

012/03  
Anexo  
Dialética

0358

Ives Gandra da Silva Martins

JUROS COMO BASE DE CÁLCULO DO ICMS

**IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,**  
Professor Emérito das Universidades Mackenzie e Paulista  
e da Escola de Comando e Estado Maior do Exército,  
Presidente da Academia Internacional de Direito e  
Economia e do Conselho de Estudos Jurídicos da Federação  
do Comércio do Estado de S.Paulo.

Reza o artigo 13 § 1º, inciso II, letra "a" da  
Lei Complementar nº 87/96, o seguinte:

*"Art. 13. A base de cálculo do imposto  
é:*

*§ 1º. Integra a base de cálculo do  
imposto:*

*II - o valor correspondente a:*

*a) seguros, juros e demais importâncias  
pagas, recebidas ou debitadas, bem como  
descontos concedidos sob condição".*

Para efeitos deste pequeno artigo, interessa

especialmente a declaração do legislador de que seguros e juros constituem base de cálculo do ICMS (1).

O discurso, a meu ver, é manifestamente inconstitucional.

Determina, a Constituição Federal, que as

---

(1) Ao referir-se a E.C. nº 18, que introduz a competência exclusiva da União para operações financeiras, Aliomar Baleeiro lembra preocupação de Octávio Bulhões: "A Emenda nº 18, igual ao art. 21, VI, da C.F. de 1969, mergulhou em extremo casuísmo, mencionando cada um dos negócios e atos. Não há dúvida de que a intenção foi boa, pois há grande verdade no reparo daquele ilustre economista e Ministro da Fazenda, segundo o qual os impostos sobre transações financeiras --os denominados impostos do selo-- são condenáveis se exigidos com a finalidade de suprir recursos de tesouraria, porque recaem sobre valores que de forma alguma expressam a capacidade de contribuir para os cofres públicos. Já o disséramos desde 1955: "Do ponto de vista econômico, o imposto de selo é, talvez, o pior dos impostos de nosso sistema fiscal. Quase sempre contraria em cheio o princípio da capacidade... .. Atinge os negócios e as iniciativas na fase inicial de sua formação, quando existe apenas expectativa de lucros, que se poderá concretizar ou não" (Introd. à C. Finanças, 1ª ed., 1955, 2ª v., nº 346, p. 497)" (Direito Tributário Brasileiro, 10ª ed., Ed. Forense, 1981, p. 268).

competências impositivas nela discriminadas só podem ser comuns quando o próprio texto supremo assim permitir. Desta forma, o ICMS e o IPI podem ter fato gerador e base de cálculo semelhantes, na medida em que a própria lei suprema o admita (2).

---

(2) Celso Ribeiro Bastos sobre o IOF escreve: "Trata-se também de imposto circulatório, conhecido por Imposto sobre Operações Financeiras (IOF), que se desdobra em: imposto sobre operações de crédito, imposto sobre operações de câmbio e imposto sobre operações de seguro. A receita correspondente à arrecadação desse imposto fica inteiramente para a União, porque, a não ser em relação ao ouro, não há transferência para Estados e Municípios. Por essa razão, este imposto corre o risco de ser constantemente utilizado com a finalidade de aumentar a arrecadação da União.

A Atual Constituição não submete o IOF ao princípio da anterioridade, como fazia a anterior. Contudo, como bem observa Ives Gandra Martins, "...o princípio da anterioridade não oferta problemas maiores, se não aplicado, no concernente aos impostos indiretos, como são os três, embora o IOF incida sobre operações de câmbio e/ou de títulos mobiliários, posto que a sua exigência é sobre a circulação de tais bens. Como os fatos geradores são formal e estruturalmente instantâneos, não há o risco, como nos impostos de estrutura complexiva, de se discutir o campo de abrangência do princípio da irretroatividade, razão pela qual nunca afetarão operações pretéritas" (Sistema Tributário, cit., p. 167)" (Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário, Ed. Saraiva, 1991, p. 252/253).

O que, entretanto, não constar da Constituição como exceção à regra das competências exclusivas, não pode ser objeto de incidência por unidade federativa não autorizada.

Ora, o artigo 153, inciso V, declara que:

*"Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre: ... V - operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários",*

tornando inequívoco que compete à União tributar as operações de crédito com seus rendimentos, assim como as de seguros --competência impositiva esta privativa da União (3).

*(3) Cláudio Santos lembra que: "Vê-se, assim, que este tributo não tem finalidades meramente fiscais, de obtenção de recursos para o Tesouro, mas objetivos extra-fiscais, bem definidos e claros. Sua área de abrangência é setORIZADA sobre o mercado financeiro, inclusive, o de ouro, o de seguros, e o de capitais, especificamente.*

*O campo de incidência do I.O.F. está, como todos demais, demarcado pela lei Maior. Dele não se pode fugir. Daí porque os fatos geradores ou as hipóteses de incidência*

Por outro lado, o artigo 155 § 2º em nenhum momento fez menção a que os juros e seguros constituam base de cálculo do ICMS. Portanto, se a exceção existe para IPI e ICMS, inexistente entre ICM e IOF.

Ademais, o artigo 146 III, letra "a" e o § 2º inciso XII do artigo 155, ao se referirem à lei complementar, não outorgam, aos Estados, competência para tributar juros e seguros, tomando-os como base de cálculo do ICMS (4).

---

*desse imposto devem ser identificados dentro do contexto delimitado no ordenamento superior, na lei complementar, ou seja, no Código Tributário Nacional, e na sua lei de criação.*

*O que se lê no texto magno é tais fatos geradores situam-se no âmbito das operações de crédito, de câmbio e de seguro, ou daquelas pertinentes a títulos ou valores mobiliários, e, ainda, na operação inicial de circulação de ouro, como ativo financeiro ou instrumento cambial, como já foi visto, e, por isso, é naquelas palavras chaves que se desenharão seus fatos geradores: operações, crédito, câmbio, seguro, títulos ou valores mobiliários e ouro-ativo financeiro ou instrumento cambial" (Caderno de Pesquisas Tributárias nº 16, Ed. Resenha Tributária Ltda, 1991, p. 87).*

Acrescente-se o fato de que a competência para estabelecer o modelo do sistema financeiro é da União, com perfil aplicável às empresas de seguro, capitalização e financeiras (5).

---

(4) O artigo 146, inciso III, letra "a" e o § 2º, inciso XII, do artigo 155, têm a seguinte dicção: "Art. 146. Cabe à lei complementar: ... III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes".

"Art. 155 ... § 2º. O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: ... XII - Cabe à lei complementar: a) definir seus contribuintes; b) dispor sobre substituição tributária; c) disciplinar o regime de compensação do imposto; d) fixar, para efeito de sua cobrança e definição do estabelecimento responsável, o local das operações relativas à circulação de mercadorias e das prestações de serviços; e) excluir da incidência do imposto, nas exportações para o exterior, serviços e outros produtos além do mencionados no inciso X, "a"; f) prever casos de manutenção de crédito, relativamente à remessa para outro Estado e exportação para o exterior, de serviços e de mercadorias; g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados".

(5) O artigo 192, incisos I e II, da Constituição Federal, estão assim redigidos: "Art. 192. O sistema financeiro

Assim, tudo o que disser respeito a tributação de juros e seguros é da competência da União e não dos Estados, razão pela qual não podem servir de base de cálculo para determinação do valor de ICMS a ser recolhido aos Erários Estaduais (6).

*nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive, sobre: I - a autorização para o funcionamento das instituições financeiras, assegurado às instituições bancárias oficiais e privadas acesso a todos os instrumentos do mercado financeiro bancário, sendo vedada a essas instituições a participação em atividades não previstas na autorização de que trata este inciso; II - autorização e funcionamento dos estabelecimentos de seguro, previdência e capitalização, bem como do órgão oficial fiscalizador e do órgão oficial ressegurador".*

(6) Zelmo Denari escreve que: "5. Imposto sobre Operações Financeiras (IOF)

5.1. Legislação aplicável

Constituição Federal - art. 153, V.

Código Tributário Nacional - arts. 63 a 67

Legislação Ordinária - Lei nº 5.143, de 20.10.66

DL nº 1.783, de 18.04.80

Lei nº 8.033, de 12.04.90.

5.2. Fato gerador

Nos termos da legislação vigente, os fatos geradores deste imposto são os seguintes:

a) operação de crédito - a entrega do respectivo valor ou

É de se lembrar que o constituinte considera ínsitas as figuras do fato gerador da obrigação tributária e de sua base de cálculo, ao ponto de consagrar, no artigo 146, letra "a", inciso III, que apenas a lei complementar poderá definir seus elementos compositores para quaisquer impostos. Em consequência, o que não se inclui no fato gerador da obrigação tributária não pode ser tomado como base de cálculo da mesma (7).

- 
- sua colocação à disposição do interessado (cf. art. 63, I, do CTN c/c o art. 1º, I, da Lei nº 5.143/66);
- b) operação de câmbio - a entrega de moeda nacional ou estrangeira ou sua colocação à disposição do interessado (cf. art. 65, II, do CTN);
- c) operação de seguro - o recebimento do prêmio (cf. art. 1º, § 1º, II, da Lei nº 5.143/66);
- d) operações de títulos ou valores mobiliários:
- transmissão ou resgate de títulos ou valores mobiliários, inclusive de aplicações de curto prazo (letras de câmbio, depósitos a prazo, letras imobiliárias, debêntures, cédulas hipotecárias);
  - transmissão de ouro definido como ativo financeiro;
  - transmissão ou resgate de título representativo do ouro;
  - transmissão de ações de companhias abertas e das conseqüentes bonificações emitidas;
  - saques efetuados ou cadernetas de poupança (cf. art. 1º e incisos da Lei nº 8.033. de 1990)" (Curso de Direito Tributário, 3ª ed., Ed. Forense, 1993, p. 265).

Nem teria procedência a alegação de que, a falta da lei complementar, de que trata o artigo 192 da Constituição Federal, permitiria a incidência do ICMS, por haver uma área de atuação que poderia não pertencer ao sistema financeiro.

É de se lembrar que mesmo que a lei impositiva da

(7) Organizou o Centro de Extensão Universitária dois simpósios, um sobre a Base de Cálculo (VII) e outro sobre o IOF (XVI), tendo os autores: Agostinho Toffoli Tavolaro, Anna Emília Cordelli Alves, Antonio Alberto Soares Guimarães, Antonio José da Costa, Aloysio Meirelles de Miranda Filho, Angela Maria da Motta Pacheco, Antonio Carlos Rodrigues do Amaral, Carlos Celso Orcesi da Costa, Carlos da Rocha Guimarães, Carlos Rocha Vilella, Cecília Maria Marcondes Hamati, Celso Ribeiro Bastos, Cláudio Santos, Dirceu Antonio Pastorello, Edvaldo Pereira de Brito, Gilberto de Ulhôa Canto, Hugo de Brito Machado, Ives Gandra da Silva Martins, José Eduardo Soares de Melo, Lindemberg da Mota Silveira, Marilene Talarico Martins Rodrigues, Paulo Lucena de Menezes, Plínio José Marafon, Ricardo Mariz de Oliveira, Ricardo Paranhos Murgel, Sacha Calmon Navarro Coelho, Vittorio Cassone, Ylves José de Miranda Guimarães, Yoshiaki Ichihara e Wagner Balera (Cadernos de Pesquisas Tributárias n.ºs. 7 e 16 - Co-ed. Centro de Extensão Universitária e Resenha Tributária, 1991, 2a. tiragem --n.º 7-), longamente se debruçado sobre a vinculação inafastável de fato gerador e base de cálculo.

unidade federativa sobre elementos compositores de sua competência impositiva não venha a ser editada, nem por isto operar-se-á uma delegação de competência a outras unidades federativas, pela omissão da titular dessa competência (8).

---

(8) O § 3º do artigo 24 da Constituição Federal assim redigido: "Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender as suas peculiaridades", não se aplicaria às hipóteses, por não serem os impostos privativos da competência concreta e por não haver omissão quanto à espécie, em face de haver leis para ambas as incidências. Escrevi sobre o § 3º do artigo 24: "Alguns autores vislubram, no § 3º do art. 24, o direito de os Estados e do Distrito Federal legislarem sobre quaisquer tipos de normas gerais que caberia ao Parlamento Nacional produzir, seja pelo veículo menor da lei ordinária, seja pelo veículo maior da lei complementar.

Tais autores, inclusive, entenderam ser a lei complementar, lei federal, distinta da lei ordinária apenas em função da matéria tratada e do quorum necessário para a aprovação.

Segundo essa visão, as duas leis estruturalmente teriam a mesma função, sendo a única distinção o fato de o constituinte exigir para certas matérias uma, e para outras, outra.

Daí o pensamento que esposam de que, por exemplo, em matéria tributária, se a União não produzir lei complementar sobre normas gerais, tal faculdade será outorgada provisoriamente aos Estados e Distrito Federal até o momento em que as normas gerais superiores sejam veiculadas.

---

Entendo que estes autores, apesar de seu brilho, não têm razão.

Em minha especial maneira de ver a fenomenologia da lei complementar, considero-a lei da Federação, e não da União, sempre que cuidando de normas gerais. Por conseqüência, para mim, o § 3º cuidou apenas daquelas normas gerais veiculáveis por lei ordinária, porque apenas esta é lei federal. A outra (complementar), sendo lei da Federação, não é lei federal.

Por esta perspectiva agiu corretamente o constituinte, ao não subordinar, em assuntos de seu peculiar interesse, os Estados e Distrito Federal ao interesse exclusivo da União na produção de lei que possa influenciar nas peculiaridades de cada unidade federativa, inclusive dos Municípios (art. 30, II).

Desta forma, apenas se a União não produzir lei ordinária federal para normas gerais é que provisoriamente poderão os Estados produzi-las.

A lei complementar não foi tratada nas competências privativas ou concorrentes das entidades federativas, mas excepcionalmente em dispositivos bem definidos pelo constituinte. Em outras palavras, cuidou o constituinte, nos arts. 22 e 24, das competências privativas e concorrentes da União em matéria legislativa. Cuidou, em diversos outros dispositivos, da competência legislativa da Federação, pelo veículo lei complementar, mesmo nos casos em que a expressão complementar foi eliminada, como é a hipótese da imunidade condicionada.

Tem-se argumentado que, em matéria tributária, todas as normas gerais deverão ser veiculadas por lei complementar, com o que a expressão "direito tributário", no caput do artigo, diluiria o argumento que desenvolvo.

Se do ponto de vista estritamente doutrinário o argumento procede, do ponto de vista de direito posto, não, eis que há matérias de "direito tributário constitucional" que

A não incidência é típico fenômeno desonerativo da realidade fiscal. Se a entidade competente para impor deixa de exercer seu poder tributante, dá-se a não incidência que é a omissão legislativa, intencional ou não, ocorrida dentro da competência impositiva da entidade com tais poderes.

---

*podem ser instrumentalizadas por lei ordinária.*

*Com efeito, a partição da receita entre os entes federativos não está no capítulo das Finanças Públicas, mas no direito tributário, e nele, exceção feita às hipóteses, em "numerus clausus", do art. 161, não há necessidade maior de veiculação de normas gerais por lei complementar, como, por exemplo, a forma de divulgação e os prazos para a entrega das "quotas" referidas no art. 162, que não são os "critérios" de distribuição, mencionados no art. 161.*

*O mesmo se diga quanto à competência concorrente sobre direito econômico. A ninguém ocorrerá a hipótese de Estados poderem legislar sobre o sistema financeiro, por não ter o Parlamento ainda produzido lei complementar, a que se refere o art. 192 da Constituição Federal.*

*O § 3º do art. 24, portanto, cuidou apenas de competência suplementar sobre normas gerais, se devessem elas vir à luz pelo veículo corrente da lei ordinária, que é federal" (Comentários à Constituição do Brasil, 3º volume, tomo II, Ed. Saraiva, 1993, p. 76/79).*

Ora, o que a Constituição declara, com suficiente clareza, é que os juros e os seguros não estão na competência impositiva dos Estados, mas da União, razão pela qual não poderia a lei complementar relativa ao ICMS atrair tais elementos para sua área de ação para integrar a base de cálculo do imposto estadual, sem a permissão constitucional.

Nem se diga que a competência impositiva está relacionada apenas ao fato gerador da obrigação tributária, isto é, à sua hipótese de imposição, visto que é cediço, em direito tributário, que a base de cálculo e o fato gerador são elementos integrativos do mesmo fenômeno, para todos os tributos, calculados à luz de uma expressão quantificável pela dimensão da operação ou situação. Com exceção dos tributos pré-definidos, sem necessidade de base de cálculo, todos aqueles que dela necessitam tem-na integrada ao próprio núcleo de seu nascimento, razão pela qual o fato gerador e a base de cálculo são inseparáveis irmãos siameses (9).

---

(9) Ricardo Lobo Torres escreve: "A base de cálculo é a grandeza sobre a qual incide a alíquota indicada na lei. A base de cálculo está intimamente ligada ao aspecto

Por esta razão, não pode, a base de cálculo do IOF, servir, simultaneamente, de base de cálculo do ICMS, mesmo que potencial, pois as operações referentes aos rendimentos de capital exteriorizados pelos juros, não constituem operações de natureza mercantil. Nestas se incluem as operações circulatorias de mercadorias ou de prestações de serviços de comunicações ou de transportes; aquelas, são circulatorias de dinheiro ou assecuratórias de outras operações, situações ou pessoas, com uso ou não de poupança popular. Foge, pois, a cobrança de juros ou de seguros, à configuração de ato mercantil, por ser ato de financiamento ou assecuratório de uma operação mercantil. E, por esta razão, juros e seguros não estão na competência impositiva dos Estados, por estarem naquela da União, ainda que

---

*material do fato gerador, com o qual às vezes se confunde. O imposto de renda, por exemplo, tem como base de cálculo o montante da renda obtida em certo período de tempo. Uma base de cálculo inadequada pode desvirtuar o próprio núcleo do tributo, motivo por que a CF proíbe que as taxas tenham base de cálculo própria de impostos" (Curso de Direito Financeiro e Tributário, Ed. Renovar, 1993, p. 204).*

a União deixe de exercer tal competência (10).

(10) Hugo de Brito Machado sobre a base de cálculo do IOF ensina: "Segundo o art. 64 do CTN a base de cálculo do imposto é:

I - quanto às operações de crédito, o montante da obrigação, compreendendo o principal e os juros;

II - quanto às operações de câmbio, o respectivo montante em moeda nacional, recebido, entregue ou posto à disposição;

III - quanto às operações de seguro, o montante do prêmio;

IV - quanto às operações relativas a títulos e valores mobiliários:

a) na emissão, o valor nominal mais o ágio, se houver;

b) na transmissão, o preço ou o valor nominal, ou o valor da cotação em bolsa, como determinar a lei;

c) no pagamento ou resgate, o preço.

Coerente com a definição do fato gerador, também na definição da base de cálculo, que é um dos aspectos deste, reportou-se o CTN às operações de câmbio e às relativas a títulos e valores mobiliários. Mas a Lei nº 5.143/66, em seu art. 2º, definiu: "Constituirá a base do imposto: I - nas operações de crédito, o valor global dos saldos das operações de empréstimos, de abertura de crédito, e de desconto de títulos, apurados mensalmente; II - nas operações de seguro, o valor global dos prêmios recebidos em cada mês."

O Decreto-lei nº 1.783/80, ao fixar a alíquota, indicou como base de cálculo, nas hipóteses de operações de câmbio e relativas a títulos e valores mobiliários, o valor da operação respectiva.

Ressalte-se que, em face da vigente Constituição Federal, o Poder Executivo já não pode alterar as bases de cálculo desse imposto, mas somente suas alíquotas" (Curso de Direito Tributário, 5ª ed., Ed. Forense, 1992, p.

Ives Gandra da Silva Martins

Tenho para mim, pois, que os juros e os seguros não podem servir de base de cálculo do ICMS sem gerar uma dupla tributação sobre o mesmo fato gerador e exteriorizar usurpação de competência impositiva, manifestamente vedada pela lei suprema.

SP. 19/02/97.

IGSM/mao  
AJUROS

---

243/244).