

Manole



Liberdade de fumar  
Privacidade  
Estado  
Direitos Humanos  
e outros temas

# Direito Constitucional

Tercio Sampaio Ferraz Jr.

## Livro eletrônico e imunidade tributária

Este capítulo trata da imunidade tributária conferida pela Constituição Federal a livros, jornais e periódicos e do papel destinado a sua impressão. O fulcro da questão está na hipótese de livros e periódicos não serem impressos em papel e, assim, chamados eletrônicos, posto que o suporte da obra intelectual estaria em CD-ROM, o qual teria de conter o *software* correspondente para permitir a leitura no sentido usual. Assim, dois problemas seriam visualizados: até que ponto livros, periódicos (e jornais), exigindo um *software* específico, formando em conjunto uma obra intelectual, estariam imunes à tributação, ou seja, podem ser considerados *livro, periódico, jornal* no sentido constitucional (fato-tipo), e até que ponto a expressão *papel* poderia alcançar disquetes usados com igual destinação: impressão.

Os argumentos aqui expostos sobre a mídia escrita referem-se a um momento em que a Constituição Federal é promulgada, em que se presupõe a utilização, pela editora (de livros, jornais etc.), de um *suporte* de sua propriedade (o papel). O problema que surge está no sentido extensivo desse suporte, gerado pelo progresso tecnológico. O sentido vertiginoso desse progresso há de criar novos problemas, como, por exemplo, o uso da Internet para a publicação de livros, artigos, periódicos etc. Neste trabalho, limitamos ao caso em que o suporte é de propriedade da editora, sendo vendido como um todo integral ao consumidor.

Antes de proceder à inteligência da disposição constitucional, é mister assinalar o sentido jurídico da situação subjetiva assegurada pela Constitui-

ção. Trata-se de uma vedação normativa (norma de proibição) cujo destinatário é o poder tributante federal, estadual, municipal e distrital. A doutrina costuma falar, no caso, de imunidade objetiva, isto é, “da coisa, papel de impressão ou livro, jornal, periódico” (Baleeiro, p.190).

Apesar de objetiva (da coisa), a imunidade está endereçada à proteção de meios de comunicação de idéias, conhecimentos, informações, em suma, de expressão do pensamento como objetivo precípuo. Ao seja, embora a vedação tenha *ge a propagação de idéias* no interesse social. Ou seja, embora a vedação tenha por objeto coisas, a imunidade diz respeito ao ser humano e suas relações. Ela é objetiva enquanto vedação dirigida à tributação de certos objetos. Mas isso não exclui da análise os sujeitos e a relação jurídica que entre eles se estabelece.

Imunidade tem a ver com relações de subordinação, isto é, baseadas na diferença – assimétricas e complementares: poder de um, sujeição de outro. São relações de subordinação a potestade ou poder, a sujeição, a imunidade e a impotência. Trata-se de termos correlatos: a relação de poder implica sujeição e vice-versa; a relação de imunidade implica impotência e vice-versa. Para haver relação de poder-sujeição é necessário o concurso de uma permissão forte (norma estatuinto competência) e uma obrigação específica (norma estatuinto restrição à conduta). Para haver relação de imunidade dita genérica, basta a ausência de norma (de competência e da correspondente restrição à conduta sujeita), mormente no direito público por força do princípio da estrita legalidade. O direito conhece, no entanto, as chamadas imunidades específicas, de âmbito constitucional, que exigem uma exceção expressa a uma competência genérica por meio de uma vedação (impotência específica), ao que corresponderá uma liberdade no sentido público, isto é, o reconhecimento ao sujeito de um *status negativus*, liberdade no sentido de campo de ação que, por vedação constitucional, não pode ser objeto de imposições legais restritivas (Jellinek, 1882, 1963). Ou seja, por meio de uma vedação específica constitui-se uma impotência específica à qual corresponde uma imunidade específica (liberdade pública como *status negativus*).

A liberdade de pensamento, a liberdade de expressão, a liberdade de informar-se e de ter acesso à informação são, pois, enquanto direitos subjetivos públicos, imunidades genéricas, atributos subjetivos garantidos por normas de exclusão geral de interferência. As imunidades tributárias são espe-

cíficas porque individualizam o sujeito ou o objeto que constitui o veículo de expansão da liberdade no sentido genérico. Isto é, se o tributo é “vetusta e fiel sombra do poder político há mais de 20 séculos” (Baleeiro, 1997, p.1), o sistema tributário constitucional reconhece o poder tributante por meio de normas rígidas e inflexíveis de competência e de exclusões expressas de competência, tendo em vista a preservação de direitos fundamentais. Ao se vedar o poder tributante de instituir, por lei, tributo sobre determinados objetos, cria-se imunidade objetiva – específica – que protege e garante imunidades genéricas – liberdades públicas.

É nesse quadro que serão entendidas as funções eficazes das normas de vedação do art. 150 da Constituição Federal, isto é, os efeitos pretendidos pela estatuição normativa. Tratando-se de vedações (normas de proibição), elas visam, em primeiro lugar, impedir ou cercear a ocorrência dos comportamentos contrários ao seu preceito. Sua função é de bloqueio (p. ex., a prática de racismo constitui crime inafiançável). Essa é sua função primária. Mas ao proibir, expressa-se também uma função programática, é dizer, elas visam um objetivo a ser concretizado (p. ex., constituir uma sociedade justa e solidária), e também, ainda, uma função de resguardo: assegura-se uma conduta desejada em oposição àquela que se bloqueia (p. ex., respeito à dignidade da pessoa humana). A função primária da vedação contida no art. 150, VI, *d*, é de bloqueio. Seu primeiro efeito é cercear, por nulidade, a instituição de tributo sobre aqueles objetos. Mas, ao fazê-lo, provoca outros dois efeitos, preenchendo duas outras funções: protege liberdades individuais (de pensamento, de expressão, de informar e ser informado) – função de resguardo – e visa atingir programaticamente certos objetivos (interesse social na facilitação da difusão da cultura, barateando os veículos especificados) – função programática.

As três funções são importantes, mas é notável que a primeira e a segunda apontam para efeitos nucleares: se, a partir da vedação constitucional, a difusão da cultura não for de fato facilitada ou os veículos não forem barateados, nem por isso a norma deixará de ser eficaz. Contudo, se o bloqueio não funcionar e as liberdades forem atingidas, a norma será ineficaz. Segue-se daí que, conquanto estejamos falando, no caso das mencionadas vedações constitucionais, em imunidades objetivas (para livros, periódicos etc., tendo em vista a difusão da cultura), é primário e fundamental, para o entendimento

daquelas imunidades, o sentido que elas têm para a liberdade e o correlato bloqueio do poder tributante.

Nesse sentido há de se entender Baleeiro quando, após distinguir dois objetivos nas mencionadas vedações – estimular e amparar a cultura e garantir a liberdade de manifestação do pensamento –, passa rapidamente pela menção histórica à defesa feita por Jorge Amado, na Constituição de 1946, do interesse cultural (função programática), para deter-se longamente naquilo que acaba por considerar o *núcleo* dos dispositivos: a eliminação dos *taxes on knowledge* (função de bloqueio/função de resguardo), vista como defesa da liberdade (Baleeiro, 1997, p. 93; Nogueira, 1990, p. 235 e ss.).

Ora, por mais que seja um dispositivo constitucional norma específica, deve o intérprete ter em conta a sua devida abrangência, tendo ela, pois, de ser “entendida inteligentemente: se teve em mira os fins, forneceu meios para os atingir. Variam estes com o tempo e as circunstâncias: descobri-los e aplicá-los é a tarefa complexa dos que administram” (Maximiliano, 1979, p. 312). Assim, tratando-se, no caso da imunidade em tela, de defesa da liberdade, esta é o fim visado, devendo a regra instrumental (imunidade objetiva) ser trazida, na sua inteligência, àquele fim e não o contrário.

Isso nos leva diretamente ao apropriado entendimento do dispositivo constitucional referente à imunidade de livros, periódicos e jornais e do papel destinado à sua impressão. Em primeiro lugar, é importante notar a evolução sofrida pelo dispositivo, que, em 1946, dava destaque ao papel e, a partir de 1967, inverteu a ordem dos conceitos, imunizando primariamente o *livro*, os *periódicos*, os *jornais* e, então, o papel destinado à sua impressão. Essa inversão traz consequências importantes. O fato de haver ainda destaque para o “papel destinado à sua impressão” não nos deve enganar quanto à proteção primária do próprio livro, jornal ou periódico, que se tornam, então, imunes *na sua integralidade*. Nessa linha, aliás, caminha o Supremo Tribunal Federal, que, em decisões tendo por base o preceito em tela, vem assentando que, em se tratando de imunidade genérica, o preceito constitucional admite interpretação ampla, de modo a deixar transparecer os princípios nele contidos (RTJ, 116/267; RTJ, 87/608, 612; RTJ, 72/189).

Destarte, tornar imune o papel destinado à impressão não pode excluir outros instrumentos técnicos que, pela evolução, *passem a integrar* o livro, o

periódico, o jornal. Já em 1996, o jornal *A Folha de S. Paulo*, de 17.09.1996, sob o título “Bloomberg prevê que o jornal do futuro será de tecido e eletrônico”, trazia entrevista com conhecido especialista participante do seminário Maximídia 96, com a previsão de que “os jornais serão feitos de tecido no qual estarão inseridos chips de computador, que serão continuamente abastecidos de textos e ilustrações, inclusive fotos”. Desse modo, prosseguia o entrevistado, “quando o leitor quiser ler as notícias que hoje são impressas na primeira página do jornal, vai pressionar determinada região desse jornal ‘eletrônico’”.

Ora, se tomamos o produto na sua integralidade, é impossível abstrair do conjunto qualquer elemento que o componha, aliás, como decidiu recentemente a 3ª Câmara de Direito Público do TJSP (Ap. Cível n. 29.593-2/5, rel. Des. José Cardinale, j. 19.03.1996, por maioria de votos):

Inobstante a eles a norma (art. 150, VI, CF) não se refira, há de se concluir que os insumos necessários à impressão dos jornais, livros e periódicos estão abrangidos pela imunidade (AASP n. 1.967, 04 a 10.09.1996, p. 283-J).

Parece óbvio que, para além do papel, se os insumos estão abrangidos, o produto na sua integralidade não pode prescindir de outros eventuais instrumentos tecnológicos com os quais venha a ser elaborado.

Não se trata de discutir uma ilimitada extensão da proteção à liberdade de informar e ser informado para outros veículos além da mídia escrita, como a mídia radiofônica e a televisiva. Nesse sentido, Baleeiro (1997, p. 205) tem razão quando exclui “outros processos de comunicação do pensamento, como a radiodifusão, a TV, os aparelhos de ampliação de som, a cinematografia etc., que não têm por veículo o papel”. A palavra “papel” não nos deve, porém, iludir. Na verdade, o que está em questão é o sentido da mídia escrita e apta a ser lida, não o papel em que ela esteja impressa.

Certamente Baleeiro, na edição de seu livro, em 1974, pensava em mídia escrita, falada e vista. A vinculação ao papel era um índice da mídia escrita. Ou seja, na escritura e na leitura está o cerne do veículo que já foi gravado em pedra, tijolo, pergaminho e agora aparece em disquetes. O privilégio conferido à mídia escrita sobre outros meios de comunicação está no valor cultural representado pelo acervo mundial constituído pela escritura. Na *Galáxia de Gutenberg*, a escritura, graças à técnica da impressão, ganhou a dimensão de o mais sólido e eficiente veículo de transmissão de conhecimento. Centros

universitários de grande expressão cultural no mundo de hoje possuem bibliotecas com milhões de livros, periódicos e até jornais, e que, atualmente, por facilidade de acesso e conservação, começam a ser ou são já reproduzidos em CD-ROM, nem por isso perdendo sua qualidade de mídia escrita, destinada à leitura. O acesso ao conhecimento por meio de imagem e som (cinema, TV) ou por meio de som (rádio), por mais popular e de alta penetração que seja, não tem ainda a mesma importância do acesso por via da mídia escrita. A individualidade da expressão pela escrita e de sua recepção pela leitura faz do livro, periódico ou jornal um instrumento essencial na salvaguarda da liberdade enquanto tributo fundante da pessoa humana. A leitura, ao contrário do cinema ou da TV ou do rádio, exige a participação do receptor, participação reflexiva e atenta, e por isso o educa para o exercício da liberdade pessoal.

Nessa ordem de raciocínio há de se entender o argumento com base no chamado método histórico e com o qual se procura equivocadamente restringir a interpretação do texto constitucional do art. 150, VI, d. Martins (1990) propôs aos constituintes uma redação mais ampla para aquele dispositivo, em que, além de livros, periódicos e jornais, estariam imunes “outros veículos de comunicação, inclusive audiovisuais”, assim como os respectivos insumos e atividades relacionados com a sua produção e circulação, como redação que não foi acolhida no texto final, por exemplo.

A ilação de que o constituinte não quis estender o dispositivo e, por consequência, teria deixado de fora o CD-ROM e o disquete com programas (ver nesse sentido, Saraiva Filho (nº 7, p. 36) não leva em conta a distinção entre o veículo e os seus suportes material e imaterial. O que Martins propôs e o constituinte – em termos de *voluntas legislatoris* – não aceitou, foi a extensão dos veículos (“outros veículos de comunicação, inclusive audiovisuais”). O que se discute, no entanto, à luz do texto constituído, é o sentido dos *veículos* livro, periódico, jornal enquanto mídia escrita. Reconhecer que os três não perdem essa condição por usarem outros suportes que não o papel nada tem a ver com a extensão da imunidade para outros veículos. Ou seja, mesmo recusando a proposta de Ives Gandra Martins, o constituinte não fechou a possibilidade de imunidade para veículos de mídia escrita com outros suportes materiais e imateriais. O que ficou excluído foram *outros* meios de comunicação (radiodifusão, TV, cinema), confundindo o argumento o veículo, o meio de comunicação, com o suporte.

O importante aqui é sublinhar que a imunidade é, primariamente, para o veículo da mídia escrita e, acessoriamente, para o papel. Assim, por exemplo, se o livro é imune, não cabe, aí sim, ao exegeta distinguir onde a norma não distinguiu, isto é, não lhe cabe decompor o livro nos seus elementos materiais e imateriais para aceitar alguns e excluir outros. Afinal, imune é o livro, com tudo o que o compõe. Sua imunidade é autônoma em relação ao papel, embora possa ser reconhecido que a imunidade do papel, porque acessória, não é autônoma em relação ao livro, ao periódico e ao jornal. Destarte, como assinala Baleeiro, mesmo sem constar expressamente, a imunidade é para papel destinado *exclusivamente* à impressão (1997, p. 190), mas não é exclusivamente para papel!

É importante retomar, nesse ponto, a distinção antes mencionada entre as funções eficaciais da norma. Na vedação referente a livros, periódicos e jornais, os efeitos principais da imunidade são de bloqueio e de resguardo, bloqueio à instituição de impostos e resguardo da liberdade de informar e ser informado. Na imunidade de papel, o efeito é de bloqueio e de programa, bloqueio à instituição de impostos e sentido programático de facilitação da difusão de bens culturais pelo barateamento de um determinado insumo; no primeiro caso, o centro da interpretação é o critério institucional. No segundo, é o critério econômico. Conforme o primeiro critério, a eficácia do preceito tem a ver com uma certa rigidez e resistência da instituição-liberdade contra a mudança da realidade econômica. Embora a liberdade não seja a mesma em todos os tempos (vide a liberdade dos antigos e dos modernos de Condorcet), sua afirmação e sua garantia não estão sujeitas basicamente a interesses econômicos e a outros fatores meramente utilitários. Por isso, a imunidade da mídia escrita – livro, periódico, jornal – é de sentido institucional e compreende tudo que garanta a instituição da liberdade. De outro lado, a imunidade do papel tem eficácia ligada ao efeito econômico, admitindo que, na interpretação, esses efeitos sejam apurados e, eventualmente, alargados ou restringidos conforme o fim utilitário. Em consequência, fica claro que a imunidade do papel é, do ponto de vista da utilidade, exclusivamente para o papel destinado à impressão dos veículos da mídia escrita. Contudo, fica também esclarecido que a imunidade dos veículos não se limita a um interesse meramente econômico, mas abrange tudo que constitua a produção e a comercialização do veículo em resguardo da liberdade, independentemente da consideração utilitária. Por isso, para o papel cabe a interpretação restriti-

va “papel destinado exclusivamente à impressão”, mas para livros, periódicos e jornais, a interpretação tem de ser extensiva, abrangendo outros insumos e, portanto, outros suportes.

Ao se distinguir o veículo dos seus suportes materiais e imateriais, uma consideração importante deve ser feita a respeito do chamado livro, jornal ou periódico *eletrônico*. Nesses veículos, o leitor continua  *lendo* (ou relendo) e, no caso de periódicos ou jornais, passará a ter acesso às notícias assim que elas forem *escritas* pelos jornalistas. Embora o suporte permita até esse acesso imediato, o sentido da mídia escrita se conserva.

Quando falamos em mídia, em meio e em veículo, estamos pensando no meio de comunicação da informação. O livro, o jornal e a TV são meios de comunicação. O jornal, o livro e o periódico podem ser impressos em papel e no papel serem lidos, exigindo-se uma correspondência entre o código da escritura (os sinais impressos) e o código da leitura (os sinais fonéticos), de tal modo que a comunicação linguística (código significativo) se realize. Mas podem valer-se também da *magnetic media*, do meio magnético, em vez do papel, e que, como este, armazena sinais. O CD-ROM é um desses *magnetic media* – *Compact Disk Read Only Memory*. Trata-se de um pequeno disco plástico onde o dado é armazenado na forma binária como orifícios na superfície e lido por meio de um *laser*, como um dispositivo de memória exclusiva de leitura (ROM).

O ROM é um software integrado ao suporte físico, isto é, um programa ou grupo de programas que instrui o hardware sobre a maneira como se deve executar uma tarefa.

Assim, no caso do *magnetic media*, o livro, o periódico e o jornal, como meios de comunicação, conterão a mensagem significativa (o romance, o conhecimento científico, a notícia política) no seu código linguístico traduzido em um código de leitura magnética (ROM) integrado ao meio físico. E o leitor, para ler, aciona o mesmo CD-ROM que permite a conversão dos sinais magnéticos no código dos sinais impressos (escritura).

Pois bem, não é difícil entender que o meio de comunicação – nesse caso, o livro ou o periódico ou o jornal –, como uma integralidade protegida por imunidade autônoma, há de incluir o suporte magnético, material e imaterial, que o integra.

O mesmo vale para veículos da mídia escrita que são *lidos* por alguém – um locutor – ou gravados em fitas magnéticas, destinadas, por exemplo, aos deficientes visuais. O fato de o deficiente *ouvir* o texto *lido* por alguém não desnatura o texto como mídia escrita. Nesses casos (aliás, por sua destinação específica – o deficiente –, há ainda a proteção dada pela própria Constituição Federal, arts. 23, II e 24, XIV), a leitura, por um locutor, não deve levar à confusão com programas de radiodifusão e até de TV, que são *outras* veículos. Ou seja, continuamos falando de *mídia escrita*, a ela se circunscrevendo a imunidade, a qual inclui o correspondente suporte: a fita magnética.

A distinção entre o meio de comunicação (o veículo) e o seu suporte, material e imaterial (hardware e software), tem, ademais, uma importante consequência tributária. Independentemente da discussão que possa ser travada sobre uma eventual extensão da imunidade ao próprio software (ver nesse sentido Brito, p. 19 ss.), o problema que se coloca está na imunidade do software utilizado especificamente para livro, periódico ou jornal e integrado ao hardware com esse destino. A questão é que o próprio software, enquanto “a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem material ou codificada”, como diz o art. 1º, parágrafo único da Lei n. 7.646/87, está, ele próprio, contido em um suporte físico, sendo de emprego necessário para fazer funcionar computadores de modo geral, não se confundido, em princípio, com o seu suporte.

A técnica moderna conhece, no entanto, diferentes tipos de software, distinguindo, ao lado daqueles que são expressão destacada de uma atividade intelectual, outros em que há uma integração entre o suporte intelectual e o físico. É o caso específico do CD-ROM (Brito, p. 20). Por sua vez, deve-se distinguir o software aplicativo, fixado em disquete, ou na memória viva ou na memória morta (ROM). Esse último é que, integrado ao disquete, será o suporte imaterial que permitirá a leitura do texto gravado. Assim, quem adquire um livro eletrônico não adquire, separado dele, um software integrado ao disquete, do mesmo modo que quem adquire um livro impresso não adquire papel, daquele separado. Por isso formam uma integralidade e, por via atractiva, gozam de imunidade.

Em síntese, quando estamos falando em livros, periódicos e jornais, estamos falando em mídia escrita, que pode ser mecânica, com suporte em papel, tinta e outros materiais, ou eletrônica, com suporte em programas fixados em

meio físico, na memória morta (ROM), em fitas magnéticas. Nos dois casos, temos uma integralidade que então se define em face da proteção à liberdade contida na imunidade. A liberdade que assim se garante está na criação, na autoria como um ato único, ato esse que se exterioriza em um produto, ali adquirindo uma objetividade. A criação (*escrever* um romance, *descobrir* uma lei natural, *elaborar* uma notícia, *tecer* uma opinião) é subjetiva e tem a ver com a liberdade como espontaneidade da vida. Objetivada no livro, no jornal e no periódico, ela se torna apropriável de uma forma não-exaurível em um único consumo, sendo suscetível de gozo por um sem-número de indivíduos, simultaneamente (Ascarelli, 1960, p. 292 e ss).

Assim, objetivada, a criação constitui mídia escrita que não se confunde com seu suporte, embora com ele forme uma integralidade. Por isso, quando se dá a imunidade de livros, periódicos e jornais, deve-se pensar em um todo complexo que se define como mídia escrita.