A imunidade tributária das listas telefônicas como decorrência do exercício de hermenêutica constitu

Por: Augusto Vinícius Fonseca e Silva

Sumário:

1- Noções acerca da imunidade tributária; 2- Algumas linhas sobre hermenêutica constitucional; 3- A imunidade tributária das listas telefônicas - Conclusão.

1- Noções acerca da imunidade tributária

Antes de uma análise minuciosa sobre o tema da imunidade tributária das listas telefônicas, necessário se faz, para fins de contextualização, traçar alguns comentários acerca do instituto da imunidade tributária. Feita tal análise, aí sim, poderemos passar a tratar especificamente daquele tema, com estudo da doutrina e jurisprudência pertinente.

A imunidade tributária é norma topologicamente encartada em dispositivo constitucional que versa sobre as limitações do poder de tributar (art. 150, VI), sendo esta, portanto, a sua natureza jurídica mediata.

Situa-se dentre as vedações estendidas a todos os entes federativos do Estado Brasileiro, inexoravelmente, pelo que se consubstancia em Princípio Constitucional Estabelecido, no contexto geral da organização político-administrativa e sua tríplice capacidade de auto-organização, auto-administração e auto-normatização. Mais precisamente na vedação à produção legislativa de impostos quanto aos bens (imunidade objetiva) e pessoas (imunidade subjetiva) imunes a impostos.

Como preleciona Pontes de Miranda, “a regra jurídica de imunidade é regra jurídica no plano das regras jurídicas de competência dos podêres públicos – obsta a atividade legislativa impositiva, retira ao corpo, que cria impostos, qualquer competência para os pôr, na espécie. Há qualidade da pessoa, ou do bem, que se erige versus Estado.”

Neste contexto, pode a imunidade tributária ser definida como a “classe finita e imediatamente determinável de normas jurídicas contidas no texto da Constituição Federal, e que estabelecem, de modo expresso, a incompetência das pessoas políticas de direito constitucional interno para expedir regras instituidoras de tributos que alcancem situações específicas e suficientemente caracterizadas.”

Tomando por base esta definição, conclui-se, parcialmente, pelo seguinte:

a) as normas sobre imunidades tributárias decorrem tão-somente da Constituição Federal e, por isso, são vedações constitucionais absolutas.

b) tais normas seguem o princípio de Direito Público segundo o qual aquilo que não estiver previsto em lei, expressamente, estará proibido;

c) os núcleos deônticos das normas sobre imunidades, embora possuam matiz negativo (art. 9º, IV, d do código Tributário Nacional e 150, VI da Constituição de 1988), devem estar expressos, prescrevendo proibição inequívoca;

d) as hipóteses sobre as quais incidirão a imunidade devem estar claras e bem caracterizadas;

e) a imunidade, a despeito do que dispõe o art. 150, VI da Carta atual, não se cinge aos impostos, estendendo-se, por interpretação sistemática do texto magno, a todas as espécies de tributos, como se pode bem ver dos arts. 5º, XXXIV e 195, §7º.

Para que se possa compreender a imunidade num contexto geral de Direito Constitucional-Tributário, mister extremá-la da diferença entre alguns termos próximos, quais sejam isenção, incidência e não-incidência.

Isenção, como precisamente nos informa Hugo de Brito Machado, é “a exceção feita por lei à regra jurídica da tributação (...), é sempre decorrente de lei. Está incluída na área da denominada reserva legal, sendo a lei, em sentido estrito, o único instrumento hábil para a sua instituição (CTN, art. 97, VI. Ainda quando prevista em contrato, diz o CTN, a isenção sempre decorre de lei que especifique as condições para a sua concessão, os tributos a que se aplica e, sendo o caso, o prazo de sua duração (art. 176).” (destacou-se). A isenção, conforme art. 175, I do CTN, tem natureza jurídica de exclusão do crédito tributário.

Como alerta de Cláudio Borba, “o fato em si é tributável, mas a lei, e somente a lei, dispensa o pagamento do tributo que seria devido, excluindo-o do campo de incidência.” Pelo que se conclui que o fato gerador ocorre normalmente, mas a lei dispensa o pagamento do tributo.

Na imunidade, a seu turno, sequer ocorre fato gerador.

Incidência é justamente a realização do fato gerador previsto em lei. É a área de ocorrência do fato imponível previsto

na hipótese legal para se exigir o tributo.
A não-incidência é a não aplicação da regra jurídica de tributação, à vista da não verificação da hipótese de incidência, vez que não configurado seu suporte fático.
O simples fato de se estar encartado na Constituição é suficiente para caracterização da imunidade. Pouco importa a denominação que se dê ao instituto.
A imunidade possui uma razão de ser. Precisamente, a imunidade de impostos sobre livros, jornais periódicos e papel destinado a sua impressão.). Afastando a incidência deste tributo sobre tais bens (imunidade objetiva), barateia-se o produto, a fim de se facilitar sua divulgação e, dessa forma, alavancar a cultura nacional, o que se infere de interpretação sistemática do texto constitucional (CF/88, arts. 6º, 150, VI, d e 215).
De mesmo entendimento, aliás, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

"A razão de ser da imunidade tributária prevista no texto constitucional, e nada surge sem uma causa, uma razão suficiente, uma necessidade, está no interesse da sociedade em ver afastados procedimentos, ainda que normatizados, capazes de inibir a produção material e intelectual de livros, jornais e periódicos."

Note-se, em conclusão parcial, que, sendo a imunidade tributária cláusula constitucional de vedação absoluta ao exercício legislativo tributário, qualquer pretensão de se estabelecer impostos, taxas, etc., sobre bens ou pessoas imunes, será nula de pleno direito. Isso sem se falar na possibilidade de responsabilização civil do Estado por ato legislativo inconstitucional, pois "ao poder jurídico e político de criação das leis, o Estado, por seus agentes parlamentares, tem o dever de respeitar os parâmetros constitucionais. Por isso, assim como se pode afirmar ser lícita a edição regular de leis, pode também se asseverar que é ilícito criar lei em descompasso com a Constituição. Desse modo, é plenamente admissível que, se o dano surge em decorrência de lei inconstitucional, a qual evidentemente reflete situação indevida do órgão legislativo, não pode o Estado simplesmente eximir-se da obrigação de repará-lo, porque nessa hipótese configurada estará a sua responsabilidade civil."
Outra não era a posição sempre arrazoada de Pontes de Miranda:

"O ato de imposição seria contrário a direito, podendo, por isso, dar ensejo, não só a sentenças declaratórias da inexistência de relação jurídica de imposto, ou desconstitutivas da lei fiscal, como também a sentenças que condenem o Estado pelo dano causado pela imposição."

2- Algumas linhas sobre hermenêutica constitucional
Para se chegar à resposta sobre se há ou não imunidade tributária sobre listas telefônicas, mister, antes, traçar algumas diretrizes de hermenêutica constitucional, como pressuposto necessário à conclusão final.
A interpretação, além de essencial, busca a estabelecer o sentido objetivamente válido de uma norma. "Questiona a lei, não o direito. Objeto da interpretação é, de modo genérico, a norma jurídica contida em leis, regulamentos e costumes. Não há norma jurídica que dispense interpretação."
Conforme nos alerta Alexandre de Moraes, a Constituição Federal há de sempre ser interpretada, pois somente por meio da conjugação da letra do texto com as características históricas, políticas, ideológicas do momento, se encontrará o melhor sentido da norma jurídica, em confronto com a realidade sóciopolítica-econômica e almejando sua plena eficácia."
E as normas sobre imunidade tributária, por serem de matiz constitucional, não fogem à regra: devem ser interpretadas.
Mas, a hermenêutica constitucional possui princípios e regras que lhe são próprios.
Dentre os princípios peculiares, destacam-se: o princípio do efeito integrador e o princípio da máxima efetividade ou eficiência.
Pelo primeiro – efeito integrador – "devem priorizar as interpretações que favoreçam a integração política e social e possibilitem a unidade política (...). A Constituição deve ser interpretada tornando efetivos seus princípio políticos fundamentais, eis que configurados na escolha fundamental dos constituintes. Portanto, devem ser respeitados, sob pena de a Constituição perder seu valor jurídico."
Pelo segundo – máxima efetividade ou eficiência -, "pode-se afirmar que este princípio pretende interpretar a Constituição no sentido de atribuir à norma constitucional a maior efetividade possível. Esta concepção está ligada em suas origens às normas programáticas, sendo hodiernamente utilizada no âmbito dos direitos fundamentais."
A hermenêutica constitucional, portanto, guiada por princípios, jamais pode desvencilhar-se de sua função social. Sue função inclusiva, deve, sempre, visar à integração política e social, sem descurar da busca pela coesão do ordenamento jurídico.
A arte de interpretar exige do intérprete coragem e cuidados, sob pena de se cometer ilegalidades e, o que é mais grave,

injustiças. Por isso, o hermeneuta, ao decidir-se por desbravar as entrelinhas da norma, deve ter muita cautela, visão crítica e aberta. Em outras palavras, "pode-se condensar os mandamentos do hermeneuta em três: 1º) estuda: o hermeneuta deve ser curioso, deve buscar definições sob diversos prismas, a fim de que, após uma análise detalhada da norma, possa tirar uma resultante na qual acredita ser a mais correta; 2º) não se ater ao Direito como objeto hermético: como visto acima, o Direito é uma ciência complexa; servindo-se dos conceitos inerentes a outros ramos da ciência, o hermeneuta poderá chegar a uma conclusão mais exata e mais verdadeira sobre o instituto a que se propõe analisar; 3º) ter sensibilidade e discernimento: apresentando-se sensível às indagações, não tomará de súbito a prescrição normativa, e afastará a possibilidade de uma interpretação distorcida; disso decorre inexoravelmente o discernimento: separa o certo do provável e, pelo princípio do terceiro excluído (ou do meio excluído), chegará à conclusão de que termos lógicos têm uma e somente uma significação."

A vexata quaestio que se coloca em termos de interpretação constitucional é a questão da amplitude da letra da norma. Como deve o intérprete portar-se diante de situação deste naipe? Deve buscar enquadrar livremente tudo o que lhe aprouver? Deve interpretar literalmente o texto? Enfim, o que fazer?

Para responder às indagações acima, busca-se base no brocardo latino ubi lex non distinguit nec interpres distinguere debet (onde a lei não distingue, não é dado ao intérprete fazê-lo). Isso é regra inextensível básica de hermenêutica. Se inobservada, pode-se correr o risco de se chegar a um resultado não querido pela norma.

Mas, a doutrina clássica, com a precisão e atualidade onipresentes, tratando especificamente da interpretação constitucional, explica que "quando o texto dispõe de modo amplo, sem limites evidentes, é dever do intérprete aplicá-lo a todos os casos particulares que se possam enquadrar na hipótese geral prevista explicitamente; não tente distinguir entre circunstâncias da questão e as outras; cumpra a norma tal qual é, sem acrescentar condições novas, nem dispensar nenhuma das expressas (...). Odiosa restringenda, favorabilia amplianda: 'restrinja-se o odioso; amplie-se o favorável.'"

Assim, "onde um poder é conferido em termos gerais, interpreta-se como estendendo-se de acordo com os mesmo termos, salvo se alguma clara restrição for deduzível do próprio contexto, por se achar ali expressa ou implícita."

A doutrina moderna, palmilhando a mesma vereda da clássica, não destoa, ao afirmar que "a interpretação da Constituição é processo aberto, ou seja, operação livre que como tal deve conservar-se. Sua compreensão há de ser a mais dilatada possível, de mofo que, sobre acolher aquela interpretação que se faz em âmbito mais restrito, principalmente na esfera jurídica dos tribunais, venha a abranger por igual aqueles que ativa ou passivamente participam da vida política da comunidade."

Assim é que, consoante lição firme de Juarez Freitas, o "intérprete constitucional deve guardar vínculo com a excelência ou otimização da efetividade do discurso normativo da Carta, no que esta possui de eticamente superior e universalizável, conferindo-lhe, assim, a devida coerência interna – eficácia jurídica – e a não menos devida eficácia social."

E, desses ensinamentos, infere-se, por conseguinte, não poder o intérprete restringir a norma constitucional como bem entenda. Se no art. 150, VI, d, o legislador constituinte optou por valer-se de expressões genéricas, parece-nos indevido e, com o devido respeito de posições em contrário, incorreto estreitar os termos desta norma. É o que se desenvolverá no tópico seguinte.

3- A imunidade tributária das listas telefônicas – Conclusão

Embora minoritária a posição sobre a não-incidência da norma de imunidade sobre as listas telefônicas, não se pode deixar de mencioná-la, justamente pela estirpe do jurista que a ela se filia. É o professor Aliomar Baleeiro, expoente do Direito Tributário Pátrio quem afirma:

"Não teve a constituição Federal o propósito de beneficiar a impressão de catálogos (...). Não é imune papel para imprimir guia telefônico."

Com todo respeito, permitimo-nos discordar do ilustre autor.

Dito foi que se a norma constitucional valeu-se de termos amplos, nós, intérpretes, não podemos entender que, por intuição, não quis o legislador incluir este ou aquele livro. Tal interpretação distinguiria o que o texto magno não quis distinguir. Qualquer conclusão noutro sentido é dissonante do que até então buscou-se substanciar.

E, neste último norte, é que vem caminhando a doutrina e jurisprudência pátrias.

Roque Antônio Carrazza afirma que a imunidade tributária, no Brasil, só alcança os impostos. Os casos de imunidade estão todos previstos na própria Constituição. Desobedecer a uma regra de imunidade é, pois, incidir em inconstitucionalidade (...). Entendemos, igualmente, que são alcançados pela imunidade tributária os periódicos que fornecem, apenas, informações (genéricas ou específicas) de utilidade pública, sem, porém, de caráter noticioso,

discursivo, literário, poético ou filosófico, ainda que neles exista a publicidade paga (e. g., as listas telefônicas).”
Esmiuçando ainda mais o tema, José Fernando Cedeño de Barros defende que “na norma da imunidade, deve-se buscar a razão pública, para que se possa estabelecer o sentido que melhor a ele corresponda. O exemplo da imunidade de livros, jornais e periódicos é bem expressivo. A Constituição Federal de 05 de outubro de 1988 consagrou amplamente a liberdade de imprensa, corporificando, assim, um valor que há de ser considerado pelo intérprete de ser art. 150, VI, item d. A imunidade ali estabelecida não se dirige apenas ao livro jornal ou periódico, como objetos singelos, como coisas sobre as quais poderia o legislador instituir impostos específicos. A imunidade é genérica. Dirige-se a tudo quanto seja necessário à produção do livro, do jornal ou do periódico (...). A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem acolhido a tese da interpretação ampla da imunidade contemplada pelo art. 150, VI, d, entendendo que o objetivo da Constituição Federal é afastar a incidência do imposto sobre a indústria do papel, de modo a tornar os livros, os jornais e os periódicos – aís compreendidas as listas telefônicas, manuais técnicos etc., acessíveis a todas as camadas da sociedade em todo o território nacional.” (destacou-se)
Bem de se notar que as listas telefônicas são imunes à incidência de impostos, nos estritos moldes do multicitado art. 150, VI, d, por duas razões de adequação típica imediata: a uma: por ser livro; a duas: por ser periódico.
É o que parece confirmar Paulo de Barros Carvalho, quando afirma:
“Discute-se, recentemente, a propósito das listas telefônicas no âmbito de alcance da regra imunizante do art. 9º, IV, d, do Código Tributário Nacional. É fácil perceber o manifesto descabimento da pretensão fazendária. Certificado que as listas telefônicas têm periodicidade, que, no caso, é anual, não pode prosperar qualquer hesitação no reconhecimento da imunidade.”
Afinando do diapasão majoritário, tem decidido o Supremo Tribunal Federal:

“Imunidade tributária (livros, jornais e periódicos): listas telefônicas. Firmou-se a jurisprudência do STF no sentido de que a imunidade constitucional assegurada à publicação de periódicos, impede a cobrança de ISS sobre a edição de listas telefônicas (precedentes).”

“O fato de as edições das listas telefônicas veicularem anúncios e publicidade não afasta o benefício constitucional da imunidade. A inserção visa a permitir a divulgação das informações necessárias ao serviço público a custo zero para os assinantes, consubstanciando acessório que segue a sorte do principal.”

Do exposto, pode-se concluir:
a) a presença de anúncios publicitários nas listas telefônicas não é óbice à incidência da imunidade tributária, pois que tais propagandas compensam o custo zero para os assinantes. Logo, da ponderação de interesses entre a arrecadação de impostos dobre tais periódicos e o direito à ampla informação à população, da mais abastada a mais carente, prepondera, por bom senso, este direito;
b) as listas telefônicas estão imunes por duplo motivo: são, ao mesmo tempo, livros e periódicos;
c) a imunidade tem aspecto objetivo, não comportando juízo subjetivo sobre o valor literário ou cultural da obra, sobre sua moralidade, exatidão ou conteúdo nela expressos;
d) a norma de imunidade, por não fazer distinção, nem por decorrência de interpretação sistemática do Texto Maior, tem caráter amplo, não podendo o intérprete, sob pena de dar tratamento desigual ao que se encontra numa mesma situação, fazer distinções emocionais;
e) por último, tendo a imunidade constitucional sobre livros, jornais e periódicos por metas a manifestação da cultura, a prestação de informações de utilidade pública e ser reflexo do direito fundamental de liberdade de expressão, não há razão para se excluir de seu âmbito de incidência as listas telefônicas.

Natural é que com tal discordem as Receitas Federais, Estaduais e Municipais, pois que é sabido que, conforme visto, todas as propagandas vinculadas em listas telefônicas são pagas. Estas, no afã arrecadador que lhes é peculiar, querem mais é arrecadar. O leão encontra-se sempre faminto em busca insaciável por alimento. Mas, analisando-se apenas técnica e juridicamente a questão, escorado nos fundamentos acima esposados, outra conclusão não há: as listas telefônicas estão imunes aos impostos de qualquer ordem.

Bibliografia:

BALEEIRO, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro. 10ª ed.. Rio de Janeiro, Forense, 1991

BARROS CARVALHO, Paulo de. Curso de Direito Tributário. 7ª ed.. São Paulo: Saraiva, 1995

BARROS, José Fernando Cedeño de. Aplicação dos princípios constitucionais do processo no Direito Tributário. São Paulo: Saraiva, 1996

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 13ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2003

BORBA, Cláudio. Direito Tributário. 10ª ed.. Rio de Janeiro: Impetus, 2002

BRITO MACHADO, Hugo de. Curso de Direito Tributário. 14ª ed.. São Paulo: Malheiros, 1998

CARRAZZA, Roque Antônio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 5ª ed.. São Paulo: Malheiros, 1993

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 8ª ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001

FREITAS, Juarez. A interpretação sistemática do Direito. 3ª ed.. Sã Paulo: Malheiros, 2002

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. 9ª ed.. Rio de Janeiro, 1979

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários à Constituição de 1967. Tomo II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 6ª ed.. São Paulo: Atlas, 1999

MOTTA, Moacyr Parra. Interpretação Constitucional sob princípios. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003

MOTTA, Sylvio e DOUGLAS, William. Direito Constitucional. Teoria, jurisprudência e 1000 questões. 10ª ed.. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.

SILVA, Augusto Vinícius Fonseca. O Direito enquanto ciência e a hermenêutica do Direito: importância e atualidade dos temas. Artigo publicado no site da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora/MG em Agosto de 2003 – www.pjf.mg.gov.br/pgm