

## **Tutela dos Direitos Culturais e a Era da Supressão dos direitos**

**Washington de Assis, PJ MPSP aposentado, Poeta**

Norberto Bobbio ao ser confrontado com a afirmação “Era dos Direitos” afirmava que, na verdade, estávamos na era da expectativa de direitos (v.g. Teixeira Coelho, Revista Observatório Itaú Cultural número 11). Este luminar dos estudos e da afirmação dos direitos culturais entre nós assevera que, na verdade, *estamos mais na antessala dos direitos do que em seu território pleno*.

Após a Segunda Guerra Mundial, quando a humanidade esteve próxima de retroceder a barbárie absoluta, com a supressão do seu mais precioso bem, a liberdade, e com ela todos os atributos da nossa civilização, a Assembleia Geral das Nações Unidas, na Resolução 217, propugnou pela necessidade de salvaguardar aqueles atributos aos quais denominou “direitos culturais”.

No artigo 22 da Resolução 217 estabeleceu, como direito de todos os cidadãos, como membros da sociedade humana, o direito à segurança social através dos direitos econômicos sociais e culturais indispensáveis a sua dignidade e ao pleno desenvolvimento da sua personalidade.

No pós-guerra imediato, em 1948, os vetores da democracia e do pluralismo conscientizaram-se de que certos direitos, decorrentes da Liberdade, deveriam ser protegidos eficazmente, pois afetos à dignidade e ao desenvolvimento da personalidade da pessoa, ideologia vencedora não só no conflito bélico, mas em todo o contexto da civilização greco-romana.

Esta afirmação do modelo civilizatório do mundo livre expandiu-se na onda democrática da segunda metade do Século XX. No Brasil foi acolhida pela Constituição Federal de 1988, no artigo 215, como direito fundamental e o correspondente dever do Estado para com os seus cidadãos: o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais. Referida norma constitucional não foi regulamentada pelo Congresso até esta data.

A proteção do meio ambiente no Brasil agigantou-se na Constituição de 1988 que no artigo 5º o insere nos direitos e garantias fundamentais do cidadão. Consagrou normas de natureza instrumental para a defesa ambiental, como o mandado de segurança coletivo, a ação popular ambiental. Estabeleceu a função social da propriedade. O artigo 216 consagra a proteção do patrimônio cultural como dever de todos para a sua preservação.

Antes de 1988 havia uns poucos instrumentos de proteção do patrimônio cultural, como o Decreto-Lei 25/37 com o qual inicia-se, ainda que tardiamente – pois houve perdas irreparáveis para o patrimônio cultural -, a criação de instrumentos

de defesa dos bens e direitos de todos, dentre eles os artísticos, arquitetônicos, paisagísticos. Referidos direitos inserem-se nos *direitos de terceira e quarta geração* denominados de direitos transindividuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos, para cuja defesa foi criada a Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), concebida e escrita por notáveis membros do Ministério Público do Estado de São Paulo.

O cerne da questão é que não basta o ordenamento jurídico consagrar a defesa dos direitos culturais – difusos e coletivos - sem instrumentos eficazes para a sua efetivação. Dentre estes instrumentos esta definição expressa do principal órgão comprometido com a sua defesa, os Ministérios Públicos dos Estados e da União.

Os direitos culturais são uma ampliação dos direitos humanos inserem-se dentre as garantias fundamentais do cidadão.

A notável jurista Cristiane Derani com maestria assevera que “o direito exclusivamente como texto reflete uma ideia, a realização ou deturpação desta ideia se dá pela sua prática, pela sua concretização. É por isso que não há caminho, porém caminhos a se chegar à concretização do do ordenamento jurídico. O direito escrito é parte da geração concreta do direito, que ser completa com a sua interpretação e aplicação (Derani, 2009).

O sistema jurídico, teórico, ético, civilizatório, propugna, resguarda, a preservação dos bens e interesses culturais como ressalta a Douta Procuradora da República Inês Virginia Prado Soares citando o artigo 216, CF: “...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, nos quais se incluem formas de expressão; os modos de fazer, criar e viver; as criações científicas, artísticas e tecnológicas; as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artísticas-culturais; os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.” (Soares, 2009).

Ainda que não exista norma jurídica e administrativa própria salvaguardando algum bem com estes atributos, é certo que desde que ostente estas qualidades, estão à salvo de destruição, pelo sistema constitucional e infraconstitucional, cabendo aos poderes públicos a sua defesa. Sobreleva neste aspecto a função do Ministério Público, inserido para este na categoria de poder-dever devendo ser tratado como tal.

Sendo histórica, urbanística e culturalmente relevantes estão e devem ser protegidos pelos meios disponíveis inclusive o acesso à jurisdição. O principal legitimado acima citado não tem, neste caso, poder discricionário, “data vênica”.

Se determinado bem já foi objeto de proteção, com o instituto do tombamento – o que o eleva à condição de absolutamente protegido - melhor ainda. Neste caso, somente em caráter excepcionalíssimo fundamentado em pareceres técnicos idôneos e isentos é que poderia sofrer qualquer intervenção estranha à sua finalidade. Do mesmo modo que os casos de “destombamento”, além de excepcionalíssimos e em favor de outro bem maior, nunca do particular.

Os órgãos de assessoramento do executivo, criados e mantidos com a finalidade precípua da preservação do patrimônio cultural, não têm discricionariedade nesta função. Em primeiro lugar dever se ater aos laudos e pareceres técnicos especializados e isentos, inclusive de fora da administração pública. Para isto existem as Universidades, Institutos e Associações, todos estes órgãos da sociedade civil à qual cabe, em última análise, a palavra final sobre a preservação do patrimônio cultural.

A discricionariedade “é um poder delimitado previamente pelo legislador; este, ao definir determinado ato, intencionalmente deixa um espaço para livre decisão da Administração Pública, legitimando previamente sua opção; qualquer delas será legal. (Di Pietro, 2022). Em oposição à discricionariedade o legislador define os administrativos “vinculados” nos quais “a lei não deixou opções ; ela estabelece que, diante de determinados requisitos, a Administração deve agir de tal ou qual forma”, isto é, a lei “estabelece uma única solução possível diante de determinada situação de fato; ela fixa os requisitos, cuja existência a Administração deve limitar-se a constatar, sem qualquer margem de apreciação subjetiva.” (Di Pietro, 2022, p. 220).

É o que ocorre em relação a bens protegidos por leis ambientais em geral.

Nestes casos, entendendo a Administração ou os seus órgãos de assessoramento que podem alterar a finalidade social destes bens, ocorre “desvio de poder”, “quando a autoridade usa do poder discricionário para atingir fim diferente daquele que a lei fixou”.

É o que ocorre quando a Administração Pública menospreza a relevância de determinados bens – mormente os tombados – ignorando pareceres técnicos e jurídicos especializados e os entrega à depredação.

Neste aspecto, urge aperfeiçoar os órgãos de assessoramento – CONPRES, CONDEPHAAT, IPHAN - para pô-los em cobro de ingerências políticas e mercadológicas. A participação popular consagrada na defesa do meio ambiente é indispensável e deve assim ser considerada.

Isto vale para o caso do Palacete Rodrigues Alves e seu entorno, os diversos parques municipais e estaduais, vistos atualmente como recursos disponíveis para o mercado, o que avilta o bom senso e o ordenamento jurídico mencionado.

Dentre os argumentos em defesa do parágrafo acima, basta analisarmos se as intervenções noticiadas na imprensa atendem ao “interesse público”. É óbvio que não.

Interesse: Estar presente no meio de algo, participar ativamente de uma situação: *inter* (entre) e *esse* (estar). Ou: Interest, *erat*, *fuit*, *esse*; ser do interesse, importar. Público: *Publicum*, bem comum. Interesse público é aquilo que é de todos; indivisível, insuscetível de mácula, contraposto ao interesse privado.

Estando claro este princípio, nada deve ser admitido que não seja em prol do interesse público, de toda a comunidade, das gerações presente e futuras.

Elevado à categoria de bem de interesse público, pelo tombamento, quando houver, quaisquer atos colegiados ou não tem o dever legal de atuarem na defesa do bem. Para isto foram criados os órgãos colegiados de assessoramento do executivo na deliberação da qualificação cultural de tais bens.

Não cabe a simplista alegação de conflitos de normas jurídicas, até porque sempre estão sujeitas às eventualidades políticas. A proteção é soberana e assim deve ser tratada.

Tampouco há que de cogitar, por absurdo, o direito de protocolo no que respeita aos direitos ambientais, como se houvesse direito adquirido à poluição, ao desmatamento, à intervenção predatória em bens tombados etc.

E, nesta linha, não antijurídica é a alegada segurança jurídica.

A empresa – e o mercado – exerce atividade de risco. Se não pretende ter seus interesses contrariados, não se volte para a depredação de bens de interesse público, tombados ou não. Tanto o empreendedor quanto os Executivos das três esferas de governo devem ter suas ações informadas pelo princípio da precaução: “...o direcionamento da conduta dos empreendedores e do poder público licenciador pelo princípio da precaução é obrigatório quando existir o menor indício de potencialidade de dano aos bens culturais” (Soares, 2009). E prossegue trazendo a lume o Princípio 15 da Declaração do Rio de Janeiro/92: “Princípio 15 – Com o fim de proteger o meio ambiente, os Estados deverão aplicar amplamente o critério da precaução conforme suas capacidades. Quando houver perigo de dano grave ou irreversível, a falta de certeza científica absoluta não deverá ser utilizada como razão para se adiar a adoção de medidas eficazes em função dos custos para impedir a degradação do meio ambiente.” (grifei).

E ainda, referindo-se a obra de Cristiane Derani: “O princípio ambiental da precaução é um dos pilares mais importantes para a tutela do patrimônio cultural material e imaterial. A Consagração desse princípio impôs, em definitivo, a adoção do enfoque da prudência e da vigilância na aplicação do direito ambiental às condutas e atividades lesivas aos bens que integram o meio ambiente, em

detrimento do enfoque da tolerância e da certeza científica. O carácter peculiar da irreversibilidade do dano causado a um bem cultural, quando da implementação de obra ou serviço passível de licenciamento ambiental, ressalta a necessidade de que todos os estudos e análises considerem o risco a que está exposto o bem cultural localizado na zona direta ou indireta do empreendimento. A percepção do risco para o patrimônio cultural como bem ambiental conduz à necessidade de exigência de avaliações e estudos multidisciplinares antes da implementação do empreendimento potencialmente impactantes. (...) Este princípio acarreta, no âmbito administrativo, a inversão do ônus da prova para a caracterização da lesão ao meio ambiente, impondo ao empreendedor, diante de elementos confiáveis (mas passíveis de contestação científica) a respeito da degradação, a comprovação cabal de que sua atividade não é (ou não será) significativamente degradadora da qualidade ambiental e dos bens que integram o meio ambiente, autonomamente considerados.(grifei). Ao órgão licenciador cabe, quando não apresentada, exigir tal comprovação, sob pena de afronta aos princípios da Administração Pública e, principalmente do princípio da precaução” (grifei)(Soares, 2009, p. 413).

E se houve autorização, alvará, permissão ou destombamento do bem com a chancela dos órgãos de assessoramento?

A “segurança jurídica” tem sido usada como panaceia para tratar como fato consumado toda e qualquer lesão ao direito ambiental, cultural ou natural. E até mesmo os mais diversos aspectos da administração e da geopolítica pátria.

Este é o argumento invocado frequentemente para defender como fatos consumados lesões ambientais amparadas em atos administrativos de quaisquer espécies.

Os atos administrativos de todos os entes federativos, os municípios os estados e a União, não são absolutos no seu conteúdo e no seu alcance ao contrário do que legisladores e administradores despercebidos alegam.

O sistema jurídico constitucional vincula todo o ordenamento jurídico e quaisquer atos dele decorrentes. Para isto para isto existem os diversos modos de controle de constitucionalidade das leis e dos atos administrativos, seja pela via direta ou indireta, nos diversos grau de competência e atribuição, conforme a origem do dispositivo legal o administrativo.

Em matéria ambiental, mais ainda, pelos princípios específicos para a sua defesa.

O conceito de meio ambiente natural é intuitivo e no cultural é complexo. Nele está incluída a produção humana de grande relevância para a formação do conceito de nação, a formação histórica, artística e cultural, como vetores do princípio da dignidade. Não são meras objeções ao progresso e ao “setor produtivo” (outra panaceia para justificar a usura dos bens públicos por poucos

em detrimento de todos). As questões comerciais e empresariais são válidas e podem ser feitas em perfeita consonância com o interesse público expresso na legislação ambiental. Não há necessidade de confronto entre o interesse público e o interesse privado. Há necessidade de que o interesse privado e a administração pública, encarregada da defesa do interesse público, em primeiro lugar, se conscientizem de que tais bens pertencem às futuras gerações. Nenhum administrador, eleito ou não, tem o direito de atuar em detrimento destes interesses destes bens em prol do “setor produtivo” (aliás, produtivo é o trabalhador). Ao contrário, cabe ao administrador discipliná-lo segundo os interesses da coletividade.

Outro aspecto é a imprescritibilidade do dano ambiental: o Supremo Tribunal Federal decidiu que a pretensão de reparação civil por danos ao meio ambiente é imprescritível, afastando o argumento de segurança jurídica para quem degrada.

A tutela do direito ambiental visa assegurar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, impondo ao Poder Público e à coletividade o dever de sua preservação para as presentes e futuras gerações. O regime de proteção fundamenta-se na responsabilidade civil objetiva, baseada na teoria do risco integral, que exige apenas a demonstração do dano e do nexo causal entre a atividade e a degradação, nos termos do art. 225 da Constituição Federal e do art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81.

No Município de São Paulo nenhum dos princípios e dispositivos constitucionais acima enfocados vêm sendo cumpridos minimamente, conforme as dezenas de matérias jornalísticas sobre o assunto.

A prevalecer este estado de coisas; quando o interesse privado e dos agentes públicos encastelados na administração pública sobrelevarem ao interesse de todos, antes mesmo de consolidarmos a tutela dos direitos constitucionais difusos e coletivos – culturais ou não -, entre nós, passaremos diretamente à **Era da Supressão dos Direitos**, expressão na linha do pensamento de Bobbio. Este é o tratamento dos temas ora enfocados pelos atuais detentores do poder no Estado e no Município de São Paulo, para não dizer em todo o país.

É onda retrógrada com a qual nos defrontamos no primeiro quarto do século XXI, quando já pensávamos estar superado o risco da supressão das liberdades e do dogma da prevalência do interesse de todos sobre o individual.