isso não acontece, porém, que, pelo menos, a capacidade econômica externada nesses proscritos atos contribua, como qualquer outra, para a manutenção do bem comum. Ou, caso tal contribuição não aconteça, que sinalize essa falta a própria prática do crime, como ocorreu ao Agente Eliot Ness, que somente conseguiu desmontar a máfia de Al Capone, a partir da comprovação da sonegação do imposto de renda.

Como se pode observar, a doutrina não é pacífica quanto à aplicação do princípio do *“non olet”*.

Apesar de válido e aplicado indiscriminadamente pelo Fisco, inclusive com respaldo do STF, verifica-se que há doutrinadores totalmente discordantes do entendimento do Excelso Pretor, sobretudo porque a aplicação deste princípio seria antiética, pois não seria lícito ao estado, sabendo da procedência ilícita da riqueza, tributá-la, como se lícita fosse.

O functor deôntico do tributo indica que aquela atividade é lícita, aceita e permitida pelo Estado. Tributar a riqueza oriunda da ilicitude é afastar a própria ilicitude para dizer aos cidadãos que podem praticar ilícitos, desde que paguem os tributos.

Somos daqueles que entendem que possuindo origem ilícita, uma riqueza não pode ser tributada como se lícita fosse.

7 – CONCLUSÃO.

O desafio deste trabalho foi analisar uma situação, infelizmente corriqueira, dado o grande desenvolvimento tecnológico atual, qual seja, os saques fraudulentos em contas correntes mantidas em instituições financeiras.

Referidas movimentações, por implicarem na utilização de limite de crédito disponível na conta corrente de depósito, teoricamente configurariam a ocorrência do fato gerador, nos termos do art. 3º, do Decreto nº 6.306, de 14 de dezembro de 2007.

Decreto 6.306, de 14 de dezembro de 2007

(...)

Art. 3º O fato gerador do IOF é a entrega do montante ou do valor que constitua o objeto da obrigação, ou sua colocação à disposição do interessado (Lei no 5.172, de 1966, art. 63, inciso I).

§ 1º Entende-se ocorrido o fato gerador e devido o IOF sobre operação de crédito:

I - na data da efetiva entrega, total ou parcial, do valor que constitua o objeto da obrigação ou sua colocação à disposição do interessado;

§ 3º A expressão “operações de crédito” compreende as operações de:

I - empréstimo sob qualquer modalidade, inclusive abertura de crédito e desconto de títulos (Decreto-Lei no 1.783, de 18 de abril de 1980, art. 1º, inciso I);

II - alienação, à empresa que exercer as atividades de factoring, de direitos creditórios resultantes de vendas a prazo (Lei no 9.532, de 1997, art. 58);

III - mútuo de recursos financeiros entre pessoas jurídicas ou entre pessoa jurídica e pessoa física (Lei no 9.779, de 1999, art. 13).

(...)

Extrai-se do citado artigo 3º, que o fato gerador do IOF na modalidade crédito é a entrega do montante ou do valor que constitua o objeto da obrigação, ou sua colocação à disposição do interessado.

O § 1º do referido artigo define que o fato gerador ocorre efetivamente, tornando-se devido o IOF sobre operação de crédito na data da efetiva entrega, total ou parcial, do valor que constitua o objeto da obrigação ou sua colocação à disposição do interessado.

Sendo assim, tomando por base o exemplo que estamos analisando, teoricamente o fato gerador do IOF ocorre no instante em que há o saque fraudulento, com a conseqüente utilização do limite de crédito disponível na conta corrente do cliente, pois neste instante resta configurada a entrega do montante que seria o objeto da obrigação.

Porém, restou demonstrado à sociedade que quando o fato gerador tratar-se de situação jurídica, no caso sob análise tomar crédito através de mútuo disponibilizado em conta corrente, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos somente no momento em que esteja definitivamente constituída aquela situação, nos termos de direito aplicável.

Em termos mais técnicos, seguindo os ensinamentos de Orlando Gomes, apud Garcia³¹, um contrato pode ser definido como uma espécie de negócio jurídico, de natureza bilateral ou plurilateral, dependente, para sua formação, do encontro da vontade de pelo menos duas partes, que criam, entre si, uma norma jurídica individual reguladora de interesses privados. Nesse contexto, o contrato tem por fundamento o concurso da vontade humana, limitada pela ordem jurídica, capaz de estabelecer direitos e obrigações, em regra, entre as partes contratantes.

Depreende-se do artigo 3º, § 1º, I, “*in fine*”, do Decreto 6.306/2007 que o fato gerador somente ocorre e é devido o IOF sobre operação de crédito na data da efetiva entrega, total ou parcial, do valor que constitua o objeto da obrigação ou sua colocação à disposição do interessado.

Esta última palavra – interessado – acreditamos que colocada aí não por mero acaso, faz toda a diferença quando se trata de saque fraudulento, uma vez que a efetiva vontade do cliente em contratar, tomar o crédito disponibilizado pela instituição financeira na conta, é parte integrante do contrato, ou seja, o contrato de crédito

³¹GARCIA, Flávio Cardinelle Oliveira. Da validade jurídica dos contratos eletrônicos. disponível no sítio: <<http://jus2.uol.com.br/texto.asp?id=4992>>. Acesso em 15/02/2008.

somente se aperfeiçoa se todos os requisitos estiverem presentes. Dentre estes requisitos, a vontade de tomar o crédito é o requisito mais importante para caracterizar a ocorrência do fato gerador e, à partir daí, desencadear todos os seus efeitos.

Por outro lado, ainda que consideremos a intenção do fraudador, ainda assim não poderemos falar em vontade de tomar crédito, uma vez que este somente pretendia obter recursos financeiros, independentemente de estar tomando crédito ou não.

Como o saque ocorreu mediante fraude, ou seja, clonagem de cartão, por exemplo, a ausência de vontade em contratar, tomar o crédito, por parte do titular da conta descaracteriza a ocorrência do fato gerador, ou seja, o contrato não se aperfeiçoa, não se podendo falar em ocorrência de fato gerador.

Assim, onde não há fato gerador, não há se falar em tributo.

Esta é a conclusão a que chegamos ao final de nosso estudo.

8 – BIBLIOGRAFIA.

AMARO, Luciano da Silva. *Direito tributário brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1997.

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BARRETO, Aires Fernandino. *ISS na Constituição e na lei*. São Paulo: Dialética, 2003.

BARRETO, Paulo Ayres. *O imposto sobre a renda e os preços de transferência*. São Paulo: Dialética, 2001.

BECHO, Renato Lopes. *Sujeição passiva e responsabilidade tributária*. São Paulo: Dialética, 2000.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

COELHO, Fábio Ulhoa, *Curso de Direito Civil*, 3. Vol. 2. Ed. ver. SARAIVA: 2007.

CORDEIRO, António Menezes, *Manual de Direito Bancário*. 1. Ed. reimpressão. ALMEDINA: 1999.

DINIZ, Maria Helena, *Direito Civil Brasileiro*, 3. Vol. 22. Ed. rev. e atu. SARAIVA: 2006.

FERRAGUT, Maria Rita. *Responsabilidade tributária e o Código Civil de 2002*. São Paulo: Noeses, 2005.

GARCIA, Flávio Cardinelle Oliveira. *Da validade jurídica dos contratos eletrônicos*. <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4992>>. 06.2002. Acesso em 15/04/2008.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de direito tributário*. 14ª Ed., São Paulo: Saraiva, 1995.

QUEIROZ, Luis Cesar Souza de. *Sujeição passiva tributária*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SOARES JUNIOR, João Pedro Ayrimoraes. *A tributação dos atos nulos, anuláveis, ilícitos, criminosos e imorais*. <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6105>> 11.2004. Acesso em 15/04/2008.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998

WALD, Arnaldo, Direito Civil, *Contratos em Espécie*. 18. Ed. reformulada. SARAIVA: 2009.