

O DIREITO SOCIAL DE MORADIA VIABILIZADO PELA VINCULAÇÃO DA RECEITA TRIBUTÁRIA

Ubaldo Cesar Balthazar*
Luciane Aparecida Filipini Stobe**

Resumo

O presente artigo tem por objetivo indicar mecanismos tributários que viabilizem o direito social fundamental de moradia. Teoricamente o estudo é baseado nas ideias de Immanuel Kant e Ingo Sarlet e foi desenvolvido com base na técnica de pesquisa bibliográfica, conduzida pelo método de abordagem dedutivo e método de procedimento monográfico. O trabalho divide-se em três partes. A primeira parte destina-se inicialmente a compreensão do Estado Democrático de Direito. No momento seguinte, busca-se compreender a função social do tributo na República Federativa do Brasil. Na segunda parte apresenta-se a caracterização do direito de moradia como direito social fundamental, que compõe o mínimo existencial delineado pela dignidade humana. Por fim, no terceiro tópico faz-se um estudo constitucional sobre as possibilidades de vinculação da receita tributária. Indica-se a possibilidade de interpretação constitucional que orienta para a efetividade dos direitos sociais. Apresenta-se a perspectiva da vinculação de receita tributária ao Fundo de Habitação de Interesse Social para a execução de políticas locais permanentes de garantia do direito de moradia. Demonstra-se que é juridicamente possível vincular a receita tributária à produção social de moradia, desde que ocorra alteração do artigo 167, IV da Constituição Federal para fazer constar, entre as ressalvas, a vinculação da receita tributária à moradia, e ainda, a alteração na Lei 11.124/2005 prevendo o repasse dos recursos aos Fundos municipais.

Palavras-chave: Direito social de moradia. Receita tributária. Estado democrático de direito.

1 INTRODUÇÃO

Esta reflexão tem como objetivo indicar mecanismos tributários que viabilizem o direito social fundamental de moradia. Inicia-se o estudo a partir da compreensão do Estado Democrático de Direito que orienta a República Federativa do Brasil. Nesta seara constitucional procura-se identificar a função social do tributo como mecanismo arrecadatório e garantidor de direitos sociais fundamentais, analisando a atividade tributária pela via da justiça social.

Num segundo momento, abordam-se as dimensões de direitos para classificar o direito de moradia. Identifica-se a dignidade como figura central que se substancia no mínimo existencial. Os direitos sociais são abordados de forma mais detalhada para se chegar ao conceito de direito social fundamental à moradia, tema central do trabalho.

* Professor Doutor da Universidade Federal de Santa Catarina; Campus Universitário Reitor João David Ferreira Lima, Trindade, 88040900, Florianópolis, SC; ubalth@gmail.com

** Doutoranda na Universidade Federal de Santa Catarina; stobe@unochapeco.edu.br

Esta abordagem inicial fornece a base de sustentação para a discussão que se propõe - uma resposta estatal à demanda social de moradia, a partir da vinculação da receita tributária. Analisam-se as exceções constitucionais que possibilitam a vinculação da receita tributária.

Na busca de uma teoria de interpretação que garanta a efetividade dos direitos são apresentadas algumas correntes doutrinárias de hermenêutica constitucional. Por fim a resposta à pergunta: há perspectivas para uma efetivação do direito de moradia no Brasil?

Sem querer esgotar o tema, que transita por diversas disciplinas, e sem a pretensão de indicar o caminho absoluto, o que se propõe é ler o direito de moradia pelas lentes do Estado Democrático de Direito e ousar apresentar a vinculação da receita tributária como mecanismo garantista.

A motivação do estudo encontra-se no problema social gerado pela falta de moradia digna, que se contrapõe à posição desta como direito social, num país que tem uma exorbitante carga tributária.

2 OS TRIBUTOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO COMO INSTRUMENTOS EM PROL DOS DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS

Construir um Estado de garantia de direitos aos sujeitos livres, ou seja, compatibilizar o Estado de direito com o Estado social, foi tema recorrente no início do século XX. Confrontaram-se por muito tempo dois paradigmas: “[...] um, que poderia ser definido como paradigma liberal, “minimalista” e, outro como paradigma social democrático-welfarista.” (BACCELLI, 2006, p. 536).

Luís Roberto Barroso, ao prefaciар a obra de Fábio Corrêa Souza de Oliveira, afirma que o discurso acerca do Estado atravessou, ao longo do século XX, três fases distintas: a pré-modernidade (ou Estado liberal), a modernidade (ou Estado social) e a pós-modernidade (ou Estado neoliberal) (OLIVEIRA, 2010).

A Segunda Guerra Mundial abriu os olhos do mundo para a necessidade de implantar os direitos dos cidadãos, num Estado constitucional de direito. Foi um marco de transição dos sistemas políticos liberais oitocentistas.

A discussão em torno do “Estado de Direito”, iniciada a partir da Segunda Guerra Mundial, não pode senão investir o significado e as funções do “Estado democrático”, do “Estado constitucional” e do “Estado social”.

Surge nesse cenário o Estado Democrático de Direito, que não se subsume a uma política clientelista, mas grava-se pela democracia, pressupondo o espaço social como campo de luta, de conquista por sujeitos de direitos, não por pedintes a um Estado assistencialista.

Neste sentido, é preciso ter presente que o Estado Democrático de Direito deve romper, e o faz efetivamente, com a tensão entre a autonomização e amoldamento que caracterizou muitas experiências do Estado Social - tomado este conceito, aqui, em sentido amplo, para abranger todas as experiências tidas, em particular, ao longo do século XX. Ou seja, o Estado Democrático de Direito não pode se fazer à custa do amoldamento da subjetividade individual, através de estruturas compensatórias de promoção cliente-

lista do consumo, por intermédio de um duplo de proteção e normalização de condutas (MORAIS, 2003, p. 57).

No Estado democrático o poder do Estado deve organizar-se e exercer-se em termos democráticos. O princípio da soberania popular é, pois, uma das traves mestras do Estado Constitucional. O poder político derivado do “poder dos cidadãos” (CANOTILHO, 2003, p. 98).

A Constituição Federal formata o Estado Brasileiro como um Estado Democrático de Direito, cujos princípios legitimam o mínimo existencial (TORRES, 2003, p. 11). Barretto (2003, p. 122) ensina que Estado Democrático de Direito procura-se dar conteúdo material, para tornar mais efetivos os valores da liberdade, a da propriedade individual, da igualdade, da segurança jurídica e da representação política.

Em defesa dessa efetividade se posicionam Heim e Sá (2005, p. 71), ao afirmarem que a lei suprema incorpora como sua característica fundante e objetivo intrínseco, a construção de um Estado forte capaz de intervir na sociedade, realizando políticas públicas que transformem a realidade vivida pela população.

Um Estado Democrático de Direito é um estado interventor em prol dos desiguais, numa perspectiva de justiça compensatória, distributiva e niveladora.

Para promover uma política pública o Estado demanda gastos públicos, de curto, médio e longo prazo e legislação disciplinadora das atividades inseridas em tais campos. Sem planos, sem os orçamentos, sem vontade política nenhuma política pública pode ser implementada (LOPES, 1998, p. 132-133).

No Estado de Direito a vontade do agente público é vinculada à Constituição, logo, a vontade é constitucional, não é opcional e subjetiva. Constata-se que o exercício do poder político no Estado de Direito impescinde da observância do texto legal, sem o que carece o poder público de legitimidade. Se não há cumprimento dos objetivos da República Brasileira, e se desconsideram os fundamentos do Estado Democrático de Direito, então não há que se falar em Estado de Direito.

Bonavides (2008, p. 373) defende que a espinha dorsal do Estado social brasileiro são os direitos sociais declinados nos artigos 6º e 7º da Constituição de 1988, dentre os quais figura o direito à moradia.

Faria (2000, p. 268) aponta a necessidade de implementar programas governamentais para efetividade dos direitos sociais, com a finalidade de criar condições básicas constitutivas de padrões mínimos de equidade.

O Brasil é Estado Democrático que reconhece o primado da soberania no povo, garante o sufrágio universal e o voto direto, secreto e de igual valor. Neste contexto republicano, o cidadão figura como o dono da *res publica* e a esfera constitucional se constrói sob a base da dignidade da pessoa humana. De modo que é a República que está a serviço do homem, não é o homem que serve aos aparelhos políticos-organizatórios (CANOTILHO, 2003, p. 225).

A primeira vontade soberana veio expressa em texto constitucional. O que o povo brasileiro deseja está expresso na Constituição. A efetividade da vontade popular precisa traduzir-se de forma garantista, sob pena de traição do povo; de esvaziar o sentido da democracia. Cabe ao legislador infraconstitucional fazer cumprir a manifestação de soberania, legislando para a consecução dos objetivos expressos constitucionalmente. De

modo que, se a Constituição prevê a moradia como direito social fundamental, é dever do legislador viabilizar a consecução deste direito.

Os elementos da Constituição não têm valor isoladamente, pois, como se inserem num sistema, condicionam-se, reciprocamente, de sorte que não se pode interpretar uns sem ter presente a significação dos demais. Influenciam-se mutuamente e cada instituição constitucional concorre para integrar o sentido das outras, formando uma rede interpenetrante que confere coerência e unidade ao sistema, pela conexão recíproca de significados (SILVA, 2007, p. 169).

Para Ataliba (2007, p. 33) desconsiderar essa observação hermenêutica leva à subversão dos valores jurídicos, à inversão dos princípios básicos do sistema e, pois, à própria negação da Constituição.

De forma sistêmica, a Constituição apresenta os mecanismos capazes de viabilizar os direitos fundamentais, dentre eles a tributação.

A Constituição Brasileira, em seu Capítulo I do Título VI, precisamente nos artigos 145 a 162, trata do Sistema Tributário Nacional. Outras disposições de conteúdo tributário encontram-se dispersos no texto constitucional, como é o caso da progressividade do IPTU (art. 182, § 4º, II, CF), das contribuições sociais (art. 195, CF) etc. Em nível infraconstitucional vige a Lei 5.172/66, denominada Código Tributário Nacional.

O Estado é soberano, por isso tem o poder de tributar: exigir contribuições compulsórias para obter as receitas públicas de que necessita para atingir seus fins. Ensina Balthazar (2005, p. 194), que o tributo é instrumento vital para realização de propostas sociais, políticas e econômicas. “É o tributo que dá vida ao Estado e, através dele, faz-se intervenções na economia do setor privado, visando atender os interesses públicos e aqueles próprios do Estado.”

Bastos (2006, p. 149) alerta que mais do que nunca o tributo precisa ser visto e tratado como uma instituição social, e não apenas como um fato econômico ou financeiro.

O destino certo da arrecadação tributária é ditado pela função social do tributo, que deve ser utilizado como instrumento de política e de atuação estatais para o alcance do bem comum (MOTA, 2011, p. 50). Cabe ao Estado proteger e desenvolver o bem comum temporal - que quando autêntico consiste nas condições materiais e morais de um meio social em que o homem possa atingir a plenitude do seu destino (BECKER, 2002, p. 165).

A leitura sistemática da Constituição Brasileira permite identificar seus desígnios básicos e no Estado Democrático de Direito o tributo precisa ser instrumento para atender objetivos constitucionais, nos quais figura a justiça social, como fruto do bem comum.

A justiça social é um compromisso do Preâmbulo da Constituição, constitui um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, I) e princípio balizador das atividades estatais e privadas (art. 170, caput).

Numa democracia social como se pretende o Brasil, o Estado passa a ter apenas fins compatíveis com a sua finalidade primordial, que consiste em ser instrumento mediador ou de repasse dos bens e riquezas arrecadados através dos tributos, visando a atingir a justiça social que não pode ficar à mercê de meras competições individuais e grupais (REALE, 1987, p. 8). Dantas (2010, p. 14) sintetiza a ideia de justiça social como a “[...] esfera da justiça que visa a equacionar as diferenças sociais.”

Noronha (2011, p. 74) ensina que há uma tendência de abandono da função clássica do tributo como instrumento de arrecadação, transmutado em instrumento de intervenção estatal no meio social e na economia privada social, pela redistribuição de capital e renda entre os indivíduos.

O Estado tem na tributação um mecanismo que permite capturar parcela do excedente da capacidade econômica do contribuinte, respeitando o princípio da capacidade contributiva, e aplicar esta receita derivada para garantir um mínimo vital àqueles que não têm capacidade contributiva e carecem da entrega de prestações positivas pelo ente Estatal. Opera neste aspecto o mecanismo da justiça distributiva, que tem por critério a proporcionalidade na distribuição de bens e encargos (SPAGNOL, 1994, p. 42).

A justiça social somente será alcançada no Brasil quando houver uma efetiva redistribuição de renda. Registre-se que esta entrega de prestações pelo Estado aos menos favorecidos pode operar-se pelo repasse de dinheiro (renda mínima), por ações universalizadas (sistema público de saúde) ou ações específicas (moradia).

3 MORADIA COMO DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL

Os direitos do homem multiplicaram-se no transcurso da história, banhados pelo contexto social. Esta proliferação se deve ao aumento dos bens merecedores de tutela, à extensão da titularidade de direitos e à especificidade dos sujeitos de direito. Em síntese, mais bens, mais sujeitos, mais status de indivíduo (BOBBIO, 2004, p. 83).

Esta multiplicidade de direitos possibilitou à doutrina a classificação dos direitos em gerações ou dimensões. O uso do termo geração de direitos não é pacífica. Neste sentido, ensina Sarlet (2007, p. 54) que os direitos fundamentais têm o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade e não de alternância, preferindo-se o uso do termo dimensões, para evitar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra.

Outra divergência repousa sobre a quantificação das dimensões de direitos. Discute-se a existência de três dimensões de direitos, havendo, ainda, quem entenda existir uma quarta e até mesmo de uma quinta e sexta dimensão, conforme se verá a seguir.

Os direitos de primeira dimensão são “[...] direitos inerentes à individualidade, tidos como atributos naturais, inalienáveis e imprescritíveis, que por serem de defesa e serem estabelecidos contra o Estado, têm especificidade de direitos ‘negativos’.” (WOLKMER, 2003, p. 7).

Os direitos de segunda dimensão comportam conteúdo positivo, visto que, não se evita mais a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas visa-se propiciar um direito de participação do bem-estar social (LAFER, 1999, p. 127). Não estão presentes nos direitos de segunda dimensão apenas os direitos positivos, mas também, as chamadas “liberdades sociais”, como por exemplo, da liberdade de sindicalização, do direito de greve, os direitos fundamentais individuais dos trabalhadores (SARLET, 2007, p. 57).

Enquadra-se nesta dimensão o direito à moradia, positivado no Brasil como direito social pela emenda constitucional n. 26/2000 que alterou a redação do artigo 6º da Constituição Federal (SOUZA, 2004, p. 113-114).

Se os direitos de primeira dimensão surgem em nome da liberdade negativa e se fundam na Revolução Francesa, os direitos sociais de segunda dimensão surgem em nome da liberdade igualitária e se fundam nos Estados Democráticos de Direito.

Os direitos de fraternidade ou de solidariedade são classificados como direitos de terceira dimensão. A titularidade daqueles pertence a grupos, de forma coletiva ou difusa, arredando a figura do sujeito homem-indivíduo. Estes direitos tomados na forma abrangente exigem esforços e responsabilidades em escala extraterritorial (até mesmo mundial) para sua efetivação, pois tem implicação universal ou no mínimo, transindividual (SARLET, 2007, p. 58).

A quarta dimensão de direitos está relacionada à biotecnologia, à bioética e à regulação da engenharia genética, e vincula-se diretamente à vida humana, como a reprodução assistida (inseminação artificial), aborto, eutanásia, cirurgias intrauterinas, transplantes de órgãos, engenharia genética (clonagem), contracepção, etc. (WOLKMER, 2003, p. 12). Os direitos de quinta dimensão são os advindos das tecnologias de informação (internet), do ciberespaço e da realidade virtual em geral.

Apesar das divisões em dimensões, os direitos fundamentais precisam ser tomados na sua totalidade (OLIVEIRA, 2010, p. 16) As dimensões dos direitos demonstram que a sociedade, em constante processo de transformação, demanda novas proteções jurídicas que garantam a regulação da convivência humana. Trata-se de um processo evolutivo, não estanque, nem escalonado, muito menos universalizado na efetividade das garantias, pois alguns direitos de terceira dimensão ainda são negados a grande parte da população mundial, enquanto outros (na minoria) galgam proteção do uso do ciberespaço.

Sen (2000, p. 29) lembra que um número imenso de pessoas em todo mundo é vítima de várias formas de privação de liberdade. Fomes coletivas continuam a ocorrer em determinadas regiões, negando a milhões a liberdade básica de sobreviver.

Todavia, não se pode deixar de lado a necessidade de extensão dos direitos fundamentais a todo indivíduo. E esta penetração jurídica nos espaços de carência pode ser analisada a partir da garantia dos direitos sociais àqueles desalojados da liberdade de escolha.

A compreensão dos direitos sociais passa pelo desdobramento do conceito de dignidade.

O ser humano foi criado à imagem e semelhança de Deus, premissa da qual o cristianismo extraiu a consequência de que a humanidade é dotada de um valor próprio e que lhe é intrínseco, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento (SARLET, 2009, p. 212).

Dignidade humana pode ser entendida como qualidade intrínseca da pessoa humana, irrenunciável e inalienável, elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado (SARLET, 2009, p. 217).

Na perspectiva kantiana pode-se definir o conteúdo da dignidade como emergente do cerne do gênero humano a desdobrar-se nas duas máximas kantianas: tratar a pessoa como fim e nunca como meio e assegurar-lhe as necessidades vitais.

O homem ocupa posição central na ordem das coisas. O agir do Estado precisa ter em vista esta centralidade, na essência da moral e também de forma a garantir a completude do ser humano, viabilizando o atendimento de necessidades básicas para evitar degradação e sujeição. “Nesse contexto, a dignidade da pessoa exige para sua preservação

o acesso ao trabalho decente, à moradia e aos cuidados relativos à saúde.” (BARRETTO, 2010, p. 70). É realidade suprema que se sobrepõe ao econômico e ao político.

No sentido de tarefa imposta ao Estado, como prestação, a dignidade da pessoa reclama que este guie as suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente, quanto objetivando a promoção da dignidade, especialmente criando condições que possibilitem o pleno exercício e fruição desta, com a tutela de um conjunto de direitos e liberdades indispensáveis (SARLET, 2009, p. 220).

A Constituição Brasileira integrou ao ordenamento jurídico o princípio da dignidade, entre os fundamentos do Estado Democrático de Direito. A posição que a dignidade ocupa no texto constitucional autoriza afirmar que o desenvolvimento do ser humano em completude é o alicerce da ordem democrática. Toda vontade estatal deve ter por finalidade preservar a essência humana e destruir os obstáculos ou abrir caminhos para o florescer da dignidade.

A concretização da dignidade humana precisa ser demarcada positivamente para garantir sua efetivação e construir mecanismos de viabilização dos direitos fundamentais àqueles que vivem na carência.

Neste sentido a doutrina desenvolveu o conceito do mínimo existencial. A teoria do mínimo existencial é inspirada na doutrina e jurisprudência constitucional alemã. Por mínimo existencial entende-se um conjunto de bens indispensáveis para a vida condigna. O conteúdo material do mínimo existencial é variável conforme a conjuntura do Estado, época histórica, local, ou seja, consoante as necessidades a que o indivíduo precisa suprir, minimamente, na sociedade na qual vive. Por se referir às condições de existência, o mínimo é vinculado ao conceito de dignidade da pessoa humana (OLIVEIRA, 2010, p. 383).

Pela ótica constitucional o mínimo existencial pode ser traduzido nos direitos sociais fundamentais, dispostos no artigo 6º da Carta Magna.

Os contornos da dignidade se concretizam em direitos. Direitos que, quando substanciais, produzem pertencimento à sociedade. O pertencer expressa autonomia, liberdade. A concretude dos direitos sociais é o campo propício ao florescimento da essência humana.

Para Alexy (2008, p. 480), o principal fundamento dos direitos sociais é o princípio da liberdade fática que garante a igualdade entre os indivíduos. Ou seja, os direitos sociais são alavancas de equiparação para aqueles que não possuem meios próprios de garantir a plena expressão da essência humana - o mínimo essencial.

A pobreza e a insatisfação de necessidades básicas são negações de liberdade que tornam a pessoa vulnerável a violação de outras formas de liberdade. Este ciclo vicioso precisa ser interrompido pela intervenção estatal em favor dos desvalidos.

Barreto (2010, p. 28) afirma a existência de uma linha de investigação e argumentação que sustenta haver uma dependência necessária e lógica entre os direitos humanos e os direitos sociais. O argumento de que os direitos sociais inserem-se na categoria dos direitos humanos tem sido desenvolvido por Otfried Höffe em torno da ideia de que a responsabilidade social do Estado é uma das dimensões definidoras do Estado Democrático de Direito. Na Constituição Brasileira (artigo 3º, inciso I) esta ideia se encontra consagrada sob a forma do princípio da solidariedade.

A partir dessa leitura de raízes morais dos direitos humanos é possível afirmar que os direitos sociais são condições de eficácia dos direitos humanos.

Numa interpretação ética dos direitos humanos, fundada em valores intrínsecos à racionalidade humana, devem-se compreender os direitos sociais como direitos essenciais e inafastáveis, por conseguinte fundamentais (BARRETTO, 2003, p. 124).

Uma das necessidades básicas é a moradia, que ocupa o *locus* de direito social fundamental no ordenamento jurídico brasileiro.

A moradia, no Brasil, é direito fundamental social, previsto no artigo 6º da Carta Republicana, cuja efetividade de execução tem competência estabelecida no artigo 23, IX do mesmo instrumento.

A inserção no texto constitucional traduz-se em responsabilidade para o Estado, o qual deverá apresentar propostas e viabilizar o concreto acesso à moradia aos integrantes da sociedade (INÁCIO, 2002, p. 40).

O direito à moradia está expresso no Estatuto da Cidade - Lei n. 10.257 de 10 de julho de 2001, como diretriz geral da política urbana. Prevê o artigo 2º, inciso I, que a política urbana tem por objetivo ordenar o desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, para o qual terá por diretriz a garantia do direito a cidades sustentáveis. A sustentabilidade da cidade inclui o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, a infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer.

O artigo 3º, inciso III da referida lei, prevê a competência da União, para em parceria com Estados e Municípios, promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico.

O direito à moradia significa ocupar um lugar como residência, uma casa ou um apartamento, para nele habitar, mas não é necessariamente o direito à casa própria, mas sim, uma garantia de que todos tenham um teto para morar, abrigando a sua família de modo permanente (SILVA, 2007, p. 314). E está intimamente ligado a outros direitos, como o direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, ao sigilo de correspondência e de sua residência, ao segredo doméstico, ao sossego, à educação, à saúde, visto que um não é exercido sem a complementação do outro, não tendo, desta forma, como viver dignamente em condições subumanas (SOUZA, 2004, p. 135-136).

Neste aspecto, o direito à moradia compõe o mínimo existencial (SARLET, 2003, p. 193). Pois, a falta de moradia é um obstáculo ao exercício de outros direitos: o direito ao endereço fixo (para referenciar a residência quando da procura do emprego), o direito ao saneamento básico, a água potável, a intimidade (muitos barracos que possuem um único cômodo abrigam pais e filhos), a segurança (a desordem territorial das ocupações é espaço propício para incontáveis atos de criminosos), os direitos à cidade ordenada (iluminação pública, arruamento, proximidade dos equipamentos públicos...), à saúde (muitas das ocupações irregulares são inadequadas: sem ventilação, luz natural, proteção contra intempéries...). Negar moradia é garantia de exclusão.

A via da tributação é um dos caminhos, constitucionalmente possíveis, de direcionar recursos públicos para realização de direitos sociais fundamentais, a exemplo da moradia.

4 VINCULAÇÃO DE RECEITA TRIBUTÁRIA: UMA RESPOSTA ESTATAL AO DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL À MORADIA

O artigo 4º do Código Tributário Nacional impõe a compreensão de que a destinação do produto da arrecadação tributária não diz respeito à natureza do tributo. Ou seja, conforme já visto antes, outros fatores como o fato gerador, a hipótese de incidência, a vinculação, indicarão a natureza jurídica do tributo.

Todavia, a compreensão da função social do tributo indica que a legitimidade e a eficácia da norma tributária passam pela sua correta destinação (SPAGNOL, 1994, p. 58).

Vincular receita tributária significa afetar o destino da arrecadação.

Os impostos que não têm destinação afetada servem ao financiamento de gastos públicos em geral e os recursos arrecadados são contabilizados em um caixa único. Um tributo afetado é destinado ao financiamento de um gasto público específico.

As regras da vedação à vinculação de receita de impostos estão disciplinadas no artigo 167, IV, da Constituição Federal. A leitura constitucional permite aferir que existem as seguintes exceções ao princípio da não vinculação de impostos: a) repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159 (repartição das receitas tributárias, entre os entes federados); b) a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde (CF, art. 198, § 2º); c) a destinação de recursos para manutenção e desenvolvimento do ensino (CF, art. 212); d) a destinação de recursos para realização de atividades da administração tributária (CF, art. 37, XXII); e) a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita (CF, arts. 165, § 8º, e 167, § 4º).

O que se pode concluir é que as vinculações tributárias indicam eleição de prioridades que demandam receita garantida. A educação e a saúde justificam posição na seara vinculativa por serem direitos sociais fundamentais (artigo 6º, CF). A repartição da receita tributária justifica sua posição porque é mecanismo de garantia da Federação, como sustentação da autonomia dos entes federados. A vinculação a atividades da administração tributária pode encontrar fundamento na instrumentação dos meios arrecadatários, cuja receita garante a justiça social. Já a prestação de garantias é mero instrumento a serviço da gestão dos recursos públicos.

A mitigação do princípio da não vinculação como ocorre nos casos acima demonstra que não há vedação rígida no texto constitucional quanto à possibilidade de vincular receita tributária. De modo que a vinculação pode ser alargada pela vontade do constituinte derivado, como fez com a edição da Emenda Constitucional n. 42/2003.

A finalidade de uma afetação é a garantia de financiamento de um investimento ou despesa de caráter específico, ou seja, um benefício específico em relação à sociedade. (SPAGNOL, 1994, p. 85) Assim, há uma relação direta entre a entrada da receita e sua aplicação. A afetação de receita é mecanismo garantista de recursos para execução da política pública, vindo ao encontro da efetiva aplicabilidade das normas constitucionais.

Konrad Hesse defende a força normativa da Constituição e afirma: a *Constituição contém uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado*. Assim, a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside

na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade (HESSE, 1991, p. 14).

Há necessidade de adequação do agir estatal à vontade da Constituição, pois esta é o condicionante da realidade e não o inverso. De modo que os preceitos constantes da Constituição devem prevalecer sempre. “A Constituição jurídica não significa simples pedaço de papel”, mas ordem constitucional, na qual a discricionariedade do legislador não encontra campo de livre atuação (HESSE, 1991, p. 25).

No mesmo sentido, Fábio Corrêa Souza de Oliveira conceitua a Constituição Dirigente como a que enuncia programas que vinculam a atuação do Estado, dos Governos, através de pautas formais e materiais, sujeitando negativa e positivamente a conduta de cada um dos três Poderes, direcionando a vontade e o proceder do Poder Público. O dirigismo constitucional impõe que o legislador crie meios necessários à fruição dos direitos fundamentais (em todas as suas dimensões). Pois a teoria da Constituição dirigente ministra que a problemática da vinculação abrange questões de imposição, em linhas positivas. O dever de legislar (OLIVEIRA, 2010, p. 14/377).

Importa afirmar que a Constituição, pela sua substantividade, expressa o conteúdo da normatização, e no caso específico do direito à moradia indica ainda o caminho para garantia - a receita tributária.

Todavia, como ensina Paulo de Barros Carvalho, de nada adiantam direitos e garantias individuais, placidamente inscritos na Lei Maior, se os órgãos a quem compete efetivá-lo não o fizerem com a dimensão que o bom uso do jurídico requer (CARVALHO, 2005, p. 410).

A garantia de um direito precisa mover o corpo político. Adverte Jean-Jacques Rousseau que no corpo político há dois motores: a força e a vontade, esta sob o nome de Poder Legislativo, aquela sob o de Poder Executivo, e sem o concurso desses dois poderes nada se faz ou deve fazer na sociedade política (ROUSSEAU, 2001, p. 63). Assim como o Executivo está condicionado pelo Legislativo, este está condicionado pela Constituição. Esta posição define a prevalência do governo das leis sob o governo dos homens. No constitucionalismo republicano o Estado é impedido de fazer o que deseja, quando quer, de qualquer modo. O governo das leis é um Estado de Direito no qual se expressa a supremacia do direito e a superação do arbítrio.

O povo, pela soberania, já identificou os direitos sociais que precisam do amparo estatal, não restando ao administrador esfera de escolha na aplicação de recursos públicos para execução dessas políticas.

Para garantir o direito social de moradia, um caminho constitucionalmente cancelado é a vinculação da ação do administrador (executivo) à lei (legislativo) pela obrigatoriedade de aplicar recursos para produção de moradia - eleita pela vontade soberana como direito fundamental.

Há um desafio que precisa ser enfrentado visando transformar o direito à moradia dos textos legais num direito concreto a uma vida digna de todos os brasileiros. O déficit habitacional brasileiro em 2009 foi estimado pelo Ministério das Cidades, em parceria com a Fundação João Pinheiro, em aproximadamente seis milhões e duzentas mil novas moradias (ww.fjp.gov.br).

A Política Nacional de Habitação tem por objetivo promover a universalização do acesso à moradia. Esta política se desenvolve especialmente através do Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social (SNHIS), instituído pela Lei 11.124/2005. Referida norma criou o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social (FNHIS) - um fundo de natureza contábil, com o objetivo de centralizar e gerenciar recursos orçamentários para os programas estruturados no âmbito do SNHIS, destinados a implementar políticas habitacionais direcionadas à população de menor renda.

Os Estados e Municípios deverão constituir um Fundo local, com dotação orçamentária própria, destinado a receber os recursos do FNHIS, além de atender a outros requisitos previstos no artigo 12, da Lei 11.124/2005.

Como descrito, há uma estrutura legislativa e administrativa vigente no Brasil para viabilizar a política habitacional. O que precisa ser feito é vincular a receita e destiná-la aos fundos.

A alternativa para garantir a política local de habitação é a criação de mecanismos de repartição da receita arrecadada pelo FNHIS, por meio de transferência indireta, aos moldes do Fundo de Participação dos Municípios (FPM). Esta medida garantiria uma política local continuada, de acordo com as demandas existentes no Município e evitaria o corte discricionário das verbas, o que prejudica, ciclicamente, o gasto público.

Para tanto há necessidade de alteração constitucional para mitigação do princípio da não afetação incluindo-se nas exceções da vinculação da receita tributária o permissivo para destinar recursos à produção social de moradia. Necessária também a alteração da Lei 11.124/2005 para prever a possibilidade de transferência aos fundos municipais.

Indicar novas vinculações é projetar o novo, com continuidade.

5 CONCLUSÃO

O Brasil, após o advento da atual Constituição figura como República Federativa constituída como Estado Democrático de Direito. A partir desse pressuposto, a democracia e os direitos fundamentais são a essência norteadora do agir dos representantes do Poder.

A Constituição é o marco da nova ordem, que conduz ao centro definidor do agir estatal: a dignidade humana. O que permite afirmar que o Estado está a serviço do cidadão. E, portanto, o tributo (que é instrumento do Estado) precisa cumprir sua função no ordenamento: servir à justiça social, tendo por fim o bem comum, na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Na medida em que a sociedade evolui e ganha em complexidade, surgem novas demandas e categorias de sujeitos de direitos. Ao mesmo tempo, o modelo capitalista dá conta de aprofundar as desigualdades sociais. A luta pela liberdade delineia-se luta pela igualdade. E a igualdade se perfaz na garantia de um mínimo existencial que compõe a dignidade humana.

O Estado não pode ocupar o papel de não interventor. Precisa ser agente garantidor dos direitos sociais, por meio da execução de políticas públicas de transferência de riquezas. A tributação é o mecanismo de arrecadação que garante receita para execução dessas políticas.

As prioridades de ação estatal em prol da igualdade são ditadas pela Constituição. Vigem o governo das leis em oposição à arbitrariedade do governo dos homens. O que vale é a vontade constitucional, oriunda do povo - dono originário do poder.

A moradia é um direito social fundamental cuja negação implica na violação de outros direitos e perpetua exclusão social.

Atualmente a não vinculação da receita tributária não é vedação constitucional de núcleo duro, pois encontra ressalvas no inciso IV, do artigo 167, da Constituição Federal.

Vincular a receita tributária é uma opção pela aplicação efetiva dos ditames constitucionais. Esta leitura é possível pela via da interpretação segundo a Constituição: pela força normativa da Constituição e pelo dirigismo constitucional.

Existe um Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social que pode servir de plataforma para a execução de políticas públicas que garantam a moradia. Para implementar o direito social de moradia no Brasil é necessária a vinculação da receita tributária aos Fundos de habitação de interesse social.

Por fim, a viabilização da vinculação se opera pela vontade política de Emenda Constitucional que altere o artigo 167, IV da Constituição Federal para fazer constar, entre as ressalvas, a vinculação da receita à moradia e, ainda, a alteração na Lei 11.124/2005 prevendo o repasse dos recursos aos Fundos locais (municipais).

The right to social housing possible by binding of tax revenues

Abstract

This study aims to indicate ways of using taxes to ensure the fundamental social right of having a shelter. Theoretically, the study is based on the ideas of Immanuel Kant and Ingo Sarlet and it was developed by using the deductive approach and the monographic procedure methods. The study is divided in three parts. The first part intended initially the understanding of Democratic State of Law. In next moment, discusses the social function of tribute in Federative Republic of Brazil. In second part consists of an analysis of characterization of right to housing as fundamental social right, that composes the existential minimum delineated for human dignity. The third parts consists of an analysis of the Constitution and the possibilities of linking tax revenues to social policies. The study also indicates methods of interpreting the Constitutional Law in order to identify ways to link income tax revenues and revenues from urban property taxes to the Social Interest Habitation Funds. Connections between tax revenues and permanent social programs can guarantee the citizens their right to have a shelter. The results of the study demonstrate that it is judicially possible to link income taxes revenues and urban property revenues with the social production of shelter, since that occurs amendment of Article 167, IV of the Constitution Federal to make mention, among the caveats, the linking of tax revenue to housing, and still, the alteration in Law 11.124/2005. The new law can make it possible to legally transfer financial resources received from tax revenues from the Federal Government to municipalities and also to use local tax revenues in social shelter policies. Keywords: Social right for shelter. Tax revenue. Democratic state of right.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2008.
- ATALIBA, G. *República e constituição*. 2. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BACCELLI, L. Maquiavel, a tradição republicana e o Estado de Direito. In: COSTA, P.; ZOLO, D. (Org.). *O Estado de direito: história, teoria e crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- BALTHAZAR, U. C. *História do tributo no Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.
- BARRETTO, V. de P. (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- _____. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- _____. Reflexão sobre os direitos sociais. In: SARLET, I. W. *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BASTOS, E. A. V. A função tributária: por uma efetiva função social do tributo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, v. 31, n. 124, p. 185-169, jan./mar. 2006.
- BECKER, A. A. *Teoria geral de direito tributário*. São Paulo: Lejus, 2002.
- BOBBIO, N. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- DANTAS, A. F. Justiça social: sociedade com pluralismo de fundamentações. *Revista de Direito Social*, n. 37, p. 11-36, jan./mar. 2010.
- FARIA, J. E. *O Direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- _____. O Judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira. In: FARIA, J. E. (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- HESSE, K. *A força normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HEIM, B. B.; SÁ, C. M. de B. Repensar a propriedade pública à luz do Estado Democrático de Direito: experiência dos alagados. *Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico*, Porto Alegre, v. 1, p. 68-80, ago./set. 2005.

INÁCIO, G. L. *Direito social à moradia & a efetividade do processo: contratos do sistema financeiro de habitação*. Curitiba: Juruá, 2002.

LAFER, C. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991-1999.

MARTINS, I. G. da S. *O direito de defesa implodido*. 2005. Disponível em: <http://www.academus.pro.br/professor/ivesgandra/artigos_implodido.htm>. Acesso em: 16 maio 2008.

MORAIS, J. L. B. de. De sonhos feitos, desfeitos e refeitos vivemos a globalização. In: SARLET, I. W. *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, Internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOTA, S. R. F. Função social do tributo no Brasil. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, n. 97, p. 49-63, 2011.

NORONHA, L. Solidariedade social e tributação: uma análise constitucionalmente orientada. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, n. 96. p. 71-100, 2011.

OLIVEIRA, F. C. S. de. *Morte & vida da Constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PINTO, A. L. de T.; WINDT, M. C. V. dos; CÉSPEDES, L. *Código tributário, processo civil, constituição federal e legislação complementar* (Coord.). 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

REALE, M. *Liberdade e democracia*. São Paulo: Saraiva, 1987.

ROUSSEAU, J.J. *Do contrato social*. São Paulo: Martin Claret, 2001.

SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 46, p. 193-244, abr./jun. 2003.

SEN, A. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, J. A. da. *Curso de direito constitucional positivo*. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOUZA, S. I. N. *Direito à moradia e de habitação: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SPAGNOL, W. B. *Da tributação e sua destinação*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

TORRES, R. L. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais sociais: estudos de Direito Constitucional, Internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Tratado de direito constitucional financeiro tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

WOLKMER, A. C.; LEITE, J. R. M. (Org.). *Os novos direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2003.

