

ENTRE A SEPARAÇÃO DOS PODERES E A VINCULAÇÃO DA RECEITA TRIBUTÁRIA: A PONDERAÇÃO A FAVOR DA EFICIÊNCIA DA POLÍTICA PÚBLICA DE PRODUÇÃO SOCIAL DE MORADIA.

BETWEEN THE SEPARATION OF POWERS AND BINDING OF TAX REVENUES: A CONSIDERATION IN FAVOUR OF EFFICIENCY OF PUBLIC POLICY SOCIAL HOUSING PRODUCTION.

Ubaldo Cesar Balthazar*
Luciane Aparecida Filipini Stobe**

RESUMO

Este artigo quer responder a uma questão específica: como garantir, sem violação ao princípio da separação dos poderes, a eficiência da aplicação de recursos públicos para a execução de políticas públicas de produção social de moradia de forma continuada? Pretende-se inicialmente classificar o direito à moradia como direito social fundamental. Em seguida intenciona-se compreender a vinculação da receita tributária no Brasil. Na busca de argumentos para a resposta à questão de pesquisa, estuda-se o princípio da separação dos poderes frente à possibilidade de vinculação de receita tributária à produção social de moradia. Por fim, em nome da eficiência, indica-se a ponderação como princípio viabilizador da possibilidade de vincular receita à produção social de moradia, sem violar o princípio da separação dos poderes. Conclui-se que o princípio da separação dos poderes quando em colisão com a vinculação da receita, por ponderação, cede passo quando se tem como linha mestra a eficiente aplicação da receita tributária para os destinos constitucionalmente previstos, como é o caso de políticas públicas continuadas de produção social de moradia.

Palavras-chave: separação de poderes, vinculação de receita tributária; eficiência; ponderação.

ABSTRACT

This paper tries to answer a specific question: How secure, without violating the principle of separation of powers, the efficiency of use of public resources for the implementation of public policies for social housing production continuously? We intend to initially classify the right to housing as a fundamental social right. Next we intend to understand the linking of tax revenue in Brazil. In the search arguments to answer the research question, we study the principle of separation of powers facing the possibility of linking tax revenue to the social production of housing. Finally, in the name of efficiency, it dares you indicate the weighting as enabler principle the possibility to link revenue to the social production of housing, without violating the principle of separation of powers. It is concluded that the principle of separation of powers when in collision with the binding of revenue, by weight-

* Doutor em Direito; ubalth@gmail.com

** Doutoranda em Direito; stobe@unochapeco.edu.br

ing gives step when you have as a guideline to effective application of tax revenue to destinations constitutionally provided for, as is the case for continued public policy social production of housing.

Keywords: Separation of powers. Linking tax revenue. Efficiency. Weighting.

INTRODUÇÃO

O tributo é fonte de receita para custeio de políticas públicas. Como receita, é um instrumento nas mãos do Estado para garantir seus fins. Num Estado democrático e republicano, pode-se afirmar que sua primordial finalidade é a justiça social.

Para que se promova justiça social é imprescindível a execução de políticas públicas pelo Poder Executivo, gestor da receita tributária. Ocorre que, a relativa discricionariedade na destinação de recursos públicos afeta a continuidade de políticas públicas importantes, como a produção social de moradia.

Uma forma de garantir receita para políticas prioritárias é a vinculação da receita tributária, como já ocorre com a educação e a saúde. Todavia, num regime democrático que busca equilibrar poderes pela tripartição, é inconcebível o esvaziamento do poder de administração do Poder Executivo pela vinculação, por lei, da totalidade da receita tributária. Por outro lado, é inadmissível tolerar a omissão da aplicação de recursos públicos expressivos e de forma continuada na execução de políticas públicas que garantam direitos sociais fundamentais previstos expressamente no artigo 6º da Carta Republicana.

Num país como o Brasil, de elevada carga tributária (supera 35% do PIB)¹ questiona-se: qual a medida que garantirá o correto destino da receita tributária?

A partir do princípio da ponderação busca-se apresentar neste artigo um caminho para a eficiência da aplicação da receita tributária no Brasil, sem desrespeitar o princípio da separação dos poderes, com foco no direito social fundamental à moradia.

DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL À MORADIA

Os direitos sociais figuram no preâmbulo da Constituição Brasileira como finalidade do Estado Democrático. No artigo 6º são discriminados: a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados. Figuram no capítulo II, do título II, que dispõe sobre os direitos e garantias fundamentais. Conclui-se, portanto, que os direitos sociais são direitos fundamentais.

Lucidamente, Norberto Bobbio sustenta que, descendo do plano ideal para o plano real, uma coisa é falar dos direitos do homem, direitos sempre novos e cada vez mais exten-

¹ <http://www.receita.fazenda.gov.br/publico/estudoTributarios/estatisticas/CTB2012.pdf>.

sos, e justificá-los com argumentos convincentes; outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva (BOBBIO, 2004, p. 80).

E neste aspecto os direitos sociais carregam a sina de serem direitos caros ao Estado. Pois para garantir a sua efetividade são necessários serviços públicos – previdência, transferências monetárias, garantias de níveis mínimos de instrução, saúde, bem-estar etc. - que consomem uma quantidade muito alta de recursos. É, portanto, natural que, pela sua relevante incidência sobre os mecanismos da riqueza e do imposto de renda, os direitos sociais apresentem, no contexto de uma economia de mercado, caráter aleatório. Há que se lembrar, que os direitos de primeira dimensão também custam ao Estado, a exemplo do sufrágio e do sistema judiciário. Mas não correm o risco de não serem garantidos por questões de custo porque historicamente galgaram posição de imprescindibilidade e estão amparados num conjunto de normas infraconstitucionais que garantem sua operacionalização (HIERRO, 2007, p. 192).

Deixar os direitos sociais por conta da discricionariedade do agir do agente político, sem instrumentar e construir mecanismos de efetivação é uma chancela da ineficácia destes direitos. O legislador deve disciplinar as atividades do Estado.

A simples atitude abstencionista do Estado, diante das gritantes desigualdades sociais e do uso do poder econômico, pelos grupos que o detêm, termina por operar como fator de desigualação, com consequências políticas alarmantes. Daí o impor-se ação positiva e concreta do Estado, na promoção efetiva da igualdade, ao lado de legislação compensatória das desigualdades (ATALIBA, 2007, p. 137).

Prover meios de eficácia de direitos sociais é dever dos Estados conforme previsto no artigo 11, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais:

Artículo 11. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento. (PECES-BARBA; LIESA & CASCÓN, 2001, p. 312)

A moradia, recorte deste artigo, constituiu-se no Brasil em direito fundamental social, previsto no artigo 6º da Carta Republicana².

Este direito está expresso em vários artigos da Constituição Federal, como o artigo 3º, que define como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, construir uma sociedade justa e solidária, erradicar a marginalização e promover o bem de todos, neste caso que todos tenham acesso e direito a uma moradia digna.

² Artigo 6º - São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e a infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (grifo nosso).

Materialmente, este direito 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).

O artigo 23, X, da Carta Constitucional dá competência comum a todas em entidades públicas da Federação para combater as causas da pobreza e os fatores da marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos, o que importa em criar condições de habitabilidade adequada para todos.

Há também norma específica determinando ação positiva no sentido da efetiva realização do direito à moradia, quando estabelece no art. 23, IX, a competência comum para promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento.

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.

Este conjunto normativo indica a responsabilidade do Estado em apresentar propostas e viabilizar o concreto acesso à moradia aos integrantes da sociedade (INÁCIO, 2002, p. 40).

O Estado tem o dever de garantir o direito à moradia, em nível de vida adequado com a condição humana, respeitando os princípios fundamentais da cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, intitulados constitucionalmente (SOUZA, 2004, p. 119)

Afirma Fábio Corrêa Souza de Oliveira, numa leitura compromissada com a força jurídica da norma constitucional (art. 6º) que há obrigatoriedade estatal em acolher todos aqueles que estão ao relento, pelas ruas, bem como quem reside em construções localizadas em áreas de perigo, além de implementar ações para a melhoria das condições habitacionais de toda população que vive em construções precárias, inaptas a uma vida digna, em favelas ou palafitas. Aponta o autor uma alternativa para garantir dignidade: a construção de abrigos para situações emergenciais e a execução de programas de moradia - fornecimento de materiais e orientação técnica de obra, financiamentos, edificação de conjuntos habitacionais (OLIVEIRA, 2010, p. 388)

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 etc.).

Assim, o direito à moradia 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). E negá-lo é garantia de exclusão social. Como garanti-lo?

A VINCULAÇÃO DA RECEITA TRIBUTÁRIA

Histórica, política e constitucionalmente os tributos são reservados exclusivamente para fins públicos (BALEEIRO, 2006, p. 785). Certo é então que a receita assim obtida seja entregue nas mãos dos entes federados para que lhe dêem destino específico.

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. 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 garantir aplicação correta do tributo, afetando o destino da arrecadação.

Os impostos que não têm destinação afetada são canalizados ao financiamento de gastos públicos em geral e os recursos arrecadados são contabilizados em um caixa único, o que tem significativa importância para instrumentar e agilizar a máquina estatal. Todavia, não se deve ignorar que o tributo é instrumento de política econômica e social. Para tanto, são necessárias normas que prevejam sua utilização específica, como exceções aos princípios do caixa único e da não-afetação (SPAGNOL, 1994, p. 59)

As regras da vedação à vinculação de receita de impostos estão disciplinadas no artigo 167, IV, da Constituição Federal, e foi objeto de alteração recente, por meio da Emenda Constitucional n. 42, de 19/12/2003.

Com a emenda, o legislador constituinte derivado acrescentou uma nova hipótese de exceção a não vinculação da receita de impostos, qual seja: vinculação da receita de impostos para a realização de atividades da administração tributária.

Com isso, passa-se a ter as seguintes exceções ao princípio da não vinculação de impostos: a) 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 de direitos sociais fundamentais (art. 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 arrecadatórios, 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 vinculação apresenta-se como uma forma de otimizar a função social do tributo, pois ao tempo em que garante o destino da receita tributária para atender demandas sociais constitucionalmente previstas, reduz o campo do desvio de receita pública.

Todavia, se toda receita tributária for afetada a um destino específico pelo Poder Legislativo, o Poder Executivo não terá reserva financeira para o atendimento de ações públicas que são dinâmicas e, muitas vezes, inesperadas, decorrentes da própria função típica do executivo de administrar a “*res publica*”, o que pode se apresentar como violação do princípio da separação dos poderes.

PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Na lição de Humberto Ávila a separação dos poderes é exteriorizada como espécie normativa bidimensional. Numa primeira dimensão de princípio, na medida em que estabelece o “dever de buscar o ideal de harmonia e de coexistência funcional entre os Poderes.” Num segundo sentido normativo indireto, funciona como um postulado ao exigir do

aplicador do direito o “respeito às decisões valorativas do Poder Legislativo objetivadas nos instrumentos normativos que editou” (ÁVILA, 2008, p. 298)

Princípio, segundo Paulo de Barros Carvalho, é uma “regra portadora de núcleos significativos de grande magnitude influenciando visivelmente a orientação de cadeias normativas, às quais outorga caráter de unidade relativa, servindo de fator de agregação para outras regras do sistema positivo” (CARVALHO *in* MARTINS, 2005, p. 400).

Na condição de princípio, como ensina Marcelo Martins Altoé (2009, p. 55), expressa direitos e deveres *prima facie*, permitindo variações quando de sua realização.

O princípio da separação dos poderes é expresso no texto Constitucional, consoante artigo 2º: *são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*. Isto significa que cada Poder possui uma função pormenorizadamente regulada na Constituição. A função de cada Poder é regulada de modo positivo e negativo: *positivo*, quando a Constituição regula as competências de cada Poder (Poder Legislativo: arts. 44 a 75; Poder Executivo: arts. 76 a 91; Poder Judiciário: arts. 92 a 135); negativo ou por exclusão, porque nenhum Poder pode exercer o poder do outro (ÁVILA, 2008, p. 298).

De acordo com a Constituição somente o Poder Legislativo pode instituir tributos, pois o poder emana do povo (art. 1º, parágrafo único) e ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II).

Por aplicação do princípio da separação dos poderes, por exemplo, o Judiciário não pode conceder isenções em matéria tributária quando da decisão no caso em concreto. Sua ação se limita à jurisdição (declarar nulidade da norma), pois o exercício de uma função positiva é competência do Legislativo.³

O legislador, após a edição da Emenda Constitucional n. 26/2000 que alterou artigo 6º da Constituição e elevou a moradia ao patamar da educação e da saúde como direito social, precisa considerar este valor constitucional e aprovar leis que busquem a realização deste direito. Neste sentido, ensina Hans Kelsen que a “Constituição, que regula a produção de normas gerais, pode também determinar o conteúdo das futuras leis. E as Constituições positivas não raramente assim procedem ao prescrever ou ao excluir determinados conteúdos.” (KELSEN, 2009, p. 249).

Assim, é o legislador que tem o dever de captar na sociedade as demandas para positivá-las. Com isso, instrumentará o governo que, nos limites de lei, executará as políticas públicas em favor dos “donos do poder” – o povo. O Poder Judiciário somente será provocado quando houver conflito. Este equilíbrio de poderes afasta o autoritarismo. Neste sentido o Supremo Tribunal Federal já se posicionou:

³ Neste sentido a decisão da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 896, STF, tribunal Pleno, Relator: Ministro Moreira Alves, julgada em 03/11/93, DJ 16/02/96, p. 2997.

O sistema constitucional brasileiro, ao consagrar o princípio da limitação de poderes, teve por objetivo instituir modelo destinado a impedir a formação de instâncias hegemônicas de poder no âmbito do Estado, em ordem a neutralizar, no plano político-jurídico, a possibilidade de dominação institucional de qualquer dos Poderes da República sobre os demais órgãos da soberania nacional. (STF, DJU, 12 de maio de 2000. MS 23.452/RJ. Rel. Min. Celso de Mello)

O conteúdo de poder residente em cada esfera não é núcleo duro. Em que pese comporem-se de funções típicas – legislar, executar, julgar – podem ter enxertos atípicos. Por exemplo, a função atípica do Poder Executivo em legislar por Medida Provisória (art. 62, CF). O que se precisa evitar é o esvaziamento das funções de um Poder e a concentração de funções em um Poder (BARROSO, 2010, p. 175).

No caso de vincular a receita tributária, em percentuais preestabelecidos, para atender direitos sociais, não há esvaziamento, nem arbitrariedade. Há sim, mecanismo de garantia com vistas a atingir os objetivos da República, que é norte para os três poderes.

A separação dos poderes figura no parágrafo 4º do artigo 60, da Carta Republicana como uma das cláusulas pétreas, que não pode ser afetada por emenda que tenda a aboli-la. Em igual patamar constitucional encontra-se o direito à moradia (recorte específico deste artigo), como direito fundamental a ser efetivado por política pública continuada. Vincular receita tributária para produção de moradia viola a essência do princípio da separação dos poderes?

Neste ponto Luís Roberto Barroso afirma que se deve reconhecer a existência, no Texto Constitucional, de uma hierarquia axiológica, resultado da ordenação dos valores constitucionais, a ser utilizada sempre que se constatarem tensões que envolvam duas regras entre si, uma regra e um princípio ou dois princípios (BARROSO, 2004, p.203).

Pode-se afirmar que num momento de transição de governo absoluto para um governo democrático, deverá prevalecer o princípio da separação dos poderes. Mas, após a consolidação democrática, como no caso do Brasil, esta repartição de soberania cede passo à nova ótica que retira do papel de protagonista o poder do Estado e coloca em seu lugar a pessoa humana, sujeito de direitos.

Assim, a prevalência do princípio da separação dos poderes e seu rigorismo apresentaram-se naquele momento histórico de seu surgimento⁴ como um mecanismo de balanceamento do poder, reagindo à concentração que conduz a arbitrariedade. No atual estágio do Estado Democrático de Direito Brasileiro, importa mais, socialmente, efetivar os direitos sociais que discutir de onde emana o mandamento de garantia.

⁴ O Estado moderno foi concebido inicialmente dentro da esfera absolutista. A reação doutrinária ao absolutismo veio buscando a valorização do homem como sujeito de direitos. (...) Nascido como uma resposta a um Estado absoluto, o Estado de Direito tendeu a assumir uma forma exacerbadamente liberal, quase inerte, e pelas mesmas razões, transmutou-se em Estado Social de Direito. (SPAGNOL, 1994, p. 34)

Ao se conceber o princípio da separação dos poderes é um postulado fluido, maleável, relativo, variante de cultura para cultura, variante no tempo e no espaço, porque ancorado em conceitos indeterminados, pode-se concluir que ele vem perdendo sua força vinculativa. (OLIVEIRA, 2010, p. 335)

E, ademais, com a vinculação de percentuais de receita não há esvaziamento do Poder Executivo, apenas direcionamento para fins específicos, que constarão do orçamento público, devidamente chancelado pelo legislativo.

POLÍTICAS PÚBLICAS COMO OBRIGAÇÃO CONSTITUCIONAL

A previsão constitucional do direito à moradia como direito social fundamental vincula a execução de políticas públicas⁵ no sentido de efetivar este direito?

A partir de algumas linhas de interpretação constitucional pretende-se demonstrar a obrigatoriedade da eficácia social das normas constitucionais.

No período que antecedeu a Assembleia Constituinte de 1988, boa parte do debate constitucional brasileiro voltou-se para a efetividade das normas constitucionais, no sentido de garantir a eficácia social da norma. Ao longo da segunda metade da década de 90 o direito constitucional brasileiro iniciou sua reaproximação com a filosofia moral e com a filosofia política, e fundou a doutrina da efetividade constitucional que pode ser assim resumida: *todas as normas constitucionais são normas jurídicas dotadas de eficácia e veiculadoras de comandos imperativos* (BARROSO, 2010, p. 223).

Esta construção serviu-se de uma “metodologia positivista: direito constitucional é norma; e de um critério formal para estabelecer a exigibilidade de determinados direitos: se está na Constituição é para ser cumprido”. (BARROSO, 2010, p. 223/226)

Esta doutrina simboliza a aproximação do texto constitucional à realidade dos fatos. Ou seja, a Constituição existe para que existam de fato os direitos nela previstos. O caminho da efetividade encontra-se nos mecanismos de tutela e garantia dos direitos constantes do próprio texto constitucional.

Noutro momento histórico, em contraponto a posição de Ferdinand Lassalle que defendeu a idéia de que questões constitucionais não são questões jurídicas, mas sim questões políticas, Konrad Hesse defende a força normativa da Constituição. E afirma, a “Constituição contém uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado” (HESSE, 1991, p. 11).

Konrad Hesse defende que 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).

⁵ Política pública é o campo do conhecimento que busca, ao mesmo tempo, “colocar o governo em ação” e/ou analisar essa ação (variável independente) e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações (variável dependente). (SOUZA, 2006, p. 15)

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).

Ensina J.J. Canotilho (2003, p.1150) que a Constituição não tem mero valor declaratório ou programático, mas sendo uma lei, deve ser aplicada como tal. Assim, a Constituição não é um programa nas mãos do agente político, é uma ordem – a ordem constitucional. Compreendê-la de forma diversa implica enfraquecer sua essência e conseqüentemente violar princípios básicos com o republicano e o democrático.

Fábio Corrêa Souza de Oliveira adjetiva a Constituição como Dirigente afirmando 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. A diretividade identifica o projeto sócio-estatal basilar (OLIVEIRA, 2010, p.14).

Logo, a Constituição conduz o poder do Estado nos alinhamentos de seu texto. Nor-teia e limita o agir aos conteúdos que vincula. É ao mesmo tempo, Constituição substantiva, material, podendo ser qualificada como Constituição Compromissória, uma vez que comprometido o consenso no texto constitucional há obrigação dirigente (OLIVEIRA, 2010, p. 32).

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. 377).

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

A força dirigente que provém do fato de os direitos fundamentais requererem providências estatais explica a transição da clássica pretensão de omissão, direito de exigir que o Estado se abstenha de intervir, para proibição de omissão, direito de reivindicar que o Estado aja, seja ativo, na prossecução destes direitos. (CANOTILHO, 2001, p.365)

Tem-se como certo que se vulnera a imperatividade de uma norma de direito quando se deixa de fazer o que ela determina, ou seja, a Constituição é suscetível de descumprimento por omissão (BARROSO, 2004, p. 257).

Os direitos prestacionais quando não satisfeitos são afrontados pela inércia do Estado, infração que não é menos grave do que a perpetrada por uma medida que restringe excessivamente ou arbitrariamente um direito fundamental.

Estes vieses de interpretação constitucional permitem compreender melhor o Estado Democrático de Direito vigente no Brasil, pois uma visão estritamente positivista prejudica o papel central que os princípios desempenham no ordenamento jurídico brasileiro.

A PONDERAÇÃO COMO ALTERNATIVA

A Constituição alberga um grande número de normas enunciadas de modo aberto, que abrigam matrizes ideológicas antagônicas perceptíveis quando da incidência nos casos concretos e podem indicar soluções diametralmente opostas. “Inobstante, é certo que a Lei Fundamental constitui unidade. O princípio da unidade [...] impõe ao intérprete a tarefa, nem sempre trivial, de buscar a harmonia entre os ditames da Lei Maior, solucionando as situações de tensão que tendem a se deflagrar em seu seio.” (SARMENTO *in* TORRES, 2001, p. 37).

Robert Alexy afirma

La posibilidad de que surja una polémica como esta dificulta la creación de un orden de valores que contenga todos y solo aquellos valores que pueden ser relevantes desde el punto de vista de los derechos fundamentales, es decir, la creación de un orden de valores completo y cerrado. (ALEXY, 2008, p. 131)

Ou seja, não há um sistema fechado que hierarquize o direito prevalecente em caso de colisão de direitos fundamentais. Então, há necessidade de um sistema de ponderação.

Mesmo entre os direitos fundamentais não há prevalência absoluta de um direito sobre outro, o que possibilita que em casos práticos tenha-se uma colisão entre dois direitos, sendo necessário decidir sobre a prevalência de um sobre o outro no caso concreto. O aplicador deverá ponderar qual direito deve prevalecer naquele caso em concreto, sem anular a essência do direito em colisão.

Na busca de um fundamento para solucionar a colisão entre duas normas constitucionais (separação poderes x direito social fundamental) utiliza-se do método da ponderação, tendo em vista que os critérios clássicos (cronológico, hierárquico e de especialidade) não dão conta da resolução desse conflito entre normas de igual hierarquia, grau de especialidade e de mesmo âmbito espaço-temporal.

Ensina Daniel Sarmento que o método da ponderação é “a técnica de decisão que, sem perder de vista os aspectos normativos do problema, atribui especial relevância às suas dimensões fáticas” (SARMENTO *in* TORRES, 2001, p. 55).

Assim, a solução do conflito será casuística, não aritmética, mas lógica, assumindo importância ímpar o princípio da proporcionalidade, implícito constitucionalmente.

O princípio da proporcionalidade significa que, em hipótese de colidirem valores protegidos constitucionalmente o legislador pode motivadamente estabelecer graus de precedência de um direito ou de um princípio sobre o outro (GONÇALVES, 2006, p. 207).

Robert Alexy ensina:

Ese principio general es el principio de proporcionalidad, que consta de três subprincipios: los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Los tres principios expresan la idea de la optimización. Los derechos fundamentales, como principios, son mandatos de optimización. Como mandatos de optimización los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible en atención a las perspectivas fácticas y jurídicas. (ALEXY, 2010, p. 111)

O princípio da proporcionalidade é doutrinariamente dividido em três subprincípios: a) da adequação: exige que as medidas adotadas tenham aptidão para conduzir aos resultados almejados; b) da necessidade, impõe a opção pelo meio menos gravoso para atingir o fim almejado; c) proporcionalidade em sentido estrito, que preconiza a ponderação entre os efeitos positivos da norma e os ônus que ela acarreta aos seus destinatários.

Para conformar-se ao princípio da proporcionalidade, uma norma jurídica deverá, a um só tempo, “ser apta para os fins a que se destina, ser menos gravosa possível para que se logrem tais fins, e causar benefícios superiores às desvantagens que proporciona” (SARMENTO *in* TORRES, 2001, p.58).

A proporcionalidade impõe que os prejuízos devem ser proporcionais ou, melhor, devem ser justificados ou legitimados pelos benefícios trazidos. As vantagens devem superar as desvantagens (OLIVEIRA, 2010, p. 366).

A lei da ponderação é um subprincípio do princípio da proporcionalidade. Continua Robert Alexy:

Esta ley muestra que a ponderación se puede descomponer em três pasos. Em el primero se establece el grado de incumplimiento o menoscabo de un principio, luego, se comprueba la comprobación de la satisfacción del principio contrapuesto, y, finalmente, se determina si la importancia de la satisfacción del principio contrapuesto justifica la afectación o el incumplimiento del otro. (ALEXY, 2010, p. 112)

Rosângela Marina Luft (2005, p.61) advoga que existem “circunstâncias em que se deve fazer a ponderação das condições concretas e se definir uma hierarquia de valores.”

Luís Roberto Barroso cita uma decisão do Tribunal Federal Alemão no seguinte sentido: “os conflitos somente se podem resolver na medida em que se chega à conclusão de que disposição constitucional é a que tem maior peso para a questão que se vai decidir em concreto” (BARROSO, 2004, p.201).

A hierarquia dos valores na Constituição Brasileira está ditada por seus fundamentos, seus objetivos e direitos de seus cidadãos.

Registram Ubaldo Cesar Balthazar e André Zampieri Alves, que há certamente uma evolução humanística, voltada para a aplicação de princípios aparentemente esquecidos, como legalidade, equidade, igualdade, fraternidade, princípios estes relacionados, num campo específico da tributação com a razoabilidade e a proporcionalidade (BALTHAZAR; ALVES, 2004). O que leva a concluir por uma clara aproximação entre a utilização do tributo como mecanismo de realização dos motivos constitucionais.

EFICIÊNCIA - GARANTIA DE DESTINO DA RECEITA TRIBUTÁRIA PARA FINS CONSTITUCIONALMENTE PREVISTOS

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).

A ação do Poder Executivo, como atividade administrativa, há de ser precedida pela legislativa e nesta encontra o “próprio guia, o próprio fundamento e o próprio limite” (ATALIBA, 2007, p. 23). O legislador se limita à enunciação abstrata da norma. A concretização ulterior da norma é confiada à autoridade administrativa, que é vinculada pela lei e não pode desrespeitá-la. 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. Geraldo Ataliba, ao comentar Kelsen, conclui: “à circunstância de um órgão dever observar ou respeitar normas emanadas de outro corresponde, rigorosamente ao *ruleoflaw*, que encontra a plenitude de suas virtudes na república-representativa” (ATALIBA, 2007, p. 34).

O governo das leis é um Estado de direito no qual se expressa a supremacia do direito e a superação do arbítrio. Onde há lei escrita não pode haver arbítrio, pois há vinculação. Sob a égide do primado da lei o cidadão se protege do arbítrio do mau governante e controla o governo, que é ritualizado pelo direito positivo (ZOLO, 2006, p. 36).

Aristóteles manifestou-se favorável ao primado da lei sobre o primado dos homens, pois aquela é irretorquível e a alma humana é subordinada às paixões (ARISTÓTELES, 2001, p. 108). O governo dos homens se apresenta de uma forma rudimentar através da figura do soberano-pai que exerce o poder não à base de normas preestabelecidas e mediante normas abstratas e gerais, mas à base da sabedoria e mediante disposições dadas caso a caso, segundo as necessidades e carências, das quais apenas ele é intérprete autorizado (BOBBIO, 2000, p. 177).

Na atualidade, o governo dos homens se traduz num clientelismo. Produz a impressão que os benefícios sociais são decorrentes da boa vontade do pai-soberano a quem os súditos devem eterno agradecimento.

Norberto Bobbio prefere, sem hesitação, o governo das leis ao governo dos homens, pois aquele celebra o triunfo da democracia. Defende o autor que um bom governo se faz com boas leis (BOBBIO, 2000, p. 178/185).

Não obstante, a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, democraticamente por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo (DANTAS, 2010, p. 26).

Alberto Nogueira é providencial ao citar Friedrich Hayek quando escreve: “o principal instrumento de mudança deliberada na sociedade moderna é a legislação - a invenção humana de mais pesadas conseqüências, seus efeitos são mais poderes que a invenção do fogo e da pólvora” (NOGUEIRA, 1997, p. 398).

Para lidar com o problema do abuso do poder, a criação de regras e salvaguardas constitucionais impondo limites para a margem de decisão e ação discricionária dos governantes de forma alguma prescinde de um generoso insumo de moralidade política (FONSECA, 1993, p. 148). Todavia, como no Brasil a moralidade política não tem dado a graça da presença constante, o agir do governo precisa, ainda mais, estar vinculado à lei.

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

Ensina Onofre Alves Batista Júnior (2004, p. 231) que o fundamento do poder de tributar está exatamente no “fato de este ser a abstrata e genérica contraface da atividade prestacional do Estado, no sentido de proporcionar o bem comum”. Acompanhando as lições do autor pode-se afirmar que o Estado social tributário de direito é um estado eficiente, que arrecada daqueles que tem capacidade contributiva para prestar serviços públicos conforme necessidade social.

Afirma Jorge de Oliveira Vargas (2012, p. 813) que o Estado só tem legitimidade para tributar em razão de sua função de eficiente prestador de serviços.

Assim, a finalidade maior da tributação é o custeio dos gastos advindos da implementação pelo Estado dos seus fins constitucionalmente previstos (SPAGNOL, 2004, p. 23). De modo que a ação do poder executivo é eficiente quando aplica a receita pública conforme ditames constitucionais.

O justo gasto do tributo arrecadado é corolário do princípio da eficiência previsto no artigo 37 da Constituição Federal. Jorge Oliveira Vargas (2012, p. 820) apresenta a destinação adequada da receita tributária como um limite material do princípio da eficiência.

Para garantir o direito social de moradia, um caminho constitucionalmente chance-lado é a vinculação da ação do administrador (Executivo) à lei⁶ (Legislativo) pela obrigatoriedade de aplicar recursos para produção de moradia – eleita pela vontade soberana como direito fundamental.

Garantir moradia é garantia de vida, de igualdade, de dignidade. Este agir direcio-nado à consecução do direito social fundamental de moradia é dever do governo.

CONCLUSÃO

Há um desafio que precisa ser enfrentado visando transformar o direito à moradia dos textos legais num pertence de vida digna de todos os brasileiros.

Coexistem demanda por moradia e recursos públicos. Necessário encontrar meca-nismos que conectem a necessidade à solução.

Acredita-se que a justiça social se alcançará tendo a vinculação da receita tributária a políticas públicas continuadas de produção social de moradia.

A mitigação do princípio da não vinculação, como ocorreu com a Emenda Cons-titucional 42/2003, demonstra que não há vedação rígida no texto constitucional quanto à possibilidade de vincular receita tributária.

O princípio da separação dos poderes quando em colisão com a vinculação da re-ceita, por ponderação, cede passo quando se tem como linha mestra a eficiente aplicação da receita tributária para os destinos constitucionalmente previstos, como é o caso da moradia.

A vinculação da receita tributária se fundamenta na eficiência da ação pública quan-do condiciona a aplicação da receita tributária ao desejo constitucional, dificultando assim, o desvio de recursos públicos.

Indicar novas vinculações é projetar o novo, com continuidade. Infelizmente no Brasil a política habitacional sempre foi estanque, como resposta a períodos ou vontades individuais de governantes. Um cenário possível de ser mudado pela aspiração política de cumprir avontadeda Constituição.

REFERÊNCIAS

ALTOÉ, Marcelo Martins. *Direito versus dever tributário*. Colisão de direitos fundamentais. Temas fundamentais de Direito v.9. Coord. José Roberto dos Santos Bedaque e José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

ALEXY, Robert. Derechosfundamentales, podenracion y racionalidad? *inEl canonneocons-titucional*. Miguel Carbonell, Leonardo Garcia Jaramillo. Madrid: EditorialTrotta, 2010. p. 106-116

⁶ Ensina Peces-Barba (2007, p.95) que a lei precisa desenvolver o direito social, indicando o meio de eficácia, em respeito à tripartição dos poderes.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido. 2ª Edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2008

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 4ª. Ed. Brasília, UnB, 2001.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2ª.ed.atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. 3ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7ª.ed. rev.compl. à luz da Constituição de 1988 até a Emenda Constitucional n. 10/1996. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BALTHAZAR, Ubaldo Cesar; ALVES, André Zampieri. *A resistência ao pagamento de tributos no Brasil*. Uma breve análise histórica e humanísticas. in www.fiscosoft.com.br. Publicado em 24/06/2004. Acesso em 30/08/2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6ª.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 7ª.ed. rev. e ampl. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

_____. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação Celso Lafer. Nova Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 4ª impressão.

BRASIL. *Códigos tributário, processo civil e constituição federal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2ªed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7ªed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

DANTAS, Alexandre Fernandes. *Justiça Social: sociedade com pluralismo de fundamentações* in Revista de Direito Social n. 37 Notadez. Jan-mar./2010, p. 11-36

- FONSECA, Eduardo Giannetti da. *Vícios privados benefícios públicos?: A ética na riqueza das nações*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.
- GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. *Direitos fundamentais sociais – releitura de uma constituição dirigente*. Curitiba: Juruá, 2006.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1991.
- HIERRO, Liborio L. *Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy*. In ALEXY, Robert. *Derechos sociales y ponderación*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007, p.163-222
- INÁCIO, Gilson Luiz. *Direito social à moradia & a efetividade do processo – contratos do sistema financeiro de habitação*. Curitiba: Juruá Editora, 2002
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Batista Machado. 8ª Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.
- LUFT, Rosângela Marina. *Regularização Fundiária: superação de mitos e assimilação de premissas*. Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico. V.1 (ago./set.2005) v25 (ago./set.2009) – Porto Alegre: Magister, 2005, p. 48-67
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. *O direito de defesa implodido*. 31 jan.2005. Disponível www.academus.pro.br/professor/ivesgandra/artigosimplodido.htm. Acesso em: 16 maio 2008.
- NOGUEIRA, Alberto. *A reconstrução dos direitos humanos da tributação*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- OLIVEIRA, Fabio Corrêa Souza de. *Morte & vida da Constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.
- PECES-BARBA MARTINÉZ, Gregorio; LIESA, Carlos R. Fernández; CASCÓN, Ángel Llamas. *Textos básicos de Derechos Humanos: conestudios generales y especiales y comentarios a cada texto nacional e internacional*. Elcano: Editorial Aranzadi, 2001
- PECES-BARBA, Gregório. *Reflexiones sobre los derechos sociales*. In ALEXY, Robert. *Derechos sociales y ponderación*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007, p. 85-101.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2001.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia*. In Revista de Direito do Consumidor, n. 46, p. 193-244, abr/jun.2003
- SEN, Amartya Sen. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. Revisão técnica Ricardo Doniselli Mendes. 5ª impressão. São Paulo: Companhia da Letras, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 28. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes. *Direito à moradia e de habitação – Análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

SOUZA, Celina. *Políticas Públicas: uma revisão de literatura*. In: *Sociologias*, Porto Alegre, ano 8, nº 16, jul/dez 2006, p. 20-45. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16>, acesso em 30 de outubro de 2013.

SPAGNOL, Werther Botelho. *Da tributação e sua destinação*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

_____. *Curso de direito tributário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

TORRES, Ricardo Lobo (org.) *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ªed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2001

VARGAS, Jorge de Oliveira. *Princípio da eficiência em matéria tributária*. Artigos selecionados em homenagem aos 40 anos do Centro de Extensão Universitária. Ives Gandra da Silva Martins, organizador. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: Instituto Internacional de Ciências Sociais, 2012. (Coleção de direito tributário; v. 2)

ZOLO, Danilo. *Teoria e crítica do Estado de Direito*. in *O Estado de Direito. História, teoria, crítica*. Pietro Costa e Danilo Zolo (orgs.) São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.03-94
<http://www.receita.fazenda.gov.br/publico/estudoTributarios/estatisticas/CTB2012.pdf>