

Quando o grafite é coberto de cinza

Solução de conflito à luz da teoria dos princípios de Humberto Ávila

EDUARDO ROCHA DIAS
HELOYSIA SIMONETTI TEIXEIRA

Resumo: A necessidade de ordenamento urbano, sem dúvida, é importante para as cidades, tendo merecido atenção da Constituição brasileira, em capítulo específico, haja vista estar inserida entre as formas de concretização do direito ao meio ambiente saudável. Por outro lado, o princípio da preservação do patrimônio cultural também está protegido constitucionalmente. Nesse contexto, o artigo tem como objetivo examinar a aplicação da teoria dos princípios defendida por Humberto Ávila para solução de um caso concreto ocorrido no município de São Paulo. Assim, a pesquisa investiga se o caso fático comportou duas decisões partindo de premissas que atribuíram valor (peso) diferente aos princípios envolvidos, de acordo com a avaliação subjetiva do julgador. A metodologia empregada para a elaboração do artigo é analítica e crítica, baseada no exame de textos doutrinários e decisões judiciais.

Palavras-chave: Direito ao meio ambiente saudável. Princípio da preservação do patrimônio cultural. Colisão. Teoria dos princípios.

When graffiti is covered by gray: conflict solution in the light of Humberto Ávila's principles theory

Abstract: The need for urban planning, undoubtedly, is important for the cities, and deserved attention of the Brazilian Constitution, in a specific chapter, since it is inserted among the forms of realization of the right to a healthy environment. In this context, the article aims to examine the application of the theory of principles defended by Humberto Ávila to solve the case that occurred in the city of São Paulo. Thus, the research investigate whether the case under discussion allowed two different decisions based on premises that assigned different values (weights) to the principles involved, according to the subjective evaluation by the

Recebido em 17/1/19
Aprovado em 26/2/19

judges. The methodology used in the research is analytical and critical, based upon analysis of literature and judicial decisions.

Keywords: Right to a healthy environment. Principle of preservation of cultural heritage. Collision. Theory of principles.

Introdução

O tema em pesquisa trata essencialmente da possibilidade de aplicação da teoria dos princípios de Humberto Ávila ao caso concreto verificado no município de São Paulo, quando o prefeito determinou a cobertura de painéis da arte grafite com tinta cinza, o que suscitou críticas e insur-gências de áreas especializadas e da imprensa nacional (GRILLO, 2017). A irresignação gerou ações judiciais que buscavam rever os atos da administração, entre as quais a Ação Popular nº 1003560-75.2017.8.26.0053 (SÃO PAULO, 2019), objeto desta investigação e ainda não sentenciada até o término deste estudo.

Na referida ação, movida contra o município e o prefeito, João Dória Junior, argumenta-se, em síntese, a ausência de estudos técnicos de competência exclusiva do Conselho Municipal de Preservação do Patrimônio Histórico, Cultural e Ambiental de São Paulo (Conpresp), ao qual competiria fixar as diretrizes relacionadas à remoção ou não de pinturas e/ou desenhos que caracterizem obras de grafite.

Conforme defende a peça inaugural, a atitude da municipalidade teria trazido danos merecedores de reparação, devendo os valores ser revertidos ao Fundo de Proteção do Patrimônio Cultural e Ambiental Paulistano (Funcap). Os autores pediram tutela de urgência para que os réus suspendessem toda e qualquer ordem ou serviço de remoção de pinturas, desenhos ou inscrições caligrafadas em locais públicos, enquanto não houvesse expedição de diretrizes para isso pelo Conpresp.

É importante pontuar que a análise a ser empreendida se baseará nas duas decisões judiciais exaradas. A de primeira instância, que concedeu a tutela de urgência, justificada pela proteção do patrimônio cultural composto pelos grafites, inscrições artísticas e murais espalhados pelos espaços urbanos públicos da cidade de São Paulo, determinou a imediata abstenção dos réus de removê-los sem prévia manifestação e diretrizes do Conpresp, tendo ainda o Conselho Municipal de Política Cultural imposto a multa diária de quinhentos mil reais, além de outras sanções, na hipótese de descumprimento. A de segunda instância, que reverteu a

decisão do juízo de piso, ao entender que “não é possível concluir pela necessidade de apreciação prévia por parte do CONPRESP acerca do cabimento das remoções dos grafites” (SÃO PAULO, 2017).

Nesse contexto, o presente estudo visa examinar, sob a óptica da teoria dos princípios de Humberto Ávila, os parâmetros utilizados nas decisões judiciais para identificar os direitos apontados como violados, em contraponto ao “direito de viver em uma cidade que respeita o espaço urbano, o patrimônio histórico e a integridade da arquitetura das edificações” (UMA SÃO PAULO..., [200-]), conforme argumenta o município.

Em busca do objetivo proposto e para maior clareza metodológica, o artigo está estruturado em três tópicos.

No primeiro, serão examinados o caso concreto e o conteúdo do Programa Cidade Limpa, sob a feição conferida pela administração do então prefeito da cidade de São Paulo, João Dória Junior, de acordo com as diretrizes dispostas na Lei Municipal nº 14.223 (SÃO PAULO, 2006b), de 26 de setembro de 2006, bem como o propósito da ação popular ajuizada.

No segundo tópico, serão abordados os princípios constitucionais em destaque. Inicialmente, far-se-á uma incursão nas generalidades dos princípios, para, em seguida, focalizar os princípios relacionados ao problema suscitado na referida ação popular: de um lado, o direito ao meio ambiente saudável, que se afunila na política de desenvolvimento urbano em seus dois objetivos constitucionais essenciais – a ordenação do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, consoante dispõe o Plano Diretor, e a garantia do bem-estar de seus habitantes; de outro lado, o princípio da preservação do patrimônio cultural, com estudo da expressa referência à interpretação do arcabouço teórico e axiológico intrínseco à Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) (BRASIL, [2017]).

Cotejando-se a argumentação da inicial e das decisões judiciais em questão, torna-se relevante, no terceiro tópico, penetrar na teoria defendida por Humberto Ávila, com o objetivo de identificar seus pilares, seu modo de aplicação e meios de solução de conflitos de princípios, haja vista a importância de se conhecer a base teórica para examinar a aplicabilidade ao caso sob análise. Passo seguinte, proceder-se-á ao cotejo da teoria com as decisões proferidas a fim de averiguar sua prescricionalidade ao caso concreto sob a perspectiva, essencialmente, do critério do conflito normativo, e verificar se é possível efetuar uma análise da racionalidade da argumentação desenvolvida para fazer prevalecer um direito sobre o outro.

A pesquisa, portanto, é analítica, crítica e de fundo qualitativo: funda-se essencialmente em uma análise das normas e das decisões judiciais referentes ao caso frente à teoria de Humberto Ávila.

1 O caso concreto: o Programa Cidade Limpa do município de São Paulo e a Ação Popular nº 1003560-75.2017.8.26.0053

Pelas informações colhidas no endereço eletrônico da Prefeitura de São Paulo, o Programa Cidade Limpa se originou da Lei nº 14.223, de 26 de setembro de 2006 (Lei Cidade Limpa), acrescida do Decreto regulamentador nº 47.950/2006 (SÃO PAULO, 2006a), com o objetivo de

recuperar certos direitos fundamentais da cidadania que haviam se perdido com o tempo. O direito de viver em uma cidade que respeita o espaço urbano, o patrimônio histórico e a integridade da arquitetura das edificações. O direito a um relacionamento mais livre e seguro com as áreas públicas. A Lei Cidade Limpa significa a supremacia do bem comum sobre qualquer interesse corporativo. Sua aplicação permitirá a São Paulo diminuir a poluição visual que há tantos anos prejudica nosso bem-estar e promover uma melhor gestão dos espaços que, por concessão pública, poderão ter mobiliário urbano com propaganda. Mais do que um texto com proibições, a lei é um meio para tornar São Paulo ao mesmo tempo mais estruturada e acolhedora (UMA SÃO PAULO..., [200-]).

As medidas adotadas pelo então prefeito João Dória no Programa Cidade Limpa teriam, pois, por objetivo a reorganização do espaço urbano público. Com esse propósito, determinou-se, entre outras medidas, a substituição de grafites, em regra de autoria de jovens da periferia da cidade de São Paulo, por pintura na cor cinza.

Não obstante e sem prejuízo do reconhecimento da existência de vozes em defesa das ações, o Programa foi alvo de exacerbadas críticas em relação a algumas das diretrizes e mesmo às ações das autoridades administrativas, por se entender que violaram o direito à livre expressão

artística e atingiram de morte o patrimônio cultural da cidade.

A iniciativa passou a ser interpretada por parcela da imprensa como uma “cruzada” contra a arte urbana, haja vista a cobertura com tinta cinza de áreas tradicionais que abrigavam as figuras de grafite, com destaque para os desenhos das pilastras do Minhocão – Elevado Presidente João Goulart (antigo Costa e Silva) – e os do corredor da Avenida 23 de Maio, considerados célebres e a maior obra a céu aberto da América Latina (GRILLO, 2017).

O caso alcançou a esfera judicial por meio da Ação Popular manejada por Allen Ferraud e outros (Processo nº 1003560-75.2017.8.26.0053).¹ Em sua decisão, o magistrado², de forma fundamentada, posicionou-se contrário às ações praticadas pela municipalidade por entender que o grafite compõe o patrimônio cultural, e determinou que o ente municipal se abstivesse de remover os murais e inscrições artísticas espalhados pelos espaços urbanos da cidade de São Paulo.

¹Tribunal de Justiça de São Paulo – Comarca de São Paulo – Foro Central – 12ª Vara de Fazenda Pública. Requerente: Allen Ferraud e outros. Requerido: Prefeitura Municipal de São Paulo e João Dória Junior. Juiz: Adriano Marcos Laroca. A ação questionou o fato de a prefeitura não ter consultado o Conselho Municipal de Preservação do Patrimônio Histórico, Cultural e Ambiental de São Paulo (Conpresp) antes da pintura sobre os grafites. Para os autores, o ato de Dória é ilegal por ir contra a proteção que o Estado deve dar às manifestações artísticas. Os autores pediram liminarmente a proibição imediata de novas pinturas sobre os grafites e, no mérito, a condenação solidária do prefeito e da administração municipal para que arquem com os danos causados pelo programa Cidade Limpa. Os prejuízos, para os autores, surgiram em virtude das pinturas em cinza de vários locais grafitados, que, a seu juízo, não observaram qualquer critério técnico. A consulta ao Conpresp é definida pela Lei Municipal nº 10.032/1985. No artigo 2º, o inciso IV define como uma das atribuições do Conselho a “preservação e valorização da paisagem, ambientes e espaços ecológicos importantes” da cidade (SÃO PAULO, 1985).

²O magistrado, Adriano Marcos Laroca, consignou em sua decisão: “A nova orientação administrativa na organização do espaço urbano público consiste, basicamente, em substituir uma manifestação cultural e artística geralmente de jovens da periferia da cidade de São Paulo por tinta cinza, de gosto bastante duvidoso, e, depois, por jardim vertical” (SÃO PAULO, 2019).

As ações empreendidas pela Prefeitura paulistana geraram polêmica devido aos métodos utilizados para se levar a efeito o intento perseguido pela Administração Municipal. Dentre os questionamentos levantados, exsurge a questão de ser ou não o grafismo (ou grafitismo) ato ilícito, uma vez que parcela da população o classifica como ato de vandalismo. No atual contexto legal brasileiro, o grafismo configura prática lícita, amparada por legislação específica – Lei nº 12.408, de 25 de maio de 2011 (BRASIL, 2011), que alterou o art. 65 da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 (BRASIL, [2014]), que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente e que, na redação original, considerava crime o grafitismo.

Todavia, com a nova edição, excluiu-se a alusão ao verbo *grafitar*, passando-se a considerar a prática legal, numa intenção clara de descriminalizar a conduta dos chamados grafiteiros. Nesse sentido, o País seguiu a tendência mundial de reconhecimento dessa forma de expressão artística e intelectual como típica de grandes centros urbanos (SCHREIBER, 2017).

O movimento favorável ao reconhecimento do grafite como arte também pode ser sentido na cidade do Rio de Janeiro, no Decreto Municipal nº 38.307³, de 18 de fevereiro de 2014, que estabelece os espaços passíveis de exibição da arte⁴ e dispõe que o grafite, desde que

sem prejuízo ao patrimônio público ou histórico, sem cunho publicitário (referências a marcas ou produtos), sem teor pornográfico, racista ou de outra forma preconceituosa, sem apologias ilegais e ofensas religiosas é reconhecidamente uma manifestação artística cultural que valoriza a Cidade e inibe a pichação (DECRETO..., c2014).

Registre-se, por importante, que parte da população, como se sabe, insurgiu-se e ainda se opõe a essa forma de expressão, posicionando-se contrariamente a qualquer tipo de proteção, por não distingui-la de simples pichação. Mesmo no campo doutrinário, registra-se certa hesitação em classificá-la como obra intelectual a ser protegida, não obstante a definição ampla legal de “obra intelectual” disposta na Lei

³“Dispõe sobre a limpeza e a manutenção dos bens públicos da Cidade do Rio de Janeiro e a relação entre Órgãos e Entidades Municipais e as atividades de GRAFFITI, STREET ART, com respectivas ocupações urbanas” (RIO DE JANEIRO, 2014).

⁴“Art. 4º Fica autorizada a utilização dos seguintes espaços públicos como estímulo para a prática do GRAFFITI e da Street Art: postes, colunas, muros cinzas (desde que não considerados patrimônio histórico), paredes cegas (sem portas, janelas ou outra abertura), pistas de skate e tapumes de obras. *Parágrafo único.* Como incentivo à prática das atividades de que trata o *caput* e fomento ao desenvolvimento de importantes bairros da Zona Norte do Rio de Janeiro, a Prefeitura, mediante a anuência do Metrô Rio, autorizará também o uso do muro da Linha 2 do Metrô entre os trechos São Cristóvão – Pavuna, nos dois sentidos” (RIO DE JANEIRO, 2014).

nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998 (Lei de Direitos Autorais) (BRASIL, [2013]), para fins de proteção jurídica.

Ante essa constatação, entende-se que surge o conflito de interesses constitucionalmente protegidos, razão da propositura da Ação Popular de autoria de Allen Ferraud e outros (Processo nº 1003560-75.2017.8.26.0053). Em breve referência, a ação propugna pela necessidade de prévia oitiva do Conpresp antes da pintura cinza sobre os grafites. Defendem os autores que o Conselho deveria se manifestar por ser composto por profissionais de várias entidades representativas da sociedade, o que conferiria legitimidade social às ações da municipalidade.

Para fundamentar seu posicionamento, entre outros argumentos, os autores apontam para a diferenciação que deve existir entre pichação e grafite, deixando claro que são contrários à degradação dos espaços públicos, com expressa referência ao posicionamento do promotor de justiça Eudes Quintino de Oliveira Júnior, que salientou o reconhecimento do grafite como arte urbana e sua descriminalização pela Lei Federal nº 12.408/2011, e ainda o posicionamento defendido pela historiadora Valéria Peixoto de Alencar, em artigo publicado no portal UOL. Foi requerida tutela antecipada para suspender a remoção dos grafites em espaços públicos da cidade de São Paulo sem prévia manifestação e diretrizes do Conpresp.

Em sua defesa prévia, o município de São Paulo argui, preliminarmente, que o pedido é genérico e que não caberia pedido cominatório em sede de ação popular. Não reconhece o Conpresp como ente competente para definir diretrizes sobre o grafite, e sim a Comissão de Proteção à Paisagem Urbana (CPPU) –, como ocorreu. O Município consigna não admitir o grafite como integrante do patrimônio cultural para efeitos de proteção, não necessitando de oitiva de órgão técnico, por ser manifestação efêmera e transitória. Acresce que o tombamento não lhe serve de meio de proteção, conforme parecer do Departamento do Patrimônio Histórico, órgão de apoio ao Conpresp.

Apreciadas as manifestações, o juízo de primeiro grau entendeu presentes os pressupostos e concedeu a tutela antecipada para que, *verbis*, os “réus se abstenham imediatamente de removê-los sem prévia manifestação e diretrizes do Conpresp, ou mesmo do Conselho Municipal de Política Cultural sob pena de multa diária de quinhentos reais, além de outras sanções” (SÃO PAULO, 2019).

O Município interpôs agravo de instrumento⁵ da decisão de primeira instância, ocasião em que pontuou haver política de fomento à arte de rua no âmbito municipal e afirmou

⁵ Agravo de Instrumento nº 2029021-94.2017.8.26.0000 (SÃO PAULO, 2017).

que tal expressão cultural deve ser considerada à luz da paisagem urbana, de modo que não pode ser analisada tão somente sob a perspectiva do artista ou do entusiasta [...] a manutenção da r. decisão implica perigo de dano irreparável à Municipalidade, pois interfere diretamente na nova política pública de revitalização da cidade e de combate à poluição visual, bem como estimula novas pichações e atos de vandalismo [...] o bem cultural em comento tem natureza efêmera e transitória, de maneira que não é suscetível de tombamento ou de outro instrumento de preservação, a justificar a intervenção do Conpresp, que apenas tem competência para analisar a presença de grafites e outras expressões artísticas em muros de bens tombados, como já ocorreu, nos casos da Escola Estadual Professora Marina Cintra, nos Arcos da Rua Jandaia ou Arcos do Jânio (SÃO PAULO, 2017).

A desembargadora relatora decidiu cassar a decisão de primeiro grau por entender que, “ao menos nesse momento, não é possível concluir pela necessidade de apreciação prévia por parte do Conpresp acerca do cabimento das remoções dos grafites” (SÃO PAULO, 2017).

Infere-se do exposto que o Poder Judiciário está diante de um conflito de princípios constitucionais, haja vista que os contendores exprimem seu inconformismo invocando argumentos enquadráveis em direitos previstos na Constituição. Assim, podem-se extrair duas observações iniciais: a clara existência do conflito entre princípios albergados na Constituição e a necessidade de se identificar o método a ser utilizado para dirimir o conflito.

Remarque-se que mais adiante serão analisados, com mais detença, os fundamentos das decisões exaradas, a fim de se proceder à investigação quanto à possibilidade de aplicação da teoria de Humberto Ávila, com vistas a aquilatar a razoabilidade dos entendimentos adotados, propósito colimado neste artigo.

Neste passo, importa tratar dos princípios envolvidos na cizânia jurídica instaurada, objeto do próximo tópico, a fim de se obter o embasamento teórico e a interpretação do alcance constitucional.

2 O princípio (direito) do meio ambiente saudável e o princípio da preservação do patrimônio cultural

Antes de adentrar propriamente os princípios que servem de suporte a este estudo, torna-se imprescindível tecer considerações sobre o conceito e o significado dos princípios gerais no Direito. Os autores têm proposto definições para as espécies normativas e, no que tange aos princípios, há várias concepções com diferentes graus de relevância. Portanto, é possível mencionar os fundamentos de alguns desses trabalhos para chegar àquela

definição que mais se aproxima dos objetivos desta pesquisa.

Assevera Bonavides (2015, p. 262) que Crisafulli, nos idos de 1952, já chamava a atenção para a normatividade dos princípios por “ser determinante de uma ou de outras normas subordinadas, que a pressupõem”. Porém, ainda segundo Bonavides (2015, p. 262), não poderiam passar sem referência as lições de Guastini no sentido de demonstrar que os juristas e a jurisprudência apresentaram diferentes conceitos de princípios, estes vinculados a disposições normativas, que representam o traço comum de todas as acepções, tornando-se o vínculo unificador das formulações enunciadas pelo referido autor.

Em seus estudos, Ávila (2009, p. 36) traça um panorama da evolução da distinção entre regras e princípios iniciando pela referência a Canaris, para quem os princípios contêm duas características que os diferenciam das regras: o conteúdo axiológico explícito, o que os torna independentes da existência de regras para sua aplicação; e a de que os princípios receberiam seu conteúdo de sentido somente por meio de um processo de retórica, de discussão para complementá-los e limitá-los, diferentemente do que ocorre com as regras.

Para Dworkin (2016, p. 36), a diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica, conforme interpreta Ávila. Ambos apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distintas em relação à natureza da orientação que oferecem. Adiciona Dworkin (2016, p. 36) que as regras são aplicáveis à maneira do “tudo ou nada”, quer dizer, a regra se aplica ou não ao caso concreto (*all-or-nothing*). Por sua vez, comentando sobre Dworkin, Ávila (2009, p. 36) afirma que os princípios têm um conteúdo de fundamento, não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições estão dadas.

No caminhar teórico dos princípios gerais até sua transformação em princípios constitucionais, importa citar Alexy (2015, p. 85), receptivo aos progressos da Nova Hermenêutica e às tendências axiológicas de compreensão do fenômeno constitucional, que sustenta a tese de que é necessária a distinção entre regras e princípios porque, com base nessa diferenciação, tem-se “a estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e, com isso, um ponto de partida para a resposta à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais”.

Com base no critério da generalidade, usado com mais frequência, Alexy (2015, p. 87) defende que princípios “são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo”. Também leciona que princípios e regras são diferentes com base no fato de “princípios serem razões para regras ou serem eles mesmos regras, ou ainda, no fato de serem normas de argumentação ou normas de comportamento” (ALEXY, 2015, p. 89).

Não obstante o justo reconhecimento a esses filósofos, no entender de Bonavides (2015, p. 271), na mesma vereda vanguardista de Dworkin e Alexy, Boulanger deve ser considerado o expoente dentre os precursores da normatividade dos princípios, pois, em seu estudo analítico e classificatório sobre tipos e variedades de princípios de Direito, afirma que “a teoria dos princípios jurídicos ainda não foi formulada”, sendo “os princípios os materiais mediante os quais pode a doutrina edificar com confiança a construção jurídica” (BONAVIDES, 2015, p. 272). Porém, ainda que de forma vacilante, Boulanger (apud BONAVIDES, 2015, p. 272) aprofundou o tema com muito cuidado para, enfim, operar a diferença entre princípio e regra, ao assinalar que as regras “regem tão somente atos ou fatos, ou seja, [a regra] é editada contem-

plando uma situação jurídica determinada”. Ao tratar dos princípios, elucida que “o princípio, ao contrário, é geral porque comporta uma série indefinida de aplicações” (BONAVIDES, 2015, p. 273).

Inferese, pelo que se expôs, o caráter normativo dos princípios, sendo possível entendê-los como normas primárias que fundamentam o sistema jurídico, em uma visão juspublicista, em que se incorporam as mais recentes conquistas metodológicas da Nova Hermenêutica, reconhecendo-se, dessa feita, o princípio da unidade da Constituição (BONAVIDES, 2015, p. 280).

A norma-princípio, nos dizeres de Ávila (2007, p. 6), tem validade no direito positivo de modo expresso ou subentendido, caracterizando-se “estruturalmente por ser concretizável em vários graus: seu conteúdo depende das possibilidades normativas advindas dos outros princípios, que podem derogá-lo em determinado caso concreto”. Portanto, a realidade irá determinar a aplicação dos princípios, que instituem razões *prima facie* de decidir. Auxilia na perfeita compreensão do conteúdo de um princípio saber que ele não se constitui em regra pronta de comportamento, precisando sempre de concretização (ÁVILA, 2007, p. 7); daí que a teoria geral do Direito define os princípios jurídicos como normas de otimização concretizáveis em vários graus (ÁVILA, 2007, p. 7).

Adverte Ávila (2009, p. 72) que os princípios impõem um estado ideal de coisas a ser alcançado, têm qualidade de determinar a realização de “um fim juridicamente relevante”. É preciso adotar comportamentos para se atingir um estado ideal de coisas. Esse estado de coisas, segundo Ávila (2009, p. 71), transforma-se em um fim a ser buscado, definido pelo autor como “uma situação qualificada por determinadas qualidades”. Logo, os princípios instituem o dever de o aplicador verificar se o comportamento adotado é adequado para resguardar esse estado de

coisas. Em síntese, Ávila (2009, p. 58) discorda da aplicação do método “tudo ou nada” para diferenciar princípios e regras, uma vez que as regras também necessitam de interpretação, e a ponderação de razões é aplicada a qualquer norma, não exclusivamente aos princípios.

Importa mencionar, sob um prisma mais condensado e objetivo, Furtado (2007, p. 92), que conceitua princípios como as proposições básicas do sistema, cuja importância está em duas funções: a primeira é a de servir de paradigma para interpretar todas as regras (opção por uma interpretação que melhor realize os princípios); e a segunda função é a de apresentar soluções para questões não tratadas pelas regras diretamente, como ocorre na hipótese de o administrador público se ver diante de situação para a qual nem lei, nem regulamentos, nem qualquer outra fonte possível apresenta solução, e ele precisa tomar uma decisão. A solução está na aplicação dos princípios.

Nesse contexto, convém abordar, de modo minudente, os princípios presentes no caso fático sob exame, para, posteriormente, fazer-se o cotejo com a teoria de Humberto Ávila, com o fito de investigar sua aplicabilidade na resolução da lide.

2.1 Direito ao meio ambiente saudável

Trata-se, nesse caso, do direito à sadia qualidade de vida, que as Constituições escritas inseriram nos direitos individuais no sentido mais abrangente de que não basta viver ou conservar a vida, é justo conseguir qualidade de vida (MACHADO, 2002, p. 46). O termo *qualidade de vida* tem ampla acepção, porquanto alcança, segundo a Organização das Nações Unidas (ONU), três fatores: saúde, educação e produto interno bruto, os quais, anualmente, servem de parâmetro para a classificação dos países em relação à qualidade de vida (MACHADO, 2002, p. 46).

Derani (2001, p. 81) pontua com precisão que qualidade de vida, no ordenamento jurídico brasileiro, apresenta dois aspectos: o nível de vida material e o bem-estar físico e espiritual, e afirma não ser possível romper a globalidade que compõe a expressão sinônima de *qualidade de vida*, que é *bem-estar*.

Para um adequado entendimento, a definição da expressão *qualidade de vida*, criada na Conferência de Estocolmo de 1972 (DECLARAÇÃO..., [200-]), destaca a concepção do direito fundamental do “homem [...] à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna”. Essa ideia foi transposta para as Constituições e, no Estado brasileiro, o art. 225⁶ da CRFB expressa a preocupação com o meio ambiente saudável, não apenas para as atuais, mas para as futuras gerações, de modo que a atenção com o meio ambiente passa a ser obrigação do Poder Público e das comunidades. E como deve ser interpretado o alcance do sentido do art. 225?

A interpretação do art. 225 da CRFB deve ser aberta, ou seja, democrática, utilizando-se, para ilustrar, o método defendido por Häberle (2002, p. 14) de que é impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo e sem as potências públicas. Todo e qualquer destinatário da norma é participante ativo, muito mais até do que se pode supor tradicionalmente (HÄBERLE, 2002, p. 15). Sob essa hermenêutica, há de se considerar também a “conformação da realidade da Constituição como parte da interpretação das normas constitucionais pertinentes a essa realidade” (HÄBERLE, 2002, p. 24). Portanto, a interpretação deixa de ser so-

mente aquela dos órgãos jurisdicionais, para incluir, também, outros participantes (HÄBERLE, 2002, p. 20-23).

Nessa conjuntura, sob a óptica da função social das cidades, o princípio constitucional decorrente do art. 225 da CRFB e expressamente previsto no art. 182 da CRFB torna-se a diretriz para a definição de políticas urbanas vinculadas à garantia do bem-estar de todos os habitantes das cidades, independentemente de qualquer fator específico, como cor, raça, sexo, idade. O que interessa é a busca de uma cidade que permita a todos viver com qualidade de vida.

Verifica-se que a política estabelecida pelo município de São Paulo vem ao encontro do princípio constitucional que assegura aos cidadãos o direito à qualidade de vida, traduzido no princípio do meio ambiente saudável, *in casu*, por meio de políticas urbanas, cuja competência se insere entre aquelas cometidas aos municípios. Essa é uma interpretação adequada do que prevê a CRFB.

Ordinariamente, cabe remarcar que as funções sociais da cidade, para atender às necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social, ao acesso universal aos direitos sociais e ao desenvolvimento socioeconômico e ambiental, têm sido promovidas pelos municípios brasileiros. De acordo com a Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001 (BRASIL, [2018]), os componentes do direito a cidades sustentáveis são os mesmos das funções sociais da cidade: terra urbana, moradia digna, saneamento ambiental, infraestrutura urbana, transporte, serviços públicos, trabalho, sossego e lazer.⁷

⁶“Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (BRASIL, [2017]).

⁷“Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações” (BRASIL, [2018]).

Vale destacar que a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, consoante o art. 182, § 2º, da CRFB. Refri-se que a função social atinge diretamente o direito de propriedade, na medida em que exige do proprietário urbano o dever de lhe conferir adequado aproveitamento, em consonância com o plano diretor municipal (ROCHA, 1999, p. 103).

Reconhece-se que a atividade urbanística é dever do Poder Público em benefício da coletividade. Entretanto, o direito à cidade e às suas funções sociais pertence a toda a coletividade, o que faz com que assumam as características de interesse ou direito essencialmente difuso (ROCHA, 1999, p. 103), razão pela qual as políticas públicas não podem prescindir da participação dos indivíduos.

Portanto, a preocupação social se amplia para as questões do desenvolvimento econômico e do meio ambiente na concepção construída das funções sociais das cidades. E por que é assim? Porque, via de regra, é no espaço urbano que as pessoas moram e se relacionam. Na cidade é que se constroem os processos das condições materiais de vida, da mesma maneira como se dá com os modos de viver – expressos em valores, hábitos, comportamentos, atitudes, crenças –, trabalhar e lutar.

Conclui-se, sob o prisma da interpretação aberta, democrática, que o comando constitucional, expresso no art. 182 e no art. 225 da CRFB, estampado no princípio que garante aos cidadãos um meio ambiente saudável, abrange o direito à cidade limpa, tranquila, segura, enfim, a realização de direitos fundamentais da cidadania.

2.2 Princípio da preservação do patrimônio cultural

Nas lições de Derani (2001, p. 72), o estudo da realidade social pressupõe a compreensão da “inafastável unidade dialética entre natureza e cultura”, pois a “natureza conforma e é conformada pela cultura”. Dessa premissa decorre que a “presença de temas de política de meio ambiente permeando o direito, atuando sobre políticas públicas e empresariais e movimentos sociais, traz à tona o que de fato sempre existiu: a indissociabilidade da natureza com a cultura” (DERANI, 2001, p. 72).

A imbricação entre natureza e cultura é fortemente reconhecida pelo “modo como cada sociedade se apropria dos recursos naturais e transforma o ambiente em que vive” (DERANI, 2001, p. 73). Entretanto, não apenas o meio ambiente natural se reveste de vital importância para a boa qualidade de vida. Impende remarcar que ele compreende não só o meio ambiente natural, mas também o meio ambiente artificial e o meio ambiente cultural.

Já adentrando no que é relevante ao presente estudo, quando se tutela o meio ambiente cultural, o objeto imediato de proteção relacionado à qualidade de vida é o patrimônio cultural de um povo (FIORILLO; RODRIGUES, 1999, p. 236). Essa proteção está insculpida explicitamente no art. 216 da CRFB, cujo conceito de patrimônio cultural é abrangente, ao abarcar, na letra do dispositivo,

os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nesses incluídos: as formas de expressão, modos de viver, de criar e fazer; as criações científicas, artísticas e tecnológicas, as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais e os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico (BRASIL, [2017]).

Sob o enfoque desta pesquisa, cumpre destacar que, quando a Constituição se refere a grupos formadores da sociedade brasileira, deve-se lembrar que a sociedade brasileira é derivada de uma miscigenação que impede qualquer diferenciação entre raças. Mais que isso, há de se considerar também a evidente estratificação social e o fato de que os estratos se expressam de modo diverso, e todos têm igual importância. Uma vez reconhecida como relevante culturalmente, a forma de expressão passa a merecer proteção. Esse olhar cabe como luva ao reconhecimento do grafite como arte.

A Constituição impõe “o dever de proteção do patrimônio cultural pelo Poder Público com a colaboração da comunidade” (art. 216, § 1º, da CRFB), o que faz mais patente a natureza difusa do bem cultural, que a todos pertence e “justamente por isso não comporta um conceito tradicionalista de propriedade, ao contrário, im-

põe um tipo de domínio sem comprometimento de sua integridade, para os outros titulares, sobretudo das futuras gerações” (FIORILLO; RODRIGUES, 1999, p. 239).

Essa noção democrática de patrimônio cultural remete, naturalmente, à aceitação do grafite como expressão da arte e, conseqüentemente, passível de proteção, seja por sua importância para determinados grupos – e que se espalha a outros –, seja como meio de evitar a pichação, esta, sim, danosa ao patrimônio público. Em que pesem as orientações contrárias ao grafite pelo fato de o considerarem espécie de manifestação efêmera, deve-se entender que tal efemeridade está associada à possibilidade de destruição do bem no qual está expresso o grafite, (por exemplo, demolição do muro onde está o grafite) ou mesmo “no seu interesse cultural (realização de outros grafites ou novas expressões de contracultura)”, e não se equipara à retirada pura, simples e compulsória com a aplicação de pintura cinza (SCHREIBER, 2017).

Ainda no que concerne à proteção dos painéis em grafite como patrimônio cultural, há de se entender que retratam forma típica de expressão dos grandes centros urbanos. Por outro lado, os grafites, muitas vezes utilizados por pessoas das camadas mais carentes da sociedade, também são meios de expressar o protesto contra aquilo que se considera errado ou mesmo para reivindicar algo. Tornam-se, assim, voz dos excluídos, forma de arte em defesa dos direitos do ser humano.

Conclui-se, dessa feita, que os princípios expostos apresentam irrefutável relevância, razão por que a tarefa imposta ao julgador se reveste de extrema complexidade, pois cobra uma postura de muita responsabilidade ao decidir qual será o princípio que prevalecerá. Nesse intuito, verificar-se-á, por intermédio do exame das decisões proferidas nos autos da ação popular, se o método defendido por Ávila (2009) na obra

Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos é ou não aplicável ao caso concreto.

3 Análise das decisões judiciais proferidas e sua subsunção à Teoria dos Princípios de Humberto Ávila

Ávila (2009, p. 39) aponta, de forma sintética, os seguintes critérios utilizados para a distinção entre regras e princípios: “o critério hipotético-condicional, o critério do modo final de aplicação, o critério do relacionamento normativo (ou conflito normativo), o critério do fundamento axiológico”.

Explica o autor que esses critérios de distinção podem ser aprimorados, sem prejuízo de reconhecer sua importância e qualidades dignas de exame pelo Direito. Longe de desprezá-los, entende que a forma mais adequada de demonstrar seu respeito científico a esses métodos é criticá-los. Sob esse prisma, há de se ter em mente que Ávila busca contribuir para que esses critérios sejam mais bem aproveitados e corrigidos em suas falhas. Assim, depois de analisar cada um deles, aponta os pontos merecedores de aperfeiçoamento.

No que tange ao objetivo desta pesquisa, merece ser priorizado o critério do conflito normativo, que busca estabelecer a distinção entre regras e princípios pelo modo como funcionam em caso de conflito normativo.

Assevera Ávila (2009, p. 51) que, em relação a esse critério, os autores defendem que “a antinomia entre as regras consubstancia verdadeiro conflito que pode ser solucionado com a declaração de invalidade de uma das regras ou com a criação de uma exceção”; quanto aos princípios, o imbricamento “pode ser decidido mediante uma ponderação que atribui dimensão de peso a cada um deles”. Cita Canaris, Dworkin e Alexy

para explicar os argumentos que cada um utiliza com o intuito de solucionar o conflito, e passa, então, a criticar o método.

Segundo Ávila (2009, p. 51), Canaris realça, além da preponderância de conteúdo axiológico dos princípios, o “modo de interação com outras normas, pontuando que os princípios, diferentemente das regras, receberiam seu conteúdo de sentido somente por meio de um processo dialético de complementação e limitação”.

Para Dworkin (2016, p. 43), “os princípios, ao oposto das regras, possuem dimensão de peso que prevalece na hipótese de colisão de princípios, estabelecendo-se o caso em que o princípio com peso relativo maior se sobrepõe ao outro, sem que este perca sua validade”.

Por sua vez, Alexy (2015) considera que os princípios jurídicos consistem tão só em uma espécie de norma jurídica por meio da qual são estabelecidos diversos deveres de otimização, com vários graus de aplicabilidade. Na hipótese de conflito, a solução é dada pela “ponderação entre os princípios colidentes, em função de um deles”, na situação fática, que deve ter prevalência. A precedência não é absoluta, ou seja, o princípio não goza de prioridade por si só. Esse “sopesamento tem por objetivo definir qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – possui maior peso em determinado caso concreto” (ALEXY, 2015, p. 95). A definição de qual direito deve prevalecer no caso concreto não pode, porém, ser fruto de decisionismo, de uma mera decorrência da concepção subjetiva de quem deve decidir. Alexy (2015, p. 164-165) aponta para a necessidade de um modelo fundamentado e racional de ponderação, que permita controlabilidade.

Passa-se agora ao exame, apresentado por Ávila, dos critérios em relação aos princípios, a fim de verificar se houve sua aplicação ou não nas decisões exaradas no âmbito da ação popular em apreço.

Remarca Ávila (2009, p. 53) que o critério de ponderação não é exclusivo dos princípios, conforme se afirmou anteriormente, podendo ser aplicado às regras que convivem “abstratamente, mas concretamente podem entrar em conflito”. Isso ocorre quando as regras conflitam sem que percam sua validade, e a solução depende de peso maior dado a uma delas (ÁVILA, 2009)⁸. Portanto, faz-se necessário aprimorar, aprofundar o entendimento de que, nos conflitos de regras, deve-se declarar a invalidez de uma delas.

Outro ponto levantado diz respeito a que “as regras podem ter seu conteúdo preliminar de sentido superado por razões contrárias, mediante um processo de ponderação de razões”. E pode ocorrer também “nas hipóteses de relação entre regra e suas exceções, pois a exceção pode estar no próprio ordenamento jurídico”⁹ (ÁVILA, 2009, p. 54), de modo que o aplicador deverá, com base na ponderação de razões, decidir se há mais razões para a aplicação da norma ou de sua exceção. Há ainda casos em que a exceção não estará prevista no ordenamento jurídico, hipótese em que haverá um sopesamento de razões, uma valoração.

Os argumentos trazidos por Ávila buscam enfatizar que os métodos utilizados para solucionar os conflitos entre os princípios podem ser utilizados para as regras também. Em suas palavras, “a atividade de ponderação não é privativa da aplicação de princípios, mas é qualidade geral de qualquer aplicação de norma”, pois diz respeito tanto às regras quanto aos princípios “na medida em que qualquer norma possui um caráter provisório que poderá ser ultrapassado por razões havidas como mais relevantes pelo aplicador diante do caso concreto, sendo diverso o tipo de ponderação” (ÁVILA, 2009, p. 58).

Conquanto válidas e importantes suas observações, na perspectiva deste trabalho torna-se relevante meditar a respeito de seu posicionamento em relação aos princípios. Nesse sentido, passa-se a averiguar a afirmação de que “há incorreção quando se enfatiza que os princípios possuem uma dimensão de peso” (ÁVILA, 2009, p. 59). Ávila defende que não se pode

⁸ Exemplo esclarecedor se dá quando existem duas regras em relação à Fazenda Pública: uma que proíbe a concessão de liminar contra a Fazenda Pública que esgote o objeto litigioso (art. 1º da Lei nº 9.494/1997) (BRASIL, [2009]), e outra que determina o fornecimento obrigatório de medicamentos determinados (art. 1º da Lei Estadual nº 9.808/1993) (RIO GRANDE DO SUL, 1993). O juiz está diante de duas normas aparentemente contrapostas. Elas ultrapassam o limite do conflito abstrato mantendo sua validade. O que o juiz deverá fazer para decidir é atribuir maior peso a uma das duas, em razão da finalidade que cada uma visa a preservar (ÁVILA, 2009, p. 53).

⁹ Por exemplo: o município pode estabelecer multa para o motorista que ultrapasse a velocidade de 60 km/h no perímetro urbano. Sendo regra, tem caráter obrigatório. No entanto, poderá o Departamento de Trânsito deixar de impor a multa ao taxista que comprovar, mediante apresentação de boletim de ocorrência, que naquele momento trafegava acima da velocidade por transportar pessoa gravemente ferida em acidente. Nesse caso, o aplicador recorre a outras razões para justificar o descumprimento daquela regra (*overruling*) (ÁVILA, 2009, p. 54).

considerar que um tipo de norma já absorva em si mesma a dimensão de peso, pois o que se deve considerar é que a “dimensão de peso não é algo que já esteja incorporado a um tipo de norma e, em se tratando dos princípios, não são esses que têm dimensão de peso, mas, sim às razões e aos fins aos quais eles fazem referência é que deve ser atribuída uma dimensão de importância” (ÁVILA, 2009, p. 59).

A importância concreta do princípio deve ser atribuída pelo aplicador; “não é um atributo abstrato dos princípios”. Em outras palavras, “a dimensão de peso (*dimension of weight*) é qualidade das razões e fins a que eles fazem referência, é resultado de juízo de valor do aplicador” (ÁVILA, 2009, p. 60).¹⁰ O mero qualitativo de princípio pela doutrina ou pela jurisprudência “não implica uma consideração de peso no sentido da compreensão de determinada prescrição como valor a ser objeto de ponderação com outros” (ÁVILA, 2009, p. 61). O autor afirma que o “Poder Judiciário pode desprezar os limites textuais ou restringir o sentido usual de um dispositivo” (ÁVILA, 2009, p. 61).

¹⁰ Ávila (2009) cita como exemplo a hipótese analisada pelo Supremo Tribunal Federal de que o Poder Executivo, depois de prometer, por decreto, baixar a alíquota do imposto de importação, decidiu majorá-la. Os contribuintes que já haviam contratado, com base na referida promessa, insurgiram-se contra a aplicação da alíquota majorada, sob o argumento de que a segurança jurídica fora violada. Duas soluções se apresentavam: primeiro, a atribuição de maior importância ao princípio da segurança jurídica em favor do cidadão e a vedação da aplicação da alíquota para os que celebraram contratos com a expectativa de cumprimento da promessa; e segundo, a atribuição de importância apenas ao fato gerador do imposto de importação, que ocorre somente no momento do desembaraço da mercadoria, em razão do quê, tendo sido a alíquota majorada antes da data da ocorrência do fato gerador, não teria havido violação ao ato jurídico perfeito. A solução adotada pelo Tribunal foi a segunda. Isso significa que *a dimensão de peso desse ou daquele elemento não está previamente decidida pela estrutura normativa, mas é atribuída pelo aplicador diante do caso concreto*. Se a dimensão de peso fosse um atributo empírico dos princípios, o caso seria examinado com base na primeira solução – princípio da segurança jurídica e na garantia da proteção ao ato jurídico perfeito. Portanto, confirma-se que quem determina os elementos que deverão ser privilegiados em detrimento de outros é o aplicador, diante do caso concreto (ÁVILA, 2009, p. 60).

Para Ávila (2009, p. 61), “a dimensão de peso não é relativa à norma, mas relativa ao aplicador e ao caso”, e assim sustenta: “A conexão entre a norma e o valor que preliminarmente lhe é sobrejacente não depende da norma enquanto tal ou de características diretamente encontráveis no dispositivo a partir do qual ela é construída como estrutura hipotética”.

Mais um argumento importante é o de que “a atribuição de peso depende do ponto de vista escolhido pelo observador, podendo em função dos fatos e da perspectiva com que se os analisa, uma norma ter maior ou menor peso, ou mesmo peso nenhum para a decisão” (ÁVILA, 2009, p. 61).

Nessa perspectiva, inicia-se o exame de trechos das decisões judiciais proferidas sob análise, para cotejá-los com a teoria de Ávila, verificando-se sua aplicabilidade ou não, e se tais decisões se sustentam racionalmente, à luz da teoria mencionada, ou se revelam falta de fundamentação adequada.

Inicialmente, analisando-se a decisão de primeiro grau, do juiz Adriano Marcos Laroca, vê-se que o magistrado inicia sua abordagem afirmando que a questão

envolve como, quando e de que forma, e se o Estado pode ou deve interferir no mundo cultural e artístico, na ordenação do meio ambiente urbano, natural e construído. Começamos, indagando se o grafite seria uma manifestação artística contemporânea, acolhida e socializada como tal por instituições e atores do campo da arte. E mais, se haveria diferença entre o grafite e a pichação (SÃO PAULO, 2019).

Tal asseveração, como se vê, carrega elevado grau de subjetivismo. Essa constatação é corroborada pelo que consigna Ávila (2009, p. 64), ao concordar com aqueles que defendem que “os valores dependem de uma avaliação eminentemente subjetiva”, isto é, alguns sujeitos aceitam

um valor que outros rejeitam. Esse entendimento deve ser, sim, levado a sério, segundo Ávila. Todavia, disso “não decorre a impossibilidade de encontrar comportamentos que sejam obrigatórios em decorrência da positivação de valores, nem a incapacidade de distinguir entre a aplicação racional e a utilização irracional desses valores” (ÁVILA, 2009, p. 64).

Em várias passagens da decisão judicial exarada, observa-se que o magistrado Laroca adotou o comportamento exigido pela teoria dos princípios de Humberto Ávila ao fundamentar seu posicionamento nos valores positivados e na aplicação racional desses valores. Às fls. 224-225, o juiz apresenta uma breve exposição de seu entendimento sobre o grafite como expressão artística urbana (*street art*), desde o surgimento nos guetos nova-iorquinos e californianos do final da década de 1960 e início da década de 1970, ligada aos movimentos de afrodescendentes e *hip hop*, que o utilizavam como forma de exposição social de toda a opressão sofrida pelos menos favorecidos, com destaque de Jean-Michel Basquiat, patrocinado pelo não menos importante Andy Warhol, hoje reconhecido como um dos mais importantes artistas neoexpressionistas do final do século XX. Mais adiante, a decisão judicial se refere ao Brasil e, não poderia ser diferente, à cidade de São Paulo, nos idos dos anos 1980, e indica o grafite como “arte transgressora, que denunciava as mazelas da desigualdade e da exclusão sociais” (SÃO PAULO, 2019), incorporada ao movimento “Diretas Já”, contra a ditadura.

Cabe um parêntese, neste tópico, para enfatizar que o grafite desempenha uma função na aplicação do Direito, ao protestar contra as injustiças sociais por meio de imagens e gravuras. As palavras de Xerez (2014, p. 260), que, conquanto se refiram à utilização de imagens como meio de convencimento nas decisões judiciais, podem ser adequadas à presente hipótese: “a imagem, utilizada sozinha ou acompanhada de textos, tem um poder argumentativo incalculável” (XEREZ, 2014, p. 260). É o que se constata na arte do grafismo que procura a concretização de direitos fundamentais por meio do protesto feito por artistas, em sua grande maioria, surgidos no seio das camadas mais desfavorecidas da sociedade.

Prosseguindo no tema, a positivação de valores, em consonância com Ávila, está bem referida na decisão em foco, quando se reporta à legislação que descriminalizou o grafite, diferenciando-o de pichação, não obstante as polêmicas que ainda existem sobre o tema. Menciona, de forma destacada, a previsão constitucional do art. 216, *caput* e § 1º, III, identificando o “grafite como arte urbana expressiva de uma realidade social, de uma identidade sociocultural” (SÃO PAULO, 2019) e, por consequência, caracterizada como bem cultural, merecedor de preservação pelo Poder Público.

Mais adiante (fl. 225 dos autos), ainda com fundamento no art. 216 da CRFB, a decisão refuta os argumentos de defesa do Município sobre a efemeridade intrínseca à arte do grafite impeditiva de sua preservação física pelo tombamento. A rigor, os autores postularam a prévia oitiva do órgão técnico do Município relativo à cultura sobre as diretrizes de preservação e fomento do bem cultural, pois o legislador constituinte previu que o Poder Público cumprirá seu “dever de proteção do patrimônio cultural brasileiro”, por meio de “outras formas de acautelamento e preservação”, além do tombamento e registro (art. 216, § 1º, CRFB) (BRASIL, [2017]). Frisa que, se o grafite não encontrasse proteção como bem cultural, que de fato o é, razão teria o Município para remover tais inscrições do espaço urbano sem prévia oitiva do seu órgão técnico ligado à cultura. É relevante citar que a decisão enfatiza pesquisa realizada na cidade de São Paulo que demonstra a aprovação do grafite como arte urbana pela sociedade paulistana.

Vale mencionar que o julgador analisou também a ação da Prefeitura sob o prisma do art. 182, *caput*, da CRFB, para apontar que a ação de cobrir a arte popular com tinta cinza mostra-se contrária aos marcos regulatórios ético-jurídico-políticos da CRFB e do Estatuto da Cidade, “que são limites impositivos à ação política-administrativa do gestor ou do administrador público” (SÃO PAULO, 2019), segundo o magistrado Laroca.

Dessume-se, assim, que a positivação de valores e a aplicação racional desses valores, conforme a teoria de Ávila, apresentam-se ainda bem delineadas na decisão ora em análise, ao remarcar a forma prevista no Estatuto da Cidade, que fixa as “diretrizes da política urbana dos Municípios para atingir os seus objetivos constitucionais (ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar dos habitantes)” (SÃO PAULO, 2019), conforme fl. 226 dos autos. A decisão judicial interpreta esse valor racionalmente, ao frisar que a “ação de ordenação da paisagem urbana por imposição do Estatuto da Cidade não pode ser decidida discricionariamente, *sponte propria*, pelo administrador de plantão, e, também, deve ser orientada no sentido de proteger, preservar e recuperar o patrimônio cultural e artístico” (SÃO PAULO, 2019).

Tem-se, dessa feita, que os princípios envolvidos – princípio da preservação do patrimônio cultural e do meio ambiente saudável, este que se desdobra no direito à ordem urbanística – têm bem justificada sua aplicação e o seu uso racionalmente controlado. Conforme aduz Ávila (2009, p. 65), a “questão crucial deixa de ser a verificação de valores em jogo, para se constituir na legitimação de critérios que permitam aplicar racionalmente esses mesmos valores”. Portanto, avulta reconhecer a re-

levância do método da teoria de Humberto Ávila, bem identificado na decisão exarada pelo juízo de primeira instância.

Passando-se à análise da decisão proferida em segundo grau, é importante transcrever breve trecho, imprescindível ao cotejo a ser feito com um dos critérios da teoria dos princípios:

Não há dúvida que as manifestações artísticas, como é o caso do grafite, merecem toda proteção por parte do Poder Público, conforme assegura a Constituição Federal.

Por outro lado, não se pode perder de vista que incumbe ao próprio Poder Público exercer o poder de polícia ambiental e implementar políticas públicas para zelar pela paisagem urbana. [...]

Assim, se houver violação à manifestação reconhecidamente cultural e artística, isso deverá ser questionado e avaliado de forma individual.

O que não se pode admitir é a imposição de comandos genéricos à ação do administrador público, pois sua atuação estará totalmente frustrada e não haverá sentido em sua eleição pelo povo. Diante disso, a determinação para que o Município se abstenha de remover, de maneira indiscriminada, quaisquer “grafites, inscrições artísticas e murais espalhados pelos espaços urbanos públicos de São Paulo” poderá tolher a ação do administrador público na fiscalização e preservação de áreas e prédios públicos [...].

Desse modo, ao menos nesse momento, não é possível concluir pela necessidade de apreciação prévia por parte do CONPRESP acerca do cabimento das remoções dos grafites, o que também impede que se reconheça a verossimilhança das alegações dos autores nesse ponto (SÃO PAULO, 2017).

Na leitura da decisão exarada pela desembargadora do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), Maria Olívia Reis, observa-se que não se identifica uma fundamentação adequada com base nos princípios e sua devida justificação no caso concreto. O que se percebe é que ela se limitou à singela e superficial referência ao reconhecimento do grafite como manifestação artística e como tal merecedora de proteção por parte do Poder Público, na forma da CRFB, ainda assim de forma genérica. E mais: não há menção a mínimo fundamento constitucional, tampouco qualquer justificativa ou alusão à aplicação de princípios envolvidos na celeuma. Mais adiante, aponta que “incumbe ao próprio Poder Público exercer o poder de polícia ambiental e implementar políticas públicas para zelar pela paisagem urbana” (fl. 277 dos autos) (SÃO PAULO, 2017), sem tecer comentários hábeis a fortalecer o seu argumento.

Nessas passagens, com as vênias de estilo, verifica-se que não há possibilidade de identificar a aplicação da teoria de Ávila, haja vista a manifestação ter-se pautado exclusivamente pela óptica superficial da necessidade de atuação do Poder Público, sem, no entanto, aprofundar-se

na argumentação. Em outras palavras, a decisão não se preocupou em abordar os critérios utilizados para alcançar o entendimento esposado. Disso decorre que a argumentação se tornou frágil, presa fácil de refutação, uma vez que se entremostra sem supedâneo constitucional ou legal, tampouco principiológico, razão por que não remanesce dúvida de que o resultado obtido se apresenta inadequado sob a perspectiva da teoria de Humberto Ávila, além de exprimir dose maior de subjetivismo. Cumpre ainda assinalar que não há fundamento axiológico, sequer em relação a possíveis princípios aplicáveis ao caso sob julgamento.

Pelo exposto, fazendo-se o confronto das duas decisões e comparando-as com o critério do conflito normativo defendido por Humberto Ávila, há de se reconhecer que o aprimoramento proposto é importante. Se assim não fosse, bastaria fixar, por exemplo, um peso para um dos princípios invocados, por força da Constituição, sem esforço argumentativo, quer dizer, sem apontar o critério para se alcançar determinada conclusão.

Na decisão do juízo de piso, vê-se que não apenas houve a exaltação da importância dos princípios localizados na Constituição, como também se identifica a preocupação em indicar o comportamento indispensável à concretização daqueles valores, espelhada na necessidade de preservação da arte grafite, pelo seu significado como representante que é da cultura de parte da sociedade e meio de expressão de sentimentos dessa parcela da população.

Conclusão

Os argumentos apresentados no artigo visaram explicitar a importância da teoria de Humberto Ávila, que apregoa a necessidade de aprimoramento dos critérios até então utilizados

por filósofos modernos, a exemplo de Canaris, Dworkin e Alexy, para definir o conceito e a aplicabilidade dos princípios no Direito. Consoante ficou consignado, Humberto Ávila, sem prejuízo do reconhecimento do valor das teorias estudadas, sugere uma releitura dos critérios de distinção entre princípios e regras, de modo a aperfeiçoá-los, sem, contudo, deixar de realçar as teorias de Dworkin e Alexy como detentoras dos critérios considerados mais fortes.

Tendo em vista o fim perseguido neste estudo, mereceu destacar o critério do conflito normativo, cujo objetivo é estabelecer a distinção entre regras e princípios pelo modo como funcionam em caso de conflito.

Feito o cotejo entre a proposta de Ávila e as decisões judiciais exaradas na Ação Popular objeto de investigação, foi possível constatar a utilidade e a importância do método, no que concerne à avaliação de que a decisão do juízo de primeiro grau se encontra mais bem fundamentada. Isso em razão da preocupação do magistrado em tratar os princípios – princípio (direito) da preservação do patrimônio cultural e o do meio ambiente saudável, que se desdobra no direito à ordem urbanística – de forma justificada, com o seu uso racionalmente controlado, sem excessos, por meio da identificação dos valores e de sua forma de legitimação.

Identificou-se, por outro lado, que a decisão proferida em segundo grau não se fundou em uma argumentação adequada, revelando maior grau de fragilidade e de subjetividade, sem alusão fundamentada às justificativas que deveriam embasar a opção por reformar a decisão de primeiro grau.

Conclui-se, por fim, pela possibilidade de utilização do método proposto por Humberto Ávila ao caso sob comento, constatada sua aplicabilidade e utilidade no controle e na avaliação da racionalidade de decisões, cabendo frisar que o método não se opõe ao entendimento de

Dworkin e de Alexy, mas se ocupa em fortalecê-lo, demonstrando, por meio de exemplos, que é imprescindível identificar a valoração das razões de decidir e como foram articuladas pelo decisor.

Ficou também demonstrado que “às razões e aos fins aos quais os princípios se referem é que deve ser atribuída dimensão de importância”, como assim o fez a decisão do juízo de primeiro grau, ao atribuir aos princípios um peso considerando as circunstâncias do caso concreto. Fortes foram os argumentos que estribaram a decisão, preocupando-se, sobremaneira, em apresentar desde o retrospecto histórico do surgimento da arte do grafismo, até seu significado e importância para os artistas e para o grupo de pessoas que se identificam com as mensagens nela estampadas.

Esse agir permite interpretar, com Ávila, que, realmente, a “dimensão de peso” (*dimension of weight*) não é, então, atributo abstrato dos princípios, mas qualidade das razões e dos fins a que eles se referem, cuja importância concreta é atribuída pelo aplicador.

Sobre os autores

Eduardo Rocha Dias é doutor em Direito pela Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal; mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, CE, Brasil; professor do programa de pós-graduação em Direito da Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil; procurador federal.
E-mail: eduardordias@hotmail.com

Heloyza Simonetti Teixeira é mestre em Direito Ambiental pela Faculdade do Estado do Amazonas, Manaus, AM, Brasil; doutoranda em Direito Constitucional na Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil; professora na graduação e na pós-graduação em Direito do Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas, Manaus, AM, Brasil; procuradora-geral do estado do Amazonas, Manaus, AM, Brasil.
E-mail: helosimonetti@gmail.com

Como citar este artigo

(ABNT)

DIAS, Eduardo Rocha; TEIXEIRA, Heloyza Simonetti. Quando o grafite é coberto de cinza: solução de conflito à luz da teoria dos princípios de Humberto Ávila. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 56, n. 222, p. 109-131, abr./jun. 2019. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/222/ril_v56_n222_p109

(APA)

Dias, E. R., & Teixeira, H. S. (2019). Quando o grafite é coberto de cinza: solução de conflito à luz da teoria dos princípios de Humberto Ávila. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 56(222), 109-131. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/222/ril_v56_n222_p109

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. (Teoria & Direito Público).

ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. *Revista Eletrônica da Reforma do Estado*, Salvador, n. 11, set./nov. 2007.

_____. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10. ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 30. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.Htm. Acesso em: 27 fev. 2019.

_____. *Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997*. Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2009]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9494.htm. Acesso em: 28 fev. 2019.

_____. *Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2014]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm#art65. Acesso em: 27 fev. 2019.

_____. *Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998*. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2013]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm. Acesso em: 27 fev. 2019.

_____. *Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001*. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10257.htm. Acesso em: 27 fev. 2019.

_____. *Lei nº 12.408, de 25 de maio de 2011*. Altera o art. 65 da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para descriminalizar o ato de grafitar, e dispõe sobre a proibição de comercialização de tintas em embalagens do tipo aerossol a menores de 18 (dezoito) anos. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12408.htm. Acesso em: 27 fev. 2019.

DECLARAÇÃO de Estocolmo sobre o ambiente humano – 1972. *Biblioteca Virtual de Direitos Humanos*, [São Paulo, 200-]. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-de-estocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html>. Acesso em: 28 fev. 2019.

DECRETO municipal autoriza graffiti em tapumes de obras e em outros locais. *Associação Brasileira dos Escritórios de Arquitetura*, [Rio de Janeiro], c2014. Disponível em: <http://asbearj.com.br/noticia/decreto-municipal-autoriza-graffiti-em-tapumes-de-obras-e-em-outros-locais/>. Acesso em: 27 fev. 2019.

DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. Prefácio de Eros Roberto Grau. 2. ed. rev. São Paulo: M. Limonad, 2001.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016. (Biblioteca Jurídica).

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito ambiental e legislação aplicável*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: M. Limonad, 1999.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GRILLO, Brenno. Juiz explica diferença entre grafite e pichação ao proibir Doria de pintar muros. *Consultor Jurídico*, [São Paulo], 14 fev. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-fev-14/juiz-aula-arte-joao-doria-proibi-lo-apagar-graftes>. Acesso em: 27 fev. 2019.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002.

MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

RIO DE JANEIRO (Município). *Decreto nº 38.307, de 18 de fevereiro de 2014*. Dispõe sobre a limpeza e a manutenção dos bens públicos da cidade do Rio de Janeiro e a relação entre Órgãos e Entidades Municipais e as atividades de GRAFFITI, STREET ART, com respectivas ocupações urbanas. Rio de Janeiro: [Associação de Dirigentes de Empresas do Mercado Imobiliário], 2014. Disponível em: http://ademi.org.br/article.php3?id_article=57025. Acesso em: 27 fev. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. *Lei nº 9.908, de 16 de junho de 1993*. Dispõe sobre o fornecimento de medicamentos excepcionais para pessoas carentes e dá outras providências. Porto Alegre: Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, 1993. Disponível em: http://www.al.rs.gov.br/legis/M010/M0100099.ASP?Hid_Tipo=TEXTO&Hid_TodasNormas=14687&hTexto=&Hid_IDNorma=14687. Acesso em: 28 fev. 2019.

ROCHA, Julio Cesar de Sá da. Considerações jurídicas sobre a função ambiental da cidade. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 4, n. 14, p. 103-112, abr./jun. 1999.

SÃO PAULO (Município). *Decreto nº 47.950, de 5 de dezembro de 2006*. Regulamenta a Lei nº 14.223, de 26 de setembro de 2006, que dispõe sobre a ordenação dos elementos que compõem a paisagem urbana do município de São Paulo. São Paulo: [Leis Municipais], 2006a. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/sp/s/sao-paulo/decreto/2006/4795/47950/decreto-n-47950-2006-regulamenta-a-lei-n-14223-de-26-de-setembro-de-2006-que-dispoe-sobre-a-ordenacao-dos-elementos-que-compoem-a-paisagem-urbana-do-municipio-de-sao-paulo>. Acesso em: 27 fev. 2019.

_____. *Lei nº 10.032, de 27 de dezembro de 1985*. Dispõe sobre a criação de um conselho municipal de preservação do patrimônio histórico, cultural e ambiental da cidade de São Paulo. São Paulo: Prefeitura de São Paulo, 1985. Disponível em: <http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/lei-10032-de-27-de-dezembro-de-1985>. Acesso em: 1ª mar. 2019.

_____. *Lei nº 14.223, de 26 de setembro de 2006*. Dispõe sobre a ordenação dos elementos que compõem a paisagem urbana do Município de São Paulo. São Paulo: [Prefeitura do Município de São Paulo], 2006b. Disponível em: https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/upload/lei_14_223_1254941069.pdf. Acesso em: 27 fev. 2019.

_____. (Estado). Tribunal de Justiça (12. Vara de Fazenda Pública). *Ação Popular 1003560-75.2017.8.26.0053*. Ato lesivo ao patrimônio artístico, estético, histórico ou turístico. Requerente: Allen Ferraudó *et al.* Requerido: João Agripino da Costa Dória Junior; Prefeitura do Município de São Paulo. Relator: Juiz Adriano Marcos Laroca, 27 de fevereiro de 2019. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=1H000AC0U0000&processo.foro=53&uuiidCaptcha=sajcaptcha_2e38242f70fe4c308cca8f70a37b2efe. Acesso em: 27 fev. 2019.

_____. Tribunal de Justiça (6. Câmara de Direito Público). *Agravo de Instrumento 2029021-94.2017.8.26.0000*. Direito administrativo e outras matérias de direito público – domínio público – bens públicos – utilização de bens públicos. Agravante: Município de São Paulo. Agravado: Allen Ferraudó *et al.* Relatora: Des. Maria Olívia Alves, 23 de novembro de 2017. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do;jsessionid=B4CA978F2A51E6E2F97CFB21A4228EA5.cposg2?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=1003560-75.2017&forNumeroUnificado=0053&dePesquisaNuUnificado=1003560-75.2017.8.26.0053&dePesquisa=&uuiidCaptcha=#?cdDocumento=7>. Acesso em: 27 fev. 2019.

SCHREIBER, Anderson. O dano-cinza. *Jusbrasil*, [s. l.], 2017. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/430975053/o-dano-cinza>. Acesso em: 27 fev. 2019.

UMA SÃO PAULO melhor pra gente! *Prefeitura da Cidade de São Paulo*, São Paulo, [200-]. Disponível em: http://www9.prefeitura.sp.gov.br/cidadelimpa/conheca_lei/conheca_lei.html. Acesso em: 27 fev. 2019.

XEREZ, Rafael Marcílio. *Concretização dos direitos fundamentais: teoria, método, fato e arte*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.