

1 INTRODUÇÃO

Versa o presente artigo sobre a mutação constitucional do conceito de mercadoria e circulação de mercadoria.

Para o desenvolvimento do trabalho, isto é, para analisar se é possível a ocorrência da mutação constitucional do conceito de mercadoria e do conceito de circulação de mercadoria, será feita uma análise da hipótese de incidência do Imposto de Circulação de Mercadoria e Serviço de Transporte Interestadual e Intermunicipal de Comunicações no que se refere unicamente a circulação de mercadoria e; baseando a análise por meio da doutrina, na lei e na jurisprudência, no que tange as características centrais da circulação de mercadoria, essas que são: atividade mercantil, circulação jurídica, mercadoria e circulação de mercadoria

Nesse sentido, a primeira análise das características que se juntas formam a hipótese de incidência circulação de mercadoria para fins da cobrança do imposto de circulação de mercadoria e serviço de transporte interestadual e intermunicipal de comunicações será a atividade mercantil.

Após a análise da atividade mercantil, característica essa central para entender a hipótese de incidência circulação de mercadoria para fins da cobrança do imposto de circulação de mercadoria e serviço de transporte interestadual e intermunicipal de comunicações será feita a análise do conceito de circulação jurídica.

Após a análise da circulação jurídica, essa característica que combinada com a atividade mercantil ajuda no entendimento sobre a hipótese de incidência circulação de mercadoria para fins de cobrança do imposto de circulação de mercadoria e serviço de transporte interestadual e intermunicipal de comunicações, será feita uma análise doutrinária, jurisprudencial sobre o conceito de mercadoria e se seria possível a mutação constitucional do conceito de mercadoria.

Após a análise do conceito de mercadoria, essa característica que combinada com a atividade mercantil e circulação jurídica ajudará no entendimento sobre a hipótese de incidência circulação de mercadoria para fins de cobrança do imposto de circulação de mercadoria e serviço de transporte interestadual e intermunicipal de comunicações.

Por fim, será feita uma análise doutrinária, jurisprudencial sobre o conceito de circulação de mercadoria e se seria possível ocorrer a mutação constitucional do conceito de circulação de mercadoria.

Lado outro, o presente artigo tenta esclarecer um problema central do direito tributário atual, problema esse que é a defasagem do conceito de mercadoria e de circulação de mercadoria para fins de incidência do imposto de circulação de mercadoria e serviço de transporte interestadual e intermunicipal de comunicações levando em consideração as mudanças ocorridas desde a promulgação da Constituição da República de 1988.

Para fins de produção do presente artigo, esse que trata da mutação constitucional do conceito de mercadoria e de circulação de mercadoria, buscou-se pela pesquisa bibliográfica, os ensinamentos de autores consagrados sobre a hipótese de incidência do imposto de circulação de mercadoria e serviço de transporte interestadual e intermunicipal de comunicações na obra dos autores Roque Antônio Carraza, Célio Lopes Kalume, Hugo de Brito Machado entre outros, esses autores que são referências no que concerne ao estudo sobre não só o Direito Tributário, como também sobre o estudo sobre o imposto de circulação de mercadoria e serviço de transporte interestadual e intermunicipal de comunicação.

A partir das informações coletadas, analisadas e trabalhadas, foi possível alcançar entendimento sobre a impossibilidade da ocorrência da mutação constitucional do conceito de mercadoria e de circulação de mercadoria.

2 HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DO ICMS

Antes de adentrar sobre se existe possibilidade de haver a mutação constitucional do conceito de mercadoria do imposto de circulação de mercadoria e serviço de transporte interestadual e intermunicipal de comunicações é necessário que seja apresentado o entendimento da lei e o entendimento doutrinário sobre a hipótese de incidência do imposto de circulação de mercadoria e serviço de transporte interestadual e intermunicipal de comunicações.

Segundo Leandro Paulsen, a hipótese de incidência é:

a previsão abstrata da situação a que atribui o efeito jurídico de gerar a obrigação de pagar” (POULSEN, 2020 pag.225).

Ou seja, se trata da previsão definida em lei que caso ocorra gerará a obrigação de pagar o imposto.

No caso do imposto de circulação de mercadoria e serviço de transporte interestadual e intermunicipal de comunicações: Trata-se de um imposto sobre a venda.

Competente para cobrar o imposto os Estados e o Distrito Federal, disciplinado no artigo 155, § 2, XII, da Constituição da República, lei complementar n. 24/65 e n. 87/96 (Lei Kandir), o imposto tem função fiscal (arrecadatória).

O imposto de circulação de mercadoria e serviço de transporte interestadual e intermunicipal de comunicações tem cinco Fatos geradores sendo eles: Operação relativa à circulação de mercadoria.

Leciona Aliomar Baleeiro sobre operação relativa à circulação de mercadoria:

essa operação, quase sempre consiste em um negócio jurídico de compra e venda, transmitindo-se o domínio da mercadoria do sujeito passivo a terceiro” (BALEIRO, 2002, p. 393).

Continuando, ocorre a incidência do imposto de circulação de mercadoria e serviço de transporte interestadual e intermunicipal de comunicações na prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal; prestação de serviços de comunicação; fornecimento de energia elétrica, importação de bem ou mercadoria, o artigo 2 da Lei Complementar n. 87/96 enumera ainda outras prestações de serviços sujeitas ao imposto de circulação de mercadoria e serviço de transporte interestadual e intermunicipal de comunicações, sendo elas: Fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares; geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e ampliação de comunicação de qualquer natureza, Fornecimento de mercadorias com prestação de serviço não compreendidas na competência dos municípios; Fornecimento de mercadorias com prestação de serviço sujeitos ao imposto sobre serviço, de competência dos Municípios, quando a lei complementar aplicável expressamente o sujeitar à incidência do imposto estadual; sobre a entrada de mercadoria ou bem importados do exterior, por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, sua base de cálculo é o valor da operação no momento da saída da mercadoria ou o preço do serviço.

No caso dos contribuintes do imposto de circulação de mercadoria e serviço de transporte interestadual e intermunicipal de comunicações, leciona Aliomar Baleeiro, *in verbis*:

Os contribuintes do imposto são os comerciantes, industriais e produtores que “promovem” a saída das mercadorias, ou as importa” (BALEIRO, 2002, p. 397).

Nesse contexto, após esclarecer os conceitos gerais do imposto de circulação de mercadoria e serviço de transporte interestadual e intermunicipal de comunicações, é importante observar na Constituição da República de 1998 qual é a hipótese de incidência do relativo imposto estadual no que tange as relações comerciais envolvendo mercadorias:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:
I – Operações Relativas à Circulação de Mercadoria;
II – Prestação de Serviço de Transporte Interestadual e Intermunicipal
III – Prestação de Serviço de Comunicação;
IV – Fornecimento de Energia Elétrica;
V – Importação de Bens ou Mercadorias;
(BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm).

Assim, para ocorrer à incidência do Imposto de Circulação de Mercadoria e Serviço de Transporte Interestadual e Intermunicipal de Comunicações sobre relações comerciais envolvendo mercadorias, deve a relação comercial enquadrar no conceito do artigo 155, I da Constituição da República, isto é, no conceito de operações relativas à circulação de mercadoria entendidos na jurisprudência, doutrina e na lei.

Nesse contexto, é importante observar que a hipótese de incidência do imposto de circulação de mercadoria e serviço de transporte interestadual e intermunicipal de comunicações, circulação de mercadoria, “somente pode ser entendida caso esteja interligado com os conceitos de atividade mercantil, circulação jurídica, mercadoria e circulação de mercadoria”. (CARRAZA, 2011, p. 39), conceitos esses que serão explicados no decorrer do presente artigo.

Lado outro, é importante estabelecer que para haver a definição dos conceitos do direito privado no âmbito do direito tributário, deve-se observar o artigo. 110 do CTN, este que estabelece:

Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.
(BRASIL. Código Tributário Nacional (1966). 25 de outubro, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm).

Os conceitos que serão definidos, como circulação jurídica, mercadoria e circulação de mercadoria, devem ser conceituadas à luz do direito privado, pois não devemos desprezar a importância histórica das leis para a construção dos conceitos da hipótese de incidência do ICMS.

Mas não apenas, deve-se levar em conta o posicionamento doutrinário de que deve ocorrer uma interpretação evolutiva da constituição, permitindo a mutação constitucional do vocábulo mercadoria, com o objetivo de se alinhar as inequívocas mudanças ocorridas no mundo desde a publicação da Constituição da República de 1988, pois conforme destacou o

Ministro Gilmar Mendes, no julgamento da Medida Cautelar na ADI 1.945/DF¹: “a mudança na realidade afeta a interpretação do texto constitucional de alguma forma, ou vai afetar ou poderá afetar.”

Ademais, com as mudanças ocorridas desde a promulgação da Constituição da República de 1988 deveria ocorrer uma revisão da interpretação da Constituição da República, sob pena de haver conforme destacou o Ministro Gilmar Mendes, no julgamento da Medida Cautelar na ADI 1.945/DF²: “esvaziamento de uma base tributária que é importante para o Estado.

Nesse sentido, por mais que o entendimento jurisprudencial para a análise da hipótese de incidência do ICMS sobre mercadorias para o conceito de mercadoria seja pertinente em levar em consideração o fato de que o conceito de mercadoria definida pela Constituição da República de 1988 estar desatualizado com as relações comerciais atuais, não poderia haver a usurpação da competência do legislativo para definir a incidência do Imposto de Circulação de Mercadoria e Serviço de Transporte Interestadual e Intermunicipal de Comunicações, haja vista ser de competência do Poder Legislativo legislar sobre a hipótese de incidência do Imposto de Circulação de Mercadoria e Serviço de Transporte Interestadual e Intermunicipal de Comunicações e, caso não respeitado a função típica do poder legislativo, esse fato ocasionaria na falta do cumprimento do princípio da legalidade.

Estipular a previsibilidade da intervenção do Estado pela lei é o ponto crucial do Direito Tributário, uma vez que as leis são criadas pela vontade dos cidadãos por meio de seus representantes e uma análise do direito tributário por meio da jurisprudência e doutrina faria com que a intervenção do Estado não seja aquela requerida e estipulada pelos cidadãos e sim por terceiros usurpadores da função típica do poder legislativo.

Portanto, caso não for respeitado a função típica do poder legislativo, esse fato ocasionaria na falta do cumprimento do princípio da legalidade, pois ocorreria a interferência estatal nas relações comerciais dos cidadãos diferentemente do que está descrito na lei no que se refere a hipótese de incidência do Imposto de Circulação de Mercadoria e Serviço de Transporte Interestadual e Intermunicipal de Comunicações.

¹ STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI nº 1.945/MT. Relator: Otávio Gallotti. DJ:26 maio. 2010. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1747607>. Acesso em: 21 jan. 2021. P. 77.

² STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI nº 1.945/MT. Relatora: Otávio Gallotti. DJ: 26 maio. 2010. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1747607>. Acesso em: 21 jan. 2021. P. 77).

3 OPERAÇÕES DE ATIVIDADE MERCANTIL

Uma das características centrais para entender o Imposto de Circulação de Mercadoria e Serviço de Transporte Interestadual e Intermunicipal de Comunicações e como as mudanças ocorridas desde a Constituição da República de 1988 afetam o conceito de mercadoria, é importante observar o conceito de atividade mercantil, visto que sem essa característica na relação comercial, não fica caracterizada a incidência do imposto de circulação de mercadoria e serviço de transporte interestadual e intermunicipal de comunicações. (CARRAZA, 2011).

A atividade mercantil tem como objetivo operações que sejam feitas por pessoas físicas ou jurídicas de forma habitual, todavia, esse conceito não é simples, haja vista que a atividade mercantil pressupõe que esta compra seja feita não para integrar o patrimônio do comerciante e se estabelecer, tem como objetivo circular a mercadoria, ou seja, transferir a propriedade do bem. (MARTINS, 2011).

De maneira mais simples, podemos definir as operações da atividade mercantil como sendo um negócio jurídico, predominantemente caracterizado pela compra e venda.

Leciona Dimitri Dimoulis, sobre negócio jurídico: “consiste em um vínculo entre dois ou mais sujeitos de direito, segundo formas que são previstas pelo ordenamento jurídico e geram direitos e/ou obrigações para as partes” (DIMOULIS, 2011, p. 237).

Mas não apenas, segundo o doutrinador Luciano Garcia Miguel o que mais caracteriza atividade mercantil para incidência para o ICMS é a atividade devidamente organizada para venda ou revenda, com o objetivo de lucro, *in verbis*:

Na análise da base de incidência do ICMS, não há como negar que as atividades exercidas pelos comerciantes estão englobadas pelo conceito de operações relativas à circulação de mercadoria. A atividade mercantil, na sua acepção clássica, se caracteriza, como apontamos, pela compra de bens para venda ou revenda. Comprar bens e, depois, vendê-los ou revendê-los são atividades que equivalem a operação de circulação de mercadorias, ou seja, o aspecto material do fato gerador do ICMS. (MIGUEL, 2019, p.114).

Portanto, é de se observar a característica da relação comercial de transferência da propriedade do bem, mediante o pagamento pecuniário, com o objetivo de lucro, para que fique caracterizado uma das características da hipótese de incidência do imposto de circulação de mercadoria e serviço de transporte interestadual e intermunicipal de comunicações que é a atividade mercantil.

4 CIRCULAÇÃO JURÍDICA

No campo da ciência do Direito Tributário, especificamente no campo da incidência do imposto de circulação de mercadoria e serviço de transporte interestadual e intermunicipal de comunicações, circular tem o sentido meramente físico para alcançar seus aspectos jurídicos.

Nesse sentido, a circulação meramente física é imprópria para alcançar a hipótese de incidência do imposto de circulação de mercadoria e serviço de transporte interestadual e intermunicipal de comunicações prevista em lei; a ideia de circulação jurídica está ligada a ideia de que a mercadoria que circula e que faz nascer a obrigação tributária não se movimenta apenas fisicamente, mas circula essencialmente sob o aspecto jurídico.

Para que a relação comercial seja caracterizada pela circulação jurídica, deve-se enquadrar como fato gerador do imposto de circulação de mercadoria e serviço de transporte interestadual e intermunicipal de comunicações.

Deste modo, é necessário que haja a mudança de propriedade da mercadoria, como define Antônio Roque Carrazza “Pressupõe a transferência, evidentemente de uma pessoa a outra e pelos meios adequados, da titularidade de mercadoria [...]” (CARRAZA; 2010 p. 23).

Esse entendimento já pacificado tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, conforme se pode extrair do RE 540.829/SP¹ que foi objeto de repercussão geral, fundamentando a decisão dos ministros que não haveria incidência de imposto de circulação de mercadoria e serviço de transporte interestadual e intermunicipal de comunicações nos casos de transferência entre estabelecimento de mesma empresa, ou seja, não haverá incidência do imposto de circulação de mercadoria e serviço de transporte interestadual e intermunicipal de comunicações quando não houver a transferência de propriedade.

Nesse sentido, pode-se dizer que somente ocorrerá a incidência do imposto de circulação de mercadoria e serviço de transporte interestadual e intermunicipal de comunicações nos casos de transferência de propriedade quando houver a mudança na titularidade do bem e este novo proprietário puder usar, gozar, e dispor, vender e reaver o bem.

Portanto, é perfeitamente compreensível que a característica principal para entender o imposto de circulação de mercadoria e serviço de transporte interestadual e intermunicipal de comunicações que é a atividade mercantil é a transferência de propriedade.

¹ STF. Recurso Extraordinário: RE nº RE 540.829/SP. Relatora: Gilmar Mendes. DJ: 11 set. 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7261072>. Acesso em: 10 nov. 2020.

5 MERCADORIA

Para entender o conceito de mercadoria é necessário que observemos o conceito que a constituição define como mercadoria, esse entendimento que está estabelecido no artigo 191 do Código Comercial Brasileiro, esse que mesmo revogado pelo Código Civil ainda é útil, pois como foi recepcionado contemporaneamente a Constituição da República facilita na investigação, visto que “mercadoria, para fins de tributação do imposto de circulação de mercadoria e serviço de transporte interestadual e intermunicipal de comunicações, é o que a lei comercial considera mercadoria.” (CARRAZZA, 2006, p. 38 – 47).

Deste modo, o Código Comercial estabelece como sendo mercadoria da seguinte forma:

Art. 191 - O contrato de compra e venda mercantil é perfeito e acabado logo que o comprador e o vendedor se acordam na coisa, no preço e nas condições; e desde esse momento nenhuma das partes pode arrepender-se sem consentimento da outra, ainda que a coisa se não ache entregue nem o preço pago. Fica entendido que nas vendas condicionais não se reputa o contrato perfeito senão depois de verificada a condição (artigo nº. 127). (BRASIL. Código Comercial, (1850). 25 out., disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L0556-1850.htm).

Ora, se o conceito de mercadoria deve ser aquele estabelecido na época da promulgação da Constituição da República, nada mais correto que buscar nos estudiosos da época o que se considerava o conceito de mercadoria, essa pesquisa que foi feita por Costa à luz dos estudiosos do tema.

Leciona Luciano Garcia Miguel: Ainda sobre a ótica do sistema constitucional anterior, Alcides Jorge costa sublinha que os autores nacionais que se dedicam ao estudo do tema, como Aliomar Baleeiro, Geraldo Ataliba, Rubens Gomes de Souza e Geraldo Camargo Vidal, apoiam-se nas noções de Direito Comercial para definir mercadoria. (MIGUEL, 2012, pag. 102).

Costa *et al.* (2005), citado por Miguel, sugere que mercadoria, para efeito de incidência do ICMS, é toda coisa móvel corpórea produzida para ser colocada em circulação, ou recebida para ter curso no processo de circulação. (COSTA apud MIGUEL, 2019, p.102).

Segundo os doutrinadores que estudaram sobre o conceito de mercadoria à luz da constituição é possível perceber que o conceito de mercadoria está intrinsecamente ligado ao conceito de circulação jurídica e somente ocorre o fato gerador quando existir a transferência de propriedade para o consumidor, ou seja, quando novo proprietário puder usar, gozar, e dispor, vender e reaver o bem.

Mas não apenas, como a Constituição da República não define o que é mercadoria, leciona Luciano Garcia Miguel que não é possível extrair do texto constitucional critérios positivos para a construção desse conceito (o que é mercadoria), mas a tensão intranormativa nos permite construir os critérios negativos (o que não é mercadoria). (MIGUEL, 2019, pag. 104).

Nesse contexto, visto a velocidade das mudanças ocorridas no mundo desde a publicação da Constituição da República de 1988; criando formas comerciais inconcebíveis por aqueles que escreveram os conceitos de mercadoria à época, tais critérios negativos de mercadoria devem ser revistos. Portanto, segundo entendimento doutrinário, deve haver uma revisão da interpretação da Constituição da República, sob pena de haver o obsolescimento do direito; diminuindo a cada ano a arrecadação do imposto de circulação de mercadoria e serviço de transporte interestadual e intermunicipal de comunicações aos cofres públicos, pois conforme destacou o Ministro Gilmar Mendes, no julgamento da Medida Cautelar na ADI 1.945/DF¹, ocorreria: “esvaziamento de uma base tributária que é importante para o Estado.”

Ainda sobre a mutação do conceito de mercadoria, deve-se destacar a profunda tese de Barreto que sintetiza bem a necessidade da mutação constitucional do conceito de mercadoria, *in verbis*:

que, quando da promulgação da Carta de 1988, o signo mercadoria, utilizado na repartição da competência impositiva aos Estados e ao Distrito Federal, já possuía um sentido preexistente, e uso comum na linguagem dos juristas. Diante do contexto atual em que o conceito constitucional de mercadoria se apresenta, indaga-se: houve mutação desse conceito?

Temos para nós ser positiva a resposta a esta indagação. Quando da promulgação da Carta de 1988, a internet, conquanto já existente, não possuía o papel que exerce hoje.

E inegável que, com o passar dos anos, a sociedade evoluiu. Os discos de vinil e as fitas cassetes deram espaço aos *compact discs*, que foram substituídos pela internet, onde as músicas são "baixadas" via download.

Os exemplos acima demonstram que a aquisição de bens virtuais, que antes era uma exceção, hoje é a regra. Da perspectiva do comprador, o mesmo bem que antes era adquirido fisicamente, hoje é adquirido na forma virtual. Portanto, não há como negar que houve, sim, forte alteração no modo de agir da sociedade diante da significativa evolução tecnológica ocorrida ao longo dos anos. Tudo isso deve ser considerado no processo de interpretação levado a efeito pelo intérprete. Evidentemente, atribuir um sentido para o signo mercadoria quando da promulgação da Carta de 1988 e atribuir um sentido para o mesmo signo nos dias de hoje, em que a internet ocupa lugar de destaque, são tarefas distintas. O comportamento atual da sociedade em virtude do desenvolvimento tecnológico, notadamente no que concerne ao comércio, é fato decisivo na construção de sentido para o signo mercadoria.

¹ STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI n° 1.945/MT. Relatora: Otávio Gallotti. DJ: 26 maio. 2010. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1747607> Acesso em: 21 jan. 2021, pag. 80.

utilizado na repartição da competência impositiva (BARRETO, 2015, pag. 160/162).

Desse modo, segundo este posicionamento o conceito de mercadoria para incidência do ICMS na época da constituinte é o mesmo de cem anos atrás, não sendo compatível com as mudanças contemporâneas.

Lado outro, embora seja perceptível a desatualização do conceito de mercadoria proposto pelos idealizadores da Constituição da República de 1988, a possibilidade de mutação constitucional na interpretação de mercaria para fins de incidência do imposto de circulação de mercadoria e serviço de transporte interestadual e intermunicipal de comunicações ocasionaria a mudança no conceito da hipótese de incidência do referido imposto estadual e; “ocorreria uma usurpação da função privativa do Poder Legislativo criador da Constituição da República de 1988, impondo perante o texto claro da lei uma construção doutrinária em descompasso com o desejo expressamente manifestado pelos representantes do Parlamento (KALUME, 2018).”

Por mais que o conceito que abrange mercadoria definida pela Constituição da República de 1988 está em desatualizado com relação as relações comerciais atuais, esse fato não legitima um novo entendimento sobre o que é mercadoria pela doutrina e jurisprudência, uma vez que caso ocorra essa mudança da definição do que é mercadoria pela doutrina e pela jurisprudência, isto é, ocorra a mutação constitucional do conceito de mercadoria, ocorreria a usurpação da função típica do Poder Legislativo, pois compete ao Poder Legislativo legislar sobre a hipótese de incidência do ICMS.

Estipular a previsibilidade da intervenção do Estado pela lei é o ponto crucial do Direito Tributário, uma vez que as leis são criadas pela vontade dos cidadãos por meio de seus representantes e uma análise do direito tributário por meio da jurisprudência e doutrina faria com que a intervenção do Estado não seja aquela requerida e estipulada pelos cidadãos e sim por terceiros usurpadores da função típica do poder legislativo.

Portanto, caso não for respeitado a função típica do poder legislativo, esse fato ocasionaria na falta do cumprimento do princípio da legalidade, pois ocorreria a interferência estatal nas relações comerciais dos cidadãos diferentemente do que está descrito na lei no que se refere a hipótese de incidência do Imposto de Circulação de Mercadoria e Serviço de Transporte Interestadual e Intermunicipal de Comunicações.

6 CIRCULAÇÃO DE MERCADORIA

Entende a doutrina tradicional e dominante que para ocorrer a incidência do imposto de circulação de mercadoria e serviço de transporte interestadual e intermunicipal de comunicações, deve ocorrer à circulação jurídica, o bem deve ser enquadrado sobre o que concerne a mercadoria e a atividade deve ser a operação de atividade mercantil, esses fatores que se não reunidos não caracteriza fato gerador do imposto de circulação de mercadoria e serviço de transporte interestadual e intermunicipal de comunicações, como bem define Roque Antônio Carrazza, em seu livro:

salienta-se, de logo, que, para fins de ICMS, os conceitos de “operação”, “circulação” e “mercadoria” se interligam e complementam, de modo que se os três não se apresentarem, no caso concreto, não há falar, sequer em tese, em incidência do gravame.” (CARRAZA, 2011, p. 39).

Para que exista a circulação de mercadoria, deve tal relação comercial enquadrar nos conceitos de operação, circulação e mercadoria, ou seja, de modo geral é necessário a transferência de propriedade. Tal entendimento se fundamenta no fato de esta interpretação ser aquela feita a época da constituinte de 1988, sendo, portanto, este o critério para a interpretação da circulação de mercadoria.

Todavia, conforme pode-se observar, existe entendimentos diferentes, pois como a interpretação dominante não abarca as mudanças da tecnológicas da sociedade contemporânea, haveria um obsolescência do direito, portanto, entende o autor que a circulação de mercadoria significaria, conforme leciona Luciano Garcia Miguel, *in verbis*:

a passagem das mercadorias de uma pessoa para outra, podendo ser entendida como entrega real ou entrega das chaves do armazém onde elas acham ou até mesmo título que a representem (MIGUEL, 2019, pag. 113).

Mas não apenas, apesar de se tratar de uma definição científica, não é o que se pode extrair na leitura da lei. Nesse contexto, pode-se dizer que o fato gerador para o direito tributário se assemelha ao conceito de tipo penal existente no direito penal brasileiro.

Xavier *et al.* (1978), citado por Torres (2004), estabelece que a tipicidade no direito tributário deve ser certa terminologia, ou seja, uma terminologia fechada, contendo em si os elementos dos fatos e produção dos efeitos, não sendo possível tolerar qualquer valoração que se substitua ou acresça à contida no tipo legal ou fato gerador, haja vista que o fenômeno da tipicidade fechada garante a proteção de dois princípios fundamentais no direito tributário brasileiro que seria o princípio da legalidade.

Leciona Roque Carrazza sobre o princípio da legalidade:

o princípio da legalidade, no direito tributário, não exige apenas, que a atuação do Fisco rime com uma lei material (simples preeminência da lei). Mais do que isto, determina que cada ato concreto do Fisco, que importe

exigência de um tributo, seja rigorosamente autorizado por uma lei (CARRAZA, 2013, pag. 282-284).

“Esse princípio, garantidor da tipicidade tributária fechada, por sua vez, garantindo com que se evite dos administradores ou os juízes de interferirem na modelação interpretativa da tipicidade do direito tributário” (COELHO,1999, pag. 200), ou seja, o cumprimento do princípio da legalidade no âmbito tributário ocasiona a segurança jurídica para o Direito Tributário; impedindo uma atuação do Estado em desconformidade com a lei que estipulou quais seriam as interferências possíveis do Estado nas relações comerciais dos cidadãos.

Ademais, fazer com que seja possível prever a interferência do Estado, ou seja, estipular a previsibilidade da intervenção do Estado pela lei é o ponto crucial do Direito Tributário, uma vez que as leis são criadas pela vontade dos cidadãos por meio de seus representantes e uma análise do direito tributário por meio da jurisprudência faria com que a intervenção do Estado não seja aquela requerida e estipulada pelos cidadãos e sim pelos doutrinadores.

Por mais que o conceito que abrange mercadoria definida pela Constituição da República de 1988 está em desatualizado com relação as relações comerciais atuais, esse fato não legitima um novo entendimento sobre o que é mercadoria pela doutrina e jurisprudência, uma vez que caso ocorra essa mudança da definição do que é mercadoria pela doutrina e pela jurisprudência, isto é, ocorra a mutação constitucional do conceito de mercadoria, ocorreria a usurpação da função típica do Poder Legislativo, pois compete ao Poder Legislativo legislar sobre a hipótese de incidência do ICMS.

Estipular a previsibilidade da intervenção do Estado pela lei é o ponto crucial do Direito Tributário, uma vez que as leis são criadas pela vontade dos cidadãos por meio de seus representantes e uma análise do direito tributário por meio da jurisprudência e doutrina faria com que a intervenção do Estado não seja aquela requerida e estipulada pelos cidadãos e sim por terceiros usurpadores da função típica do poder legislativo.

Portanto, caso não for respeitado a função típica do poder legislativo, esse fato ocasionara na falta do cumprimento do princípio da legalidade, pois ocorreria a interferência estatal nas relações comerciais dos cidadãos diferentemente do que está descrito na lei no que se refere a hipótese de incidência do Imposto de Circulação de Mercadoria e Serviço de Transporte Interestadual e Intermunicipal de Comunicações.

7 CONCLUSÃO

Por meio da pesquisa proposta no presente artigo, o seu objetivo central foi a análise sobre se existe possibilidade de haver a mutação constitucional do conceito de mercadoria e de circulação de mercadoria para fins de incidência do imposto sobre circulação de mercadoria e serviço de transporte interestadual e intermunicipal de comunicações.

Nesse sentido, após análise minuciosa sobre as características da hipótese de incidência do imposto de circulação de mercadoria e serviço de transporte interestadual e intermunicipal de comunicações, sendo elas: atividade mercantil, circulação jurídica, mercadoria e circulação de mercadoria, fica demonstrado a impossibilidade da ocorrência da mutação constitucional do conceito de mercadoria e de circulação de mercadoria, pois a mudança do entendimento constante na lei por força doutrinária causaria uma usurpação da competência do legislativo.

O fato do conceito de mercadoria estabelecido na época da promulgação da Constituição da República de 1988 estar defasado em relação as mudanças ocorridas atualmente não legitima a mudança do entendimento sobre a hipótese de incidência de um imposto por meio de entendimento doutrinário e jurisprudencial.

Por mais que o Estado esteja sendo prejudicado pela falta da arrecadação dessas relações comerciais, essa falta de arrecadação não pode ser o fundamento para um novo entendimento sobre o que é mercadoria e circulação de mercadoria pela doutrina e jurisprudência, visto que caso ocorra essa mudança da definição do que é mercadoria e circulação de mercadoria pela doutrina e pela jurisprudência, isto é, ocorra a mutação constitucional do conceito de mercadoria e circulação de mercadoria, ocorreria a usurpação da função típica do Poder Legislativo, haja vista competir ao Poder Legislativo legislar sobre a hipótese de incidência do Imposto de Circulação de Mercadoria e Serviço de Transporte Interestadual e Intermunicipal de Comunicações.

Nesse sentido, caso não seja respeitado a função típica do poder legislativo, esse fato ocasionará na falta do cumprimento do princípio da legalidade, pois ocorreria a interferência estatal nas relações comerciais dos cidadãos diferentemente do que está descrito na lei no que se refere a hipótese de incidência do Imposto de Circulação de Mercadoria e Serviço de Transporte Interestadual e Intermunicipal de Comunicações.

Estipular a previsibilidade da intervenção do Estado pela lei é o ponto crucial do Direito Tributário, uma vez que as leis são criadas pela vontade dos cidadãos por meio de seus

representantes e uma análise do direito tributário por meio da jurisprudência e doutrina faria com que a intervenção do Estado não seja aquela requerida e estipulada pelos cidadãos e sim por terceiros usurpadores da função típica do poder legislativo.

Caso o Estado entenda necessário a mudança do entendimento sobre a hipótese de incidência de um imposto, essa mudança tem de vir ou do Poder Legislativo ou de procedimentos processualizados por um compartilhamento do diálogo de questões de fato e de direito pelas partes, pelos juízes, pelos cidadãos, criando assim uma ideia do princípio da legalidade construída e interpretada isomericamente, isto é, sem que haja privilegiados da interpretação das leis, trazendo a calculabilidade e previsibilidade das intervenções do Estado estabelecidas pelos cidadãos daquele Estado e não pela doutrina ou jurisprudência, dessa forma cumprindo com os objetivos centrais do Estado Democrático de Direito da implementação dos direitos e garantias fundamentais não pelos cidadãos espectadores dos seus direitos fundamentais, mas cidadãos autores da construção dos seus direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à Ciência das Finanças**. Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Forense. 2002.p. 393.

BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à Ciência das Finanças**. Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Forense. 2002.p. 397.

BARRETO, Simone Rodrigues Costa. **Mutação do conceito constitucional de mercadoria**. São Paulo: Noeses, 2015, p. 160/162.

BRASIL. Código Tributário Nacional (1966). 25 de outubro, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm.

BRASIL. **Código Comercial** (1850), 25 out, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L0556-1850.htm.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 5 de outubro de 1988, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em: 21 de jan. 2021.BRASIL.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI nº 1.945/MT. Relator: Otávio Gallotti. DJ: 26 maio. 2010. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1747607>. Acesso em: 21 jan. 2021, pag. 77.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário: RE nº RE 540.829/SP. Relator: Gilmar Mendes. DJ: 11 set. 2014. M Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7261072>. Acesso em: 21 nov. 2021, pag. 80.

CARRAZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2013. 282-284p.

COELHO. Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense. 1999. p. 200.

COSTA, Alcides Jorge. **Algumas considerações a respeito do imposto sobre prestação de serviço de comunicação**. In: et al. (orgs.). Tributação nas telecomunicações. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 16-21.

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de Introdução do Estudo do Direito**. 4. ed. ver., ampl e atual. São Paulo: RT, 2011. p. 237.

KALUME, Célio Lopes, **ICMS Didático**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2018. p 47.

MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**. 35. Ed. Revista, atualizada em ampliada por Carlos Henrique Abrão. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 60.

MIGUEL, Luciano Garcia, **O ICMS e os conceitos de mercadoria e serviço de comunicação**. São Paulo: NOESES. 2019. p.102.

MIGUEL, Luciano Garcia, **O ICMS e os conceitos de mercadoria e serviço de comunicação**. São Paulo: NOESES. 2019. p.104.

MIGUEL, Luciano Garcia, **O ICMS e os conceitos de mercadoria e serviço de comunicação**. São Paulo: NOESES. 2019. p.113.

MIGUEL, Luciano Garcia. **O ICMS e os conceitos de mercadoria e serviço de comunicação**. São Paulo: NOESES. 2019. p.114.

PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário completo**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, 11. Ed. 616 p, disponível em: [htt://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/boks/9788553616282/](http://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/boks/9788553616282/). Acesso em: 21 jan 2021.

TORRES, Ricardo Lobo. O princípio da tipicidade no direito tributário. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 235, p. 193-232, jan. 2004. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45134>>. Acesso em: 21 jan. 2021. doi: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v235.2004.45134>.

XAVIER, Alberto, **Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação**. São Paulo: Ed. Revistas dos Tribunais, 1978.

