
UMA REFLEXÃO SOBRE O EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA PARA INSTITUIR A CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA

Marcelo Jatobá Lôbo

“É insuficiente e injusto o sistema tributário que não reconheça este instituto jurídico. Não reconhecê-lo e não explorá-lo importam no mesmo. Insuficiente porque desprezará preciosa forma de financiamento de obras públicas das quais tanta necessidade tem a sociedade moderna. Injusto porque onerará desigualmente os cidadãos e não respeitará as elementares exigências de justiça distributiva, abandonando sólidos indícios científicos de proporcionalidade, asseguradores de um sistema équo de repartição de encargos tributários.”

(Geraldo Ataliba, *Natureza jurídica da contribuição de melhoria*)

Sumário: 1. Introdução – 2. Sobre as normas de competência – 3. O conteúdo do princípio da igualdade – 4. A igualdade na lei e sentido positivo do princípio isonômico – 5. A mais-valia decorrente de obras públicas e o princípio da igualdade – 6. Os instrumentos previstos pelo sistema para corrigir a distorção – 6.1. A contribuição de melhoria – 6.2. A desapropriação por zona – 7. Breves considerações acerca do princípio da proporcionalidade - 8. O subprincípio da necessidade e a inconstitucionalidade da desapropriação por zona – 9. O exercício obrigatório da competência para instituir a contribuição de melhoria - 10. Inconstitucionalidade por omissão: a medida sancionatória imposta ao descumprimento do dever de legislar- 11. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Três constatações são encontradas, com certa frequência, nas obras dos autores que se ocupam com o estudo da contribuição de melhoria, quais sejam: a) trata-se de tributo de grande importância socioeconômica; b) a despeito da sua relevância, não vem sendo implementado na prática; c) o não exercício da competência corresponde a um problema estritamente político, prevalecendo, nesse particular, a decantada característica

da “facultatividade”.

O desafio deste trabalho consiste em analisar a ausência de tributação por meio do gravame em perspectiva, sob um enfoque exclusivamente jurídico. O interesse perseguido é o de questionar a facultatividade do exercício da competência, em face da atual Carta Magna. Acredita-se seja oportuno rediscutir essa temática, conduzindo-se a análise em direção ao princípio da igualdade.

Partiremos, nesta ordem de idéias, das seguintes indagações, a saber: seria possível optar pela não tributação da contribuição de melhoria, permitindo-se que a mais-valia imobiliária seja absorvida por uns poucos, em detrimento de toda a coletividade, que arca, ao fim e ao cabo, com os custos da edificação? A inércia do legislador encontraria respaldo no texto constitucional?

São questionamentos que não mereceram um desenvolvimento mais aprofundado por parte da doutrina. Reconhece-se, de uma maneira geral, que a contribuição de melhoria atende ao primado da igualdade, mas não se perquire, mais detidamente, acerca da influência desse princípio na composição da regra de competência daquele tributo. Deplora-se a falta de efetividade, mas não se põe em questão a *faculdade* de desencadear o exercício da respectiva competência.

Intentar-se-á demonstrar que a exação em tela é instrumento *único* e *necessário* à realização do princípio da igualdade, no que atina com a problemática da mais-valia imobiliária decorrente de obra pública, e que a inércia do legislador da União, dos Estados e dos Municípios, nesta vertente, não escapa da pecha de inconstitucionalidade por omissão.

2. SOBRE AS NORMAS DE COMPETÊNCIA

As normas de competência² recebem outras denominações na literatura teórico-jurídica. São conhecidas, por exemplo, como normas sobre produção jurídica, normas de estrutura³ e regras que conferem poderes⁴.

Riccardo Guastini, criticando o uso da expressão “normas que conferem poderes” para designar as normas sobre produção jurídica (como ele prefere chamar), anota que existem, pelo menos, cinco espécies de regras dessa natureza e que as outorgativas de poderes corresponderiam apenas a uma delas. Haveria, assim:

1) Normas que atribuem poderes, vale dizer, que “*adscriben un poder normativo a un determinado sujeto o, más precisamente, el poder de crear un*

determinado tipo de fuente del derecho” [instrumento normativo] ...;

2) Normas procedimentais, que regulam o exercício do poder conferido, referindo-se aos *“procedimientos para crear las fuentes del derecho en cuestión”*;

3) Normas que determinam as matérias sobre as quais se pode versar, ou seja, que *“circunscriben el âmbito del poder conferido”*;

4) Normas que destinam determinadas matérias a instrumentos introdutórios específicos, *“de modo que: a) ninguna otra fuente está habilitada para regular esa materia; y b) la fuente a favor de la que se establece la reserva no está autorizada para delegar la regulación de la materia en cuestión”*;

5) Normas que ordenam ou proíbem o legislador de ditar leis sobre determinado conteúdo. *“Por ejemplo: las normas constitucionales que prohíben al legislador el dictado de leyes retroactivas o de leyes discriminatorias ...”*

Portanto, na esteira da lição do jurista italiano, a competência não pode ser reduzida a uma norma apenas. É algo bem mais complexo, envolvendo um conjunto de regras jurídicas. Procuraremos demonstrar que a instituição da Contribuição de Melhoria é conteúdo de uma norma que determina o exercício da competência tributária, significando dizer que o comportamento do legislador da União, dos Estados e dos Municípios é qualificado pelo modal obrigatório⁵. Para fazê-lo, é necessário mergulhar no universo da interpretação sistemática, passando-se pelos princípios da igualdade e proporcionalidade, pelo instituto da desapropriação por zona e, finalmente, pela sanção que o sistema oferece para o descumprimento do dever constitucional de legislar.

3. O conteúdo do princípio da igualdade

Quando, ao se fazer uma comparação, afirma-se a igualdade ou dissemelhança entre duas coisas, está-se externando um enunciado de cunho relacional, regido pela teoria dos predicados poliádicos⁶. A Igualdade não é, portanto, um atributo, uma propriedade inerente às coisas como objetos singulares, mas uma relação entre dois termos⁷.

Por isso é que, como o assinala Garcia Maynez⁸, reportando-se às lições de Hans Neft, só há igualdade onde houver diferença, isto é, onde se apresentarem pelo menos duas pessoas, coisas ou situações distintas que se colocam em comparação. A isonomia só se caracteriza, com efeito, porque uma entidade não se reduz à outra (uma não é a outra). Não fosse assim, e já não se poderia cogitar de isonomia entre dois termos, mas de identidade.

No que atina com os seres humanos, múltiplas são as diferenças

que podem ser tomadas como base para a discriminação: idade, sexo, grau de escolaridade, etc⁹. Mas em que circunstâncias e sob quais condições se justifica e se impõe tratamento desigual entre as pessoas?

A resposta a esse questionamento não é de fácil determinação. Isto porque a igualdade é um valor e os valores sempre rendem ensejo a divergências interpretativas, em função dos padrões axiológicos de quem os avalia. Talvez por essa razão, quase tudo o que já se disse sobre o princípio da isonomia, como observa José Artur Lima Gonçalves¹⁰, pode ser resumido na clássica lição de Ruy Barbosa que preconiza a equiparação de tratamento aos iguais e a desequiparação aos desiguais, na medida em que se desigualam.

Alguns autores, todavia, trouxeram contribuições científicas importantes para compreensão desse primado fundamental. No Brasil, merece particular destaque o contributo de Celso Antônio Bandeira de Melo, em seu *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. Nesse livro, que já se tornou um clássico da literatura jurídica nacional, aponta o referido autor quatro aspectos que devem ser observados para que a discriminação possa conviver com o princípio em foco. São eles:

a) A desequiparação não pode ser tão específica, a ponto de alcançar, de forma atual e absoluta, um só indivíduo;

b) O traço diferencial a ser eleito deve ser intrínseco às pessoas, coisas ou situações objeto do tratamento desigual. Não se pode, dessa forma, eleger um fator neutro, externo às pessoas, situações ou coisas discriminadas;

c) Deve-se estabelecer, ainda que implicitamente, o nexó lógico entre o fator de *discrimen* e o tratamento diferenciado;

d) Finalmente, o vínculo entre o fator de discriminação e a desigualdade de tratamento deve estar em consonância com os valores constitucionalmente consagrados¹¹.

A contribuição de melhoria mostra-se intimamente ligada ao princípio isonômico. Com efeito, a instituição daquela é imprescindível para a efetiva realização deste último. É necessário, entretanto, avançar mais nesse raciocínio, o que se fará nos próximos itens.

4. A IGUALDADE NA LEI E O SENTIDO POSITIVO DO PRINCÍPIO ISONÔMICO

Tornou-se assente na doutrina o entendimento segundo o qual o

destinatário, por excelência, do princípio da igualdade é o legislador, aqui entendido em sua acepção estrita, isto é, como órgão do Poder Legislativo. Fala-se, assim, não só em igualdade *perante* a lei, mas em isonomia *na* própria lei. Aliás, se o primado em questão não se dirigisse precipuamente ao legislador, careceria de um sentido útil, perdendo o seu *status* constitucional, na exata medida em que seria reduzido, como observa J.J Gomes Canotilho¹², a uma mera refração do princípio da legalidade.

Portanto, não só o aplicador do direito, mas, também – e principalmente-, o legislador deve observar o princípio isonômico. Fá-lo-á sempre que mantiver a igualdade como conteúdo necessário da lei, de modo que a obediência ao primado da legalidade implique, *ipso facto*, a submissão ao princípio da isonomia¹³.

O sentido mais comum da igualdade *na* lei é negativo, a saber: vedar a imposição de discriminações arbitrárias. Trata-se de um controle realizado em face de um diploma legal já existente. O legislador, que é livre para exercer sua competência, não o pode fazer em desconformidade com o princípio da isonomia. Se o fizer, estará incorrendo em inconstitucionalidade por ação.

A igualdade possui, entretanto, um sentido positivo, que se não dirige diretamente ao controle da lei, mas a exige como *meio*, como *instrumento* para a sua realização. Reclama-se, desta feita, uma atuação positiva do legislador para assegurar a observância a esse primado fundamental¹⁴.

Cuidar-se-á, no presente ensaio, de uma hipótese de aplicação do princípio da isonomia nesse sentido positivo. Com efeito, a atividade legislativa será vista aqui, não como algo a ser controlado, mas como um instrumento de realização daquele princípio e sobre cuja ausência recai a eiva de inconstitucionalidade por omissão¹⁵.

5. A mais-valia decorrente de obras públicas e o princípio da igualdade

O Poder Público deve dispensar aos administrados um tratamento isonômico. Sua atividade, desenvolvida no interesse de todos, não deve ocasionar privilégios ou detrimientos a certos indivíduos ou a grupos determinados de pessoas. Em algumas oportunidades, todavia, a Administração, no desempenho de suas atribuições, gera, ainda que não o pretenda, benefícios ou prejuízos a terceiros. Para remediar situações tais, c sistema jurídico oferece os instrumentos adequados.

Não é por outra razão que o fundamento da responsabilidade civil do Estado repousa no princípio isonômico. Di-lo, com a percuciência que

lhe é peculiar, Celso Antônio Bandeira de Melo¹⁶:

“No caso de comportamentos ilícitos, assim como na hipótese de danos ligados a situação criada pelo Poder Público - mesmo que não seja o Estado o próprio autor do ato danoso- entendemos que o fundamento da responsabilidade estatal é garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos. De conseguinte, seu fundamento é o princípio da igualdade, noção básica do Estado de Direito”.

Prossegue o autor¹⁷:

“Se houve conduta estatal lesiva a bem jurídico garantido de terceiro, o princípio da igualdade -inerente ao Estado de Direito- é suficiente para reclamar a restauração do patrimônio jurídico lesado. Qualquer outra indagação será despicienda, por já haver configurado situação que reclama em favor do atingido o patrocínio do preceito da isonomia”.

Se o desempenho das atribuições do Estado não pode gerar prejuízos, não deve, de igual modo, ocasionar privilégios. O fundamento é rigorosamente o mesmo: o princípio da isonomia. Trata-se do outro lado da mesma moeda. Não seria crível, com efeito, admitir que uma atividade, custeada por todos e desenvolvida em prol dessa coletividade, pudesse resultar em benefícios particulares a certos e determinados indivíduos.

Examinemos o tema da mais-valia imobiliária. Quando a atuação do Estado consiste na execução de uma obra pública, duas conseqüências podem acontecer: a uma, incremento do valor dos imóveis circunvizinhos; a duas, desvalorização daqueles prédios. Esta última hipótese, menos comum, rende ensejo à reparação econômica; aquela primeira, mais frequente, reclama a absorção da mais-valia pelo Poder Público.

Se o Estado, por meio do instrumento adequado, não chamar para si a *plus* valia, estará desatendendo o princípio da igualdade. Com efeito, para que os beneficiados fizessem jus ao incremento imobiliário, teriam de ser diferentes dos demais membros da coletividade. Seria, então, de indagar-se: qual o traço diferencial, inerente aos proprietários favorecidos pelo sobrevalor, que os distinguiria das outras pessoas? Só há uma coisa que, na hipótese em questão, os diferenciaria: a circunstância de residirem nas proximidades da obra pública. Mas é este um fator neutro, externo aos beneficiados, que, por isso mesmo, não pode justificar o tratamento desigualitário. Mais uma vez, convoca-se o magistério seguro de Celso Antônio Bandeira de Melo¹⁸:

“Em outras palavras: um fator neutro em relação às situações, coisas ou

peças diferenciadas é inidôneo para distingui-las. Então, não pode ser deferido aos magistrados ou aos advogados ou aos médicos que habitem determinada região do país – só por isto – um tratamento mais favorável ou mais desfavorável juridicamente. Em suma, discriminação alguma pode ser feita entre eles, simplesmente em razão da área espacial em que estejam sediados.”

A desigualdade provocada pela atuação administrativa exige que, aos olhos do legislador, sejam os proprietários dos imóveis circunvizinhos considerados desiguais. Reconhece-o Priscilla da Cunha Rodriguez. Para a autora, o incremento do valor dos imóveis auferido pelos proprietários que se beneficiaram com a edificação seria fator de *discrímen* juridicamente relevante para exigir a diferença de tratamento¹⁹. Esse benefício especial torná-los-ia desiguais, submetendo-os, por isso mesmo, um tratamento diferenciado: o pagamento da contribuição de melhoria.

Com efeito, se se quiser preservar o princípio da igualdade entre os administrados, não se pode aceitar a permanência do sobrevalor imobiliário com os proprietários dos imóveis adjacentes à obra pública. E para isso já advertia Geraldo Ataliba em 1964²⁰:

“Que igualdade pode haver num sistema tributário em que uns poucos privilegiados recolhem para si, sem compensação, especiais benefícios decorrentes de obras públicas? É exigência do princípio da isonomia a recuperação da mais valia imobiliária oriunda de obra pública”.

A mais-valia imobiliária deve ser, portanto, absorvida, total ou parcialmente, pelo Estado. Mas qual (is) o (s) meio (s) que o sistema ofereceria para tanto? É o que se verificará, a seguir.

6. OS INSTRUMENTOS PREVISTOS PELO SISTEMA PARA CORRIGIR A DISTORÇÃO

6.1 A contribuição de melhoria

A contribuição de melhoria foi introduzida no Brasil pela Constituição de 1934. De lá para cá, todos os textos constitucionais, com exceção da Carta de 1937²¹, previram-na, de forma explícita, em dispositivos específicos. A Constituição de 1988 consagrou-a, como um tributo comum a todas as pessoas jurídicas de direito público interno, no artigo 145,III . Ei-lo:

ART. 145 – A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão²² instituir os seguintes tributos:

(...)

III- contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas.

Apesar da sintética redação desse dispositivo, a maioria da doutrina entende, não sem acerto, que a cobrança da c.m permanece condicionada à realização de obra pública que implique incremento no valor dos imóveis circunvizinhos. Trata-se de uma relação de causa (obra) e efeito (valorização imobiliária) necessária à exigência da exação. Para dizê-lo com outras palavras: consiste, como observa com acuidade Priscilla Figueiredo da Cunha Rodrigues²³, numa relação de causalidade social, inserida no plano do *ser*. Como a linguagem que se põem a descrevê-la está submetida à lógica alética, que governa o plano ôntico, poder-se-á falar em verdade ou falsidade, de acordo com a verificação empírica²⁴.

Assim, se a feitura da obra pública engendrar a valorização imobiliária, a relação de causa e efeito estará perfeita (será verdadeira) e c tributo poderá ser cobrado. Se, ao contrário, o nexu causal deixar de se verificar, não será possível exercer a tributação.

Na primeira hipótese, o relato em linguagem do acontecimento implica a constituição do respectivo vínculo obrigacional, por força de uma outra relação de causalidade, mas, desta feita, de natureza jurídica. Diferentemente do primeiro nexu, essa última relação causal não habita o plano do *ser*, é antes decretada pelo fenômeno da imputação normativa, pertencendo, portanto, aos domínios do *dever ser*²⁵.

Já que a feitura da obra, só por si, é condição necessária, mas não suficiente para a incidência da norma tributária, é lícito concluir, como fê-lo Geraldo Ataliba²⁶, que a contribuição de melhoria consiste num tributo indiretamente vinculado a uma atuação estatal e mediatamente referido ao obrigado. Com efeito, entre a obra e o sujeito passivo da exação, intercala-se o incremento do valor do imóvel. Nisso distingui-se da taxa, para cuja cobrança exige-se uma atuação direta do Estado e imediatamente referida ao obrigado.

Um estudo mais completo do tributo em perspectiva pediria a consideração de cada um dos critérios componentes de sua regra matriz de incidência, além de outros aspectos. A análise poderia ser desenvolvida a partir, por exemplo, das seguintes indagações:

- a) Seria a c.m uma subespécie de taxa ou um tributo autônomo?
- b) Estaria a cobrança do gravame em perspectiva sujeita ao limite global (o custo da obra) e/ou ao individual (o sobrevalor alcançado pelo patrimônio)?
- c) O princípio da capacidade contributiva aplicar-se-ia à c.m?
- d) O Código Tributário, na parte relativa a essa exação, e o Decre-

to nº 195/67 poderiam traçar, na qualidade de veículos introdutores de normas gerais, a disciplina da contribuição de melhoria, fixando limites e impondo requisitos?

São questionamentos que, ao lado de outros tantos, poderiam ser enfrentados num estudo que tenha o tributo em questão por temático. Não os apreciaremos, todavia, nem cuidaremos dos aspectos da regramatrix de incidência, em atenção à finalidade e, sobretudo, aos limites desse trabalho.

Fundamental para os nossos propósitos é o registro de que a contribuição de melhoria destina-se à transferência aos cofres estatais do sobrevalor alcançado pelos imóveis que margeiam a obra pública. É, portanto, um tributo que incide sobre a mais-valia imobiliária²⁷.

6.2 A desapropriação por zona

A desapropriação por zona, prevista no artigo 4^a do Decreto-lei n.3365/41, consiste na expropriação de uma área maior do que aquela que fora declarada de utilidade pública. Com outras palavras: alcança-se, com ela, a zona contígua ao espaço destinado à realização da obra ou do serviço²⁸. O instituto destina-se ao implemento de dois objetivos distintos: um, reservar a área para posterior ampliação da obra; dois, revender o espaço valorizado com a edificação.

A segunda hipótese seria sucedânea da contribuição de melhoria. Teria rigorosamente a mesma finalidade: transferir para os cofres estatais o sobrevalor patrimonial alcançado em virtude da obra pública. Essa modalidade de desapropriação por zona não resiste, todavia, ao cotejo com o princípio da proporcionalidade. É o que será demonstrado no próximo tópico.

7. BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade integra, ainda que implicitamente, o sistema jurídico brasileiro. Para alguns, seria uma decorrência do primado fundamental do Estado de direito; para outros, um princípio sustentado na cláusula do devido processo legal, compreendida numa acepção substantiva. Seja como for, é largamente reconhecido pela doutrina e adotado, com freqüência, pelos juízes e tribunais, inclusive, pelo Supremo Tribunal Federal.

O referido princípio desdobra-se em três elementos parciais ou

subprincípios: a) adequação, b) necessidade e c) proporcionalidade em sentido estrito. Luiz Roberto Barroso²⁹ explica, de forma sintética, o sentido de cada uma dessas três vertentes:

“A doutrina- tanto lusitana quanto brasileira- que se abebera no conhecimento jurídico produzido na Alemanha reproduz e endossa essa triplíce caracterização da proporcionalidade, como é mais comumente referido pelos autores alemães. Assim é que dele se extraem os requisitos (a) da adequação, que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos; (b) da necessidade ou exigibilidade, que impões a verificação da inexistência de meio menos gravoso para atingimento dos fins visados; e (c) da proporcionalidade em sentido estrito, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos dos cidadãos .”

Para a compreensão do tema que faz nossos cuidados, interessa a análise, ainda que sucinta, do princípio da necessidade ou da menor ingerência possível.

8. O SUBPRINCÍPIO DA NECESSIDADE E A INCONSTITUCIONALIDADE DA DESAPROPRIAÇÃO POR ZONA

O subprincípio da necessidade é, por vezes, tratado autonomamente e, não raro, identificado com a proporcionalidade propriamente dita³⁰. Trata-se de um limite objetivo que exige a obtenção do resultado pretendido através do meio menos oneroso. Em palavras de J.J. Gomes Canotilho³¹:

“Esse requisito, também conhecido como ‘ princípio da necessidade’ ou da ‘menor ingerência possível’ coloca a tônica na idéia de que o cidadão tem direito a menor desvantagem possível. Assim exigir-se-ia sempre a prova de que, para a obtenção de determinados fins, não era possível adaptar outro meio menos oneroso para o cidadão.”

Pois bem, a desapropriação por zona não se compadece com o princípio em foco, mercê da disponibilidade de um meio menos gravoso para alcançar idêntico resultado: a contribuição de melhoria. Não faz sentido impor ao cidadão a perda de sua propriedade, sendo possível alcançar o mesmo objetivo com o pagamento de um valor pecuniário, que, sobre ser um instrumento menos oneroso, é a forma que a própria Constituição Federal concebeu para absorver a mais-valia imobiliária decorrente de obra pública. Essa constatação não escapou à argúcia de Celso Antônio Bandeira de Melo³²:

“Contudo, reputamo-la inconstitucional quando destinada à revenda das áreas que se valorizarem extraordinariamente em consequência da obra. Pelo menos duas razões assomam para levar a tal entendimento. Uma é a de que a própria Constituição prevê, em seu art. 145, III, a contribuição de melhoria, concebida para captar a valorização obtida à custa de obra pública. É este, então, o instituto idôneo a absorvê-la. Outra, a de que, se o Poder Público tem um meio para atingir o objetivo em causa, não pode se valer de outro que impõe ao administrado gravames maiores (a perda da propriedade) que os necessários para alcançar o fim que lhe serve de justificativa (recolher a valorização extraordinária).”

A cobrança da contribuição de melhoria é, portanto, o instituto idôneo a promover a transferência da mais-valia imobiliária aos cofres públicos, consistindo, por via de consequência, no único³³ instrumento de realização do princípio da igualdade nesse particular.

9. O EXERCÍCIO OBRIGATÓRIO DA COMPETÊNCIA PARA A INSTITUIÇÃO DA CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA

Operamos com a premissa de que as regras jurídicas não estão nos textos. São, antes sim, construídas pelo intérprete a partir da leitura dos enunciados veiculados pelos diferentes instrumentos normativos (Constituição, leis, decretos, etc.). Se as normas não estão nos textos do Direito Positivo, só se pode chegar à regra de competência para a instituição da c.m percorrendo o trajeto de geração de sentido, numa palavra, interpretando³⁴. Mas qual seria o itinerário mais seguro, o viés conducente a melhores resultados? Reputa-se chegado o ensejo de perscrutar as exigências do conjunto normativo. É a oportunidade de ver o texto como um “todo de sentido”. O momento de respeitar a importância capital do princípio e valorizar a unidade sistemática.

Vimos de ver que a contribuição de melhoria é o meio que o sistema põe à disposição do Estado para transferir aos seus cofres o incremento imobiliário resultante de obra pública. É, pois, um instrumento de realização do princípio da igualdade, na exata medida em que evita que uns poucos privilegiados se locupletem às custas de toda a coletividade.

Portanto, construir a norma de competência para a instituição da c.m desconsiderando o valor igualdade é tergiversar o itinerário conducente à interpretação sistemática. É distrair-se da trajetória que contempla o sistema como um todo unitário, não se contentando com a análise de enunciados isolados.

O primado da isonomia está a exigir, por tudo o que foi dito, o modal obrigatório para qualificar a conduta de legislar sobre o tributo em causa. Se estivéssemos diante de uma simples faculdade, o não exercício da competência importaria a inobservância permanente a esse princípio fundamental, legitimando o privilégio de alguns em detrimento do todo. Não parece ser essa a melhor exegese.

Poder-se-ia objetar que o artigo 145, III, da CF optara pela facultatividade, referindo-se ao verbo poder (... *poderão instituir...*). A presença desse verbo denunciaria, sem a necessidade de maiores reflexões, um preceito permissivo. Essa objeção pode satisfazer aos mais afeitos a uma exegese estritamente literal, mas deve encontrar resistência entre aqueles que se não contentam com a análise de orações isoladas, preferindo o texto à frase, *o sistema à particularidade*³⁵.

É necessário ter presente que, para o direito, o termo “pode” assume, muita vez, como observar Carlos Maximiliano³⁶, as proporções de “deve”. Seu sentido literal não raro contrasta com a orientação do próprio sistema. Portanto, não o cotejar com o contexto em que está inserido é equívoco que deve ser evitado. Passe-se a palavra a esse clássico da hemenêutica jurídica:

“Se, ao invés do processo filológico de exegese, alguém recorre ao sistemático e ao teleológico, atinge, - às vezes, resultado diferente: desaparece a antinomia verbal, pode assumir as proporções e o efeito de deve (2). Assim acontece quando um dispositivo, embora redigido de modo que traduz na aparência, o intuito de permitir, autorizar, possibilitar, envolve a defesa contra males irreparáveis, a prevenção relativa a violações de direitos adquiridos, ou a outorga de atribuições importantes para proteger o interesse público ou franquia individual (3). Pouco importa que a competência ou autoridade seja conferida, direta ou indiretamente: em forma positiva, ou negativa: o efeito é o mesmo (4): os valores jurídico-sociais conduzem a fazer o poder redundar em dever, sem embargo do elemento gramatical em contrário.” (Grifo nosso)

O legislador exprime-se numa linguagem técnica, significa dizer, numa linguagem essencialmente natural, entremeada, todavia, de algumas expressões de cunho científico. *“Os membros das Casas Legislativas, em países que se inclinam por um sistema democrático de governo, representam os vários segmentos da sociedade. Alguns são médicos, outros bancários³⁷...”*. Não se pode esperar dessa linguagem prescritiva a precisão terminológica reclamada pelo discurso científico. Cabe aos intérpretes desapegarem-se do sentido literal das palavras, para encontrar a disciplina que o sistema impõe para a situ-

ação específica.

Se essas assertivas forem procedentes, o que parece ser uma verdade irrefutável, acredita-se seja possível sustentar a obrigatoriedade do exercício da competência para a instituição da c.m. Mas para isso é necessário vencer a resistência em admitir que, no campo das competências legislativas, a Constituição pode, ainda que não seja a regra, impor deveres e não meras faculdades.

10. INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO: A MEDIDA SANCIONATÓRIA IMPOSTA AO DESCUMPRIMENTO DO DEVER CONSTITUCIONAL DE LEGISLAR

A omissão constitucional caracteriza-se quando ocorre a inobservância, por inércia, de um dever de legislar. Para supri-la, a Constituição de 1988 consagrou dois instrumentos: um, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão; e dois, o mandado de injunção. À finalidade desse trabalho, interessa aquela primeira, já que este último consubstancia um mecanismo de realização de direitos subjetivos, não se destinando a suprir objetivamente o vício de omissão, mas a satisfazer interesses individuais³⁸.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão está prevista no artigo 103, §2º da Carta Magna³⁹. Lá está dito que o Supremo Tribunal Federal dará ciência da mora ao respectivo órgão legislativo para que este tome as providências necessárias. Tal dispositivo é alvo de críticas por parte da doutrina. Pondera-se, de uma maneira geral, que o legislador, uma vez cientificado, pode simplesmente deixar de cumprir o dever de legislar, não estando a sua inércia sujeita a qualquer retaliação.

É bem verdade que o constituinte poderia ter avançado um pouco mais na disciplina do instituto em perspectiva, para assegurar um cumprimento efetivo dos ditames constitucionais, imprimindo mais força à resposta do sistema jurídico à violação de suas normas por inércia legislativa⁴⁰. Semelhante constatação não impede, contudo, seja reconhecida a existência de regras constitucionais que obrigam o exercício da atividade legiferante, como o afirmam os mais diversos autores⁴¹ que se ocupam com o estudo dessa temática. Paulo Roberto Lyrio Pimenta é, neste sentido, categórico⁴²: “A inércia do legislador importa em inconstitucionalidade quando resultar do descumprimento da obrigação de legislar. Logo, o pressuposto básico é a existência do dever constitucional de legislar.” (Destacado no original).

Ainda que de forma tênue, o ordenamento jurídico prevê uma medida sancionatória para o descumprimento do dever constitucional de legislar. Por isso, é possível concluir pela obrigatoriedade do exercício da competência para a instituição da c.m, sem correr o risco de estar sustentando a existência de um dever cujo descumprimento não receberia do sistema uma resposta sob a forma de sanção.

Não colhe, por outro lado, o argumento de que inexistiria um dever de legislar, mercê da falta de eficácia social da sanção imposta, já que o legislador poderia não exercer a atividade legislativa, a despeito da cientificação da mora pelo Supremo Tribunal Federal. Para que se possa cogitar de um comportamento obrigatório, é bastante a existência de uma norma sancionando a sua inobservância. Para efeitos jurídicos, não interessa a efetividade dessa última norma ou a força que exerce para desestimular a conduta ilícita. Essas são considerações metajurídicas que podem – e devem - caber num estudo de política ou sociologia, mas não têm lugar numa análise dogmática desse fenômeno complexo que é o Direito.

11. CONCLUSÃO

Ao cabo desse estudo, pode-se esboçar a norma de competência para instituição da contribuição de melhoria: *Hipótese* - dada a existência do órgão legislativo federal, estadual, distrital ou municipal **dever ser Tese**: o vínculo jurídico em que comparece, no pólo ativo, toda a comunidade do respectivo titular da competência e, na condição de sujeito passivo, aquela pessoa política, de quem se exige a instituição do tributo em causa.

Para construir essa norma, interpretaram-se vários enunciados – alguns implícitos outros explícitos. Com efeito, ingressou-se na temática da mais-valia imobiliária, da desapropriação por zona e dos princípios da igualdade e proporcionalidade. Tudo isso para chegar a uma só unidade de manifestação do deontico.

De acordo com o referencial teórico que adotamos, o texto, em si, não possui qualquer sentido, vale dizer, não é uma caixa que se possa abrir e retirar uma significação pronta e acabada⁴³. Trata-se, apenas, de uma base empírica que veicula enunciados prescritivos, a partir dos quais se constrói o sentido⁴⁴. Uma vez que os textos do direito posto não *contêm* as significações, tornam-se despropositadas as disputas por uma compreensão unívoca. Haverá tantas possibilidades de interpretação, quantos forem

os intérpretes⁴⁵.

A leitura de um único enunciado pode gerar, pois, sentidos diversos, em função de quem o interprete. E se o sentido construído a partir de uma simples sentença dista de ser necessariamente uniforme, o que dizer de uma construção obtida através da leitura de vários enunciados? A dificuldade recrudescer quando se tem presente que, para se chegar à regra jurídica em perspectiva, foi necessário tomar posição diante de um valor: a isonomia.

A conclusão não poderia ser outra: ao construir-se a norma de competência para a instituição da c.m, acredita-se haver chegado a uma – não a – interpretação possível. A homenagem ao princípio da igualdade e a opção pelo método sistemático são bons motivos para adotá-la. Além disso, razões metajurídicas a recomendam, ainda que não sejam determinantes⁴⁶.

BIBLIOGRAFIA

ATALIBA, Geraldo. *Natureza jurídica da contribuição de melhoria*, São Paulo: Revista dos tribunais, 1964.

_____. *Hipótese de incidência tributária*, 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

AULETE, Caudas. *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Delta, 1968.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, 12ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000

_____. *Conteúdo Jurídico do princípio da igualdade*, 3ª ed, São Paulo: Malheiros, 1995.

BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, 10ª ed. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UNB, 1999.

BORGES, José Souto Maior. *Teoria geral da isenção tributária*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. "IPTU: Progressividade". *Revista de direito tributário*. São Paulo: Malheiros, nº59: 73-94.

CANOTILHO, J.J.GOMES. *Direito Constitucional*, 4ª ed., Coimbra: Almedina, 1989.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos*

da incidência 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Curso de direito tributário*, 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. Enunciados, normas e valores jurídicos, *Revista de direito tributário*, São Paulo: Malheiros, nº 69: 43-56.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, 2ª ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DERZI, Misabel de Abreu Machado e COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana*, São Paulo: Saraiva, 1982.

FERRAGUTI, Maria Rita. *Presunções no direito tributário*, São Paulo: Dialética, 2001.

GONÇALVES, J.A Lima. *Isonomia na norma tributária*. São Paulo: Malheiros, 1993.

GUASTINI, Riccardo. *Distinguendo : Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Trad. Jordir Ferrer i Beltrán, Barcelona: Editorial Gedisa, 1999.

HAGE, Jorge. *Omissão inconstitucional e direito subjetivo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

HART, Hebert L. A., *O conceito de direito*, 2ª ed. Trad. Armindo Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, 6ª ed. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1984.

_____. *Teoria geral do direito e do Estado*. 3º ed. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KOCK, Ingedore Villaça. *O texto e a construção dos sentidos*. 4ª ed., São Paulo: Contexto, 2000.

MAYNEZ, Gabriel García. *Filosofia del derecho*. 11ª ed, México: Porrúa, 1999.

MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II, 3ª ed., Coimbra: Coimbra editora, 1991.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PIOVESAN, Flávia C. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1995.

RODRIGUEZ, Priscilla Figueiredo da cunha. *Contribuição de melhoria*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Pontificia Universidade Católica,

1998.

SANTI, Eurico Marcos Diniz. *Classificação no sistema tributário brasileiro*. In: Justiça Tributária: 1º Congresso Internacional de Direito Tributário – IBET, São Paulo: Max Limonad, p.130-146, 1998.

VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*, 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

¹ O autor é procurador do Estado de Sergipe e mestrando em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

² Vamos relacionar a expressão “competência tributária” à atividade do Poder Legislativo. Esse esclarecimento é necessário, porquanto a competência tributária não é algo conferido, com foros de exclusividade, aos órgãos daquele Poder. Têm-na, como observa Paulo de Barros Carvalho, desde o Presidente da República, ao expedir um decreto sobre o IR, até o particular que é chamado a produzir a norma individual e concreta relativa à incidência tributária. (Cf. *Curso de direito tributário*, p.212).

³ Norberto Bobbio faz distinção entre normas de estrutura e normas de conduta. As primeiras regulam diretamente os comportamentos intersubjetivos. As segundas dirigem-se mediatamente às condutas das pessoas e imediatamente ao comportamento de produzir novas unidades do sistema, ou seja, prescrevem “as condições e os procedimentos através dos quais emanam normas de conduta válidas.” (*Teoria do ordenamento jurídico*, p. 33).

⁴ L.A Hart separa as normas jurídicas em duas classes: a) as que impõem deveres e b) as que não prescrevem diretamente as condutas dos indivíduos, mas se referem às normas que impõem deveres. Aquelas o jurista inglês designa por primárias; estas, por secundárias. Haveria três tipos de normas secundárias, na terminologia de Hart: regras de *reconhecimento*, de *alteração* e de *juízo*. A primeira destina-se a identificar a norma primária, tornando possível aferir a sua pertinência ao sistema. Tal norma determinaria “*algum aspecto ou aspectos cuja existência de uma dada regra é tomada com uma indicação afirmativa e concludente de que é uma regra do grupo que deve ser apoiada pela pressão social que ele exerce.*” A “regra de alteração” disporia sobre a produção normativa, conferindo “*poder a um indivíduo ou a um corpo de indivíduos para introduzir novas regras primárias... e para eliminar as regras antigas.*” Permitem, pois, a dinamização do sistema, indi-

cando o modo de alteração das normas primárias. Finalmente, a terceira regra confere poderes a determinados indivíduos –os juízes- para ditarem se há descumprimento, ou não, de uma norma primária. Estabelecem não só os poderes judiciais, mas procedimento conducente à sentença. Em palavras de Hart, seriam “*regras secundárias que dão poder aos indivíduos para proferir determinações dotadas de autoridade respeitante à questão sobre se, numa ocasião concreta, foi violada uma regra primária.* Ainda nas palavras do autor: *Além de identificar os indivíduos que devem julgar, tais regras definirão também o processo a seguir.*” (*O conceito de direito*, p.103-109)

⁵ Já se discutiu sobre se o dever-ser inserido no conseqüente das normas de produção normativa (dever-ser intraproposicional) modaliza-se, isto é, triparte-se nos modais proibido (V) permitido (P) ou obrigatório (O).

Acredita-se que o equacionamento desse problema passa pela constatação de que a norma de competência regula um comportamento específico: o de produzir regras jurídicas, como o reconheceu Norberto Bobbio, observando que tais regras “*não regulam o comportamento, mas o modo de regular um comportamento, ou, mas exatamente, o comportamento que elas regulam é o de produzir regras* [sublinhamos] (*Teoria do Ordenamento Jurídico*, p.45). Não poderia ser diferente. Uma norma de produção normativa não pode atuar sem dispor sobre a conduta que levará a efeito essa atuação. Não se introduz, altera, ou extingue uma norma, sem regular o comportamento que irá promover essa introdução, modificação ou extinção. Não fosse assim, e o direito movimentar-se-ia sozinho, sem o concurso do homem e já não seria um direito positivo, uma vez que a “*positividade repousa no fato de ter sido criado e anulado por seres humanos...*” (Hans Kelsen, *Teoria geral do direito e do Estado*, p.166.)

Pois bem, se a regra de produção jurídica dispõe sobre um comportamento, não o faz para descrevê-lo, senão para qualificá-lo deonticamente, modalizando-o em um dos três modais interdefiníveis: proibido (V) permitido (P) e obrigatório (O). Sendo a linguagem do direito positivo prescritiva, sua referência às condutas inter-humanas só pode ter uma finalidade: a de prescrevê-las, predicando-lhes a permissão, a proibição ou a obrigatoriedade. Essa constatação reforça a uniformidade sintática das normas do sistema, que possuirão sempre a mesma arquitetura lógica, independentemente de serem elas de conduta ou de produção jurídica.

É bem verdade que isso relativiza sobremodo a dicotomia normas conduta/normas de estrutura ou produção normativa, uma vez que, ao

fim e ao cabo, estas últimas disporiam também sobre condutas. Souto Maior Borges chega mesmo a falar em normas de conduta *lato sensu* – que abrangeriam as de estrutura- e normas de conduta *stricto sensu*. (*Teoria geral da isenção tributária*, p.380).

⁶ Cf. Paulo de Barros Carvalho, *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*, p.134.

⁷ Eduardo García Maynez, *Filosofia del derecho*, p.447.

⁸ *Ibidem*, p. 445 e segs.

⁹ Celso Antônio Bandeira de Melo demonstra que não se deve afastar, aprioristicamente, o fator de discriminação. Qualquer traço diferenciencial pode ser eleito se guardar congruência lógica com o tratamento jurídico diferenciado e se o vínculo for, além disso, compatível com os valores que o sistema consagra. O autor cita vários exemplos em que fatores como o sexo, a cor etc. são adequadamente tomados como base para a discriminação. (*Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, p.15 e segs.)

¹⁰ *Isonomia na norma tributária*, p. 41.

¹¹ *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, passim.

¹² *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, p.381.

¹³ Souto Maior Borges chega mesmo a afirmar que a linguagem da ciência pode unificar esses dois primados fundamentais, reduzindo-os a um só: o princípio da *legalidade isônoma*. (Cf. “IPTU: Progressividade”, *Revista de direito tributário* nº 59, p.83.)

¹⁴ A dimensão positiva do princípio isonômico não mereceu, contudo, maior atenção por parte da doutrina. Nem mesmo Celso Antônio Bandeira de Melo direcionou seus estudos para essa perspectiva, já que “não obstante o brilhantismo do tratamento que dispensou à matéria, também deu-lhe a seguinte abordagem: ‘é vedado ao legislador distinguir’.” (Mizabel Abreu Machado Derzi, *Do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana*, em co-autoria com Sacha Calmon Navarro Coelho, p. 61-62).

¹⁵ Parece-nos mais adequada, para retratar esta última vertente, a expressão *igualdade mediante lei*. O termo “mediante”, como preposição, significa por “meio de”, “com auxílio de”, “com intervenção de” (Cf. Caudas Aulete, *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa*, Vol. III, p.2553). Quer-nos parecer mais apropriado o manejo desse vocábulo, já que a lei atua, nessa dimensão, justamente como um meio para o implemento do princípio isonômico. Render-nos-emos, sem embargo, à consagrada ex-

pressão “igualdade na lei”, empregada pela generalidade da doutrina para denotar, indistintamente, os lados negativo e positivo do princípio da igualdade.

¹⁶ *Curso de direito administrativo*, p. 789.

¹⁷ *Ibidem*, p.793

¹⁸ *Conteúdo Jurídico do princípio da igualdade*, p.30.

¹⁹ *Contribuição de melhoria*, p.88. Confirma-se o pensamento da autora, em suas próprias palavras: “*Isto porque se há desigualdade que justifique tratamento diferenciado, ele deve ser levado a efeito por meio de lei. Assim, se os proprietários de imóveis circunvizinhos à obra pública recebem, além do benefício geral, um benefício especial consubstanciado na mais-valia imobiliária, é justo que contribuam para a reposição de, pelo menos, parte dos gastos implicados na execução da obra que foi custeado pela coletividade*”.

²⁰ *Natureza jurídica da contribuição de melhoria*, p.73

²¹ Para justificar a contribuição de melhoria em face da ordem jurídica instaurada por essa última Constituição, juristas de escol configuraram-na como uma espécie de taxa. Geraldo Ataliba noticia que os adeptos dessa corrente eram, em geral, entusiastas da exação em foco, que procuraram suprir, com tal entendimento, a omissão da Carta de 37. (*Natureza jurídica da contribuição de melhoria*, p. 60)

²² Mais adiante será analisada a utilização do verbo “poder” pelo aludido dispositivo.

²³ São palavras da autora: “*Como afirmado acima, o antecedente normativo contempla a atuação não como causa imediata da tributação mas como causa sociológica do fato que se ocorrido faz nascer o tributo: a valorização imobiliária. Entre a atuação estatal e a mais valia deve haver um nexos causal tal como ocorre nos casos de responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado por lesão, ao administrado, em decorrência de conduta comissiva (lícita ou ilícita).*” (*Contribuição*, cit., p. 122).

²⁴ Cf. Lorival Vilanova, *Causalidade relação no direito*, p.52.

²⁵ Cf. Paulo de Barros Carvalho *Direito tributário*, cit, p. 26

²⁶ É de todos conhecida a classificação dos tributos de autoria do professor Geraldo Ataliba. O saudoso mestre, partindo de uma análise estritamente normativa, separou os tributos em duas classes: a dos vinculados e a dos não-vinculados a uma atuação estatal. Os primeiros prescindem de qualquer agir do Estado. No critério material da hipótese, confirmado pela base de cálculo, quem realiza a ação expressa pelo verbo é o contribuinte. Encartam-se entre os não-vinculados os diversos impostos.

Os segundos, a seu turno, pressupõem uma atuação estatal. O

verbo do critério material, mais uma vez confirmado pela base de cálculo, é praticado pela pessoa política. Os vinculados dividem-se em: a) tributos diretamente vinculados a uma atuação estatal e imediatamente referidos ao obrigado (taxas); e tributos indiretamente vinculados a uma atuação do Estado e mediatamente referidos ao obrigado (contribuição de melhoria). (Cf. *Hipótese de incidência tributária*, p. 123 e segs. Cf ,também, Paulo de Barros Carvalho, *Curso de direito tributário*, p.34-44 e Eurico Marcos Diniz de Santi, As classificações no sistema tributário brasileiro. In: *Justiça Tributária: 1º congresso internacional de direito tributário.*, p.137-138.)

²⁷ Não se pode aceitar, por conseguinte, a tese segundo a qual a Carta de 1988 teria inaugurado uma contribuição do tipo-custo, defendida, entre outros, por Sacha Calmon Navarro Coelho. (*Curso de direito tributário brasileiro*, p.412.)

²⁸ Celso Antônio Bandeira de Melo, *Curso de direito administrativo*, p.707.

²⁹ *Interpretação e aplicação da Constituição*,p.209.

³⁰ Cf. Celso Antônio Bandeira de Melo, *Curso de direito administrativo*, p. 81. Cf., também, Maria Rita Ferragut, *Presunções no direito tributário*, p.97-98.

³¹ *Direito constitucional*, p. 316.

³² *Curso de direito administrativo*, p.708.

³³ É bem verdade que existe, como lembra Geraldo Ataliba, uma outra forma de transferência da mais-valia que corresponde à “*Compensação na indenização por expropriação parcial (só de parte do imóvel), da valorização causada no remanescente do imóvel, pela obra que justificou a desapropriação. Quer dizer: pela desapropriação parcial, o estado fica devedor de indenização ao proprietário. Pela valorização da parte remanescente, o proprietário fica devedor ao Estado da c.m. Prevê a lei , aí, a compensação desses débitos recíprocos*” (*hipótese de incidência tributária*, p.178). Não parece haver, à primeira vista, inconstitucionalidade neste encontro de contas. Trata-se, todavia, de um situação pontual, que só tem lugar quando ocorre a desapropriação parcial do imóvel cuja parte remanescente experimenta valorização em virtude obra. No restante dos casos, o Poder Público só dispõe da contribuição de melhoria para transferir aos seus cofres o sobrevalor imobiliário.

³⁴ De acordo com modelo teórico por nós adotado, não se interpretam normas. As regras jurídicas não possuem existência material. Possuem-na os textos. Esses consistem no ponto de partida do processo de geração de sentido. Aquelas constituem justamente o termo, o resultado

daquele processo, que se não deve concluir sem uma passagem pelos princípios fundamentais do sistema. Cf. Paulo de Barros Carvalho, *Curso de direito tributário*, passim.

³⁵ Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e aplicação do direito*, p.220.

³⁶ *Ibidem*, p. 221.

³⁷ Paulo de Barros Carvalho, *Curso de Direito Tributário*, p.4.

³⁸ Jorge Hage resume bem as características do mandado de injunção que o distingue da ação direta de inconstitucionalidade por omissão: “*Conforme se percebe com facilidade, as diferenças são patentes. O Mandado de Injunção não visa à defesa objetiva do ordenamento jurídico, não tem por objeto o vício omissivo em si, não constitui forma de controle concentrado de constitucionalidade, nem busca reprimir a omissão do Legislativo, nem muito menos, a omissão de medidas materiais a cargo do Executivo. Seu objetivo é tão somente a viabilização, pelo órgão judiciário, por meio da sentença, do exercício de um direito obstado pela ausência de uma norma regulamentadora.*” (*Omissão constitucional e direito subjetivo*, p.118).

³⁹ A redação do dispositivo é a seguinte: “ Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.”

⁴⁰Visando a equacionar esse problema, Flávia Piovesam apresenta uma interessante proposta de conciliação entre o princípio político da autonomia do legislador e a exigência de cumprimento das normas constitucionais. Fã-lo nos seguintes termos: “*A título de proposição, sustenta-se que mais conveniente e eficaz seria se o Supremo Tribunal Federal declarasse inconstitucional a omissão e fixasse prazo para que o legislador omisso suprisse a omissão inconstitucional, no sentido de conferir efetividade à norma constitucional. O prazo poderia corresponder ao prazo da apreciação em “regime de urgência” que, nos termos do artigo 64, parágrafo 2º do texto, é de quarenta e cinco dias. Pois bem, finalizado o prazo, sem qualquer providência adotada, poderia o próprio Supremo, a depender do caso, dispor normativamente da matéria, a título provisório, até que o legislador viesse a elaborar a norma faltante. Esta decisão normativa do Supremo Tribunal Federal, de caráter temporário, viabilizaria, desde logo, a concretização do preceito constitucional.*” (*Proteção judicial contra omissões legislativas*, 108-109.)

⁴¹ Cf., a título de exemplo, Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, tomo II, p.507; Clèmerson Merlin Clève, *Fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, p.324; e Flávia C. Piovesan, *Proteção judicial contra omissões legislativas*, p.78.

⁴² *Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas*, p.189.

⁴³ Cf. Paulo de Barros Carvalho, Enunciados, normas e valores jurídicos, *Revista de direito tributário*, n° 69, p.47.

⁴⁴ Essa constatação, a que a grande maioria da doutrina nacional ainda resiste, assume foros de premissa fundamental, de postulado básico entre os teóricos da linguagem que se ocupam com o estudo do texto. É, neste sentido, enfático o escólio de Ingedore Villaça Koch: *“Portanto, à concepção de texto aqui representada subjaz o postulado básico de que **o sentido não está no texto**, mas se **constrói** a partir dele, no curso de uma interação”* [Destacado no original] (*O texto e a construção dos sentidos*, p. 25.)

⁴⁵ É interessante notar que, também neste ponto, evidencia-se o pioneirismo de Hans Kelsen. Com efeito, a inexistência de um sentido unívoco para os textos do direito positivo não escapou à argúcia do mestre de Viena. São suas as palavras: *“A teoria usual da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas **uma única** solução correcta (ajustada) e a “justeza” (correção) jurídico-positiva dessa decisão é fundada na própria lei. Configura o processo desta interpretação como se se tratasse tão-somente de um acto intelectual de clarificação e de compreensão, como se o órgão aplicador do Direito apenas tivesse que pôr em acção o seu entendimento (razão), mas não a sua vontade, e como se, através de uma pura actividade de intelecção, pudesse realizar-se, entre as possibilidades que se apresentam, uma escolha que correspondesse ao direito positivo, uma escolha correcta (justa) no sentido Direito positivo.”* [Os destaques são do próprio autor] (*Teoria pura do direito*, p.467).

⁴⁶ Basta ver que os recursos obtidos com pagamento do tributo em questão poderiam ser utilizados como uma interessante forma de financiar as obras públicas, como registrou Geraldo Ataliba, na passagem que corresponde à epígrafe deste trabalho.