

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

GILSON RODRIGUES CARDOSO DA SILVA

**A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA PARA FONOGRAMAS E
VIDEOFONOGRAMAS MUSICAIS**

CURITIBA

2016

GILSON RODRIGUES CARDOSO DA SILVA

**A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA PARA FONOGRAMAS E
VIDEOFONOGRAMAS MUSICAIS**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. José Roberto Vieira.

**CURITIBA
2016**

*À família, ao meu avô e aos queridos amigos
que contribuíram para a realização deste trabalho.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais por todo o carinho, dedicação, apoio e sacrifícios que me permitiram chegar até aqui. Agradeço aos meus irmãos com quem aprendi que a forma mais verdadeira do amor manifesta-se em meio às diferenças.

Aos meus amigos, agradeço pela paciência e pelo companheirismo demonstrados ao longo destes cinco anos de faculdade. Em especial, à Ana Becker e ao Marcelo Bortolotto pelos valiosos conselhos que levarei para toda vida. Ao Eduardo Zölfeld e ao Guilherme Guerra por estarem sempre dispostos a oferecer um ombro amigo. Ao Eduardo Rueda e ao Marcelo Campos por sempre estenderem a mão nos momentos de dificuldade. Ao Matheus Krüger e ao Marcos Ritz pelas profundas discussões as quais me permitiram rever vários conceitos e amadurecer ideias às vezes não tão bem estruturadas e aos demais, que por questões de afinidade, eu tenha tido um contato mais profundo, mas que também estarão eternamente gravados em minha memória e meu coração. Ainda agradeço aos meus velhos amigos Roberto Renan e Lorena Oliveira, pois me ensinaram que as verdadeiras amizades não morrem, mesmo após anos de distanciamento.

Agradeço a todos os integrantes do gabinete do Dr. Hamilton Schwartz, pessoas incríveis com quem tive a honra de trabalhar durante mais de um ano e meio, pude crescer acadêmica e profissionalmente e conquistei amigos que levarei para vida toda.

Por fim, ao meu professor orientador Dr. José Roberto Vieira, agradeço por ter me dado a oportunidade de ser seu orientando.

RESUMO

Este trabalho tem por escopo o estudo da regra imunizadora integrada por meio da Emenda Constitucional nº 75/2013 ao artigo nº 150, VI, da Constituição Federal, inserindo, no referido artigo, a alínea “e”, a qual prevê a desoneração dos trabalhos artísticos musicais de autoria de artistas brasileiros ou que sejam interpretados por artistas brasileiros. Fez-se necessária a análise do surgimento da indústria fonográfica, sua atuação no plano mundial e um breve histórico de como esse ramo industrial desenvolveu suas atividades no país. Ainda, empreende-se uma análise com relação aos limites de abrangência da referida norma, os motivos de sua implementação no texto constitucional, sobretudo a disseminação da cultura brasileira e o combate ao crime de pirataria, além dos resultados efetivamente atingidos. Esses objetivos foram concretizados por meio de pesquisa bibliográfica e em sítios eletrônicos especializados nessa questão.

Palavras-chave: Imunidade Tributária. Fonogramas e Videofonogramas Musicais. Cultura Brasileira. Pirataria.

ABSTRACT

This work has the scope of the study of the immunizing rule integrated by means of the Constitutional Amendment nº 75/2013 to the article nº 150, VI, of the Federal Constitution, inserting itself in the paragraph "e", which foresees the dismissal of the artistic works of music of Brazilian artists Authorship or that are interpreted by Brazilian artists. The analysis of the phonographic industry sector, its performance in a world-wide level and a historical study of how this industrial branch has developed its activities in the country is useful. Also, the analysis on the limits of coverage of the mentioned norm, the reasons of its implementation in the constitutional text, the dissemination of the Brazilian culture and the fight against the piracy crime, besides the results effectively reached, is undertaken. These objectives were fulfilled through bibliographic research and in electronic sites specialized in this matter

Keywords: Tax Immunity. Musical Phonograms and Videofonograms. Brazilian Culture. Piracy.

Sumário

1 INTRODUÇÃO	1
2 A INDÚSTRIA FONOGRAFICA NO BRASIL	2
2.1 Histórico da Indústria Fonográfica	2
2.2 A Importância da Indústria Fonográfica no Brasil	7
3 MEDIDAS PARA CONTENÇÃO DA CRISE DA INDÚSTRIA FONOGRAFICA	8
4 IMUNIDADE TRIBUTÁRIA	10
4.1 Norma Jurídica	10
4.2 Natureza Jurídica	16
4.3 Competência Tributária	20
4.4 Relação com os Direitos Fundamentais	27
5 A IMUNIDADE DOS FONOGRAMAS E VIDEOFONOGRAMAS MUSICAIS	31
5.1 Histórico e Elementos Motivadores	31
5.2 Abrangência da Imunidade Musical	38
5.3 Análise dos Resultado Obtidos	49
6. CONCLUSÃO	51
REFERÊNCIAS.....	52

1 INTRODUÇÃO

Desde a revolução comunicacional, a indústria fonográfica tem se apresentando como importante fonte de produção de riquezas e entretenimento, enfrentando efetivamente, diversas crises no decorrer da sua história, mas mantendo o *status* de importante ramo da economia mundial. Contudo, com o advento da internet e a proliferação de meios domésticos de replicação de arquivos audiovisuais, a indústria fonográfica perdeu força.

No Brasil, ante a proliferação da crise, nesse ramo da indústria nacional, o legislador estabeleceu uma nova norma constitucional, imunizando os fonogramas e videofonogramas musicais produzidos no país, de autores brasileiros e/ou interpretados por brasileiros. É essa norma jurídica que o presente trabalho se dispõe a estudar.

Inicialmente, analisaremos a formação da indústria fonográfica, no âmbito global e no Brasil, examinando os motivos que levaram ao seu recente declínio e às medidas utilizadas para o seu reestabelecimento, ao mesmo passo em que é ensinada a importância desse ramo industrial para a economia nacional.

Posteriormente, por meio de um estudo da teoria sistêmica e do sistema jurídico, serão investigadas as normas jurídicas de imunidade tributária, estabelecendo sua natureza jurídica, suas principais características e sua relação com os direitos fundamentais.

Mais adiante, trataremos do tema da imunidade estabelecida pela Emenda Constitucional nº 75/2013, especificamente, discorrendo a respeito do contexto social e histórico que levaram à sua edição, estabelecendo seus objetivos e extensão, para, por fim, averiguar a real efetividade da sua implementação na regulação da sociedade brasileira.

Ao final, estabeleceremos algumas conclusões acerca da motivação e dos objetivos alcançados pela referida norma.

2 A INDÚSTRIA FONOGRAFICA NO BRASIL

2.1 Histórico da Indústria Fonográfica

Frequentemente, costuma-se atribuir a THOMAS EDISON a responsabilidade pelo nascimento da indústria fonográfica, tendo como parâmetro a invenção do fonógrafo. Apesar de, ter sido, o aparelho desenvolvido nos laboratórios de EDISON, o primeiro instrumento de adscrição sonora com o registro de patente, determinar um evento e um personagem como marco histórico, não parece uma boa opção. Assim, em consonância com os ensinamentos de ANDRE MILLARD, adotados por PAULA ABREU, opta-se por identificar o início da indústria fonográfica no seio da revolução das comunicações, pois assim é possível estudar a “(...) *formação de um universo específico de atividades industriais e culturais*”, partindo do contexto de transformações tecno-industriais¹.

Com o advento do telégrafo, em meados do século XIX, eclodiram diversas pesquisas envolvendo registro e reprodução do som. Dessa forma, os domínios do som, da eletricidade e da comunicação tornaram-se objeto de estudo dos mais diversos inventores, tais quais ALEXANDRE e CHICHESTER BELL, CHARLES TAINTER e ÉMILE BERLINER, entre outros. Idealizadores das mais diversas máquinas capazes de armazenamento e reprodução sonora, entre elas o grafofone e o gramofone, as quais se aproximam muito do conceito empregado por THOMAS EDISON na construção do fonógrafo.

Além disso, a utilidade inicialmente pretendida para essas máquinas, sobretudo a de EDISON, não diz respeito, necessariamente, às atividades recreativas dessas invenções. Essas possibilidades surgiram em decorrência da divulgação dos próprios aparelhos, em contato com outros utilizadores, para além do inventor. O desvio das utilidades inicialmente idealizadas, deu ensejo a novas questões referentes ao registro e à reprodução sonora, como, por exemplo, a manipulação do equipamento, as formas de evitar o desgaste do suporte e do som registrado, a gravação de áudios destinados ao entretenimento e à produção industrial das mídias gravadas, entre outros.

¹ Paula Abreu, A indústria fonográfica e o mercado da música gravada – histórias de um longo desencontro. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, v. 85, p. 107-108.

Esses obstáculos começaram a ser superados no início do século XX, ocasião na qual foram desenvolvidas técnicas para aperfeiçoamento dos aparelhos, dos suportes de mídia e da técnica de registro dos fonogramas, resultando no surgimento das primeiras companhias destinadas à produção industrial desses equipamentos. Entretanto, a permanência de algumas limitações técnicas somadas à escassez de consumidores do produto ofertado, dificultaram a implementação efetiva da indústria fonográfica.

Apesar disso, as condições econômicas do início das primeiras décadas do século passado, conjuntamente com o surgimento de novas tecnologias, capazes de diminuir o custo de produção, ao passo que melhorava a qualidade das gravações, dos suportes de mídia e do equipamento de reprodução em si, permitiram a ampliação do repertório musical gravado, possibilitando a popularização, principalmente do gramofone, cuja adaptação para equipamento portátil permitiu suplantando o comércio de fonógrafos, além de difundir o uso da música como instrumento lúdico residencial. Com a disseminação do gramofone e a redução dos custos de produção e comercialização de seus discos, uma maior parte da população passou a ter acesso a algo anteriormente restrito às elites sociais.

Nesse ponto, importante salientar que tão importante quanto o equipamento de reprodução de som é o material reproduzido por esse equipamento, pois, na ausência de um deles, torna-se inócuo o outro. Dessa forma, atrelado ao surgimento de uma nova máquina de reprodução sonora, surgia a necessidade de implementação de bens sonoros passíveis de despertar o interesse público, sendo, a indústria fonográfica, estruturada com base nessas duas frentes de produção e comercialização de bens. Essa verificação permite observar a figura do artista como mais uma figura essencial para a articulação da indústria fonográfica.

Como se vê, foi necessário um conjunto de condições econômicas, sociais e tecnológicas favoráveis, capazes de tornar viável a estruturação da indústria fonográfica. Inicialmente, nos Estados Unidos da América, seguindo para o continente europeu, até atingir as demais localidades.

Ao tratarem desse tema, EDUARDO VICENTE e LEONARDO DE MARCHI, esclarecem que esse processo de expansão da indústria fonográfica, pelos países agroexportadores, deu-se por intermédio da ação de “(...) *empreendedores*

*aventureiros*², indivíduos que excursionavam pelos países periféricos do capitalismo, à procura de mercados propícios para estabelecerem gravadoras. Assim, após gravadas as matrizes das obras, elas eram enviadas às fábricas, instaladas nos países centrais, para serem replicadas e posteriormente compradas para revenda.

No Brasil, o responsável por esse processo foi FREDERICO FIGNER, fundador, na cidade do Rio de Janeiro, por volta do ano de 1900, da “Casa Edison”, loja voltada à importação de produtos industrializados, destinando-se ao comércio dos mais variados equipamentos tecnológicos da época, entre eles, as chamadas máquinas falantes e seus discos. Posteriormente, em 1902, instalou em sua loja um estúdio de gravações, em parceria com uma empresa da Alemanha. FIGNER, ainda inaugurou, também, na antiga capital da república, a primeira fábrica de discos da América Latina, concentrando a produção de discos para outras gravadoras, no país, por essa razão, representava o principal agente da indústria fonográfica do país.

Com a chegada da tecnologia de reprodução digital ao Brasil e o fim das patentes, que abriu espaço para empresários estrangeiros investirem diretamente no mercado nacional, além de problemas resultantes da Primeira Guerra Mundial afetarem as empresas europeias parceiras de FREDERICO FIGNER, a Odeon, fábrica instalada por ele, no Rio de Janeiro, passou a enfrentar um leque maior de concorrentes, até seu fundador ter de abdicar dela, em 1932.

Concomitantemente, os objetivos nacionalistas do Estado Novo, de Getúlio Vargas, emanando do centro do poder político do país, ou seja, a capital, Rio de Janeiro, tendo como um dos meios de disseminação de seus ideais o rádio comercial, e chocando-se com a oposição da liderança paulista, centro econômico, que se utilizava das mesmas armas midiáticas para propagar sua ideologia, acabou por afetar drasticamente a forma de consumo dos bens fonográficos pela sociedade brasileira da época. Isso porque as emissoras de rádio passaram a apresentar uma programação voltada para entretenimento das classes sociais mais baixas, elaborando seus próprios elencos de artistas, muitos com contrato de exclusividade.

² Eduardo Vicente; Leonardo de Marchi, Por uma história da indústria fonográfica no Brasil 1900-2010: uma contribuição desde a Comunicação Social, **Música Popular em Revista**, v. 1, p. 10.

É nessa conjuntura efervescente que os primeiros astros da música brasileira surgem. Outro resultado é o fortalecimento do eixo Rio-São Paulo como polo cultural mais relevante do país, atraindo os principais investidores e a maioria dos profissionais da área; e, ao mesmo tempo, relegando as produções artísticas e culturais das demais localidades do território nacional ao posto de regionalistas, mitigando sua importância no cenário nacional.

Nessa esteira, com a chegada cada vez maior de produtoras de países europeus e dos Estados Unidos da América, somada ao aumento do público consumidor, além da popularização do aparelho televisor e do forte investimento das emissoras de televisão em programas com conteúdo musical, as décadas de 60 e 70 experimentaram um crescimento exponencial da indústria fonográfica do Brasil, possibilitando, ainda, o surgimento de produtos voltados para grupos mais específicos como alvo das grandes produtoras. Fomentando, inclusive, o advento do movimento musical independente, o qual, nas palavras de VICENTE e MARCHI, “(...) marcariam, de maneira indelével, a produção musical no país nas próximas décadas.”³

A expansão da indústria fonográfica no país arrefeceu juntamente com fim da tumefação econômica, conhecida como “milagre brasileiro”, na década de 1980. A instabilidade econômica acabou por erradicar as produtoras com capital pátrio, tanto pela falência quanto pela sua aquisição por empresas multinacionais, cujo equilíbrio financeiro foi mantido mediante mudanças drásticas de comportamento. Inicialmente, as produtoras do eixo Rio-São Paulo optaram por explorar novos mercados, ainda não aproveitados, como o da música infantil e o da música sertaneja, tendo em vista as mudanças da configuração econômica da população das regiões periféricas ao eixo Rio-São Paulo, devido à evolução do agronegócio nessas regiões; assim, as tradicionais duplas caipiras são substituídas por artistas com uma influência maior da música “country” estadunidense, resultando em produto destinado não mais ao agricultor, mas ao público jovem com alto poder aquisitivo, resultado do agronegócio.

De outro vértice, com a implementação do Plano Real e a nova estabilização da economia, somada à paridade da moeda nacional com o dólar americano, do início da década de 90, as grandes produtoras dominantes do mercado

³ *Ibidem*, p. 21.

empenharam-se em substituir os meios de suporte analógicos (LP e fita magnética) pelo meio digital (CD), de fácil armazenamento, maior retorno financeiro e forma de produção industrial padronizada, possibilitando a terceirização do serviço. Essa substituição deu ensejo ao ressurgimento de produtoras menores de capital nacional, espalhadas pelas demais regiões do país, mesmo que ainda atreladas às grandes corporações do eixo Rio-São Paulo. Desse modo, tornou-se factível a exploração de novos nichos musicais, anteriormente restritos à regionalização e desprezados pelo mercado fonográfico nacional, tais como o “Axé”, a música romântica ou brega e até mesmo o “rap” e o “funk”, nascidos nas periferias paulista e carioca, respectivamente.

Assim sendo, no final da década de 90, havia renascido o vigor dos anos 70. Essa nova fase de prosperidade estava baseada na disseminação da produção e da exploração dos mais diversos gêneros musicais. Entretanto, a dependência das grandes produtoras do eixo Rio-São Paulo permanecia, uma vez que elas controlavam o sistema de distribuição de discos físicos e mantinham um contato mais estreito com os principais meios de comunicação.

A partir de 1999, a indústria fonográfica do país passou a vivenciar um declínio na arrecadação. Inicialmente, os representantes das principais gravadoras do Brasil culpavam a pirataria, seja pela venda de contrafações físicas ou pela disponibilização virtual dos arquivos musicais. Ainda que a pirataria represente um fator importante de justificativa para a crise instalada no setor, não é capaz de esgotar os motivos da perda de força do mercado musical nacional, pois existem outros fatores capazes de elucidar essa questão. Primeiramente, o avanço tecnológico permitiu que os artistas gerissem autonomamente suas carreiras, gravando seu repertório, contratando apresentações e executando as mais diversas atividades, antes delegadas às gravadoras. Além disso, os materiais produzidos pelos próprios artistas passaram a ser comercializados em ambientes alheios às tradicionais lojas de discos, como concertos, bancas de jornais, templos religiosos, entre outros, onde o artista se encontra em contato direto com seu público. Ademais, distintamente da forte oposição das grandes gravadoras ao investimento no mercado digital de fonogramas, esses artistas autônomos passaram a utilizar as redes sociais para expor seu trabalho, pondo à disposição do público suas músicas, estimulando os fãs a atuarem como verdadeiros divulgadores de seus trabalhos e oferecendo outros produtos, como camisetas, ingressos para apresentações, e, até

mesmo versões especiais de CD's e DVD's, para suprir a disponibilização gratuita de suas músicas.

Diante desse cenário, empreendedores da área de tecnologia da informação começaram a oferecer formas de controle do fluxo das mídias musicais pela rede digital. A ação desses empreendedores foi fundamental para propiciar a entrada, no mercado brasileiro, de empresas eletrônicas de música oriundas de outros países. O primeiro passo para a efetiva atuação desses agentes, no país, foi o acordo entre o "Youtube" e o Escritório Nacional de Arrecadação e Distribuição de direitos autorais (ECAD), em 2010. No ano seguinte, a "Apple" passou a colocar à disposição dos brasileiros sua loja virtual de músicas, possibilitando o investimento de outras empresas, sobretudo as de serviço de "streaming" e agregadoras de conteúdo, culminando na atual conjuntura de transição da indústria fonográfica nacional "(...) de um negócio industrial de discos físicos para um de venda de serviços de conteúdos digitais".⁴

2.2 A Importância da Indústria Fonográfica no Brasil

A indústria cultural como um todo representa mais do que uma forma de entretenimento humano, mas um meio de construção de identidade social, beneficiando a comunidade das mais amplas formas, pois estimula a imaginação, a autoestima, a sensibilidade e a capacidade crítica e criativa. Além disso, os empreendimentos da indústria cultural promovem incentivos no campo da economia.

Inserida nesse universo, inclusive com certo destaque, está a indústria fonográfica, a qual, apesar do declínio sofrido nas últimas décadas, ainda movimentou R\$ 519,2 milhões de reais apenas no ano de 2015, segundo dados da Associação Brasileira dos Produtores de Disco, com o consumo de música gravada⁵.

Não obstante seu papel econômico, atuando na geração de recursos financeiros, empregos e movimentação de capital no mercado, a indústria fonográfica atua como veículo de mediação entre a música e a sociedade; muito embora, no mais das vezes, essa mediação dê-se por meio da oferta de produtos

⁴ *Ibidem*, p. 32.

⁵ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS PRODUTORES DE DISCOS, **Mercado fonográfico mundial e brasileiro em 2015**, disponível em: http://abpd.org.br/wp-content/uploads/2016/04/MERCADO_FONOGRAFICO_BRASILEIRO_E_MUNDIAL_2015_FINAL_PDFSITE.pdf, acesso em: 5 dez. 2016, p. 3.

destinados ao consumo imediato, com o objetivo de manutenção de um mercado caracterizado pela perpetuação de uma demanda ilusória, onde os produtos oferecidos são moldados para a efemeridade. A partir da implementação de um mercado fonográfico voltado para a exploração dos mais variados nichos possíveis, como já explanado anteriormente, a indústria da fonografia abriu as portas para o contato da sociedade com artistas que representam uma diversidade cultural diferente da tradicionalmente vivida pelos indivíduos, tornando viável a popularização de grupos com forte influência étnica como “Olodum” e “Timbalada”.

Dessa forma, observa-se que, para além do seu papel como geradora de riqueza, a indústria fonográfica atua como meio de divulgação de elementos culturais regionalistas, consagrando a diversidade cultural do país.

3 MEDIDAS PARA CONTENÇÃO DA CRISE DA INDÚSTRIA FONOGRÁFICA

Ao tratar do tema, WILSON VIEIRA LANNES, apresenta algumas das ações adotadas pelas gravadoras com intuito de estabilizar o déficit resultante de diminuição da venda de mídias físicas de músicas⁶.

Inicialmente, salienta que, com a evolução da era digital, foi conferida aos indivíduos maior autonomia quanto à produção e à divulgação de seu material, possibilitando, inclusive, a empreendedores de outros ramos, alheios à indústria fonográfica, a incursão nesse campo, provendo o investimento em patrocínio de artistas. Por essa razão, o papel midiático das gravadoras acabou por receber maior destaque, pois tal liberdade acarretou a proliferação da disponibilidade de conteúdo musical e de artistas inseridos na rede, como bem ressalta: “*Apenas o Myspace, por exemplo, tem mais de 2,5 milhões de artistas de hip-hop e 1,8 milhões de rock*”⁷.

Desse modo, as empresas especializadas passaram a oferecer uma nova gama de serviços, incluindo

(...) o gerenciamento de canais diretos com o consumidor, como *websites* e perfis em *sites* de relacionamento dos artistas. Normalmente, isso também inclui *merchandising*, *downloads* gratuitos, *streams*, conteúdo exclusivo, *links* para outros fãs, atualizações da agenda e venda de ingressos⁸.

⁶ Wilson Vieira Lannes, **A crise e as novas fronteiras para a indústria fonográfica**, p. 48-63, disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/4051/wlannes.pdf?sequence=1>, acesso em 3 dez. 2016.

⁷ *Ibidem*, p. 49.

⁸ *Ibidem*, p. 50.

Além de trabalhar com a criação e manutenção de sítios eletrônicos específicos para os artistas, os selos buscam atrelar a venda de músicas a outros produtos e vantagens, como ingressos para concertos, suvenires -camisetas, cd's, entre outros- com intuito de competir com as contrafações. Assim, as gravadoras são capazes de reaver seus investimentos por intermédio das mais variadas formas de receita.

Diante da crise enfrentada pela indústria fonográfica, as grandes gravadoras implementaram um processo de modificação da estrutura do mercado como um todo, assim, o mercado musical, anteriormente baseado na venda de produtos, passou a focar no acesso à música, oferecendo serviços onerosos, com a função de permitir o acesso do consumidor a catálogos musicais.

Inicialmente, as gravadoras passaram a associar seus catálogos a serviços de telefonia móvel, assim, alguns aparelhos eram comercializados com a opção de um aplicativo que possibilitava o “*download*” de arquivos musicais, com o auxílio de um computador pessoal. Posteriormente, houve a proliferação de sítios eletrônicos destinados ao “*download*” de conteúdo sem restrição de gerenciamento de direitos digitais, permitindo o compartilhamento dos arquivos para outros dispositivos, de maneira lícita. Entre os principais representantes dessa nova forma de consumo estão o “*iTunes*” e a “*Amazon*”.

Outra solução, no âmbito mundial, foi a aproximação com serviços de licenciamento gratuitos, patrocinados por publicidade e, portanto, os selos, compositores e interpretes são remunerados. Desse modo, marcas como “*YouTube*”, “*Deezer*”, “*Spotify*”, “*Napster*”, entre outros, oferecem ao usuário acesso a conteúdo licenciado e sem custo.

Concomitantemente, as gravadoras buscaram alavancar as vendas de seus materiais com uma estratégia de publicidade mais incisiva, associando o nome de seus artistas às marcas importantes, entre o público alvo, oferecendo produtos de vestuário e decoração, entre outros, assim como a exposição de seus catálogos em outros meios de entretenimento, por meio de sincronização com filmes, propagandas e jogos eletrônicos; estes últimos explorados de uma forma mais ampla, inclusive com a criação de jogos baseados na produção musical, como “*Guitar Hero*”, “*Rock Band*” e “*Singstar*”.

No Brasil, mais especificamente, implementou-se uma medida mais incisiva, para proteção da indústria fonográfica nacional, qual seja, a desoneração dos arquivos sonoros e audiovisuais contendo produções musicais ou literomusicais de autores brasileiros, além de obras em geral interpretadas por artistas nacionais e as mídias de suporte desses arquivos, com exceção à fase de replicação das mídias ópticas de leitura a laser, como CDs e DVDs. Assim, o legislador buscou fortalecer o setor industrial da música do país, tornando seus produtos, por meio da redução de custo, e, conseqüentemente, do preço, mais competitivos em relação aos oferecidos pela indústria informal das contrafações.

Pelo exposto, conclui-se que diversas medidas foram adotadas pelo mercado fonográfico para conter a crise no setor. Assim, diante das novas tendências seguidas pela referida indústria, faz-se necessário analisar de que modo o Direito Tributário vem se amoldando a elas.

4 IMUNIDADE TRIBUTÁRIA

4.1 Norma Jurídica

AURORA TOMAZINI DE CARVALHO é conclusiva ao frisar a importância do estudo da norma jurídica para a teoria do direito:

Os fatos sociais isoladamente não geram efeitos jurídicos, se assim o fazem é porque uma norma jurídica os toma como proposição antecedente implicando-lhes conseqüências. Sem a norma jurídica não há direitos e deveres, não há “jurídico”. Por isso, o estudo do direito volta-se às normas e não aos fatos ou às relações sociais deles recorrentes, que se estabelecem por influência (incidência) da linguagem jurídica. A linguagem jurídica é o objeto do jurista e onde há linguagem jurídica, há normas jurídicas. Isso justifica todo o cuidado de PAULO DE BARROS DE CARVALHO em construir uma teoria da norma jurídica para explicar a incidência tributária e toda preocupação com estudo normativo dentro de sua escola (*sic*)⁹.

Diante da enorme quantidade de significados possíveis de se extrair da expressão “norma jurídica”, um dos desafios da dogmática jurídica é justamente estabelecer uma definição capaz de explicar com exatidão o que é a norma jurídica. Na doutrina de AURORA DE CARVALHO, tal dificuldade conceitual é objeto de consideração, pois a locução “norma jurídica” é usada como referencial para os diversos elementos do direito positivo, ao passo que este, como construção

⁹ Curso..., *op. cit.*, p. 264-265.

linguística, apresenta-se em quatro planos; sendo eles: (S1) o plano físico, formado pelos enunciados prescritivos; (S2) o plano das significações isoladamente consideradas, constituído pelas proposições jurídicas; (S3) o plano das significações estruturadas, composto pelas normas jurídicas; e (S4) o plano da contextualização das significações estruturadas, âmbito do sistema jurídico¹⁰.

Partindo do pressuposto do direito como construção linguística expressa nesses quatro planos, AURORA DE CARVALHO conclui pela possibilidade de atribuir à dicção “norma jurídica” três significados distintos:

Se pensarmos no direito levando em conta seu plano de expressão (S1), as unidades do sistema são enunciados prescritivos; se avaliarmos o plano das significações construídas a partir dos enunciados (S2), as unidades do sistema são proposições jurídicas; e se tomamos o direito como o conjunto de significações deonticamente construídas (S3), que mantêm relação de coordenação e subordinação entre si (S4), as unidades do sistema jurídico são aqui que denominamos de norma jurídica em sentido estrito. Nesse sentido, considerando a expressão “norma jurídica”, quando utilizada para apontar indiscriminadamente as unidades do sistema jurídico, pode denotar: (i) enunciados do direito positivo; (ii) a significação deles constituída; ou (iii) a significação deonticamente estruturada, dependendo do plano em que o interprete trabalha¹¹.

Como antídoto a esse mistifório, o emérito PAULO DE BARROS CARVALHO, distingue a concepção de norma jurídica em sentido amplo e estrito, dessa forma, os enunciados prescritivos e as proposições jurídicas representariam a norma jurídica em sentido amplo. De outro vértice, a coordenação entre o conjunto de significações deônticas e o sistema jurídico, deveria ser denominada de norma jurídica em sentido estrito.

SACHA CALMON NAVARRO COÊLHO é explícito ao afirmar:

As normas não se confundem com as expressões linguísticas que as veiculam. É que, como entes lógicos, possuem vida autônoma. Ocorre, tão somente, que as *normas* são *expressadas* pelas formulações linguísticas, através das quais é possível a comunicação entre os homens, estes protagonistas do enredo social.

As normas, cuja função é ordenar o social, são viabilizadas pela linguagem, e, por isso, é lícito dizer que são uma *função* da linguagem ou existem em razão dela. Com efeito, as formulações linguísticas contêm a intencionalidade deôntica do agente prescritor. Uma norma pode resultar de uma formulação linguística ou de várias devidamente conjugadas, como se terá oportunidade constatar. Aliás, as *ordens* também são postas por meio da linguagem, embora não se confundam. A linguagem é o *veículo* através do qual as ordens são dadas e as normas são instituídas¹².

¹⁰ *Ibidem*, p. 266.

¹¹ *Ibidem*, p. 266.

¹² Curso de direito tributário brasileiro, p. 16.

Esse é o entendimento compartilhado por PAULO DE BARROS CARVALHO, à medida que define a norma como elemento construído intelectualmente, por meio da captação sensorial dos significados associados aos ícones presentes no mundo exterior e direcionados ao indivíduo, na forma de um enunciado relacionado ao emprego prescritivo da linguagem. Nesse ponto, oportuna é a transcrição de trecho de sua lição:

A norma jurídica é a significação que obtemos a partir da leitura dos textos do direito positivo. Trata-se de algo que se produz em nossa mente, como resultado da percepção do mundo exterior, captado pelos sentidos. Vejo os símbolos linguísticos marcados no papel, bem como ouço a mensagem sonora que me é dirigida pelo emissor da ordem. Esse ato de apreensão sensorial propicia outro, no qual associo ideias ou noções para formar um juízo, que se apresenta, finalmente, como proposição.

Dito de outro modo, experimentamos as sensações visuais, auditivas, tácteis, que suscitam noções. Estas, agrupadas no nosso intelecto, fazem surgir os juízos ou pensamentos que, por sua vez, se exprimem verbalmente como proposições. A proposição aparece como o enunciado de um juízo, da mesma maneira que o termo expressa uma ideia ou noção.

A norma jurídica é exatamente o juízo (ou pensamento) que a leitura do texto provoca em nosso espírito¹³.

Assim, o conceito de norma expresso por PAULO DE BARROS e por SACHA CALMON reafirmam a reflexão construída por AURORA TOMAZINI DE CARVALHO, tendo em vista o fato de localizarem o conteúdo da norma jurídica na intersecção da interpretação estruturada do texto normativo com a contextualização das significações obtidas por meio dessa interpretação, ou seja, entre os planos de estudo do direito que Aurora Tomazini convencionou chamar de S3 e S4.

Contudo, é imperioso ressaltar que a normativa jurídica não se perfaz apenas com base na significação retirada do texto ou de quaisquer outro que lhe sirva de suporte físico. Isso em razão de não ser possível extrair da locução prescritiva inicial todo o conteúdo primordial para o entendimento da norma, como muito bem ressaltou AURORA TOMAZINI DE CARVALHO, ao descrever a norma jurídica como “(...)um juízo estruturado na forma hipotético-condicional, estrutura mínima necessária para se construir um sentido deontico”¹⁴.

Essa composição hipotético-condicional pode ser expressa pela fórmula reducional D (H→C), onde a norma (D) concretizar-se-ia, no âmago do sistema social à medida que um indivíduo empreendesse uma ação presente abstratamente

¹³ Curso de direito tributário, p. 40.

¹⁴ **Curso...**, *op. cit.*, p. 268-269.

em determinada hipótese (H), acarretando o dever de se submeter a uma certa consequência prevista (C). Relevante observar o caráter lógico dessa construção, servindo com método de explicação para as mais variadas classes normativas. Desse modo, uma norma pode ser tida como jurídica à medida que o intérprete a constrói, a partir de suportes físicos legislativos, por exemplo, a Constituição Republicana, leis, decretos, portarias, resoluções, entre outros. Caso o suporte físico, ou seja, o instrumento por meio do qual os órgãos sensoriais do intérprete entraram em contato com a locução prescritiva, possuir caráter alheio à legislação, ainda que o produto dessa interpretação represente uma norma, ela não pode ser definida como jurídica.

Ante o exposto, pode-se compreender a norma jurídica como a interpretação retirada dos textos legislativos, permitindo a compreensão do caráter deontológico da prescrição legal.

Uma vez delimitado o alcance da norma jurídica, apenas para se servir de seu intuito didático, é salutar a utilização de uma classificação das normas de caráter jurídico.

AURORA TOMAZINI DE CARVALHO entende a classificação como agrupamento de elementos tidos como comuns sob a óptica de um conceito previamente estabelecido, responsável por definir características, requisitos, atributos e critérios necessários para a identificação de um objeto como pertencente àquele grupo. No exercício desse raciocínio, ao analisar a norma jurídica, a autora afirma:

Transpondo tais considerações (acerca do processo de classificação) para o estudo da norma jurídica, temos que, o legislador, ao selecionar os atributos que os fatos e as relações precisam ter para pertencerem ao mundo jurídico, delimita dois conceitos, dividindo a realidade dos fatos e das relações relevantes juridicamente, da realidade dos fatos e das relações não relevantes juridicamente. Ao assim fazer, cria duas classes: (i) a da hipótese, conotativa dos suportes físicos a serem judicializados; e (ii) a do conseqüente, conotativa das relações jurídicas a serem instauradas com a verificação daqueles fatos¹⁵.

É numerosa a quantidade de estudos que se dispõem a conferir uma classificação às normas jurídicas, levando em consideração as mais diversas características desse instituto, isso porque a elaboração desta ou daquela classificação depende exclusivamente dos critérios elaborados pelo pesquisador.

¹⁵ *Ibidem*, p. 308.

Dessa forma, é imperiosa a adoção de precauções, ao adotar uma determinada classificação, não obstante esse procedimento possuir caráter meramente elucidativo, para não incorrer em erros pueris, pois a vastidão de classificações, acaba por propiciar modelos desvirtuados do cunho lógico da produção de uma classificação ou afastam-se completamente do âmbito inscrito no sistema jurídico.

A relevância da classificação adotada muda de acordo com a definição de norma jurídica que se utiliza. Desse modo, ante o conceito descrito anteriormente, entende-se ser a classificação mais indicada aquela responsável pela separação das normas jurídicas em normas de conduta ou comportamento e normas de estrutura ou organização.

Inicialmente proposta por NORBERTO BOBBIO, essa classificação definia as normas de conduta, também conhecidas sob a alcunha de normas de comportamento, como aquelas normas presentes no ordenamento jurídico destinadas a coordenar a conduta entre sujeitos. JÚLIO MARIA DE OLIVEIRA, ao debruçar-se sobre o tema, salienta o caráter iminentemente regulador do direito para com as relações intersubjetivas, nesse sentido, define como regra de conduta o comando jurídico que possua o intuito de “(...) *atingir de forma direta e decisiva os comportamentos interpessoais e por meio de funtores deônticos (obrigatório, permitido, proibido) o fazem de forma exauriente*”(sic)¹⁶. Para mais além do conceito desse autor, tem-se a definição dada por SACHA CALMON, a qual, tratando das normas de conduta, afirma:

São as normas que obrigam comportamentos, campo de eleição da norma jurídica. Destinam-se às autoridades e aos particulares. Desse tipo são as normas que estatuem comportamentos positivos e negativos, desde que ocorrentes certos pressupostos. São nucleares, no sentido de posicionar à sua volta o sistema jurídico. Se o direito teleologicamente busca o controle do meio social, é claro que indica quais são os comportamentos desejáveis. Indica-os, tornando-os obrigatórios, como no caso do dever tributário. As leis preveem a obrigatoriedade do seu cumprimento. Todavia, dita obrigatória comportamental pode não ser expressa em lei. No caso do tributo, é. No caso do homicídio, não. A lei expressa apenas uma punição, ou melhor, a previsão de uma pena para o comportamento homicida. A *norma* que impõe o *dever de não matar* é implícita no sistema e portanto inexpressa na lei (mais uma vez a *diferença* entre *norma e leis*). As normas de conduta ora impõem comportamentos positivos (é obrigatório pagar impostos à União), ora estatuem condutas negativas (é obrigatório não matar). Fácil deduzir que o caráter proibitivo é epifenômeno; se é obrigatório

¹⁶ Internet e competência tributária, p. 20-21.

não matar, matar é proibido. Se é obrigatório pagar tributos, não pagá-los é proibido (*sic*)¹⁷.

Desse modo, tem-se como regras de conduta, as normativas jurídicas destinadas à regulação de condutas humanas, resultando na atuação imediata na sociedade.

Ainda sob a óptica desse modelo de classificação, encontra-se a figura das normas de estrutura. SACHA CALMON NAVARRO COELHO denomina-as de normas de competência e, ao discorrer sobre o tema, assevera:

Conferindo “potestades” aos sujeitos públicos e privados para produzir normas de comportamento, interpretá-las e aplicá-las voluntariamente, *ex officio* ou contenciosamente. Estabeleceriam como *deveriam* ser exercidas tais potestades, sua extensão e limites. Deste tipo são as normas que outorgam competência aos órgãos dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário para a produção de atos funcionais legislativos, administrativos e jurisdicionais. De igual tipo as normas que investem os particulares de capacidade para praticar e para celebrar atos jurídicos constitutivos (testar, votar, contratar etc.) (*sic*)¹⁸.

Ao contrário do que possam aparentar, as regras de estrutura ou organização também são destinadas à regulação da conduta humana. Nesse passo, necessário afastar-se da concepção criada por NORBERTO BOBBIO, de acordo com a qual esse conjunto normativo é destinado à criação, modificação ou extinção de normas, carregando a ideia de serem, as normas de organização, destinadas a outras normas e não a uma conduta humana. Sobre o tema, é a lição de AURORA TOMAZINI DE CARVALHO:

Toda e qualquer norma jurídica tem como objetivo a disciplinação de condutas entre os sujeitos, o que torna redundante a expressão “regra de conduta”. Numa análise mais detalhada, no entanto, encontramos regras que aparecem como condição sintática para produção de outras normas. Embora tais regras também tenham como objetivo a disciplinação de condutas intersubjetivas, a conduta por ela prescrita é específica, trata-se do comportamento de produzir novas unidades jurídicas. Este é o critério diferenciador que deve informar as normas de comportamento e de estrutura.

Nestes termos, são de estrutura as regras que instituem condições, fixam limites e prescrevem a conduta que servirá de meio para construção de outras regras.¹⁹

Comunga dessa ideia também JÚLIO MARIA DE OLIVEIRA, que, em seu estudo da natureza jurídica das normas integrantes do sistema do direito, aduz ser

¹⁷ Curso..., *op. cit.*, p. 22.

¹⁸ *Ibidem*, p. 21.

¹⁹ Curso..., *op. cit.*, p. 336.

essa categoria normativa estabelecadora de condutas referentes à produção normativa, dentro do ordenamento jurídico; e que, ainda, agregam robustez à noção do direito, pois se tratam de normas destinadas à regulação do ato de produção de novas normas, além de delimitar as possibilidades de alcance da ação da atividade estatal. Nesse sentido:

Considerando a feição característica das normas de estrutura, poder-se-á percebê-las dentro do sistema jurídico quando desempenham funções basilares, ora delimitando a atuação legislativa, judicial, executiva, ora estabelecendo regras de intercomunicação entre as diversas normas sistêmicas. São de menção obrigatória no campo tributário aquelas que outorgam competências, isenções, procedimentos legislativos, procedimentos administrativos e judiciais, dentre outros (*sic*)²⁰.

Como visto, toda norma tem o condão de influenciar a conduta humana. Contudo, há mandamentos normativos cujo objetivo é o de coordenar a produção de outras normas, deste modo, ainda que esses comandos atuem, de fato, sobre a conduta humana de legislar, apenas com intuito de propiciar uma análise mais didática, é possível nomeá-las como “normas de estrutura”.

4.2 Natureza Jurídica

É no amago deste gênero normativo que PAULO DE BARROS CARVALHO identifica a natureza jurídica da norma de imunização tributária, como é possível observar da leitura de seu texto:

Firmemo-nos, então, no campo eletivo das normas que estabelecem de que modo criar novas regras jurídicas válidas no sistema, para examinarmos as prescrições de imunidade tributária.

As manifestações normativas que exprimem as imunidades tributárias se incluem no subdomínio das sobrenormas, metaproposições prescritivas que colaboram, positiva ou negativamente, para traçar a área de competência das pessoas titulares de poder político, mencionando-lhes os limites materiais e formais da atividade legiferante²¹.

Desse modo, é flagrante a importância das imunidades no âmbito da construção do Direito Tributário, no interior do sistema jurídico; e tendo em foco sua função precípua de condicionar e sublinhar os limites da atividade tributária do Estado, conclui-se possuírem essas normas, natureza jurídica de normas de estrutura.

²⁰ Internet..., *op. cit.*, p. 21.

²¹ Curso..., *op. cit.*, p. 261.

Segundo BERNARDO RIBEIRO DE MORAES, a palavra “imunidade” vem do latim e indica “(...) *negação de munus*”, ou seja, negação de encargo ou função, ou ainda, dispensa “(...) *de ônus, de obrigação ou até de penalidade*”²². Em outras palavras, trata-se de um direito assegurado a alguém no sentido de não se obrigar a determinado ônus ou encargo. Enquanto imunidade tributária, o termo significa exoneração de algo relacionado a tributos, ou seja, afastam-se da tributação algumas pessoas, bens, fatos ou situações²³.

Assim, as imunidades são formas de exoneração do sistema normativo tributário, de modo que o sujeito passivo não recolhe o tributo respectivo em relação aos fatos que configuram hipóteses de imunidade²⁴.

SACHA CALMON NAVARRO COELHO adverte que a imunidade habita exclusivamente no edifício constitucional, não sendo possível sua instituição por meio de diplomas infraconstitucionais, salvo nos casos de regulamentação expressamente autorizados pela própria Constituição Federal, sendo “(...) *uma heterolimitação ao poder de tributar*”, pertencendo ao constituinte a “(...) *vontade que proíbe*”²⁵.

YOSHIKI ICHIHARA acrescenta que as imunidades são sempre expressas, não existindo espaço para imunidades implícitas; logo, “(...) *não há que falar em regras implicitamente necessárias*”²⁶.

Desse modo, as imunidades compõem a delimitação da competência tributária, discriminando situações em relação as quais o ente político não poderá exercer a sua competência tributária. Assim, conforme HÉLCIO LAFETÁ REIS, as normas jurídicas que dispõem sobre as imunidades tributárias não se dirigem diretamente à conduta dos indivíduos, mas à atuação do Estado²⁷.

Nesse sentido, é o entendimento de REGINA HELENA COSTA como é possível observar da leitura do seu texto:

²² A imunidade tributária e seus novos aspectos. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 34, p. 19.

²³ Hécio Lafetá Reis, **O alcance da imunidade tributária dos livros, jornais e periódicos: o caso do livro digital**, p. 46, disponível em: < http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_ReisHL_1.pdf>, acesso em: 3 dez. 2016.

²⁴ Gabriel Sturtz, Natureza Jurídica da Imunidade e Demais Formas de não-tributação: Evolução Doutrinária e Jurisprudencial, *in*: Luis Felipe Silveira Difini (Org.), **Imunidades Tributárias e Direitos Fundamentais**, p. 129.

²⁵ **Curso...**, *op. cit.*, p. 135.

²⁶ Imunidades tributárias, p. 165-166.

²⁷ **O alcance da imunidade tributária dos livros, jornais e periódicos: o caso do livro digital**, p. 50 – disponível em: < http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_ReisHL_1.pdf>, acesso em: 3 dez. 2016.

A norma imunitória é uma regra de estrutura, vale dizer, uma norma que dispõe acerca da construção de outras normas. É, pois, uma autêntica sobrenorma, situada no mesmo plano onde estão distribuídas as competências tributárias – a Constituição da República²⁸.

Entretanto, ao se aprofundar a análise do tema, verifica-se que há divergência na doutrina quanto ao caráter proibitório das referidas normas imunizantes.

Alguns autores defendem que as imunidades são hipóteses de não-incidência constitucionalmente qualificada. JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, grande expoente dessa corrente doutrinária, defende que, quando uma imunidade tributária é estabelecida pela Constituição, a lei tributária impositiva não incide porque está impedida de atuar por uma norma hierarquicamente superior – a norma constitucional imunizante²⁹. Em outras palavras, a imunidade tributária seria uma hipótese de não-incidência qualificada pela Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido também é o posicionamento de RUY BARBOSA NOGUEIRA, defensor dessa teoria:

Diferentemente da não-incidência comum em nível de omissão voluntária ou lacuna da legislação ordinária, existe ainda a imunidade que é uma não incidência qualificada, porque as situações ou fatos são jurídica e previamente qualificados pela Constituição Federal como insuscetíveis de imposição. Dada a natureza e a finalidade desses fatos ou relações fáticas eles são valorados pelo legislador constituinte em tal grau que sobre eles fica vedada ou proibida não apenas a cobrança ou exigência, mas a própria instituição do imposto³⁰.

A mencionada corrente doutrinária é duramente criticada por outros autores, a exemplo de PAULO DE BARROS CARVALHO. Para ele, não há que se falar em não-incidência qualificada; as imunidades seriam, na verdade, incompetências tributárias, estando elas dentro do campo da competência³¹.

REGINA HELENA COSTA considera que o “poder” conferido ao Estado nasce sem fronteiras, sendo que a própria repartição das competências já representaria um limite ao “poder de tributar”:

Uma vez definida a organização jurídica do Estado, o poder tributário, até então ilimitado, passa a sujeitar-se a normas definidoras de seu exercício: nasce, assim, a competência tributária, que se traduz no poder tributário juridicamente delimitado³².

²⁸ **Imunidades tributárias**: teoria e análise da jurisprudência do STF, p. 91.

²⁹ Teoria geral da isenção tributária, p. 218.

³⁰ **Imunidades**, p. 194.

³¹ Imunidades tributárias. **Revista de Direito Tributário**, nº 27-28, p. 94.

³² **Imunidade...**, *op. cit.*, p. 56.

ROQUE ANTONIO CARRAZZA assim indica:

A Constituição limita o exercício da competência tributária, seja de modo direto, mediante preceitos especificamente endereçados à tributação, seja de modo indireto, enquanto disciplina outros direitos, como o de propriedade, o de não sofrer confisco, o de exercer atividades lícitas, o de transitar livremente pelo território nacional etc. A competência tributária, portanto, já nasce limitada³³.

Ressalva-se que as imunidades não são a única restrição constitucional ao “poder de tributar”. Os princípios constitucionais também exercem esse papel limitador.

MISABEL ABREU MACHADO DERZI, ao atualizar a obra “Limitações ao poder de tributar” de ALIOMAR BALEEIRO, defendeu essa tese:

O que é imunidade? É norma que estabelece a incompetência. Ora, estabelecer incompetência é negar competência ou denegar poder de instituir tributos, conjunto de normas que só adquire sentido em contraste com outro conjunto que atribui ou concede poder tributário³⁴.

Segundo PAULO DE BARROS CARVALHO, devido ao “*status*” de normas constitucionais, as imunidades operam na configuração das competências tributárias por meio de “(...) *esquemas sintáticos proibitivos ou vedatórios*”³⁵. Para ele, a instituição de tributos por meio de normas de incidência, ou seja, de normas tributárias impositivas, encontra-se hipoteticamente prevista na Constituição Federal a depender de atividade legislativa posterior, que pode vir a acontecer ou não.

Para MISABEL DERZI, cujo entendimento é o adotado neste trabalho, o mais correto seria considerar a imunidade como uma regra de competência negativa, estando impedida qualquer incidência de tributação. Nas palavras da autora: “*A imunidade é a regra expressa (ou implicitamente necessária), que estabelece a não-competência das pessoas políticas da Federação para tributar certos fatos e situações (...)*”³⁶.

Ainda, digna de nota, a definição trazida por REGINA HELENA COSTA, ao debruçar-se sobre o estudo das normas imunizadoras, concluindo que a imunidade representa exoneração prevista no texto constitucional:

³³ Curso de direito constitucional tributário, p. 107.

³⁴ Nota de atualização, *in*: Limitações constitucionais ao poder de tributar, p. 228.

³⁵ **Curso...**, *op. cit.*, p. 333.

³⁶ A imunidade recíproca, o princípio federal e a Emenda Constitucional n. 3, de 1993, *in*: **Revista de Direito Tributário**, v. 62, p. 78.

*A imunidade tributária, então, pode ser definida como a exoneração, fixada constitucionalmente, traduzida em norma expressa impeditiva da atribuição de competência tributária ou extraível, necessariamente, de um ou mais princípios constitucionais, que confere direito público subjetivo a certas pessoas, nos termos por ela delimitados, de não se sujeitarem à tributação.*³⁷

Assim, conclui-se que imunidade tributária designa o comando normativo, emanado do texto constitucional e que, restringindo o âmbito de atuação da competência tributária das pessoas políticas da federação, encorparam o escopo normativo destinado à delimitação dessa prerrogativa estatal.

4.3 Competência Tributária

Tradicionalmente, a aptidão estatal para a instituição e cobrança de tributos é denominada como “Poder ou Potestade Tributária”. Essa terminologia seguiu sendo utilizada, atrelada à justificativa de ser, a autoridade para implementação da norma instituindo tributos, instrumento característico da soberania estatal. Partilhando desse posicionamento, estão os mais diversos nomes no âmbito nacional e internacional.

Não obstante a grande disseminação desse entendimento, de acordo com a lição de JOSÉ ROBERTO VIEIRA, já está consolidada a doutrina de vertente contrária à ela. Iniciando-se, esta última concepção, na década de 1970, por juristas espanhóis, mais notadamente ALVARO RODRÍGUEZ BEREIJO, questionando a ligação do “Poder Tributário” do estado à sua soberania, relação, segundo ele, só carregada de significado no contexto dos governos organizados sob o regime da Monarquia Absolutista, não possuindo espaço na realidade moderna, baseada na formação constitucional dos Estados³⁸.

Desse modo, observa-se, da leitura do texto já citado, que a utilização do termo “soberania” traz para o cerne da discussão acerca da tributação as questões relacionadas à sua concepção, a qual se encontra mais intrinsecamente ligada a análises alheias ao direito, do que jurídicas³⁹.

De igual forma, apesar do emprego da palavra “poder” para definir a aptidão

³⁷ **Imunidades...**, *op.cit.*, p. 52.

³⁸ E, Afinal, a Constituição Cria Tributos!, *in*: Heleno Taveira Torres (coord.), **Teoria Geral da Obrigação Tributária**: Estudos em Homenagem ao Professor José Souto Maior Borges, p. 613.

³⁹ *Ibidem*, p. 614.

estatal quanto à matéria tributária, a palavra referida carrega uma carga semântica muito ampla, como salientado por JOSÉ ROBERTO VIEIRA:

Essa heterogeneidade da expressão "poder" tributário aponta para a *atitude cientificamente condenável* – pela inexatidão manifesta – *de admitir a convivência de diferentes funções e competências dentro da mesma categoria conceptual*; algo que, no caso, tem inegáveis vínculos históricos com certas construções doutrinárias francamente ultrapassadas⁴⁰.

Não raramente, a palavra "competência" é utilizada como guardando similitudes com o vocábulo "poder". No entanto, a palavra "poder" carrega consigo a ideia de capacidade ilimitada de fazer valer sua vontade; e, nessa esteira, olhando para o sistema jurídico brasileiro, sobretudo no que diz respeito à instituição de tributos, só é possível vislumbrar "poder de tributar" na figura do legislador constituinte, na medida em que ele possuía autonomia para estruturar a ordem tributária como bem entendesse, assim como o fez, limitando a possibilidade dos entes federados para a instituição de tributos. É esse o entendimento de ROQUE ANTÔNIO CARRAZZA:

De fato, entre nós, a força tributante estatal não atua livremente, mas dentro dos limites do direito positivo. Como veremos em seguida, cada uma das pessoas políticas não possui, em nosso País, poder tributário (manifestação do *ius imperium* do Estado), mas competência tributária (manifestação de autonomia da pessoa política e, assim, sujeita ao ordenamento jurídico-constitucional) a competência tributária é determinada pelas normas constitucionais, que, como é pacífico, são de grau superior às de nível legal, que – estas, sim – preveem as concretas obrigações tributárias⁴¹.

Ainda na lição de PAULO DE BARROS CARVALHO atentemos para a noção de "competência legislativa", a qual ele define como "(...) a *aptidão de que são dotadas as pessoas políticas para expedir regras jurídicas, inovando o ordenamento positivo. Opera-se pela observância de uma série de atos, cujo conjunto caracteriza o procedimento legislativo*"⁴².

Ainda é digna de nota a definição utilizada por RAQUEL CAVALCANTI RAMOS MACHADO:

Nessa ordem de ideias, no presente trabalho, a palavra *competência* será empregada com o significado de *atribuição para feitura de normas jurídicas veiculadas em lei*, assim entendidas as proposições prescritivas de caráter hipotético elaboradas pelo Poder Legislativo, ou para quem lhe faça as vezes⁴³.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 615.

⁴¹ *Curso...*, *op. cit.*, p. 565.

⁴² *Curso...*, *op. cit.*, p. 269.

⁴³ **Competência tributária**: entre a rigidez do sistema e a atualização interpretativa, p. 34.

Além disso, como ressalta PAULO DE BARROS CARVALHO, o Princípio da Legalidade torna imperativo que a implementação de nova norma no sistema jurídico brasileiro se dê, unicamente, por meio de lei, seja qual for a área da vida social regulada pelo Direito; assim, no interior do âmbito de competência legislativa do estado, pode-se identificar a competência tributária.

Ainda não é possível olvidar a lição de Júlio Maria de Oliveira:

Em síntese, podemos conceituar a competência tributária como a aptidão da pessoa política de direito constitucional interno para expedir regras tributárias, inaugurando no subsistema jurídico tributário, descrevendo o legislador as hipóteses de incidência dos tributos, seus sujeitos ativos e passivos, bases de cálculos e alíquota. Isso, então, possibilita distinguir a competência tributária da capacidade tributária ativa, sendo que essa última é a aptidão conferida pela lei instituidora do tributo à pessoa que será sujeito ativo na relação jurídica tributária (*sic*)⁴⁴.

PAULO DE BARROS CARVALHO aduz três atributos da competência tributária. Começa pela indelegabilidade da competência tributária, pois ela é atribuída ao ente federado pelo texto constitucional, texto este de natureza rígida, rigidez que seria fortemente abalada se o poder constituinte reservasse ao legislador ordinário a possibilidade de delegar sua competência para produção da norma tributária. Nas palavras de PAULO DE BARROS:

Que sentido haveria numa discriminação rigorosa de competências, quando se permitisse que uma pessoa delegasse a outra as habilitações recebidas? Em pouco tempo, no manejo das utilidades concretas, quando se manifestasse o direito no dinamismo do seu estilo peculiar, o desenho das atribuições competenciais passariam por diferentes e imprevisíveis configurações, dissipando a rigidez e a estabilidade pretendidas pelo legislador constituinte⁴⁵.

Nesse sentido, calcada na mesma justificativa, da rigidez do texto constitucional pátrio, PAULO DE BARROS CARVALHO enumera a segunda característica, qual seja, a irrenunciabilidade. A terceira particularidade apontado por PAULO DE BARROS e a incaducabilidade, isso porque a normativa constitucional possui natureza perene, por essa razão, delimitar um período para efetiva implementação da capacidade legislativa do ente federado causaria, em última análise, o esfacelamento do texto constitucional, como bem salienta o ilustre mestre:

⁴⁴ Internet..., *op. cit.*, p. 52.

⁴⁵ Curso..., *op. cit.*, p. 274.

A constituição existe para durar no tempo. Se o não uso da faixa de atribuições fosse perecível, o próprio Texto Supremo ficaria comprometido, posto na contingência de ir perdendo parcelas de seu vulto, à medida que o tempo fluísse e os poderes recebidos pelas pessoas políticas não viessem a ser acionados, por qualquer razão histórica que se queira imaginar. Impõe-se, por tanto, a perenidade das competências, que não poderiam ficar submetidas ao jogo instável dos interesses e dos problemas por que passa determinada sociedade⁴⁶.

Para ROQUE ANTÔNIO CARRAZZA, para além dos três elementos mencionados, a competência tributária goza de facultatividade de exercício, ou seja, não obstante o fato de as pessoas políticas da federação não poderem renunciar ou delegar aquilo que a Constituição Federal delega a título de competência tributária a cada uma, tendo em vista o todo de que essa competência é incaducável, o ente estatal possui a liberalidade de se abster de efetuar a cobrança dos tributos inseridos no âmbito de sua competência, ou mesmo, de realiza-la em uma proporção menor do que conferida pela Constituição. Nas palavras de ROQUE CARRAZZA:

(...) na medida em que o exercício da competência tributária não está submetido a prazo, a pessoa política pode criar o tributo quando lhe aprouver. Tudo vai depender de uma opção a ser feita pelos Poderes Executivo e Legislativo, sempre, é claro, por meio de lei (no mais das vezes *ordinária*, mas, no caso dos empréstimos compulsórios e dos impostos residuais, *complementar*⁴⁷).

Para além disso, o autor observa, como aspecto presente na competência tributária a inalterabilidade, propriedade, segundo a qual não pode, o destinatário da atribuição de competência, suplantar as restrições definidas pela norma constitucional no momento da delimitação da competência tributária. Nesse passo, o CARRAZZA é incisivo ao argumentar:

Os limites que a constituição traçou para que as pessoas políticas tributassem não podem ser deslocados nem pelo Código Tributário Nacional (ou normas jurídicas que lhe façam as honras), nem por leis ordinárias, decretos, portarias, atos administrativos etc. Por muito maior razão, também a interpretação fazendária ou a vontade dos virtuais contribuintes não têm como ampliar ou restringir competências tributárias⁴⁸.

Por fim, argui ser a competência tributária inculpida de privatividade, ou seja, o constituinte ao destinar a competência para criação de determinado tributo a um

⁴⁶ *Ibidem*, p. 274-275.

⁴⁷ *Curso...*, *op. cit.*, p. 758.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 756.

dos entes federados, exclui a possibilidade de quaisquer dos outros entes instituir um aquele tributo:

As normas constitucionais que discriminam as competências tributárias encerram duplo comando: 1) habilitam a pessoa política contemplada – e somente ela – a criar, querendo, um dado tributo; 2) proíbem as demais de virem a instituí-lo. (...) ao mesmo tempo que *afirma* a aptidão *daquela* pessoa política para criar *aquela determinado* tributo, *nega* a *das demais* para fazerem o mesmo, ou seja, para o instituírem⁴⁹.

Nesse sentido, é a doutrina de JOSÉ ROBERTO VIEIRA, que se aproxima da ideia defendida por ROQUE CARRAZZA, ao reafirmar a facultatividade e a inalterabilidade como aspectos caracterizadores da competência tributária. No entanto, o autor entende ser insustentável a defesa da privatividade como propriedade geral da competência tributária, pois os dispositivos constitucionais que instituem a competência extraordinária e a possibilidade de cumulação de competências, restringiria esse signo apenas a competência tributária da União.

No que tange à *privatividade*, entendemos irrepreensível a lógica poderosa de Paulo de Barros, que conclui pela sua insustentabilidade, em face da competência chamada extraordinária, do art. 154, II, da Constituição, hipótese em que se admite a incursão federal no recinto das competências tributárias estaduais, distritais e municipais; e aduziríamos ainda a cumulatividade de competências possibilitada pelo art. 147, como uma segunda válvula no sentido de a privatividade apenas a competência tributária federal⁵⁰.

Assim, entende-se por competência tributária, a aptidão legislativa indelegável, irrenunciável, inalterável, facultativa e incaducável conferida constitucionalmente aos entes federados para inovar o ordenamento jurídico, no âmbito do direito tributário. Contudo, essa aptidão é limitada, como já expresso anteriormente, por fatores como os princípios e as normas constitucionais.

Para melhor compreensão, faz-se necessário retornar às lições de ROQUE ANTÔNIO CARRAZZA, o qual é irretocável ao definir a amplitude das “restrições constitucionais” à competência tributária dos entes federativos nacionais. CARRAZZA salienta a impossibilidade de uma lei tributária ser editada em descompasso com o conteúdo das normas constitucionais, ao custo de estar

⁴⁹ *Ibidem*, p. 584.

⁵⁰ E, afinal..., *op. cit.*, p. 624.

maculada pelo vício da inconstitucionalidade e, por essa razão, não ser passível de produzir efeitos na realidade jurídica do país⁵¹.

Seguindo por esse caminho, ROQUE CARRAZZA assevera a necessidade de observação dos princípios insculpidos na carta maior, como o princípio republicano, o federativo, o da autonomia municipal e distrital, o da segurança jurídica, o da igualdade, o da reserva de competência e o da anterioridade, entre outros⁵².

Por fim, apresenta como forma de restrição à competência tributária, no sistema jurídico brasileiro, a proteção constitucional a outros direitos, como a propriedade; chegando à conclusão de que sequer a autonomia das pessoas políticas é ilimitada, como se observa do excerto retirado de seu texto:

Logo, a constituição limita o exercido da competência tributária, seja de modo direto, mediante preceitos especificamente endereçados à tributação, seja de modo indireto, enquanto disciplina outros direitos, como o de propriedade, o de não sofrer confisco, o de exercer atividades lícitas, o de transitar livremente pelo território nacional etc. A competência tributária, portanto, já nasce limitada. Ilimitada, de resto, não é nem mesmo a autonomia das pessoas políticas, que encontra na competência tributária uma das mais salientes manifestações⁵³.

Ante essa exposição, resta evidente a importância dos princípios constitucionais como elementos restringem a competência legislativa em matéria tributária. Não obstante, há determinadas situações, presentes no ordenamento jurídico nacional, que, ainda que “*a priori*” fossem passíveis de tributação, o legislador constitucional originário ou derivado, não coloca-las ao abrigo da competência tributária do Estado.

Já restou consignado, anteriormente, que as imunidades tributárias são normas jurídicas de natureza estrutural, ou seja, são regras inseridas no sistema jurídico cuja função é coordenar a ação intersubjetiva do legislador durante a produção da norma jurídico-tributária.

Com relação às imunidades tributárias e sua relação com a competência tributária, relevante atentar para a lição de ROQUE ANTÔNIO CARRAZZA:

A competência tributária tem suas fronteiras perfeitamente traçadas pela Constituição Federal, que, inclusive, apontou, direta ou indiretamente, as regras-matrizes dos tributos.

⁵¹ **Curso...**, *op. cit.*, p. 571.

⁵² *Ibidem*, p. 571.

⁵³ *Ibidem*, p. 572.

Pois bem, a *imunidade tributária* ajuda a delimitar o campo tributário. De fato, as regras de imunidade também demarcam (no sentido negativo) as competências tributárias das pessoas políticas.

Noutras palavras, a competência tributária é desenhada também por normas negativas, que veiculam o que se convencionou chamar de *imunidades tributárias*.

Neste sentido, podemos dizer que a *competência tributária* se traduz numa *autorização* ou *legitimação* para criação de tributos (aspecto positivo) e num *limite* para fazê-lo (aspecto negativo).

Assim, as pessoas políticas somente podem criar os tributos que lhes são afetos se os acomodarem aos respectivos escaninhos constitucionais, construídos pelo legislador constituinte com regras positivas (que autorizam tributar) e negativas (que traçam os limites da tributação)⁵⁴.

Ao atualizar a obra de ALIOMAR BALEEIRO, MISABEL ABREU MACHADO DERZI assevera:

Aliomar Baleeiro, o autor clássico das imunidades, define-as, por seus efeitos, como limitações constitucionais ao poder de tributar. Não obstante, são limitações ao poder de tributar, ainda, o princípio da legalidade, da anterioridade, da igualdade, da vedação do confisco etc., enfim, o conteúdo desta obra (v. Cap. I). Também a Constituição Federal intitula a Seção II do Capítulo VI de “As Limitações ao Poder de Tributar” e, dentro dela, inclui, de modo não exaustivo, as imunidades propriamente ditas e os demais princípio e normas reguladoras dos direitos e garantias dos contribuintes, como legalidade, irretroatividade, anterioridade, vedação do confisco e outros (*sic*)⁵⁵.

Partindo desse pressuposto, é preciso fixar o conceito de imunidade tributária. PAULO DE BARROS CARVALHO define a imunidade tributária como:

(...) classe finita e imediatamente determinável de normas jurídicas, contidas no texto da Constituição da República, e que estabelecem, de modo expresse, a incompetência das pessoas políticas de direito constitucional interno para expedir regras instituidoras de tributos que alcancem situações específicas e suficientemente caracterizadas⁵⁶.

Posteriormente, esclarece o autor, com detalhes, cada elemento constituinte de sua definição. Iniciando pela ideia de norma finita advinda da Constituição Federal. Isso se dá pois, ante a infinitude de proibições implícitas, é preciso salientar o caráter delimitado das imunidades, assim como o fato delas serem encontradas apenas no texto constitucional. Agregando às imunidades o caráter de norma jurídica expressa, é afastada a ideia de proibição tácita; assim, imunidade tributária é sempre um comando expresse, emanado do texto constitucional. Essas normas estabelecem um modal deôntico que torna extremamente clara a impossibilidade de

⁵⁴ Ibidem p. 805-806.

⁵⁵ Nota..., *op. cit.*, p. 226.

⁵⁶ Curso..., *op. cit.*, p. 236.

efetuar a cobrança de tributos com base em hipótese tributária que contemple a ideia descrita constitucionalmente em regra de incompetência. Por fim, a regra desoneradora deve ser nítida o bastante para que o intérprete compreenda qual seu objeto, sem a necessidade de maiores diligências.

Pelo exposto, tem-se que as imunidades tributárias são normativas jurídicas de hierarquia constitucional, destinadas à proteção de determinado valor social relevante, a ponto de o legislador constitucional despende um cuidado especial com ele, por meio da desoneração.

4.4 Relação com os Direitos Fundamentais

MARCO ANTÔNIO GUIMARÃES baseia-se no pressuposto do Estado Democrático de Direito para desenvolver um estudo relacionado aos direitos fundamentais e às normas de imunização tributária. Debruçando-se sobre a questão, o autor conclui ser imprescindível à administração de um Estado que se pretenda democrático de direito não apenas deixar de violar direitos fundamentais, mas também, implementar ações capazes de propiciar a efetivação desses direitos:

É sob esta ótica de realização dos princípios e direitos fundamentais, e conseqüente respeito à dignidade da pessoa humana, que as imunidades tributárias devem ser analisadas e interpretadas. Isto porque, conforme delineado, Estado, princípios, direitos e garantias fundamentais são elementos imprescindíveis à caracterização do Estado Democrático de Direito, a quem compete, não apenas se abster de praticar atos que violem direitos dos cidadãos, como também propiciar condições que garantam o livre e igual desenvolvimento da sua personalidade, como forma de realização da dignidade humana (*sic*)⁵⁷.

Ao tratar da relação das imunidades tributárias com os direitos fundamentais, GUIMARÃES observa:

Demonstrar-se-á (...) que o instituto da imunidade tributária tem como finalidade resguardar o feixe de valores, princípios, fundamentos, direitos e garantias fundamentais constitucionalizados, balizadores do Estado Democrático de Direito, mediante a exclusão ao Estado, do direito de instituir tributos sobre pessoas, bens ou situações, cujo desfalque patrimonial importaria em prejudicar, quando não em inviabilizar, a concretização das promessas de avanço social pretendidos (*sic*)⁵⁸.

⁵⁷ As imunidades tributárias enquanto direitos fundamentais do núcleo rígido da constituição federal e o princípio da proibição do retrocesso social, p. 73.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 55.

Partilhando desse entendimento, tem-se a doutrina de JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, que leciona:

Sob esse ponto de vista, a análise teleológica do grupo de preceitos imunitários estabelecido na Constituição Federal demonstra que, através deles, se procura assegurar certos valores sociais; preceitos básicos do regime político. A regra de imunidade é estabelecida em função de considerações de ordem extrajurídica. Através da imunidade, nos termos em que está disciplinada na Constituição Federal, torna-se possível a preservação dos valores sociais das mais diversas naturezas: políticos, religiosos, educacionais, sociais e culturais. Sistemáticamente, através da imunidade, resguardam-se princípios, ideias-forças ou postulados essenciais ao regime político (*sic*)⁵⁹.

Digna de nota é a lição de ROQUE ANTÔNIO CARRAZZA, que enxerga nas imunidades uma maior salvaguarda aos direitos fundamentais consagrados pela Carta magna nacional:

Com estes preceitos, a Constituição determinou de modo negativo, isso é, através de proibições, o conteúdo possível das leis tributárias e, indiretamente, dos regulamentos, das portarias, dos atos administrativos tributários etc.

Em outros termos, a União, os Estados-Membros, os municípios e o Distrito Federal, ao fazerem uso de suas competências tributárias, são obrigados a respeitar os direitos individuais e suas garantias. O contribuinte tem a faculdade de, mesmo sendo tributado pela pessoa política competente, ver respeitados seus direitos públicos subjetivos, constitucionalmente garantidos⁶⁰.

Ainda é esse o entendimento expedido por PEDRO AUGUSTIN ADAMY:

As imunidades têm clara e precipuamente o caráter limitador do poder estatal de tributar e como garantia da liberdade, dignidade e propriedade dos indivíduos. Para além desta função pode-se afirmar que as imunidades exercem, da mesma forma, uma função na promoção dos direitos fundamentais, bastando para isso que se observe que as imunidades dizem sempre com aspectos sensíveis ou de relevância no desenvolvimento econômico, político e social da sociedade brasileira (*sic*)⁶¹.

RAQUEL XAVIER VIERA BRAGA também se posiciona em defesa da importância das imunidades tributárias como elementos de proteção aos direitos fundamentais, nos seguintes termos:

A liberdade protegida pela norma imunizante é um passo além da liberdade mínima protegida sistemáticamente pelos princípios e outras regras jurídicas formadoras das limitações constitucionais ao poder de tributar. Isto

⁵⁹ Teoria geral..., *op. cit.*, p. 221.

⁶⁰ Curso..., *op. cit.*, p. 455-456.

⁶¹ As imunidades tributárias e o direito fundamental à educação. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, vol. 96, p. 102.

ocorre porque esta parcela de liberdade está a serviço dos fins públicos fundamentadores da imunidade. Logo, a imunidade “suprime” do Estado o poder de tributar em prol de uma liberdade fomentadora de fins públicos. Pode-se constatar, pois, que a imunidade protege os direitos de defesa – liberdade e propriedade – para além do mínimo, em prol dos direitos prestacionais (*sic*)⁶².

Ainda é possível perceber a importância das imunidades para os direitos fundamentais, por meio da leitura da lição de LUÍSA KNORRE RABADAN:

Com efeito, a imunidade dos templos de qualquer culto (art. 150, VI, “b”, da CF) representa a extensão dos direitos fundamentais à liberdade de consciência e de crença (art. 5º, VI, VII e VIII, da CF).

(...)

A imunidade conferida aos partidos políticos e suas fundações (art. 150, VI, “c”, da CF), por sua vez, densifica o princípio do pluralismo partidário (art. 1º, V, da CF) e os direitos políticos (art. 17 da CF).

(...)

Ainda, a imunidade conferida às instituições de educação sem fins lucrativos (art. 150, VI, “c”) é um instrumento de efetivação da educação, o primeiro dos direitos sociais (art. 6º da CF). Inclusive, devido à importância da educação, o Constituinte teve por bem acrescentar uma seção específica no texto constitucional (art. 205 e seguintes da CF).

(...)

A última hipótese de imunidade prevista no art. 150, VI, “c”, da CF diz respeito às instituições de Assistência Social. A razão de ser dessa norma imunizadora é atender às necessidades dos grupos hipossuficientes, que necessitam de suporte e integração na sociedade, a fim de se tornarem realmente cidadãos. Portanto, a exoneração conferida a tais instituições também transparece a conexão entre a norma imunizadora e o direito fundamental à dignidade da pessoa humana (*sic*)⁶³.

Ao analisar a imunidade previstas para os livros, jornais e periódicos, ALIOMAR BALEEIRO argumenta:

A imunidade tributária, constitucionalmente assegurada aos livros, jornais, periódicos e papel destinado à sua impressão, nada mais é que forma de viabilização de outros direitos e garantias fundamentais expressos em seu art. 5º, como a livre manifestação do pensamento, a livre manifestação da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura ou licença (incisos IV e IX), art. 206, II (a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber), art. 220, §§ 1º e 6º (a proibição da criação de embaraço, por lei, à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social e inexistência da licença de autoridade para a publicação de veículo impresso de comunicação), entre outros⁶⁴.

⁶² A capacidade social como critério de concretização das imunidades tributárias. **Revista Fórum de Direito Tributário – RFD**T, ano 13, p. 39.

⁶³ **A interpretação das imunidades tributárias do artigo 150, VI, da constituição federal**, p. 6-7 – Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2015_2/luisa_rabadan.pdf>, acesso em: 5 dez. 2016.

⁶⁴ Direito tributário brasileiro, p. 171.

Desse modo, tem-se que, com o advento do Estado Democrático de Direito e com a implementação de novos direitos, no âmbito constitucional gravados como direitos fundamentais, as imunidades passaram a figurar como importante instrumento para garantia e efetivação desses direitos.

5 A IMUNIDADE DOS FONOGRAMAS E VIDEOFONOGRAMAS MUSICAIS

5.1 Histórico e Elementos Motivadores

No dia 26 de junho de 2007, foi apresentada ao Plenário da Câmara dos Deputados a Proposta de Emenda Constitucional nº 98. Aprovada em votação de segundo turno, no dia 13 de dezembro de 2011, com um total de 400 (quatrocentos) votos, sendo 393 (trezentos e noventa e três) votos favoráveis, 06 (seis) desfavoráveis e 01 (uma) abstenção. Desse modo, foi o projeto encaminhado ao Senado, no dia 15 de dezembro de 2011.

Recebido no Senado, em 16 de dezembro de 2011, passou a tramitar sob o nº 123, com relatoria do Senador Eurico Oliveira, o qual proferiu voto pela aprovação do Projeto de Emenda Constitucional. Sendo aprovada em votação de segundo turno, realizada em 24 de setembro de 2013, cotando com 65 (sessenta e cinco) votos, de maneira que foram 61 (sessenta e um) votos favoráveis, 04 (quatro) votos contrários e nenhuma abstenção; dando ensejo à promulgação, no dia 15 de outubro de 2013, em sessão solene realizada no Senado, da Emenda Constitucional nº 75/2013.

A Proposta de Emenda Constitucional que pretendia a inserção da alínea “e”, ao artigo 150, VI, e contava, à época, com o apoio de diversos artistas de relevância no cenário musical do país, como Sandra de Sá, Rosemary, Marisa Monte, Lenine, Ivan Lins, entre outros, foi originalmente redigido nos seguintes termos:

Art. 150. (...).
 VI – (...)
 e) os Fonogramas e Videofonogramas musicais produzidos no Brasil, contendo obras musicais ou lítero-musicais de autores brasileiros, e/ou obras em geral interpretadas por artistas brasileiros, bem como os suportes materiais ou arquivos digitais que os contenham⁶⁵.

Contudo, a preocupação com os reflexos que uma desoneração tão extensiva causaria à manutenção da indústria da área fonográfica e videofonográfica, instalada na região da Zona Franca de Manaus, acabou por direcionar o relator do projeto, o Senador Eduardo Braga, a sugerir a Emenda nº 2, recomendado a alteração do texto original para:

⁶⁵ Proposta de emenda constitucional nº 98, de 26 de junho de 2007; acrescenta alínea “e” ao inciso VI, do artigo 150 da Constituição Federal, **Diário da Câmara dos Deputados**, nº 128, p. 35.666.

e) fonogramas e videofonogramas musicais produzidos no Brasil contendo obras musicais ou literomusicais de autores brasileiros e/ou obras em geral interpretadas por artistas brasileiros bem como os suportes materiais ou arquivos digitais que os contenham, salvo na etapa de replicação industrial de mídias ópticas de leitura a laser, e sobre espetáculos musicais e teatrais de autores brasileiros e interpretados por artistas brasileiros⁶⁶.

Sendo rejeitada essa proposta de emenda ao texto do Projeto de Emenda à Constituição, a Senadora Vanessa Grazziotin propôs nova emenda à redação da PEC, sugerindo que constasse nos seguintes termos:

e) fonogramas e videofonogramas musicais produzidos no Brasil contendo obras musicais ou literomusicais de autores brasileiros e/ou obras em geral interpretadas por artistas brasileiros bem como os suportes materiais ou arquivos digitais que os contenham, salvo na etapa de replicação industrial de mídias ópticas de leitura a laser e sua respectiva distribuição⁶⁷.

Por fim, a Proposta de Emenda à Constituição foi aprovada, culminando na promulgação da Emenda Constitucional nº 75/2013, que acrescentou ao ordenamento jurídico uma nova imunidade, designando a seguinte redação ao artigo 150, VI, “e”, da Carta Maior:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

VI - instituir impostos sobre:

(...)

e) fonogramas e videofonogramas musicais produzidos no Brasil contendo obras musicais ou literomusicais de autores brasileiros e/ou obras em geral interpretadas por artistas brasileiros bem como os suportes materiais ou arquivos digitais que os contenham, salvo na etapa de replicação industrial de mídias ópticas de leitura a laser⁶⁸.

Trata-se de uma figura de desoneração inédita, não presente em outras constituições brasileiras, por essa razão impende analisar os motivos que levaram o legislador constituinte derivado à elaboração dessa nova figura de desoneração tributária, como bem salienta CAROLINA SCHÄFFER FERREIRA JORGE:

⁶⁶ Proposta de emenda à proposta de emenda constitucional nº 123, de 16 de setembro de 2011; altera a redação da Proposta de Emenda Constitucional que acrescenta alínea “e” ao inciso VI, do artigo 150 da Constituição Federal; **Diário do Senado Federal**, nº 143, p. 61.967.

⁶⁷ Proposta de emenda à proposta de emenda constitucional nº 123, de 16 de setembro de 2011; altera a redação da Proposta de Emenda Constitucional que acrescenta alínea “e” ao inciso VI, do artigo 150 da Constituição Federal; **Diário do Senado Federal**, nº 144, p. 62.479.

⁶⁸ Emenda constitucional nº 75, de 15 de outubro de 2013; acrescenta a alínea e ao inciso VI do art. 150 da Constituição Federal, instituindo imunidade tributária sobre os fonogramas e videofonogramas musicais produzidos no Brasil contendo obras musicais ou literomusicais de autores brasileiros e/ou obras em geral interpretadas por artistas brasileiros bem como os suportes materiais ou arquivos digitais que os contenham; **Diário Oficial da União**, nº 201, Seção 1, p. 5.

Por se tratar de uma nova imunidade, que buscou abranger objetos que nunca haviam sido protegidos por meio de desoneração por qualquer Constituição brasileira, é interessante analisar quais foram os objetivos visados pelos legisladores na sua instituição.

Com efeito, embora as finalidades perseguidas pelo legislador histórico não tenham o condão de limitar a interpretação dos preceitos normativos, uma vez que o texto jurídico, após sua promulgação, desprende-se do seu criador e pode adquirir sentidos que não foram até mesmo por ele pensados, no caso específico ora analisado, por se tratar de um dispositivo que consagra uma imunidade absolutamente inédita, o estudo das motivações que deram origem à sua criação pode oferecer grande auxílio na compreensão desse preceito⁶⁹.

Dessa forma, voltando-se para o momento inicial de proposição da Emenda Constitucional analisada, a leitura do texto da exposição de motivos permite extrair algumas informações relevantes:

É urgente a implantação de medidas que fortaleçam a produção musical brasileira, diante da avalanche cruel de pirataria e da realidade inexorável da rede mundial de computadores (internet).

(...)

A presente proposta de emenda constitucional pretende interferir nesse quadro retirando de cena um fator que efetivamente torna a concorrência entre o produto pirata e o original quase impraticável: o alto preço dos impostos que recaem sobre esse último, tornando seu custo final muitíssimo maior para o consumidor. Independentemente da qualidade técnica, sabidamente muito inferior no produto ilegal, e mesmo do eventual desejo do comprador de prestigiar o trabalho genuíno do artista nacional, o apelo do baixo preço acaba se tornando irresistível, notadamente para aquela faixa da população com poucos recursos, que não pode se dar ao luxo de escolher um produto mais caro quando exista no mercado oferta de outros equivalentes por menor custo.

(...)

Acreditamos que a instituição de imunidade tributária para a produção e a comercialização da música composta e/ou gravada por artistas brasileiros e comercializada em seus diversos suportes, a exemplo do que já ocorre com “livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão”, pode atenuar sensivelmente a barreira econômica que pesa sobre o produto original, tornando-o mais acessível ao consumo popularizando ainda mais seu acesso às classes menos privilegiadas do País, difundindo e consolidando este importante alicerce da cultura brasileira e, por isso mesmo, dando à música a condição de retomar um merecido lugar de destaque na economia nacional (*sic*)⁷⁰.

Caminhando nesse sentido, tem-se a lição de ANDERSON SOARES MADEIRA, ao ponderar os motivos que levaram à elaboração da Proposta de Emenda Constitucional cujo resultado foi a promulgação da Emenda à Constituição nº 75/2013:

⁶⁹ Interpretação das imunidades do art. 150, VI, da Constituição Federal, p. 135.

⁷⁰ Proposta de emenda constitucional nº 98..., p. 35.666-35667.

A nova imunidade fiscal, a objetiva fonográfica, liga-se aos direitos humanos ao facilitar o acesso à cultura por aqueles que não tenham condições financeiras. Tem-se a ideia de não excluir os que possuem menor poder aquisitivo e que, com isso, não podem dispor de quantias para custear aquisições desses discos musicais. Há também, com essa nova vedação de incidência fiscal, a intenção de se combater diretamente a pirataria dos discos musicais, tão presente e danoso ao sistema fonográfico e à arrecadação de tributos. Não se pode também esquecer da internet (download ilegal), que tanto facilitou o acesso às obras musicais. O alto custo dos discos levou a população menos privilegiada à busca desses meios de acesso.

Nesse quesito, temos que a PEC 123 é muito bem instruída, pois irá reduzir os custos dos discos, ao ponto de torná-lo mais acessível e, ainda, considerando que a qualidade dos discos originais é indiscutivelmente melhor do que os discos piratas. Definitivamente, a pirataria é a única opção do acesso para muitos, não pela qualidade, mas sim pelo preço (*sic*)⁷¹.

No mesmo sentido, é válido observar as conclusões exaradas por RENAN NOSSA GOBBI:

O objetivo maior do legislador para a Emenda Constitucional nº 75 é valorizar o produto musical nacional, sendo necessário garantir imunização tributária a este, independentemente da forma/meio que está sendo propagado, sob pena de tornar o texto constitucional letra morta e sem eficácia no campo prático (*sic*)⁷².

Estudando a dicção da PEC 98/2007, quando ainda em tramitação no Congresso Nacional, ou seja, antes da promulgação da atual Emenda Constitucional, JUNIOR FRASCÁ argumenta:

(...) a mesma (PEC) prevê a citada imunidade apenas para “fonogramas e videofonogramas musicais produzidos no Brasil, contendo obras musicais ou lítero-musicais de autores brasileiros e/ou obras em geral interpretadas por artistas brasileiros, bem como os suportes materiais ou arquivos digitais que os contenham” (maiores detalhes podem ser conferidos aqui). Ou seja, seu objetivo não é apenas o de baratear o custo geral de CDs e DVDs, mas sim uma forma de beneficiar os músicos brasileiros no mercado musical⁷³.

Mais adiante, FRASCÁ revela certo otimismo com relação ao intuito do legislador constitucional reformador, ao empreender a inserção da norma de incompetência tributária no ordenamento pátrio, entretanto, é enfático ao afirmar não ser a medida suficiente para concretização desse intento:

⁷¹ Emenda constitucional 75, de 15.10.13 (PEC da Música), p. III – Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26792/emenda-constitucional-75-de-15-10-13-pec-da-musica>>, acesso em: 3 dez. 2016.

⁷² Emenda constitucional nº 75/2013 e a imunidade tributária: polêmicas atuais sobre a imunização da produção (lítero) musical nacional, p. XII – Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13809&revista_caderno=9>, acesso em: 3 dez. 2016.

⁷³ CD's e DVD's musicais: Como se dá a tributação, p. III – Disponível em: <<http://whiplash.net/materias/curiosidades/152102.html>>, acesso em: 3 dez. 2016.

Trata-se, pois, de uma medida extremamente válida, pois todos sabemos as dificuldades que os músicos brasileiros (principalmente os iniciantes e de gêneros “menos comerciais”) enfrentam, e necessitam de todos os incentivos possíveis. Mas, no geral, não resolverá o problema da pirataria, pois não terá qualquer efeito em relação aos materiais de bandas internacionais⁷⁴.

Ainda, em seu texto, ANDREI PITTEN VELLOSO muito bem salienta:

O objetivo precípua dessa inovação constitucional não foi propriamente incrementar a difusão da música nacional, senão desestimular a pirataria, que, segundo a justificativa da PEC 98/2007, estava dilapidando o mercado fonográfico oficial numa velocidade vertiginosa. A concorrência das obras musicais originais com as piratas estava quase impraticável, dado o *“alto preço dos impostos que recaem sobre esse último, tornando seu custo final muitíssimo maior para o consumidor”*. Em razão da expressiva discrepância do preço decorrente da incidência de impostos sobre as cópias legítimas, o mercado fonográfico brasileiro estava “em queda livre”, sendo que somente nos dois primeiros meses de 2007, quando foi apresentada a PEC, tais cópias *“tiveram suas vendas depreciadas em 49% abaixo do mesmo período do ano passado. Foram vendidos no primeiro bimestre de 2007, cerca de 25 milhões de reais em CDs e DVDs musicais, contra 49 milhões de reais no mesmo período de 2006”*. Isso porque, *“independentemente da qualidade técnica, sabidamente muito inferior no produto ilegal, e mesmo do eventual desejo do comprador de prestigiar o trabalho genuíno do artista nacional, o apelo do baixo preço acaba se tornando irresistível, notadamente para aquela faixa da população com poucos recursos, que não pode se dar ao luxo de escolher um produto mais caro quando exista no mercado oferta de outros equivalentes por menor custo”*⁷⁵.

É esse o posicionamento adotado por CAROLINA BOTOSSO e EDUARDO BEHAR:

Na justificativa da PEC, o deputado argumenta que o mercado foi dominado por produtos ilegais e postos empregatícios informais, o que tornou o produto pirata infinitamente mais acessível no quesito “preço”, inviabilizando a concorrência entre o produto pirata e o original; este, sujeito a uma carga tributária altíssima que torna o custo final do produto muitíssimo maior para o consumidor.

Por este motivo, acreditou-se que a referida PEC, ao desonerar de impostos praticamente todas as fases envolvidas no processo de produção de música composta e/ou gravada por artistas brasileiros, bem como comercializada em seus diversos suportes, atenuará *sensivelmente a barreira econômica que pesa sobre o produto original, tornando-o mais acessível ao consumo, popularizando ainda mais seu acesso às classes menos privilegiadas do País (sic)*⁷⁶.

⁷⁴ *Ibidem*, p. III-IV.

⁷⁵ Imunidade tributária da música brasileira, p. I-II – Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/imunidade-tributaria-da-musica-brasileira/12382>>, acesso em: 2 nov. 2015.

⁷⁶ Imunidade tributária dos CD's e DVD's – Análise da EC75/2013, p. I-II – Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI191564,101048-Imunidade+tributaria+dos+CDs+e+DVDs+analise+da+EC+7513>>, acesso em 4 dez. 2016.

Nesse norte, o estudo da justificativa colacionada, em cotejo com as interpretações doutrinárias trazidas, permite concluir que os objetivos do legislador eram prioritariamente reduzir o preço dos produtos oriundos da indústria fonográfica brasileira, a fim de possibilitar uma competição mais equânime com os produtos advindos da indústria ilegal das contrafações, o acesso da população de classes econômicas mais baixas a esses produtos, disseminando a cultura brasileira entre tais classes econômicas e promovendo a recuperação da indústria fonográfica brasileira, tida como fator de importância para o equilíbrio da economia nacional, justificando, assim, a necessidade de proteção estatal.

Ao analisar as motivações do legislador, sob um enfoque crítico, CAROLINA SCHÄFFER FERREIRA JORGE conclui, destacando a importância de adoção de outras medidas para complementar os resultados advindos da entrada em vigor do texto trazido pela Emenda Constitucional nº75/2013:

Com efeito, a mera redução dos custos dos produtos originais não terá o condão de eliminar a pirataria, tendo em vista que, mesmo reduzindo, o preço de mercado de tais produtos ainda será sensivelmente superior àquele dos produtos pirateados. E não poderia ser diferente, uma vez que a carga tributária não é o único elemento que distancia os custos desses produtos. Ao contrário, o produtor de obras originais deve incorrer em inúmeras outras despesas, tais como a contratação de funcionário, o pagamento de direitos autorais, o aluguel ou aquisição de instalações, as quais não são incorridas pelo produtor da obra pirateada.

Logo, se a imunidade poderá reduzir o custo (e, por via de consequência, o preço) das obras originais, disso não decorre que a pirataria será eliminada ou mesmo reduzida.

Ademais, o combate de atividades ilegais (tal como a reprodução desautorizada de obras musicais) depende também de operações de fiscalização por parte do Estado e da criação de instrumentos punitivos capazes de prevenir a ocorrência de tais infrações. Assim, a imunidade tributária não se revela o instrumento mais adequado para tal empreitada⁷⁷.

Na continuação de sua análise, a autora compreende negativamente a ideia de privilégio à indústria nacional como justificativa para implementação da imunidade aqui tratada. Isso porque, não obstante o texto constitucional original abarcar o ideal protecionista com relação às indústrias nacionais, em consonância com a inclinação constitucional contemporânea, políticas com tal caráter protecionista não se coadunam totalmente, sobretudo, tendo pressuposto a Emenda Constitucional nº 06/1995, a qual teve por tarefa suplantiar o enunciado do artigo 171 da Carta Maior, cujo teor comportava, exatamente, índole protecionista.

⁷⁷ **Interpretação...**, *op. cit.*, p. 136-137.

De outro vértice, CAROLINA JORGE, compreende como válido o objetivo de proporcionar a difusão da cultura nacional, por meio da instituição da referida imunidade. A título explicativo, colaciona-se excerto de suas conclusões:

Este nos parece ser um objetivo legítimo da imunidade tributária e consentâneo com a Constituição Federal brasileira, que, em seu art. 23, V, dispõe que é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios “proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência” e no seu art. 215 dispõe que o Estado “garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes do direito cultural” (*sic*)⁷⁸.

Analisando o texto base da justificativa da Proposta de Emenda Constitucional (PEC), as lições da autora apresentada e o exposto até o momento, conclui-se, logicamente, pela correção da interpretação dada por CAROLINA JORGE à exposição de motivos apresentada pelo redator da PEC, base deste estudo. No entanto, é impositivo a ressalva de que políticas de caráter protecionista, como busca implementar o redator do Projeto de Emenda à Constituição que originou a Emenda Constitucional nº 75/2013, não tenha mais guarida no texto constitucional, sobretudo com a revogação do artigo 171, da Carta Maior. Além do mais, estando o consumo cultural mais atrelado a características pessoais de preferência, uma política protecionista pouco influenciaria no âmago desse ramo de mercado.

Ainda sob esta óptica, mostra-se evidente a incapacidade da subtração do custo relacionado à cobrança de impostos em promover um confronto verdadeiramente eficaz ao mercado de contrafações, pois como bem salientado por CAROLINA JORGE, os demais custos de produção de uma obra original ainda mantêm elevados os preços de tais produtos, se comparados às contrafações comercializadas fisicamente e, sobretudo, às disponibilizadas gratuitamente no seio da rede mundial de computadores (internet), acarretando gastos apenas com o aparelhamento para acesso. Tal problema também se estende à intenção legislativa de favorecer o acesso das classes economicamente desfavorecidas às obras produzidas pela indústria fonográfica pátria, pois, como observado, a desoneração, ainda que comporte uma redução expressiva nos valores dos produtos musicais originais, não representa uma diminuição expressiva o bastante para permitir a aquisição deles por indivíduos com renda mensal menor.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 137.

5.2 Abrangência da Imunidade Musical

Superadas as explicações acerca das motivações legislativas para instituição da imunidade musical, como ficou conhecido o instituto aqui tratado, passa-se a analisar sua abrangência. Para tanto, é necessário destinar atenção ao disposto no artigo 150, VI, “e”, *in verbis*:

e) fonogramas e videofonogramas musicais produzidos no Brasil contendo obras musicais ou literomusicais de autores brasileiros e/ou obras em geral interpretadas por artistas brasileiros bem como os suportes materiais ou arquivos digitais que os contenham, salvo na etapa de replicação industrial de mídias ópticas de leitura a laser.

Para favorecer uma melhor compreensão da norma jurídico-constitucional é salutar a sua dissecação, para uma análise mais detalhada do texto legal. Como salientam BOTOSSO e BEHAR, o legislador utilizou-se de termos técnicos muito específicos, dificultando, muitas vezes, ao intérprete, perceber adequadamente a semântica da locução da norma como um todo:

Antes de analisarmos os reflexos tributários da EC, é preciso, primeiramente, esmiuçar a abrangência dos seus termos, vez que a redação utiliza-se de terminologia bastante técnica e nem sempre compreensível só na leitura literal (*sic*)⁷⁹.

Assim, entende-se propício dividir a prescrição normativa em cinco orações, possibilitando a análise da terminologia empregada de uma maneira mais aprofundada, na esteira da metodologia empregada por BOTOSSO e BEHAR, desdobrando a prescrição legal da seguinte maneira:

- a) fonogramas e videofonogramas musicais produzidos no Brasil (...);
- b) contendo obras musicais ou literomusicais de autores brasileiros e/ou (...);
- c) contendo obras em geral interpretadas por artistas brasileiros(...);
- d) bem como os suportes materiais ou arquivos digitais que os contenham(...);
- e) salvo na replicação industrial de mídias ópticas de leitura a laser⁸⁰.

Fonogramas e videofonogramas musicais produzidos no Brasil: de acordo com o dicionário eletrônico HOUAISS, “fonograma” significa:

1 - Gravação de uma faixa de disco;

⁷⁹ Imunidade tributária..., *op. cit.*, p. II.

⁸⁰ *Ibidem*, p. II.

- 2 - Mesmo que telegrama fonado;
- 3 - Acústica, fonética registro das ondas sonoras, obtido por aparelhos;
- 4 - Linguística, nas escritas ideográficas, signo que, além de ser usado com seu valor de ideograma, é empregado também na representação de uma sequência consonantal de palavras; num estágio mais desenvolvido, pode representar também uma sílaba;
- 5 - Linguística, representação gráfica dos sons da fala, nas escritas fonéticas⁸¹.

Nos termos do artigo 5º, IX, da Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, Lei dos Direitos Autorais, fonograma pode ser entendido como:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

(...)

IX - fonograma - toda fixação de sons de uma execução ou interpretação ou de outros sons, ou de uma representação de sons que não seja uma fixação incluída em uma obra audiovisual;

Partindo desse ponto, CAROLINA BOTOSSO e EDUARDO BEHAR definem fonograma como “(...) *uma gravação de som de uma interpretação musical*”⁸². Já CAROLINA JORGE, descreve fonograma como “(...) *registro exclusivamente sonoro*”⁸³.

De outro lado, o Dicionário HOUAISS preceitua “videofonograma” como “(...) *registro de imagens e sons em determinado suporte (como no caso dos videocassetes, videodiscos etc.)*”⁸⁴.

Nessa esteira, CAROLINA JORGE leciona que videofonograma é “(...) *o registro de sons e imagens*”⁸⁵. Na mesma direção caminham BOTOSSO e BEHAR, ao afirmarem que “(...) *é a gravação de som e imagem de uma interpretação musical, ou seja, os vídeos musicais*”⁸⁶.

Tendo essas ideias como fundamento, chega-se à conclusão de que “fonograma” se designa a conceituar qualquer forma de arquivo de áudio gravado, enquanto “videofonograma” representa os arquivos que componham a somatória de áudio mais vídeo.

Assim, apenas a título exemplificativo, a gravação, no caso, apenas o registro de áudio, da canção “Asa Branca”, interpretada pelo grupo “Falamansa”, é um fonograma; e um arquivo em que conste a interpretação da música “Asa Branca”,

⁸¹ **O grande dicionário Houaiss** – Disponível em: <<https://houaiss.uol.com.br/pub/apps/www/v2-3/html/index.htm#2>>, acesso em: 4 dez. 2016.

⁸² Imunidade tributária..., *op. cit.*, p. II.

⁸³ **Interpretação...**, *op. cit.*, p. 139.

⁸⁴ **O grande...**, *op. cit.*

⁸⁵ **Interpretação...**, *op. cit.*, p.139.

⁸⁶ Imunidade tributária..., *op. cit.*, p. III.

executada por Frank Aguiar, é outro fonograma. Do mesmo modo, um videofonograma, para os fins entendidos pela imunidade prevista no artigo 150, VI, “e”, da Constituição Federal, seria, por exemplo, a filmagem de um concerto, onde o grupo “Falamansa” interpreta a música “Asa Branca”.

De passagem, reitera-se a proposta de Emenda nº 2, de redação do Senador Eduardo Braga, a qual pretendia alterar a redação do Projeto de Emenda à Constituição para:

e) fonogramas e videofonogramas musicais produzidos no Brasil contendo obras musicais ou literomusicais de autores brasileiros e/ou obras em geral interpretadas por artistas brasileiros bem como os suportes materiais ou arquivos digitais que os contenham, salvo na etapa de replicação industrial de mídias ópticas de leitura a laser, **e sobre espetáculos musicais e teatrais de autores brasileiros e interpretados por artistas brasileiros** (grifou-se)⁸⁷

Não obstante a estruturação um pouco dúbia do período, a intenção do parlamentar era estender a proteção constitucional às apresentações artísticas com conteúdo ligado à cultura fonográfica no Brasil, sendo esse ponto tratado por BOTESSO e BEHAR, que frisam:

(..) o senador Eduardo Braga propôs uma Emenda (“Emenda nº 2”) à PEC, com o objetivo de aumentar a abrangência da proposta original, de forma a estender a imunidade também aos espetáculos musicais e teatrais de autores brasileiros e interpretados por artistas brasileiros. Argumenta que estas também são atividades culturais igualmente relevantes à população, e que esta ampliação seria essencial para democratizar ainda mais o acesso a essas manifestações culturais (*sic*)⁸⁸.

Contudo, essa proposta foi rejeitada, em parecer apresentado em 11 de setembro de 2013, pela Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) do Senado, de onde se extrai a argumentação de que:

Apesar de extremamente importantes, os espetáculos musicais e teatrais não enfrentam o problema da “pirataria”, razão pela qual não viram motivos para estender a esses eventos a imunidade de impostos dos fonogramas e videofonogramas⁸⁹.

Oportuno também, salientar a problemática oriunda da utilização da expressão “produzidos no Brasil”. Sobre esse tema, é lícito empreender a transcrição dos ensinamentos de CAROLINE BOTESSO e EDUARDO BEHAR:

⁸⁷ Proposta de emenda à..., *op. cit.*, p. 62.476-62.479.

⁸⁸ Imunidade tributária..., *op. cit.*, p. III.

⁸⁹ Proposta de emenda à..., *op. cit.*, p. 62.479.

Quis a norma mencionar “produção” enquanto sinônimo de execução de som? (ex: show musical no Credicard Hall). Ou referiu-se, na verdade, ao local de edição do fonograma/videofonograma, de modo a deixá-lo apto a ser materializado num suporte material? (ex: show musical no Credicard Hall e edição por empresa sediada no Brasil). Nesta última hipótese, então, se um show for realizado no Brasil, mas editado por alguém no exterior, não estaria, portanto, abarcado pela imunidade? (*sic*)⁹⁰

Ao analisar esse ponto, CAROLINA JORGE preceitua:

Sendo reconhecida a constitucionalidade do dispositivo em questão, que, como veremos, pode ser contestada em diversos pontos, entendemos que este deve ser interpretado como a abranger todas as obras que tenham sido produzidas no país (ainda que apenas parcialmente) e que contenham ao menos uma faixa de autoria brasileira ou interpretada por artistas brasileiros. Isso porque a Constituição não determina que toda a obra tenha que ser produzida no país ou que todos os autores ou interpretes sejam de nacionalidade brasileira. Ademais o reconhecimento da imunidade em tais casos também está de acordo com o objetivo visado na instituição do preceito, já que também fomentará a indústria nacional e facilitará a divulgação de obras referentes à cultura brasileira para a população do país (*sic*)⁹¹.

Também, é esse o posicionamento apontado por ANDERSON SOARES MADEIRA, “*in verbis*”:

Outro revés da nova alínea ‘e’ é com relação aos discos feitos por artistas brasileiros e estrangeiros conjuntamente. Deve prosperar a nacionalidade interna ou a externa? Por derradeiro, devemos reconhecer a imunidade, não apenas pela participação do nacional, mas pelo livre acesso a cultura que todo brasileiro deve ter. São os direitos humanos de primeira geração. Nessa trilha, o próprio texto constitucional garante a irrestritibilidade da criação e do pensamento, ex vi dos artigo 5º, XIV e artigo 220. Insta ainda ressaltar que, evidente, que os maiores beneficiários dessa nova imunidade serão as grandes gravadoras, uma vez que a maior parte dos lucros de um disco fica com elas e não com os artistas (*sic*)⁹².

Essa questão, embora aparentemente complicada, pode ser dirimida se levados em consideração os objetivos do legislador, ao propor emenda à constituição, anteriormente já discutidos; ou seja, se observado o fato de o legislador ter como foco, entre outros, a proteção da indústria fonográfica local, medida lógica é concluir não serem imunizados os fonogramas e videofonogramas advindos de empresas estrangeiras, a menos que eles sejam de um artista, compositor ou intérprete brasileiro.

Evidente que tais arquivos necessitam de suportes físicos de armazenamento, os quais também são abrangidos pelo comando constitucional de

⁹⁰ Imunidade tributária..., *op. cit.*, p. III.

⁹¹ **Interpretação...**, *op. cit.*, p. 140-141.

⁹² **Emenda...**, *op. cit.*, p. IV-V.

desoneração estatuído por meio da Emenda Constitucional nº 75/2013, com a ressalva da limitação, do referido comando, no concernente à fase de replicação industrial de mídias ópticas de leitura a “*laser*”, mas essa discussão não tem espaço neste momento, e será analisada posteriormente.

Por fim, é preciso frisar o fato de que a extensão dessa desoneração não abarca todos os arquivos audiovisuais, mas apenas aqueles destinados à divulgação de trabalhos artísticos musicais e, para além disso, produzidos no Brasil, de autores ou intérpretes brasileiros, como se examinará mais profundamente nas linhas que se seguem.

Contendo obras musicais ou literomusicais de autores brasileiros e/ou: aqui, como já salientado, o legislador reafirma a necessidade de que as obras se tratem de produções sonoras ou audiovisuais contendo trabalhos musicais, estendendo a aplicação da norma às obras literomusicais.

O dicionário HOUAISS, ao definir a locução literário-musical assevera ser esse um “(...) *adjetivo de dois gêneros, relativo à literatura e à música*”, ou seja, no caso da imunidade tributária sob análise, produções que conjuguem uma narrativa expressa por meio cantado, formatação típica de obras literárias infantis⁹³.

CAROLINA JORGE explica que as “(...) *obras musicais são aquelas exclusivamente relativas a música, ao passo que obras literomusicais são aquelas que agregam música e também literatura*” (*sic*)⁹⁴.

Esse também é o posicionamento adotado por ANDREI PITTEN VELLOSO, ao expor:

Proíbe-se também que tais impostos incidam sobre obras literomusicais, ou seja, sobre as obras de cunho literário e musical, como os saraus gravados e oferecidos à venda, seja em meio físico, seja digital. Nesse aspecto, denota-se a íntima ligação que há entre a imunidade da música e aquela outorgada aos livros e periódicos, ambas garantidoras da livre manifestação cultural e do livre acesso à cultura⁹⁵.

ANDERSON SOARES MADEIRA é enfático, ao observar:

(...) segundo a nova regra, pode-se afirmar que o artista estrangeiro não terá seu trabalho imune, mesmo se versar sobre música brasileira (...). Isso, inclusive, nos leva a refletir se a imunidade em pauta não seria ‘subjetiva’, ou seja, sobre a pessoa do artista brasileiro e não objetiva (como cremos

⁹³ O grande..., *op. cit.*

⁹⁴ Interpretação..., *op. cit.*, p. 140.

⁹⁵ Imunidade tributária..., *op. cit.*, p. I.

até então) sobre o disco, uma vez que, se sobre o disco, não importaria de quem seria a voz, se de nacional ou estrangeiro⁹⁶.

Ainda, nesse aspecto, BOTOSSO e BEHAR salientam não estarem inclusos, nesse paradigma, produtos sonoros ou audiovisuais contendo a recitação de um poema ou a apresentação de um documentário⁹⁷.

Contendo obras em geral interpretadas por artistas brasileiros: a análise dessa oração acaba por gerar dúvida para o intérprete da mensagem, pois, enquanto os trechos anteriores falam em imunização para fonogramas e videofonogramas musicais, contendo obras musicais ou literomusicais, este período refere-se a obras em geral; assim, há a possibilidade de se empreender uma ampliação dos limites do dispositivo constitucional imunizante. Nessa linha, a astuta observação de BOTOSSO e BEHAR:

Contendo obras em geral interpretadas por artistas brasileiros - esta frase pode ensejar duas interpretações, cujos reflexos será uma ampliação ou uma limitação à imunidade pretendida pela Emenda.

Vejamos:

A frase colacionada acima, se isoladamente considerada, leva-nos à interpretação de que a imunidade foi ampliada, deixando, portanto, de limitar-se a fonogramas/videofonogramas de obras **musicais**, mas sim pretendendo atingir qualquer fonograma/videofonograma, sendo elemento determinante da imunidade apenas a pessoa de quem o executa, quais sejam, os artistas brasileiros (autores ou intérpretes).

Nesta interpretação puramente literal, a declamação de um poema por um artista brasileiro (exemplo citado acima), encontrar-se-ia dentro da abrangência da imunidade, haja vista enquadrar-se como **fonograma de obra em geral**.

Por outro lado, se lermos esta frase como **complemento** da primeira (que trata dos fonogramas e videofonogramas) teríamos: *“fonogramas e videofonogramas musicais produzidos no Brasil contendo obras em geral interpretadas por artistas brasileiros”*⁹⁸.

Deparando-se com essa questão, os autores pendem na direção de assimilar a construção normativa como ampliativa, por entenderem ser condizente com o preceito normativo e melhor servir ao objetivo posto pela norma de incompetência tributária, no sentido de propor-se a disseminar a cultura brasileira, pois a produção cultural não se limita às obras musicais.

Partindo do defendido por CAROLINA BOTOSSO e EDUARDO BEHAR, se, por um lado, ao operador do direito não cabe propor interpretação exageradamente extensiva, por outro, não pode também se dar ao emprego de uma interpretação

⁹⁶ **Emenda...**, *op. cit.*, p. II.

⁹⁷ Imunidade tributária..., *op. cit.*, p. IV.

⁹⁸ *Ibidem*, p. IV.

extremamente restritiva e que acabe por tolher o âmbito de abrangência pretendido pela norma.

Nesse sentido, assim justificam seu posicionamento:

(...) observa-se que a regra de imunidade deve ser interpretada no sentido de proteger o princípio fundamental que a inspira.
E no caso da EC sob exame, não resta dúvida que o princípio fundamental que a norteia é o da disseminação e **defesa da cultura nacional**.
(...)
Tanto é isso que a Justificação do Projeto de Emenda inicia-se com a frase: *“a presente proposta de emenda à constituição é, antes de tudo, um brado em defesa da cultura nacional”*⁹⁹.

De encontro a esse posicionamento, tem-se o entendimento exarado por CAROLINA JORGE, que é categórica ao afirmar:

O dispositivo constitucional também faz referência a “obras em geral”, o que pode conduzir ao entendimento de que a imunidade poderia abranger outros tipos de obras, além das musicais ou literomusicais. No entanto, essa não é a melhor interpretação do preceito.
Isso porque a expressão “obras em geral” deve ser entendida no contexto do dispositivo constitucional. E esse dispositivo prevê, antes de tudo, que a imunidade só pode aos fonogramas e videofonogramas musicais. Logo, “obras em geral” só podem ser aquelas fixadas em fonogramas e videofonogramas musicais e, pois, relativas à música (*sic*)¹⁰⁰.

Tendo em vista o até este momento exposto, é de se concluir que, para ser abarcado pela imunidade prevista na alínea “e” do artigo 150, VI, da Constituição Federal, é necessário que o produto da indústria fonográfica tenha relação com trabalho artístico musical, além ser de autoria de um artista brasileiro ou, caso a autoria seja de um artista estrangeiro, que a obra tenha sido interpretada por um artista brasileiro.

Bem como os suportes materiais ou arquivos digitais que os contenham: como já citado anteriormente, os arquivos de áudio e os arquivos de áudio e vídeo necessitam de um suporte físico de armazenamento; e, em consonância com a dicção da norma constitucional, esses suportes de armazenamento também são afetados pela imunização tributária.

Sobre o assunto, RENAN NOSSA GOBBI ensina:

O mercado musical vem seguindo novas tendências tecnológicas quando o assunto é comercialização de músicas, sendo cada vez mais comum a busca pela compra de fonogramas ou videogramas musicais pelo meio

⁹⁹ *Ibidem*, p. VI.

¹⁰⁰ **Interpretação...**, *op. cit.*, p. 140.

digital, como por exemplo, a venda de produtos musicais efetivada pelo iTunes e Google Play, o que não poderia ser ignorado pelo legislador constitucional derivado, que garantiu imunização não só aos suportes materiais/físicos, mas também aos arquivos digitais¹⁰¹.

Esse também é o posicionamento exarado por ANDERSON MADEIRA, o qual disserta nos seguintes termos, ao tecer comentários, frutos do estudo realizado acerca do assunto:

Por analogia tecnológica, e mais propriamente pela intenção finalística, pode-se concluir que vídeo tapes, LPs, fitas cassete e quaisquer outros meios de reprodução musical também estão sob a custódia da nova benesse.

(...)

Os suportes materiais ou arquivos digitais que os contenham, verdadeiros insumos do disco, também estão imunes¹⁰².

Ao encontro desse posicionamento, vão as conclusões atingidas por CAROLINA JORGE, ao analisar a redação dos artigos 5º, XI, e 7º, da Lei 9.610/1998:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

(...)

IX - fonograma - toda fixação de sons de uma execução ou interpretação ou de outros sons, ou de uma representação de sons que não seja uma fixação incluída em uma obra audiovisual;

Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como: (...)

Assim conclui a autora, firmando inteligência pelo acerto da redação dada ao mandamento constitucional nesse trecho:

A Emenda Constitucional nº 75/2013 também parece abraçar a mesma ideia, estabelecendo a imunidade dos fonogramas e videofonogramas e dos suportes materiais ou arquivos digitais que os contenham. Assim foi afastada grande parte da celeuma sobre a aplicação do benefício às obras que não possuem suporte físico, discussão essa que, (...), tem ocupado o centro do debate sobre a imunidade dos livros.

Deste modo são imunes à instituição de impostos os fonogramas, entendidos como registro exclusivamente sonoro, e os videofonogramas, entendidos como registro de sons e imagens, e os respectivos materiais e os arquivos digitais que os contenham¹⁰³.

Comunga desse entendimento MARCELO BRAGHINI, que tendo em vista a definição dada às palavras “fonogramas” e “videofonogramas”, observa:

¹⁰¹ **Emenda...**, *op. cit.*, p. XI-XII.

¹⁰² **Emenda...**, *op. cit.*, p. II.

¹⁰³ **Interpretação...**, *op. cit.*, p. 139.

(...) estamos diante da gravação de CD's e DVD's, ou arquivos comercializados em modo digital, desde que referidos suportes materiais contenham obras de autores brasileiros ou interpretadas por artistas brasileiros, preservando neste ponto o princípio da isonomia, sem que haja qualquer distinção nos meios e modos de expressão cultural, na qualidade de autor ou intérprete, desde que o ponto de contato esteja centrado na preservação da cultura musical brasileira¹⁰⁴.

Salvo na replicação industrial de mídias ópticas de leitura a “*laser*”: neste trecho final, o legislador define uma exceção à regra de desoneração ao suporte físico dos arquivos audiovisuais. Importante estabelecer que as mídias aqui excetuadas se referem às mídias ópticas de leitura a “*laser*”, ou sejam, os CDs e DVDs, suportes físicos mais comuns na comercialização de fonogramas e videofonogramas. Contudo, essa exceção é aplicada apenas à sua fase de replicação industrial, com intuito de proteger as indústrias desse ramo em operação na Zona Franca de Manaus. É esse o entendimento trazido à baila por ANDREI VELLOSO:

A abrangência da imunidade é limitada, outrossim, pela ressalva constante na parte final do preceito, por força da qual a incidência de impostos é admitida na “etapa de replicação industrial de mídias ópticas de leitura a laser”. Por “replicação”, também denominada “prensagem”, entende-se a fabricação dos discos a partir de uma matriz especial que contém os dados a serem reproduzidos. Logo, viável a incidência do IPI e do ICMS na saída de CDs, DVDs e Blu-Rays das fábricas que os produzem, observadas eventuais isenções, como as consagradas na Zona Franca de Manaus¹⁰⁵.

De mesmo modo, apresenta-se o entendimento expedido por BOTOSSO e BEHAR:

Essa ressalva feita no dispositivo tem uma razão de ser que merece ser comentada.

Nos termos do Parecer de aprovação da PEC exarado pela CCJ, datado de 9/5/12, esta parte final do dispositivo visa resguardar a *produção industrial de CDs e DVDS na Zona Franca de Manaus, com a manutenção da exclusividade do benefício atualmente concedida na etapa de replicação às indústrias localizadas naquela região.*

Há que se destacar, contudo, que a exclusão da imunidade, ou seja, a tributação destacada nesta frase vincula a replicação industrial a um *modus operandi* específico, qual seja, mídias ópticas de leitura a laser¹⁰⁶.

Discorrendo acerca da ressalva inserida durante o trâmite legislativo do Projeto de Emenda Constitucional, BRAGHINI aponta a existência de questões de

¹⁰⁴ O alcance da imunidade tributária prevista na recente EC 75/2013, **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, v. 116, p. 65.

¹⁰⁵ Imunidade tributária..., *op. cit.*, p. II.

¹⁰⁶ **Imunidade tributária...**, *op. cit.*, p. VI-VII.

caráter eminentemente político para a exclusão da imunidade sob estudo, nessa fase, em específico:

Na verdade, e como divulgado pela mídia à época da aprovação da EC 75/2013, a inserção da limitação ao final do texto foi decorrente de manobra política lobby para proteger a indústria fonográfica que, atualmente, está concentrada na Zona Franca de Manaus, local onde existem incentivos fiscais expressivos para o ramo. Ou seja, a limitação não estava contida no texto original da PEC n. 98/2007, mas acabou sendo inserida durante a tramitação do texto no Congresso Nacional (*sic*)¹⁰⁷.

Essa é a direção na qual, igualmente, segue CAROLINA JORGE, ao analisar a abrangência da norma imunizadora:

Assim, ao negar a imunidade à fase de replicação, buscou o constituinte garantir que as empresas da Zona Franca ainda teriam uma vantagem competitiva frente às demais empresas situadas em regiões do país. Essa informação consta, inclusive, do Parecer elaborado pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado acerca da emenda constitucional, na qual o Senador Eurico Oliveira afirma que “a parte final da alínea que se busca incluir no art. 150, VI, da CF, resguarda a produção de CDs e DVDs na Zona Franca de Manaus, com manutenção da exclusividade do benefício fiscal atualmente concedido na etapa de replicação às indústrias localizadas naquela região” (*sic*)¹⁰⁸.

Ainda é preciso asseverar o fato de que, a despeito da referência ao produto acabado, o melhor entendimento é o da extensão dessa imunidade a toda a cadeia produtiva da indústria fonográfica. Nesse sentido, a boa ponderação de CAROLINA JORGE:

Considerando que a Constituição faz referência de forma ampla aos fonogramas e videofonogramas, sem restringir expressamente o benefício à comercialização do produto acabado, entendemos que todas as atividades relativas a esses bens, incluindo as fases de produção e posterior comercialização, estão, a princípio, abrangidas pela imunidade. Corrobora essa tese a ressalva contida ao final do dispositivo, que afasta a desoneração na etapa de replicação industrial de mídias ópticas de leitura laser. De fato, se apenas a fase de comercialização estivesse abarcada pela imunidade tributária, seria totalmente desnecessário fazer semelhante ressalva, de onde se conclui que não só a comercialização dos produtos, como também as etapas de fabricação, estão imunizadas¹⁰⁹.

Desse modo, conclui-se ser a imunidade aqui descrita destinada à desoneração de toda cadeia produtiva da indústria fonográfica brasileira, com exceção da multiplicação das mídias audiovisuais gravadas em CDs e/ou DVDs,

¹⁰⁷ O alcance da imunidade..., *op. cit.*, p. 69.

¹⁰⁸ **Interpretação...**, *op. cit.*, p. 142-143.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 142.

com intuito de impedir o fim dos benefícios concedidos às indústrias instaladas na Zona Franca de Manaus.

Válido salientar, ainda, a iniciativa do governo do Estado do Amazonas de ingressar com Ação Direta de Inconstitucionalidade, tendo como objeto o determinado pela Emenda Constitucional nº 75/2013, sendo essa ação distribuída, sob o número 5058, à relatoria do Ministro TEORI ZAVASCKI. Dedicando-se ao estudo desse ponto em questão, ANDERSON MADEIRA argumenta:

Alega o Estado que a não incidência de impostos na produção de discos de músicas, em qualquer lugar da Federação brasileira, iria ampliar os benefícios fiscais até então exclusivos da Zona Franca de Manaus (com vigência até 2023), o que iria comprometer a permanência de empresas do setor audiovisual, e mesmo dificultar a abertura de novas empresas naquele polo industrial, violando o artigo 151, I da CRFB/88 e os artigos 40 e 92 do ADCT. A expressão 'suporte material' prevista na EC 75 é um dos pontos de maior preocupação do autor, uma vez que, se for interpretado como qualquer equipamento eletrônico, computadores, leitores de mídia e outros, também poderão ser produzidos e comercializados sem a incidência dos impostos, o que iria reduzir significadamente a produção da ZFM. Com isso, um equipamento de gravação de cd, que não paga impostos se produzido na Zona Franca, com a EC 75, se produzido no Rio de Janeiro, ou qualquer outro Estado federado, também não pagará¹¹⁰.

Observa-se que, houve pedido de urgência, feito pelo Estado, e devidamente reconhecido pelo Ministro Relator, em despacho proferido em 06 de novembro de 2013, nos seguintes termos:

Diante da relevância da matéria constitucional suscitada e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, mostra-se adequada a adoção do rito do art. 12 da Lei 9.868/99, pelo que determino:

- a) solicitem-se as informações definitivas, a serem prestadas no prazo de 10 (dez) dias; e
- b) em seguida, remetam-se os autos ao Advogado-Geral da União e ao Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo 5 (cinco) dias, para a devida manifestação¹¹¹.

Já ocorrida, devidamente, a vista por parte do Advogado-Geral da União, bem como a efetiva juntada do parecer da douta Procuradoria-Geral da República, pronunciando-se pela improcedência do feito, sob a argumentação de que:

A imunidade tributária da Emenda Constitucional 75, de 15 de outubro de 2013, não influi negativamente nos incentivos fiscais da Zona Franca de Manaus, pelo fato de ser a regra constitucional imunizante proibitiva da instituição do tributo, sendo descabido cogitar de redução ou supressão de incentivos fiscais, pois tais favores legais pressupõem a renúncia de receitas de obrigações tributárias. Assim, a imunidade tributária, embora se

¹¹⁰ **Emenda...**, *op. cit.*, p. II-III.

¹¹¹ Ação direta de inconstitucionalidade, decisão monocrática; **Diário da Justiça**, nº 222, p. 72.

imponha para todos os entes da federação, não teria o condão de esvaziar o conteúdo das normas dos arts. 40 e 92 do ADCT de 1988. Segundo, porque, mesmo que se reconheça que o art. 40 do ADCT de 1988 assegura, como característica essencial da Zona Franca de Manaus, um regime de incentivos fiscais mais vantajoso que o concedido para outras regiões do país, tal proteção constitucional é direcionada contra a ação do legislador ordinário e não do legislador constituinte reformador.

E estando os autos conclusos ao gabinete do relator, desde 05 de maio de 2014, ainda não houve resolução da matéria por parte dos ministros integrantes do Supremo Tribunal Federal, resultando em incertezas quanto à imunidade em tela.

No entanto, apesar da pendência de julgamento da referida ação judicial, é de se concluir pela implementação da imunidade até aqui analisada, tecendo seus limites, no que concerne à obrigatoriedade de o produto fonográfico conter obra de autoria ou interpretação de artista brasileiro, devendo ser um registro sonoro ou audiovisual relativo a produções musicais, sem possibilidade de incidência da imunização sobre a fase de replicação de mídia óptica de leitura a “*laser*”.

5.3 Análise dos Resultado Obtidos

Como já demonstrado ao tratar das motivações que conduziram o legislador à propositura do projeto de emenda constitucional, que veio a se tornar a Emenda Constitucional nº 75/2013, o objetivo do legislador era, primordialmente, o combate ao comércio ilegal de cópias não autorizadas de material audiovisual, também conhecido como pirataria.

No entanto, esse objetivo não foi atingido: uma pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada estima que cerca de 81% dos brasileiros consome mídias protegidas por direitos autorais, no país, de maneira ilegal, sobretudo na forma digital¹¹².

Pesquisa divulgada pela consultora “*Tru Optik*” coloca o país na segunda colocação, no índice mundial de “*downloads*” ilegais, no mundo, com um total de 1,16 bilhões de “*downloads*” de conteúdo não autorizado¹¹³.

¹¹² Brasil é líder mundial em “*download*” ilegal. Entenda a lei brasileira sobre pirataria, p. I – Disponível em : <<http://blog.juridicocerto.com/2015/09/brasil-e-lider-mundial-em-download-ilegal-entenda-a-lei-brasileira-sobre-pirataria.html>>, acesso em: 18 dez. 2016.

¹¹³ Brasil é segundo colocado em “*ranking*” de pirataria, p. I – Disponível em: <<https://canaltech.com.br/noticia/pirataria/Brasil-e-segundo-colocado-em-ranking-de-pirataria/>>, acesso em: 18 dez. 2016.

Ainda em análise dos dados fornecidos pelo IPEA, há que se observar que o consumo de produtos pirateados é mais comum entre indivíduos de classes econômicas mais baixas e com grau de escolaridade menor, perfazendo um total de 96% entre os indivíduos da classe “D” e “E”; e 92%, entre aqueles que apenas completaram o ensino fundamental¹¹⁴.

No entanto, o índice de consumo de mercadorias “piratas” também é elevado entre as classes mais altas, representando 75%, no que diz respeito aos indivíduos da classe “A”; e 77%, entre aqueles com formação superior¹¹⁵.

Nesse passo, é possível verificar que o objetivo primordial da instauração da referida imunidade tributária não logrou êxito ao ser concretizado.

¹¹⁴ Brasil é líder..., *op. cit.*, p. I.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. I.

6. CONCLUSÃO

Ante a falência organizacional e econômica da indústria fonográfica brasileira, o legislador optou por erigir ao texto constitucional nova norma tributária de natureza jurídica organizacional, com intuito de incentivar a reorganização e revitalização desse ramo mercadológico que se provou tão importante para a economia nacional.

Assim, o legislador, tomando posse do poder constituinte de reforma, editou nova norma consagradora de imunidade tributária, inédita no ordenamento jurídico brasileiro e construída para imunizar a cadeia produtiva da indústria fonográfica brasileira. Essa imunidade construída e fixada no sistema jurídico brasileiro, em primeira mão, tem como objetivo maior o combate ao consumo de mercadorias pirateadas pelos indivíduos habitantes no Brasil, assim como propiciar a divulgação da cultura nacional e reestruturar o mercado fonográfico pátrio.

Contudo, a desoneração não se mostrou medida suficiente para promover essas ações. O combate ao comércio de contrafações requer medidas para além da mera imunização da produção e comércio dos bens fonográficos. Além disso, a enorme desproporção entre o preço dos produtos originais e as contrafações é fator definitivo, de modo a instigar mesmo aquele com maior poder aquisitivo a fazer uso de produtos “pirateados”.

Dessa forma, ao analisar os argumentos expedidos ao longo deste trabalho, assim como os dados levantados, entende-se que o objetivo primordial da imunização dos arquivos audiovisuais no ordenamento jurídico tributário brasileiro, não foi atingido e necessita da implementação de outras políticas de apoio para a concretização desse objetivo. No entanto, não se pode deixar de observar que, mesmo não se desincumbindo totalmente do encargo destinado a ela pelo legislador, a imunidade prevista no artigo 150, VI, “e”, da Constituição Federal representa um importante passo inicial no combate ao comércio de contrafações e para reestruturação da indústria fonográfica brasileira.

REFERÊNCIAS

ABREU, Paula. A indústria fonográfica e o mercado da música gravada – histórias de um longo desencontro. **Revista Crítica de Ciências Sociais**. Coimbra: Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, v. 85, ano 2009, p. 105-129.

ADAMY, Pedro Agustin. As imunidades tributárias e o direito fundamental à educação. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 96, Jan / 2011, DTR\2011\1150, p. 101-130.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS PRODUTORES DE DISCOS. Mercado fonográfico mundial e brasileiro em 2015 – Disponível em: <http://abpd.org.br/wp-content/uploads/2016/04/MERCADO_FONOGRAFICO_BRASILEIRO_E_MUNDIAL_2015_FINAL_PD_FSITE.pdf>. Acesso em: 5 dez. 2016.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. Atualizada por: Mizabel Abreu Machado Derzi. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. Atualizada por: Mizabel Abreu Machado Derzi. 7ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BRAGA, Raquel Xavier Vieira. A capacidade social como critério de concretização das imunidades tributárias. **Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT**, Belo Horizonte: Fórum, ano 13, n. 74, mar./abr. 2015, p. 27-46.

BRAGHINI, Marcelo. O alcance da imunidade tributária prevista na recente EC 75/2013. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 116, jun.2014, p. 61-73.

BRASIL. Proposta de emenda constitucional nº 98, de 26 de junho de 2007. Acrescenta alínea “e” ao inciso VI, do artigo 150 da Constituição Federal. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, nº 128, 12 de julho de 2007, p. 35.666.

_____. Proposta de emenda à proposta de emenda constitucional nº 123, de 16 de setembro de 2011. Altera a redação da Proposta de Emenda Constitucional que acrescenta alínea “e” ao inciso VI, do artigo 150 da Constituição Federal. Diário do Senado Federal, Brasília, DF, nº 143, 11 de setembro de 2013, p. 61.967.

_____. Proposta de emenda à proposta de emenda constitucional nº 123, de 16 de setembro de 2011. Altera a redação da Proposta de Emenda Constitucional que acrescenta alínea “e” ao inciso VI, do artigo 150 da Constituição Federal. Diário do Senado Federal, Brasília, DF, nº 144, 12 de setembro de 2013, p. 62.479.

_____. Emenda constitucional nº 75, de 15 de outubro de 2013. Acrescenta a alínea e ao inciso VI do art. 150 da Constituição Federal, instituindo imunidade tributária sobre os fonogramas e videofonogramas musicais produzidos no Brasil contendo obras musicais ou literomusicais de autores brasileiros e/ou obras em geral interpretadas por artistas brasileiros bem como os suportes materiais ou arquivos digitais que os contenham. Diário Oficial da União, Brasília, DF, nº 201, 16 de outubro de 2013, Seção 1, p. 5.

BOTOSO, Carolina. BEHAR, Eduardo. Imunidade tributária dos CD's e DVD's – Análise da EC75/2013. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI191564,101048-Imunidade+tributaria+dos+CDs+e+DVDs+analise+da+EC+7513>. Acesso em 4 dez. 2016.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Política, sistema jurídico e decisão judicial. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CANALTECH. Brasil é segundo colocado em “*ranking*” de pirataria, p. 1 – Disponível em: <<https://canaltech.com.br/noticia/pirataria/Brasil-e-segundo-colocado-em-ranking-de-pirataria/>>, acesso em: 18 dez. 2016.

CAPRA, Fritjof. **A teia da vida** – uma nova compreensão científica dos seres vivos. São Paulo: Cultrix, 1996.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito** (o constructivismo lógico-semântico). São Paulo: Noeses, 2009.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 24ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Imunidades tributárias. **Revista de Direito Tributário**. São Paulo: RT, nº 27-28, Jan/Jul, 1984.

CRUZ, Renato Negretti. **A teoria dos sistemas e a normativa constitucional do sistema jurídico sanitário**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo, 2007.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 11ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

COSTA, Regina Helena. Imunidades tributárias: teoria e análise da jurisprudência do STF. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

DERZI, Misabel Abreu Machado. A imunidade recíproca, o princípio federal e a emenda Constitucional n. 3, de 1993. **RDtributário**. v. 62. São Paulo: Malheiros, 1978, p. 76-98.

_____. Notas de atualização. In: BALEEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 7ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

FRASCÁ, Junior. CD's e DVD's musicais: Como se dá a tributação. Disponível em: <http://whiplash.net/materias/curiosidades/152102.html>. Acesso em 3 dez. 2016

GOBBI, Renan Nossa. Emenda constitucional nº 75/2013 e a imunidade tributária: polêmicas atuais sobre a imunização da produção (litero) musical nacional. Disponível em: http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13809&revista_caderno=9. Acesso em 3 dez. 2016

GUIMARÃES, Marco Antônio. **As imunidades tributárias enquanto direitos fundamentais integrantes do núcleo rígido da constituição federal e o princípio da proibição do retrocesso social**. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica, Curitiba, 2006.

HOUAISS, Antônio. **O grande dicionário Houaiss**. Disponível em: <https://houaiss.uol.com.br/pub/apps/www/v2-3/html/index.htm#2>. Acesso em: 4 dez. 2016.

ICHIHARA, Yoshiaki. **Imunidades tributárias**. São Paulo: Atlas, 2000.

JORGE, Carolina Schäffer Ferreira. **Interpretação das imunidades do art. 150, VI, da Constituição Federal**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014

JURÍDICOCERTO. Brasil é líder mundial em “download” ilegal. Entenda a lei brasileira sobre pirataria, p. 1 – Disponível em: <<http://blog.juridicocerto.com/2015/09/brasil-e-lider-mundial-em-download-ilegal-entenda-a-lei-brasileira-sobre-pirataria.html>>, acesso em: 18 dez. 2016.

LANNES, Wilson Vieira. **A crise e as novas fronteiras para a indústria fonográfica**. Trabalho de Graduação (Especialização em Administração de Empresas). Fundação Getúlio Vargas, 2009. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/4051/wlannes.pdf?sequence=1>>. Acesso em 03 dez. 2016.

LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociais: lineamentos para una teoría general**. Tradução: Silvia Pape; Brunhilde Erke; Javier Torres Naffarate (coord.). Barcelona: Anthropos; México: *Universidad Iberoamericana*; Santafé de Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1998.

MACHADO, Raquel Cavalcante Ramos. **Competência tributária: entre a rigidez do sistema e a atualização interpretativa**. São Paulo: Malheiros, 2014.

MADEIRA, Anderson Soares. Emenda constitucional 75, de 15.10.13 (PEC da Música). Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/26792/emenda-constitucional-75-de-15-10-13-pec-da-musica>. Acesso em: 3 dez. 2016

MATURANA, Humberto Romesín. II Fundamentos biológicos del conocimiento. In: **La realidade: ¿Objetiva o construída?** México: Anthropos/Universidad Ibero Americana/Iteso, 1996.

_____; VARELA, Francisco Javier. **A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana**. Tradução: Jonas Pereira dos Santos. 5 ed. São Paulo: Palas Athenas, 2005.

MORAES, Bernardo Ribeiro de. A imunidade tributária e seus novos aspectos. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 34, 1998, p. 19-40.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Imunidades**. 2ª ed., ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 1992.

OLIVEIRA, Júlio Maria de. **Internet e competência tributária**. São Paulo: Dialética, 2001.

REIS, Hécio Lafeté. **O alcance da imunidade tributária dos livros, jornais e periódicos: o caso do livro digital**. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica, Minas Gerais, 2012. Disponível em < http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_ReisHL_1.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2016.

STURTZ, Gabriel. Natureza Jurídica da Imunidade e Demais Formas de não-tributação: Evolução Doutrinária e Jurisprudencial. In: DIFINI, Luis Felipe Silveira (org.). **Imunidades Tributárias e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TORRES, Javier Naffarate. *Nota a la versión em lengua castellana*. In: LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociais: lineamentos para una teoría general**. Tradução Silvia Pape; Brunhilde Erke; Javier Torres Naffarate (coord.). Barcelona: Anthropos; México: *Universidad Iberoamericana*; Santafé de Bogotá: *Pontificia Universidad Javeriana*, 1998

VELLOSO, Andrei Pitten. Imunidade tributária da música brasileira. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/imunidade-tributaria-da-musica-brasileira/12382>. Acesso em: 2 nov. 2015

VIEIRA, José Roberto. A noção de sistema no direito. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**. Porto Alegre: Síntese, v. 33, n. 8, ano 2000, p. 53-64.

_____. E, Afinal, a Constituição Cria Tributos! In: TÔRRES, Heleno Taveira (coord.). **Teoria Geral da Obrigação Tributária: Estudos em Homenagem ao Professor José Souto Maior Borges**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 594-642.

VICENTE, Eduardo; DE MARCHI, Leonardo. Por uma história da indústria fonográfica no Brasil 1900-2010: uma contribuição desde a Comunicação Social. **Música Popular em Revista**. Campinas: Universidade Estadual de Campinas, ano 3, v. 1, jul.-dez. 2014, p. 7-33.