

UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL
MESTRANDO

A IMUNIDADE CULTURAL TRIBUTÁRIA E OS AVANÇOS TECNOLÓGICOS

NITERÓI - RJ

2018

A IMUNIDADE CULTURAL TRIBUTÁRIA E OS AVANÇOS TECNOLÓGICOS

Dissertação de mestrado apresentada para ao Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense para sua defesa, na linha Instituições Políticas, Administração Pública e Jurisdição Constitucional., como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Daniel Raizman(Orientador)
Universidade Federal Fluminense

Prof. Dr. Bianca Xavier

Ibemec

Prof. Dr. Adilson Rodrigues Pires

Universidade Cândido Mendes

AGRADECIMENTOS

(ΕΠΪΓΡΑΦΕ)
(Autor)

RESUMO

Palavras-chave:

ABSTRACT

Keywords:

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
Arts.	Artigos
c/c	Combinado com
CBT	Código Brasileiro de Telecomunicações
CF	Constituição Federal
CTN	Código Tributário Nacional
DIP	Departamento de Imprensa e Propaganda
LC	Lei Complementar
IE	Imposto de Exportação
II	Imposto de Importação
ICMS	Imposto Sobre de Circulação de Mercadorias e Prestação Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação
IPI	Imposto Sobre Produtos Industrializados
IR	Imposto de Renda
ISS	Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza
Nº	Número
PDF	<i>Portable Document Format</i> – Formato de Documento Portátil
PL	Projeto de Lei
PLS	Projeto de Lei do Senado
PNC	Plano Nacional de Cultura
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 ACESSO À CULTURA	9
1.1 Conceito de cultura	10
1.2 Tratamento jurídico da cultura	14
1.3 Formas de manifestação da cultura: uma primeira delimitação	16
1.4 Acesso à cultura como direito fundamental	20
1.5 Cultura e liberdade de expressão	26
2 CULTURA E TRIBUTAÇÃO.....	29
2.1 Carga tributária como fator relevante	30
2.2 Imunidade cultural	32
2.2.1 Posição clássica.....	36
2.2.2 Conceito de livro.....	40
2.2.3 Posição moderna do STF.....	43
2.2.4 Consequências do novo posicionamento	46
3 EVOLUÇÃO TECNOLÓGICA: BREVES CONSIDERAÇÕES	50
3.1 Da prensa de Gutenberg ao <i>streaming</i>	50
3.2 Difusão cultural <i>online</i>	50
3.3 <i>Internet</i> como necessidade atual	50
4 A TRIBUTAÇÃO DO <i>STREAMING</i>	50
4.1 Conceito de <i>streaming</i>	50
4.2 <i>Streaming</i> como serviço: fixação das bases para a discussão.....	53
4.3 Normas tributárias incidentes sobre a espécie.....	53
4.4 Conceito de serviço para fins do ISS.....	53
4.5 Construção da relação jurídico-tributária no <i>streaming</i> : um desafio ante à novidade.....	59
4.6 Por que o <i>streaming</i> e não o livro?	64

4.7 Perigo evidente no alargamento do conceito de cultura	66
4.8 Necessidade de discriminação ante às normas constitucionais analisadas.....	66
5 A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA CULTURAL APLICADA AO <i>STREAMING</i>...	66
5.1 Técnicas de interpretação das normas constitucionais	67
5.1.1 <i>Método jurídico</i>	70
5.1.2 <i>Método tópico-problemático</i>	70
5.1.3 <i>Método hermenêutico-concretizador</i>	73
5.1.4 <i>Método científico-espiritual</i>	73
5.1.5 <i>Método jurídico normativo estruturante</i>	74
5.1.6 <i>Método comparativo</i>	74
5.1.7 <i>Questões culturais</i>	75
5.1.8 <i>Princípios informativos da interpretação constitucional</i>	76
5.2 Aplicação das técnicas de interpretação no caso do <i>streaming</i> com finalidade cultural.....	77
CONCLUSÃO.....	77
REFERÊNCIAS	80

INTRODUÇÃO

1 ACESSO À CULTURA

Parece desnecessário, no estágio evolutivo em que a sociedade e o direito chegaram, afirmar que o ser humano deve ter acesso à cultura. Tal necessidade aparenta ser tão óbvia que expor o tratamento e a proteção jurídicas à cultura pode parecer uma mera gota no oceano das produções jurídicas no meio acadêmico, no entanto, se assim o é, despciendo também seria o próprio tratamento conferido pelo ordenamento pátrio ao tema, portanto, tudo o que aqui se busca debater não passaria de palavras jogadas ao vento.

Esse pensamento não pode e não deve prosperar. Uma primeira razão disso é de ordem técnica, um argumento simples e direto embasado na topologia constitucional segundo o qual foi dedicada toda a Seção II do Capítulo III, do Título VIII da Constituição Federal (CF) ao tema. Pode-se invocar também a profusão de manifestações culturais espraiadas por todo o território nacional, como, a título meramente exemplificativo, a *Oktoberfest*, festas juninas e o Carnaval, todos eventos de grande mobilização de pessoas e de capital que estampam evidentemente a necessidade do indivíduo de expressar-se num contexto de manifestação cultural.

Neste capítulo será empreendida a difícil tarefa de procurar um conceito para o termo cultura, sem quaisquer preferências influenciadas por motivos ideológicos ou políticos, ainda que a bibliografia possa tender ora para um lado, ora para o outro, o objetivo o de apenas lançar as fundações sobre as quais será construído o conceito próprio de cultura a ser utilizado doravante no desenvolvimento do estudo.

Já foi objeto de uma breve exposição, todavia, o tratamento constitucional do acesso à cultura deve ser verificado de maneira um pouco mais exaustiva, não apenas de modo a espancar quaisquer dúvidas a respeito de sua importância, mas também, para servir de base para o decorrer desta dissertação.

No ponto seguinte será feita uma primeira exposição das formas através das quais o indivíduo se manifesta culturalmente, ponto esse que será melhor desenvolvido em momento oportuno e posterior, mas essas primeiras considerações são valiosas neste primeiro momento.

Por último, será tratado do acesso à cultura como um direito fundamental e sua interligação com outro direito fundamental, a liberdade de expressão, como uma espécie de binômio produção-consumo de cultura.

1.1 Conceito de cultura

A CF trata de forma mais específica da cultura em seu artigo (art.) 215 e seguintes¹, em uma seção que recebe o nome de “DA CAULTURA” (Seção II do Capítulo III, do Título VIII). Nenhum dos dispositivos constitucionais atinentes à matéria, porém, trata de uma forma conceitual do que se entende por cultura.

A Lei nº 12.343/2010, por sua vez, de acordo com seu preâmbulo, “Institui o Plano Nacional de Cultura - PNC, cria o Sistema Nacional de Informações e Indicadores Culturais - SNIIC e dá outras providências”, sem, todavia, definir em seus dispositivos, o que se entende por cultura. Digno de nota que enumera em seu art. 1º os princípios do Plano Nacional de Cultura (PNC), mencionando o termo cultura, suas variações ou correlações em nove de seus doze incisos. Em verdade, a falta de conceituação legal do que se entende por cultura é salutar, visto que um conceito legal poderia facilmente ser defasado frente ao dinamismo da realidade social, abrindo-se um pernicioso hiato protetivo.

Em âmbito internacional, a cultura é protegida por diversos tratados e declarações de direitos, dentre os quais, a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, que trata da cultura em seu Artigo 22 e Artigo 27, 1, contudo, sem também conceituar o termo.

A própria doutrina constitucional, ao tratar do tema dos direitos sociais, não conceitua o que se entende por cultura², em parte em decorrência da complexidade do tema e da dificuldade dos juristas em definir seu conteúdo exato³, mas enumera parte de seu conteúdo ao invocar a normatividade constitucional já mencionada, o que já propicia uma construção conceitual incipiente. Nos termos dessa doutrina, o patrimônio cultural brasileiro contém “[...] bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade

¹ Não só no art. 215 e seguintes, mas o tema é tratado também em outros dispositivos constitucionais.

² MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 613-614.

³ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 617.

brasileira [...]”⁴, assim, pode-se inferir que cultura diz respeito à identidade de um indivíduo com relação à sociedade que ele integra e o sentimento de pertencimento daquele a esta, além de elementos históricos formadores dessa identidade, em suma, o a identidade, o pertencimento e a história.

O conceito carece ainda de um maior detalhamento, motivo pelo qual serão buscados os conceitos antropológico e sociológico de cultura para contribuir para a construção do conceito que servirá para a análise deste estudo.

Sob o enfoque antropológico, a cultura pode ser vista como um meio de adaptação pelo qual o ser humano se adequa ao ambiente em que vive, criando todo o aparato econômico, social, político e religioso para o exercício de suas atividades enquanto ser humano, adequando seu comportamento e seus costumes de acordo com o meio social em que vive para que seja aceito como membro daquele grupo, trata-se da teoria adaptativa⁵.

A teoria idealista, por sua vez e de maneira resumida, pode ser encarada sob três enfoques. Sob a ótica cognitiva, tem por enfoque o desempenho do papel social, portanto, para essa teoria, cultura seria o conjunto de conhecimentos ou crenças que um indivíduo deve ter para que possa desempenhar seu papel social de forma aceitável⁶. O enfoque estruturalista conceitua a cultura como um sistema estruturado de símbolos, criado cumulativa e coletivamente⁷. O último aspecto da teoria em comento é o simbólico, segundo o qual a cultura é um conjunto de regras sociais com vistas a controlar ou prescrever o comportamento individual⁸.

Dos conceitos antropológicos erigidos, pode-se sintetizar cultura como um conjunto de regras que prescreve os comportamentos aceitáveis e inaceitáveis que o indivíduo deve, respectivamente, praticar e abster-se, para pertencer ao corpo emissor daquele conjunto de regras e bem desempenhar o papel que lhe cabe naquela coletividade. Anota-se que o conceito antropológico está longe de exaurir tudo que se entende por cultura, pois o total conhecimento de seu conteúdo importa na difícil tarefa de esgotar o pleno entendimento da natureza humana⁹.

A sociologia, porém, refuta a ideia de cultura como meramente um sistema de regras comportamentais, trazendo para um lugar central a mente humana, sem, contudo, deixar de

⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 613-614.

⁵ LARAIA, Roque de Barros. **Cultura: Um conceito antropológico**. 14. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 59.

⁶ *Ibid.* p. 60-61

⁷ *Ibid.* p. 61.

⁸ *Ibid.* p. 62-63.

⁹ *Ibid.* p. 63.

concordar com a evidente complexidade da questão, complexidade essa que se procura, assim como na antropologia, diluir através de diferentes teorias¹⁰.

Uma primeira corrente define cultura como um bloco indivisível de símbolos e instrumentos axiologicamente carregados que correspondem à humanidade como um todo, em outras palavras, seria um conjunto de valores humanos e não especificamente deste ou daquele meio social. Esta interpretação traz um inconveniente, principalmente para os fins deste trabalho, considerando-se que a delimitação jurídica corresponde à legislação brasileira, não se pode englobar no conceito de cultura a humanidade como um todo, o que importaria na necessária análise de um sem número de legislações estrangeiras de modo a perfunctoriamente tratar do tema proposto, em verdade, esse tratamento universal da cultura é uma das críticas que a doutrina faz com relação à teoria tida como totalista, preferindo delimitar o escopo geográfico do conceito ao estado-nação¹¹.

O modelo estrutural-funcionalista baseia-se na existência de pré-requisitos universais e essenciais que devem ser preenchidos pelo corpo social de forma a garantir a continuidade da sociedade com suas características atuais, tratando-se de um modelo aplicável a qualquer sociedade¹², pode-se indicar tais requisitos como, por exemplo, um nível de agressividade dentro dos limites estabelecidos pela sociedade com o objetivo de prevenir danos; adequação ao padrão legítimo de aquisição de bens materiais, etc. Este modelo acaba por pecar na mesma medida que o anterior por buscar um padrão que se pretende universal, sem considerar as especificidades de cada coletividade humana¹³, todavia, diferentemente daquele, procura isolar apenas os pré-requisitos que sejam comuns aos seres humanos como um todo, como, conforme já citado em outras palavras, o direito à integridade física e à propriedade, que são, em maior ou menor abrangência, universais. Pode-se extrair do modelo estrutural-funcionalista uma importante contribuição para o conceito em construção, ao se admitir que a cultura sinaliza aos indivíduos quais características devem apresentar para se inserirem em um dado meio social.

A corrente dos ideais éticos preconiza que a cultura se apresenta como um complexo de regras que prescreve ou proíbe comportamentos e estabelece padrões universais que proporcionam a estabilidade e satisfação dos grupos sociais¹⁴. Esta visão, assim como as demais, peca por universalizar valores, quando há características muito específicas que

¹⁰ BAUMAN, Zygmunt. **Ensaio sobre o conceito de cultura**. Rio de Janeiro: Zahar, 2012. Paginação irregular. [posição 2.118].

¹¹ Idem. [posição 2.126-2.143]

¹² Idem. [posição 2.143-2.151]

¹³ Idem. [posição 2.168]

¹⁴ Idem. [posição 2.192]

diferenciam os agrupamentos sociais entre si. Não obstante a crítica, o conceito é bastante útil, pois identifica a cultura com regras de comportamento, como uma espécie de normas sociais pré-jurídicas.

De acordo ainda com a sociologia, a cultura se identifica com os símbolos desenhados pela mente humana que trazem consigo significados socialmente aceitos como passíveis de codificar tais significados¹⁵, trata-se, portanto, da linguagem. Cultura, pode ser, assim, como o método pelo qual o ser humano codifica ideias e sentimentos em símbolos que isoladamente não possuem valor *per si* e, através da utilização do mesmo processo, decodifica tais símbolos para transmitir a um interlocutor a mesma ideia ou sentimento produzido no íntimo do emissor.

Edward Burnett Tylor define cultura, em um sentido amplo, como um complexo que reúne “conhecimento, crença, arte, moral, lei, costumes e quaisquer outras capacidades e hábitos adquiridos pelo homem na condição de membro da sociedade”¹⁶.

Há outros conceitos dentro da sociologia que procuram definir aquela ciência entende por cultura, porém, os conceitos até aqui expostos se apresentam como suficientes para edificar um conceito para o termo cultura que seja, ao mesmo tempo, consonante com a doutrina exposta e juridicamente aceito para o os fins que ora se propõem. Isso posto, pode-se definir cultura como o conjunto de símbolos, criptografados através de um código comum ao corpo social, e de valores e comportamentos desejáveis e indesejáveis, que dizem respeito à identidade e à história daquele corpo social, os quais o indivíduo deve, respectivamente, assimilar¹⁷, adotar ou praticar¹⁸ e abandonar ou se abster¹⁹ para que o corpo social o aceite como seu membro e para que gere nele o sentimento de pertencimento social, tudo isso de modo que a sociedade se mantenha mais ou menos estável.

O conceito aqui construído não tem qualquer pretensão de ser exaustivo, esse sequer é o objetivo deste trabalho, em verdade, a doutrina especializada, cada uma em seu respectivo campo, pode fazer um trabalho muito melhor nesse sentido. A finalidade da construção é meramente a de evidenciar um conceito razoavelmente enxuto de cultura, de forma que fique claro ao leitor do que se está tratando no presente estudo.

¹⁵ Idem. [posição 2.241]

¹⁶ TYLOR, Edward Burnett. **A ciência da cultura**. Rio de Janeiro: Zahar, 2014. Paginação irregular. [posição 16].

¹⁷ Assimilar os símbolos para que possa se comunicar eficientemente e compreender as exigências sociais.

¹⁸ O indivíduo deve adotar os valores da sociedade que à qual ele almeja pertencer e praticar os comportamentos prescritos ou que dele são esperados.

¹⁹ Abandonar os valores incompatíveis com a sociedade e se abster de praticar comportamentos que sejam proibidos ou minimamente indesejados.

1.2 Tratamento jurídico da cultura

Foi expresso acima que a constituição e a legislação não definem com precisão o que é cultura, essa falta de precisão legal poderia levar o leitor a crer que o problema da cultura seria extrajurídico, antropológico, sociológico, artístico, porém, tal entendimento está consideravelmente dissociado da realidade, um claro exemplo disso é o tratamento constitucional e legal dispensado à cultura, o que será analisado em linhas gerais a seguir.

O art. 215 inaugura o tratamento constitucional específico da cultura preconizando expressamente que o exercício dos direitos culturais e o acesso à cultura²⁰ devem ser garantidos pelo Estado determinando, em seguida, o escopo de proteção das manifestações culturais, delega à lei a fixação de datas comemorativas e o estabelecimento do PNC com vistas à valorização da cultura e ao atendimento dos objetivos elencados no dispositivo, ao qual remete-se o leitor²¹.

José Afonso da Silva leciona que o art. 215 da CF, ao tratar de “direitos culturais” o faz com uma dupla acepção, de um lado há a faculdade dos indivíduos de usufruir da cultura, de outro há a obrigação do Estado de propiciar e garantir esse usufruto, o que conjuntamente com as demais prescrições constitucionais referentes à matéria e regramento infraconstitucional respectivo, forma uma verdadeira ordem jurídica da cultura viabilizadora do direito objetivo da cultura²². O autor salienta, ainda, de forma bastante explícita, que o direito à cultura é um direito constitucional fundamental²³, que será importante no item 1.4 desta análise.

O conteúdo desse conjunto de direitos corresponde à²⁴:

[...] (a) liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica; (b) direito de criação cultural, compreendidas as criações artísticas, científicas e tecnológicas; (c) direito de acesso às fontes de cultura nacional; (d) direito de difusão das manifestações culturais; (e) direito de proteção às manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras e de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional; (f) direito-de-ver estatal de formação do patrimônio cultural brasileiro e de proteção dos bens de cultura, que, assim, ficam sujeitos a regime jurídico especial, como forma de propriedade de interesse público.

²⁰ O texto constitucional menciona expressamente o acesso à cultura nacional.

²¹ Observa-se que a remissão ao dispositivo na CF serve apenas para otimizar a explanação, sem prejuízo da importância e relevância dos assuntos tratados no art. 215, seus parágrafos e incisos, entendimento que se deve ter em mente sempre que o mesmo expediente for empregado doravante.

²² SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 805.

²³ *Idem*.

²⁴ *Ibid.* p. 805-806.

Observa-se que, ao invés de enumerar exaustivamente quais seriam tais direitos, optou o autor por aloca-los em categorias, conforme a posição de que essa enumeração exaustiva seria desnecessária e dificultosa em virtude da multiplicidade desses direitos, da própria imprecisão jurídica do termo cultura e do natural dinamismo social²⁵, por esse motivo, há autores que preferem reconhecer um único direito à cultura com um conteúdo abrangente e plástico, compreendendo a participação na vida cultural da sociedade²⁶.

Parte da doutrina argumenta que a norma em comento tem natureza principiológica, servindo de parâmetro para o controle de constitucionalidade e balizando a ação do Estado, mas sua efetivação recai no âmbito de liberdade de conformação do legislador, dependendo, em última análise, da programação material e legislativa do Estado²⁷. É evidente que toda norma, para sua efetivação depende da ação do legislador pertinente e de recursos materiais para tanto, no entanto, relegar a proteção e o acesso à cultura ao nível programático seria esvaziar em demasia a previsão constitucional, devendo se tratar de um fim ativamente perseguido pelo Estado²⁸.

O art. 216 da CF, por seu turno, prossegue definindo o conteúdo do patrimônio cultural brasileiro²⁹, lançando normas relativas ao papel do Poder Público na proteção desse patrimônio, facilitação e regulamentação do acesso aos documentos governamentais integrantes desse patrimônio, estabelece normas programáticas de fomento à produção cultural, além de outras providências igualmente importantes no campo cultural. O art. 216-A insere as normas programáticas e principiológicas relativas ao SNC.

A análise perfunctória de toda a normatividade constitucional e infraconstitucional extrapolaria o objetivo do presente estudo, contudo, não é demais anotar que há diversos outros dispositivos constitucionais que são informados por uma preocupação com a preservação

²⁵ CUNHA FILHO, Francisco Humberto. Direitos culturais no Brasil: dimensionamento e conceituação. In: CUREAU, Sandra; SOARES, Inês Virgínia Prado. **Bens culturais e direitos humanos**. São Paulo: Sesc, 2016. Paginação irregular. [posição 486]

²⁶ Idem. [posição 419]

²⁷ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 173.

²⁸ A posição aqui adota está plenamente ciente das questões que relativizam os direitos fundamentais, como, por exemplo, o mínimo existencial, no entanto, tais argumentos também devem encontrar algum limite, caso contrário poder-se-ia admitir de forma legítima que o Estado pode se furtar ao cumprimento dos objetivos que lhe foram impostos pelo povo através de seus representantes constituintes originários e derivados.

²⁹ A noção de patrimônio cultural compreende conforme a lição de José Afonso da Silva (*in* SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 810), apenas os bens declarados de interesse público na forma do art. 216, § 1º, da CF, abrangendo logicamente os bens com valor cultural assim reconhecidos pelo Estado, nesse diapasão, entende-se que a conceituação formal de patrimônio cultural dependerá da ação governamental, sendo que sua conceituação material já estaria inserido na definição de cultura trazida pelo autor.

cultural³⁰. O que se procurou evidenciar neste tópico é exatamente a justificativa da pesquisa ora empreendida, pois, da sucinta exposição já se percebe sem esforço como a questão cultural é cara ao direito a ponto de merecer tamanho tratamento e preocupação.

1.3 Formas de manifestação da cultura: uma primeira delimitação

De nada adiantaria definir o que se entende por cultura e discorrer acerca de seu tratamento jurídico se não fosse possível, de qualquer forma que fosse, externalizar a cultura entranhada na mente e no passado de cada indivíduo e, assim, da sociedade como um todo. Da mesma forma, caso não fosse expressa através de algum meio material, não poderia a cultura servir como uma norma de conduta e paradigma de valores, já que os pretendentes a se inserirem em determinado meio social sequer saberiam como se portar ou como se sentir para fazer parte daquela coletividade.

A manifestação cultural é, assim, tão importante quanto a cultura em si, pois esta perde completamente seu sentido prático sem aquela, torna-se um ideal incomunicável cuja persecução fica impossível na medida em que não se faz conhecido. A construção do conceito de cultura trouxe à tona importantes reflexões a respeito de como a mesma se manifesta, o conceito trazido por Edward Burnett Tylor define de forma resumida e densa em sua simplicidade como a cultura se manifesta em um povo. Ao estabelecer que a cultura engloba o conhecimento, crença, arte, moral, lei e costumes³¹, o autor enumerou de forma implícita como a cultura se manifesta. Como conhecimento, a cultura se manifesta através do aprimoramento da ciência, desde a mais tradicional até a tecnologicamente mais avançada, enquanto técnica historicamente construída e passada de geração a geração através de quaisquer meios idôneos para tanto, que podem variar desde uma transmissão oral da experiência individual ou coletiva³²

³⁰ Confira-se, por exemplo, o art. 312, § 1º, que preza pela reprodução cultural dos indígenas nos territórios que ocupam; os arts. 24, VII, e 30, IX, que conferem competência, à União, Estados, Distrito Federal aos Municípios para promover a proteção ao patrimônio histórico-cultural; art. 5º, LXXIII, que confere legitimidade ativa a qualquer cidadão para propor ação popular tendente a combater ato lesivo ao patrimônio cultural; o art. 150, VI, d, que veda a instituição de impostos sobre livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão e, conforme será oportunamente estudado, também objetiva a difusão cultural; por fim, em sede infraconstitucional, a Lei Rouanet (Lei nº 8.313/1990) que institui o Programa Nacional de Apoio à Cultura e estabelece normas de fomento e apoio à produção cultural.

³¹ TYLOR, Edward Burnett. **A ciência da cultura**. Rio de Janeiro: Zahar, 2014. Paginação irregular. [posição 16].

³² A exemplo do art. 2º, II e III, da Lei nº 13.123/2015, que menciona o conhecimento tradicional associado e o conhecimento tradicional associado de origem não identificável. Nos termos da lei, o conhecimento tradicional é uma informação ou prática sobre as propriedades ou usos diretos ou indiretos de espécies vegetais, animais,

até um sistema de educação formal³³, dessa forma, a cultura se manifesta através do conhecimento por meio do próprio processo de sua construção e transmissão.

A crença de um povo está intrinsicamente arraigada a vários aspectos culturais, a exemplo da utilização do hebraico pelos judeus, mormente em suas manifestações religiosas, mesmo quando o aramaico se apresentava como idioma predominante, por se tratar de um idioma adotado pelos sacerdotes³⁴, ou do culto aos santos no catolicismo que originalmente objetivava transmitir através de imagens visualmente apreensíveis conhecimento, regras de conduta e história a uma população medieval majoritariamente iletrada³⁵.

A manifestação cultural através da arte parece isenta de dúvidas, em verdade, a arte, em todas as suas formas de manifestação invariavelmente apresenta um maior ou menor elemento cultural que a inspira, na música há a evidente expressão dos sentimentos do compositor, letrista ou intérprete como o membro de uma sociedade³⁶, nas artes plásticas também é possível perscrutar a respeito dos sentimentos de seu autor e de sua visão de mundo através dos traços característicos que deixam transparecer os elementos culturais informativos de sua arte³⁷, assim como na fotografia³⁸. Com o advento da *internet* e a comunicação em tempo real, a manifestação artística foi levada a um nível sem precedentes até então, fragmentando muitas das barreiras que impediam manifestações absolutamente livres do intento artístico de muitas pessoas que, sem essa ferramenta, se quedariam isoladas do olhar do mundo. Anteriormente

microbianas ou de outra natureza, incluindo o produto metabólico de seres vivos, detido por grupo culturalmente identificável e diferenciável, integrante do patrimônio cultural do referido grupo e transmitido pela tradição.

³³ Como, por exemplo, o conhecimento jurídico, que é passado através de um procedimento legalmente posto, por meio do ingresso em um estabelecimento de ensino cumpridor dos requisitos legais para tanto.

³⁴ SOUZA, Marcos Antônio de. **O dicionário de hebraico bíblico de Brown, Driver e Briggs (BDB) como modelo de sistema lexical bilíngüe**: Um estudo da lexicografia hebraica bíblica moderna. 2008. 197 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Estudos da Tradução, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2008. p.120.

³⁵ MESQUITA, Fabio de Azevedo. A veneração aos santos no catolicismo popular brasileiro: Uma aproximação histórico-teológica. **Reveleto**, São Paulo, v. 9, n. 15, p.155-174, jan/jun 2015. Semestral. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/index.php/reveleto/article/download/23768/17041>>. Acesso em: 19 nov. 2017. p.164.

³⁶ A música “Como nossos pais” é um exemplo claro disso, composta por Belchior e interpretada por Elis Regina, retrata a mentalidade e sentimentos de uma parcela jovem da sociedade em meados da década de 1970 que em determinado ponto da vida percebe que, a despeito dos sentimentos de rebeldia e revolução que nutria, acaba por amadurecer de modo a adotar os mesmos valores e modos de vida de seus pais, evidenciando que o costume e a tradição, por mais que sejam contestados e combalidos, acabam se perpetuando na sociedade, exatamente como na definição de cultura anteriormente disposta como um meio de manutenção social.

³⁷ A arte de Antônio Francisco Lisboa (conhecido popularmente como Aleijadinho) ao criar um estilo próprio de arte sacra dissociado do estilo português foi artisticamente um embrião da independência, movimento que ganhava adeptos no Estado de Minas Gerais, principalmente considerando que a produção artística de Aleijadinho teve seu ápice entre as décadas de 1770 e 1780 e a Inconfidência Mineira teria culminado no ano de 1898 (BURY, John. **Arquitetura e arte no Brasil colonial**. Brasília: Iphan, 2006. p. 24-25; 98-101).

³⁸ A fotografia “O Beijo” (*The Kiss*) de Alfred Eisenstaedt de 12/08/1945, retrata um marinheiro beijando uma enfermeira na Times Square em Nova Iorque durante as comemorações pelo fim da guerra entre os Estados Unidos e o Japão, ao fim da Segunda Guerra Mundial. A fotografia tem como tema central o referido beijo, mas satelitalmente é possível ver o ambiente festivo no qual a sociedade norte americana se encontrava naquele momento no qual se encontrava em cristalino alívio pelo fim do conflito armado, deixando clara a posição cultural da sociedade estadunidense quanto ao período histórico em que vivia e expectativas com relação ao futuro.

para que um músico pudesse divulgar seu material para o grande público, precisaria de alguém que se encarregasse de promover seu trabalho nos meios de mídia, ou deveria ele mesmo, através de um esforço de sucesso duvidoso, fazer suas próprias gravações, produzir, distribuir e divulgar seu material, isso tudo contando que alguém iria nota-lo. Hoje em dia, esse mesmo músico pode gravar suas próprias produções em casa com o auxílio de uma placa de captura de som, um computador com uma razoável capacidade de processamento e *software* de edição de som gratuitamente distribuído pela *internet*, bastando inscrever-se nas diversas comunidades que ligam músicos a ouvintes em potencial e até mesmo gravadoras³⁹. A literatura, que merecerá um tratamento mais perfunctório no capítulo 3, da mesma forma se beneficiou desse avanço na comunicação entre produtor e consumidor de material cultural, indo ao extremo de iniciar uma mudança na forma com a qual o livro será encarado, deixando a leitura de ser um trabalho solitário do leitor, uma via de mão única do escritor ao seu público e se tornando um constante intercâmbio entre este e aquele, tal é a figura do hiperlivro⁴⁰.

O aspecto moral da cultura pode ser facilmente identificado na conceituação empreendida com o conjunto de regras de comportamento tendentes à manutenção da sociedade. Sem querer discorrer longamente a respeito do conceito de moral, tarefa que é muito melhor realizada pela filosofia e a respeito da qual tomos inteiros já foram escritos, entende-se para os presentes fins que moral é o meio pelo qual se discerne o vício da virtude⁴¹, indicativo, pois, do caminho que deve ser seguido pelo indivíduo que se pretende moralmente adequado, desta feita, quando uma sociedade repreende determinado comportamento por entendê-lo imoral, está anunciando que esse comportamento viola os valores culturais que lhes são caros⁴².

A mesma lógica da moral pode ser aplicada à lei. A legislação de uma nação é saturada de influências culturais, o que fica bastante evidente na evolução do tratamento legal dispensado à mulher, o que acompanha uma mudança cultural que mudou a forma como a sociedade via e

³⁹ Um exemplo dessas comunidades é o site Bandcamp (www.bandcamp.com), por meio do qual um músico ou banda pode se inscrever com um perfil de artista e divulgar seu trabalho, inclusive com amostras em áudio e vídeo de seu trabalho. Em verdade, o *site* permite que o usuário se cadastre como fã, artista ou como selo (gravadora), permitindo o intercâmbio de música de maneira muito eficiente.

⁴⁰ DOMINGOS, Ana Cláudia Munari. Hipermidia: Convergência para um novo gênero?. In: BENEVENUTO JÚNIOR, Álvaro (Org.). **Conteúdos digitais e convergência tecnológica: Prospecções, reflexões e experiências**. Porto Alegre: Gestal & Gestal, 2013. Paginação irregular. [posição2.654-2.661]

⁴¹ Aristóteles. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Nova Cultural, 1991. p. 38-44.

⁴² Para ilustrar a assertiva é salutar a invocação da relação humana com o cachorro. Na maioria das culturas, notadamente da cultura ocidental, é imoral (ou errado) comer cachorro, pois está inserido no arcabouço sócio-cultural que o cachorro é um animal doméstico, muitas vezes um membro da família; noutra giro, para a sociedade chinesa, em determinadas ocasiões é permitido comer cachorros (e, portanto, moral), pois, assim como nas sociedades ocidentais, há uma justificativa histórico-cultural que admite tal comportamento como aceitável. Eis um singelo exemplo como a moral é influenciada pela cultura, assim como tantos outros que poderiam ser invocados no mesmo sentido.

tratava a mulher⁴³, também na forma como a legislação pune os condenados, que varia de palestras educativas à pena capital em alguns países.

Os costumes são a própria externalização da cultura de um povo, pois se caracterizam como uma prática reiterada, uniforme e constante de atos ou condutas socialmente aceitáveis como boas e mesmo necessárias à manutenção da sociedade⁴⁴, mais uma vez verifica-se que a definição proposta para o termo cultura abraça com perfeição o que se entende por costume, pois ambos se identificam com elementos materializadores da história, valores e regras de convívio de uma dada sociedade.

Das formas de manifestação cultural expostas, o presente trabalho se preocupa com aquelas que sofrem uma radical mutação em sua forma de operacionalização, nomeadamente, tratar-se-á aqui do conhecimento e da arte em seus variados suportes materiais, pois são os mais afetados pela acelerada evolução tecnológica vivida pelo mundo atual. Como essas manifestações dependem precipuamente da comunicação e da eficiência dos meios de comunicação, é natural que sofram um grande incremento em termos de eficiência na medida em que seu público alvo se informatiza e demande cada vez mais velocidade e eficiência. Essa aceleração constante é plenamente abraçada pelo meio corporativo, fiel ao adágio “tempo é dinheiro”, mas a realidade jurídica possui engrenagens mais emperradas, o que faz com que a máquina jurídica se mova bem mais lentamente do que o ritmo imprimido pela sociedade⁴⁵. Isso faz com que existam verdadeiros vácuos normativos quando a realidade fática regulamentada pela norma se altera impulsionada pelo desenvolvimento tecnológico fazendo com que as novas formas não mais se encaixem com perfeição aos antigos regramentos, conforme será visto oportunamente, é exatamente esse o debate gerado no caso do livro digital e o conceito de livro para fins de imunidade tributária.

⁴³ Como, por exemplo, a mulher casada, que era considerada relativamente incapaz pelo simples fato de ter casado, e hoje, com toda razão, é posta juridicamente em pé de igualdade em relação ao homem (DIAS, Maria Berenice. **A mulher no Código Civil**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/18_-_a_mulher_no_c%F3digo_civil.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2017).

⁴⁴ NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 107

⁴⁵ Digno de nota que a tecnologia base para a visualização do processo digital, o PDF (*Portable Document Format* – Formato de Documento Portátil) existe desde 1993, sendo que o processo digital só foi finalmente regulamentado em âmbito nacional com a Lei nº 11.419/2006, passando a ser regulamentado e operacionalizado nos diferentes Estados e ramos do Poder Judiciário nos anos seguintes.

1.4 Acesso à cultura como direito fundamental

Na concepção de José Afonso da Silva, os direitos fundamentais são aqueles que dizem respeito ao normal desenvolvimento, fruição de todas as potencialidades, convivência em sociedade e mesmo sobrevivência do ser humano, devendo ser não apenas formalmente reconhecidos pelo direito, mas efetivados⁴⁶, o que está em perfeita sintonia com o art. 5º, § 1º, da CF, segundo o qual as normas definidoras de direitos e garantias individuais têm aplicação imediata, deixando implícito não se tratarem, de maneira geral, de meras previsões de cunho programático, mas efetivas ordens constitucionais cuja observância e implementação devem ser vigiadas e exigidas⁴⁷.

Deve ser observado que não se aterá aqui à discussão a respeito de qual a melhor terminologia para classificar os direitos fundamentais, razão pela qual optou-se não se utilizar da denominação de dimensões ou gerações de direitos fundamentais, mas apenas de direitos fundamentais, já que seu enquadramento nesta ou naquela categoria seria inócua para os fins deste estudo, preferindo reservar energias para outras questões mais prementes com o objeto de estudo.

Superado esse ponto, a despeito de o Título II da CF, encabeçado pelo art. 5º, que traz o extenso rol de direitos e deveres individuais, ser denominado “Dos direitos e garantias fundamentais”, fica claro da leitura do art. 5º, § 2º, da CF que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, deixando claro que o encarte de direitos fundamentais não é restrito àquele disposto no mencionado Título II⁴⁸.

Uma leitura apressada do dispositivo invocado levaria ao entendimento equivocado de que estar-se-ia tratando apenas de normas não inseridas no texto constitucional, ou seja, que apenas seriam consideradas definidoras de direitos fundamentais fora do catálogo do Título II as normas infraconstitucionais e tratados internacionais atinentes à matéria, sendo que tal argumento seria absurdo, pois elevaria à fundamentalidade normas infraconstitucionais e não conferiria tal *status* a normas formalmente constitucionais e de extrema relevância. Ingo

⁴⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 178.

⁴⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 93.

⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 68.

Wolfgang Sarlet, por sua vez, reconhece expressamente a existência de direitos fundamentais espalhados pelo texto constitucional⁴⁹. Um importante ponto que contribuirá para o correto desenvolvimento da análise pretendida é verificar, portanto, se essa abertura constitucionalmente assegurada ao rol dos direitos fundamentais permitiria uma atualização temporal do catálogo mediante o reconhecimento de direitos fundamentais não escritos⁵⁰.

A ideia de que o catálogo disposto no Título II da CF não é exaustivo é pacífica na doutrina, mesmo porque já se reconheceu a existência de direitos fora do catálogo, como o amplamente mencionado art. 225 da CF, por esse motivo, José Afonso da Silva fala nos direitos fundamentais expressos⁵¹, os decorrentes⁵² e os decorrentes de tratados e convenções internacionais⁵³.

Quando do estudo do direito à cultura no art. 215 da CF, verificou-se ante a literalidade do dispositivo que “O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional [...]”. Trata-se de uma norma obviamente fora do Título II, mas que garante literalmente o acesso à cultura como de necessária promoção estatal, não possuindo correlação direta com os direitos expressamente fundamentais, mas guardando uma forte ligação com o art. 5º, XIV, que assegura o acesso à informação. A liberdade de informação possui duas facetas, a liberdade de informar, que guarda relação com a liberdade de expressão e será melhor analisada no ponto seguinte, e a liberdade de ser informado, ou seja, o direito de absorver notícias, conhecimento, ideias, opiniões e informação em geral através dos variados meios de difusão para que o indivíduo que é informado possa exercer de forma mais plena os direitos inerentes à vida em sociedade, sem que tal acesso seja censurado ou restringido pelo Estado, já que tal direito se configura como um direito individual, mas também um direito coletivo ou social, pois as formas de difusão da informação visam à sociedade como um todo⁵⁴, principalmente em se tratando da *internet*, cujo acesso ao seu conteúdo é, praticamente irrestrito dada a inventividade e criatividade humana de burlar quaisquer barreiras eventualmente existentes. Deve ser anotado que a doutrina ressalta que a liberdade de informação não se limita apenas a assegurar o acesso irrestrito à informação por parte dos indivíduos, mas também

⁴⁹ *Ibid.* p. 76.

⁵⁰ *Ibid.* p. 84-85.

⁵¹ Os que estão dispostos no aludido Título II.

⁵² Que decorrem dos princípios e do regime adotados na CF.

⁵³ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 182-183. Apesar de o autor não mencionar em sua enumeração os direitos fundamentais fora do catálogo, mas formalmente constitucionais, de sua exposição do tema depreende-se expressamente que ele reconhece tais direitos.

⁵⁴ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 109-110.

objetiva a não restringir as formas de difusão informacional, conforme exposto por José Afonso da Silva: “Logo, se vê que o signo ‘todos’ estende a garantia da liberdade tanto às fontes de difusão da informação como a seus recipiendários”⁵⁵.

Essa distinção entre a liberdade dos destinatários e a liberdade de meios de informação condiz com a ideia aqui esposada no sentido de que, independentemente do meio, informação é informação, seja ela distribuída através de livros, jornais, periódicos, televisão, *internet* ou *streaming*.

É forçoso reconhecer, em virtude de sua localização topográfica, que a liberdade à informação é um direito fundamental, adequando-se à categoria de direitos fundamentais expressos disposta pela doutrina. A definição de informação é desnecessária, pois sua própria conceituação já se trata de informação, o entendimento do conteúdo do termo é mais empírico do que conceitual, por isso mesmo a busca de um conceito se torna dificultosa, basta asseverar que informação é um conhecimento que pode ser transmitido de um indivíduo a outro, podendo conter o mais variado conteúdo, a informação pode ter um cunho educacional, histórico, de entretenimento e cultural, as possibilidades são praticamente infinitas. Tratando-se de um direito fundamental, resta evidente que a constituição deverá proteger a sede informacional do indivíduo, em outras palavras, é garantido o acesso à informação sem qualquer censura e independentemente de seu conteúdo.

Maiores dificuldades também não se erguem quando da aferição da fundamentalidade do direito à cultura, apesar de deste não ter assento no já tão mencionado Título II, cumprindo distinguir dentre as normas formalmente constitucionais aquelas que são formalmente fundamentais, e portanto elencadas no Título II, e as que são materialmente fundamentais, que são formalmente constitucionais e, apesar de não estarem dispostas no aludido Título, são instituidoras ou garantidoras de direitos fundamentais⁵⁶. Aqui também não se encontram maiores dificuldades, pois o art. 215 da CF é expressamente reconhecido em âmbito doutrinário⁵⁷ como um direito fundamental disposto fora do catálogo do Título II, portanto, formalmente constitucional e materialmente fundamental.

Superada a questão sobre a fundamentalidade do art. 5º, XIV, e art. 215, ambos da CF, parte-se para um síntese do que se entende por direito de acesso à cultura através da conjunção das duas normas. Já se disse que o indivíduo e a sociedade devem ter acesso à informação e que

⁵⁵ *Ibid.* p. 110.

⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 88.

⁵⁷ *Ibid.* p. 118-119.

essa informação pode ter o conteúdo mais variado, inclusive, cultural, assim, surge uma primeira faceta do direito de acesso à cultura que desafia a mera condição de norma programática do art. 215. Com efeito, este dispositivo menciona que o Estado deverá garantir a todos o acesso às fontes de cultura nacional, encerrando, a uma primeira vista uma norma de conteúdo programático, que dependeria da conformação do legislador para sua efetivação material, no entanto, como já se disse, admitir tratar-se de uma norma meramente programática é esvaziar em demasia seu conteúdo, ademais, à polaridade positiva da norma, ou seja, obrigação governamental de adotar as medidas tendentes a garantir o acesso à cultura, há uma polaridade negativa que se depreende do art. 5º, XIV, pois este dispositivo preconiza que o acesso à informação não deverá sofrer censura, tem-se portanto que da síntese dos dois dispositivos deve ser reconhecido que não só o Estado deve garantir o acesso à cultura⁵⁸, mas também abster-se de censurar tal acesso e reprimir ativamente quaisquer atos de censura que objetivem restringir tal direito⁵⁹.

O art. 215 menciona “fontes da cultura nacional”, como que excluindo de seu âmbito as fontes de cultura estrangeiras, entendimento que deve prosperar apenas parcialmente e cuja explicação merece alguns parágrafos. O art. 3º, II, da CF determina que constitui um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a garantia do desenvolvimento nacional, que não deve ser entendido apenas em sua acepção mais óbvia de crescimento econômico, mas também e necessariamente como desenvolvimento social, político e cultural⁶⁰. Cuida-se de uma questão eminentemente protecionista com relação à cultura nacional e assim não deve deixar de ser, porque do contrário, autorizar e ainda obrigar que o Estado promova a cultura estrangeira seria ferir de morte o próprio conceito de cultura.

Viu-se que a cultura encerra elementos de identidade e história de um determinado grupo social que reproduz tais elementos como forma de sua própria manutenção e perpetuação de suas tradições, um grupo que, em última análise é, ao lado de outros grupos nacionais, o substrato do Estado regido pela constituição. Se uma constituição autoriza que o Estado importe e promova a propagação de elementos de identidade e história de um grupo social que não integra seu povo, está pondo em risco a identidade de seus nacionais enquanto povo, é o que se entende por aculturação⁶¹, eis o motivo plenamente justificável pelo qual o Estado está obrigado

⁵⁸ Polaridade positiva.

⁵⁹ Polaridade negativa.

⁶⁰ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 47.

⁶¹ BRANDT, Leonardo. **O poder da cultura**. São Paulo: Peirópolis, 2009. [posição 63-71].

constitucionalmente a promover a cultura nacional e nenhuma outra⁶², o que consagrado como um objetivo fundamental do Estado pela constituição.

Essa proibição à promoção à cultura estrangeira diz respeito apenas à polaridade positiva do direito de acesso à cultura, ou seja, à participação ativa do Estado no desenvolvimento cultural e está, consoante visto, em perfeita consonância com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, além de ser perfeitamente razoável e lógico do ponto de vista cultural, todavia, esse entendimento não pode ser transplantado para sua polaridade negativa sem temperamentos. Isso porque a polaridade negativa do direito de acesso à cultura diz respeito à liberdade de ser informado, mediante qualquer meio de difusão, absorvendo conteúdo cultural, sem intervenções de censura, sendo certo que restringir este ou aquele meio de difusão ou informação de origem estrangeira, mesmo que para o benefício da cultura nacional, seria censurar, o que é constitucionalmente vedado de forma expressa.

Tem-se de forma sintética que positivamente o Estado não pode promover a cultura estrangeira em decorrência da síntese do art. 215 c/c art. 3º, II, da CF, entretanto, negativamente ele está proibido de exercer censura em prejuízo da cultura estrangeira, por força do art. 5º, XIV, da CF.

Considerando a questão relativa aos direitos fundamentais, o indivíduo e a sociedade tem o direito de ver sua cultura mantida e protegida pelo Estado, ao mesmo tempo em que tem o direito de informarem-se de sua própria cultura e da cultura estrangeira, sendo que esta o Estado não está obrigado⁶³ a promover ou proteger.

No que tange à implementação desses direitos em face do art. 5º, § 1º, da CF, a análise também deve ser cindida entre a polaridade positiva e negativa. Negativamente, não há maiores transtornos à plena aplicabilidade do direito de liberdade de acesso à cultura, seja ele individual ou social, visto que a ausência de censura ou de outros inconvenientes às chamadas liberdades negativas independem de uma maior concretude legislativa, independendo da liberdade de conformação do legislador para gerarem seus efeitos, mesmo porque, a norma constitucional encerrada no art. 5º, XIV, não busca expressamente suporte em diploma infraconstitucional para a regular ou conferir efeitos⁶⁴.

⁶² Entende-se, obviamente, que o Estado está obrigado também a promover os elementos culturais originalmente estrangeiros, mas que fazem parte da origem cultural do Brasil, como no caso da cultura alemã, japonesa, africana, portuguesa, italiana, etc., sem as quais a cultura brasileira não seria o que ela é hoje.

⁶³ Entende-se que em verdade ele está proibido de promover, observado o que se disse acima acerca da origem da cultura brasileira.

⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 283-286.

Noutro giro, a polaridade negativa do direito demanda algumas considerações adicionais. Muito embora o art. 215 da CF não empregue a expressão “na forma da lei” ou similares, trata-se, conforme já dito, de um direito social que demanda uma intervenção legislativa para ser pleno, mesmo porque determina uma prestação positiva do Estado no sentido de garantir o acesso à cultura nacional, o que à toda evidência não pode ser feito sem que sejam desenhadas, implementadas e executadas políticas públicas nesse sentido⁶⁵, mas também não pode ser visto como uma prescrição vazia, mas sim como uma efetiva ordem que deverá ser cumprida e nortear a atuação da Administração Pública em geral, não excluindo a aplicação do art. 5º, § 1º, da CF, o qual acaba por dar uma maior imperatividade ao comando constitucional.

Esse entendimento é comungado por Ingo Wolfgang Sarlet, que chega a rejeitar a ideia de direitos fundamentais programáticos, preferindo trata-los como normas instituidoras de direitos ou garantias fundamentais de cunho ou de conteúdo programático, pois, mesmo que tais normas dependam da liberdade de conformação do legislador em maior ou menor grau, o art. 5º, § 1º, da CF obriga que se reconheça que todos os direitos e garantias fundamentais são mais ou menos diretamente aplicáveis, conforme expõe de forma sucinta⁶⁶:

Independentemente – ainda – da discussão em torno da possibilidade de se reconhecerem direitos subjetivos a prestações com base em normas de cunho eminentemente *programático* (para nos mantermos fiéis à terminologia adotada), importa ressaltar mais uma vez que *todas as normas consagradoras de direitos fundamentais são dotadas de eficácia e, em certa medida, diretamente aplicáveis já ao nível da Constituição e independentemente de intermediação legislativa*. Em verdade, como já esperamos ter demonstrado e aqui repisamos para espantar toda e qualquer incompreensão para com a nossa posição, todas as normas de direitos fundamentais são direta (imediatamente) aplicáveis na medida de sua eficácia [...].
[Grifos do autor]

De maneira geral e resumida, as normas instituidoras de direitos e garantias fundamentais, ainda que programáticas, ou, na dicção da doutrina, de cunho programático, possuem, no mínimo, os seguintes efeitos: revogam os atos normativos anteriores que lhes sejam contrários, obriga o legislador a atuar no sentido de concretizar seus comandos e baliza o cumprimento das políticas públicas nelas inspiradas, servem de parâmetro para o controle de constitucionalidade e para a interpretação e integração de normas jurídicas, proíbe que o Estado atue em sentido contrário ao seu comando e, por fim, atua como marco identificador da

⁶⁵ *Ibid.* p. 300-302.

⁶⁶ *Ibid.* p. 302.

proibição de retrocesso, impedindo que o legislador de revogar instrumentos normativos reguladores ou implementadores do comando constitucional fundamental⁶⁷.

O presente tópico permitiu, assim, identificar que o direito de acesso à cultura é um direito fundamental, merecendo a proteção constitucional como tal, possui um aspecto (ou polaridade) positivo de exigir o cumprimento do Estado e um aspecto (ou polaridade) negativo, de direito dos indivíduos e da sociedade que não pode ser restringido pelo Estado e que, independentemente de depender da intervenção legislativa para sua efetivação material, possui uma carga eficaz mínima que exige o respeito e cumprimento de suas normas.

1.5 Cultura e liberdade de expressão

A liberdade de expressão é um direito fundamental disposto no art. 5º, IV e IX, da CF, segundo o qual “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato” e “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. De sua geografia constitucional já se infere que se trata de um direito fundamental, pois situado no Título II e, ainda assim, afigura-se plenamente válido perquirir sobre seu conteúdo.

A liberdade, sem pretensões de adentrar em um debate profundamente filosófico sobre seu conceito, significado e conteúdo, é a ausência de amarras ou restrições a algo. Nesse sentido se fala em liberdade de crença quando se quer referir à possibilidade de um indivíduo abraçar o arcabouço religioso que quiser sem que seja constrangido a adotar um ou outro dogma, liberdade ambulatorial quando se fala da possibilidade de ir, vir ou permanecer em qualquer lugar que se queira e tantas outras liberdades, como a liberdade de expressão, da qual ora se ocupa.

Observa-se também que os constrangimentos atentatórios à liberdade podem tanto ser de ordem interna, quanto externa. A liberdade interna, subjetiva, psicológica, moral ou de indiferença traz a ideia de livre opção, se refere à possibilidade de escolha psicológica, ou seja, no íntimo indevassável do ser humano, dentre as várias opções cogitadas, mesmo que contrárias entre si, não devendo satisfação a quem quer que seja além do próprio livre arbítrio⁶⁸. Mesmo sendo uma liberdade íntima, que independe de comunicação ou externalização, observa-se que

⁶⁷ *Ibid.* p. 303-307.

⁶⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 231.

pode ser restringida, atentando não só contra o direito, mas contra o psicológico do ser humano, nesse sentido, coerções e pressões externas, partidas de um indivíduo ou de uma coletividade podem fazer com que a escolha íntima, à qual ninguém terá conhecimento até que se exteriorize, seja viciada por medo de retaliação ou para gerar um sentimento interno de pertencimento, tratando-se de um verdadeiro processo de aculturação em pequena escala, no qual o indivíduo abandona seus valores e concepções e adota outros diversos e até mesmo contrários pois acredita que estes estão mais condizentes com os valores e concepções do grupo para o qual busca aceitação. É um problema cultural, mormente quando há uma manipulação artificial da cultura para que a sociedade exija o cumprimento de determinados pré-requisitos sócio-culturais por parte de um indivíduo que busca aceitação, constringendo este a comportar-se ou pensar de uma determinada maneira que não é sua. É muito claro que vigiar o estrito respeito à liberdade de expressão interna é uma tarefa impossível, já que isso importaria em averiguar se uma pessoa se sente livre para pensar como bem entender, no entanto, é plenamente possível observar as pressões externas quando elas ocorrem, sendo essas sim passíveis de repreensão e remédio. A expressão se inicia com o pensamento, uma espécie de atos preparatórios internos para a materialização na realidade fática daquilo que foi construído no plano das ideias, se a construção ideal já não é livre, se não se pode sequer pensar livremente, conseqüentemente também não será livre a manifestação exterior da ideia.

A liberdade externa, por sua vez, é a possibilidade de se determinar na realidade material de acordo com aquilo que se escolheu ou se cogitou no plano psicológico sem sofrer constringências ou coerções de qualquer natureza, é efetivamente a liberdade de expressar no mundo físico aquilo que se quer⁶⁹.

Ambas as liberdades importam para a plena liberdade de expressão, entendida, assim, como a liberdade de comunicar algo que se pensa ou uma informação qualquer, devendo ser entendido o termo informação na concepção já tratada quando do direito fundamental à informação, e de fazê-lo através de quaisquer meios, inclusive o eletrônico⁷⁰.

A redação do art. 5º, IX, preconiza cuidar-se de um uma liberdade negativa, por tornar a liberdade de expressão independente de censura ou de licença, o que se traduz no dever do Estado e de terceiros de remover qualquer restrição a esse direito, observados, no entanto, os

⁶⁹ Idem.

⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 535-536.

limites ao seu exercício; mas também uma exigência de prestação positiva ao conferir ao Estado o dever de vigiar essa liberdade⁷¹.

Tais limites são de diversas ordens, a começar pelo inciso IV, que veda o anonimato e a doutrina entende aplicável também ao inciso IX⁷², e, de maneira geral, o respeito aos demais direitos fundamentais quando houver um excesso por parte daquele que se expressa⁷³.

Neste ponto, cabe perguntar qual a relação entre a cultura e a liberdade de expressão. De pronto se afirma que ela pode ser tanto o conteúdo quanto o limite da liberdade de expressão. Como a liberdade de expressão se caracteriza como a possibilidade de pensar ou de comunicar algo sem constrangimentos, é natural que apresente não só como uma forma pela qual o ser humano selecione e adote os valores e elementos culturais que fazem parte de sua história e de sua identidade, mas também para que o grupo social expresse sua identidade, sua história e os requisitos para o pertencimento a ele. Quando do estudo da cultura, restou consignado que um de seus elementos é a linguagem, que, por excelência é o modo pelo qual a construção psicológica se materializa no mundo dos fatos quando o titular da liberdade de expressão codifica seu pensamento em um suporte material passível de ser decodificado por terceiros. A liberdade de expressão guarda nesse sentido uma estreita ligação com a cultura como uma garantia de livre expressão cultural, ou seja de manifestação desagrilhada dos elementos que trazem a identidade e a história de um povo e de um indivíduo⁷⁴.

Da mesma forma a cultura é um limite à liberdade de expressão⁷⁵ quando do choque entre ambos o caso concreto exija que aquele prepondere sobre este⁷⁶, considerando que ambos são direitos constitucionais igualmente válidos, cuja validade de um não é desafiada pelo outro a ponto a causar uma revogação com a aplicação de critérios como a especialidade e a temporalidade, o que aconteceria em se tratando de normas infraconstitucionais.

⁷¹ *Ibid.* p. 539-540.

⁷² *Ibid.* p. 542-543.

⁷³ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 187-193.

⁷⁴ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 99.

⁷⁵ Adverte-se que a cultura, assim como qualquer direito fundamental, não pode ser considerado um limite absoluto por mais que encerre valores e tradições de valor incalculável, um claro exemplo disso é o Recurso Extraordinário (RE) nº 153.531: **COSTUME - MANIFESTAÇÃO CULTURAL - ESTÍMULO - RAZOABILIDADE - PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA - ANIMAIS - CRUELDADE**. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância da norma do inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal, no que veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Procedimento discrepante da norma constitucional denominado "farra do boi". (RE 153531, Relator(a): Min. FRANCISCO REZEK, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 03/06/1997, DJ 13-03-1998 PP-00013 EMENT VOL-01902-02 PP-00388)

⁷⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 93-99.

2 CULTURA E TRIBUTAÇÃO

Já se tratou alhures das formas de manifestação da cultura, inclusive, de modo superficial, do suporte material de tais formas. Passada essa primeira conceituação, insta investigar um importante entrave ao acesso à cultura, o econômico. A situação do acesso ao livro ilustra bem o problema, de acordo com a UNESCO⁷⁷ o preço do livro em geral é elevado em relação à renda média das classes favorecidas, isso considerando eu o livro é imune a impostos nos termos do art. 150, VI, d, da CF, como será visto adiante.

Se o livro, que por excelência é uma forma de propagação da cultura e da informação, é inacessível à população de maneira geral, imagine-se outras formas de divulgação cultural que não possuem o mesmo tratamento constitucional, como o teatro, o cinema, e, mais recentemente, o *streaming*, cuja tributação pelo Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) começa a ser regulamentada em diversos municípios brasileiros após o advento da Lei Complementar (LC) nº 157/2016.

Não se passa despercebido o esforço legislativo no sentido de impulsionar a produção cultural no país, em especial a Lei Rouanet (Lei nº 8.313/1990), mas deve ser observado que o subsídio à produção cultural auxilia a materialização e disponibilização da produção cultural⁷⁸, todavia, não barateia de forma direta o custo do acesso ao projeto cultural por parte do consumidor final, que, seja considerado um produto ou um serviço, será onerado normalmente de acordo com a respectiva tributação aplicável à espécie.

Para procurar remediar esse cenário, o art. 27, I, do Decreto nº 5.761/2006, que regulamenta a mencionada lei, determina que os projetos submetidos para receber os subsídios da lei deverão conter formas para a democratização do acesso à produção final através, dentre outros, da redução dos preços de comercialização de obras ou ingressos de modo que se tornem mais acessíveis à população em geral. Todavia, a título exemplificativo, da publicação da Lei Rouanet até o ano de 2014, o aparelhamento dos municípios brasileiros no tocante a teatros e casas de espetáculo teve um tímido crescimento de apenas 10,4% (dez inteiros e quatro décimos

⁷⁷ UNESCO. **Acesso à cultura no Brasil**. Disponível em: <<http://www.unesco.org/new/pt/brasil/culture/culture-and-development/access-to-culture/>>. Acesso em: 13 dez. 2017.

⁷⁸ O art. 12 do Decreto nº 5.761/2006, que regulamenta a Lei Rouanet, estabelece que cada projeto, programa ou ação cultural poderá ser financiado em até 80% (oitenta por cento) de seu custo total pelo Fundo Nacional da Cultura.

por cento)⁷⁹, o que praticamente acompanhou o crescimento percentual dos grupos relacionados a espetáculos e produções teatrais, que no mesmo período foi de 8,8% (oito inteiros e oito décimos por cento)⁸⁰, sendo que nenhum desses dados condiz com o montante do valor dos incentivos captados para aplicação no setor de artes cênicas, que, no período de 1992 a 2017 recebeu R\$ 3.900.000.000,00 (três bilhões e novecentos milhões) de reais⁸¹.

Há, de fato, incentivos de ordem tributária, como o art. 18 da Lei Rouanet, mas tal benefício visa a reduzir o montante de Imposto de Renda (IR) devido pelo particular apoiador dos projetos culturais, não como forma de reduzir o valor dos tributos incidentes sobre o acesso ao consumidor final da produção cultural.

É diante desse panorama que se ocupará no presente capítulo do papel que a tributação exerce no acesso à cultura, em outras palavras, verificar-se-á se a tributação se apresenta como um fator limitador ou não do direito de acesso à cultura. Um primeiro ponto para a análise será o estudo da carga tributária incidente sobre as formas de manifestação de cultura, devendo ser feita a ressalva que tal análise se aterá apenas aos impostos, pois o paradigma que será utilizado, ou seja, a imunidade cultural tributária, impede a instituição apenas de impostos.

Em seguida, será exposto o que se entende por imunidade tributária cultural e, principalmente, qual bem jurídico essa imunidade objetiva proteger ou promover, colocando o posicionamento clássico sobre a matéria, a posição recente do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a imunidade do livro digital e os impactos que esse posicionamento pode ter nos diversos ramos da manifestação cultural.

2.1 Carga tributária como fator relevante

Se disse acima que a despeito da existência de normas e de políticas de incentivo à cultura, o acesso aos meios de manifestação cultural por parte da população em geral ainda é bastante limitado, principalmente àquela de baixo poder aquisitivo.

É de conhecimento razoavelmente difundido que o Brasil apresenta uma carga tributária bastante elevada e um sistema tributário complexo, isso aliado à falta de transparência

⁷⁹ IBGE. **Perfil dos Estados e Municípios Brasileiros**. Rio de Janeiro: IBGE, 2014. p. 18.

⁸⁰ *Ibid.* p. 22.

⁸¹ BRASIL. MINISTÉRIO DA CULTURA. **Lei Rouanet em Números**. 2017. Disponível em: <http://www.cultura.gov.br/documents/10883/1404262/Microsoft+Word+-+Lei+Rouanet+em+numeros+_2_.pdf/e3cbaa7e-25e7-4a60-b90a-6dda398b2e59>. Acesso em: 05 jan. 2018.

governamental com relação ao quanto se ganha e desse tanto o quanto se gasta e com o que se gasta⁸².

O peso da carga tributária se deve não só à existência de tributação sobre a renda e sobre a receita, mas também a tributação sobre o consumo⁸³, isso sem falar no repasse do ônus econômico aos consumidores seguintes na cadeia de consumo, os impropriamente chamados contribuinte de fato dos tributos indiretos⁸⁴.

Utilizando-se o exemplo acima do teatro, fica fácil perceber que a carga tributária se apresenta como um fator extremamente relevante no direito de acesso à cultura. As peças teatrais estão elencadas no item 12.01 da LC nº 116/2003, é, portanto, um serviço tributável para os fins da legislação do ISS, o imposto em questão varia de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento), consoante o art. 8º da mesma lei. Como o ISS é um imposto de competência municipal, a fixação efetiva das alíquotas caberá a cada municipalidade, portanto, adote-se o exemplo, o Município do Rio de Janeiro, que fixou a alíquota para as peças teatrais em 5% (cinco por cento), com exceção daquelas realizadas na zona portuária, cuja alíquota foi fixada em 2% (dois por cento), nos termos do art. 33 da Lei Municipal nº 691/1984, o que equivale a dizer que, na generalidade dos casos, as apresentações teatrais serão tributadas no Município do Rio de Janeiro na alíquota máxima permitida pela legislação pertinente.

Pode parecer que meros três pontos percentuais de diferença não causa um impacto muito grande, contudo, deve-se ver a questão sobre o aspecto da essencialidade do direito à cultura. Se disse no início do estudo que a cultura é um aspecto mais do que essencial ao desenvolvimento e manutenção da sociedade enquanto tal, sendo que no exemplo disposto, um serviço propagador de cultura está sendo tributado da mesma forma que serviços de ourivesaria, para se ter uma ideia da inversão de valores com relação à essencialidade.

Isso sem mencionar os casos em que a materialização da manifestação cultural se dá através de bens, como na hipótese da conversão de uma peça teatral ou de um espetáculo em uma mídia ótica, como um DVD ou Blu-Ray, que é tributado no Estado do Rio de Janeiro pelo Imposto Sobre de Circulação de Mercadorias e Prestação Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (IMCS) à alíquota de 18% (dezoito por cento)⁸⁵, enquanto

⁸² MACHADO, Hugo de Brito. **Carga tributária e transparência**. 2005. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bd000003.pdf>>. Acesso em: 16 dez. 2017.

⁸³ Idem. Hugo de Brito Machado traz o exemplo de um indivíduo que ganha o mínimo para que entre na última faixa de incidência do IR (27,5% - vinte e sete e meio por cento), o qual, considerando de maneira geral a tributação incidente sobre seu consumo, chegaria a sofrer uma tributação total, em tese, de 54,13% (cinquenta e quatro inteiros e treze centésimos por cento).

⁸⁴ AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 73-74.

⁸⁵ Art. 14, I, do Decreto Estadual nº 27.427/2000.

que as operações com cerveja e aguardente são tributadas mediante a aplicação da alíquota de 17% (dezesete por cento)⁸⁶, de uma certa forma o Estado do Rio de Janeiro acaba por demonstrar o quão importante é a cultura frente ao consumo de bebidas alcóolicas, uma evidente agressão ao princípio da seletividade. Isso sem mencionar o IPI incidente sobre esse suporte material, cuja alíquota vai depender da forma de produção e do tipo de beneficiamento da mídia física.

É de se ver, assim, que a carga tributária tem um impacto relevante no custo para o acesso à cultura, principalmente para aqueles com recursos financeiros mais parcos. Conforme afirmado pela UNESCO, mesmo o livro é de difícil acesso por essa parcela da população e isso sendo considerado que o livro é imune a impostos.

Inicia-se a seguir um estudo sobre essa imunidade do livro, o que será feito com uma preocupação específica em mente, a de perquirir e identificar qual o real objetivo dessa imunidade, se o de meramente baratear o custo dos livros, dos jornais ou dos periódicos, como uma espécie de benefício para fomento das respectivas indústrias, ou se a preocupação do Constituinte Originário foi a de facilitar economicamente a acesso à cultura por parte do indivíduo, com relação à consequência prática da imunidade é basicamente a mesma, independente de perseguir um ou outro fim, porém é necessário ir mais a fundo e buscar sua razão de ser.

Caso se verifique que sua finalidade é a de facilitar a cultura, abre-se uma porta interpretativa para a aplicação da imunidade tributária cultural, ao menos em tese, a qualquer forma de manifestação cultural que apresente algum custo ao seu destinatário final. Caso contrário, evidentemente que essa imunidade não se pode alargar.

2.2 Imunidade cultural

As imunidades constitucionais ao poder de tributar em geral são tratadas nos arts. 150 a 152 da Constituição da República Federativa do Brasil, apesar de parte da doutrina⁸⁷ considerar que a matéria está espalhada por considerável parte do Texto Constitucional e não restrita apenas àqueles dispositivos.

⁸⁶ Art. 14, XVII e XXII, do Decreto Estadual nº 27.427/2000, respectivamente.

⁸⁷ AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 117.

O art. 150 tem início tratando dos princípios constitucionais tributários: legalidade (inciso I), isonomia (inciso II), irretroatividade (inciso III, "a"), anterioridade (inciso III, "b" e "c"), não-confisco (inciso IV) e princípio da liberdade de tráfego (inciso V), tratando das imunidades constitucionais em seu inciso VI, no qual está contida a já mencionada imunidade cultural, em sua alínea "d".

Ricardo Lobo Torres⁸⁸, assim como Luciano Amaro⁸⁹, reconhece que as imunidades não são tema exclusivo do art. 150 da CF, afirmando aquele autor que há imunidades não declaradas expressamente na constituição. Ademais, observa que "[...] o art. 150, sede constitucional das imunidades, é o contraponto fiscal do art. 5º, que declara os direitos da liberdade"⁹⁰, deixando claro que as imunidades guardam relação íntima com os direitos fundamentais, entendimento esse que já foi desde longa data esposado pelo STF no julgamento da ADIn nº 9.397 ao reconhecer que as imunidades tributárias são direitos fundamentais irreversíveis, blindados como cláusulas pétreas⁹¹, o que pode justificar seu reconhecimento como direitos fundamentais também, por força da aplicação do art. 5º, § 2º, da CF, tema que será retomado com maior propriedade após o estudo da imunidade em testilha.

Ao que tudo indica, às imunidades foi conferido tratamento constitucional propositadamente. De uma maneira geral, as imunidades protegem valores caros à Constituição, como o pacto federativo e os direitos fundamentais, preferindo o Poder Constituinte Originário deixar o tema salvaguardado da mudança de ventos políticos e sociais que influenciam o legislador infraconstitucional, que tem a competência para estabelecer isenções e zerar alíquotas⁹². Eis mais uma diferença entre as imunidades e as isenções, a importância do valor protegido, que sempre remetem a um direito ou um princípio fundamental⁹³.

Conforme já exposto, a imunidade se caracteriza como uma situação em que o legislador infraconstitucional não detém competência para estabelecer tributos quando incidente uma regra imunizante. Conforme expõe Afonso da Silva⁹⁴, ao comentar o art. 150, VI, da CF:

As imunidades fiscais, instituídas por razões de privilégio ou considerações de interesse geral (neutralidade religiosa, econômicas, sociais ou políticas), excluem a atuação do poder de tributar. Nas hipóteses imunes de tributação incoorre fato gerador da obrigação tributária.

⁸⁸ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. 3 v. p. 215-216.

⁸⁹ AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 117.

⁹⁰ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. 3 v. p. 216.

⁹¹ BALEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 26-28.

⁹² *Ibid.* p. 32.

⁹³ *Ibid.* p. 31.

⁹⁴ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 6º Ed. São Paulo: Malheiros. p. 656.

A simples leitura do dispositivo constitucional que trata da matéria deixa claro que a imunidade em questão se aplica apenas aos impostos, já que o art. 15, IV, da CF veda à União, Estados, Distrito Federal e Municípios “instituir impostos [...]”. Ademais, o texto da Constituição deixa evidente também, que é vedada a própria instituição de imposto nas situações ali elencadas, o que significa dizer que os entes federativos não poderão exercer sua competência tributária com relação àquelas matérias, confirmando o que já foi exaustivamente exposto quanto à supressão da competência tributária, especificamente, com relação à alínea “d” do dispositivo em comento, resta consignado que os livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão não poderão ser onerados pelos impostos, apenas para explicitar de forma literal o comando constitucional, sendo certo que a imunidade tributária cultural é da espécie objetiva, ou seja, recai apenas sobre os itens constantes na norma constitucional, não imunizando a pessoa (física ou jurídica) do editor, do vendedor de livros ou do autor⁹⁵.

Nesses termos, pode-se dizer que a imunidade cultural advém de norma constitucional, possuindo a rigidez que lhe é peculiar; está fora da esfera de tributabilidade do legislador infraconstitucional e por isso impede a cobrança do imposto, pois o que não pode ser criado não pode ser cobrado; e protege um valor que é constitucionalmente reconhecido como relevante⁹⁶. Assim, passa-se ao estudo mais detido dessa regra imunizante e sua interpretação.

Antes de tratar da posição doutrinária a respeito do tema, é salutar expor de forma sucinta o contexto histórico que concebeu essa norma imunizante, pois pode auxiliar na interpretação histórica e conduzir o trabalho interpretativo para revelar o verdadeiro sentido na norma.

A imunidade tributária cultural teve seu nascedouro no art. 31, V, C da CF de 1946, o qual proibia à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios lançar⁹⁷ impostos sobre

⁹⁵ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional**, financeiro e tributário. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. 3 v. p. 320.

⁹⁶ Ricardo Lobo Torres (*Ibid.* p. 297) reconhece que as imunidades em geral guardam relação com os direitos fundamentais, conforme já visto, porém, especificamente com relação à imunidade tributária cultural, entende não ser ela vinculada aos direitos fundamentais, nem constitui garantia à liberdade de expressão. O entendimento será retomado quando for tratada a posição clássica a respeito do instituto.

⁹⁷ O dispositivo constitucional que originou a imunidade fala em lançamento, que é fase bem posterior àquela tratada pela imunidade. A imunidade impede que o ente federativo exerça sua competência tributária e institua impostos para onerar, no presente caso, livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão. Para se falar em lançamento, o fato gerador tem que ter ocorrido na realidade fática e, para que ele tenha ocorrido e gere a obrigação de pagar o tributo, deve haver uma lei de instituição do tributo na qual seja definido sua hipótese de incidência, sujeito ativo, sujeito passivo, alíquota, base de cálculo, etc., ou seja quando o ente federativo já exerceu sua competência tributária. Não obstante essa diferença, até a conclusão desta pesquisa não se encontrou qualquer material que esclarecesse se tratar de efetivo lançamento, pelo contrário, as opiniões encontradas tratam como imunidade a despeito da adoção do termo “lançar”.

o “papel destinado exclusivamente à impressão de jornais, periódicos e livros”. O período histórico era o imediatamente posterior ao Estado novo, que perdurou de 1637 a 1945, cuja constituição (1937) tinha fortes características centralizadoras do poder, isso aliado à necessidade de sufocar as vozes contrárias ao regime, levou à criação do Departamento de Imprensa e Propaganda (DIP), órgão que seria responsável pela propaganda governamental e censura à imprensa⁹⁸, uma das formas de censurar era sobreonerar a tributação sobre o papel utilizado pela imprensa e controlar de perto a concessão de isenção sobre os tributos incidentes na importação desse insumo, concedendo isenção de forma seletiva aqueles que atendessem aos interesses estatais, o que impossibilitava a atividade de quem não fosse isento, pois a matéria prima se tornava cara e o similar nacional era de baixa qualidade para esse fim⁹⁹. Com esse expediente, o Estado Novo encarecia artificialmente as publicações que não queria que chegassem ao público, impedindo a circulação das ideias que propagavam.

Com a redemocratização do país, na CF de 1946, para impedir essa censura manobrada, o Poder Constituinte Originário decidiu por bem inserir uma imunidade tributária ao papel utilizado na imprensa, pugnando o então Deputado Federal Jorge Amado, com uma argumentação calcada no aspecto cultural,¹⁰⁰ que a regra deveria abarcar também o papel destinado à impressão de livros, com o fim de baratear o custo de produção desses bens e facilitar a difusão da cultura¹⁰¹, excluindo-se o papel destinado a outros fins¹⁰². A norma final protegia apenas o papel, ficando o produto acabado ao sabor das isenções concedidas pelos governos estaduais¹⁰³.

A CF de 1967 ampliou o escopo protetivo da imunidade abarcando também os livros, jornais e periódicos em si, além do papel destinado à sua impressão, permanecendo a redação mais ou menos constante até se chegar à feição que hoje tem no art. 150, VI, d da CF¹⁰⁴.

A retrospectiva histórica, embora breve, traz valiosas contribuições para a elucidação do verdadeiro escopo protetivo da norma. A imunidade cultural nasceu para pôr fim à prática da censura indireta levada a efeito pela manipulação aduaneira do papel, prática essa que impedia a livre manifestação do pensamento, que, na realidade era o seu fim precípuo, o de impedir a propagação de ideias contrárias, além de, por via de consequência, impedir que a

⁹⁸ Voto do Ministro Dias Toffoli no RE nº 330.817.

⁹⁹ Idem.

¹⁰⁰ BALEEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 577.

¹⁰¹ Voto do Ministro Dias Toffoli no RE nº 330.817.

¹⁰² BALEEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 578.

¹⁰³ Voto do Ministro Dias Toffoli no RE nº 330.817.

¹⁰⁴ Idem.

sociedade tomasse conhecimento de ideias contrária ao governo da época, vulnerando não só a liberdade de expressão, mas também a liberdade de informação, que, conforme já visto, são as diretos fundamentais fortemente influenciados por questões culturais.

2.2.1 Posição clássica

A doutrina concorda tratar-se de uma imunidade objetiva e somente a impostos¹⁰⁵, incluindo em seu escopo de proteção apenas livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão, excluindo-se de seu escopo os impostos pessoais sobre os serviços, renda e pessoas dos envolvidos no mercado literário ou editorial¹⁰⁶. Impede-se a instituição, portanto, do ICMS, IPI, II e IE, apenas.

Jurisprudencialmente foi reconhecida a imunidade ao ISS da publicidade paga veiculada em livros, jornais e periódicos, pois se entendeu que ao permitir a cobrança do ISS no caso, o produto final seria onerado, transferindo, assim o custo tributário para o consumidor final, que seria prejudicado em seu acesso à cultura ou à informação pelo simples fato de haver publicidade veiculada no material adquirido¹⁰⁷. Esse entendimento é rechaçado por Ricardo Lobo Torres, que entende estar o ISS fora da atividade editorial¹⁰⁸.

Há posição do STF no sentido de que o aspecto cultural é essencial, assim, não se encontram acobertados pela norma constitucional publicações com finalidade publicitária¹⁰⁹, esse entendimento deve ser explicado e harmonizado, de modo que não pareça contraditório com o cima disposto, como de fato não o é. No RE nº 199.183 foi reconhecida a imunidade de litas telefônicas mesmo que nestas estivesse incluída publicidade com finalidade comercial, com o objetivo de não se transferir o custo tributário dessa publicidade aos consumidores e

¹⁰⁵ *Ibid.* p. 319.

¹⁰⁶ BALEEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 579-580.

¹⁰⁷ *Ibid.* p. 581.

¹⁰⁸ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. 3 v. p 320.

¹⁰⁹ EMENTA: TRIBUTÁRIO. ENCARTES DE PROPAGANDA DISTRIBUÍDOS COM JORNAIS E PERIÓDICOS. ISS. ART. 150, VI, d, DA CONSTITUIÇÃO. Veículo publicitário que, em face de sua natureza propagandística, de exclusiva índole comercial, não pode ser considerado como destinado à cultura e à educação, razão pela qual não está abrangido pela imunidade de impostos prevista no dispositivo constitucional sob referência, a qual, ademais, não se estenderia, de qualquer forma, às empresas por eles responsáveis, no que concerne à renda bruta auferida pelo serviço prestado e ao lucro líquido obtido. Recurso não conhecido. (RE 213094, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 22/06/1999, DJ 15-10-1999 PP-00023 EMENT VOL-01967-03 PP-00446 RTJ VOL-00171-01 PP-00336)

facilitar a divulgação das informações constantes das listas. Noutro giro, o julgado acima colacionado cuida especificamente das publicações de cunho comercial, como é o caso dos encartes propagandísticos incluídos nos jornais, mas fisicamente dissociáveis destes, como poderia ser, também o caso de catálogos de encomendas. Da síntese extrai-se, portanto, que a finalidade da publicação que ditará se o instrumento material é ou não imune, sendo a finalidade educacional, cultural ou informativa, é forçoso reconhecer que haverá imunidade, mas apenas desses casos.

Que a imunidade em questão impede o exercício da competência tributária apenas com relação aos impostos é explícito em sua redação e já se ressaltou alhures, contudo, é válida a ressalva.

Com relação ao escopo de proteção da imunidade, o STF já reconheceu, por diversas vezes, que a norma protege o acesso à cultura em geral, sendo vedada a aferição da qualidade do material cultural, já que a Constituição Federal não procurou estabelecer tal limitação. Nesse sentido, o Pretório Excelso conferiu imunidade cultural a álbuns de figurinhas e seus cromos¹¹⁰, assim, qualquer discussão acerca do conteúdo do livro, jornal ou periódico é indiferente para sua caracterização como objeto da imunidade tributária cultural. Da mesma forma, fixou o STF que os materiais relacionados com o papel destinados à confecção de livros, jornais e periódicos, tais como o material assimilável ao papel utilizado na confecção de capas de livro do tipo brochura¹¹¹, papel fotográfico (inclusive para fotocomposição a laser), filmes

¹¹⁰ CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE. ART. 150, VI, "D" DA CF/88. "ÁLBUM DE FIGURINHAS". ADMISSIBILIDADE. 1. A imunidade tributária sobre livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão tem por escopo evitar embaraços ao exercício da liberdade de expressão intelectual, artística, científica e de comunicação, bem como facilitar o acesso da população à cultura, à informação e à educação. 2. O Constituinte, ao instituir esta benesse, não fez ressalvas quanto ao valor artístico ou didático, à relevância das informações divulgadas ou à qualidade cultural de uma publicação. 3. Não cabe ao aplicador da norma constitucional em tela afastar este benefício fiscal instituído para proteger direito tão importante ao exercício da democracia, por força de um juízo subjetivo acerca da qualidade cultural ou do valor pedagógico de uma publicação destinada ao público infanto-juvenil. 4. Recurso extraordinário conhecido e provido. (RE 221239, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 25/05/2004, DJ 06-08-2004 PP-00061 EMENT VOL-02158-03 PP-00597 RTJ VOL-00193-01 PP-00406)

EMENTA Álbum de figurinha. Imunidade tributária. art. 150, VI, "d", da Constituição Federal. Precedentes da Suprema Corte. 1. Os álbuns de figurinhas e os respectivos cromos adesivos estão alcançados pela imunidade tributária prevista no artigo 150, VI, "d", da Constituição Federal. 2. Recurso extraordinário desprovido. (RE 179893, Relator(a): Min. MENEZES DIREITO, Primeira Turma, julgado em 15/04/2008, DJe-097 DIVULG 29-05-2008 PUBLIC 30-05-2008 EMENT VOL-02321-02 PP-00256 RTJ VOL-00206-01 PP-00392 LEXSTF v. 30, n. 359, 2008, p. 205-209)

¹¹¹ EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. PAPEL: FILMES DESTINADOS À PRODUÇÃO DE CAPAS DE LIVROS. C.F., art. 150, VI, d. I. - Material assimilável a papel, utilizado no processo de impressão de livros e que se integra no produto final - capas de livros sem capa-dura - está abrangido pela imunidade do art. 150, VI, d. Interpretação dos precedentes do Supremo Tribunal Federal, pelo seu Plenário, nos RREE 174.476/SP, 190.761/SP, Ministro Francisco Rezek, e 203.859/SP e 204.234/RS, Ministro Maurício Corrêa. II. - R.E. conhecido e improvido.

fotográficos (sensibilizados, não impressionados, para imagens monocromáticas) e papel para telefoto estão abrangidos na imunidade, não restando protegida a tinta utilizada na impressão de livros, jornais e periódicos¹¹². A imunidade foi estendida às apostilas¹¹³, entendidas como veículos de transmissão de cultura simplificada, devendo ser anotado que esse entendimento incidentalmente reconhece a imunidade como tendo em seu escopo protetivo o aspecto cultural. De maneira abrangente, o STF reconheceu que a imunidade cultural inclui o maquinário e insumos destinados à produção de livros, jornais e periódicos, afirmando que a referência ao papel no dispositivo constitucional é exemplificativa e não exaustiva¹¹⁴, porém sedimentou que tal interpretação exemplificativa se limita apenas aos materiais assimiláveis ao papel¹¹⁵.

Há precedentes do STF (RE nº 199.183 e RE nº 101.441) no sentido de reconhecer a imunidade dos serviços prestados com o fim de produzir o livro, jornal ou periódico, tais como a redação, edição e revisão das obras, entendendo que a norma constitucional deve ser interpretada de forma ampla de modo a evidenciar os princípios promovidos pela norma¹¹⁶, no

(RE 392221, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 18/05/2004, DJ 11-06-2004 PP-00016 EMENT VOL-02155-03 PP-00421)

¹¹² EMENTA: ICMS. Tinta para impressão de livros, jornais, revistas e periódicos. Não ocorrência de imunidade tributária. - Esta Corte já firmou o entendimento (a título exemplificativo, nos RREE 190.761, 174.476, 203.859, 204.234, 178.863 e 267.690) de que apenas os materiais relacionados com o papel - assim, papel fotográfico, inclusive para fotocomposição por laser, filmes fotográficos, sensibilizados, não impressionados, para imagens monocromáticas e papel para telefoto - estão abrangidos pela imunidade tributária prevista no artigo 150, VI, "d", da Constituição. - No caso, trata-se de tinta para impressão de livros, jornais, revistas e periódicos, razão por que o acórdão recorrido, por ter esse insumo como abrangido pela referida imunidade, e, portanto, imune ao ICMS, divergiu da jurisprudência desta Corte. Recurso extraordinário conhecido e provido.

(RE 265025, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, julgado em 12/06/2001, DJ 21-09-2001 PP-00054 EMENT VOL-02044-02 PP-00445)

¹¹³ IMUNIDADE - IMPOSTOS - LIVROS, JORNAIS, PERIÓDICOS E PAPEL DESTINADO À IMPRESSÃO - APOSTILAS. O preceito da alínea "d" do inciso VI do artigo 150 da Carta da República alcança as chamadas apostilas, veículo de transmissão de cultura simplificado.

(RE 183403, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 07/11/2000, DJ 04-05-2001 PP-00035 EMENT VOL-02029-04 PP-00856)

¹¹⁴ CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Extraia-se da Constituição Federal, em interpretação teleológica e integrativa, a maior concretude possível. IMUNIDADE – “LIVROS, JORNAIS, PERIÓDICOS E O PAPEL DESTINADO A SUA IMPRESSÃO” – ARTIGO 150, INCISO VI, ALÍNEA “D”, DA CARTA DA REPÚBLICA – INTELIGÊNCIA. A imunidade tributária relativa a livros, jornais e periódicos é ampla, total, apanhando produto, maquinário e insumos. A referência, no preceito, a papel é exemplificativa e não exaustiva.

(RE 202149, Relator(a): Min. MENEZES DIREITO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 26/04/2011, DJe-195 DIVULG 10-10-2011 PUBLIC 11-10-2011 EMENT VOL-02605-01 PP-00101 RTJ VOL-00220-01 PP-00510 RDDT n. 198, 2012, p. 194-199)

¹¹⁵ EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS - ICMS. CREDITAMENTO. INSUMOS UTILIZADOS NA CONFECÇÃO DE JORNAIS, LIVROS E PERIÓDICOS. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. Em se tratando de insumos destinados à impressão de livros, jornais e periódicos, a imunidade tributária abrange, exclusivamente, materiais assimiláveis ao papel. 2. Impossibilidade do reexame de provas: incidência da Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal.

(RE 372645 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 20/10/2009, DJe-213 DIVULG 12-11-2009 PUBLIC 13-11-2009 EMENT VOL-02382-03 PP-00461 LEXSTF v. 31, n. 372, 2009, p. 187-191)

¹¹⁶ BALEEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 582.

entanto, há que se considerar que precedentes mais modernos decidiram que outros serviços, tais como de distribuição de livros, jornais e periódicos¹¹⁷, serviços de composição gráfica e impressão prestados por terceiros¹¹⁸, não estão abarcados no preceito imunizante. Evidencia-se que a jurisprudência visou imunizar apenas os serviços essenciais à produção do livro, jornal ou periódico e à materialização das ideias, informações, e cultura que procuram veicular, sendo certo que a composição gráfica não é essencial à confecção do livro ou à propagação do que nele se prega. A pesquisa não revelou nenhum julgado mais recente do STF que discorresse do mesmo tema, preferindo se adotar neste trabalho o entendimento no sentido de que a jurisprudência constitucional terminou por não reconhecer em tempos mais recentes a imunidade com relação aos serviços. Isso vai ao encontro do entendimento clássico com relação à imunidade, que reconhecia sua aplicação apenas aos itens dispostos no art. 150, VI, d, da CF.

Também não se reconhecia a imunidade tributária cultural do livro digital. Ricardo Lobo Torres afirmava sem muito espaço para debate que o livro eletrônico não se tratava exatamente de livro, mas de “um hipertexto que – lógica, operacional e finalisticamente – difere do texto do livro impresso em papel”¹¹⁹, justificando que o livro eletrônico “é produto de consumo conspícuo, que não fica ao sabor do intervencionismo estatal”¹²⁰. A jurisprudência do STF acompanhava o entendimento, negando a extensão da imunidade ao livro eletrônico e mídias digitais que lhe servem de suporte material¹²¹. A posição se coaduna com o breve relato de

¹¹⁷ Ementa: TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ART. 150, VI, d, DA CF. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. SERVIÇOS DE DISTRIBUIÇÃO DE LIVROS, JORNAIS E PERIÓDICOS. ABRANGÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. REVOGAÇÃO DE LEI MUNICIPAL POR DECRETO. ANÁLISE. ÓBICE DA SÚMULA 280/STF. 1. O Supremo Tribunal Federal possui jurisprudência firmada de que os serviços de distribuição de livros, jornais e periódicos não são abrangidos pela imunidade tributária estabelecida pelo art. 150, VI, d, da Constituição Federal (RE 630462 AgR, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, DJe de 07-03-2012; RE 530121 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, DJe de 29-03-2011). 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 568454 AgR, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 11/06/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-148 DIVULG 31-07-2013 PUBLIC 01-08-2013)

¹¹⁸ Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE. LIVRO, JORNAL, PERIÓDICO E O PAPEL DESTINADO À RESPECTIVA IMPRESSÃO. PRETENDIDA EXTENSÃO AOS SERVIÇOS DE COMPOSIÇÃO GRÁFICA E DE IMPRESSÃO POSTOS À DISPOSIÇÃO DO MERCADO CONSUMIDOR. IMPOSSIBILIDADE. ART. 150, VI, D DA CONSTITUIÇÃO. A imunidade tributária prevista no art. 150, VI, d da Constituição não alcança os serviços de composição gráfica ou de impressão onerosos, oferecidos a terceiros interessados. Segundo o quadro fático-jurídico definido nos autos, o material produzido pela agravante é inassimilável aos conceitos constitucionais-tributários de jornal, livro e periódico, porquanto mais se aproximam de material promocional ou de propaganda. Agravo regimental ao qual se nega provimento. (AI 723018 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 06/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-057 DIVULG 19-03-2012 PUBLIC 20-03-2012 RDDT n. 200, 2012, p. 155-158)

¹¹⁹ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. 3 v. p 319.

¹²⁰ Idem.

¹²¹ DECISÃO: Debate-se no presente recurso extraordinário a imunidade dos impostos incidentes sob a importação de CD-ROMs que acompanham livros técnicos de informática. 2. O Tribunal de origem entendeu que: "EMENTA: CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE. CD - ROM. Livros impressos em papel, ou em CD - ROM, são alcançados pela imunidade da alínea "d" do inciso VI do art. 150 da Constituição Federal. A Portaria

Ricardo Alexandre¹²² acerca da discussão da Assembleia Nacional Constituinte sobre o escopo do art. 150, IV, d, da CF:

Quando da elaboração da Constituição Federal de 1988, a Assembleia Nacional Constituinte teve a oportunidade de apreciar projeto que estendia a imunidade a outros meios de difusão de cultura, e expressamente optou por rejeitar tal redação, o que demonstra não ter sido a falta de conhecimento, mas sim o desejo de imunizar apenas o meio papel, que resultou na redação final dada ao dispositivo constitucional em discussão.

Ato contínuo, será analisado qual o conceito de livro, considerando-se a legislação pertinente, a interpretação jurisprudencial quando cabível e a doutrinária, de forma a desvendar qual foi verdadeiramente o item que a constituição federal buscou salvaguardar dos impostos.

2.2.2 Conceito de livro

O conceito de livro é um daqueles conceitos que parece óbvio e sua especificação desnecessária. Com efeito, ao se pensar em livro, imediatamente vem à mente a imagem de um conjunto de folhas encadernadas em uma capa a qual geralmente traz o título da obra, é uma invocação quase automática da mente humana, uma interpretação mental da palavra ouvida ou lida. Ainda assim, explicar de forma detalhada o que é livro, inclusive para fins legais, pode conjurar uma luz bastante reveladora sobre a profundidade sombria do que o art. 150, VI, d, da CF entende como livro¹²³, aliando ao aspecto histórico uma certa dose de interpretação gramatical.

MF 181/89 - na qual se pretende amparado o ato impugnado - não determina a incidência de imposto de importação e IPI sobre disquetes, CD - ROM, nos quais tenha sido impresso livros, jornais ou periódicos. Remessa necessária improvida." 3. A imunidade prevista no artigo 150, VI, "d", da Constituição está restrita apenas ao papel ou aos materiais a ele assemelhados, que se destinem à impressão de livros, jornais e periódicos. Neste sentido o AI n. 220.503, Relator o Ministro Cezar Peluso, DJ de 08.10.04; o RE n. 238.570, Relator o Ministro Néri da Silveira, DJ de 22.10.99; o RE n. 207.462, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJ de 19.12.97; o RE n. 212.297, Relator o Ministro Ilmar Galvão, DJ de 27.02.98; o RE n. 203.706, Relator o Ministro Moreira Alves, DJ de 06.03.98; e o RE n. 203.859, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJ de 24.08.01. Dou provimento ao recurso com fundamento no disposto no artigo 557, § 1º-A, do CPC. Publique-se. Brasília, 23 de maio de 2006. Ministro Eros Grau - Relator - (RE 282387, Relator(a): Min. EROS GRAU, julgado em 23/05/2006, publicado em DJ 08/06/2006 PP-00064)

¹²² ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário esquematizado**. 5. ed. São Paulo. Método. 2011. p. 201.

¹²³ O art. 150, VI, d, da CF não subordina o conceito de livro à forma da lei ou aos termos da lei, caso contrário, de acordo com a classificação proposta por José Afonso da Silva (SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 81-86) estar-se-ia tratando de uma norma constitucional de eficácia contida ou limitada, isso aliado ao fato de que a constituição já estabelece as regras que regerão o exercício da competência tributária (confira-se AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 81-82), de forma que se pode extrair com precisão do próprio texto constitucional quando um ente federativo poderá ou não poderá exercer sua competência em um determinado caso específico sem a necessidade de se consultar qualquer norma infraconstitucional que melhor especifique a matéria, entende-se que o dispositivo instituidor da imunidade tributária cultural é de eficácia plena. Entretanto, havendo necessidade de melhor perscrutar o significado do termo "livro", em que pese se estar discorrendo sobre uma

Diferentemente do conceito de cultura, há uma definição legal mais ou menos precisa do que se entende por livro. O art. 2º da Lei nº 10.753/2003, que estabelece a Política Nacional do Livro, define livro para os efeitos da lei como “textos escritos em fichas ou folhas, não periódica, grampeada, colada ou costurada, em volume cartonado, encadernado ou em brochura, em capas avulsas, em qualquer formato e acabamento.”, enquanto os incisos I a VIII enumera os itens que são equiparados a livro, nomeadamente os fascículos, publicações de qualquer natureza que representem parte de livro (inciso I); materiais avulsos relacionados com o livro, impressos em papel ou em material similar (inciso II); roteiros de leitura para controle e estudo de literatura ou de obras didáticas (inciso III); álbuns para colorir, pintar, recortar ou armar (inciso IV); atlas geográficos, históricos, anatômicos, mapas e cartogramas (inciso V); textos derivados de livro ou originais, produzidos por editores, mediante contrato de edição celebrado com o autor, com a utilização de qualquer suporte (inciso VI); livros em meio digital, magnético e ótico, para uso exclusivo de pessoas com deficiência visual (inciso VII); e livros impressos no Sistema Braille (inciso VIII).

É digno de nota que tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei (PL) nº 4.534/2012, originado do Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 114/2010, que altera o art. 2º da Lei nº 10.753/2003 para fazer constar expressamente em seu *caput* o livro digital, conferindo-lhe o mesmo tratamento legal dispensado ao livro físico.

Muito embora a lei em comento esteja vigendo por um considerável período de tempo, e seja razoavelmente clara em sua definição, a doutrina que trata da imunidade tributária cultural se debruçou longamente sobre o que se entende por livro para fins da imunidade.

Aliomar Baleeiro conceitua o livro como o veículo através do qual são comunicadas ideias, conhecimentos e informações e pelo qual o pensamento se expressa, com o interesse social de incrementar o nível intelectual, técnico, moral, político e humano, propiciando o livre debate e ampla informação acerca de todas as matérias adstritas às atividades da sociedade como um todo; sendo impresso ou gravados, por quaisquer meios tecnológicos, em caracteres alfabéticos, imagens ou Braille, assinalando, ainda, que “[...] o papel e o formado convencional não bastam para caracterizar o livro [...]”, pois é primordial o fim específico já exposto pelo autor de difusão de ideias, conhecimentos, informações e narrações, razão pela qual as

norma constitucional de eficácia plena, é válido o recurso à conceituação legal, pois a fixação do conceito no texto constitucional engessaria sua atualização, principalmente se considerado que a atualização do conceito legal de livro trazido em 2003 pela Lei nº 10.753/2003 teve início no ano de 2010 com o PLS nº 114/2010, e até a presente data o projeto de lei ainda não teve sua discussão parlamentar concluída, devendo ser levado em consideração que cuida-se de uma alteração de lei ordinária, imagine-se, então o tempo que levaria para uma alteração do conceito de livro, se a constituição o definisse, pela via da emenda constitucional, que possui um processo legislativo mais qualificado e, logicamente, mais difícil.

publicações, ainda que formalmente um livro, que possuam cunho meramente comercial não são protegidas da tributação pela imunidade, como no caso dos catálogos de mercadorias, que são um conjunto de folhas encadernadas em uma capa¹²⁴. Deve ser observado que a conceituação foi erigida em comentário ao art. 19, III, d, da Emenda Constitucional nº 1/1969, já no remoto final da década de 1960 o autor praticamente antevia a possibilidade de atualização do conceito ao estabelecer como preponderante a finalidade da obra e não sua forma de apresentação.

Em posição mais moderna, Ricardo Lobo Torres entende que livro “[...] é o resultado da impressão, em papel, de idéias, doutrinas ou informações com finalidade cultural [...], excluindo expressamente desse conceito o rádio, a televisão, o cinema e quaisquer outros meios que não tenham vínculo com o papel, por fim, define duas características essenciais ao conceito de livro: é essencial a finalidade cultural e é igualmente imune o objeto que não é livro, mas que se integre idealmente ao seu *corpus mechanicum*¹²⁵.

Por sua vez, Leandro Paulsen, de forma bastante sucinta destaca com relação ao livro, jornal e periódico que¹²⁶:

A referência ao papel teve por finalidade ampliar o âmbito da imunidade, de modo que envolva o que é normalmente o seu maior insumo. Não há que se entender tal referência como excludente dos livros, jornais e periódicos em meio magnético ou eletrônico. Impõe-se que se considerem os direitos fundamentais a que a Constituição visa proteger com a norma em questão. Vem sendo reconhecida a imunidade de livros em CD-ROM., o mesmo devendo acontecer com os livros e as revistas eletrônicas acessíveis pela internet: *e-books*.

A jurisprudência era restritiva no que diz respeito à ampliação do conceito de livro às publicações eletrônicas¹²⁷, entendendo que apenas aquelas publicações com suporte material

¹²⁴ BALEEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 598.

¹²⁵ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. 3 v. p 308-309.

¹²⁶ PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 118.

¹²⁷ DECISÃO: Debate-se no presente recurso extraordinário a imunidade dos impostos incidentes sob a importação de CD-ROMs que acompanham livros técnicos de informática. 2. O Tribunal de origem entendeu que: "EMENTA: CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE. CD - ROM. Livros impressos em papel, ou em CD - ROM, são alcançados pela imunidade da alínea "d" do inciso VI do art. 150 da Constituição Federal. A Portaria MF 181/89 - na qual se pretende amparado o ato impugnado - não determina a incidência de imposto de importação e IPI sobre disquetes, CD - ROM, nos quais tenha sido impresso livros, jornais ou periódicos. Remessa necessária improvida." 3. A imunidade prevista no artigo 150, VI, "d", da Constituição está restrita apenas ao papel ou aos materiais a ele assemelhados, que se destinem à impressão de livros, jornais e periódicos. Neste sentido o AI n. 220.503, Relator o Ministro Cezar Peluso, DJ de 08.10.04; o RE n. 238.570, Relator o Ministro Néri da Silveira, DJ de 22.10.99; o RE n. 207.462, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJ de 19.12.97; o RE n. 212.297, Relator o Ministro Ilmar Galvão, DJ de 27.02.98; o RE n. 203.706, Relator o Ministro Moreira Alves, DJ de 06.03.98; e o RE n. 203.859, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJ de 24.08.01. Dou provimento ao recurso com fundamento no disposto no artigo 557, § 1º-A, do CPC. Publique-se. Brasília, 23 de maio de 2006. Ministro Eros Grau - Relator - (RE 282387, Relator(a): Min. EROS GRAU, julgado em 23/05/2006, publicado em DJ 08/06/2006 PP-00064)

em papel seriam imunes. A posição, contudo, não encontrava coró nas demais cortes pátrias, havendo entendimento dos Tribunais Regionais Federais que incluía no art. 150, VI, d, da CF a tutela dos livros e demais publicações em meio digital.

Um interessante precedente foi proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, nos autos da apelação cível nº 5014246-64.2010.404.7000/PR, da Relatoria da Desembargadora Federal Luciane Amaral Corrêa Münch, da Segunda Turma¹²⁸, que entendeu pela imunidade tributária cultural do *Kindle*¹²⁹.

Como se vê, a definição do que exatamente se entende por livro para fins de aplicação da imunidade era assunto tormentoso tanto na doutrina, quanto na jurisprudência. Essa divergência foi recentemente sedimentada pelo STF no julgamento dos Res nº 330.817 e 595.676, consoante será melhor exposto no ponto seguinte.

2.2.3 Posição moderna do STF

Em março de 2017 o STF decidiu o mérito da questão afeta à imunidade de livros jornais e periódicos eletrônicos nos autos do RE nº 330.817, entendendo que os aparelhos destinados à leitura de livros, jornais e periódicos eletrônicos, os próprios livros, jornais e periódicos eletrônicos na modalidade escrita e em áudio, assim como o suporte físico que os veicula são abarcados pela imunidade cultural.

A ementa do RE nº 330.817 é bem clara ao preconizar em seu ponto 1 que:

¹²⁸ Controverte-se acerca da extensão da imunidade do art. 150, VI, d da Constituição sobre os livros digitais 'Kindle'.

A parte impetrante referiu na inicial que 'pretende importar, dos Estados Unidos, o aparelho denominado comercialmente de 'Kindle', produzido pela empresa norte americana Amazon.com', buscando com a presente demanda desobrigar-se do "pagamento de quaisquer tributos aduaneiros, em razão da imunidade tributária".

[...]

O Supremo Tribunal Federal, em que pese ter entendimento restritivo quanto à concessão da imunidade tributária no tocante a 'livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão', vem autorizando a extensão deste benefício tributário aos 'materiais que se mostrem assimiláveis ao papel, abrangendo, em consequência, para esse efeito, os filmes e papéis fotográficos' (RE 495385 AgR, Relator Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 29/09/2009, DJe-200 DIVULG 22-10-2009 PUBLIC 23-10-2009).

[...]

Portanto, considerando que o leitor de livros digitais em questão, denominado Kindle, tem a função específica de, com vênia da redundância, permitir a leitura dos livros digitais, reconheço que este equipamento equipara-se a 'materiais assimiláveis' ao papel, para o fim da concessão da imunidade tributária (CF/88, 150, VI, d), a teor da jurisprudência do STF.

¹²⁹ Aparelho semelhante a um computador de mão utilizado para a leitura de livros digitais, especialmente útil para usuários com deficiências visuais, na medida em que permite a ampliação das páginas, dentre outros recursos.

A teleologia da imunidade contida no art. 150, VI, d, da Constituição, aponta para a proteção de valores, princípios e ideias de elevada importância, tais como a liberdade de expressão, voltada à democratização e à difusão da cultura; a formação cultural do povo indene de manipulações; a neutralidade, de modo a não fazer distinção entre grupos economicamente fortes e fracos, entre grupos políticos etc; a liberdade de informar e de ser informado; o barateamento do custo de produção dos livros, jornais e periódicos, de modo a facilitar e estimular a divulgação de ideias, conhecimentos e informações etc. Ao se invocar a interpretação finalística, se o livro não constituir veículo de ideias, de transmissão de pensamentos, ainda que formalmente possa ser considerado como tal, será descabida a aplicação da imunidade.

Nesse ponto, o acórdão confirma o que já se disse anteriormente a respeito do âmbito de proteção da norma imunizante, entendendo o julgado que o objetivo da imunidade cultural é exatamente o de propagar e facilitar o acesso à cultura de forma independente e livre de manipulações em virtude de poder econômico ou ideologias, deixando evidente o vínculo entre a imunidade em comento e a liberdade de expressão. Por óbvio, o aspecto econômico da imunidade, consubstanciado no barateamento de livros jornais e periódicos, é um fator importante, contudo, esse fator se revela um condutor da cultura e não um fim em si mesmo.

Deve aqui ser ressaltado que na parte final do trecho transcrito o julgado abre espaço para uma discussão perigosa, que pode, inclusive, contrariar o posicionamento clássico da Corte. Com efeito, o julgado determina:

Ao se invocar a interpretação finalística, se o livro não constituir veículo de ideias, de transmissão de pensamentos, ainda que formalmente possa ser considerado como tal, será descabida a aplicação da imunidade

Uma das interpretações possíveis do excerto em destaque é que não se aplicará a imunidade ao livro que não constitua um repositório de conhecimento, ideias, etc. Mesmo que, em princípio, o trecho pareça estar em consonância com a jurisprudência alhures mencionada e já sedimentada no sentido de que material publicitário não seria imune, deixa uma perigosa abertura para que se avalie se o livro, ainda que formalmente um livro, é ou não um meio de transmissão de cultura, ou seja, se as informações contidas em suas páginas são ou não passíveis de rendê-lo imune aos impostos.

No segundo ponto da ementa, entendeu a Corte:

A imunidade dos livros, jornais e periódicos e do papel destinado a sua impressão não deve ser interpretada em seus extremos, sob pena de se subtrair da salvaguarda toda a racionalidade que inspira seu alcance prático, ou de transformar a imunidade em subjetiva, na medida em que acabaria por desonerar de todo a pessoa do contribuinte, numa imunidade a que a Constituição atribui desenganada feição objetiva. A delimitação negativa da competência tributária apenas abrange os impostos incidentes sobre materialidades próprias das operações com livros, jornais, periódicos e com o papel destinado a sua impressão.

A imunidade em questão é, portanto, apenas sobre o livro, jornal e periódico (considerando a abrangência determinada pelo STF) e o papel destinado à sua impressão (ou dispositivo leitor de material digital), não abarca a pessoa do contribuinte, é uma imunidade que concerne apenas ao bem cultural comercializado pelo contribuinte na operação de comércio e/ou produção, não inclui a renda ou receita do contribuinte. Quando assim o quis, a Constituição Federal expressamente mencionou a renda como imune, como no caso do art. 150, VI, c, da CF: “*patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos [...], atendidos os requisitos da lei*”, assim, não estão imunes os produtores e comerciantes de livros do Imposto de Renda incidente sobre o lucro líquido ou presumido advindo da venda de livros, jornais e periódicos, eletrônicos ou não. Ressalta-se que esse entendimento foi perfilado pelo Ministro Gilmar Mendes nos autos de RE nº 628.122, conforme segue:

Recurso extraordinário. Repercussão geral da questão constitucional reconhecida. 2. Direito Constitucional e Tributário. 3. FINSOCIAL. Natureza jurídica de imposto. Incidência sobre o faturamento. 4. Alcance da imunidade prevista no art. 150, VI, d, da Constituição Federal, sobre livros, jornais, periódicos e papel destinado a sua impressão. Imunidade objetiva. Incidência sobre o objeto tributado. Na hipótese, cuida-se de tributo de incidente sobre o faturamento. Natureza pessoal. Não alcançado pela imunidade objetiva prevista no art. 150, VI, d, da Constituição Federal. 5. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

Esse ponto será importante para a análise a ser empreendida no capítulo 4, quando serão tratadas novas formas de manifestação cultural propiciadas pelos avanços tecnológicos, por ora é digno de nota o caráter eminentemente objetivo da imunidade, não levando em consideração fatores concernentes ao contribuinte.

O terceiro ponto da ementa também é importante para a análise que será empreendida, pois estabelece que:

A interpretação das imunidades tributárias deve se projetar no futuro e levar em conta os novos fenômenos sociais, culturais e tecnológicos. Com isso, evita-se o esvaziamento das normas imunizantes por mero lapso temporal, além de se propiciar a constante atualização do alcance de seus preceitos.

Observa-se que a decisão procura pautar o julgador futuro para que tome decisões mais eficientes e menos custosas, estabelecendo um norte hermenêutico para ser aplicado às imunidades frente à evolução tecnológica. Conforme será posteriormente desenvolvido no capítulo 4, mostra que novas modalidades de propagação cultural, ainda aquelas sequer previstas pelas mente humana, devem ser incluídas no escopo da imunidade.

O restante da ementa, de forma resumida, determinam que o audiolivro, o dispositivo destinado exclusivamente à leitura de material eletrônico e o meio físico destinado à veiculação

do livro eletrônico são, da mesma forma imunes, não abarcando equipamento de informática que não sejam “meros equipamentos utilizados para a leitura de livros digitais”¹³⁰.

Feita a observação com relação à diferenciação entre o livro material e o livro meramente formal, parece que o Poder Judiciário sedimentou o tema de modo a considerar que os livros, jornais e periódicos eletrônicos, seu suporte físico e equipamentos leitores são definitivamente incluídos no art. 150, VI, d, da CF. A decisão representa um importante marco no sentido do reconhecimento das manifestações da inovação tecnológica como um importante difusor de cultura e informação e serve de paradigma para outros casos que serão oportunamente tratados.

Resta, ainda, examinar a decisão a respeito da repercussão geral dos autos do RE nº 595.676, da relatoria do Ministro Marco Aurélio, aquela hipótese, decidiu a Corte, de forma sucinta, porém eloquente:

IMUNIDADE – COMPONENTES ELETRÔNICOS – MATERIAL DIDÁTICO – ARTIGO 150, INCISO VI, ALÍNEA “D”, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – ALCANCE – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. Possui repercussão geral a controvérsia acerca do alcance da imunidade prevista no artigo 150, inciso VI, alínea “d”, da Carta Política na importação de pequenos componentes eletrônicos que acompanham o material didático utilizado em curso prático de montagem de computadores.

Ainda que o mérito não tenha sido definitivamente decidido, a decisão é clara ao reconhecer a repercussão geral na matéria. *In casu*, cogita-se da imunidade de equipamento eletrônico destinado ao ensino prático de montagem de computadores. O reconhecimento da repercussão geral admite, assim, a possibilidade, ainda não enfrentada no mérito, de que equipamento eletrônico seja imune, contanto que destinado à instrução.

Verifica-se, portanto, que a jurisprudência pátria está ciente da evolução tecnológica e como tal evolução pode contribuir para a propagação de cultura e informação, já tendo reconhecido que os livros, jornais e periódicos digitais são, para fins de imunidade, equiparáveis às suas contrapartes físicas. Resta analisar em momento posterior, de posse dos dados apresentados neste capítulo, qual o possível tratamento constitucional e tributário de outras formas de manifestação cultural.

2.2.4 Consequências do novo posicionamento

¹³⁰ *Ibid.*

Em que pese a imunidade cultural ser eminentemente objetiva e não subjetiva, conforme disposto na ementa e será posteriormente comentado, o conceito de livro material, ou seja, aquele que é um efetivo veículo de informação, dependerá, em alguma medida, da intervenção e entendimento do julgador, havendo de haver, ante a rica realidade fática, conjunto encadernado de folhas impressas ou similares que se situam no limiar entre o livro material e o livro meramente formal. Nessa hipótese, deverá o julgador se cercar de grande cautela para não negar a imunidade ao sabor de ideias ou ideologias não exatamente imparciais, terminando por lançar a imunidade cultural na mesma vala comum da isenção do papel de imprensa do Estado Novo.

Nesse tocante, adotando a teoria do minimalismo decisional de Cass R. Sunstein¹³¹, andou mal o julgado, pois legou ao arbítrio do Poder Judiciário decidir o que efetivamente é livro para fins de imunidade, transbordando os limites objetivos da demanda.

O ponto central do chamado minimalismo decisional é que julgadores minimalistas preferem efetivamente decidir o caso concreto ao invés de estabelecer regras amplamente aplicáveis¹³². Aqui é válida uma ressalva: deve-se levar em conta, com os devidos temperamentos, que a teoria de Cass Sunstein foi elaborada tendo por base o direito norte americano, no qual o precedente judicial tem prevalência, não obstante, tendo em vista as alterações promovidas no sistema processual civil brasileiro nos últimos anos, as considerações do autor sobre o estabelecimento de normas amplas pela via da decisão judicial tem perfeita aplicabilidade.

Uma decisão minimalista, portanto, tem dois aspectos principais: é restrita e superficial¹³³. Superficial não no sentido de imponderada, mas no sentido de não descer a discussões teóricas muito profundas. Por esses atributos, o julgador procura decidir apenas o caso em testilha, evitando fazer com que sua decisão transborde para outros casos similares e, mais importante, evitando que sua decisão seja aplicada a casos apenas aparentemente similares.

A superficialidade tem por objetivo impedir discussões mais profundas a respeito de princípios básicos, já que a interpretação e o conteúdo de tais princípios geralmente estão adstritos a subjetivismos de cada julgador, podendo levar a discussões extremamente profundas, mas que são apenas satelitais à questão premente¹³⁴.

¹³¹ SUNSTEIN, Cass Robert. *One case at a time: Judicial minimalism on the Supreme Court*. 1ª ed. Cambridge: Harvard University Press. 2001.

¹³² *Ibid.* p. 10.

¹³³ *Idem.*

¹³⁴ *Ibid.* p. 11.

A superficialidade não implica, porém, na falta de importância da questão principiológica, apenas na relegação da questão principiológica a segundo plano, deixando em primeiro plano a questão de mérito. Um exemplo bastante ilustrativo trazido pelo autor é que dois juízes podem discordar a respeito do que está incluído no termo liberdade de expressão, caso o debate se centre no conteúdo desse princípio, certamente não se chegará a um consenso; todavia, é mais provável que esses dois juízes concordem que o Estado não pode proibir que pessoas participem de um protesto de cunho político se não houver risco à coletividade¹³⁵.

Ciente dessas ressalvas a respeito da amplitude e da profundidade de suas decisões, o julgador deve exercer um juízo de ponderação antes de exercer seu juízo de mérito. Essa ponderação consiste em avaliar de forma abstrata os custos que sua decisão podem acarretar¹³⁶. Custos aqui não devem ser entendidos em sua significação eminentemente econômica, mas também social, política e jurídica. Com efeito, uma decisão judicial pode trazer consigo um considerável aumento do custo financeiro, quando, por exemplo, determina ao Estado que adquira um medicamento extremamente caro, impactando, assim, no orçamento anual; da mesma forma, uma decisão pode gerar um grande custo social, quando obriga a sociedade a tolerar determinada prática que é culturalmente rechaçada por essa sociedade; o custo pode ainda ser jurídico, quando a decisão inova na ordem jurídica invalidando ou contrariando normas previamente postas.

O julgador deverá, portanto, sempre realizar uma ponderação sobre os custos do processo decisório e os custos que a decisão pode gerar. Caso o saldo seja positivo, ou seja, se os custos forem menores que o benefício que a decisão pode trazer, então ela é aceitável, caso contrário, ela pode trazer mais prejuízos do que benefícios.

Deve ser observado que o custo decisional não implica necessariamente em uma decisão minimalista. Uma decisão minimalista cujo custo decisional é extremamente baixo pode vir a gerar altos custos no futuro, quando aquela mesma questão tiver que ser enfrentada por outros julgadores no futuro. Dessa forma, outra ponderação deve ser realizada, no sentido de se evitar custos futuros¹³⁷. Entendendo que o custo decisional do caso analisado é baixo, o julgador deve se perguntar se deverá investir mais recursos e tempo na decisão do presente, tornando-a mais ampla e profunda, de modo que os julgadores futuros não tenham que enfrentar o mesmo problema. Isso deixa claro que o minimalismo nem sempre é a solução para tudo.

¹³⁵ *Ibid.* p. 12.

¹³⁶ *Ibid.* p. 47.

¹³⁷ *Ibid.* p. 49.

Há, ainda, a possibilidade de que o julgador incorra em erro, trazendo à baila a questão dos custos de uma decisão equivocada. Os erros podem advir de diversos fatores, tais como falta de informação, debate sobre a questão de fundo ainda incipiente, imaturidade do julgador, etc. Os custos que podem ser gerados por um erro no processo decisório ou por uma decisão equivocada são mais um fator que devem ser considerados pelo julgador¹³⁸. Isso leva a um exercício de humildade por parte do julgador, ao elaborar uma decisão, ele deve se despir de qualquer resquício de arrogância ou prepotência e reconhecer para si mesmo que às vezes não sabe sobre aquela matéria¹³⁹. Isso pode levar a um alto custo para o processo decisório, já que será necessário tempo e informação para se chegar a uma decisão, contudo, esse investimento inicial levará a uma decisão mais ponderada e bem fundamentada, de modo que os riscos de ela ser futuramente invalidade e as chances de ela ser temporalmente perene são altas, evitando, assim, custos futuros.

Não obstante, esse exercício de humildade reclama uma decisão minimalista, já que esse tipo de decisão é passível de gerar menos riscos que uma decisão ampla e profunda. Um juiz que entende suas próprias limitações e as respeita pode tender a ser minimalista como uma forma de evitar erros e prejuízos sociais e jurídicos¹⁴⁰

Uma outra questão relativa aos custos é a impossibilidade de se prever com exatidão os efeitos que uma decisão pode tomar. Uma decisão perfeitamente ponderada e com baixos custos pode trazer grandes benefícios a curto prazo, mas a longo prazo essa decisão pode causar efeitos não desejados e imprevistos¹⁴¹. Obviamente que não se exige do juiz que preveja o futuro, mas a imprevisão das consequências de uma decisão também é um fator que deve ser considerado quando e sua elaboração e prolação. Nesse sentido que se ressalta que o acórdão no RE sob análise foi além do discutido nos autos criando um precedente perigoso, pois conferiu ao Judiciário uma perigosa faculdade de, a despeito de sedimentar para fins jurisprudenciais que o livro eletrônico e o audiolivro são livros para fins de imunidade, deixou para o julgador a decisão a respeito do que se entende por livro.

A ideia de aplicar o minimalismo à totalidade dos casos, conforme até aqui apresentado, parece extremamente sedutora, no entanto e conforme já exposto acima de forma preliminar, Cass Sunstein mesmo admite que o minimalismo não é a resposta para todos os problemas relativos à decisão judicial¹⁴².

¹³⁸ *Ibid.* p 49-50.

¹³⁹ *Ibid.* p. 47.

¹⁴⁰ *Ibid.* p 49.

¹⁴¹ *Ibid.* 52-52.

¹⁴² *Ibid.* p. 54.

Com efeito, os custos de uma decisão ampla e profunda no presente podem ser altos, recomendando uma abordagem minimalista, mas uma ponderação a longo prazo pode levar à conclusão que uma decisão minimalista com baixos custos no presente pode levar a uma multiplicidade de casos no futuro, levando a vários casos com um custo decisional relativamente baixo, mas se considerados em sua totalidade, podem ser menores do que o custo total da decisão inicial se fosse ampla e profunda¹⁴³. Consonante com esse entendimento foi o acórdão quando incluiu no rol da imunidade o suporte físico dos livros eletrônicos e os audiolivros, como será visto adiante.

Em suma, entende-se que a decisão do STF a respeito do livro eletrônico, ao menos no que tange ao primeiro ponto da ementa caminhou bem ao definir de forma ampla o que se entende por livro, porém teve uma amplitude perniciosa ao permitir que não se imunize o livro meramente formal, abrindo uma brecha para que o julgador entenda que determinado impresso não merece a imunidade.

3 EVOLUÇÃO TECNOLÓGICA: BREVES CONSIDERAÇÕES

3.1 Da prensa de Gutenberg ao *streaming*

3.2 Difusão cultural *online*

3.3 *Internet* como necessidade atual

4 A TRIBUTAÇÃO DO *STREAMING*

4.1 Conceito de *streaming*

Para os fins do presente trabalho, se adotará um conceito de *streaming* meramente operacional e prático, apenas para situar o leitor sobre o que se está falando. Por ser uma matéria afeta à ciência da computação, um recurso de tecnologia da informação, um detalhamento propriamente técnico do objeto ora desenvolvido seria inconveniente pois fugiria ao objetivo aqui proposto.

¹⁴³ *Ibid.* p. 55.

Para os fins das definições que se fazem necessárias, adotar-se-ão os conceitos trazidos pelo estudo intitulado “*Streaming and online access to content and services*” produzido pela Diretoria Geral para Políticas Internas do Parlamento Europeu.¹⁴⁴

O trabalho mencionado define o *streaming* como a entrega de conteúdo continuamente recebido e exibido ao usuário final enquanto é simultaneamente transferido pelo provedor, consistindo esse conteúdo em informação multimídia transmitida por meio de um fluxo (*stream*) de pacotes de dados que são interpretados e renderizados em tempo real pelo equipamento do usuário final o qual deve rodar um *software* específico para exibir as informações à medida em que elas são recebidas, o que distingue o *streaming* de um download ou transferência tradicional é que os dados transmitidos pelo *streaming* são exibidos à medida em que são recebidos, não sendo necessária a conclusão da transferência de todo o conteúdo para que ele seja exibido, o que é feito à medida em que é recebido; ademais, o conteúdo não é armazenado definitivamente no disco rígido ou armazenamento interno do usuário, ou seja, ele não é definitivamente armazenado para o usuário o acessar quando quiser sem uma conexão ativa com a *internet*.¹⁴⁵

Esse último traço distintivo não é muito rígido, já que serviços como o Netflix atualmente permitem que o usuário armazene o conteúdo em seu computador, celular ou tablet para ser exibido depois.

O conteúdo acessado pelo usuário fica armazenado em um servidor remoto, o que comumente se chama nuvem, sendo acessado quando requisitado pelo usuário e disponibilizado pelo provedor, motivo pelo qual o *streaming* é uma espécie de serviço *on demand*, ou sob demanda, a forma de disponibilização pode, inclusive, limitar a quantidade de acessos a um determinado número ou restringi-lo a determinado horário ou data.¹⁴⁶

Um questão central no conceito de *streaming* e que torna o serviço eficiente é o conceito de compressão de dados. Os serviços de *streaming* atualmente, mesmo os gratuitos como o Youtube, permitem a transmissão de conteúdo em alta definição (4K), o que representa arquivos muito grandes em termos de dados, isso significa que a transmissão de um filme em alta definição, por exemplo, levaria um longo tempo, impossibilitando a exibição do aludido filme enquanto ele é transmitido, pois o *software* teria que constantemente pausar a exibição para que

¹⁴⁴ FISHER, Nina Isabel Caroline; MACIEJEWKI, Mariusz; ROGINSKA, Yana. **Streaming and online access to content and services**. Bruxelas: Parlamento Europeu, 2014. Disponível em: <[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/492435/IPOL-IMCO_ET\(2014\)492435_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/492435/IPOL-IMCO_ET(2014)492435_EN.pdf)>. Acesso em: 12 fev. 2018.

¹⁴⁵ *Ibid.* p. 11.

¹⁴⁶ *Idem.*

dados suficientes fossem recebidos de modo a continuar a exibir, seria algo enfadonho; por esse motivo os sistemas de *streaming* contam com uma compressão de dados eficiente que comprime os pacotes de dados a um tamanho administrável.¹⁴⁷

O uso mais comum do *streaming* é para a transmissão de áudio e vídeo, contudo, a tecnologia não é restritiva e pode ser utilizada para a transmissão de qualquer conteúdo que possa ser traduzido em dados de computador, como imagens estáticas e texto, o que, em tese, permite o *streaming* de livros.¹⁴⁸

Um bom exemplo disso são os serviços de *cloud gaming*, que, a exemplo do *streaming* tradicional, permite que usuários joguem jogos eletrônicos através de uma conexão constante com a internet sem a necessidade de armazenar todos os dados do jogo, normalmente muito grandes e pesados, sendo estes armazenados em um servidor remoto, o qual processa o *input* do usuário e exibe o resultado do processamento desse *input* no sistema deste último.

O crescimento de serviços de transmissão via *streaming* e a facilitação do acesso aos equipamentos necessários à produção do conteúdo em si ocasionaram uma mudança no paradigma da produção, onde antes reinavam quase soberanas as grandes produtoras de conteúdo em nível industrial, agora o foco da produção se tornou mais cultural com a revolução da mídia digital, permitindo a conexão em tempo real entre produtor e consumidor de conteúdo.¹⁴⁹

Isso leva a uma importante democratização da informação que se encontra disponível na *internet*, permitindo não apenas que pequenas produtoras de conteúdo disputem o mercado com as grandes produtoras, mas também que qualquer um divulgue o conteúdo produzido amadoristicamente ou profissionalmente.

O *streaming* oferece uma grande vantagem em relação ao *download* tradicional. Com o barateamento e difusão do acesso à internet móvel, torna-se possível acessar o conteúdo por *streaming* a partir de qualquer aparelho que esteja conectado à internet, isso significa também uma redução do lixo digital, pois o conteúdo não fica armazenado no equipamento do usuário, economizando espaço em disco,¹⁵⁰ o que é um fato útil, na medida em que a maioria dos aparelhos móveis não possui a mesma capacidade de armazenamento de um computador padrão, salvo algumas raras exceções.

¹⁴⁷ Idem.

¹⁴⁸ *Ibid.* p. 12.

¹⁴⁹ Idem.

¹⁵⁰ *Ibid.* p. 17.

Isso significa também uma proteção para o produtor de conteúdo, pois a falta de armazenamento pelo usuário impossibilita que este retransmita o conteúdo a partir de seu próprio banco de dados, mantendo íntegra a identificação da fonte de conteúdo.

O *streaming* tem a incomparável conveniência de permitir o acesso de conteúdo a virtualmente qualquer ponto do globo terrestre com uma conexão ativa como internet, observadas algumas restrições estabelecidas por governos e órgãos de controle de conteúdo, que restringem determinado conteúdo a uma região específica por questões diversas, como, por exemplo, questões etárias.

4.2 Streaming como serviço: fixação das bases para a discussão

4.3 Normas tributárias incidentes sobre a espécie

4.4 Conceito de serviço para fins do ISS

Ao definir a competência municipal para instituir o ISS no art. 156, III, a CF não definiu o que entende por serviço como fato gerador do imposto, ao menos não de forma completa. Ao estabelecer no dispositivo mencionado que o imposto incide sobre “serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar”, definiu-se parcialmente por exclusão o que é o serviço objeto do ISS como todos os serviços que não sejam de prestação de transporte intermunicipal, interestadual ou de telecomunicações, delegando à lei complementar a definição complementar.

O aspecto material do ISS não se refere propriamente ao serviço em si, mas à prestação de um serviço, concernente em um negócio jurídico no qual contratante e contratado acordam a execução de uma obrigação de fazer, nos termos exatos do direito civil, ou seja, a “[...] prestação de uma utilidade ou comodidade a terceiro, de modo personalizado e incindível [...]”.¹⁵¹ Para ser considerada uma prestação de serviço tributável pelo ISS, o serviço deve ser fim e não uma atividade meio, sem autonomia da obrigação principal.¹⁵²

A LC nº 116/2003, por sua vez, define logo em seu art. 1º qual é o fato gerador do imposto como “[...] a prestação de Serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador.”, levando ao entendimento que o conceito do fato gerador do ISS, e portanto para fins de tributação municipal, se dá, em um

¹⁵¹ MELO, José Eduardo Soares de; PAULSEN, Leandro. **Impostos federais, estaduais e municipais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 331.

¹⁵² *Ibid.* p. 331-332.

primeiro momento por exclusão, pois são aos serviços que não são tributados pelo ICMS, e em um segundo momento de forma taxativa, pois são serviços tributáveis apenas aqueles que se encontram exaustivamente elencados no rol da lista anexa da LC nº 116/2003.¹⁵³

Com relação a essa taxatividade do rol previsto na lista anexa à LC nº 116/2003, observa-se que ela não é tão rígida. Com efeito, a jurisprudência definiu que verticalmente a lista anexa é, de fato, taxativa, ou seja, apenas os serviços elencados nos subitens da enumeração poderão configurar a hipótese de incidência da norma tributária de forma que se origine a obrigação tributária principal, entretanto, entendeu também que horizontalmente a lista é exemplificativa, o que importa dizer que cada subitem pode ser interpretado analogicamente de maneira que a inventividade humana e o decurso do tempo não possam desatualizar a lista criando novas prestações de serviço com uma nova roupagem, mas que na essência permanecem as mesmas que já se encontravam previstas na lista anexa.¹⁵⁴

A remissão ao julgado do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre o tema (Recurso Especial – REsp nº 121.428) tem grande valia, pois ressalta a diferença entre interpretação analógica e analogia (esta vedada pelo art. 108, § 1º, do Código Tributário Nacional – CTN), definindo que aquela cuida de uma forma de interpretação do direito com finalidade integrativa.

¹⁵³ [REFERÊNCIA]

¹⁵⁴ EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ISS. LEI COMPLEMENTAR: LISTA DE SERVIÇOS: CARÁTER TAXATIVO. LEI COMPLEMENTAR 56, DE 1987: SERVIÇOS EXECUTADOS POR INSTITUIÇÕES AUTORIZADAS A FUNCIONAR PELO BANCO CENTRAL: EXCLUSÃO. I. - É taxativa, ou limitativa, e não simplesmente exemplificativa, a lista de serviços anexa à lei complementar, embora comportem interpretação ampla os seus tópicos. Cuida-se, no caso, da lista anexa à Lei Complementar 56/87. II. - Precedentes do Supremo Tribunal Federal. III. - Ilegitimidade da exigência do ISS sobre serviços expressamente excluídos da lista anexa à Lei Complementar 56/87. IV. - RE conhecido e provido. (RE 361829, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 13/12/2005, DJ 24-02-2006 PP-00051 EMENT VOL-02222-03 PP-00593 LEXSTF v. 28, n. 327, 2006, p. 240-257 RIP v. 8, n. 36, 2006, p. 299-310)

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ISS. LISTA DE SERVIÇOS. TAXATIVIDADE. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. POSSIBILIDADE.

1. Embora taxativa, em sua enumeração, a lista de serviços admite interpretação extensiva, dentro de cada item, para permitir a incidência do ISS sobre serviços correlatos àqueles previstos expressamente. Precedentes do STF e desta Corte.

2. Esse entendimento não ofende a regra do art. 108, § 1º, do CTN, que veda o emprego da analogia para a cobrança de tributo não previsto em lei. Na hipótese, não se cuida de analogia, mas de recurso à interpretação extensiva, de resto autorizada pela própria norma de tributação, já que muitos dos itens da lista de serviços apresentam expressões do tipo "congêneres", "semelhantes", "qualquer natureza", "qualquer espécie", dentre outras tantas.

3. Não se pode confundir analogia com interpretação analógica ou extensiva. A analogia é técnica de integração, vale dizer, recurso de que se vale o operador do direito diante de uma lacuna no ordenamento jurídico. Já a interpretação, seja ela extensiva ou analógica, objetiva desvendar o sentido e o alcance da norma, para então definir-lhe, com certeza, a sua extensão. A norma existe, sendo o método interpretativo necessário, apenas, para precisar-lhe os contornos.

4. Recurso especial improvido.

(REsp 121.428/RJ, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/06/2004, DJ 16/08/2004, p. 156)

Isso traz uma informação importante sobre o estudo da hipótese vertente, qual seja, a tributação do *streaming*. Como se disse anteriormente, a LC nº 157/2016 alterou a LC nº 116/2003, para, dentre outras providências, fazer constar em sua lista anexa, mais precisamente no subitem 1.09, o que se convencionou ora denominar de *streaming*, visto que era bastante debatido se o *streaming* seria ou não tributado, pois os oito subitens subordinados ao item 1 não o previam com precisão, havendo que se questionar se seria possível reconhecer tal serviço como tributável mediante a interpretação analógica invocada pelo STJ no caso acima antes das alterações promovidas pela LC nº 157/2016.

Considerando o conceito de interpretação analógica, o posicionamento fazendário defendia o enquadramento dos serviços em diversos subitens. Uma vez munido o leitor do conceito técnico de *streaming*, fica fácil perceber que a redação original da lista anexa não poderia abarcar tal serviço, mesmo porque trata-se de prestação concebida pela evolução dos meios de comunicação e maior eficiência da compressão de pacotes de dados proporcionada pelo desenvolvimento tecnológico. Um primeiro argumento que se poderia erigir é que o *streaming* seria enquadrado no subitem 1.03, que fixa como hipótese de incidência a prestação do serviço de processamento e armazenamento de dados. Evidentemente, muitos serviços de *streaming*, como o Netflix, possuem uma certa medida de processamento do *input* do usuário, é dessa forma que o sistema consegue identificar os padrões de consumo de conteúdo dos assinantes e oferecer sugestões de outros conteúdos similares àqueles que o usuário já assistiu, da mesma forma, consegue analisar as classificações dos programas de modo a auxiliar o usuário a encontrar uma atração que melhor agrade seu gosto, ainda que não seja exatamente similar a outras que ele já assistiu, isso não quer dizer que o serviço fornecido pelo prestador seja de processamento de dados. Recorde-se o que já foi dito anteriormente, no sentido de que não é tributável pelo ISS o serviço que se apresenta meramente como meio para uma prestação principal, assim, ainda que haja realmente um processamento de dados, em primeiro lugar tal serviço não poderia ser tributado porque não seria o serviço sim, em segundo lugar, o próprio conceito de *streaming* não se adequa, nem mesmo de forma frouxa ao processamento de dados, caracterizado este como a coleta e manipulação de dados para produzir uma informação relevante,¹⁵⁵ como, por exemplo, a produção da folha de pagamento por um prestador de serviços mediante o fornecimento das informações necessárias por parte do empregador. No caso do *streaming*, se verifica que a contratação ocorrida entre o usuário e provedor não seria apenas para este dizer o que aquele gostaria de assistir com base nas informações que o usuário

¹⁵⁵ FRENCH, Carl. *Data processing and information technology*. 10. ed. Londres: Thomson Learning, 2004. p. 2.

presta quando da criação de sua conta, na realidade o usuário pode sequer visualizar as sugestões oferecidas e assistir apenas o que ele quer, o serviço efetivamente prestado é para que o provedor exiba uma atração específica quando o usuário a seleciona dentro do catálogo que lhe é oferecido.

Um segundo argumento que defendia a tributação do *streaming* se baseava no subitem 1.04, que trata da elaboração de programas de computador. Esse argumento é facilmente dispensável pois o programa de computador ou aplicativo desenvolvido pelos provedores de *streaming* não personalizado, portanto, escapava completamente à incidência do ISS sobre o serviço de desenvolvimento de *software* por encomenda,¹⁵⁶ outro ponto que conspira contra o argumento é que tais aplicativos ou programas são gratuitos, inexistindo, portanto, base econômica para a cobrança do ISS, ainda que se admita como possível tal incidência, pois não é o programa que é pago, é a assinatura.

Outra posição se baseava no subitem 1.05, que estabelece a hipótese de incidência quando do licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computador. Conforme mencionado no parágrafo imediatamente anterior, o serviço contratado não se presta ao desenvolvimento de programa, mas à exibição de determinado conteúdo, sendo o programa, quando muito, um mero veículo para permitir a visualização de tal conteúdo, sendo certo que o programa distribuído pelos prestadores de serviço de *streaming* nem mesmo é essencial para a visualização, o que pode ser feito por qualquer navegador de internet atualmente.

O que mais se adequava ao conceito de *streaming* seria, ao menos em tese, o serviço de televisão a cabo tratado pela Lei nº 12.485/2011, denominado legalmente de comunicação audiovisual de acesso condicionado, em contraposição à radiodifusão de sons e imagens tradicional que de acordo com o art. 6º, d, da Lei nº 4.117/1962 (Código Brasileiro de Telecomunicações – CBT) é gratuito e, portanto, intributável por não apresentar base econômica para a incidência da tributação. A equiparação do *streaming* à televisão à cabo, contudo, apresenta alguns empecilhos. Apesar de a televisão à cabo não se confundir com a televisão aberta, ambos são tratados como serviços de telecomunicação, como fica claro a partir

¹⁵⁶ TRIBUTÁRIO - PROGRAMAS DE COMPUTADOR - DL 406/68 - INCIDÊNCIA DO ISS OU DO ICMS.

1. Esta Corte e o STF posicionaram-se quanto às fitas de vídeo e aos programas de computadores, diante dos itens 22 e 24 da Lista de Serviços.

2. Os programas de computador desenvolvidos para clientes, de forma personalizada, geram incidência de tributo do ISS.

3. Diferentemente, se o programa é criado e vendido de forma impessoal para clientes que os compra como uma mercadoria qualquer, esta venda é gravada com o ICMS.

4. Hipótese em que a empresa fabrica programas específicos para clientes.

5. Recurso improvido.

(REsp 216.967/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/08/2001, DJ 22/04/2002, p. 185)

da leitura do art. 2º, XXIII, da Lei nº 12.485/2011 e art. 6º, d, do CBT, respectivamente, todavia, enquanto aquele é pago, este é gratuito, portanto, por apresentar uma base econômica tributável e por se caracterizar como serviço de telecomunicação, o fornecimento de televisão à cabo atrai a incidência do ICMS, nos termos do art. 2º, III, da LC nº 87. O mesmo não pode ser dito do *streaming*, pois ele não se encaixa às definições trazidas pela Lei nº 12.485/2011, o que fica bastante claro quando da leitura do conceito legal acima disposto de serviço de acesso condicionado:

Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

[...]

XXIII - Serviço de Acesso Condicionado: serviço de telecomunicações de interesse coletivo prestado no regime privado, cuja recepção é condicionada à contratação remunerada por assinantes e destinado à distribuição de conteúdos audiovisuais na forma de pacotes, de canais nas modalidades avulsa de programação e avulsa de conteúdo programado e de canais de distribuição obrigatória, por meio de tecnologias, processos, meios eletrônicos e protocolos de comunicação quaisquer.

Analisando o conceito legal é tentador incluir em sua definição o *streaming*, pois este se identifica com quase todos os seus requisitos: tem ao menos a aparência de um serviço de telecomunicação, pois em muito se assemelha a uma exibição de um programa televisivo; a contratação é remunerada pelo assinante, porém sua estrutura não se dá na forma de canais ou de pacotes na forma como é estabelecida no art. 2º, XV e XVI, da Lei nº 12.485/2011, parando aí qualquer semelhança, ademais, a definição de serviço de telecomunicação é extraída do art. 4º, *caput*, do CBT, segundo o qual:

Art. 4º Para os efeitos desta lei, constituem serviços de telecomunicações a transmissão, emissão ou recepção de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, por fio, rádio, eletricidade, meios óticos ou qualquer outro processo eletromagnético. Telegrafia é o processo de telecomunicação destinado à transmissão de escritos, pelo uso de um código de sinais. Telefonia é o processo de telecomunicação destinado à transmissão da palavra falada ou de sons.

A par do conceito de *streaming* anteriormente posto, não se pode afirmar sem incorrer em erro que se trata de uma transmissão através de processo eletromagnético, portanto, não pode ser encarado como um serviço de telecomunicação semelhante à televisão à cabo para atrair a incidência do ICMS.

Uma outra possibilidade é comparar o *streaming* à exibição cinematográfica disposta no subitem 12.02 da lista anexa da LC 116/2003, entretanto a exibição cinematográfica engloba uma estrutura física que não está presente no *streaming*, não se trata apenas da exibição de um filme, mas da disponibilização de uma sala com assentos e sonorização adequada, uma experiência de lazer um pouco mais complexa do que o *streaming*, até porque a qualidade do filme exibido em uma sala de cinema independe de outros fatores atribuíveis apenas ao usuário, como no caso do *streaming*, que depende não só das capacidades técnicas do provedor, mas

também do usuário, que deve ter um equipamento apropriado e uma conexão com a internet que suporte a transmissão desejada, no cinema não há nada disso, o usuário simplesmente paga o valor do serviço e é entretido sem maiores considerações.

Verifica-se, assim, que com relação ao serviço ora sob análise não seria possível o alargamento de um subitem específico da lista de modo a incluir nele o conceito de *streaming* mediante uma interpretação analógica.

A discussão veio ao fim em dezembro de 2016 com a publicação da LC nº 157/2016, que incluiu o subitem 1.09 à lista anexa do regramento geral do ISS. O subitem é bastante claro e não deixa muita margem para dúvidas, sua redação preconiza que é um serviço para fins de cobrança do ISS a:

1.09 - Disponibilização, sem cessão definitiva, de conteúdos de áudio, vídeo, imagem e texto por meio da internet, respeitada a imunidade de livros, jornais e periódicos (exceto a distribuição de conteúdos pelas prestadoras de Serviço de Acesso Condicionado, de que trata a Lei no 12.485, de 12 de setembro de 2011, sujeita ao ICMS).

O conceito legal é consideravelmente amplo, engloba tanto o *streaming* de programas de televisão e filmes fornecido por provedores como o Netflix e HBO Go, quanto o *streaming* de músicas fornecido pelo Spotify, Apple Music e similares, caminhou bem o legislador no sentido de prever também a possibilidade de tributação quando o *streaming* for de textos ou imagens, possibilitando a oneração tributária de serviços ainda não existentes, devendo ser observado que em se tratando de textos, caso a disponibilização seja de livros, jornais ou periódicos, ante o exposto reconhecimento da imunidade do livro digital pelo STF, tal *streaming* será forçosamente imune, assim, não se vê muita utilidade prática para fins de arrecadação tributária na tributação do *streaming* de textos, salvo, é claro, quando se tratar de textos publicitários.

Há, todavia uma brecha não explorada pelo regramento atualizado. Quando o legislador quis expressamente prever os jogos eletrônicos, ele assim o fez, como se depreende do subitem 1.04,¹⁵⁷ o que não ocorreu no novo subitem 1.09, deixando margem para que o serviço conhecido como *cloud gaming* permaneça livre do ISS em vista de simplesmente não ter sido previsto. Poder-se-ia invocar o entendimento jurisprudencial já coligido no sentido de que dentro de cada subitem cabe uma interpretação ampliativa, porém, parece que o subitem 1.09 não comporta essa extensão, já que todos os serviços incluídos na sua enumeração se apresentam como serviços de *streaming* passivos, ou seja, nos quais o usuário não interage com

¹⁵⁷ 1.04 - Elaboração de programas de computadores, inclusive de jogos eletrônicos, independentemente da arquitetura construtiva da máquina em que o programa será executado, incluindo tablets, smartphones e congêneres.

aquilo que está assistindo na televisão ou no monitor, o que é muito diferente do *cloud gaming* como no caso do extinto OnLive, em que pese haver outros similares no mercado.

Considerando-se o conceito de *cloud gaming*, poder-se-ia defender não sem alguma razão que ele seria tributado mediante adequação ao já citado subitem 1.03, porque trata-se efetivamente de um processamento de dados em alguma medida. Da forma como o serviço é prestado, o usuário utilizando um meio de enviar seus comandos ao provedor do serviço, como um *joystick*, teclado ou mouse, comunica ao provedor qual a ação ele quer desempenhar no jogo que está sendo transmitido, o provedor por sua vez recebe essa informação e a processa através do sistema do jogo e dá ao usuário o retorno visual da inserção daqueles dados, isso é um processamento de dados, mas não é o que o usuário deseja como serviço final do provedor. O contratante de um serviço de *cloud gaming* não deseja apenas saber o que acontecerá na tela se ele realizar este ou aquele comando, ele quer ser entretido, por essa razão, e considerando a doutrina já exposta no início do presente ponto do estudo, o processamento de dados é apenas um serviço meio para que o serviço fim de entretenimento seja prestado, não importando em tributação.

4.5 Construção da relação jurídico-tributária no *streaming*: um desafio ante à novidade

A noção de relação jurídico-tributária não é nova, nem poderia sê-lo, ela alicerça a cobrança do tributo pela ente tributante ao contribuinte. A constituição dessa relação, seja, no *streaming*, seja em qualquer outro objeto de tributação, se dá com a prática pelo contribuinte do fato definido em lei como fato gerador¹⁵⁸, o que origina para o ente federativo competente para aquela determinada espécie tributária o direito de cobrar o tributo.¹⁵⁹

Conforme o art. 113 do CTN, a obrigação tributária pode ser principal ou acessória, conforme seja, respectivamente a obrigação de pagar (o tributo ou a pena pecuniária) ou a

¹⁵⁸ Há na doutrina (AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.. p. 192-194.) uma discussão a respeito de qual a melhor expressão a ser utilizada para designar o evento descrito na lei que gera a obrigação de pagar tributos. De acordo com esse debate, enquanto o fato está apenas definido na lei e não ocorreu na prática, chama-se de hipótese de incidência, passando a ser fato gerador quando ocorrido na realidade fática. Neste trabalho não se fará essa distinção, ora se utilizará fato gerador, ora hipótese de incidência como expressões equivalentes e intercambiáveis. Quando houver a necessidade de afirmar que o fato gerador ocorreu na prática, isso será assinalado.

¹⁵⁹ AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 184-185.

obrigação de dar, fazer ou não fazer instituída por lei como necessária à atuação do ente tributante ou à operacionalização da cobrança da obrigação principal, como, por exemplo, a entrega de determinada declaração.¹⁶⁰

A obrigação tributária, independentemente de ser principal ou acessória sempre decorre da lei,¹⁶¹ como uma decorrência lógica do princípio da legalidade estampado no art. 150, I, da CF. Como foi visto anteriormente, a lei não previa a prestação do serviço de *streaming* como fato gerador da obrigação tributária, portanto, não havia definição acerca de nenhum dos elementos dessa relação jurídica, impossibilitando absolutamente a cobrança do imposto sobre serviços.

Apesar dos argumentos existentes à época que defendiam a tributação mesmo sem previsão específica, diga-se de passagem, frágeis, conforme se consignou acima, com a publicação da LC nº 157/2016, restou inequívoca a instituição dos elementos necessários à formação da relação jurídico-tributária no *streaming*, mediante a inclusão do subitem 1.09 à lista anexa da LC nº 116/2003.

Em decorrência da novidade, cumpre no presente ponto tecer algumas considerações acerca desses elementos constitutivos e definir com exatidão como se dá a relação jurídico-tributária no *streaming*, com foco na obrigação principal, analisando pontualmente as legislações municipais que já regulamentaram a matéria.

O sujeito passivo é conceituado como aquele que pratica o fato gerador definido em lei e a quem recai, *prima facie*, o cumprimento da obrigação principal.¹⁶² A LC nº 157/2016 não inovou nessa seara, definindo de forma sucinta o art. 5º da LC nº 116/2003 que “Contribuinte é o prestador do serviço.”¹⁶³. À toda evidência, *in casu*, o contribuinte, portanto, é aquele que disponibiliza o *streaming* mediante pagamento, ou seja, aquele que disponibiliza “[...] sem cessão definitiva, de conteúdos de áudio, vídeo, imagem e texto por meio da internet, respeitada a imunidade de livros, jornais e periódicos [...]” exceto os prestadores de serviço de televisão à cabo.¹⁶⁴

No Município do Rio de Janeiro, o art. 13, c/c, art. 8º, subitem 1.09, da Lei Municipal nº 691/1984, igualmente define que “Contribuinte é o prestador do serviço” de “Disponibilização, sem cessão definitiva, de conteúdos de áudio, vídeo, imagem e texto por meio da internet, respeitada a imunidade de livros, jornais e periódicos”, exceto os serviços de

¹⁶⁰ *Ibid.* p. 186-187.

¹⁶¹ *Ibid.* p. 187.

¹⁶² *Ibid.* p. 195.

¹⁶³ A LC nº 116/2003 não estabelece no caso do *streaming* a responsabilidade tributária de terceiros.

¹⁶⁴ Subitem 1.09 da lista anexa à LC nº 116/2003.

televisão por assinatura. É importante observar que a lei do Rio de Janeiro expressamente ressalva da incidência do ISS os livros, jornais e periódicos, reconhecendo a possibilidade de difusão dos respectivos materiais pela via do *streaming*. O Município de São Paulo, através da Lei Municipal nº 13.701/2003, tem previsão idêntica com a conjunção do art. 5º, c/c art. 1º, item 1.09.

Vê-se que as disposições legais concernentes à matéria não variam muito, porém, não esclarecem também o que se entende por prestador do serviço de *streaming*. Nesse tocante, é útil a remissão do leitor ao que se escreveu acima com relação ao conceito de *streaming*.

Parece óbvio, mas prestador do serviço de *streaming* é aquele que disponibiliza o conteúdo para *streaming* mediante pagamento por parte do usuário final. Esse conceito se adequa perfeitamente a um dos requisitos essenciais da incidência tributária, segundo o qual os impostos devem onerar as manifestações de riqueza, que são situações reveladoras da capacidade contributiva de pagar impostos.¹⁶⁵ Não se discutirá aqui, neste momento, a situação do prestador do serviço ou *streamer* que transmite onerosamente conteúdo cultural diferente de texto, esse debate será respondido paulatinamente do desenvolvimento deste trabalho, o que se busca é definir objetivamente o qual é o contribuinte do serviço de *streaming*.

O fato gerador, traduzindo os termos da lei, é disponibilizar o conteúdo a terceiros mediante pagamento de uma importância qualquer, conforme disposto no art. 1º, *caput*, da LC nº 116/2003. Apesar de o dispositivo não mencionar o termo oneroso, não se pode conceber uma tributação efetiva de um serviço gratuito, ainda que o serviço em si tenha uma alíquota específica que o onera, não haveria base de cálculo para a incidência, ou, ainda, a base de cálculo seria zero, portanto, zero também seria o imposto a pagar, portanto, na prática, não haveria tributação.

A doutrina menciona a hipótese de intributabilidade pelo ISS do serviço considerado meio, acessório a uma obrigação principal, a título de exemplo, o serviço de abertura de crédito para o fim de se realizar uma operação mercantil tributada pelo IOF,¹⁶⁶ na prática, não se vislumbra muito numerosa a hipótese na qual o *streaming* possa ser considerado serviço meio, porque sua finalidade geralmente se exaure na própria transmissão dos dados com a exibição concomitante do conteúdo, na medida em que o usuário paga determinada quantia para receber um conteúdo, independentemente do que ele espera fazer com tal conteúdo, o serviço de *streaming* já se encontra prestado e o fato gerador ocorrido no exato momento em que o fato gerador se perfectibiliza com a disponibilização sem cessão definitiva do conteúdo de áudio,

¹⁶⁵ AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 75.

¹⁶⁶ PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 331-332.

vídeo, imagem ou texto. Pode-se imaginar a título ilustrativo uma possibilidade de *streaming* como meio na contratação de um curso, conforme definido no subitem 8.02 da lista anexa à LC nº 166/2003,¹⁶⁷ que é prestado *online* através do *streaming*, contudo, nessa hipótese, há que se questionar qual a utilidade de se criar um fato gerador para o *streaming*, visto que na maioria dos casos o *streaming* se apresenta como uma forma de otimizar alguns dos serviços que já existiam na realidade dos fatos. Considere-se o caso do Netflix ou do *cloud gaming*, de acordo com a jurisprudência,¹⁶⁸ a locação de filmes cinematográficos ou mídias físicas de jogos eletrônicos não constituía serviço, não incidindo o ISS. Caso aplicado esse entendimento analogicamente, tem-se que serviços como o Netflix e o extinto OnLive não deveriam ser tributados, pois o *streaming* seria apenas um meio para se oportunizar o antigo aluguel de mídias físicas de filmes ou de jogos eletrônicos, que em si não era atingido pelo imposto sobre serviços. Muito embora essa posição seja sedutora, algumas considerações devem ser feitas.

Inicialmente, verifica-se que o fato gerador do ISS sobre o *streaming* é bastante específico em relação às finalidades que, em tese, podem ser atingidas por ele e que constituem elas mesmas fatos geradores próprios, novamente, tome-se o exemplo do curso *online*. A finalidade do curso por *streaming* e do curso presencial é a mesma, mas a forma de atingimento dessa finalidade, a prestação do serviço em si, não é. No curso presencial, o prestador disponibiliza aos alunos uma estrutura física que demanda manutenção e tem custos inerentes que lhe é própria, há cadeiras, móveis diversos, funcionários, despesas com aluguel, IPTU, professores, água, luz, material didático, etc., a educação transmitida oralmente por um educador fisicamente presente no mesmo local e ao mesmo tempo que seus alunos, o diálogo entre o expositor e sua plateia é livre, bastando que alguém se pronuncie. No caso do curso *online*, a sistemática é completamente diferente. O próprio professor pode gravar as aulas com seu celular e transmiti-las àqueles que se dispuserem a pagar, não há custos de manutenção de uma estrutura física, pois esta é prescindível; tampouco há necessidade de se manter funcionários, se a demanda não exigir uma equipe de apoio; a dinâmica professor-aluno sofre

¹⁶⁷ 8 – Serviços de educação, ensino, orientação pedagógica e educacional, instrução, treinamento e avaliação pessoal de qualquer grau ou natureza.

[...]

8.02 – Instrução, treinamento, orientação pedagógica e educacional, avaliação de conhecimentos de qualquer natureza.

¹⁶⁸ Tributário. Imposto Sobre Serviços (ISS). Não incidência sobre locação de bens móveis. Filmes cinematográficos, videoteipes, cartuchos para video games e assemelhados. Súmula Vinculante n. 31. Art. 156, inciso III, da Constituição Federal.

(RE 626706, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 08/09/2010, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-179 DIVULG 23-09-2010 PUBLIC 24-09-2010 EMENT VOL-02416-07 PP-01547 RTJ VOL-00223-01 PP-00650)

as limitações inerentes ao sistema de transmissão, pode ser que haja interação em tempo real ou não, essa interação pode se dar verbalmente ou através de troca de mensagens escritas.

Da definição do fato gerador definido no subitem 1.09 da lista anexo da LC nº 116/2203, inferem-se os pontos nodais que definem um serviço como o *streaming* e o diferenciam dos demais. No *streaming*, o conteúdo é disponibilizado ao usuário para que este o acesse de acordo com sua comodidade, observadas as limitações eventualmente impostas (como quantidade máxima de visualizações, período de tempo dentro do qual o conteúdo pode ser acessado, etc.), isso significa que há uma certa dose de ingerência do usuário no que tange ao tempo da prestação o serviço. O *streaming* se dá sem cessão definitiva, na medida em que, se houvesse cessão definitiva, poder-se-ia tratar da cessão de direito de uso de *software* (subitem 1.05), ainda assim, não seria possível falar em *streaming* como meio, pois a ausência de cessão definitiva é de sua essência, conforme se extrai da definição de *streaming* já disposta. Por fim, a transmissão dos dados por intermédio da *internet* também se mostra como elemento essencial e está presente no próprio conceito anteriormente estudado.

Como se vê, há uma série de condicionantes que distinguem um serviço de *streaming* de seus similares mais físicos ou presenciais, que o tornam um serviço único, que muito provavelmente não pode ser utilizado como um meio. Fala-se em termos de probabilidade, pois o *streaming* em si é um produto de uma inovação tecnológica que constantemente encontra novas maneiras de se fazer coisas antigas.

Ao se abordar as diferenças entre o *streaming* e um serviço tradicional, tratou-se tangencialmente de um importante elemento caracterizador do fato gerador do ISS em geral. O núcleo da materialidade do imposto municipal em questão não é propriamente um serviço, mas uma prestação de um serviço.¹⁶⁹ A diferença, muito embora possa parecer improfícua e desnecessária, mera formalidade doutrinária, ilustra bem como se pode diferenciar o *streaming* de outros serviços e justifica a distinção outrora feita entre o curso *online* (*streaming*) e o curso presencial. Conforme se viu, ambos tem a finalidade similar ou até mesmo igual, educar, é na prestação dessa educação que os dois se distinguem de forma inconfundível.

O sujeito ativo na relação tributária é o Município que detém a competência para cobrar o ISS

¹⁶⁹ PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 331.

4.6 Por que o *streaming* e não o livro?

Os livros, físicos ou digitais, são imunes, isso já ficou perfeitamente claro ante toda a exposição até aqui empreendida. Portanto, é possível afirmar sem qualquer dúvida que o livro *Portões de Fogo*¹⁷⁰ não foi onerado por impostos até chegar ao leitor. Cuida-se de um romance que narra a história da batalha no desfiladeiro das Termópilas onde trezentos gregos espartanos combateram heroicamente cerca de dois milhões de persas liderados pelo Rei Xerxes, os gregos lutaram até sua morte, porém detiveram as forças persas o suficiente para que as demais nações gregas se reorganizassem para responder à ameaça.¹⁷¹

O filme 300 (Trezentos) narra exatamente a mesma história e não tem a mesma imunidade, devendo ser anotado ainda, que o referido filme é baseado em uma série de quadrinhos, que, pela definição já esposada de livro, jornal e periódico, também é imune. Portanto, se um indivíduo adquire o filme por uma mídia física, será tributado pelo ICMS, se o aluga disponibilizado por *streaming*, será tributado pelo ISS. Se tanto o livro quanto o filme referidos possuem a mesma finalidade e o mesmo conteúdo básico, por que tributar um e não tributar o outro? Em outras palavras, por que um é imune e o outro não?

A pergunta pode causar estranheza e até mesmo revolta por parte do leitor e sua resposta é aparentemente óbvia: simplesmente porque o filme é uma produção hollywoodiana com um orçamento de US\$ 65.000.000,00 (sessenta e cinco milhões de dólares) tendo arrecadado US\$ 456.100.000,00 (quatrocentos e cinquenta e seis milhões e cem mil dólares)¹⁷² e dificilmente o livro e seu autor teriam alcançado esse patamar, a resposta, portanto, tem o enfoque no poderio econômico do produtor da obra.

Parece até mesmo absurdo se admitir que seja qualquer coisa diferente disso, contudo, deve ser recordado que no ponto 2.2.3 deste estudo foi mencionado que no RE nº 628.122 o Ministro Gilmar Mendes entendeu que a imunidade se refere ao aspecto puramente objetivo, não importando para sua caracterização condições subjetivas do contribuinte, por essa razão estariam excluídos do âmbito da imunidade os tributos incidentes sobre a receita do contribuinte, já que seriam pessoais e não objetivos.

¹⁷⁰ PRESSFIELD, Steven. **Portões de fogo**. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2017.

¹⁷¹ *Ibid.* p. 13-14.

¹⁷² WIKIPEDIA. **300 (film)**. Disponível em: <[https://en.wikipedia.org/wiki/300_\(film\)#Production](https://en.wikipedia.org/wiki/300_(film)#Production)>. Acesso em: 15 fev. 2018.

Relembrado esse detalhe, de que importa os milhões de dólares investidos e arrecadados pela Warner Bros. na produção do filme? Importaria se os mesmos milhões fossem investidos e arrecadados na produção do livro mencionado? É evidente que não, ainda que o livro tivesse o maior orçamento e arrecadação da história das publicações, ainda assim ele seria imune aos olhos da constituição brasileira. Então por que não é imune o filme?

A mesma estranheza e revolta foi enfrentada pela doutrina e pela jurisprudência quando se debruçaram sobre o livro digital, sendo categóricos em um primeiro momento em afirmar e reafirmar que não seriam livros para fins de imunidade. Veja-se agora como está o posicionamento doutrinário e jurisprudencial sobre a matéria, conforme já se expôs aqui.

A tributação tem a ver com a arrecadação de um país, é uma de suas principais fontes de renda, mormente os impostos, é bastante claro que um sistema tributário não possa simplesmente abrir mão dos impostos, sob pena de se negar recursos para uma série de funções essenciais do Estado que têm íntima ligação com a dignidade da pessoa humana, tais como saúde, educação e segurança. Contudo, em um país como o Brasil, é de se perguntar se essa arrecadação está sendo bem aplicada, se o ônus financeiro suportado pelos consumidores de filmes, peças de teatro e espetáculos, está sendo bem empregado, se está sendo atendida a finalidade à qual essa pesada carga tributária se propõe.

O presente ponto do estudo não se propõe a sedimentar essa questão de uma vez por todas, muito embora seja a opinião aqui defendida que, pela lógica do sistema tributário e de todas as informações até aqui prestadas, considerando o presente estágio do avanço tecnológico, o filme deveria ser tão imune quanto o livro, esse assunto derradeiro será enfrentado no capítulo seguinte. Neste ponto se busca afirmar que um sistema tributário deve ser coerente, como o deveria ser qualquer sistema legal independentemente do país ao qual se aplica. Afirmer que uma produção deve ser onerada por impostos e a outra não simplesmente porque a primeira foi mais cara e gerou mais receita, apesar de observar o princípio da capacidade contributiva, é fechar os olhos para todo o mais, isso não só com relação a filmes e livros, mas com relação também a todos os conflitos que se vive atualmente.

A informação é um bem muito precioso, como se viu ela pode ser manipulada para atender a uns interesses e para enfraquecer outros. Ela se deve transmitir de forma livre e o menos onerosa possível, ainda mais quando se leva em conta uma população carente de dinheiro, de educação e de cultura, para que todos tenham acesso a ela independentemente de classe social ou de condição financeira, é para isso que a imunidade cultural foi constitucionalizada, consoante já exaustivamente exposto aqui.

4.7 Perigo evidente no alargamento do conceito de cultura

4.8 Necessidade de discriminação ante às normas constitucionais analisadas

5 A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA CULTURAL APLICADA AO *STREAMING*

De posse dos conhecimentos até aqui lançados, tem-se, de forma bastante sucinta, que o direito de acesso à cultura é um direito fundamental; que a imunidade tributária cultural é também um direito fundamental, na medida em que otimiza aquele; que o livro eletrônico é considerado livro para fins de imunidade, revelando a possibilidade de atualização temporal da norma constitucional através da interpretação, pois o texto frio da CF menciona expressamente o papel; que nem toda publicação, mesmo que formalmente um livro, tem conteúdo cultural para fins de imunidade; que o conceito de livro como uma interação de via única do autor para o leitor está sendo paulatinamente substituído por uma modalidade mais interativa que confere maior participação ao leitor; que o *streaming* é uma importante ferramenta para disseminar e facilitar o acesso a informações, as quais podem ter um importante conteúdo cultural; que o *streaming* é um serviço tributável pelo ISS.

Isso posto, o presente capítulo servirá para lançar as bases para responder à premente pergunta: o *streaming* enquanto serviço que reclama a incidência do ISS, pode ser considerado imune se seu conteúdo for eminentemente cultural?

A resposta a essa pergunta será feita em dois estágios. Primeiramente serão expostos os subsídios interpretativos trazidos pela doutrina e que serão empregados no ponto seguinte, qual seja, a análise propriamente dita da plausibilidade ou não da aplicação da imunidade tributária cultural ao *streaming*.

Inicialmente, porém, cabe tecer algumas considerações a respeito das questões que devem ser enfrentadas pela interpretação jurídica.

Um dos grandes problemas que a interpretação busca resolver é a dificuldade de se extrair de forma satisfatória e eficiente um comando mais ou menos objetivo e bem definido do texto da norma, pois fatores diversos podem enfraquecer, distorcer ou modificar por completo o valor gramatical ou semântico das palavras empregadas na redação de um dispositivo

constitucional, por esse motivo se fala em programa normativo, ou texto da norma e domínio normativo, conteúdo da norma ou simplesmente norma.¹⁷³

A grande dificuldade em se extrair a norma do texto é que as palavras encerram significados múltiplos e muitas vezes é difícil se precisar com exatidão quais são todos esses significados ou mesmo se um significado possível é válido se considerado o contexto interno e externo daquela norma na qual o termo interpretado é empregado, isso porque o texto constitucional, por ser de alteração mais rígida e pretender-se vigente por um longo período de tempo sem muitas ou radicais alterações emprega por vezes termos vagos, por outros termos com uma carga axiológica não muito evidente e que precisa ser revelada para se descobrir a norma subjacente.¹⁷⁴

Nesse primeiro momento de interpretação, no qual o intérprete se depara com o comando textual da norma, há um importante recurso aos elementos culturais, conforme será melhor descrito no ponto específico abaixo, basta que se lembre que o texto de uma norma se traduz em linguagem e que esta é um importante elemento manifestador da cultura, assim sendo, no caso concreto, se está analisando como o direito constitucional trata e protege a cultura através de um processo eminentemente cultural.

Tudo isso dá uma ideia bastante clara da grande dificuldade em se descobrir o real sentido de uma norma, se é que se pode sequer falar em real sentido, pois isso importaria em reconhecer que um sentido normativo pode ser exclusivo em relação aos demais, o que contraria frontalmente tudo que aqui se disse a respeito da riqueza cultural. A essa dificuldade soma-se o fato de que um dispositivo constitucional específico faz parte de um todo complexo, coerente e harmônico, não podendo ser interpretado isoladamente.¹⁷⁵

5.1 Técnicas de interpretação das normas constitucionais

Nos termos da lição de Joaquim José Gomes Canotilho:¹⁷⁶

Interpretar uma norma constitucional consiste em atribuir um significado a um ou vários símbolos linguísticos escritos na constituição com o fim de se obter uma decisão de problemas práticos normativo-constitucionalmente fundada. Sugerem-se aqui três dimensões importantes da interpretação da constituição: (1) interpretar a

¹⁷³ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1997. p. 1.216.

¹⁷⁴ *Ibid.* p. 1.216-1.217.

¹⁷⁵ *Ibid.* p. 1.218-1.222.

¹⁷⁶ *Ibid.* p. 1.199-1.200.

constituição significa procurar o *direito* contido nas normas constitucionais; (2) investigar o direito contido na lei constitucional implica uma *atividade* – atividade complexa – que se traduz fundamentalmente na “adstrição” de um significado a um enunciado ou disposição linguística (“texto da norma”); (3) o *produto* do acto de interpretar é o significado atribuído [grifos do autor].

A exposição do autor lusitano deixa bastante claro o problema que ora se enfrenta. O objetivo final do presente trabalho é exatamente o de procurar a exata dimensão do direito contido no art. 150, VI, d, da CF através da atribuição de um significado ao texto do referido dispositivo, tendo em vista que o dispositivo investigado apresenta um certo atraso temporal se interpretado de forma literal, por isso, se busca entender se outros conceitos de livro, jornal e periódico podem ser inseridos na norma extraída do texto constitucional após mais de vinte anos de sua promulgação, ou seja, deve-se verificar se a norma constitucional ainda é compatível com o texto constitucional¹⁷⁷.

Esse exercício de investigar o real sentido da norma parte de uma tentativa de revelar o conteúdo semântico a partir de uma literalidade jurídica, extraíndo-se o material do formal por intermédio de critérios técnicos.¹⁷⁸

Essa interpretação pode se dar com uma avaliação dos significados conferidos ao texto constitucional pela ciência da interpretação jurídica, ou hermenêutica, com base na utilização de critérios objetivos, transparentes e científicos que ditem um procedimento racional, eis a dimensão jurídico-constitucional.¹⁷⁹ Essa tarefa pode ser encarada sob o ponto de vista dos valores políticos que informam um Estado, devendo-se tomar o cuidado necessário para não estabelecer uma escala hierarquizada de valores ou criar antinomias que estabeleçam tal hierarquia, tratando-se de uma dimensão teórico-política.¹⁸⁰ Já sob um enfoque teórico jurídico, tem lugar de destaque a posição da constituição no vértice superior do ordenamento jurídico do Estado, o que importa em reconhecer que suas normas apresentam uma maior abertura e uma menor densidade que reclamam uma concretização por parte do operador do direito para conformar, quando possível o ordenamento jurídico à constituição através de uma interpretação das normas constitucionais que servem de fundamento àquele.¹⁸¹ A dimensão metódica, por seu turno, vê a atividade hermenêutica como uma estruturação de regras de concretização da norma constitucional para que esta seja aplicada pela Administração Pública e pelo legislador.¹⁸² Para a dimensão teórico-linguística, antes de se atribuir um significado ao texto constitucional, deve-se verificar seu conteúdo semântico considerando o texto em seu

¹⁷⁷ *Ibid.* p. 1.203.

¹⁷⁸ *Ibid.* p. 1.206.

¹⁷⁹ *Idem.*

¹⁸⁰ *Ibid.* p. 1.207.

¹⁸¹ *Idem.*

¹⁸² *Ibid.* p. 1.208.

aspecto eminentemente linguístico como um todo, o que compreende uma análise de sua literalidade, semântica e contexto, sob este enfoque, apesar de ainda terem relevância, a *mens legislatoris* e a *mens legis* ainda têm relevância, mas o papel de destaque é cedido à linguagem; com a linguagem é um dos importantes aspectos das manifestações culturais, tem-se que este enfoque deverá ser considerado na investigação empreendida.¹⁸³ Por fim, a dimensão teórico-política se preocupa com uma interpretação consciente das questões históricas e atuais que dizem respeito às mudanças político-sociais e ao desenvolvimento dos elementos políticos que influenciam na avaliação das normas constitucionais, é um atrito constante entre a historicidade de um lado, procurando manter as normas constitucionais como são, e a atualidade de outro, forçando a evolução do entendimento dos dispositivos constitucionais imprimindo a marcha do passar do tempo.¹⁸⁴

A tarefa interpretativa não importa na eleição de um enfoque hermenêutico e sua adoção irrevogável, ao menos não neste estudo. Cada dimensão interpretativa possui suas contribuições à empreitada que seguirá. Da dimensão metodológica extrai-se que deve ser encontrado um significado para os termos “livros, jornais e periódicos” que lhes revelem os valores políticos que influenciaram a edição na disposição constitucional como ela é, de modo que se harmonize o disposto no art. 150, VI, d, da CF com as demais normas constitucionais a fim de evitar contradições no texto constitucional, que é o enfoque teórico-político da interpretação. A contribuição da dimensão teórico-jurídica será exatamente a busca por uma maior concretização da norma constitucional ora discutida, que também é tema da dimensão metódica, verificando se é possível densificá-la de tal modo que ela abarque as novas manifestações culturais trazidas à luz pelo avanço tecnológico, ou se o significado de seus termos está historicamente situado, que é o conflito disposto pela dimensão teórico-constitucional. Cumprindo observar que já se falou acima da importância da dimensão teórico-linguística para a investigação pretendida.

Expostas as dimensões sob as quais a atividade interpretativa é vista e justificadas suas respectivas incidências neste estudo, importa agora expor quais são os métodos interpretativos que o hermeneuta pode se valer para revelar o sentido da norma, pois são as verdadeiras ferramentas que o auxiliarão em seu intento.

Mais uma vez, deve ser ressaltado que, como no caso das dimensões, não se mostra conveniente a adoção de um único método, sob pena de se produzir uma interpretação

¹⁸³ *Ibid.* p. 1.209.

¹⁸⁴ *Idem.*

tendenciosa ou incompleta, por isso deve-se adotar um conjunto de métodos, já que eles não se excluem, mas antes se complementam reciprocamente.¹⁸⁵

5.1.1 Método jurídico

O método jurídico, também conhecido como método clássico,¹⁸⁶ utiliza como premissa básica que a constituição é uma lei como as demais leis que se encontram em patamar inferior na pirâmide do ordenamento jurídico, portanto, interpretar a constituição não seria muito diferente de interpretar uma lei, o que se faz através a adoção das regras tradicionais de interpretação das normas jurídicas em geral: a interpretação gramatical, lógica, histórica, teleológica e genética.¹⁸⁷ Diferentemente da maioria das normas infraconstitucionais, as disposições da constituição demandam uma concretização maior por parte do intérprete e do aplicador, apresentando uma estrutura normativa que lhe é peculiar e a diferencia das outras normas de hierarquia inferior,¹⁸⁸ assim, o método jurídico deve ser aplicado com ponderação.

O elemento gramatical exige a interpretação do texto constitucional buscando o significado literal e semântico das palavras que compõem o texto do qual se extrai a norma, por óbvio, a interpretação gramatical não pode ser aplicada isoladamente, o texto da norma se desatualiza com o passar do tempo, expressões ganham novos significados conferidos pelo inexorável transcurso temporal e novos usos sociais¹⁸⁹, mas a interpretação gramatical mesmo não sendo perfeita e infalível, e nenhum método isoladamente é, pode fornecer ao intérprete um primeiro significado que será posteriormente lapidado pelas outras regras interpretativas e métodos que se verão abaixo.

O elemento lógico, como o próprio nome diz, perquire o significado da norma por intermédio de operações lógicas, fundando-se em uma lógica interna e uma lógica externa.¹⁹⁰ Pela lógica interna, analisa-se a lei isoladamente considerada, questionando se a lógica que dela se extrai é autossuficiente de modo que possa ser aplicada independentemente do concurso de

¹⁸⁵ *Ibid.* p. 1.210.

¹⁸⁶ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 102.

¹⁸⁷ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1997. p. 1.210-1.211.

¹⁸⁸ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 102-103.

¹⁸⁹ NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 255-256.

¹⁹⁰ *Ibid.* p. 256.

outras leis, mas apenas das normas que a compõem.¹⁹¹ Esta regra interpretativa tem o inconveniente de não levar em conta importantes e relevantes fatores que influenciam sobremaneira no trabalho interpretativo, tal como os elementos sociais e históricos. De forma complementar e afim de se suprir a deficiência anteriormente apontada, se aplica a lógica externa, por meio da qual o intérprete verifica os elementos extra legais que ditaram a formação da lei que se busca interpretar, não se trata propriamente de uma interpretação histórica ou social, campo de outras regras interpretativas conforme se verá adiante, mas de uma interpretação que tem por fundamento os fatos dos quais se originou a norma ou os fatos os quais a norma busca regular.¹⁹²

A interpretação histórica objetiva levar ao conhecimento do intérprete as razões históricas da existência da norma.¹⁹³ Em uma primeira vista, a técnica histórica parece se confundir com a lógica externa, no entanto, é apenas uma aparência. Investigar as razões históricas é um trabalho muito mais complexo do que verificar as razões fáticas existentes quando da concepção da norma, pois a história não se limita somente ao momento em que a norma estava sendo redigida, tome-se a CF de 1988, por exemplo, ela não se justifica de um ponto de vista interpretativo apenas pelo período de redemocratização pelo qual o país estava passando quando de sua edição, ela é um produto de uma série de fatores históricos que remontam à alvorada do Estado brasileiro que informaram a elaboração de seu texto como ele é, assim, não se pode conceber que o extenso rol de direitos fundamentais expressos, apenas para citar um exemplo, tinha como origem apenas o fato de se estar saindo de um período de governo de exceção, que era exatamente a realidade fática à época, mas essa positividade detalhada e extensa era um reação a uma série de ataques aos direitos fundamentais que se iniciaram de forma mais sistemática pouco mais de vinte anos antes, se é que já cessaram nos dias de hoje.

A interpretação teleológica procura desvendar a finalidade da lei a ser interpretada, qual o bem jurídico que a lei busca proteger ou qual a relação social que ela almeja elevar ao nível de relação jurídica e regular de acordo com suas premissas, mas não é exatamente a finalidade pretendida pelo legislador que criou a lei, *in casu*, do constituinte originário, mas a finalidade da própria lei, ou da constituição, na medida em que esta é mutável, atualizável, aquela não.¹⁹⁴

¹⁹¹ *Idem*.

¹⁹² *Ibid.* p. 257.

¹⁹³ *Ibid.* p. 257-258.

¹⁹⁴ *Ibid.* p. 258.

A interpretação genética já trata do processo legislativo que concebeu a norma inseridos em seu contexto histórico, genético realmente com a ideia de geração ou de herança genética da norma, perquirindo sobre as intenções e as finalidades pretendidas pelo legislador.¹⁹⁵

5.1.2 Método tópico-problemático

O método em epígrafe traz a ideia de textura aberta da constituição, considerando a interpretação constitucional como um trabalho coletivo realizado pelos vários intérpretes constitucionais (juristas, sociólogos, historiadores, políticos, e o povo como um todo) tendente a resolver um problema concreto.¹⁹⁶ Cada intérprete é convidado a apresentar seus respectivos pontos de vista sobre a norma a ser interpretada a submetê-los à apreciação dos outros intérpretes de maneira que se descubram o maior número de possibilidade de significado do texto da constituição e desse universo elejam aquele que melhor se adequa ao problema que se busca resolver.¹⁹⁷

A multiplicidade e diversidade de pontos de vista sobre a norma tem como objetivo balizar a atividade do intérprete, construir um guia de discussão para o problema em questão e permitir a eleição de uma solução para o problema, escolhendo-se de uma espécie de banco de dados interpretativo rico e diversificado.¹⁹⁸ Trata-se de um método preocupado com a concretização da norma, porém, a interpretação tópico-problemática parte da análise do problema para a norma, trazendo o risco inerente de se criar uma espiral casuística perigosa capaz de sacrificar a norma em benefício do problema.¹⁹⁹

¹⁹⁵ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 98.

¹⁹⁶ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1997. p. 1.211.

¹⁹⁷ *Idem*.

¹⁹⁸ *Idem*.

¹⁹⁹ *Ibid*, p. 1.212.

5.1.3 Método hermenêutico-concretizador

Este método utiliza como ponto de partida da análise as concepções do sentido da norma que o intérprete possui, trazendo o intérprete para o ponto central da interpretação, assim, ele contribui para a criação do direito com seus pressupostos subjetivos em relação à norma a partir de uma concepção histórica bem determinada e definida concretamente, também não se olvidam os elementos objetivos, ou seja, da norma, pois estes trabalham com os elementos subjetivos vindos do intérprete, havendo um evidente diálogo entre o texto da norma e seu contexto (elemento objetivo) que é mediado pelo intérprete com suas concepções (elemento subjetivo), a esse diálogo no qual se parte do texto da norma para o seu contexto e deste àquele, dá-se o nome de círculo hermenêutico.²⁰⁰

Deve ser asseverado que a importância do elemento subjetivo não insta reconhecer a prevalência de questões de cunho axiomático, mas que a análise deve ser sempre problematicamente orientada, que, assim como no método anterior, é uma das preocupações nodais do método, mas enquanto aquele parte de uma análise do problema concreto para a norma, aqui se faz o sentido inverso, partindo-se do texto da norma para o problema.²⁰¹

5.1.4 Método científico-espiritual

De acordo com o presente método, a interpretação constitucional deve levar em conta o sistema de valores que informa o sistema constitucional a ser interpretado, em última análise, do espírito ou do conteúdo axiológico da constituição, valorando tais elementos em cotejo com questões afetas à realidade existencial do Estado.²⁰²

Para o método em testilha, a constituição é uma sistematização dos valores culturais de um povo, devendo o método interpretativo aproximar a norma constitucional desses valores, como a constituição é informada por aspectos culturais e estes são fluidos, como se viu no início

²⁰⁰ Idem.

²⁰¹ Idem.

²⁰² *Ibid.* p. 1.213.

deste estudo, admite-se que a interpretação da constituição também possa gerar resultados mais flexíveis.²⁰³

5.1.5 Método jurídico normativo estruturante

O método se preocupa com as diversas funções que tem como tarefa a realização do texto da constituição, ou seja, as funções básicas do Estado, a executiva, a legislativa e a judiciária, ademais, este método, assim como outros, é problematicamente orientado, ocupando-se da solução para um problema prático.²⁰⁴ Neste método há uma evidente preocupação com a estrutura da norma como fator de conexão da concretização da norma e o exercício daquelas funções de Estado, fazendo uma importante distinção entre o texto da norma e a norma em si, sendo aquele apenas o primeiro aspecto da norma com o qual o intérprete se depara ao encarar a norma em um momento inicial, e o comando direto do qual se extrai sua essência, a norma, que, por sua vez possui uma carga social muito rica e densa.²⁰⁵

Em vista dessa sinalização dos dois elementos da constituição, seu texto e sua norma, a interpretação deve sempre trabalhar com dois momentos de interpretação bem distintos: a interpretação do texto da norma e a interpretação do conteúdo normativo, integrando, ao fim os dois resultados em uma síntese interpretativa.²⁰⁶

5.1.6 Método comparativo

O método comparativo pesquisa a evolução e o sentido de institutos jurídicos semelhantes dispostos em ordenamentos jurídicos de países distintos, elucidando-lhes as similitudes e diferenças e descobrindo-lhes o sentido de forma comparativa.²⁰⁷

²⁰³ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 103.

²⁰⁴ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1997. p. 1.213.

²⁰⁵ *Idem*.

²⁰⁶ *Idem*.

²⁰⁷ *Ibid.* p. 1.214.

Quando se tratou do conceito de cultura no capítulo 1, restou consignado que há um certo protecionismo que impede a adoção ou a interferência indevida de elementos culturais alienígenas na cultura pátria, contudo, isso não significa de forma alguma rejeitar de plano o recurso ao método comparativo.

Ao se interpretar com base no direito comparado não se está permitindo a influência da cultura estrangeira na cultura nacional, se está buscando entender como a cultura jurídica estrangeira lidou com questões que podem ser igualmente problemáticas no direito pátrio, não se traduzindo isso em importação automática das soluções adotadas em outros países, mas revelando elementos que podem contribuir para a construção de uma solução dentro do próprio ordenamento jurídico pátrio.

5.1.7 Questões culturais

O que se abordará no presente ponto não é expresso na doutrina, apesar de que possa decorrer da aplicação dos métodos de interpretação, contudo, como um dos objetos deste estudo é a cultura, não se pode deixar de dedicar algumas palavras exclusivamente à atividade cultural de interpretação.

Consoante se disse nos comentários inaugurais deste capítulo, a primeira coisa com a qual o hermeneuta se depara ao interpretar um dispositivo constitucional é com o texto da norma, que, em sua essência, é linguagem. Também se viu que a linguagem é um dos meios pelos quais a cultura se manifesta, a cultura influencia a maneira como a linguagem é emitida e como ela é compreendida, razões de ordem cultural podem, inclusive recodificar a linguagem para que ao lado de sua significação geral ela possua uma significação específica só compreensível, ou ao menos plenamente compreensível, para um seletivo número de participante de determinado grupo social.

Insta reconhecer, portanto, que a atividade interpretativa é uma atividade cultural, pois se debruça sobre o que, em última análise, é cultura.

Isso posto, independentemente do método ou métodos empregados, a tarefa hermenêutica deverá ser informada fortemente pelos elementos culturais da sociedade à qual a norma se pretende aplicável.

5.1.8 Princípios informativos da interpretação constitucional

Elucidados os métodos interpretativos elencados pela doutrina e os diferentes enfoques da atividade hermenêutica, antes de adentrar no derradeiro enfrentamento do problema a em questão, insta tecer alguns comentários sobre os princípios norteadores da interpretação constitucional.

O princípio da unidade da constituição determina que a constituição deve ser interpretada de modo que da atividade hermenêutica não se evitem contradições entre as normas constitucionais, orientando o intérprete a enxergar além de aparentes contradições no texto e considerar as normas constitucionais de forma global, desconsiderando tensões aparentes e harmonizando essas contradições aparentes ao revelar a real harmonia do sistema constitucional.²⁰⁸

O efeito integrador recomenda que a constituição seja interpretada dando-se primazia a critérios e concepções que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política nacional, não como uma mera técnica integracionista como pode parecer, mas como uma forma de pacificação de eventuais conflitos fundados na constituição por intermédio de soluções plurais e integradoras para os problemas.²⁰⁹

O princípio da justeza constitucional objetiva impedir a alteração da repartição das funções constitucionalmente estabelecidas, evitando que da atividade interpretativa chegue a um resultado que possa subverter a estrutura funcional da constituição, cuida-se de um corolário da separação harmônica dos Poderes e do pacto federativo, havendo posições no sentido de que este princípio seria mais afeto à repartição de competências do que à interpretação constitucional como um todo,²¹⁰ na medida em que a repartição de competências é uma questão constitucional, entende-se que essa diferenciação é inócua, pois levadas às últimas consequências, se está falando da solução de um problema relativo a competências constitucionais dos órgãos integrantes da estrutura do Estado, cuja solução perpassa por um sopesamento hermenêutico dessas mesmas normas da constituição.

O princípio da concordância prática procura harmonizar o sistema constitucional de forma que ao se deparar o intérprete com normas constitucionais em conflito aparente, não seja

²⁰⁸ *Ibid.* p. 1.223.

²⁰⁹ *Ibid.* p. 1.224.

²¹⁰ *Ibid.* p. 1.224-1.225.

uma sacrificada em prol da outra, mas sejam ambas mantidas válidas e eficazes, estabelecendo que, no caso concreto uma prevalecerá, porém não excluirá por completo a outra.²¹¹

O campo mais propício para a aplicação desse princípio é o dos direitos fundamentais quando há conflito entre direitos fundamentais ou entre estes e outras normas constitucionais consagradoras de bens jurídicos outros. Reconhecendo-se que há entre as normas constitucionais como um todo uma relação harmônica e nivelada, não se pode conceber que haja uma hierarquia entre tais normas que reclame o sacrifício de uma delas,²¹² no entanto, essa afirmativa deve ser temperada com o art. 60, § 4º, da CF, pois mesmo as normas constitucionais que violarem os chamados princípios constitucionais sensíveis podem ser extirpadas.

Por fim, o princípio da força normativa da constituição reclama que se dê prevalência à interpretação que confira máxima eficácia às normas constitucionais, privilegiando as interpretações que possibilitem uma atualização normativa que garanta a eficácia e perenidade do texto constitucional.²¹³

5.2 Aplicação das técnicas de interpretação no caso do *streaming* com finalidade cultural

CONCLUSÃO

²¹¹ *Ibid.* p. 1.225.

²¹² *Idem.*

²¹³ *Ibid.* p. 1.226.

REFERÊNCIAS

300. Direção de Zack Snyder. Produção de Mark Canton, Bernie Goldman, Gianni Nunnari, Jeffrey Silver. Intérpretes: Gerard Butler, Lena Headey, David Wenham, Dominic West. Roteiro: Zack Snyder, Kurt Johnstad, Michael Gordon. [s.i.]: Warner Bros. Prictures, 2007. Blu-ray, son., color. Legendado.

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário esquematizado**. 5. ed. São Paulo. Método. 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BALEEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. **Ensaio sobre o conceito de cultura**. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRANDT, Leonardo. **O poder da cultura**. São Paulo: Peirópolis, 2009.

BRASIL. MINISTÉRIO DA CULTURA. **Lei Rouanet em Números**. 2017. Disponível em: <http://www.cultura.gov.br/documents/10883/1404262/Microsoft+Word+-+Lei+Rouanet+em+numeros+_2_.pdf/e3cbaa7e-25e7-4a60-b90a-6dda398b2e59>. Acesso em: 05 jan. 2018.

BURY, John. **Arquitetura e arte no Brasil colonial**. Brasília: Iphan, 2006.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. Direitos culturais no Brasil: dimensionamento e conceituação. In: CUREAU, Sandra; SOARES, Inês Virgínia Prado. **Bens culturais e direitos humanos**. São Paulo: Sesc, 2016.

DIAS, Maria Berenice. **A mulher no Código Civil**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/18_-_a_mulher_no_c%F3digo_civil.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2017.

DOMINGOS, Ana Cláudia Munari. Hipermidia: Convergência para um novo gênero?. In: BENEVENUTO JÚNIOR, Álvaro (Org.). **Conteúdos digitais e convergência tecnológica: Prospecções, reflexões e experiências**. Porto Alegre: Gestal & Gestal, 2013.

FISHER, Nina Isabel Caroline; MACIEJEWKI, Mariusz; ROGINSKA, Yana. **Streaming and online access to content and services**. Bruxelas: Parlamento Europeu, 2014. Disponível em: <[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/492435/IPOL-IMCO_ET\(2014\)492435_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/492435/IPOL-IMCO_ET(2014)492435_EN.pdf)>. Acesso em: 12 fev. 2018.

FRENCH, Carl. **Data processing and information technology**. 10. ed. Londres: Thomson Learning, 2004.

IBGE. **Perfil dos Estados e Municípios Brasileiros**. Rio de Janeiro: IBGE, 2014.

LARAIA, Roque de Barros. **Cultura: Um conceito antropológico**. 14. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

MACHADO, Hugo de Brito. **Carga tributária e transparência**. 2005. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bd000003.pdf>>. Acesso em: 16 dez. 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MELO, José Eduardo Soares de; PAULSEN, Leandro. **Impostos federais, estaduais e municipais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MESQUITA, Fabio de Azevedo. A veneração aos santos no catolicismo popular brasileiro: Uma aproximação histórico-teológica. **Reveleto**, São Paulo, v. 9, n. 15, p.155-174, jan/jun 2015. Semestral. Disponível em:

<<https://revistas.pucsp.br/index.php/reveleiteo/article/download/23768/17041>>. Acesso em: 19 nov. 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PRESSFIELD, Steven. **Portões de fogo**. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Comentário contextual à constituição**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. 3 v.

SOUZA, Marcos Antônio de. **O dicionário de hebraico bíblico de Brown, Driver e Briggs (BDB) como modelo de sistema lexical bilíngüe: Um estudo da lexicografia hebraica bíblica moderna**. 2008. 197 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Estudos da Tradução, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2008.

SUNSTEIN, Cass Robert. *One case at a time: Judicial minimalism on the Supreme Court*. 1ª ed. Cambridge: Harvard University Press. 2001.

TYLOR, Edward Burnett. **A ciência da cultura**. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

UNESCO. **Acesso à cultura no Brasil**. Disponível em:

<<http://www.unesco.org/new/pt/brasil/culture/culture-and-development/access-to-culture/>>.

Acesso em: 13 dez. 2017.

WIKIPEDIA. **300** **(film)**. Disponível em:
<[https://en.wikipedia.org/wiki/300_\(film\)#Production](https://en.wikipedia.org/wiki/300_(film)#Production)>. Acesso em: 15 fev. 2018.