“A CLAREZA DAS REGRAS JURÍDICAS E O EXERCÍCIO DA LIBERDADE”

Entrevista com Sonia Rabello * - “Prisma Jurídico”, v. 5, pp. 19-42, 2007.

Prisma Jurídico – A revista Prisma Jurídico deste ano tem como tema principal as fontes e os modelos do Direito. É interessante lembrar que o Direito muitas vezes usa fontes que não são jurídicas. Em áreas em que a professora é especialista, como Direito Administrativo e Direito Urbanístico e do Patrimônio Histórico, é muito claro ver isso.

Sonia Rabello – Isso é muito interessante. Partimos do princípio de que o Direito, para ser aplicado, precisa ser claro; se isso não ocorrer, não será possível sua “leitura” pela sociedade. Se a sociedade não conseguir fazer a leitura do Direito, não haverá a legitimação das suas fontes. O Direito se constrói pela transformação de algumas regras sociais em normas sancionáveis e exigíveis pelo Estado. É a boa articulação dessas regras, seja do ponto de vista hierárquico, seja de ponto de vista da correlação entre elas, que formará um sistema ajustado; só assim o cidadão poderá ter uma percepção nítida das normas, para poder cumpri-las. No entanto, o Direito brasileiro, muitas vezes, busca sua norma no Direito estrangeiro. Contudo, essa norma, supõe-se, retrata um valor, um costume do estrangeiro; e, por isso, estará em correlação com o outro sistema, com o outro Direito, e não com o nosso. Isso acontece frequentemente no Direito Administrativo.

A nossa fonte normativa substantiva é a do Direito francês. Entretanto, mesmo nesse, o Administrativo já é uma exceção, já que os demais ramos jurídicos não só na França, mas também no “restante” do continente europeu são codificados. Quando falamos em codificação, em Código Civil, por exemplo, estamos fazendo referência à organização das normas usando uma metodologia de estruturas que parte de definições de categorias mais amplas e genéricas para mais específicas, tal como acontece nas relações jurídicas obrigacionais, nas relações de família, no direito das coisas. E então se estrutura “aquele direito” num código.

O Direito Administrativo, ao contrário de outros ramos do Direito, não foi codificado; o que não quer dizer que não tenha boa parte de suas regras escritas em lei. Ele as tem, mas não a ponto de suas regras serem estruturadas e organizadas num código. Não existe um

É permitida a cópia total ou parcial dos textos disponibilizados no website desde que citada a fonte.

código que primeiro defina ato administrativo, para depois correlacioná-lo com o contrato administrativo. É nesse sentido que ele fugiu ao método de formação dos outros ramos jurídicos do Direito continental europeu. Mas, como ele se formou? Como isso foi possível? O Direito Administrativo seguiu o método de formação de outro sistema jurídico: o do Direito anglo-saxão, formado com base nas decisões pretorianas. As categorias jurídicas foram construídas a partir dessas decisões judiciais, que se estruturaram e se correlacionaram, formando os respectivos princípios. Isso só foi possível no Direito francês devido ao fato de Napoleão III ter criado o Conselho de Estado, órgão jurisdicional específico para julgar os litígios que envolvessem as relações de Direito Público. Esse Conselho construiu toda uma lógica a partir da prática pretoriana, que foi consagrando as regras jurídicas substantivas e as fontes do Direito Administrativo francês. Foi o Conselho de Estado que formulou, por assim dizer, o conceito da responsabilidade civil do poder público, diferenciado daquele do Direito comum; a partir daí, todo o Direito Administrativo passou a ser construído pelas suas decisões.

Na França, por exemplo, é comum comprar e consultar livros de jurisprudência do Conselho de Estado porque, do ponto de vista prático, equivale, em importância, a consultar a jurisprudência dos tribunais nos Estados Unidos. Some-se a isso o fato de a jurisprudência ser fonte de formação daquele Direito, de os Tribunais se preocuparem não só em explicitar o resultado da decisão, mas também as razões de decidir, já que estas se vinculam aos seus pressupostos lógicos.

Então, o que aconteceu na formação do Direito Administrativo brasileiro? Nós adotamos o Direito substantivo francês, seus conceitos, suas categorias, mas sem um contencioso administrativo que lhe confira sustentação, coerência lógica e sistêmica. Portanto, como diria Rivero[i], adotamos uma norma “sem raiz”, ou seja, colhemos a planta, mas a plantamos sem sua raiz. Trouxemos os conceitos, como o de ato administrativo, o poder de polícia e outros que vão se justapondo de forma confusa e pouco estruturada, em razão de não termos, aqui, o órgão sistematizador desse Direito. Não trouxemos, quando adotamos as normas substantivas, o modelo dos tribunais administrativos especializados que o gerou. E o mais grave é que o nosso Direito Público “organizacional” foi formatado com base em um modelo não europeu: no modelo americano, que tem, fundamentalmente, uma organização federativa e republicana, e de um Judiciário unificado. Veja, implantamos na administração pública organizada em moldes americanos, um Direito substantivo francês sem trazer da França, também, a estrutura formal que viabilizou esse Direito. Por esse motivo, para responder à sua pergunta, quando falamos em fonte [substantiva] de Direito, não podemos destacá-la do sistema em que está inserida. Além disso, não é possível dissociar a fonte do

É permitida a cópia total ou parcial dos textos disponibilizados no website desde que citada a fonte.

Direito da cultura que a gera, nem desvinculá-la No entanto, não basta fazer referência apenas à cultura que a gera, ao costume, ao “more”; não se pode também destacar a norma do sistema formal que assegura a lógica de sua operacionalidade. Contudo, não é nada incomum, no Brasil, destacar a norma substantiva de sua fonte, inserindo-a num contexto operativo completamente diverso daquele em que ela se situava. É o que acontece com o assunto das agências reguladoras, que, se analisarmos bem, não tem nada de substancialmente novo; mas, mais uma vez, a pretexto de “modernizarmos” a gestão dos interesses estatais, importamos um modelo operacional administrativo americano. Isso, como disse, ocorre muito sistematicamente no Direito brasileiro: o pouco cuidado em adotar normas e modelos estrangeiros sem prever o impacto que isso possa ter na nossa cultura jurídica, e sem observar a legitimidade dessas fontes normativas e de sua eficácia social. Não é habitual buscar-se o Direito brasileiro no Brasil, pois ele não se miscigenou com as nossas raízes culturais; estamos sempre importando não só as normas, mas também seus fundamentos filosóficos de algum país europeu, ou dos EUA.

Temos um Direito desligado da nossa própria antropología jurídica. Além disso, tomamos pouco cuidado com a questão da inserção dessa norma em uma coerência de funcionalidade sistêmica. Nesse sentido, nossas fontes se tornam muito pouco consistentes, enquanto sistema, além de pouco congruentes com os costumes advindos de todas as nossas raízes étnicas. Essa não é uma visão de Direito ao alcance da população. Logo, não pode ser também uma visão legítima um estado democrático de direito.

PJ – A professora tratou de vários aspectos: fontes materiais, fontes históricas, fontes formais (...). Ligado a essas questões, parece que temos um problema na própria produção estatal de normas. Temos um Legislativo que legisla pouco, e muitos projetos de lei são, na verdade, traduções de leis estrangeiras, como foi o caso da Lei de Responsabilidade Fiscal. Esse tema dos transplantes legais, que a professora já havia abordado em um estudo apresentado, em 1998, na Conferência do Fundo das Nações Unidas para as Mulheres (Unifem), em Ruanda[2],, diz respeito à eficácia social do Direito importado. E há outro problema também relativo à decisão sobre os conceitos de outras disciplinas. Não é possível aplicar o Direito Ambiental sem conhecer sobre o que trata a ecologia. Não se pode aplicar Direito Urbanístico sem conhecer o urbanismo. No seu sentir, o Judiciário brasileiro tem dificuldade de aplicar essas normas?

É permitida a cópia total ou parcial dos textos disponibilizados no website desde que citada a fonte.

SR – Você mencionou vários aspectos concernentes a fontes. Vou tentar abordar cada um deles. O primeiro seria afirmar que, para que haja dominação econômica, é preciso que haja dominação jurídica. A dominação econômica não prescinde da importação de seus padrões ideológicos, cujo ponto central é a importação da norma estrangeira, e hoje, do "padrão" normativo internacional.

Na África, assim como no Brasil, absorveu-se, por exemplo, o conceito de propriedade advindo dos países economicamente dominantes. A dominação econômica só ocorre se o país se deixa dominar, inicialmente, pelos padrões jurídicos do dominante. A globalização econômica só ocorre com a dominação jurídica. Você importa os padrões do outro, e passa a "jogar" e a julgar, segundo aquelas regras.

O segundo ponto se refere à produção de regras no Brasil. Temos uma diversidade cultural muito grande, resultado de inúmeros fatores, entre os quais o fato de o país ter dimensões quase continentais; no entanto, a tendência do nosso pensamento ainda é culturalmente dominada por um sentimento, por uma cultura unitária e monárquica.

Fazemos eleições e, a cada uma delas, temos a sensação de que estamos elegendo um novo César, um novo rei. Creio que ainda não deixamos de ter um pensamento profundamente monárquico. "É o rei que nos salvará". Quando elegemos o presidente da República, temos a expectativa que de ele irá resolver todos os nossos problemas. Possuímos um sentimento não só monárquico, mas também unitário, embora se diga que estejamos numa federação. Diante disso, não há como respeitarmos nossas diversidades! Poder ser que não seja só o legislador federal que legisle mal (...). Certo é que, praticamente, ignoramos as competências legislativas estaduais; o legislador estadual legisla muito pouco. Para mim, o legislador federal não deveria mesmo legislar muito num país federativo com tamanha diversidade cultural. Além disso, muitas partes do Código Civil poderiam ser "regionalizadas", tais como a parte de obrigações, do comércio, e até de família e sucessões. E isso não acontece porque, simplesmente, não nos portamos como uma federação.

A regionalização foi intensificada no Brasil pela Constituição Federal de 1988, mas continuamos a não dar muita atenção aos legisladores estaduais. A Constituição Federal permitiu que os estados, por exemplo, suplementassem as normas federais em muitas áreas de atuação como a do Direito Econômico, campo em que os estados nada fazem; ou mesmo no campo do Direito Urbanístico ou, no Tributário, em que os estados só fazem repetir o Código Tributário Nacional e regular seus próprios tributos. Os estados sumiram na

É permitida a cópia total ou parcial dos textos disponibilizados no website desde que citada a fonte.

Federação; é como se, após a Constituição de 88, só houvesse Municípios e a União. Por isso é que digo que, nesse sentido, não respeitamos os costumes e as peculiaridades regionais. Temos a impressão de que o Brasil é só aquilo que está na cabeça do presidente da República ou o que está sendo retratado pelas redes de televisão, que são nacionais.Um Brasil unificado por redes de tevê e que dá uma aparência de unidade total. Esse sentimento, de que é possível absorver toda a realidade nacional na figura do presidente da República e na competência da União Federal é repetido, também, na estrutura do Judiciário.

Existe uma crença, ou um sentimento, de que aqueles onze magistrados no Supremo Tribunal Federal (STF), saberão resolver os cem mil processos que recebem; de que eles darão conta de destrinchar, satisfatoriamente, todas as questões jurídicas que lhe são postas em nome da Constituição. Como hoje quase tudo é tido como matéria constitucional, as causas são inumeráveis.

Imagino que os próprios ministros devam se sentir angustiados em julgar causas com tanta diversidade, sabendo de suas reais limitações temporais e materiais; e aí eu incluo a impossibilidade de conhecer não só o Direito, mas também as matérias não-jurídicas, que hoje envolvem qualquer grande discussão posta em Juízo. Sim, porque hoje, para se julgar com eficiência uma questão, a dificuldade não se resume apenas em compreender a regra jurídica; é preciso entender, e saber, o conteúdo não-jurídico que envolve a questão. Mesmo porque a maioria dos problemas que atualmente o Judiciário julga tem conteúdo não-jurídico. Por isso, acredito que, talvez, daqui a algumas décadas, com o mundo se tornando cada vez mais complexo, quem julgará serão os não-juristas.

Isso já acontece, de certa forma, em alguns órgãos judicantes, nos Estados Unidos, que não fazem parte do Judiciário, mas são administrativos: eles têm funções quase judiciais, pois julgam o mérito da controvérsia, e o juiz (togado) não pode intervir nesse mérito, que é técnico; ele pode verificar apenas se os procedimentos que conduzem à decisão foram cumpridos. Tanto que, por lá, o Direito Administrativo é concebido como um Direito processual, pois regula o procedimento que a administração legalmente deve ter para chegar a uma decisão administrativa; isso porque, embora a decisão produza efeitos jurídicos, ela é metajurídica. Por essa razão, os profissionais do Direito só podem controlar a forma pela qual se chega àquela decisão, uma vez que não têm formação para controlar seu conteúdo, seu mérito.

É permitida a cópia total ou parcial dos textos disponibilizados no website desde que citada a fonte.

Acredito que essa noção vai contaminar o modelo de organização do Estado, no que concerne ao Judiciário. Hoje é impossível pensar que um juiz de menores possa ser o juiz formado em Direito, É necessário que o profissional, que analisa e toma decisões neste campo, tenha formação e, de preferência, seja um profissional da área da Psicologia, ou da Assistência Social. Ele não prescindirá, evidentemente, do profissional da área jurídica. Assim, um assistirá o outro, ou integrará o grupo de julgadores, que poderá ser presidido por alguém da área do Direito. O sujeito da área jurídica, porém, não deve ter a decisão final solitária, ou preponderante. É possível que esse modelo encontre resistências, uma vez que pode significar, para alguns, uma forma de perda de poder. A defesa desse modelo não é um disparate qualquer. Quero mencionar o Tribunal do Júri, que julga, talvez, o mais importante entre os direitos individuais – o direito à vida. E seus juízes são cidadãos “leigos". É quase a mesma concepção; quer dizer, não é uma idéia tão alheia ao nosso sistema.

PJ – Mas o júri é importado, de origem anglo-saxônica.

SR – O júri, sim, mas a decisão comunitária, não. Nossas raízes tribais não a excluíam. Contudo, o que pretendo demonstrar com o exemplo é que, em um procedimento tão importante, em que se julga a maior agressão ao direito à vida, os julgadores são pessoas não-juristas, ou seja, não têm nenhum conhecimento jurídico. São eles que vão dizer se o sujeito é culpado ou não. Ao juiz cabe apenas dizer a pena. O nosso sistema admite e resguarda esse procedimento há mais de um século; por isso, creio já se ter incorporado à nossa cultura, se é que não fazia parte dela, com outro nome. Agora, em coisas muito menos importantes em termos de direito individual, como o preço da desapropriação, a decisão é do juiz de Direito, e só dele. Embora nesse procedimento haja um perito judicial, o juiz pode, a rigor, desprezar seu laudo. Observe-se que o perito em causas de desapropriação é um técnico que, pela forma como é escolhido, muitas vezes, nem perito mesmo é em matéria de preço. Nesse caso, seria importante que se formasse um grupo de pessoas, de avaliadores, como já houve no Direito brasileiro, e caberia ao juiz apenas verificar se os procedimentos corretos foram seguidos.

O juiz não deve dar uma sentença de preço se ele não entende de economia fundiária. Como analisará se o preço está correto ou não? E, nesse sentido, há vários exemplos no Direito falimentar, no empresarial (...). Agora mesmo, no caso da Varig, quanto o juiz singular deve ter penado para analisar todos os elementos econômicos, contratuais, de empresa, uma vez que não teve formação adequada para tanto? Na verdade, ele deveria ter um comitê técnico de economistas, contadores e administradores para fazer um julgamento da situação daquela empresa; O juiz presidiria apenas o processo decisório. Esse, penso

É permitida a cópia total ou parcial dos textos disponibilizados no website desde que citada a fonte.

eu, será o futuro do Judiciário. Os juízes, de fato, virão de áreas técnicas da sociedade e, por isso, não haverá mais como pensar que o juiz, formado em Direito, possa dar conta do conteúdo técnico que envolve uma disputa, pelo fato de ele não ser técnico daquela área. O futuro, talvez um pouco mais distante, em médio prazo, será este, o Judiciário composto de pessoas especialistas tanto em lei quanto nas áreas técnicas, cada qual com um papel específico no processo. Assim, a norma jurídica terá uma eficácia muito maior na realidade social. E uma integração democrática substantiva, porque hoje as pessoas, mesmo as da chamada elite do conhecimento, não compreendem o que acontece no processo judicial e, por isso, estão completamente alienadas de uma das formas de poder mais importantes da sociedade e da política.

PJ – Trata-se de uma questão política importante: essa idéia vai de encontro a vários pressupostos da cultura jurídica brasileira, de tratar os profissionais do Direito como elite, iluminados que devem traçar os destinos da nação. No início do século passado, por exemplo, Pontes de Miranda dizia que legislar não deve ser uma função para um parlamento eleito pelo povo, nem para o povo, mas para os cientistas do Direito. Em razão disso, a verdadeira lei deveria ser aristocrática, e não democrática. Esse pensamento continua com outros autores, a exemplo de Oliveira Viana. Então, essa idéia sobre solução de controvérsias, que daria mais impulso, por exemplo, à arbitragem, foge à tradição da cultura jurídica brasileira. E a própria formação do advogado não é assim. A formação jurídica é de valorizar o tecnicismo jurídico, e não um diálogo interdisciplinar, ou transdisciplinar. E existe a questão de conferir mais autonomia à população em termos de direitos e deveres, o que é problemático no Brasil devido à falta de acesso à informação sobre esses direitos e deveres. Talvez não seja para médio prazo.

SR – Depende de nós, efetivamente, um compromisso com a Educação, que não deve ser apenas formal tradicional. Hoje, é mais importante educar as pessoas desde o 1º grau, para que elas aprendam suas obrigações e direitos. Considero que aprender Direito é mais importante do que aprender Física, na formação do cidadão em geral. O Direito deveria constar como disciplina obrigatória em todos os currículos das escolas. Somente conhecendo as regras do jogo, qual é o pacto, é que as pessoas estarão habilitadas a exercer suas prerrogativas de cidadão. Saber como e quando mudar esse pacto.

Se alguém desconhece qual o acordo social, como é que pode lutar para eleger um representante que tenha o compromisso de mudar a regra do jogo? É fundamental a mudança dessa visão; e ela só vai ocorrer desde que tenhamos o compromisso de educar para a democracia.

É permitida a cópia total ou parcial dos textos disponibilizados no website desde que citada a fonte.

O Estado de Direito deve ser vivenciado por todos os cidadãos, e não só pelos juristas. Aquela máxima de que ordem judicial não se discute, cumpre-se, está errada. Ordem judicial se cumpre, mas se discute muito e sempre: antes, durante e depois de prolatada. Cumpre-se porque se tem de cumprir, pois é essencial para ordem social. Quando o juiz apita numa partida de futebol, pode cometer pequenos erros, mas, se todos na platéia sabem as regras do jogo – o que é impedimento, gol contra –, o juiz será controlado por eles. Quando o juiz apita mal uma partida, todo mundo fica sabendo. E ninguém admite que o juiz possa chegar ao final da partida e dizer, "o jogo foi dois a um para o Fluminense contra o Grêmio, mas o Grêmio jogou muito mais; por isso, é razoável que eu o considere vencedor". A regra do jogo, independentemente de quem jogou melhor ou não, é a de que ganha quem fez mais gols. Justa ou injusta, não importa, foi a regra pactuada.

O justo é cumprir as regras do jogo com as quais o jogador se comprometeu ao entrar no campo. E, o juiz apita segundo as regras combinadas. Não é ele quem desempenha o papel de protagonista da partida; esse papel está reservado aos jogadores. A platéia, porque sabe a regra do jogo de futebol, controla o juiz. Mas isso não lhe tira a autoridade.

PJ – Isso lembra o princípio kantiano da publicidade como garantia do Direito, a esfera pública...

SR – A criação do Direito não é fruto do jurista. Ele o opera. Quem cria o Direito é a sociedade por meio de sua cultura. E custa crer que o jurista, ou o operador do Direito, seja a pessoa mais sensível ou com melhor formação para a apreensão dos valores sociais. Daí, a teoria da representatividade. Quando votamos, estamos escolhendo uma pessoa que, supostamente, representa nossos valores sociais. A reunião de todas aquelas pessoas representaria o predomínio dos valores, do pensamento da maioria. É claro que esse tipo de representação não se expressa diretamente, por conta da enorme influência exercida pelos meios de comunicação de massa. No entanto, pior seria se essa representação não existisse. A democracia não é perfeita, mas ainda não se descobriu nada melhor. E esses representantes é que fazem a lei, e não o jurista. Não se deve pensar que o jurista seja o "expert" em ética; ele é apenas um especialista em operar as regras do sistema de Direito. O advogado tem a função de auxiliar o cidadão, quando este quiser, na defesa de seus direitos e no exercício da sua cidadania. Por isso, acredito e reafirmo que, enquanto os próprios operadores do Direito não forem os primeiros a ter a hombridade de dizer que o acesso à Justiça é um direito básico, um princípio da democracia e, por isso, pode ser exercido diretamente por todo cidadão, não poderemos começar a falar de Estado de Direito. Por termos, em nossa Constituição – e é defendido pela maioria dos órgãos de

É permitida a cópia total ou parcial dos textos disponibilizados no website desde que citada a fonte.

classe dos advogados –, um dispositivo que praticamente veda ao cidadão o acesso direto à Justiça, senão por meio de um advogado, não podemos falar de um Estado de Direito! Continuamos a tratar o cidadão como se fosse um hipossuficiente. É por isso que ele não pode se dirigir diretamente ao juiz. Por que não saberia o que está falando.

Esta posição põe em dúvida a capacidade de o cidadão saber dos seus direitos, senão por meio de uma muleta, que seria o advogado. Essa é uma nódoa em nossa Constituição contra a cidadania. Nós, advogados, temos de nos preparar para exercer nossa profissão com um conhecimento mais amplo do que o leigo, para o exercício da cidadania. Devemos estar à disposição do cidadão, caso ele queira nos contratar como seu porta-voz. Porém, não só o conhecimento geral do Direito deve ser uma prerrogativa de todo cidadão, mas também seu acesso direto à Justiça. Mesmo porque se pressupõe que ninguém pode ignorar o Direito. Não podemos seguir com esse discurso que serve somente para manter nossa dominação e nosso mercado de trabalho. Penso que, nesse ponto, as comunidades indígenas são mais avançadas socialmente. Lá, todos sabem e compreendem as regras. Devemos nos mirar nesta nossa tradição cultural. Éramos índios e entendíamos tudo. Agora, nos dizemos civilizados e agimos como se o cidadão não entendesse nada de suas regras. Será porque apenas alguns privilegiados entendem?

PJ – Esse corporativismo da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), de que sem justiça não há honorários, sem honorários não há advogado, é um traço também de outras entidades de classe. O Conselho Federal de Medicina quer o monopólio das terapias alternativas, os jornalistas desejam manter sua reserva de mercado (contrária à Convenção Americana de Direitos Humanos). Isso faz parte de um problema maior da sociedade brasileira: a prevalência dos interesses corporativos sobre o bem comum.

SR – Exatamente. Nós, que criticamos tanto a sociedade norte-americana, não buscamos nela os bons exemplos. Os fundamentos da Constituição do estado democrático são a liberdade e o devido processo legal. Se há alguma restrição à liberdade, ela tem de ser previamente conhecida. A liberdade – salvo por um interesse público relevante – não deve ser cerceada. E isso pode ocorrer na regulamentação de uma profissão quando, em vez de se preocupar com o bem-estar do cidadão, se busca fazer uma reserva de mercado. Voltando ao ponto anterior, vemos que o Código Civil, feito por uma comissão de juristas, que se pretendia avançado, é, infelizmente, um atentado à liberdade, na parte de Direito de Família, por exemplo. Hoje, muita gente não sabe se está casada, porque o Código desprezou as manifestações de vontade, os costumes e regulamentou, segundo a cabeça de uns poucos, quando uma pessoa deve ser considerada casada. E assim, o Código

É permitida a cópia total ou parcial dos textos disponibilizados no website desde que citada a fonte.

pressupõe que há casamento, mesmo que alguém pense não estar casado. Não seria isso um atentado à liberdade? Qual o interesse? As regras seguem a tendência de considerar que os cidadãos não sabem decidir, e que precisam ser protegidos. Talvez por julgá-los ignorantes.! E quem disse que as pessoas não sabem o que estão fazendo? E que, eventualmente, se não sabem, é porque não lhes foi dada educação devida?

PJ – A professora falou das liberdades, e isso leva a outra questão: o problema das condições materiais para exercê-las, o que está ligado aos direitos sociais, ou seja, o direito à saúde, à educação, à moradia (…). Em relação ao direito à moradia, a professora escreveu um artigo que avalia o "Favela-Bairro" [3], de cuja implementação participou como procuradora-geral do Município. Nesse artigo, afirmou que a regularização fundiária era o setor mais falho do programa. Em artigo mais recente, sobre a questão [4], escreveu que ela só tem relação indireta com o direito à moradia, que estaria vinculada antes ao planejamento urbano. Poderia explicar melhor essa relação entre regularização e planejamento, levando em conta a presença de favelas, dos loteamentos irregulares e das ocupações nas cidades brasileiras?

SR – A resposta para isso está no que foi dito: é também um problema de acesso. Educação e Saúde são atividades que, embora possam ser desempenhadas pela iniciativa privada, são serviços públicos. Por isso, devem ser garantidas pelo Estado às pessoas. O mesmo não se pode dizer da produção de moradia, pois não se trata de um serviço público, mas de uma atividade econômica. Em razão dessa diferença fundamental, devemos, em primeiro lugar, desvincular a idéia de moradia da idéia de propriedade. Em muitas sociedades, se tem acesso à moradia vivendo a vida toda em imóvel alugado. E isso não é problema. Não por impossibilidade de comprar um imóvel, mas porque muitas vezes esta não é a melhor opção para o indivíduo. Pode ser que valha mais a pena ter o dinheiro aplicado e pagar aluguel do que comprar um imóvel. O aluguel pode dar ao indivíduo maior mobilidade espacial, caso necessite mudar de emprego, seja de um estado para outro ou mesmo no próprio estado. Se há farta oferta de moradia, a questão deve ser desvinculada da idéia de ser proprietário ou não do imóvel. Depois, se a produção de moradia não é um serviço público, ter acesso, ou não, a um imóvel urbano é, basicamente, um problema de redistribuição de renda, ou seja, por um lado há o problema de o mercado oferecer, de forma escassa, essa mercadoria, a habitação. Seja para aluguel, para compra, por outro, o que o mercado oferece alcança apenas a fatia de renda privilegiada. A maioria da população não tem renda suficiente para pagar pelo acesso a esse produto. Então, se o problema é esse, é preciso aumentar, consideravelmente, a oferta desse produto, o que faria baixar o

É permitida a cópia total ou parcial dos textos disponibilizados no website desde que citada a fonte.

seu preço e, concomitantemente, subir a renda dessa faixa da população de forma que elas pudessem pagar por esta necessidade básica: a moradia.

Com essas condições esse mercado poderia encontrar o equilíbrio. O desequilíbrio no mercado vem da escassez da oferta de moradia acessível, economicamente ao bolso da maioria da população urbana. E, isso é fruto da enorme desigualdade econômica do País. Se há um acerto na relação econômica entre oferta e procura, é possível atender à necessidade básica de moradia, independentemente de focar o problema na concentração ou desconcentração da propriedade urbana. É legalmente possível obrigar os proprietários, os detentores de terra e habitação, a oferecer essa mercadoria. Alguns estudos do Senado, há pouco tempo, mostraram que, em algumas cidades grandes, como Rio e São Paulo, existe um enorme número de imóveis fechados. Isso significa que é necessário que esses imóveis cumpram sua função social de moradia. Para isso, o proprietário não precisa perder a sua propriedade, mas disponibilizá-la pela locação, por exemplo, para essa função. Com isso, evidentemente, aumentaria a oferta de imóveis no mercado e o preço baixaria, e as pessoas que, hoje, não têm condições financeiras, poderiam morar nesses imóveis, evitando que sua única opção de moradia fosse a de favelas ou ocupações irregulares. A favelização acontece porque não há, no mercado, oferta de habitação compatível com a renda da maioria dos cidadãos. Nesse sentido, a política de regularização fundiária é apenas um paliativo, pois o Estado gasta sua energia na regularização de espaços urbanos irregulares, em vez de produzir mais habitação. Nesses locais, em geral, está tudo irregular, do traçado à falta de serviços públicos. Então, opta-se pelo caminho mais fácil, o do papel: envia-se um projeto para a Câmara e denomina-se o local de Zona de Especial Interesse Social (Zeis). Com isso, libera-se a área de atender aos padrões razoáveis de urbanização. Ora, isso não é regularização, não ocorreu, substancialmente, qualquer alteração na situação fática; tudo é apenas formal. Como nesse caso não foram mudados os padrões precários da moradia, nem se supriu a ausência de urbanização, entendo que tenha ocorrido uma “pseudo-regularização”. Com isso, mantêm-se a exclusão daqueles indivíduos do padrão que é considerado aceitável, de ocupação do espaço urbano. Por outro lado, existe a questão, sempre mencionada, da titulação. Fala-se até em regularizar títulos de posse! E o que seria isso, se a posse é um fato? Se um indivíduo tem posse, ela não necessita de regularização por ninguém! Toda posse é regular, salvo ser for violenta ou clandestina. No Brasil, não tem nada de ilícito. Aliás, ela foi o primeiro meio legítimo de deter terras. E a legislação brasileira continua protegendo a posse, inclusive por meio das ações de manutenção. Portanto, ela é um fato protegido por nosso Direito, e com efeitos jurídicos importantes: a posse legítima leva à aquisição da propriedade, por exemplo. Se ela é lícita,

É permitida a cópia total ou parcial dos textos disponibilizados no website desde que citada a fonte.

por que motivo se fala em regularizar? Nas favelas, o que é irregular é a forma como se ocupa o território, a forma de implantação das edificações, a falta de serviços públicos e a precariedade das próprias edificações. Para atenuar esse problema, o Estado precisa fazer o planejamento, intervir, remover algumas casas, fazer ruas, os acessos, colocar serviços públicos. Essa é a regularização possível de ser feita. O que deve ser ponderado, porém, é se não seria mais barato fazer essa implantação em outro lugar, porque no Rio de Janeiro, em áreas de muito aclive, dotar de serviços públicos essas regiões envolve um custo significativo, em termos de infraestrutura urbana. Essas áreas não foram edificadas regularmente e ocupadas pela população com recursos, pois lá não se podia construir e, portanto, não havia como ter o título dessas terras. Porém, esses lugares, no Rio, são privilegiados; tenho certeza de que, depois da sua regularização, o futuro é a expulsão gradual da população mais pobre. Esses locais serão ocupados por uma população de alta renda; a regularização valorizará a terra pela possibilidade da ocupação regular, o que poderá levar ao uso do solo como mercadoria e não como função de habitação. Além disso, a regularização envolve não só questões de padrão de urbanismo e qualidade de vida, mas também as de meio ambiente, interesses públicos que justificam a própria ação do Estado. O meio ambiente é um bem de todos – ricos e pobres. Não temos direito de abrir mão disso, pois estaremos correndo o risco de empobrecer toda a população, tirar dela o acesso a essa riqueza coletiva, a esse direito difuso. A população como um todo perderia. Nada justifica o sacrifício de um direito coletivo, para priorizar interesses individuais, ainda que socialmente relevantes e fundamentais.

PJ – A professora se refere a ocupações em área de preservação ambiental?

SR – Ou área de preservação cultural. Esses locais não pertencem apenas àquele pobre, mas também ao que não ocupou a área e ao resto da população. Nada justifica tirar da comunidade para dar a um pobre. Isso seria a última instância da exclusão, negar a todos para dar a uns, empobrecendo toda a sociedade. Esses direitos difusos se preservam porque não são apropriáveis. Os direitos coletivos difusos é que justificam os interesses individuais. Quando perdemos esses direitos, o individual perde o sentido, ele será consumido por si mesmo.

PJ – É curioso dizer isso, porque o reconhecimento de direitos coletivos ocorreu após o dos direitos individuais.

É permitida a cópia total ou parcial dos textos disponibilizados no website desde que citada a fonte.

SR – Não é bem verdade. Essa é uma visão restrita ao nosso momento histórico, mas se pensarmos que, em 1300, 1400...

PJ – Não existiam ainda.

SR – Não exatamente como hoje. Então, essa visão histórica é recente, dos séculos XIX e XX. No entanto, devemos atentar para o fato de que, em Portugal, com as sesmarias, já se exigia que a terra fosse produtiva, senão teria de ser devolvida à Coroa. Portanto, não é verdade que os direitos coletivos surgiram depois dos individuais; eles tinham outra roupagem e talvez não fossem tão destacados, tão falados e sistematizados. Isso é um ciclo. No último século, os direitos individuais foram extremamente exacerbados, e a tecnologia ajudou. Passaram a ameaçar dramaticamente os direitos coletivos. Por exemplo, o meio-ambiente, um interesse coletivo que não estava tão ameaçado antes do século XIX, nem salvaguardado pelo Direito da forma como se observa hoje, em razão do avanço tecnológico, encontra-se, agora, extremamente ameaçado. Os direitos individuais exacerbados passaram a ameaçar esses espaços coletivos, que antes não eram nem percebidos, objetivamente, como direito. Então, tudo tem um contexto histórico. Hoje, se esses direitos difusos não forem garantidos, acarretarão um empobrecimento de toda a sociedade, e isso vai afetar a propriedade, porque não haverá solo fértil, ar limpo...

PJ – Sobre aquele processo de expulsão da população pobre das áreas regularizadas, há o livro clássico da Lícia do Prado Valladares, “Passa-se uma casa” (1978). O mercado imobiliário levava a pessoa a passar adiante o imóvel regularizado e ir para outra periferia.

SR – Acredito que a ânsia de regularizar a Rocinha venha disso. No dia em que o mercado regular começar a entrar naquela área, pois a cobertura vegetal já se foi, ocorrerá a substituição dos pobres pelos abastados.

PJ – A Rocinha, perto do asfalto, não é uma favela de pobres, é de classe média. Os pobres moram no alto do morro.

SR – E lá existem também os exploradores do chão, da terra…

PJ – Os latifundiários urbanos.

É permitida a cópia total ou parcial dos textos disponibilizados no website desde que citada a fonte.

SR – O que o Estado deve fazer é um planejamento não só de ordenação, mas também de intervenção no mercado fundiário, que obrigue, por mecanismos jurídicos, a produção da atividade urbana e, sobretudo, a disponibilização da oferta de habitação. Isso caracteriza uma intervenção na função social de uso da propriedade.

PJ – E o Estatuto da Cidade (Lei n. 10 257/2001), com seus instrumentos, permite essa atuação do Estado?

SR – Não! Ele restringiu essa possibilidade. Na realidade, a Constituição é mais aberta, pois trata de imóvel não utilizado e subutilizado, e não edificado; contudo, o Estatuto da Cidade reduziu essa possibilidade porque ele somente se refere ao imóvel que não alcançou o índice de aproveitamento construtivo. O Estatuto tratou, exclusivamente, da construção, mas não da utilização. Não há, ali, previsão de qualquer mecanismo para que obrigue a ocupá-lo.

PJ – É a questão do uso…

SR – Sim. Enquanto a Constituição abriu possibilidades, o Estatuto da Cidade reduziu. Ele não aproveitou o avanço das disposições constitucionais que possibilitariam maior oferta de habitação no mercado. Não se trata só de produzir a construção, mas de obrigar o seu oferecimento ao uso, seja por locação, seja por venda.

PJ – A Empresa Municipal de Informática e Planejamento (Iplanrio), naquele primeiro Anuário Estatístico, já mostrava que o número de domicílios vazios no Município do Rio de Janeiro era um pouco maior do que o de domicílios em áreas informais [5].

SR – O que significa que, se todo mundo ocupasse esses imóveis vazios, não haveria necessidade da existência de áreas informais.

PJ – É a especulação imobiliária.

SR – É. Mas num país em que se especula com tudo, por que só no imobiliário não se especular ? Ou não se especula nos juros, no dólar, na ação...

PJ – É a lógica do sistema.

SR – Sim! Quem não especula é tido por idiota. Até o governo especula. A rigor, se ele faz construções para habitação e alguém deixa de pagar, ele não poderia vender senão pelo preço de custo; no entanto, não é isso que acontece. Até a Caixa Econômica Federal (CEF)

É permitida a cópia total ou parcial dos textos disponibilizados no website desde que citada a fonte.

vende o imóvel incorporando a valorização. Então, ela também está especulando no mercado.

PJ – Agora, quero perguntar sobre o patrimônio cultural. A professora foi criadora e procuradora-chefe da Procuradoria do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN) e, mais recentemente, no governo Luís Inácio Lula da Silva, diretora do Departamento de Patrimônio Material. No Brasil, há muitos problemas de memória, de preservação da política cultural. Logo, não poderia deixar de ser um problema o direito ligado a esse campo. O livro que organizou, uma coletânea de legislação do patrimônio histórico e cultural, foi decorrente de um termo de ajustamento de conduta (TAC). Que termo foi esse?

SR – Esse foi um termo do qual não participei. Houve uma obra irregular e, como pagamento pelos danos dessa obra, o Ministério Público de Goiás fez com que o infrator se comprometesse a pagar a edição do livro.

PJ – Seu livro sobre tombamento foi um dos primeiros [6.]. Há um problema com o conhecimento dessa legislação. A professora já se pronunciou a respeito do reconhecimento pela sociedade, do valor da preservação do patrimônio cultural. Um exemplo disso é do juiz que não aplica o Decreto-lei nº 25 porque não sente que a preservação seja um valor tão importante que possa levá-lo a engendrar a sanção penal prevista na legislação. A professora acredita que essa percepção vem mudando?

SR – Sim. Aos poucos. Em razão de toda propaganda que há na mídia sobre a questão ambiental, as pessoas foram percebendo, mais diretamente, como esse tipo de dano diz respeito ao interesse coletivo, pois está vinculado não só à saúde, mas também à possibilidade de sobrevivência material. Se o ar fica muito poluído, as crianças começam a tossir. É fácil estabelecer essa correlação. Entretanto, isso não é suficiente para que a pessoa, no momento seguinte, não polua. Por isso, é importante saber que, para essas políticas darem certo, é preciso que as pessoas acreditem que existe um interesse que ultrapassa o de natureza material – e é igualmente importante, como a preservação do patrimônio, que, embora materializado na propriedade do outro, é resultado da produção cultural da nação. É necessário ligar esse interesse à questão de sua identidade como brasileiro, como cidadão: identificar-se naqueles símbolos e ter neles sua referência enquanto membro daquele grupo social. O dano àquelas referências significa um dano à sua identidade, regional ou nacional. Isso tem um grau de abstração significativamente maior do que o dano físico provocado contra a saúde. O prejuízo ao patrimônio cultural

É permitida a cópia total ou parcial dos textos disponibilizados no website desde que citada a fonte.

sempre tem uma dimensão imaterial que, por isso, é mais difícil de compreender e apreender. Perder a identidade é como ficar sem memória. Uma pessoa sem memória perde o referencial. Veja, nos filmes, como se manipula uma pessoa sem memória, e como fica mais suscetível a qualquer tipo de dominação. Entretanto, no contexto social, é difícil crer que isso seja verdadeiro. É aquilo a que nos referimos no começo. Um grupo social sem referência é um grupo sem identidade e, por isso, pode ser facilmente dominado. Nossas referências estão materializadas em coisas; por essa razão, devem ser preservadas. Elas materializam os símbolos da cidadania, do sentimento de pertencimento a um grupo social, o que é fundamental do ponto de vista antropológico. Qualquer sociedade deve cultivar suas referências para identificar-se como grupo. Os índios, por exemplo, fazem isso. Hoje, esse conflito se acirra, com a avassaladora substituição de símbolos. Mais do que nunca, a sociedade precisa, para estabelecer pactos jurídicos consistentes, sedimentar a preservação de sua cultura, sem a qual não se faz pacto social. Se não me identifico com você em nada, em nenhum valor, isso inviabiliza a própria cultura e o direito. Entender isso e valorizar esse fato é um processo educativo de sensibilidades. Trata-se de um dos valores difusos mais importantes, como meio ambiente. Existem poucos direitos difusos, e deles dependem os individuais. De que adianta o direito à vida se o ar está completamente poluído, se você não consegue viver em nenhum lugar porque o meio ambiente está completamente degradado ? Não adianta preservar os direitos individuais sem proteger os coletivos; por isso, a identidade cultural é um direito difuso. Sem identidade cultural, o indivíduo não pertence a nenhuma sociedade. Diz-se que este é um direito de quarta geração. Não que esses direitos tenham aparecido agora. O que ocorre é que mais recentemente foi feita, e sistematizada, uma leitura mais clara desses valores. Hoje, eles estão ameaçados, não só pelo avanço tecnológico em si mesmo, mas também porque este permitiu a explosão demográfica e a do crescimento econômico. Antes de haver essa substituição avassaladora de referências, as cidades eram mais ou menos preservadas. Hoje, a sociedade, para produzir, se autodestrói.

PJ – Isso é o capitalismo, Marx dizia que o sólido se desmancha no ar...

SR – Sim. A sociedade se expande ao mesmo tempo que se consome.

PJ – Além de ter sido advogada pública e atuado nas esferas de governo municipal, federal e estadual, de ser uma ativista do patrimônio histórico, também é professora e, consequentemente, contribui para a formação dos novos juristas. Pelo fato de a senhora ter tratado o tempo todo da ligação do Direito com as liberdades, pergunto-lhe, como fazer um ensino jurídico voltado para a liberdade?

É permitida a cópia total ou parcial dos textos disponibilizados no website desde que citada a fonte.

SR – A liberdade é um princípio de vida; por isso, não pode ser ensinada, ou melhor, ensina-se liberdade pela prática, em cada ato pessoal. No ensino jurídico, tenho uma diretriz pessoal: buscar, constantemente, compreensão e clareza das regras jurídicas, e não pensar que o que faço, no Direito, seja um ato de criação genial, para o meu enobrecimento. O Direito é o campo da humildade. Nele, se aprende a operar aquilo que é da sociedade, não é seu, não é do jurista. Nesse contexto, somos, apenas, humildes operadores. Trabalhar pela clareza das regras jurídicas é trabalhar para alcançar e praticar o exercício da liberdade, pois, só quando se sabe as regras do jogo, é que se torna possível conhecer qual é seu espaço de liberdade. E o ensino jurídico pode colaborar para a clareza dessas regras, jogando para escanteio tudo aquilo que pode representar o monopólio do conhecimento de uns ou de outros. Por isso, é fundamental no ensino jurídico, trabalhar pela apropriação coletiva, tão máxima quanto possível, das regras jurídicas que, sendo o mínimo ético de uma sociedade, constituem nosso grande pacto social. Essa é a garantia de nossa liberdade.

PJ – Muito obrigado.

*SONIA RABELLO é professora titular de Direito Administrativo e Direito Urbanístico nos cursos de graduação, mestrado e doutorado da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Uerj). Exerce também a função de conselheira no Conselho Estadual de Tombamento do Estado do Rio de Janeiro. É professora colaboradora do "Lincoln Institute of Land Policy" (Massachussets/EUA). Foi diretora do Departamento de Patrimônio Material e Fiscalização do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (Iphan), procuradora-geral do Município do Rio de Janeiro, procuradora chefe do Iphan e advogada chefe da Fundação de Desenvolvimento da Região Metropolitana do Rio de Janeiro. É representante brasileira no Comitê de Legislação e Administração do ICOMOS/UNESCO (International Committee of Monuments and Sites).

Notas:

1 Jean Rivero (1910-20 01), autor francês que se destacou no campo do Direito Administrativo e das liberdades públicas, foi professor emérito da Universidade Panthéon-Assas (Paris II).

É permitida a cópia total ou parcial dos textos disponibilizados no website desde que citada a fonte.

2 RABELLO, Sonia. Algumas formas diferentes de se pensar e de reconstruir o direito de propriedade e os direitos de posse nos “países novos". In: FER NANDES, E . (Org.) *Direito urbanístico e política urbana no Brasil. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p.77-100.*

3 RABELLO, Sonia. Favela-Bairro: Análise do programa e de seus aspectos funciários. *Revista de Administração Municipal. Rio de Janeiro: IBAM, ano 45, n. 223, p. 11-14,* jan./fev. 2000. Publicado em inglês como Favela-Bairro: A Brief Institutional Analysis of the Programme and its Land Aspects. In: DUR AND-LASSERVE, Alain; ROYSTON, Lauren. Hol ding their ground: Secure L and Tenure for the Urban Poor in Developing *Countries. London: Earthscan Publications, 2002. p. 151-163.*

4 RABELLO, Sonia . Habitação: direito e governança. Revista de Administração Pública. Rio de Janeiro, v. 35, p. 111-126, 2001.

5 Segundo dados de 1991, havia 243 410 domicílios particulares não ocupados, enquanto havia 239 678 domicílios em favelas (IPLANRIO. Anuário Estatístico 1992/1993. Rio de Janeiro, 1993, p. 290 e 296).

6 RABELLO, Sonia. O Estado na p reservação de bens culturais. R io de Janeiro: Renovar, 1991.

É permitida a cópia total ou parcial dos textos disponibilizados no website desde que citada a fonte.