ICM E CIRCULAÇÃO JURÍDICA

GERALDO ATALIBA
E
CLEBER GIARDINO

É evidentemente equivocada a inteligência — que vai sendo aos poucos dissipada, graças à evolução da jurisprudência — no sentido de que a Constituição, ao cuidar do ICM, colocou como núcleo da sua hipótese de incidência (h. i.) *a circulação.* (Circulação, para a Constituição, é simples *efeito* do fato *operações:* estas, as operações — que, por sua vez, devem dizer respeito à *circulação* de mercadorias — é que são colhidas pelo tributo.)

A operação, para ser tributável (i. é: para ser h. i. do ICM), deve implicar (provocar, causar) *circulação* de mercadoria.

Circulação é expressão que deve ser entendida juridicamente. Do ponto de vista econômico, o termo é vago e impreciso: é, pois, imprestável para assegurar a objetividade e segurança específicas do direito. É óbvio que só há *circulação* se houver operação que a provoque (isto não quer dizer que o imposto possa ser considerado *sobre circulação;* o núcelo da h. i. está na "operação"). E a *circulação,* a que se refere a operação ("relativa" a ela), não pode ser outra coisa senão a *circulação* jurídica.

Equivoca-se a corrente que quer ver nessa *circulação* um puro e simples fenômeno econômico, imediatamente apreensível por qualquer aplicador. Na verdade, só a exegese jurídica tem instrumental para permitir reconhecer o fenômeno jurídico da transmissão de certos poderes jurídicos sobre a mercadoria. Não se nega ser econômico o substrato pré-jurídico desse tributo (a circulação econômica). Nem se nega que a motivação do constituinte tenha partido de tal preocupação. Nem mesmo se pretende infirmar a tese — válida para as ciências econômicas — de que é a "circulação econômica" o fenômeno visado pelo pressuposto ou suporte fático do tributo. Isso é válido no plano pré-jurídico. O que se nega — e peremptoriamente — é que se tenham esses fatores refletido nas normas, e que o jurista deva conhecer essas categorias substanciais (econômicas, pré-jurídicas).

É inaceitável a postura de quem — pretendendo desempenhar tarefa exagético-jurídica — se detenha em considerações sobre a intenção dos legisladores, descurando, assim, do conteúdo da norma, tal como inserida no sistema normativo. O que não é possível aceitar é que se descuide o jurista da formulação jurídica expressa, para cogitar do pressuposto econômico, para por ele guiar-se, negligenciando precisamente as exigências normativas.

A dição constitucional deve ser interpretada juridicamente, com critérios jurídicos: interpretação informada por categorias e técnicas da ciência do direito. O conceito único e decisivo a ser considerado há de ser o de *circulação jurídica*. Este nem sempre, nem necessariamente, coincide com o conceito econômico.

Pode mesmo haver — e há exemplos nítidos desse fato — circulação econômica, sem haver circulação jurídica, e vice-versa. Mas só pode haver "circulação jurídica" como *efeito (conseqüência) de operação* a que, por determinação constitucional, deve estar ligada.

O sentido da expressão constitucional "operação", anteriormente visto, vincula a interpretação do qualificativo *circulação*. Apenas algo que, juridicamente, pode ser considerado *efeito de operação* é que, na forma constitucional, poderá preencher o sentido (qualquer que ele seja) que a Constituição faz residir na expressão *circulação*. Essa será a "circulação jurídica" alvitrada constitucionalmente. É a ela que se deverá referir ("ser relativa") a operação tributada. O conceito dessa "circulação jurídica" é que, doravante, procuraremos precisar.

1. *A "circulação" causada pela operação*

O ICM, como visto, não é um imposto sobre a *circulação*. Tampouco é um imposto sobre mercadorias.

"Circulação" e "mercadorias" são — para os efeitos de identificação da materialidade da h. i. do ICM — meros elementos "adjetivos", de qualificação, da operação tributada. Nisso — e apenas nisso — se resume o alcance desses termos. Sua função é a de reduzir e limitar a certos e determinados negócios jurídicos a virtude de desencadearem obrigações tributárias do ICM ("adjetivo", aqui, se emprega no sentido genialmente postulado por Alfredo Becker). O que se tributa são as "operações". Não todas, porém. Apenas aquelas que se refiram, digam respeito, sejam relativas (como diz a Constituição) à circulação de mercadorias. Por isso observa Carlos Rocha Guimarães, referindo-se à h. i. do ICM, que a "circulação" não é o elemento principal, mas a sua função é objetivar a expressão "operações". É verdadeiramente inexplicável a indecisão da doutrina e da jurisprudência em aceitar essa observação, até literalmente assentada na dição constitucional.

Ninguém jamais ousaria negar que o imposto sobre a propriedade territorial rural na verdade incide *sobre a propriedade.* E tampouco que, nesse caso, os adjetivos "territorial", de um lado, e "rural", de outro, sejam meras limitações restritivas da extensão e natureza da propriedade que se quer tributada. Submete-se à incidência, nessa hipótese, o fato "propriedade", desde que a sua situação seja rural, recaindo sobre terrenos ou glebas de terra (territorial). Da mesma forma nunca se contestaria que a exigência constitucional de serem "produtos estrangeiros" os bens alcançados pelo imposto de importação, apenas implica reduzir o rol dos produtos submetidos a esse imposto. É, porém, sobre o próprio fato "importação" que incide o tributo. Centra-se, portanto, sobre esse fato (e não sobre seus aspectos adjetivos) toda a estrutura normativa do tributo. Com igual critério e semelhante instrumental é que deveria ser estudado o ICM, pois se cuida, em verdade, de similar realidade normativa.

Objeto do tributo, fato típico referido pela Constituição, e gravado pela lei, é o negócio jurídico realizado por certas pessoas (núcleo da hipótese de incidência). Isto porém, se esse negócio disser respeito, for relativo, à circulação de mercadorias (termos de delimitação do objeto gravado). Sem que essa postura exegética seja definitivamente aceita, poucos progressos poderão ser feitos em matéria de interpretação do ICM brasileiro. Um dos mais argutos juristas brasileiros, Souto Borges, sublinha enfaticamente que o ICM "não recai sobre a circulação em si".[1] Baleeiro — comentando a tese da corrente que no ICM vislumbrou um imposto sobre a circulação (econômica) — renova a ironia da invocação do furto como fato imponível.[2] E aí manifesta concordar com Souto Borges em que o ICM apenas ampliou o antigo IVC (imposto sobre vendas e consignações), para alcançar outras "operações" além das duas anteriormente oneradas.[3] Nisso, ambos reiteram observação de Rubens Gomes de Sousa, quando redigiu a justificação da Emenda Constitucional n.º 18, que introduziu o ICM no direito brasileiro, em substituição ao IVC.

Para dificultar mais ainda a compreensão do objeto normativo, muito contribuiu a própria designação "ICM", que é errada sob a perspectiva jurídica. Só do ângulo pré-jurídico (econômico-financeiro) seria ela aceitável (imposto sobre a circulação). Mas, os juristas não lidam com meros fatos, nem com fatos econômicos. Lidam com fatos jurídicos, ou, como querem Lourival Vilanova e Pontes de Miranda, fatos juridicamente qualificados. Pois o fato constitucionalmente previsto para ser qualificado pela lei ordinária como materialidade da hipótese de incidência do ICM é *a operação,* e não a circulação que dela decorre e que, por isso mesmo, com ela não se confunde.

1 Parecer. *In: Revista Forense,* v. 250, p. 121.
2 Baleeiro, Aliomar. *Revista Forense,* v. 250, p. 139.
3 Id. Ibid.

2. *O conceito de "circulação"*

Circular significa, para o direito, mudar de titular. Se um bem ou uma mercadoria muda de titular, "circula", para efeitos jurídicos. Convenciona-se designar por "titularidade de uma mercadoria" à circunstância de alguém deter poderes jurídicos *de disposição* sobre a mesma, *sendo ou não seu proprietário* (disponibilidade jurídica). Esses fenômenos é que importam, no plano do ICM.

Sempre que haja operação jurídica negocial, de um lado, e mercadoria, de outro, haverá *circulação,* quando o sujeito (que detém a mercadoria e foi parte na operação) é titular de direitos de dono e os transfere total ou parcialmente (pela operação) a outrem. Assim, aquele que — tendo sido parte na operação — transferiu a outrem direitos de dono, *promoveu circulação* (ao "realizar" a operação). Por direitos de dono entendem-se os direitos inerentes à propriedade (basicamente a disposição da coisa). Paulo de Barros Carvalho, a respeito, é incisivo: "Ressalta à mais pura evidência que a *mutação patrimonial há de operar-se sob o pálio de um título jurídico,* equivale a dizer, à sombra de um contrato comercial, nominado ou inominado. Mesmo porque, se assim não fosse, o direito positivo não poderia considerá-la legítima, sob pena de exalçar os atos ilícitos, equiparando-os aos lícitos, pois a única forma que a ordenação jurídica contempla, de passagem de um bem do patrimônio de *A* para o patrimônio de *B,* é aquela que corresponda aos muitos símbolos do direito, por ela estabelecidos."

Há circulação, conseqüentemente, quando ocorre "transmissão da titularidade *ut dominus*". Há circulação quando alguém recebe direitos de disponibilidade (poder de dispor) sobre uma mercadoria. Este conceito constitucional (circulação jurídica) é mais amplo do que a simples transferência de domínio, estritamente compreendida pelo direito privado. Não deixa, entretanto, de ser um conceito juridicamente apreensível. Logo, não só a transferência da propriedade *stricto sensu* importa circulação. Também a mera transferência de posse — a título negocial — produz "circulação", quando implique transferir poderes jurídicos típicos do domínio, conferindo ao transmitido *disponibilidade jurídica* sobre a mercadoria. A "disponibilidade", por ser atributo destacável do domínio, pode ou não ser titularizada pelo *dominus.* Este pode transferi-la, negocialmente, a outrem. Exemplo marcante, ilustrador do afirmado, está na alienação fiduciária em garantia. Neste negócio complexo, o credor fiduciário torna-se *dominus* da mercadoria, ficando o devedor como seu mero possuidor.

Antes do contrato, posse e propriedade se reuniam na pessoa do devedor. Pelo contrato, o domínio (propriedade) se transfere para o credor. Resgatado o contrato, posse e propriedade retornam ao devedor. Há, portanto, aí, duas transferências de propriedade. Estas transmissões, porém, se dão somente no plano formal. Na verdade, na vigência do contrato, o credor fiduciário *não detém todos os atributos da propriedade,* embora seja dono. O bem — para o credor — não é "disponível", por isso que não recebeu tais poderes pelo

contrato. E não os podia transmitir, ao cabo de sua execução. Daí o não se poder falar em *circulação,* e, no caso não ser cabível ICM sobre a operação realizada.

Segundo exemplo: empréstimo de bens fungíveis. Pela própria natureza desses bens, o mutuário assume poderes plenos sobre a mercadoria (exercendo, portanto, os atributos de dono; dispondo da mercadoria, podendo agir juridicamente como se dono fosse). Sob a perspectiva formal, *dominus* é o mutuante. Do ponto de vista eficacial, porém, a operação considerada (empréstimo de bens fungíveis) teve a virtude de transferir ao mutuário *faculdades jurídicas próprias de dono.* Daí o reconhecimento da existência de "circulação" nessa hipótese e, por conseqüência, ser cabível ICM sobre a operação que a determinou.

A *transferência de disponibilidade* configura a "circulação" a que se refere o art. 23, II da Constituição.

Como visto, o conceito de circulação constitucionalmente pressuposto é mais amplo que o conceito jurídico privatístico de transmissão de propriedade. Isso porque, para a Constituição, a circulação corresponde a uma translação de direitos, assim entendida, fundamentalmente, a transmissão de *poderes jurídicos de disposição sobre uma mercadoria.* Por isso a circulação juridicamente relevante, para efeito de ICM, é a que consubstancia transferência, ou cessão, *de poderes jurídicos.* Carlos Rocha Guimarães enfatiza que "o fato gerador do ICM é a operação jurídica relativa à circulação jurídica de mercadoria". O que é também ressaltado por Alcides Jorge Costa, ao ponderar que "uma reflexão elementar mostra que a *circulação* não é possível sem a tutela do direito; quanto à cessão, não tanto sua exeqüibilidade, mas sua própria existência, exige uma regulamentação jurídica".

O relevo dessa circunstância também não escapou à argúcia de Arnold Wald, quando sustentou que "não se deve confundir nem identificar a *circulação* econômica com a saída física, o transporte dentro da mesma empresa, mediante a remessa de armazém a filial ou de um para outro estabelecimento da firma, com a transferência de bens para terceiros, pois somente ocorre *circulação quando a mercadoria é transferida, passando de um patrimônio para outro, qualquer que seja a motivação jurídica da operação" (RDP,* 19/326). Desses autores não discrepa — embora menos explícito — Geraldo de Camargo Vidigal, quando encarece não haver, "pois, circulação na simples operação de transporte ou de deslocação de mercadorias. O conceito de circulação está intimamente ligado ao de troca". Ora, não se ignora que troca, nesse contexto, é sinônimo de negócio jurídico translativo de direitos. Nessa mesma linha, Rocha Guimarães adverte que "a expressão *circulação"* não pode ter o significado de circulação meramente física, pois, se assim fosse, desnecessária seria a expressão "operações" antecedendo-a na referida relação". Desse concerto doutrinário —raro, em matéria de ICM — vê-se que a *circulação* constitucionalmente disposta (no art. 23, II) *há de ser jurídica* e que se traduz

na transmissão negocial de direitos sobre a mercadoria. Transmissão de uma quantidade de direitos que, no mínimo, dê ao transmitido poderes de disposição sobre a coisa.

Destarte, a simples *transferência de disponibilidade* sobre mercadorias importa *circulação,* para efeitos constitucionais. Toda operação negocial apta para transmitir a outrem poderes de disposição sobre bens dessa espécie pode ser eleita pelo legislador ordinário como h. i. do ICM. O novo titular, embora em muitos casos não receba o domínio, recebe, pelo negócio realizado, disponibilidade (ou o poder de dispor) sobre o bem havido. Por isso *circulação* é conceito constitucional mais abrangente que a simples transferência de propriedade. Engloba também a transferência somente de um de seus atributos: o poder jurídico de dispor da mercadoria. Fenômeno esse também jurídico, embora com contornos desbordantes do estreito continente em que se involucra a transmissão estrita da propriedade. Há *circulação* quando a operação importa mudar o titular da mercadoria; embora sem implicar, em muitos casos, a mudança concomitante do titular do domínio. Como acontece, além dos casos já citados, nas hipóteses de comissão mercantil, de consignação, de penhor de bens fungíveis etc.

Esse conceito de *circulação* foi, com perfeita clareza, a propósito de tributo semelhante — o "Impuesto al Valor Agregado" — incorporado à lei uruguaia (Título 9 do Texto Ordenado de 1976, em seu art. 2.º — letra A), que estabeleceu:

"a) Por circulación de bienes se entenderá toda operación a título oneroso que tenga por objeto la entrega de bienes con transferencia del derecho de propiedad o que dé a quien los recibe la facultad de disponer económicamente de ellos, como si fuera su propietario..."

Fica claro, assim, que os negócios mercantis como o depósito, o comodato (RE-70.538-*RDA,* 108/101), a locação — nos quais não se transmite nem sequer esse simples poder jurídico de disposição, mesmo configurando operações negociais tendo por objeto mercadorias — não se referem à *circulação,* precisamente porque deles não pode decorrer o efeito constitucional mínimo para que esse fenômeno se dê, qual seja o de produzir transferência de disposição ou disponibilidade sobre uma mercadoria. Daí não poderem ser — como a própria experiência na aplicação do ICM tem revelado — alcançados pelo tributo estadual.

Destas considerações se vê que a Constituição, ao aludir à *circulação,* não se prendeu a rígidos conceitos formais de transmissão de propriedade, mas indicou uma realidade substante, embora também jurídica. Mais abrangente, mais lata, mas da mesma forma inconfundível com a chamada "circulação econômica".

Por isso empregou a expressão técnica *circulação* (mudança de mãos, mudança de titularidade) ao invés de simplesmente ampliar o rol de negócios significativos da materialidade da h. i. do imposto. Se o constituinte quisesse ficar preso a conceitos jurídicos formais, teria apenas aposto, às "vendas e consignações", outros negócios também reconhecidos pelo seu revestimento formal, tradicional e ortodoxo. O conceito jurídico de *circulação* visado pelo texto constitucional tem, entretanto, limites mais extensos. É com esse alcance que deverá servir para o exame e compreensão da legislação instituidora do ICM, em nosso direito.