

# A DISTINÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS, A ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA E A CIDADANIA ECOLÓGICA: UMA PROPOSTA DOUTRINARIA.

Fernando Amaral<sup>1</sup>

## RESUMO

O presente estudo se ocupa do tema da diferenciação entre regras e princípios e a importância de uma definição doutrinária para uma melhor compreensão e efetividade da cidadania ecológica. Será demonstrado o avanço da cidadania civil até a cidadania ecológica, as distinções doutrinárias entre regras e princípios em Ronald Dworkin, Robert Alexy, J.J. Gomes Canotilho, Humberto Ávila e Carlos André Birnfeld no intuito de trazer uma fusão de horizontes adequada ao interprete para uma efetivação da cidadania ecológica. Foi utilizado o método dedutivo, através de pesquisa original, explicativa, documental e bibliográfica. Ao final será feita uma proposta teórica de aplicabilidade das normas e, quem sabe, contribuir para o aprofundamento deste estudo no Brasil.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos Fundamentais; Cidadania Ecológica; Princípios e Regras.

## ABSTRACT

The study is about the differentiation between rules and principal and the importance of a doctrinarian definition in order to achieve a better comprehension and the effectiveness of ecological citizenship. It will be demonstrated the occurred advance from civil citizenship to ecological citizenship and the doctrinarian distinctions between rules and principles by the point of view of Ronald Dworkin, Robert Alexy, J.J. Gomes Canotilho, Humberto Ávila and Carlos André Birnfeld aiming to a fusion of horizons which is appropriate to interpret the effectiveness of ecological citizenship. The deductive method was used by the original, explanatory, documentary and bibliographic research. By the end, a theoretical proposal of applicability of the rules will be made and perhaps it will contribute to increase scientific studies.

**KEYWORDS:** Human Rights; Ecological citizenship; Principles and Rules.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por escopo investigar a possibilidade de uma escolha doutrinária quanto a diferenciação entre regras e princípios para uma efetiva realização da cidadania ecológica.

---

<sup>1</sup> Professor-colaborador na Universidade Federal do Rio Grande (FURG) – Especialista em Direito Público pela Escola Verbo Jurídico (Porto Alegre/RS); Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Direito e Justiça Social da Fundação Universidade do Rio Grande (FURG); Pesquisador do CNPQ; Advogado; nandoamaral@gmail.com.

Partindo da percepção de que é vasta as posições doutrinárias e qualificadas dentro da tradição doutrinária, percebe-se, ao mesmo tempo, que hodiernamente no Brasil existe opções casuísticas quanto a distinção entre princípios e regras sem analisar qual a adequada opção para a realização de uma cidadania ecológica.

Uma investigação da posição da cidadania ecológica se fez necessário para colocar em que posição dentro dos direitos do homem se encontra este estágio da cidadania.

Dentro dos autores que trabalham com a definição de princípios e regras optou-se pelos de mais tradição na doutrina e na jurisprudência nacional bem como aqueles que possuem um grau de utilidade oferecido para a efetivação da cidadania ecológica. Com base nestes critérios se trabalhou as distinções entre regras e princípios em Robert Alexy, J.J. Gomes Canotilho, Humberto Ávila e Carlos André Birnfeld.

Dessa forma, após as exposições doutrinárias optou-se por uma que, sem exaurir o tema, entendeu-se como a mais adequada para uma fusão de horizontes interpretativo que efetive a cidadania ecológica.

## 1. A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM. DA CIDADANIA CIVIL A ECOLÓGICA

A evolução dos direitos é uma necessidade constante da vivencia social. A cada fato social novo poderá ter um olhar axiológico do Direito para se verificar a necessidade de juridicização e transformar os elementos deste fato social num suporte fático para incidência da norma e assim qualificando este fato em fato jurídico.

Alguns direitos, no entanto, possuem uma qualificação especial. De fato, aqueles direitos qualificados como direitos do homem merecem uma atenção especial devido a sua fundamentalidade existencial do indivíduo e por estarem estritamente ligados, de acordo com a doutrina, com outros temas fundamentais. Nestes termos Bobbio (2004, p. 1) destaca que há uma relação de existência entre direitos do home, democracia e paz. Para este autor italiano só há democracia numa sociedade de cidadãos, e estes, só existem, no sentido jurídico da palavra, quando lhe são reconhecidos alguns direitos fundamentais.

Este surgimento de novos direitos se dá através da historicidade social que, segundo Bobbio (2004, p. 63), ocorreu de três modos: a) porque aumentou a quantidade de bens considerados merecedores de tutela; b) porque foi estendida a titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem; c) porque o próprio homem não é mais considerado como ente genérico, ou homem em abstrato, mas é visto na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho, doente, etc. Com base nesta historicidade Bobbio revelou uma classificação geracional de direitos do homem. Os de primeira geração (civis e políticos), os de segunda geração (direitos sociais), os de terceira geração (dentre eles o mais importante, segundo Bobbio é o de viver num ambiente não poluído). Bobbio destaca que se está ainda em constante evolução e cita os direitos de quarta geração advindo das reivindicações dos direitos do homem em relação a pesquisa biológica (2004, p. 5).

Sob a perspectiva dos poderes e deveres do Estado em relação a estes direitos, para este autor italiano embora as exigências de direitos possam estar dispostas cronologicamente em diversas fases ou gerações, suas espécies são sempre duas com relação aos poderes constituídos: ou impedir os malefícios de tais poderes ou obter seus benefícios. Os de primeira geração, correspondem os direitos de liberdade, ou um não-agir do Estado; os de segundo, os direitos sociais, uma ação positiva do Estado; nos direitos de terceira e de quarta geração, podem existir direitos tanto de uma quanto de outra espécie (normas que contem um não agir ou ação positiva do Estado) (2004, p. 6).

Portanto temos que direitos do homem são dimensões que surgem através da historia dos povos que vão aumentando o nível de cidadania do homem.

Com base nesta perspectiva cidadã – direito de ter direitos -, Marshal já em 1949 (1967, p. 63) propôs uma tipologia: a) cidadania civil - que englobaria os direitos necessários a liberdade individual - ir e vir, imprensa, pensamento e fé, propriedade e conclusão de contratos válidos, justiça igual, etc.; b) cidadania política - que englobaria o direito de participar no exercício do poder político; c) cidadania social - que englobaria tudo o que vai desde o direito a um mínimo de bem-estar econômico e segurança ao direito de participar, por completo na herança social e levar a vida de um ser civilizado de acordo com os padrões que prevalecem na sociedade. Consolidando as gerações de direito de Bobbio e as cidadanias Marshal temos que os direitos de primeiro geração contem a cidadania civil e política e os de

segunda geração a cidadania social. Os direitos de terceira, segundo o autor italiano, por ter uma heterogeneidade e vagueza muito grande carece de um lócus cidadão mais definido.

Como as cidadanias (direitos do homem) ainda continuam em plena evolução e a **cidadania ecológica**, que segundo Bobbio é a reivindicação mais importante dos direitos de terceira geração (2004, p. 5), esta também está dentro deste processo de surgimento de novos direitos. De acordo com Birnfeld a cidadania ecológica é composta por **ações e abstenções destinadas a manter a incolumidade dos fatores da natureza que contribuem para a manutenção da vida** (p. 11).

Dessa forma, temos que para o exercício desta “nova” cidadania na perspectiva marshaliana, e com um olhar na efetivação dos direitos do homem de acordo com Bobbio (sempre um agir ou um não-agir Estatal), surgem normas (princípios e regras) que contém poderes, deveres, direitos de indivíduos, de instituições públicas ou privadas para uma efetivação deste Estado de Direito Ambiental que concretizará este estado de coisas ecológico. Esta atuação ou omissão estatal não se dá de outra forma dentro do Estado de Direito senão através de uma produção normativa (princípios e regras) que possui seu topos no conteúdo constitucional.

Portanto, diante de tantas classificações teóricas normativas se faz necessário uma determinação – mormente a diferenciação entre regras e princípios - dentro da tradição teórica (horizonte passado) para que os (pré)conceitos do interprete (horizonte presente) se fundem numa adequada manutenção interpretativa otimizadora da cidadania ecológica, pois para Gadamer “*compreender é sempre o processo de fusão destes horizontes presumivelmente dados por si mesmos*” (2004, p. 404).

## 2. PRINCIPIOS E REGRAS EM DWORKIN

Dworkin constrói a sua teoria dos princípios com a finalidade de combater o positivismo jurídico com o intuito de criticar a discricionariedade que está corrente autoriza na interpretação dos textos.

Para ele, que foi uma inovação até então, a distinção entre os princípios e regras é de natureza lógica (2007, p. 39). As regras são aplicáveis, via de regra, de forma disjuntiva, à

maneira do tudo-ou-nada (*all-or-nothing*), presentes os pressupostos de fato previstos a subsunção se impõe pois ou a regra é válida, e a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a aplicação. Podem conter exceções, casos em que devem ser arroladas da forma mais completa, sob pena de ser inexata. Os princípios funcionam de outra forma, pois não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas, possuem uma dimensão de peso ou importância (*dimension of weight*) (2007, p.39-40).

Humberto Ávila (2005, p. 28) bem sintetiza a motivação e pensamento de Dworkin:

(...) A finalidade do estudo de Dworkin foi fazer um ataque geral ao Positivismo (general attack on Positivism), sobretudo no que se refere ao modo aberto de argumentação permitido pela aplicação do que ele viria a definir como princípios (principles). Para ele as regras são aplicadas ao modo tudo ou nada (all-or-nothing), no sentido de que, se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou é a regra válida e a consequência normativa deve ser aceita, ou ela não é considerada válida. No caso de colisão entre regras, uma delas deve ser considerada inválida. Os princípios, ao contrário, não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios.<sup>21</sup> Daí a afirmação de que os princípios, ao contrário das regras, possuem uma dimensão de peso (*dimension of weight*), demonstrável na hipótese de colisão entre os princípios, caso em que o princípio com peso relativo maior se sobrepõe ao outro, sem que este perca sua validade. Nessa direção, a distinção elaborada por Dworkin não consiste numa distinção de grau, mas numa diferenciação quanto à estrutura lógica, baseada em critérios classificatórios, em vez de comparativos, como afirma Robert Alexy. A distinção por ele proposta difere das anteriores porque se baseia, mais intensamente, no modo de aplicação e no relacionamento normativo, estremando as duas espécies normativas.

## 2. PRINCIPIOS E REGRAS EM ALEXY

Dentro da tradição dos direitos fundamentais indispensável a análise de Alexy e sua eventual utilidade para a cidadania ecológica.

Segundo Alexy a mais importante das diferenciações teóricas-estruturais é a distinção entre regras e princípios. Toda a sua teoria dos direitos fundamentais gira em torno desta separação.

Para ele toda norma é ou uma regra ou um princípio e a distinção é de qualidade, não de grau (2014, p. 91).

Alexy, partindo das considerações de Dworkin, precisou ainda mais o conceito de princípios. Para ele os princípios jurídicos consistem apenas em uma espécie de normas jurídicas por meio da qual são estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas existentes (p. 90). Por seu turno, regras são determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível, se uma regra vale deve fazer exatamente aquilo que ela exige, nem mais nem menos. Portanto a diferença

Em que pese a semelhança no critério diferenciador de Dworkin e Alexy, os dois autores não usam o mesmo descritivo, neste sentido Avila (2005, p. 30) adverte que:

“A distinção entre princípios e regras - segundo Alexy - não pode ser baseada no modo tudo ou nada de aplicação proposto por Dworkin, mas deve resumir-se, sobretudo, a dois fatores: diferença quanto à colisão, na medida em que os princípios colidentes apenas têm sua realização normativa limitada reciprocamente, ao contrário das regras, cuja colisão é solucionada com a declaração de invalidade de uma delas ou com a abertura de uma exceção que exclua a antinomia; diferença quanto à obrigação que instituem, já que as regras instituem obrigações absolutas, não superadas por normas contrapostas, enquanto os princípios instituem obrigações *prima facie*, na medida em que podem ser superadas ou derogadas em função dos outros princípios colidentes.”

Com base na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, Alexy trouxe a máxima da proporcionalidade para a colisão entre princípios. Neste caso, para o autor, a solução não se resolve com a prevalência de um princípio sobre outro, mas é estabelecida em função da ponderação entre os princípios colidentes, em função de um deles, no caso concreto, recebe a precedência (2014, p. 93).

Os princípios, portanto, possuem apenas uma dimensão de peso e não determinam as consequências normativas de forma abstrata, ao contrário das regras. É só a aplicação dos princípios diante dos casos concretos que os concretiza mediante lei de colisão (2014, p. 101). É dizer o mesmo: a ponderação dos princípios conflitantes é resolvida mediante a criação de regras de prevalência, o que faz com que os princípios, desse modo, sejam aplicados também ao modo tudo ou nada (2014, p. 117).

Essa espécie de tensão e o modo como ela é resolvida é o que distingue os princípios das regras para Alexy: enquanto no conflito entre regras é preciso verificar se a regra é válida ou inválida para o caso concreto (2014, p. 92), na colisão entre princípios se realiza uma ponderação onde no caso posto um determinado princípio vai pesar mais na decisão sem a necessidade de se declarar a invalidade do princípio excluído (2014, p. 93).

Portanto, para Alexy, o que diferencia um princípio de uma regra é possibilidade daquele ser sopesado mediante a “*lei de colisão*” (e não no esquema do tudo ou nada como propõe Dworkin). Sendo os princípios mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas, a natureza dos princípios implica na *máxima da proporcionalidade* e esta implica naquela (2014, p. 116). Para o autor só existe princípio se for possível aplicar a máxima da proporcionalidade e esta só existe na aplicação de princípios. Portanto, é de vital importância para caracterizar a diferença entre princípios e regras para Alexy trazer a baila o que ele entende por *máxima da proporcionalidade*. Para o autor a máxima da proporcionalidade possui três máximas parciais: a máxima da adequação, necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito). Nas palavras de Alexy:

“Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas.” (...) “A máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de serem os princípios mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as máximas da adequação e da necessidade decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas”. (2014, pp. 117 e 118)

Como se percebe as máximas parciais (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) da proporcionalidade são regras (normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas, não há o que ponderar):

“A adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito não são sopesadas contra algo. Não se pode dizer que elas as vezes tenham precedência, e as vezes não. O que se indaga é, na verdade, se as máximas parciais foram satisfeitas ou não, e sua não satisfação tem como consequência tem como uma ilegalidade. **As três parciais devem ser, portanto, consideradas como regras**“ (ALEXY, 2014, p. 117, nota de rodapé 84, sem grifos no original).

Outra diferenciação entre regras e princípios dentro da teoria Alexyana refere-se aos tipos de contradição normativa. Existem dois tipos de contradição normativa: o primeiro diz respeito a validade e o segundo diz respeito à validade. O primeiro diz respeito a validade e o segundo diz respeito à validade. O primeiro diz respeito a validade e o segundo diz respeito à validade. Por isso que a validade serve ao conflito entre regras e raramente aos princípios. Enquanto que no conflito entre regras é de dentro pra fora (uma regra vai ser expurgada do ordenamento), a colisão entre princípios se dá de dentro para dentro do ordenamento jurídico pois o principio apenas vai deixar de ser aplicado naquele caso concreto após a máxima da proporcionalidade, podendo ser aplicado posteriormente em um novo caso (2014, p. 110).

Outra distinção entre regras e princípios para Alexy é que o absolutismo normativo só existe na estrutura de regra. Não existem princípios absolutos, toda norma de caráter absoluto possui mas estrutura de regra. O autor cita que a dignidade da pessoa humana, por ser considerada inviolável, poderia ser um principio absoluto. No entanto ele explica que do texto da dignidade da pessoa humana pode ser extraído o principio da dignidade da pessoa humana e a regra da dignidade da pessoa humana. Portanto, quando se diz que a inviolabilidade da dignidade da pessoa humana é absoluta está a se falar da regra advinda deste dispositivo (2014, pp. 111 a 114).

### 3. PRINCÍPIOS E REGRAS EM CANOTILHO

Diante da importância para se ter um horizonte do passado não se pode deixar de comentar a posição de J.J. Gomes Canotilho sobre o seu entendimento entre princípios e regras.

Na obra “*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*” para Canotilho “*o sistema jurídico do Estado de direito democrático português é um sistema normativo aberto de regras e princípios*” (1993, p. 166). O conceito não necessita de maiores explicações merecendo destaque para o caráter de abertura do sistema jurídico para Canotilho que advém de uma estrutura dialógica das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da verdade e da justiça.

Canotilho destaca que para diferenciar princípios e regras duas questões são fundamentais: a função dos princípios e se na relação entre princípios e regras ha uma diferença de grau ou de qualidade. Quanto ao primeiro ponto para este constitucionalista português a multifuncionalidade é uma característica nos princípios, pois tanto podem ter uma função argumentativa, no sentido de dar a *ratio legis* de uma disposição, ou revelar normas que não estão expressas no ordenamento possibilitando aos juristas o desenvolvimento, a integração e a complementação do direito (1993, p. 167).

Na segunda resposta Canotilho, com base em Dworkin e Alexy, destaca que há uma diferença qualitativa e não de grau entre regras e princípios em aspectos (1993, p. 168):

1) os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionamentos fáticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõe, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida; convivência dos princípios é conflituosa; a convivência de regras é antinômica. Os princípios coexistem as regras se excluem.

2) conseqüentemente, os princípios, ao constituírem exigências de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à “*lógica do tudo ou nada*”), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exata medida das suas prescrições, nem mais nem menos.

3) em caso de conflito entre princípios, estes podem ser objeto de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas “*exigências*” ou “*standards*” que, em *prima facie*, devem ser realizados; as regras contêm “*fixações normativas*” definitivas, sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias.

(4) os princípios suscitam problemas de validade e peso (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de validade (se elas não são corretas devem ser alteradas).

Como se percebe, Canotilho, em que pese a sua importância doutrinária tradicional, pouco inovou a partir das diferenciações feitas por Dworkin e Alexy.

#### 4. AS DIFERENÇA ENTRE POSTULADOS, PRINCÍPIOS E REGRAS EM HUMBERTO AVILA

Humberto Ávila de forma original se utiliza de uma teoria tricotômica na tipologia das normas jurídicas. Portanto, indispensável o horizonte deste teórico para uma melhor compreensão das normas.

Este autor, após refutar os critérios diferenciadores de Dworkin e Alexy, destaca que as normas não são em duas espécies mas em três: postulados, princípios e regras (2005, p. 15). Portanto, o ponto inovador de Humberto Ávila (2005, p.87 ss) está no desenvolvimento de uma tripartição das espécies normativas, pois agrega aos princípios e às regras os postulados. Postulados são metanormas ou normas de segundo grau, pois são deveres estruturantes de aplicação de outras normas. São normas formais e não matérias, pois não tratam diretamente da aplicação do Direito, mas sim que direito será aplicado no caso concreto. O autor trata como postulados as normas da proporcionalidade, da razoabilidade, da ponderação, da concordância prática, proibição do excesso.

Ávila, como já sinalizou Alexy, nos traz que um ou vários textos jurídicos (dispositivos), ou mesmo a implicação lógica deles decorrente, pode experimentar uma *dimensão* imediatamente comportamental (regra), finalística (princípio) e/ou metódica (2005, p. 60). Ou seja, para o autor o que vai definir a norma como princípio, regra ou postulado não é a sua análise abstrata mas o modo que será aplicado o texto pelo intérprete. Ávila traz o

exemplo da norma sobre a igualdade. Na sua teoria é plausível aplicá-la como regra, como princípio e como postulado. Como *regra*, porque proíbe a criação ou aumento de tributos que não sejam iguais para todos os contribuintes. Como *princípio*, porque estabelece como devida a realização do valor da igualdade. E como *postulado*, porque estabelece um dever jurídico de comparação (*Gebot der Vergleichung*) a ser seguido na interpretação e aplicação, pré-excluindo critérios de diferenciação que não sejam aqueles previstos no próprio ordenamento jurídico. Ou seja, o autor traz alternativas inclusivas entre as espécies normativas, e não um caráter de exclusão. Como destaca Ávila:

“o que não pode ser olvidado é o fato de que os dispositivos que servem de ponto de partida para a construção normativa podem germinar tanto uma regra, se o caráter comportamental for privilegiado pelo aplicador em detrimento da finalidade que lhe dá suporte, como também podem proporcionar a fundamentação de um princípio, se o aspecto valorativo for autonomizado para alcançar também comportamentos inseridos noutros contextos.” (2005, p. 61).

Outro ponto original na doutrina de Ávila, que diverge da maioria da doutrina, é que havendo conflito entre princípio e regra de mesma hierarquia, deve prevalecer a regra. A regra é algo que consiste numa espécie de decisão parlamentar preliminar acerca de um conflito de interesses e é ela que, por isso mesmo, salvo uma razão extraordinária que fundamente o postulado da razoabilidade, deve prevalecer em caso de conflito com uma norma imediatamente complementar de mesma hierarquia, como é o caso dos princípios (2005, p. 83). Daí a, conforme expressa este autor, a *função eficaz de trincheira das regras*. A esse respeito, defende Ávila:

“convém registrar a importância de rever a concepção largamente difundida na doutrina juspublicista no sentido de que a violação de um princípio seria muito mais grave do que a transgressão a uma regra, pois implicaria violar vários comandos e subverter valores fundamentais do sistema jurídico” (idem, *ibidem*).

Essa concepção tradicional da prevalência do princípio sobre a regra para o autor, parte de dois pressupostos: primeiro, de que um princípio vale mais do que uma regra, quando, na verdade, eles possuem diferentes funções e finalidades; segundo, de que a regra

não incorpora valores, quando, em verdade, ela os cristaliza. Para Ávila são as regras constitucionais que são exceções aos princípios constitucionais, ou seja, havendo contrariedade entre regra constitucional e princípio constitucional deve prevalecer a regra. Como as regras possuem um caráter descritivo imediato, o conteúdo do seu comando é muito mais inteligível do que o comando dos princípios, cujo caráter imediato é apenas a realização de determinado estado de coisas. No caso das regras, o grau de conhecimento do dever a ser cumprido é muito maior do que aquele presente no caso dos princípios, devido ao caráter imediatamente descritivo e comportamental das regras. Ávila é enfático: “*descumprir uma regra é mais grave do que descumprir um princípio*” (2005, p. 84).

## 5. A ARQUITETURA NORMATIVA DA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA DE BIRNFELD

Diante da pertinência com o tema cidadania ecológica se faz necessário o horizonte teórico de Birnfeld quem possui experiência na pesquisa do tema cidadania ecológica o que justifica-se a sua inserção no presente estudo pelo grau de utilidade.

Ao tratar da estrutura da Constituição o autor traz a clássica classificação das normas em princípios e regras, citando Canotilho, Dworkin e Alexy.

Relata, com base em Canotilho, que princípios podem ser explícitos ou implícitos, podem estar numa posição de subprincípios podendo estar num escalonamento estrutural.

Birnfeld concebe a *ordem constitucional como um espaço conformativo da realidade que assenta-se em quatros planos de ação normativa (...)* (2008, p. 15-16). Esta ação normativa, para o autor, é composta por princípios e três regras, nestes termos:

1) Princípios multifuncionais que (a) estabelecem metas para criação ou cumprimento de regras incluindo tarefas hermenêuticas (b) regulam funcional de completude do sistema;

2) Regras sobre poderes, que envolve a atribuição de diferentes funções e prerrogativas, publicas e privadas, para atuação no espaço publico, inerentes aos diferentes

processos que envolvem a criação ou materialização de direitos e obrigações respaldadas pelo poder coercitivo do Estado;

3) Regras sobre direitos, no sentido de reconhecimento e ampliação de prerrogativas de natureza subjetiva da cidadania em face da coletividade e do Estado;

4) Regras sobre deveres, abrangendo toda e qualquer obrigação, de conteúdo positivo ou negativo, afeita ao Estado e aos cidadãos de forma geral pela ordem constitucional.

Birnfeld ressalta que a proposta desta tipologia é em razão da escolha de ver as normas constitucionais partirem da *cidadania* o que vai gerar os *poderes* desta como *funções*. Ou seja, o autor, com muita utilidade para o estudos da cidadania, arquiteta a ordem jurídica partindo dos sujeitos de direito e não necessariamente das fontes do direito e isso para cidadania possui, no mínimo, uma função simbólica fundamental. Destaca o autor que estes poderes públicos efetivadores da cidadania podem ser funções de pessoas estatais ou de pessoas não estatais (2008, p. 17).

Outra observação feita por Birnfeld, semelhante a Alexy e Avila já aqui destacado, é que um texto pode consagrar ao mesmo tempo uma regra e um princípio (2008, p. 17). Para distinguir princípios e regras o autor (2008 p. 18-20) se utiliza dos mesmos critérios de Canotilho retratado linhas atrás.

Birnfeld (2008, p. 21) destaca que os princípios possuem, ainda, três funções: a) hermenêutica; b) regulativa; c) diretiva para o legislador ordinário. Note-se que dentro da multifuncionalidade destacada a última tem uma especial relevância para o controle de constitucionalidade, pois contribui para colocar balizas na liberdade de conformação do legislador delimitando, ainda que como uma diretriz, o que é mérito legislativo -insindicável por uma jurisdição constitucional - e o que pode ser objeto do controle de constitucionalidade.

Outro ponto de destaque na doutrina de Birnfeld (2008, p. 24) que há uma densificação normativa do mais abstrato princípio até a concretude da regra posta. Cita, como exemplo, o princípio da legalidade e o princípio da legalidade tributária onde este densifica aquele (semelhante o que faz Humberto Ávila, como citamos alhures, tratando de princípios – norma finalidade e regras – norma de comportamento - respectivamente).

Quanto à tipologia das regras para o autor (2008, p. 30-60) há regra sobre *poderes* (poder eleitoral, poderes legislativos, poderes judiciais, poderes administrativos e poder de polícia), regra sobre *direitos* e regra sobre *deveres* (públicos e privados).

No último tópico da obra Birnfeld (2008, p. 61-62) conforma toda a teoria exposta e faz a sua proposta da *arquitetura normativa da ordem constitucional brasileira*. Destaca que as regras constitucionais sobre poderes, embora autônomas, não podem contrariar os princípios constitucionais. Há uma relação de mão dupla entre princípios constitucionais e regras de direitos constitucionais e deveres constitucionais. Os deveres constitucionais possuem disposição autônoma e necessidade de observância dos princípios constitucionais e das regras constitucionais de direito ou de poder. Os direitos constitucionais, razão de ser da constituição, dos quais defluem deveres constitucionais, de onde saem os poderes constitucionais possuem uma necessária via de mão dupla com os princípios, pois estes são balizas inafastáveis para a sua adequada aplicação.

Além de original, a proposta feita em “*A Arquitetura normativa da Ordem Constitucional Brasileira*” nos conforta quanto algumas inquietações normativas presente na Constituição e contribui de forma original para a cidadania ecológica.

## 6. A PROPOSTA DOUTRINARIA PARA A CIDADANIA ECOLOGICA

Diante das explanações retro se percebe que em Alexy, sem reduzir a sua contribuição para estudo dos direitos fundamentais, há um problema quanto a ponderação pois esta não é exclusiva dos princípios. Por exemplo, o Código Florestal (Lei 12.651/2012) determina que é proibido o uso de fogo na vegetação, exceto, entre outras hipóteses, “*em locais ou regiões cujas peculiaridades justifiquem o emprego do fogo em práticas agropastoris ou florestais, mediante prévia aprovação do órgão estadual ambiental competente do Sisnama, para cada imóvel rural ou de forma regionalizada, que estabelecerá os critérios de monitoramento e controle*” (art. 38, I). A norma possui uma indiscutível estrutura de regra, no entanto não é difícil imaginar que em determinadas situações, que o emprego do fogo ultrapasse uma ínfima parcela de vegetação fora da região aprovada pelo órgão ambiental, e assim não afetando o bem ambiental protegido, possa ser relevada e assim não imputar eventual responsabilidade ao infrator. Trata-se de um afastamento da subsunção

da regra ambiental sem necessidade de declarar a invalidade da regra, sendo uma contradição interna que pode muito bem ser fundamentada através do máxima da proporcionalidade dentro da teoria de Alexy . Logo, o critério não é seguro trazendo insegurança jurídica na sua aplicação.

As autorizadas contribuições de J.J. Gomes Canotilho, e por isso a sua inserção no presente estudo, para a distinção entre princípios e regras por se basear em Alexy também não conforma o estudo da cidadania ecológica pelos mesmos motivos retro invocados.

Dentro da teoria de Humberto Ávila algumas contribuições para a aplicabilidade da cidadania ecológica devem ser destacadas: a) é de inevitável aceitação a sua inserção do postulado normativo (deveres estruturantes de aplicação de outras normas) dentro da clássica teoria dicotômica das normas (princípios: normas/finalidade; regras: normas de comportamento); b) outra contribuição importante é a sua inversão no desvalor aplicativo de princípios e regras, considerando a violação desta mais grave que a violação do princípio devido o grau de determinação feita pelo legislador e por isso a regra é uma exceção ao princípio quando de mesmo nível hierárquico; c) por fim entende-se importante a abordagem quanto a aplicabilidade das normas de que o que vai determinar se é um princípio ou uma regra (ou um postulado, na sua teoria) não vai ser texto posto pelo legislador mas a interpretação dada pelo aplicador da norma.

A contribuição latente para o estudo das regras e princípios em Birnfeld esta na gênese dos direitos da cidadania. Para este autor, como já destacado, a análise dos direitos partem do cidadão e não da produção oficial estatal. Isso justifica a sua análise de conteúdo das regras com direitos, poderes e funções.

Portanto tendo por norte a diferenciação, sem exaurir o tema, das normas constitucionais com as contribuições de Birnfeld e Ávila para contribuir à cidadania ecológica (*ações e abstenções destinadas a manter a incolumidade dos fatores da natureza que contribuem para a manutenção da vida*), propomos o seguinte tratamento dos princípios (norma de finalidade), das regras (norma de comportamento) e dos postulados (norma de método):

1) Os princípios são multifuncionais: (a) estabelecem metas para criação ou cumprimento de regras efetivadoras da cidadania ecológica incluindo especialmente funções hermenêuticas; e (b) regulam de forma funcional a incolumidade da natureza e manutenção da vida. Por exemplo o *Princípio da equidade intergeracional* do art. 225 da CF além de orientar o legislador na conformação infraconstitucional e exigir uma hermenêutica conforme a CF, regula funcionalmente completude do sistema de proteção ecológica com olhar para as futuras gerações.

2) Existem regras sobre poderes de efetivação da cidadania ecológica, que envolve a atribuição de diferentes funções e prerrogativas, públicas e privadas, para atuação no espaço público, inerentes aos diferentes processos que envolvem a criação ou materialização de direitos e obrigações ecológicos respaldadas pelo poder coercitivo do Estado. Por exemplo o poder de polícia administrativa na tutela do meio ambiente que o Estado tem em “*definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção*” (CF, art. 225, § 1º, III).

3) Há regras sobre direitos, no sentido de reconhecimento e ampliação de prerrogativas de natureza subjetiva da cidadania ecológica em face da coletividade e do Estado. Exemplo: a norma que garante o direito subjetivo de ação popular ambiental que qualquer eleitor tem para exercer a cidadania ecológica (CF, art. 5º, LXXIII).

4) Existem regras sobre deveres, abrangendo toda e qualquer obrigação, de ações ou abstenções, afeita ao Estado e aos cidadãos de forma geral pela ordem constitucional ecológica. Exemplo: o dever que o Estado e a coletividade tem de defender e preservar para as presentes e futuras gerações um meio ambiente ecologicamente equilibrado (CF, art. 225). Note-se que aqui o dispositivo foi aplicado como regra, e na contribuição “1” foi aplicado como Princípio com base no mesmo texto.

5) Além das regras e princípios existem os postulados aplicativos (proporcionalidade, razoabilidade, ponderação, da concordância prática, proibição do excesso) que regulam a aplicabilidade e a coordenação dos princípios e das regras ambientais concretizadoras da cidadania ecológica. Exemplo: O caso hipotético usado para refutar o

critério diferenciador de Alexy (Código Florestal, Lei 12.651/2012, art. 38, I) onde mediante o postulado da ponderação prevaleceu a *livre iniciativa* em detrimento da proteção ao *meio ambiente* devido a insignificante lesão ao meio ambiente afastando, assim, em tese, a responsabilidade.

6) Devido o grau de decidibilidade da ponderação na norma já feita pelo legislador, violar regras (normas de conduta que contém: direitos, poderes e deveres) é mais grave que violar princípios (normas de finalidade) quando de mesmo nível hierárquico e por isso aquela é um exceção desta. Por exemplo: A CF garante a liberdade de iniciativa em diversos textos (art. 1º, IV, Art. 5º, XIII, Art. 170 *caput*, art. 170, parágrafo único) os quais possuem a finalidade (norma/princípio) de garantir a autonomia da vontade para iniciar qualquer trabalho, ofício, empreendimento. No entanto esta liberdade encontra exceções, pois se a atividade escolhida causar significativa degradação ambiental é necessário o estudo prévio de impacto ambiental (art. 225, § 1º, IV) podendo inclusive se chegar a conclusão que de acordo com a regra-dever de precaução a atividade não será licenciada (norma de comportamento).

## CONCLUSÃO

A distinção entre princípios e regras é de vital importância para a hermenêutica jurídica e a aplicabilidade do direito. A cidadania ecológica, uma dimensão dos direitos humanos advinda da evolução dos direitos do homem, merece tratamento específico dentro da interpretação devido a sua especificidade.

Entre as doutrinas abordagens tem em Alexy e Canotilho distinções clássicas entre os princípios e regras com na base possibilidade de se utilizar da lei de colisão nos princípios e não nas regras. A premissa não se confirma pois se demonstrou que é possível a ponderação entre regras.

Viu-se que foi de grande contribuição a teoria tricotômica de Humberto Ávila onde se tem regras (normas/conduas), princípios (normas/finalidade) e postulados (normas/método).

Outro grande contribuição, entre outras, esta em Carlos Andre Birnfeld onde se verifica que existe uma multifuncionalidade nos princípios e regras de direitos, poderes e deveres.

Optou-se em propor para a estrutura normativa da cidadania ecológica uma conjugação destes dois últimos autores para uma melhor fusão de horizontes da cidadania ecológica garantindo, assim, um meio ambiente sadio para as presentes e futuras gerações através de uma compreensão que, por hora, achamos a mais adequada.

## BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos.*; tradução de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BIRNFELD, Carlos André. *Cidadania Ecológica*. Pelotas: Delfos, 2006.

\_\_\_\_\_, Carlos André. *A Arquitetura normativa da Ordem Constitucional Brasileira*. Pelotas: Delfos, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Título original: Taking rights seriously.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Pailo Giachini. 14. ed.. Petrópolis: Vozes, Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Revista. Coimbra (Portugal): Livraria Almedina, 1993.

MARSHAL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Trad. Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.