

FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA

HELENA GONÇALVES DA ROCHA

**A VEDAÇÃO AO RETROCESSO E O DIRETO FUNDAMENTAL AO MEIO  
AMBIENTE EQUILIBRADO FRENTE À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA  
FEDERATIVA DO BRASIL**

BACHARELANDO EM DIREITO

CARATINGA - MINAS GERAIS

2018

HELENA GONÇALVES DA ROCHA

**A VEDAÇÃO AO RETROCESSO E O DIRETO FUNDAMENTAL AO MEIO  
AMBIENTE EQUILIBRADO FRENTE À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA  
FEDERATIVA DO BRASIL**

Monografia apresentada ao Curso de Direito das Faculdades Doctum, Unidade de Caratinga, como exigência parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito Ambiental e Direito Constitucional

Orientador: Prof. Msc. Salatiel Ferreira Lúcio

CARATINGA - MINAS GERAIS

2018

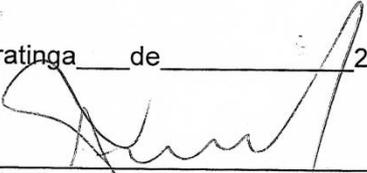
TERMO DE APROVAÇÃO

TERMO DE APROVAÇÃO

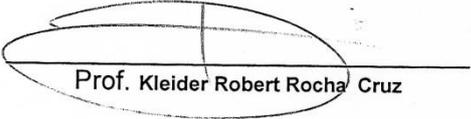
Trabalho de Conclusão de Curso intitulado A vedação ao retrocesso e o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado frente à Constituição da República Federativa do Brasil, elaborado pelo aluno Helena Gonçalves da Rocha foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito da FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA, como requisito parcial da obtenção do título de

**BACHAREL EM DIREITO.**

Caratinga de \_\_\_\_\_ 20\_\_

  
Prof. Salatiel Ferreira Lucio

  
Prof. Rodolfo de Assis Ferreira

  
Prof. Kleider Robert Rocha Cruz

## RESUMO

Este trabalho trata da vedação ao retrocesso e o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado frente à Constituição da República Federativa do Brasil. Tem por objetivo analisar a proibição do retrocesso como núcleo essencial do meio ambiente, através da Proposta de Emenda Constitucional 65 de 2012.

Para se defender a hipótese lançada acima será apresentada, como marco teórico, a teoria denominada de teoria dos limites dos limites aos direitos fundamentais, que defende que a restrição ao direito fundamental poderá ocorrer somente se for respeitado o núcleo essencial da norma constitucional. Pois o princípio da proteção do núcleo essencial é destinado a preservar o conteúdo do direito fundamental que resulta de restrições de tais direitos.

Serão analisados os direitos fundamentais constitucionais; como são classificados tais direitos; o meio ambiente e seu conceito; a licença e o instituto do licenciamento ambiental; a importância de eficazes e eficientes instrumentos de implementação do Direito Ambiental e a teoria limite dos limites aos direitos constitucionais.

**Palavras-chave:** Direitos Fundamentais. PEC. Licenciamento Ambiental. Retrocesso. Núcleo Essencial. Limites dos Limites aos Direitos Fundamentais.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>08</b>
<b>CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS</b> .....	<b>10</b>
<b>CAPÍTULO I- DIREITOS FUNDAMENTAIS CONSTITUCIONAIS</b> .....	<b>11</b>
1.1 Classificação dos Direitos Fundamentais.....	13
1.2 Direitos e Deveres Individuais e Coletivos .....	17
1.3 Direitos Difusos e Coletivos.....	22
<b>CAPÍTULO II- MEIO AMBIENTE</b> .....	<b>24</b>
2.1 O conceito de meio ambiente.....	24
2.2 Licença e Licenciamento ambiental .....	27
2.3 A Proposta de Emenda Constitucional – PEC – 65 e o retrocesso ambiental.....	33
<b>CAPÍTULO III- TEORIA DOS LIMITES DOS LIMITES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS</b> .....	<b>42</b>
3.1 Limites Materiais Constitucionais .....	42
3.2 Uma Análise das Limitações aos Direitos e Garantias Fundamentais do Núcleo Essencial segundo a Teoria Limite dos Limites aos Direitos Fundamentais .....	44
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	<b>47</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>49</b>

Dedico este trabalho a minha família, a minha mãe, principalmente, pois ela é a protagonista de todos os meus sonhos realizados, e também a todos aqueles que de alguma forma me apoiaram.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço ao Deus do impossível por mais essa graça alcançada. Nele posso todas as coisas.

À rede de ensino DOCTUM por disponibilizar os recursos necessários ao meu desenvolvimento para alcançar meus objetivos.

Aos meus professores e mestres por toda paciência, dedicação ao partilhar conhecimentos, pela sabedoria demonstrada, e os ensinamentos para a vida, em especial ao Juliano Sepe Lima Costa, Rafael Soares Firmino e Rodolfo de Assis Ferreira, sem eles não teria conseguido.

Ao meu orientador, professor mestre Salatiel Ferreira Lúcio, que tanto me ajudou neste trabalho. Valeu professor!

A minha família e a todos que de alguma forma influenciaram nessa longa caminhada.

A definição de transgressão aos direitos humanos não se limita mais ao que fizeram as ditaduras – sequestro, desaparecimento e torturas. Hoje, os direitos humanos incluem direitos econômicos, sociais e ambientais. É preciso pensar no assunto em todas as suas dimensões, e não mais de forma cartesiana e fragmentada, como vínhamos fazendo.

*Adolfo Pérez Esquivel*

## **ABREVIATURAS E SIGLAS**

CF/88 – Constituição Federal de 1988.

*Caput* – parte superior, cabeça.

STF – Supremo Tribunal Federal

PEC 65/2012 – Proposta de Emenda Constitucional 65 de 2012

EIA/Rima – Estudos de Impactos Ambiental / Relatório de Impacto Ambiental

## INTRODUÇÃO

A presente monografia sob o tema “A vedação ao retrocesso e o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado frente à Constituição da República Federativa do Brasil” tem por objetivo analisar o núcleo essencial do meio ambiente, não explicitado na Constituição do país, mas intrínseco ao tratar de direitos difusos e coletivos. Como exemplo inseriu o artigo 225 constando que o meio ambiente ecologicamente equilibrado deve ser defendido e preservado pelo Estado e pela coletividade para as gerações presentes e futuras.

Demonstra que a CF/1988 determina o estudo prévio de impacto ambiental para instalação de obras ou atividades que possam causar degradação do meio ambiente, cabendo segundo ela, à lei a sua definição. Em casos de obras que possam causar grandes impactos ao meio ambiente, somente após esse estudo e todo processo de licenciamento será autorizada a licença ambiental. O que apresenta ser o contrário da PEC 65/2012.

A PEC 65/2012 acrescenta o § 7º ao art. 225 da Constituição, para assegurar a continuidade de obra pública após a concessão da licença ambiental. Caso seja aprovada as três fases do Licenciamento Ambiental se reduzirão a exclusivamente uma, nela o empreendedor apenas faria uma simples apresentação do Estudo de Impacto Ambiental - EIA.

Para isso a situação-problema a ser analisada será se a PEC 65/2012 tal como em tramitação no Senado afronta o núcleo essencial do meio ambiente. Nesse sentido, como metodologia, serão utilizados além da obras de doutrinadores, artigos, entrevistas, estudos e debates disponibilizados na *Internet*.

A pesquisa será teórico-dogmática, será também de natureza transdisciplinar, pois serão utilizados diferentes ramos do Direito especialmente o direito ambiental e constitucional.

Para se defender a hipótese lançada acima será apresentada, como marco teórico, a teoria denominada de teoria dos limites dos limites aos direitos fundamentais, que segundo Luciano Dutra, nessa teoria a restrição ao direito

fundamental poderá ocorrer somente se for respeitado o núcleo essencial da norma constitucional. Segundo ele

...O núcleo essencial, por sua vez, apresenta-se como um conteúdo mínimo e intangível do direito fundamental, que deve sempre ser protegido em quaisquer circunstâncias, sob pena de se criar grave situação inconstitucional.<sup>1</sup>

Para Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, o princípio da proteção do núcleo essencial é destinado a preservar o conteúdo do direito fundamental que resulta de restrições de tais direitos.

...enquanto princípio expressamente consagrado na Constituição ou enquanto postulado constitucional imanente, o princípio da proteção do núcleo essencial destina -se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais<sup>2</sup>.

A partir disso pode-se confirmar tal hipótese, pois conforme a Constituição de 1988 tal PEC afronta a Constituição, pois transforma o EIA/Rima – Estudos de Impactos Ambiental/Relatório de Impacto Ambiental – em licença autorizativa, sem a devida participação popular, usurpando a competência constitucional do poder público de decidir sobre a possibilidade ambiental de empreendimentos. O que também fere o núcleo intangível do meio ambiente, isto é o retrocesso ambiental.

A partir de então será dividido em três capítulos direcionados a explicar a necessidade dos estudos e todo processo de licenciamento para que seja autorizada a licença ambiental em casos de grandes empreendimentos.

No primeiro capítulo serão analisados os direitos fundamentais constitucionais; O segundo capítulo versará sobre o meio ambiente, seu conceito, o licenciamento ambiental e suas fases, assim como a PEC 65/2012 e o retrocesso ambiental. O terceiro capítulo abordará a teoria dos limites dos limites aos direitos fundamentais, tratando dos limites materiais constitucionais e analisará as limitações aos direitos e garantias fundamentais do núcleo essencial segundo tal teoria.

---

<sup>1</sup> DUTRA, 2017, p.108

<sup>2</sup> MENDES e BRANCO, 2017, p.190

## CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Considerando-se a importância temática do meio ambiente equilibrado para as atuais, assim como para as futuras gerações e o perigo do retrocesso de direitos adquiridos em relação à legislação ambiental, é importante a análise de alguns conceitos centrais com o objetivo de investigar se a PEC 65/2012 tal como em tramitação no Senado afronta o núcleo essencial do meio ambiente.

Para isso, devem ser considerados os seguintes conceitos dentre os quais se incluem a concepção de definição de “direitos fundamentais”, “PEC”, a concepção de “licenciamento ambiental”, de “retrocesso”, bem como a visão doutrinária de “núcleo essencial”, os quais se passam a partir de então descrever.

João Trindade Cavalcante Filho define direitos fundamentais como “direitos que compõem um núcleo intangível de direitos dos seres humanos submetidos a uma determinada ordem jurídica”<sup>3</sup>.

Na expressão PEC, segundo Tié Lenzi tem a “sigla para Proposta de Emenda à Constituição. Emendar a Constituição é modificar o texto atual para inserir nele uma alteração”<sup>4</sup>.

Segundo a concepção de Erica Rusch e André Krull licenciamento ambiental é o “procedimento administrativo, obrigatório por lei, no qual o Órgão Ambiental competente acompanha a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades que utilizam recursos ambientais”,<sup>5</sup> que possa de alguma forma degradar o ambiente.

Para Dirley da Cunha Júnior a proibição do retrocesso “orienta a evolução dos Direitos Fundamentais, (...) no sentido de que, uma vez reconhecidos na ordem

---

<sup>3</sup> CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*.

Disponível em:

[http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao\\_trindade\\_\\_teoria\\_geral\\_dos\\_direitos\\_fundamentais.pdf](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf)

Acesso em: 03/nov/2018

<sup>4</sup> LENZI, Tié. O que é uma PEC?

Disponível em: <https://www.todapolitica.com/o-que-e-uma-pec/>

Acesso em: 03/nov/2018

<sup>5</sup> RUSCH e KRULL. *Guia de Orientação para Licenciamento Ambiental*

Disponível em:

<[https://cbic.org.br/wp-content/uploads/2017/11/Guia\\_de\\_Orientacao\\_para\\_Licenciamento\\_Ambiental\\_2015-1.pdf](https://cbic.org.br/wp-content/uploads/2017/11/Guia_de_Orientacao_para_Licenciamento_Ambiental_2015-1.pdf)>

Acesso em: 27/out/2018

jurídica, os Direitos não podem ser suprimidos ou enfraquecidos, sob pena de inconstitucionalidade”<sup>6</sup>.

Por fim Luciano Dutra afirma ser o núcleo essencial um “conteúdo mínimo e intangível do direito fundamental, que deve sempre ser protegido em quaisquer circunstâncias, sob pena de se criar grave situação inconstitucional”.

Para ele a teoria dos limites dos limites aos direitos fundamentais informa que “a restrição ao direito fundamental, que decorre da própria Constituição, somente é válida se **respeitado o núcleo essencial** da norma constitucional”<sup>7</sup>.

## 1 - DIREITOS FUNDAMENTAIS CONSTITUCIONAIS

Ao se afirmar os direitos fundamentais como núcleo da proteção da dignidade da pessoa humana, como afirma Paulo Gustavo Gonet Branco<sup>8</sup>, sobreveio como resultado os avanços do direito constitucional contemporâneo. Ocorrendo também o reconhecimento que a Constituição é a norma suprema do ordenamento jurídico e que os valores primordiais da existência humana devem ser resguardados nesse documento.

Há divergência entre os doutrinadores quanto ao conceito de direitos fundamentais. Para Sylvio Motta<sup>9</sup> pode-se analisar a matéria sob as perspectivas material e formal e a partir delas aglutinar um conceito.

Os direitos fundamentais sob a concepção material variam no tempo e no espaço. Eles alteram dependendo da sociedade em que o direito é formulado e o momento histórico pelo qual a formulação ocorreu. Conforme Sylvio Motta

---

<sup>6</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *A proibição do retrocesso e o efeito “cliquet” dos Direitos Fundamentais* Disponível em:

<https://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/152845012/a-proibicao-do-retrocesso-e-o-efeito-cliquet-dos-direitos-fundamentais>

Acesso em: 03/nov/2018

<sup>7</sup> DUTRA, 2017 p. 108

<sup>8</sup> MENDES; BRANCO, 2017, p. 127

<sup>9</sup> MOTTA, 2018, p. 208

Singelamente, essa concepção parte do reconhecimento de uma “fundamentalidade material” a determinados direitos, pois essenciais aos indivíduos, singular ou coletivamente considerados. Dentro dessa concepção, direitos fundamentais são os direitos **reputados capitais no seio de certa sociedade politicamente organizada, em dado período histórico**, e que, em vista disso, podem ser exigidos pelas pessoas naturais ou jurídicas que a integram<sup>10</sup>.

Os direitos fundamentais sob a concepção formal estão fundados na previsão do direito documentado na constituição. Para Sylvio Motta

Nessa aceção, são fundamentais os direitos previstos na Constituição do Estado. Essa previsão pode constar em um tópico específico, especialmente destinado à disciplina de tais direitos, ou de forma esparsa ao longo de todo o texto constitucional. Ademais, nesta perspectiva também se consideram fundamentais os direitos que, apesar de não constarem expressamente na Constituição, derivam de direitos nela consagrados, e a estes são equiparados pelo sistema jurídico do Estado<sup>11</sup>.

Utilizando se essas duas concepções ele faz a definição de direitos fundamentais como

**...o conjunto de direitos que, em determinado período histórico e em certa sociedade, são reputados essenciais para seus membros, e assim são tratados pela Constituição, com o que se tornam passíveis de serem exigidos e exercitados, singular ou coletivamente<sup>12</sup>.**

Ele diferencia ainda os direitos fundamentais dos direitos humanos ou direitos do homem. Direitos humanos são aqueles reconhecidos como específico a própria natureza do homem. São os que todos possuem pelo simples fato de sua condição humana. Eles estão totalmente desvinculados do espaço-temporal. Afirma que

Em suma, o homem, por ser o homem, pela sua natureza humana, é titular de determinados direitos, **seja qual for o período histórico considerado e o Estado a que pertença**. É um conceito eminentemente **jusnaturalista, fundado na razão humana**, que reconhece ao homem um conjunto mínimo de direitos, **independentemente de sua previsão em qualquer documento jurídico**, nacional ou internacional<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> MOTTA, 2018, p. 208

<sup>11</sup> IDEM, IBIDEM, p. 208

<sup>12</sup> MOTTA, 2018, p. 208

<sup>13</sup> IDEM, IBIDEM, p. 209

Devido a isso, segundo Sylvio Motta<sup>14</sup>, alega-se que são atribuídos aos direitos humanos caráter inviolável, universal e atemporal. Os direitos fundamentais são os direitos humanos expressos no documento constitucional.

...O legislador constituinte, partindo de um largo espectro de direitos humanos, positiva alguns deles na Constituição. Esses, os direitos humanos explicitamente prescritos no texto constitucional, e, portanto, delimitados no tempo e no espaço, são os direitos fundamentais<sup>15</sup>.

Os direitos humanos possuem caráter universal, vigente em todas as épocas e lugares; os direitos fundamentais possuem caráter relativo, pois variam dependendo da época e do local. Estes são um conjunto de direitos em determinado Estado que foram positivados na Constituição.

### 1.1 Classificação dos Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais podem ser classificados por critérios diferentes. Considerando a Constituição de 1988 pode se identificar as categorias dos direitos individuais, dos direitos de nacionalidade, dos direitos políticos, dos direitos trabalhistas, dos direitos sociais e dos direitos coletivos e difusos. Não há rigor em tais categorias de classificação, pois critérios diferentes se misturam. Para Ana Paula Barcellos

...As expressões direitos trabalhistas, sociais e políticos, por exemplo, descrevem historicamente determinadas relações, no primeiro caso, entre empregados e empregadores e, no segundo e no terceiro, entre indivíduos e Estado. Direitos individuais também invocam, em geral, os direitos clássicos de liberdade que se dirigem contra o Estado, mas também contra os agentes privados; e direitos de nacionalidade são, a rigor, direitos individuais. Ou seja: essas expressões identificam determinados conteúdos e direitos em particular<sup>16</sup>.

Tratando se de direitos individuais paralelos aos direitos coletivos e difusos tais expressões descrevem a titularidade do direito e as formas de tutela que se

---

<sup>14</sup> MOTTA, 2018, p. 209

<sup>15</sup> IDEM, IBIDEM, p. 209

<sup>16</sup> BARCELLOS, 2018, p. 227

encontram para a sua proteção, “e não propriamente o conteúdo do direito em particular, ou as partes e a estrutura das relações que lhes dão origem”.<sup>17</sup>

Tais categorias não são rigorosas, já que misturam os critérios.

...particularmente em sociedades de massas, todos os direitos podem ter dimensões individuais e coletivas; e mesmo os direitos difusos não se manifestam exclusivamente dessa forma, podendo ter, simultaneamente, dimensões individuais<sup>18</sup>

Ela cita como exemplos a liberdade de expressão que é um direito individual que consta no artigo 5º, inciso IV<sup>19</sup> e IX<sup>20</sup> da Constituição Federal de 1988, esses direitos tem dimensões tanto individuais quanto coletivos.

A liberdade de reunião também é direito individual e coletivo, conforme artigo 5º, inciso XVI<sup>21</sup>, CF/1988, é livre a liberdade de reunião, porém esse direito somente faz sentido quando se tratar de um grupo. O que também é observado quando se trata da liberdade de culto, conforme o mesmo artigo no inciso VI<sup>22</sup>, quando se trata da manifestação coletiva da liberdade de crença.

Os remédios constitucionais como o mandado de segurança e o mandado de injunção também possuem dimensões coletivas, são eles o mandado de segurança coletivo previsto no artigo 5º inciso LXX<sup>23</sup> para proteger direitos de um grupo por

---

<sup>17</sup> BARCELLOS, 2018, p. 227

<sup>18</sup> IDEM, IBIDEM, p. 227

<sup>19</sup> IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988.

Brasília: Senado Federal

Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>

Acesso: dia 24/out./2018

<sup>20</sup> IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

IDEM, IBIDEM,

<sup>21</sup> XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente;

IDEM, IBIDEM,

<sup>22</sup> VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

IDEM, IBIDEM,

<sup>23</sup> LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

a) partido político com representação no Congresso Nacional;

b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

IDEM, IBIDEM,

ações ilegais e o mandado de injunção coletivo reconhecido pela jurisprudência do STF para garantir os direitos constitucionais.

Existem também muitos direitos sociais que apresentam simultaneamente dimensões individuais, coletivos e difusos, ela cita dentre exemplos o direito ao meio ambiental saudável que consta no artigo 225<sup>24</sup> da Constituição Federal de 1988

Também um direito considerado tipicamente difuso, como é o caso do direito ao meio ambiente saudável (art. 225), terá igualmente incidências coletivas e individuais. Embora determinadas emissões poluidoras afetem o direito de todos a um meio ambiente saudável, certas pessoas ou grupos podem sofrer impactos específicos desse dano ambiental. Assim, por exemplo, um derrame de substâncias tóxicas em um corpo de água afeta a todos de algum modo, mas às populações que vivem no seu entorno de forma específica<sup>25</sup>.

Outro motivo de tais categorias não serem rigorosas está no fato de sua interdependência. A liberdade de profissão e de associação não faz muito sentido se o indivíduo está em condições de miséria ou se é analfabeto. Para que haja direitos individuais é indispensável um mínimo de direitos sociais. O mesmo é verdade em relação aos direitos políticos, ele depende dos cidadãos terem condições sociais, sem elas o direito de votar e ser votado não faria sentido.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero o artigo 5º, § 2º<sup>26</sup>, da Constituição Federal de 1988, assim como os direitos fundamentais tem sentido formal e material, dentre outros conceitos materialmente abertos consagrados na Carta Magna, pode-se classificar os direitos fundamentais em dois grupos

---

<sup>24</sup> 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. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988.

Brasília: Senado Federal

Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>

Acesso: dia 24/out./2018

<sup>25</sup> BARCELLOS, 2018, p 228

<sup>26</sup> § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988.

Brasília: Senado Federal

Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>

Acesso: dia 24/out./2018

...é possível classificar os direitos fundamentais em dois grandes grupos: (a) direitos expressamente positivados, seja na Constituição, seja em outros diplomas jurídico-normativos de natureza constitucional; (b) direitos implicitamente positivados, no sentido de direitos fundamentais decorrentes do regime e dos princípios constitucionais ou direitos subentendidos nas normas de direitos fundamentais expressamente positivadas, em suma, direitos que não encontram respaldo textual direto, podendo também ser designados de direitos não escritos<sup>27</sup>.

Afirmam que os dois grupos de direitos fundamentais possuem subgrupos distintos. Os direitos expressamente positivados possuem três subgrupos

(a) os direitos previstos no Título II da CF, que cuida precisamente dos direitos e garantias fundamentais; (b) os direitos sediados em outras partes do texto constitucional (dispersos pelo texto constitucional); (c) os direitos expressamente consagrados em tratados internacionais de direitos humanos.<sup>28</sup>

Indaga-se sobre a existência ou não de direitos fundamentais hospedados em legislações infraconstitucionais, o que seria um quarto grupo de direitos expressamente positivados. Cabe ao legislador infraconstitucional concretizar e regulamentar, à vezes restringindo, os direitos fundamentais constitucionais. Nosso direito constitucional tem por tradição uma exclusão da legislação infraconstitucional como fonte de direitos materiais fundamentais. Eles, portanto, em princípio se posicionam contra tais espécies de direitos fundamentais em nossa Constituição.

Registram que o que pode ser considerado um direito fundamental infraconstitucional para alguns pode ser na verdade um direito implícito ou derivado do regime e princípios constitucional, através de ato legislativo.

Tal ocorre, por exemplo, com o direito fundamental (constitucional) aos alimentos, consoante, aliás, já reconhecido por alguma doutrina, 917 em que, em última análise, está em causa um direito fundamental a prestações de caráter existencial, que – independentemente de previsão legal ou constitucional (que acabou ocorrendo por força da EC 64/2010 – já poderia ser deduzido do direito à vida com dignidade. 918 Ao legislador civil coube, neste caso, a tarefa de reconhecer no plano legal a obrigação, definindo parâmetros, sujeitos passivos e ativos, bem como dispendo sobre questões processuais, entre outros aspectos<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018, p. 345

<sup>28</sup> IDEM, IBIDEM, p. 345

<sup>29</sup> IDEM, IBIDEM, p. 346

Quanto aos direitos implicitamente positivados a possibilidade de abertura para a compreensão de tais direitos fundamentais são múltiplas e complexas. Como implícito etimologicamente significa aquilo que está subentendido, envolvido, mas não de modo claro, Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero aduzem que

Neste sentido, verifica-se que a categoria dos direitos implícitos pode corresponder também – além da possibilidade de dedução de um novo direito fundamental com base nos constantes do catálogo – a uma extensão (mediante o recurso à hermenêutica) do âmbito de proteção de determinado direito fundamental expressamente positivado, cuidando-se, nesta hipótese, não tanto da criação jurisprudencial de um novo direito fundamental, mas, sim, da redefinição do campo de incidência de determinado direito fundamental já expressamente positivado.<sup>30</sup>

Para o reconhecimento de direitos implícitos, qualquer que seja o critério o artigo 5º, § 2º<sup>31</sup> CF/1988, quanto à dedução de posições jurídicas fundamentais, possui caráter essencialmente declaratório.

...por exemplo, quando se afirma que a liberdade de contratar está já abrangida pelo direito geral de liberdade, ou que a proteção dos dados pessoais informatizados está incluída no âmbito de proteção da privacidade ou intimidade, a depender do caso<sup>32</sup>.

Tal dispositivo atua como autorização expressa e como um lembrete permanente para se reconhecer direitos implícitos em sentido amplo, assim como legitima e vincula a atuação dos órgãos jurisdicionais que tem por obrigação reconhecer um direito constitucional implícito.

## 1.2 Direitos e Deveres Individuais e Coletivos

<sup>30</sup> SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018, p. 347

<sup>31</sup> § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal

Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>

Acesso: dia 24/out./2018

<sup>32</sup> SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018, p. 348

Os direitos e deveres individuais e coletivos estão listados no artigo 5º da Constituição Federal de 1988. O conteúdo deste artigo pode ser didaticamente simplificado em três grandes grupos, embora de forma arbitrária, facilita a compreensão.

A primeira categoria, segundo Ana Paula Barcellos agrupa direitos e liberdades formando um espaço de autonomia do indivíduo em face da ação do Estado e de particulares.

Aqui estão, em primeiro lugar, os direitos à vida (art. 5º, *caput*), à integridade física (art. 5º, III, XLVII e XLIX), psíquica e moral (art. 5º, X e XLIX), bem como os direitos à imagem e à honra, a proteção à privacidade em suas diversas manifestações (art. 5º, XI e XII). A vida envolve uma dimensão física – conectando-se aqui com o direito à saúde (art. 196) – mas também uma dimensão existencial: na experiência humana, cada pessoa dá a sua vida um significado, uma dignidade, um valor próprio e particular, de modo que o direito à vida envolve também a autonomia para definir seus próprios projetos de vida<sup>33</sup>.

São também protegidos pela Constituição por serem considerados direitos da personalidade a imagem, a honra, a privacidade e a vida privada das pessoas. O artigo 5º, inciso XI<sup>34</sup> protege a inviolabilidade do domicílio, o inciso XII<sup>35</sup> do mesmo artigo protege o sigilo da correspondência e comunicações, podendo em situações específicas ser afastada esta proteção.

Pode se colocar também nesse grupo as liberdades, pois o *caput*<sup>36</sup> do artigo 5º a CF/1988 assegura o direito a liberdade. Sobre esta Ana Paula Barcellos descreve

<sup>33</sup> BARCELLOS, 2018, p. 229

<sup>34</sup> XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal

Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>

Acesso: dia 24/out./2018

<sup>35</sup> XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

IDEM, IBIDEM,

<sup>36</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

IDEM, IBIDEM,

De forma simples, a liberdade pode ser descrita como o *status* fundamental pelo qual cada pessoa, como padrão geral, encontra-se livre para agir como lhe parecer por bem, sem dever obediência a quem quer que seja. Está, portanto, diretamente relacionada com a autonomia individual, isto é, com a possibilidade de definir seus próprios projetos de vida e persegui-los e, nesse sentido, conecta-se igualmente com a dignidade pessoal<sup>37</sup>.

A garantia da liberdade perante autoridade pública provém do princípio da legalidade que consta no artigo 5º, inciso II<sup>38</sup>, do qual o indivíduo somente é obrigado a fazer ou deixar de fazer determinada coisa em virtude de lei. Segundo a teoria democrática tal legalidade não constitui uma negação da liberdade. Como a lei é elaborada por representantes eleitos pelo povo, obedecendo-a, o povo se submete a proposta por ele mesmo indiretamente ratificada.

Na expressão lei, inserida no artigo 5º, inciso II, estão englobados todas as espécies normativas contidas no artigo 59<sup>39</sup> da Constituição Federal de 1988, dentro de sua competência e das disposições constitucionais.

O status fundamental da liberdade dos indivíduos é garantido pela Constituição em face do Estado e também em face de outros agentes privados, restringindo a liberdade de uma parte em relações jurídicas desiguais, sob o ponto de vista socioeconômico, impondo deveres com objetivo de proteger determinados grupos para que estes exerçam melhor sua liberdade. Barcellos registra que

Note-se que, em tais casos, a lei, muitas vezes, funcionará como instrumento para garantir a liberdade, e não para restringi-la. Nessa linha, a Constituição trata da defesa do consumidor (art. 5º, XXXII), assegura direitos trabalhistas (art. 7º) e destina uma disciplina específica, por exemplo, para crianças e adolescentes (arts. 24, XV, e 227), idosos (art. 230) e deficientes (arts. 23, II, 24, XIV, 203, IV, e 244). A liberdade de

---

<sup>37</sup> BARCELLOS, 2018, p. 229

<sup>38</sup> II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal

Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>

Acesso: dia 24/out./2018

<sup>39</sup> Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

- I - emendas à Constituição;
- II - leis complementares;
- III - leis ordinárias;
- IV - leis delegadas;
- V - medidas provisórias;
- VI - decretos legislativos;
- VII - resoluções.

IDEM, IBIDEM

iniciativa em todos os campos constitui, igualmente, um dos fundamentos do Estado (art. 1º, IV)<sup>40</sup>.

Ela assegura que além das liberdades gerais previstas na Constituição, esta prevê uma série de liberdades consideradas como cláusulas pétreas que podem ser agrupadas em duas categorias principais

Afora as previsões gerais acerca das liberdades, a Constituição protege, de forma específica, uma série de liberdades consideradas como cláusulas pétreas pelo constituinte originário (art. 60, § 4º, IV). Uma tentativa de classificação pode agrupar tais liberdades em duas categorias principais: a) liberdades intelectuais e espirituais, que englobam as liberdades de manifestação de pensamento (art. 5º, IV), de consciência, crença e culto (art. 5º, VI e VIII) e de expressão em geral (art. 5º, IX); e b) liberdades de ação, que congregam as liberdades de desenvolver atividades, trabalhos e ofícios em geral, incluindo a liberdade profissional (art. 5º, XIII), de locomoção (art. 5º, XV), de reunião e associação (art. 5º, XVI a XXI) e de adquirir propriedade material e imaterial (art. 5º, XXII, XXIV, XXVII, XXIX)<sup>41</sup>.

Agrupam na segunda categoria os direitos, que são também denominados princípios, de múltiplas dimensões. Funcionam de forma geral como limites e condicionantes da atuação do estado e às vezes em relação a alguns deles e da ação de particulares. Conforme cita Barcellos

Nesse sentido, a ação estatal está submetida à legalidade (art. 5º, II) e à isonomia (art. 5º, *caput* e I), que se desdobra não apenas em garantia da isonomia formal, na lei e perante a lei, mas também admite conteúdos que procuram promover a isonomia material. É o que se passa com a proteção que a Constituição dirige a grupos específicos – como as pessoas com deficiência – e com as políticas de ações afirmativas<sup>42</sup>.

O devido processo legal deve ser observado pelo Estado em processos que conduz e decide principalmente em casos de direito sancionador, respeitando o contraditório, a ampla defesa e um órgão julgador imparcial. Deve também observar os limites constitucionais para as sanções penais.

A ação estatal, seja legislativa, administrativa ou jurisdicional, deve observar a razoabilidade e a proporcionalidade constante nas garantias do devido processo

---

<sup>40</sup> BARCELLOS, 2018, p. 230

<sup>41</sup> BARCELLOS, 2018, p. 230

<sup>42</sup> IDEM, IBIDEM, 2018, p. 231

legal, do Estado de Direito e respeitar as exigências constitucionais da segurança jurídica.

Na terceira categoria, segundo Barcellos, estão as garantias ou direitos que objetivam assegurar o respeito aos direitos e liberdade em geral, principalmente os que foram assegurados nas categorias já mencionadas. Para ela

Aqui estão os direitos à informação e à petição (art. 5º, XXXIII e XXXIV), bem como o direito de acesso ao Judiciário (art. 5º, XXXV), com seus diversos corolários e instituições associadas, e as várias ações específicas – comumente chamadas de remédios constitucionais, a saber: *habeas corpus* (art. 5º, LXVIII), mandado de segurança (art. 5º, LXIX e LXX), mandado de injunção (art. 5º, LXXI), *habeas data* (art. 5º, LXXII), ação popular (art. 5º, LXXIII) – que visam fornecer uma solução rápida e específica para a ameaça ou a efetiva lesão a determinados direitos<sup>43</sup>.

O acesso à Justiça regido no artigo 5º, inciso XXXV<sup>44</sup> não está limitado na possibilidade formal de ingresso em juízo. Pois o legislador constituinte procurou criar mecanismos que podem superar possíveis dificuldades ao acesso à justiça. Como exemplos a assistência jurídica integral e gratuita para os que comprovarem hipossuficiência, gratuidade para as ações de *habeas corpus* e *habeas data*. Deu as associações que funcionam há, no mínimo, um ano poder para impetrar mandado de segurança coletivo para defender seus associados, também aos sindicatos poder para defender direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria. Assim como a Defensoria Pública, o que na ausência desta poderá ser parcialmente suprida pela nomeação de advogados dativos, nos termos da Lei nº 8.906/1994. O constituinte previu ainda a criação de Juizados Especiais Cíveis e Criminais podendo em alguns casos dispensar a representação por advogado, assim tornando mais célere o resultado jurisdicional.

Uma das soluções para casos em que o indivíduo desconhece seus direitos materiais e do acesso à Justiça a CF/1988 deu legitimação extraordinária a determinadas instituições. Conforme assegura Barcelos

<sup>43</sup> BARCELLOS, 2018, p. 232

<sup>44</sup> XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal  
Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>  
Acesso: dia 24/out./2018

A solução constitucional (e, na sequência, legal) para esse problema foi a atribuição de legitimação extraordinária a determinadas instituições para o ajuizamento de ações coletivas na defesa de interesses difusos, coletivos e eventualmente individuais homogêneos, da sociedade como um todo ou de grupos específicos dentro dela. Entre outras atribuições, a Constituição conferiu também essa ao Ministério Público, que poderá, nos termos do art. 129, III, “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.<sup>45</sup>

Ainda segundo ela, a generalização do ensino fundamental no Brasil, e no conteúdo curricular quando houver a inserção sobre o judiciário e seu papel, o acesso à Justiça e mecanismos para que o cidadão conheça e exerça seus direitos poderá proporcionar-lhes um nível razoável de informação cívica.

### 1.3 Direitos Difusos e Coletivos

Segundo Barcellos<sup>46</sup> a CF/1988 trata de forma específica de alguns direitos difusos e coletivos. Como os artigos 215<sup>47</sup> e 216<sup>48</sup> que garantem e protegem a

---

<sup>45</sup> BARCELLOS, 2018, p. 235

<sup>46</sup> IDEM, IBIDEM, p. 242

<sup>47</sup> Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

2º A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.

3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à:

I defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro;

II produção, promoção e difusão de bens culturais;

III formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões; ]

IV democratização do acesso aos bens de cultura;

V valorização da diversidade étnica e regional.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal

Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>

Acesso: dia 24/out./2018

<sup>48</sup> Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro 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:

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

prática dos direitos culturais de variados grupos sociais, estabelecendo também diretrizes direcionadas ao Estado da matéria.

Ela rege que o desenvolvimento científico, a capacitação científica, tecnológica, a pesquisa e a inovação são fundamentais para o bem público, portanto o Estado deve promovê-los e incentivá-los, devendo para isso articular com entes públicos e privados conforme artigo 218<sup>49</sup>.

Rege o artigo 225<sup>50</sup> que o meio ambiente ecologicamente equilibrado deve ser defendido e preservado pelo Estado e pela coletividade para as gerações presentes e futuras.

Portanto a CF/1988 determina o estudo prévio de impacto ambiental para instalação de obras ou atividades que possam causar degradação do meio ambiente, cabendo conforme § 1º, inciso IV<sup>51</sup> do artigo 225 da CF/1988 à lei definir

§ 1º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

§ 2º Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.

§ 3º A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais.

§ 4º Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei.

§ 5º Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos.

§ 6º É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular a fundo estadual de fomento à cultura até cinco décimos por cento de sua receita tributária líquida, para o financiamento de programas e projetos culturais, vedada a aplicação desses recursos no pagamento de:

I - despesas com pessoal e encargos sociais;

II - serviço da dívida;

III - qualquer outra despesa corrente não vinculada diretamente aos investimentos ou ações apoiados.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988.

Brasília: Senado Federal

Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>

Acesso: dia 24/out./2018

<sup>49</sup> Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação.

IDEM, IBIDEM.

<sup>50</sup> 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.

IDEM, IBIDEM.

<sup>51</sup> IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

IDEM, IBIDEM.

esses conceitos. A lei também, conforme § 4<sup>o</sup><sup>52</sup> do mesmo artigo definirá as formas de utilização para preservar o meio ambiente em regiões como na Floresta Amazônica brasileira, na Mata Atlântica, na Serra do Mar, no Pantanal Mato-Grossense e na Zona Costeira.

Para ela, a CF/1988 se preocupa também com os direitos coletivos quando se trata de proteção a grupos vulneráveis como pessoas com deficiências, crianças e adolescentes, índios, idosos e remanescentes quilombolas.

## 2 - MEIO AMBIENTE

### 2.1 O conceito de meio ambiente

Ao se analisar a Lei 6.938/1981 definindo meio ambiente como “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”<sup>53</sup>, podemos associar a dignidade da pessoa humana a promoção e proteção de um meio ambiente preservado.

Frederico Amaro registra que tal definição não engloba todas as modalidades de meio ambiente

Entretanto, entende-se que a definição legal não é suficiente para abarcar todas as modalidades de meio ambiente, pois foca apenas nos elementos bióticos (com vida) da natureza, não tratando das criações humanas que compõem o ambiente.<sup>54</sup>

Segundo ele existem quatro espécies de meio ambiente, o meio ambiente natural, aquele formado pelos elementos da natureza bióticos ou abióticos, como a atmosfera, as águas, o solo, fauna e flora, são aqueles que não dependem da ação

---

<sup>52</sup> § 4<sup>o</sup> A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

IDEM, IBIDEM.

<sup>53</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm)> Acesso em: dia17/out./2018

<sup>54</sup> AMARO, 2017, p. 22

do homem para existir. O cultural é formado por criações materiais ou imateriais do indivíduo sobre os elementos naturais, como uma casa tombada ou expressões que integram o patrimônio cultural, como o Samba de Roda. O artificial que é formado pelos “bens fruto da criação humana, mas sem integrar o patrimônio cultural, já que não possui nenhum dos valores que os faça se enquadrar no acervo cultural”.<sup>55</sup> O laboral que é o efetuado quando as empresas executam as normas de segurança e trabalho, oferecendo dignidade e segurança ao trabalhador para desempenhar suas atividades, como o equipamento de proteção individual.

Consta ainda na CF/1988 que o Poder Público, assim como toda a coletividade, deve preservar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras.

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.<sup>56</sup>

Nosso Estado, através de sua Constituição, possui ainda a defesa do meio ambiente como um dos princípios norteadores da ordem econômica. Como assegura Nathalia Masson:

(v) Defesa do meio ambiente (art. 170, VI, CF/88): enquanto bem indispensável à vida, à flora e à fauna, o meio ambiente deve ser respeitado diante de toda atividade econômica. Desta premissa deriva a ideia de desenvolvimento sustentável, no sentido de que toda atuação produtiva executada em território nacional seja guiada pela necessidade de preservar o meio ambiente não só para as gerações do presente, mas também para as que estão porvir, mantendo e conservando os recursos naturais. No intuito de reforçar este ideal, a EC nº 42/2003 modificou o disposto no inciso VI do arr. (sic) 170 para determinar que a defesa do meio ambiente se fará, inclusive, através de tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e seus processos de elaboração e prestação.<sup>57</sup>

---

<sup>55</sup> AMARO, 2017, p. 22

<sup>56</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal

Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>

Acesso em: dia17/out./2018

<sup>57</sup> MASSON, 2016, p. 1240

Conforme Marcelo Abelha Rodrigues<sup>58</sup> a definição jurídica de meio ambiente se encontra no artigo 3º, inciso I<sup>59</sup> da Lei nº 6.938/81. Esta Lei foi pioneira na implementação de conceitos gerais.

O vocábulo meio ambiente é uma entidade nova e autônoma, difere dos conceitos simples de meio e ambiente. Seu alcance é mais largo e extenso que simplesmente o de ambiente. O legislador da Lei nº 6.938/81 conceituou em tal expressão não apenas a ideia de espaço, de simples ambiente, mas nas palavras de Rodrigues

**...o conjunto de relações (físicas, químicas e biológicas) entre os fatores vivos (bióticos) e não vivos (abióticos) ocorrentes nesse ambiente e que são responsáveis pela manutenção, pelo abrigo e pela regência de todas as formas de vida existentes nele.**<sup>60</sup>

Significa que preservar o meio ambiente é preservar o espaço, o lugar que abriga todas as formas de vida. Espaço que resulta da combinação, relação e interação de elementos bióticos (todos os seres vivos) e abióticos (todos os seres não vivos).

Tal conceito tem a finalidade de proteger, abrigar e preservar todas as formas de vida. Para tanto se deve resguardar o equilíbrio do ecossistema. Para ele

Ainda sobre o conceito de meio ambiente, verifica-se que, ao adotar a visão biocêntrica/ecocêntrica (teleológica e ontológica), o legislador distanciou-se da ideia antiquada de considerar o homem como algo distinto do meio em que vive. A aposentada e deturpada visão antropocêntrica, fruto de um liberalismo econômico exagerado e selvagem, não há mais como prevalecer num mundo em que se enxerga que o bem ambiental de hoje pertence às futuras gerações.<sup>61</sup>

Esse conceito de meio ambiente atribuído pelo legislador conduz ao grande problema por ele ter sido muito abstrato e amplo na definição do artigo 3º, inciso I<sup>62</sup>,

<sup>58</sup> RODRIGUES, 2016, p. 69

<sup>59</sup> Art. 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas;

<sup>60</sup> RODRIGUES, 2016, p. 69

<sup>61</sup> IDEM, IBIDEM, p. 70

<sup>62</sup> I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas;

principalmente em relação ao conceito de poluição inserido no inciso III<sup>63</sup> do mesmo artigo.

Ao se conjugar tais incisos surgirá como resultado para meio ambiente um conceito muito amplo e abstrato. Conforme relata Rodrigues

Isso porque o legislador tratou o meio ambiente como sendo não só o produto resultante da interação de fatores bióticos e abióticos, que são responsáveis pela conservação da vida, mas também **inseriu em seu espectro de abrangência (a partir do conceito de poluição)** a proteção contra as atividades que direta ou indiretamente:

- prejudiquem **a saúde, a segurança e o bem-estar da população;**
- criem condições adversas às **atividades sociais e econômicas;**
- afetem as **condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente.**<sup>64</sup>

A preocupação do legislador quando definiu a atividade poluente foi especificamente com o homem, numa visão antropocêntrica como quando se refere a segurança, ao bem estar, atividades sociais e econômicas da população. Mesmo sendo importantes não trazem relação com a ideia de meio ambiente que consta no inciso I, podendo somente ser enquadrada numa noção genérica de meio ambiente. Para o operador do direito tal definição não é satisfatória, pois ele precisa definir, na prática, qual é o objeto de tutela do direito ambiental.

Necessário se faz encontrar a essência concreta de proteção do Direito Ambiental, uma vez que quando se generaliza a intenção de proteger tudo na verdade se consiga proteger nada. Pois sendo muito amplo e abstrato o conceito de meio ambiente poderá perder sua eficácia normativa.

---

BRASIL. *LEI Nº 6.938, DE 31 DE AGOSTO DE 1981*. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. 1981. Brasília: Senado Federal

Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm) 23/10>

Acesso em: 02/nov/2018

<sup>63</sup> III - poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:

- a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;
- b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;
- c) afetem desfavoravelmente a biota;
- d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;
- e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos;

BRASIL. *LEI Nº 6.938, DE 31 DE AGOSTO DE 1981*. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. 1981. Brasília: Senado Federal

Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm) 23/10>

Acesso em: 02/nov/2018

<sup>64</sup> RODRIGUES, 2016, p.71

## 2.2 Licença e Licenciamento ambiental

No sentido comum da palavra licenciar significa, segundo Marcelo Abelha Rodrigues<sup>65</sup>, permissão, autorização, consentimento. É o que se faz quando se pretende fazer algo e se dirige a outro indivíduo requerendo permissão em relação ao que se pretende fazer. É sinônimo de boa educação. Tal sentido pode ser concedido em relação ao licenciamento ambiental.

Como “o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um bem de uso comum do povo e que compete ao poder público o seu controle e gestão”<sup>66</sup> não se pode admitir o uso incomum de tal bem ambiental sem o devido pedido de licença, já que seu uso ordinário se destina aos fins ecológicos e naturais. Como o povo é detentor desse bem e conforme § 1<sup>o</sup><sup>67</sup> do artigo 225 da CF/1988 ele é controlado pelo Poder Público, é responsabilidade deste conceder ou não a licença para a utilização incomum.

Erica Rusch e André Krull definem licenciamento na obra “Guia de Orientação para Licenciamento Ambiental de 2015”

O licenciamento ambiental é o procedimento administrativo, obrigatório por lei, no qual o Órgão Ambiental competente acompanha a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades que

---

<sup>65</sup> IDEM, IBIDEM, p. 609

<sup>66</sup> RODRIGUES, 2016, p. 610

<sup>67</sup> § 1<sup>o</sup> Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III - 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;

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal

Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>

Acesso em: dia 27/out./2018

utilizam recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou que possam causar de alguma forma degradação ambiental.<sup>68</sup>

Existe ligação entre licenciamento e licença, porém não é a mesma coisa. Essa é o ato que resulta do processo daquela. Só se consegue a licença ambiental após uma sequência de atos administrativos em que há divergência e discordância que resultam em um ato final, isto é, na concessão ou recusa do pedido de licença ambiental.

O ato que resulta desse processo é a licença ambiental. O que difere do licenciamento ambiental, pois este é todo o procedimento para se chegar a aquele.

A Resolução nº 237 de 1997, do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA define em seu artigo 1º, incisos I e II o licenciamento ambiental e a licença respectivamente como

Art. 1º - Para efeito desta Resolução são adotadas as seguintes definições:  
I - Licenciamento Ambiental: procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso.  
II - Licença Ambiental: ato administrativo pelo qual o órgão ambiental competente, estabelece as condições, restrições e medidas de controle ambiental que deverão ser obedecidas pelo empreendedor, pessoa física ou jurídica, para localizar, instalar, ampliar e operar empreendimentos ou atividades utilizadoras dos recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou aquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental.<sup>69</sup>

Tal Resolução também define no inciso III os estudos ambientais, segundo ela

---

<sup>68</sup> RUSCH e KRULL. *Guia de Orientação para Licenciamento Ambiental*

Disponível em:

<[https://cbic.org.br/wp-content/uploads/2017/11/Guia\\_de\\_Orientacao\\_para\\_Licenciamento\\_Ambiental\\_2015-1.pdf](https://cbic.org.br/wp-content/uploads/2017/11/Guia_de_Orientacao_para_Licenciamento_Ambiental_2015-1.pdf)>

Acesso em: 27/out/2018

<sup>69</sup> CONAMA. *RESOLUÇÃO Nº 237, DE 19 DE dezembro DE 1997, Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA*

Disponível em:

<[https://cbic.org.br/wp-content/uploads/2017/11/Guia\\_de\\_Orientacao\\_para\\_Licenciamento\\_Ambiental\\_2015-1.pdf](https://cbic.org.br/wp-content/uploads/2017/11/Guia_de_Orientacao_para_Licenciamento_Ambiental_2015-1.pdf)>

Acesso em: 28/out/2018

III - Estudos Ambientais: são todos e quaisquer estudos relativos aos aspectos ambientais relacionados à localização, instalação, operação e ampliação de uma atividade ou empreendimento, apresentado como subsídio para a análise da licença requerida, tais como: relatório ambiental, plano e projeto de controle ambiental, relatório ambiental preliminar, diagnóstico ambiental, plano de manejo, plano de recuperação de área degradada e análise preliminar de risco.<sup>70</sup>

Marcelo Abelha Rodrigues discorda de tal conceituação uma vez que ela vincula os estudos ambientais ao licenciamento. Para ele entre ambos existe estreita relação, embora não se confundam.

A **licença ambiental** é o **ato administrativo** complexo que resulta de um procedimento administrativo com amplo contraditório (**licenciamento**), no qual **são realizados estudos ambientais** justamente para embasar a concessão ou a denegação do pedido.

Não se limita, contudo, a utilização dos estudos ambientais ao licenciamento, podendo servir para outros procedimentos administrativos, como as avaliações de impacto, a fixação de padrões de qualidade ambiental, o monitoramento ambiental, o zoneamento ambiental, etc.<sup>71</sup>

Portanto a licença, qualquer que seja, depende de um estudo ambiental, porém não se utiliza o estudo ambiental somente para as licenças ambientais.

Uma questão que não interfere na atuação concreta dos operadores de direito ambiental é saber se esse licenciamento tem natureza de processo ou procedimento administrativo. Alega Marcelo Abelha Rodrigues que

Seja visto como processo ou como procedimento, a verdade é que a **sequência de atos** interligados entre si que culminam na concessão ou na rejeição da licença ambiental deve se pautar pelo **devido processo legal** e pelos **princípios constitucionais regentes da atuação da administração pública**, seja sob a perspectiva formal ou material.

Isso significa que este método ou técnica deve ser **público**, conter **decisões fundamentadas**, desenvolver-se com **contraditório** e **ampla defesa**, ser processado e julgado com **imparcialidade**, etc.

Particularmente, entendemos que a obtenção (ou rejeição) da licença ambiental é angariada num **processo administrativo informado por princípios constitucionais**, com sujeitos que nele se inserem e desenvolvem suas pretensões, criando situações jurídicas diversas e complexas, num ritual **dialético** e **participativo**, marcas próprias de um contraditório.<sup>72</sup>

---

<sup>70</sup> IDEM, IBIDEM

<sup>71</sup> RODRIGUES, 2016, p. 611

<sup>72</sup> IDEM, IBIDEM, p. 612

Nesse caso forma uma relação jurídica entre o Estado, que é a administração, e o administrado movimentada pelo contraditório e delineada pelo devido processo legal.

Uma atividade ou obra necessita do processo de licença ambiental quando se verifica que ao empreendimento será dado uso incomum ao recurso ambiental. Pois segundo Marcelo Abelha Rodrigues existe dois fatores fundamentais condicionantes para a existência da licença ambiental. São eles:

- Não se pode dar um **uso incomum** a um bem que pertence ao povo e cuja destinação constitui um direito fundamental (equilíbrio ecológico) da coletividade, sem que se **peça autorização** para tanto.
- Trata-se de uma ferramenta de **gestão ambiental** para que o Estado atue no **controle do uso atípico** e na **prevenção** e **precaução** dos impactos que possam ser causados ao meio ambiente.<sup>73</sup>

O bem pertence ao povo, portanto não se deve utilizar, sem autorização, de forma diferente da que foi garantida pela constituição como direito fundamental de todos os indivíduos.

Como instrumento de gestão do meio ambiente a licença ambiental “permite proteger, prevenir, responsabilizar, mitigar, compensar, enfim, controlar atividades, empreendimentos e obras que possam causar impacto ambiental”.<sup>74</sup>

Na Constituição de 1988 em seu artigo 170, inciso VI<sup>75</sup> rege a presunção que as atividades econômicas são impactantes para o meio ambiente, tendo assim por princípio a defesa deste.

No vocábulo defesa se reconhece que toda atividade econômica utiliza como matéria-prima os bens ambientais, portanto, ainda que de forma ínfima agride o

---

<sup>73</sup> RODRIGUES, 2016, p. 612

<sup>74</sup> IDEM, IBIDEM, p. 612

<sup>75</sup> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal

Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>

Acesso em: dia 27/out./2018

meio ambiente. Assim, cabe ao empreendedor requerer, ao Poder Público, a licença ambiental para tais procedimentos.

Com a licença, dispositivo de gestão ambiental, se tem o controle do uso incomum e o impacto do meio ambiente. Pode se fixar o custo de internalização da degradação ambiental acarretada pela obra ou atividade, o poluidor-pagador, assim como se determina o preço pelo uso incomum do bem ambiental, o usuário-pagador. Nas palavras de Marcelo Abelha Rodrigues

O **licenciamento ambiental** é mecanismo de grande valia para perquirir a existência de ambas as situações (uso incomum e poluição), sendo, portanto, instrumento de atuação dos **princípios do poluidor-pagador e do usuário pagador.**<sup>76</sup>

É necessário que o poluidor e usuário arquem em dobro pelo custo do uso incomum do bem ambiental.

Quanto ao estudo prévio de impacto ambiental (EIA/RIMA) somente será exigido nos licenciamentos daquelas atividades com impacto significativo ao meio ambiente

Em situações com menor impacto ambiental serão necessários estudos ambientais de menor porte para tal licença. Conforme determina o artigo 3º e seu parágrafo único<sup>77</sup> da Resolução nº 237 de 1997, do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA.

A licença ambiental é o instrumento que procura conciliar o direito ao desenvolvimento e a proteção do meio ambiente. A concessão de tal instrumento é o

---

<sup>76</sup> RODRIGUES, 2016, p. 614

<sup>77</sup> Art. 3º- A licença ambiental para empreendimentos e atividades consideradas efetiva ou potencialmente causadoras de significativa degradação do meio dependerá de prévio estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto sobre o meio ambiente (EIA/RIMA), ao qual dar-se-á publicidade, garantida a realização de audiências públicas, quando couber, de acordo com a regulamentação.

Parágrafo único. O órgão ambiental competente, verificando que a atividade ou empreendimento não é potencialmente causador de significativa degradação do meio ambiente, definirá os estudos ambientais pertinentes ao respectivo processo de licenciamento.

CONAMA. *RESOLUÇÃO Nº 237, DE 19 DE dezembro DE 1997, Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA*

Disponível em:

<[https://cbic.org.br/wp-content/uploads/2017/11/Guia\\_de\\_Orientacao\\_para\\_Licenciamento\\_Ambiental\\_2015-1.pdf](https://cbic.org.br/wp-content/uploads/2017/11/Guia_de_Orientacao_para_Licenciamento_Ambiental_2015-1.pdf)>

Acesso em: 28/out/2018

ato final do procedimento após vários estudos técnicos que indicam prováveis impactos ambientais e as medidas mitigadoras.

Pode acontecer que em determinados casos concretos, após estudos e alguma situação seja impossível conceder a licença ambiental, por não haver medida que possa compensar os danos ambientais. Marcelo Abelha Rodrigues afirma que

Diante disso, para diminuir o risco de desperdício de tempo, de insegurança jurídica e econômica, de prejuízos de investimentos, e até mesmo para permitir uma proteção mais minuciosa e efetiva do meio ambiente, o legislador classificou a licença ambiental em três espécies distintas:

- licença prévia;
- licença de instalação;
- licença de operação.<sup>78</sup>

O artigo 8º da Resolução nº 237 de 1997, do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA<sup>79</sup> define tais espécies.

É necessário, porém que todos os estudos ambientais estejam prontos e que eles constam no processo de licenciamento antes que se conceda a licença prévia.

### 2.3 A Proposta de Emenda Constitucional – PEC – 65 e o retrocesso ambiental

Conforme já se sabe o processo que se deve seguir para avaliar as condições para se implementar grandes empreendimentos é denominado licenciamento ambiental, que é composto de três fases.

A Licença Prévia (LP) conforme inciso I do artigo 8º<sup>80</sup> da Resolução nº 237 de 1997, do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA é “concedida na fase preliminar do planejamento do empreendimento ou atividade aprovando sua localização e concepção, atestando a viabilidade ambiental e estabelecendo os

<sup>78</sup> RODRIGUES, 2016, p. 621

<sup>79</sup> CONAMA. *RESOLUÇÃO Nº 237*, DE 19 DE dezembro DE 1997, Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA

Disponível em:

<[https://cbic.org.br/wp-content/uploads/2017/11/Guia\\_de\\_Orientacao\\_para\\_Licenciamento\\_Ambiental\\_2015-1.pdf](https://cbic.org.br/wp-content/uploads/2017/11/Guia_de_Orientacao_para_Licenciamento_Ambiental_2015-1.pdf)>

Acesso em: 28/out/2018

<sup>80</sup> IDEM, IBIDEM

requisitos básicos e condicionantes a serem atendidos nas próximas fases de sua implementação”.

A Licença de Instalação (LI) conforme inciso II do mesmo artigo “autoriza a instalação do empreendimento ou atividade de acordo com as especificações constantes dos planos, programas e projetos aprovados, incluindo as medidas de controle ambiental e demais condicionantes, da qual constituem motivo determinante”<sup>81</sup>.

A Licença de Operação (LO) conforme inciso III também do mesmo artigo autoriza a operação da atividade ou empreendimento, após a verificação do efetivo cumprimento do que consta das licenças anteriores, com as medidas de controle ambiental e condicionantes determinados para a operação. Tais licenças “poderão ser expedidas isolada ou sucessivamente, de acordo com a natureza, características e fase do empreendimento ou atividade”.<sup>82</sup>

A PEC 65/2012 de autoria do senador Acir Gurgacz (PDT-RO) em tramitação de no senado, tem por objetivo “acrescenta o § 7º ao art. 225 da Constituição, para assegurar a continuidade de obra pública após a concessão da licença ambiental”.<sup>83</sup> Tal parágrafo “dispõe que a apresentação do estudo prévio de impacto ambiental importa autorização para a execução da obra, que não poderá ser suspensa ou cancelada pelas mesmas razões a não ser em face de fato superveniente”.<sup>84</sup>

Caso a PEC 65/2012 seja aprovada as três fases do Licenciamento Ambiental se reduzirão a exclusivamente uma, nela o empreendedor apenas faria uma simples apresentação do Estudo de Impacto Ambiental - EIA. Somente apresentando um estudo técnico para a execução de um empreendimento, este seria autorizado, independente de sua análise. Tal projeto foi apresentado para dar agilidade a obras

---

<sup>81</sup> CONAMA. *RESOLUÇÃO Nº 237*, DE 19 DE dezembro DE 1997, Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA

Disponível em:

<[https://cbic.org.br/wp-content/uploads/2017/11/Guia\\_de\\_Orientacao\\_para\\_Licenciamento\\_Ambiental\\_2015-1.pdf](https://cbic.org.br/wp-content/uploads/2017/11/Guia_de_Orientacao_para_Licenciamento_Ambiental_2015-1.pdf)>

Acesso em: 28/out/2018

<sup>82</sup> IDEM, IBIDEM

<sup>83</sup> BRASIL. Proposta de Emenda à Constituição nº 65, de 2012 - AGENDA BRASIL 2015. Brasília: Senado Federal

Disponível em:

<<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/109736>>

Acesso em: 29/out/2018

<sup>84</sup> IDEM, IBIDEM.

públicas, que muitas vezes são paradas e até esquecidas devido ao curto mandato dos governantes que não conseguem concluir as obras devido à morosidade do licenciamento ambiental<sup>85</sup>.

Esta PEC 65/2012 afronta a Constituição, pois ao acrescentar tal parágrafo não somente as obras públicas serão dispensadas das três fases do licenciamento, mas também toda a espécie de licenciamento ambiental. Ela também transforma o EIA/Rima em licença autorizativa, sem a devida participação popular. Usurpa a competência constitucional do poder público de decidir sobre a possibilidade ambiental de empreendimentos.

Para Ricardo Cavalcante Barroso tal proposta enfrenta inconstitucionalidade material

É que a proposta padece de radical inconstitucionalidade material porquanto pretende modificar o texto constitucional, fazendo tábula rasa do *status* constitucional atribuído ao meio ambiente pelo constituinte original de 1988, além de confundir o conceito e o propósito do EIA/Rima, transformando-o de subsídio central para propiciar uma decisão estatal sobre a viabilidade ambiental do empreendimento, em verdadeira autorização ambiental.<sup>86</sup>

A CF/1988 dispõe o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado na posição de direito fundamental provido de transversalidade condicionando a atuação do indivíduo, do Estado e da coletividade.

No parágrafo único do artigo 170<sup>87</sup> rege que o livre exercício de qualquer atividade econômica não depende de autorização de órgãos públicos, a não ser em casos previstos em lei.

---

<sup>85</sup> Programa Reflexões: PEC 65 - Bloco 01. David & Athayde Advogados. Publicado em 7 de Nov. de 2018

Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Ym1vmz5sNQc>

Acesso em: 15/nov/2018

<sup>86</sup> BARROSO, Ricardo Cavalcante. *PEC 65/2012/2012 afronta profundamente o direito ao meio ambiente*

Disponível em: <<http://www2.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html>>

Acesso em: 29/out/2018

<sup>87</sup> Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal

Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>

Acesso: dia 29/out./2018

Conforme Ricardo Cavalcante Barroso<sup>88</sup> o licenciamento ambiental está consagrado como mecanismo prévio de controle de atividades potencialmente poluidoras ou que de alguma forma causa degradação ambiental como consta no inciso IV do artigo 9<sup>o89</sup> e artigo 10<sup>90</sup> da Lei 6.938/81 e artigo 2<sup>o91</sup>, artigo 7<sup>o</sup>, inciso XIV<sup>92</sup>, artigo 8, inciso XIV<sup>93</sup> e artigo 9<sup>o</sup>, inciso XIV<sup>94</sup> da Lei Complementar 140/2011. Portanto o licenciamento ambiental está constitucionalmente previsto.

---

<sup>88</sup> BARROSO, Ricardo Cavalcante. *PEC 65/2012/2012 afronta profundamente o direito ao meio ambiente*

Disponível em: <<http://www2.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html>>

Acesso em: 29/out/2018

<sup>89</sup> Art. 9<sup>o</sup> - São instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente: (...)

IV - o licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras;

BRASIL. *LEI Nº 6.938, DE 31 DE AGOSTO DE 1981*. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. 1981. Brasília: Senado Federal

<sup>90</sup> Art. 10. A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental dependerão de prévio licenciamento ambiental.

IDEM, IBIDE

<sup>91</sup> Art. 2<sup>o</sup> Para os fins desta Lei Complementar, consideram-se:

I - licenciamento ambiental: o procedimento administrativo destinado a licenciar atividades ou empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental;

II - atuação supletiva: ação do ente da Federação que se substitui ao ente federativo originariamente detentor das atribuições, nas hipóteses definidas nesta Lei Complementar;

III - atuação subsidiária: ação do ente da Federação que visa a auxiliar no desempenho das atribuições decorrentes das competências comuns, quando solicitado pelo ente federativo originariamente detentor das atribuições definidas nesta Lei Complementar.

BRASIL. *LEI COMPLEMENTAR Nº 140, DE 8 DE DEZEMBRO DE 2011*. Fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do caput e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora; e altera a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Brasília: Senado Federal

Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivll\\_03/LEIS/LCP/Lcp140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivll_03/LEIS/LCP/Lcp140.htm)

Acesso em: 19/out/2018

<sup>92</sup> Art. 7<sup>o</sup> São ações administrativas da União: (...)

XIV - promover o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades:

a) localizados ou desenvolvidos conjuntamente no Brasil e em país limítrofe;

b) localizados ou desenvolvidos no mar territorial, na plataforma continental ou na zona econômica exclusiva;

c) localizados ou desenvolvidos em terras indígenas;

d) localizados ou desenvolvidos em unidades de conservação instituídas pela União, exceto em Áreas de Proteção Ambiental (APAs);

e) localizados ou desenvolvidos em 2 (dois) ou mais Estados;

f) de caráter militar, excetuando-se do licenciamento ambiental, nos termos de ato do Poder Executivo, aqueles previstos no preparo e emprego das Forças Armadas, conforme disposto na Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999;

IDEM, IBIDEM

<sup>93</sup> Art. 8<sup>o</sup> São ações administrativas dos Estados: (...)

XIV - promover o licenciamento ambiental de atividades ou empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, ressalvado o disposto nos arts. 7<sup>o</sup> e 9<sup>o</sup>;

O artigo 225<sup>95</sup> da CF/1988 vincula o direito à vida e o direito ao meio ambiente ao afirmar que este é essencial para uma qualidade de vida sadia. No mesmo artigo consta o dever do Estado de preservar e defender o meio ambiente, como rege o parágrafo 1º, inciso V<sup>96</sup> da CF/1988.

Pode-se concluir, portanto que o direito ao meio ambiente, como um direito fundamental, está protegido como cláusula pétrea, conforme parágrafo 4º<sup>97</sup> do artigo 60 da CF/1988.

No parágrafo 1º, inciso IV<sup>98</sup> do artigo 225 da CF/1988 consta que para instalações com potencial degradação do meio ambiente o poder público deve exigir estudo prévio de impacto ambiental. O objetivo de tal estudo não visa autorizar o empreendimento, mas subsidiar o licenciamento ambiental. Portanto não se deve confundir o instrumento do licenciamento ambiental com EIA/Rima.

<sup>94</sup> Art. 9º São ações administrativas dos Municípios: (...)

XIV - observadas as atribuições dos demais entes federativos previstas nesta Lei Complementar, promover o licenciamento ambiental das atividades ou empreendimentos:

a) que causem ou possam causar impacto ambiental de âmbito local, conforme tipologia definida pelos respectivos Conselhos Estaduais de Meio Ambiente, considerados os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade; ou

b) localizados em unidades de conservação instituídas pelo Município, exceto em Áreas de Proteção Ambiental (APAs);

IDEM, IBIDEM

<sup>95</sup> 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. *Constituição da República Federativa do Brasil*, promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal

Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>

Acesso: dia 29/out./2018

<sup>96</sup> § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal

Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>

Acesso: dia 29/out./2018

<sup>97</sup> § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

IDEM, IBIDEM

<sup>98</sup> § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

A PEC 65/2012 altera totalmente o sistema do licenciamento ambiental, além de ir contra o princípio do desenvolvimento sustentável que busca conciliar a atividade econômica com a proteção ao meio ambiente. Conforme o que se busca nas últimas décadas no cenário internacional. Para Telma Bartolomeu houve retrocesso na legislação ambiental

O licenciamento ambiental é um importante instrumento para a concretização da Política Nacional de Meio Ambiente instituída pela Lei 6.938/81 e se esta PEC for aprovada vai representar trinta anos de retrocesso na legislação ambiental.

Só para lembrar, além de leis específicas também há duas resoluções Conama — a 001/86 e a 237/97 — que tratam respectivamente do Estudo de Impacto Ambiental e do Licenciamento Ambiental em geral (EIA/Rima), e que vêm dando suporte ao tema durante anos, as quais também serão impactadas pela PEC, se aprovada como está<sup>99</sup>.

Para Antonio Herman Benjamin vivemos em tempos de afirmação e consolidação de direitos proclamados. A pós-modernidade destaca a dignidade da pessoa humana, a solidariedade e a segurança jurídica. Não se pode transformar conquistas de direitos das gerações presentes e garantias das gerações futuras num vai e volta legislativo. Para ele

Em tal contexto crescentemente se afirma o princípio da proibição de retrocesso, sobretudo quanto ao chamado núcleo legislativo duro do arcabouço do Direito Ambiental, isto é, os direitos e instrumentos diretamente associados a manutenção do “meio ambiente ecologicamente equilibrado” e dos “processos ecológicos essenciais”, plasmados no art. 225 da Constituição de 1988.<sup>100</sup>

O progresso da humanidade regido no artigo 4º, inciso IX<sup>101</sup> da CF/1988 que o país almeja, demonstra o interesse do constituinte em que o Brasil buscará avançar

<sup>99</sup> BARTOLOMEU, Telma. PEC 65/2012 é retrocesso de 30 anos na legislação ambiental.

Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mai-09/pec-652012-retrocesso-30-anos-legislacao-ambiental>

Acesso em: 30/out/2018

<sup>100</sup> BENJAMIM, Antonio Herman. Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental. P.52 Brasília, DF, 2012

Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242559>>

Acesso em: 30/out/2018

<sup>101</sup> Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: (...)

IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal

Disponível em:

no progresso da e para a humanidade, o que seria de modo planetário, juntamente com outros países.

Para haver progresso deve-se ampliar e fortalecer permanentemente não só a propriedade material, mas também a propriedade imaterial. Conforme ele

Natural, então, que o *progresso*, como ideia-chave do processo civilizatório, exerça dominação irresistível – um dogma, até –, sobre as instituições políticas e seu instrumental jurídico. Não é a toa, portanto, que se considera, por razões evidentes, insuportável e imperdoável aberração a mera hipótese de queda, ou mesmo estagnação, nos padrões de renda, emprego e consumo da população – o pecado mortal do declínio! Ora, se o crescimento econômico contínuo parece ser a única, ou dominante, via de satisfação das expectativas estritamente *materiais* das pessoas e da própria rotina das políticas públicas, nada mais justo que, na mesma toada, os controles legislativos e mecanismos de salvaguarda dos direitos humanos e do patrimônio natural das gerações futuras observem idêntica índole, o “caminhar somente para a frente”.<sup>102</sup>

Surge dessa ideia o princípio jurídico da proibição do retrocesso. Princípio da esfera dos direitos humanos e sociais também instituído no Direito Ambiental. Nela uma norma que trate do núcleo essencial de um direito fundamental não pode simplesmente ser suprimida pelo legislador sem a criação dos devidos mecanismos compensatórios. Para Antonio Herman Benjamin o princípio da proibição de retrocesso ao ser cumprido

...não acrescenta custos; ao revés, economiza despesas, presentes e futuras, tanto em capital financeiro mal-empregado, como em capital natural dilapidado. Além disso, inverte-se o esquema da “reserva do possível”, frequentemente aventado em debates relativos a prestações positivas e financeiras constitucionalmente reivindicadas do Estado. Assim é porque, a se enfraquecer a eficácia da Constituição, pelo retrocesso na legislação infraconstitucional, cria-se para seus destinatários-beneficiários (= a coletividade) um campo insuperável e perverso de “reserva do impossível”, um conjunto de normas retóricas, sem eficácia prática: impossibilidade de proteger os valores referendados na Constituição, impossibilidade de traduzir as suas ordens em ações concretas, impossibilidade de densificar, legislativa e minimamente, o seu conteúdo e expressão.<sup>103</sup>

---

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>

Acesso: dia 30/out./2018

<sup>102</sup> BENJAMIM, Antonio Herman. Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental. P.54 Brasília, DF, 2012

Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242559>>

Acesso em: 30/out/2018

<sup>103</sup> IDEM, IBIDEM. P. 58

Mesmo que se para efetivar tal princípio fosse necessário custos elevados para salvar vidas humanas, presentes e futuras, não se justifica economizar agora para se gastar mais no futuro com a recuperação do meio ambiente.

É seguro afirmar, conforme Antonio Herman Benjamin, que a proibição ao retrocesso não se encontra expressa na legislação brasileira, pois é um instituto ainda em processo de consolidação, porém transformou-se em princípio geral do Direito Ambiental a ser solicitado para legitimar a legislação. Nas palavras de Antonio Herman Benjamin

Sim, principio geral do Direito Ambiental, pois a previsão normativa explicita não se antepõe como pressuposto insuperável ao seu reconhecimento. E que a proibição de retrocesso não surge como realidade tópica, resultado de referencia em dispositivo específico e isolado; ao contrario, nela se aninha um principio sistêmico, que se funda e decorre da leitura conjunta e dialogo multidirecional das normas que compõem a totalidade do vasto mosaico do Direito Ambiental. Além disso, principio geral, já que as bases e conteúdo ecológicos (= o mínimo ecológico, a garantia dos processos ecológicos essenciais, a hiperproteção dos ecossistemas frágeis ou a beira de colapso, a preservação absoluta das espécies ameaçadas de extinção) da proibição de retrocesso estão claramente afirmados na Constituição e nas leis ambientais brasileiras. Tanto a legislação ambiental, como a jurisprudencia<sup>11</sup> optaram por esse “caminhar somente para a frente”.<sup>104</sup>

Pode se observar que o texto da Constituição de 1988 para proteger o meio ambiente se organiza ao redor de núcleos jurídicos duros. Ele afirma que

... (“centro primordial”, “ponto essencial”, ou “zona de vedação reducionista”), que rejeitam ser ignorados ou infringidos pelo legislador, administrador ou juiz, autênticos imperativos jurídico-ambientais mínimos: os deveres de “preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais”, “preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País”, “proteger a fauna e a flora”, e impedir “práticas que coloquem em risco sua função ecológica” ou “provoquem a extinção de espécies” (art. 225, § 1º, I, II e VII).<sup>105</sup>

Pode se sim afirmar que a proibição ao retrocesso é princípio geral do Direito Ambiental, pois tanto nossa legislação como jurisprudência adotam o princípio da melhoria ambiental. Antonio Herman Benjamin ainda diz que

<sup>104</sup> BENJAMIM, Antonio Herman. Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental. P.60 [Brasília, DF, 2012](#)

Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242559>>

Acesso em: 30/out/2018

<sup>105</sup> IDEM, IBIDEM. P. 60

Ora, prescrever, como objetivo da Política Nacional do Meio Ambiente, a “melhoria da qualidade ambiental propicia a vida” e até dizer mais do que ambiciona o princípio da proibição de retrocesso, pois não bastará *manter* ou *conservar* o que se tem, impondo-se melhorar, avançar (= progresso) no terreno daquilo que um dia ecologicamente se teve, e desapareceu, ou hoje se encontra dilapidado, e, se não zelado de maneira correta, mais cedo ou mais tarde desaparecera.<sup>106</sup>

A Constituição assegura a proteção a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, portanto visar a redução de tutela jurídica dos biomas brasileiro quando se há ameaças comprovadas a fauna e a flora nada mais é que retroceder nos avanços para o desenvolvimento sustentável.

Para Antonio Herman Benjamin pode haver violação ao princípio da proibição ao retrocesso de várias formas

A mais óbvia é a redução do *grau* de salvaguarda jurídica ou da *superfície* de uma área protegida (Parque Nacional, p. ex.); outra, menos perceptível e por isso mais insidiosa, e o esvaziamento ou enfraquecimento das normas de previsão de direitos e obrigações ou, por outro lado, os instrumentos de atuação do Direito Ambiental (Estudo Prévio de Impacto Ambiental, Áreas de Proteção Permanente, Reserva Legal, responsabilidade civil objetiva, p. ex.).<sup>107</sup>

Fora a redução de territórios protegidos, segundo ele, o retrocesso pode atingir

...ora direitos substantivos (= retrocesso substantivo) ora direitos procedimentais ou o *due process* ambiental (= retrocesso formal ou procedimental); ora o marco legislativo em si mesmo (= retrocesso legislativo) ora a política de implementação (= retrocesso de implementação).<sup>108</sup>

Sem eficazes e eficientes instrumentos de implementação o Direito Ambiental não existirá em concreto. Tal retrocesso se dá no plano da existência e no plano da eficácia ou no plano da eficiência. Antonio Herman Benjamin diz ainda que

---

<sup>106</sup> IDEM, IBIDEM. P. 61

<sup>107</sup> BENJAMIM, Antonio Herman. Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental. P.64 Brasília, DF, 2012

Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242559>>

Acesso em: 30/out/2018

<sup>108</sup> IDEM, IBIDEM, P. 64

E bom ressaltar que os instrumentos de Direito Ambiental, no caldo dos múltiplos matizes de origem, filiação filosófica e objetivos que os informam, ostentam variegadas referências de prestígio e eficácia. Há, entre eles, os que atuam no coração da disciplina, chamados *diretos* ou *primários* (salvaguardam, frontalmente, biomas, ecossistemas e processos ecológicos essenciais, entre eles cabendo citar as Áreas Protegidas, a Reserva Legal, as APPs, a declaração de árvore imune a corte); e os que, batizados de *indiretos* ou *procedimentais*, alcançam resultados semelhantes, só que por meios oblíquos, p. ex., ao ampliarem o grau e disseminação de informação ambiental gerada e em circulação, e ao estabelecerem mecanismos de participação pública. A ambas as categorias se aplica o princípio da proibição de retrocesso ambiental.<sup>109</sup>

Certo é que ao ser recepcionado pela CF/1988 o núcleo essencial se funda a ela não havendo possibilidade de anulá-lo ou afrouxá-lo de forma substancial sem ferir ou mutilar o próprio conteúdo da Carta Magna. Para Antonio Herman Benjamin

Firma-se como pressuposto da proibição de retrocesso que os mandamentos constitucionais “sejam concretizados através de normas infraconstitucionais”, daí resultando que a principal providência que se pode “exigir do Judiciário e a invalidade da revogação de normas”, sobretudo quando tal revogação ocorre desacompanhada “de uma política substitutiva ou equivalente”, isto é, deixa “um vazio em seu lugar”, a saber, “o legislador esvazia o comando constitucional, exatamente como se dispusesse contra ele diretamente”<sup>110</sup>

Porém, não se deve ceder caráter absoluto ao princípio da proibição de retrocesso. Não há de se admitir a irrestrita liberdade do legislador, nem proibir integralmente a revisão legislativa. Tal princípio impõe limites à atuação do legislador.

### 3- TEORIA DOS LIMITES DOS LIMITES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

#### 3.1 Limites Materiais Constitucionais

Os limites materiais inseridos na CF/1988 têm por objetivo assegurar que com o decorrer do tempo relevantes conteúdos, os essenciais, para a identidade da ordem constitucional permaneçam inseridos nela. Uma vez que a Constituição

<sup>109</sup> BENJAMIM, Antonio Herman. Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental. P.65 Brasília, DF, 2012

Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242559>>

Acesso em: 30/out/2018

<sup>110</sup> IDEM, IBIDEM, P. 66

necessita de um núcleo estável para direcionar os rumos legislativos e hermenêuticos dos três poderes constituídos, assim como da sociedade. Conforme afirmam Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero

A existência de limites materiais justifica-se, portanto, em face da necessidade de preservar as decisões fundamentais do constituinte, evitando que uma reforma ampla e ilimitada possa desembocar na destruição da ordem constitucional, de tal sorte que por detrás da previsão desses limites materiais se encontra a tensão dialética e dinâmica que caracteriza a relação entre a necessidade de preservação da Constituição e os reclamos no sentido de sua alteração.<sup>111</sup>

As limitações materiais significam que tais conteúdos constitucionais não se encontram a disposição plena do legislador, mesmo que seja através de uma maioria qualificada. É necessário que se impossibilite uma vinculação rígida, inflexível e definitiva das futuras gerações, porém que seja garantida às constituições a realização de seus fins. Pois uma geração tem o direito de rever, reformar, alterar e atualizar suas leis.

Para ele o problema dos limites materiais para a reforma da Constituição deve-se ponderar as variáveis permanência e mudança desta.

Com efeito, se a imutabilidade da Constituição acarreta o risco de uma ruptura da ordem constitucional, em virtude do inevitável aprofundamento do descompasso em relação à realidade social, econômica, política e cultural, a garantia de certos conteúdos essenciais protege a Constituição contra os casuísmos da política e o absolutismo das maiorias (mesmo qualificadas) parlamentares.<sup>112</sup>

Nota-se dessa forma que o problema dos limites à reforma constitucional, principalmente da existência, do conteúdo e da eficácia dos limites materiais, as cláusulas pétreas, estão intimamente conexos ao princípio democrático. Tais limites, especialmente o material, delineiam a distinção entre o desenvolvimento constitucional e a violação da ordem constitucional através de métodos ilegítimos. Não impedindo, mas evitando que a vontade da Constituição seja frustrada. Não proibindo o recurso para a revolução, mas retirando desta a máscara da legalidade. Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero

---

<sup>111</sup> SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018, p. 141

<sup>112</sup> IDEM, IBIDEM, 2018, p. 142

Nesse contexto, sustenta-se, também no âmbito da doutrina brasileira, que uma reforma constitucional não poderá jamais ameaçar a identidade e a continuidade da Constituição, de tal sorte que a existência de limites materiais expressos exerce função de proteção, obstaculizando não apenas a destruição da ordem constitucional, mas, além disso, vedando também a reforma de seus elementos essenciais. A prova da íntima relação entre os limites materiais à reforma constitucional e a identidade da Constituição reside no fato de que, de regra, os princípios fundamentais, os direitos fundamentais, bem como a forma de Estado e de governo se encontram sob o manto desta especial proteção contra sua alteração e esvaziamento por parte do poder constituinte reformador, o que também ocorre na Constituição Federal de 1988.<sup>113</sup>

Como o poder constituinte originário considerou certos conteúdos tão importantes a ponto de protegê-los como cláusulas pétreas, constata-se que sobre esses dispositivos estão ancorados os princípios e elementos essenciais da ordem constitucional.

### 3.2 Uma Análise das Limitações aos Direitos e Garantias Fundamentais do Núcleo Essencial segundo a Teoria Limite dos Limites aos Direitos Fundamentais

Para Luciano Dutra<sup>114</sup> a partir do século XX as Constituições modernas reconheceram novos direitos como fundamentais aos indivíduos, isso devido à evolução da ideia de constitucionalismo. Assim os direitos e garantias fundamentais além de proteger a liberdade do indivíduo (status negativo), passaram a exigir do Estado uma atuação positiva (status positivo). Foi o redirecionamento de um Estado Liberal para um Estado Social.

Conforme ele afirma os direitos e garantias fundamentais possuem como uma de suas características o caráter não absoluto, ou seja, caráter relativo, pois encontram limites nos outros direitos constitucionais. Também são limitados pelo princípio da reserva legal, isto é, a intervenção legislativa ordinária autorizada pela Constituição.

Para ele os direitos e garantias fundamentais possuem caráter relativo podendo ser limitados por outras normas. Podendo essas ser de mesmo alcance jurídico, assim como por normas infraconstitucionais, em casos que a Constituição permite. Ele afirma que

---

<sup>113</sup> SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018, p.143

<sup>114</sup> DUTRA, 2017, p. 103

... o fenômeno da limitação dos direitos e garantias fundamentais sofre, também, limites na órbita jurídica – é o que se denomina “**teoria dos limites dos limites**” aos direitos fundamentais (chamado pela doutrina alemã de *Schranken-Schranken*).

Informa a teoria dos limites dos limites que a restrição ao direito fundamental, que decorre da própria Constituição, somente é válida se **respeitado o núcleo essencial** da norma constitucional. O **núcleo essencial**, por sua vez, apresenta-se como um conteúdo mínimo e intangível do direito fundamental, que deve sempre ser protegido em quaisquer circunstâncias, sob pena de se criar grave situação inconstitucional.<sup>115</sup>

A proteção ao núcleo essencial, conforme Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, surgiu no direito alemão como uma resposta ao “poder quase ilimitado do legislador no âmbito dos direitos fundamentais”, afirmam que

A proteção dos direitos realizava -se mediante a aplicação do princípio da legalidade da Administração e dos postulados da reserva legal e da supremacia da lei. Isso significava que os direitos fundamentais submetidos a uma reserva legal poderiam ter a sua eficácia completamente esvaziada pela ação legislativa.<sup>116</sup>

Para ele a doutrina das garantias institucionais assegura que direitos considerados como instituições jurídicas deveriam ter sua essência protegida constitucionalmente para se evitar a ameaça de direitos serem retirados pelo legislador. Como segue

Tentou -se contornar o perigo do esvaziamento dos direitos de liberdade pela ação do legislador democrático com a doutrina das *garantias institucionais (Institutgarantien)*, segundo a qual determinados direitos concebidos como instituições jurídicas deveriam ter o mínimo de sua essência garantido constitucionalmente. A falta de mecanismos efetivos de controle de constitucionalidade das leis – somente em 1925 reconheceu o *Reichsgericht* a possibilidade de se proceder ao controle de constitucionalidade do direito ordinário – e a ausência de instrumentos asseguradores de efetividade dos direitos fundamentais em face dos atos administrativos contribuíam ainda mais para a onipotência do legislador.<sup>117</sup>

Na doutrina e na jurisprudência não é uniforme a ideia de proteção do núcleo essencial. Para Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco<sup>118</sup> existem

---

<sup>115</sup> DUTRA, 2017, p. 108

<sup>116</sup> MENDES; BRANCO, 2017, p. 190

<sup>117</sup> IDEM, IBIDEM, p. 190

<sup>118</sup> MENDES; BRANCO, 2017, p. 191

dois modelos básicos. Alguns aderem a teoria absoluta (*absolute Theorie*) que tem o “núcleo essencial dos direitos fundamentais (*Wesensgehalt*) como unidade substancial autônoma (*substantieller Wesenskern*)”<sup>119</sup> que não importando a situação concreta, esse núcleo estaria protegido de decisões legislativas. Uma interpretação material onde existiria “um espaço que seria suscetível de limitação por parte do legislador e outro seria insuscetível de limitação”<sup>120</sup>. Como em qualquer hipótese exige-se justificação, haveria “um “limite do limite” para a própria ação legislativa, consistente na identificação de um espaço insuscetível de regulação”<sup>121</sup>.

Os que aderem à teoria relativa (*relative Theorie*) defendem que o núcleo essencial deve ser definido para cada caso, dependendo do objetivo buscado pela norma de caráter restritivo. O núcleo essencial seria avaliado através de um processo de ponderação entre meios e fins “(*Zweck-Mittel-Prufung*)” baseado no princípio da proporcionalidade. O núcleo intangível seria o mínimo, onde não se pode mais sofrer qualquer restrição ou redução baseado no processo de ponderação. Para essa teoria a proteção ao núcleo intangível teria significado declaratório.

Ambas as teorias buscam assegurar maior proteção aos direitos fundamentais, buscando preservar esses direitos contra uma ação legislativa descabida. Porém nelas se encontram fragilidades.

A teoria absoluta ao defender uma noção material do núcleo intangível, que não pode sofrer redução por parte do legislador, corre o risco de se transformar em uma forma vazia, devido à dificuldade ou impossibilidade de se caracterizar a existência do mínimo essencial. Com a dificuldade dessa identificação pode ocorrer o sacrifício do próprio objeto que se quer proteger. A ideia de núcleo essencial sugere a que existe além de elementos centrais, também elementos acidentais, o que leva a embaraços teóricos e práticos.

Na teoria relativa ocorre uma flexibilização exagerada ao estatuto dos direitos fundamentais descaracterizando-os como princípios centrais do sistema constitucional.

No entanto foi proposta uma fórmula conciliadora reconhecendo no princípio da proporcionalidade a proteção contra limitações arbitrárias como a teoria relativa,

---

<sup>119</sup> IDEM, IBIDEM, p. 191

<sup>120</sup> IDEM, IBIDEM, p. 191

<sup>121</sup> IDEM, IBIDEM, p. 191

mas também contra a lesão ao núcleo intangível dos direitos fundamentais como na teoria absoluta. Essa proporcionalidade não deve ser interpretada somente em sentido econômico, mas também deve harmonizar a finalidade com o direito atingido pela medida.

A doutrina também diverge em relação ao significado exato do princípio de proteção do núcleo essencial, se deve ser interpretado em sentido subjetivo, quando se proíbe retirar um direito subjetivo determinado, defendido na teoria subjetiva ou em sentido objetivo, quando se proíbe retirar um direito objetivo, uma garantia constitucional, defendido na teoria objetiva.

Como exemplo de núcleo essencial, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, referem ao voto do Ministro Rodrigues Alckmin na Representação nº 930 sobre a liberdade de exercício da profissão

“Essa liberdade, dentro de regime constitucional vigente, não é absoluta, excludente de qualquer limitação por via de lei ordinária. Tanto assim é que a cláusula final (‘observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer’) já revela, de maneira insofismável, a possibilidade de restrições ao exercício de certas atividades. Mas também não ficou ao livre critério do legislador ordinário estabelecer as restrições que entenda ao exercício de qualquer gênero de atividade lícita. Se assim fosse, a garantia constitucional seria ilusória e despida de qualquer sentido. Que adiantaria afirmar ‘livre’ o exercício de qualquer profissão, se a lei ordinária tivesse o poder de restringir tal exercício, a seu critério e alvitre, por meio de requisitos e condições que estipulasse, aos casos e pessoas que entendesse? É preciso, portanto, um exame aprofundado da espécie, para fixar quais os limites a que a lei ordinária tem de ater-se, ao indicar as ‘condições de capacidade’. E quais os excessos que, decorrentes direta ou indiretamente das leis ordinárias, desatendem à garantia constitucional”.<sup>122</sup>

Pode se observar através de tal voto que no Brasil também se defende que na preservação do núcleo essencial, segundo a teoria dos limites aos limites dos direitos fundamentais, se encontra as limitações aos direitos e garantias fundamentais.

---

<sup>122</sup> Rp. 930, Rel. Min. Rodrigues Alckmin, *DJ* de 2-9-1977. *apud* MENDES; BRANCO, 2017, p. 193

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se, portanto que a Constituição tem nos direitos fundamentais o núcleo da proteção da dignidade da pessoa humana. Sendo ela a norma suprema do ordenamento jurídico e guardiã dos valores primordiais da existência humana. O direito ao meio ambiente, como um direito fundamental, está protegido como cláusula pétrea, conforme parágrafo 4º do artigo 60 da CF/1988. Já artigo 225 vincula o direito à vida e o direito ao meio ambiente ao afirmar que este é essencial para uma qualidade de vida sadia. Assim como o dever do Estado de preservar e defender o meio ambiente

A PEC 65/2012 altera totalmente o sistema do licenciamento ambiental, além de ir contra o princípio do desenvolvimento sustentável que busca conciliar a atividade econômica com a proteção ao meio ambiente. Ela acrescenta o § 7º ao artigo 225 da Constituição, assegurando assim a continuidade de obra pública após a concessão da licença ambiental. Tal parágrafo rege que a apresentação do estudo prévio de impacto ambiental importa autorização para a execução da obra, que não poderá ser suspensa ou cancelada pelas mesmas razões a não ser em face de fato subsequente. Caso seja aprovada as três fases do Licenciamento Ambiental se reduzirão somente a uma, nela o empreendedor apenas faria uma simples apresentação do Estudo de Impacto Ambiental EIA.

No parágrafo 1º, inciso IV do artigo 225 da CF/1988 consta que para instalações com potencial degradação do meio ambiente o poder público deve exigir estudo prévio de impacto ambiental. Tal estudo não tem por objetivo autorizar o empreendimento do licenciamento ambiental com EIA/Rima.

O licenciamento ambiental está constitucionalmente previsto ao determinar estudo prévio de impacto ambiental para instalação de obras ou atividades que possam causar degradação do meio ambiente, cabendo a lei definir esses conceitos.

Leis infraconstitucionais consagram o licenciamento como mecanismo prévio de controle de atividades potencialmente poluidoras ou que de alguma forma possa causar degradação ambiental como consta na Lei 6.938/81 e na Lei Complementar 140/2011.

Esta PEC 65/2012 afronta a Constituição, pois ao acrescentar tal parágrafo não somente as obras públicas seriam dispensadas das três fases do licenciamento ambiental, mas todo e qualquer tipo de licenciamento. O que seria um perigo ao meio ambiente devido às falhas em alguns Estudos de Impacto Ambiental EIA e na ganância de alguns empreendedores. Ela também transforma o EIA/Rima em licença autorizativa, sem a devida participação popular. Usurpa a competência constitucional do poder público de decidir sobre a possibilidade ambiental de empreendimentos.

Não existe expressamente na legislação brasileira a proibição ao retrocesso, já que tal instituto ainda está em processo de consolidação. Porém para legitimar nossa legislação ele se transformou em princípio geral do Direito Ambiental. Por tal princípio uma norma que trate do núcleo essencial de um direito fundamental não pode simplesmente ser suprimida pelo legislador sem a criação dos devidos mecanismos compensatórios.

Portanto, a PEC 65/2012 fere expressamente o núcleo essencial do direito ambiental, pois se trata de retroceder direitos já adquiridos na legislação em matéria de proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Se aprovada não haverá a preocupação com os impactos para a sociedade ou ao meio ambiente, a fauna e a flora sofrerão ainda mais com a falta de qualidade na administração pública. Além de passar para o empreendedor a responsabilidade de proteger o meio ambiente. O que deveria ser feito por todos.

O instituto do licenciamento ambiental, devido a sua importância, merece ser fortalecido. Assim como as audiências públicas, estas deveriam ser incentivadas e não abolidas. Com o objetivo de acelerar o licenciamento ambiental corre-se o risco de destruir a estrutura de proteção ambiental vigente.

## REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 20. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014. P. 22.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. P. 227, 228, 229, 230, 231, 232, 235.

BARROSO, Ricardo Cavalcante. *PEC 65/2012 afronta profundamente o direito ao meio ambiente*

Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2016-mai-15/ricardo-barroso-pec-652012-afronta-direito-meio-ambiente#\\_ftnref1](https://www.conjur.com.br/2016-mai-15/ricardo-barroso-pec-652012-afronta-direito-meio-ambiente#_ftnref1)>

Acesso em: 29/out/2018

BARTOLOMEU, Telma. *PEC 65/2012 é retrocesso de 30 anos na legislação ambiental*.

Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mai-09/pec-652012-retrocesso-30-anos-legislacao-ambiental>

Acesso em: 30/out/2018

BENJAMIM, Antonio Herman. *Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental*. Brasília, DF, 2012 P. 52, 54, 58, 60, 61, 64, 65, 66.

Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242559>>

Acesso em: 30/out/2018

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal

Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>

Acesso: dia 24/out./2018

BRASIL. *LEI COMPLEMENTAR Nº 140, DE 8 DE DEZEMBRO DE 2011*. Fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do caput e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora; e altera a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Brasília: Senado Federal

Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/LCP/Lcp140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp140.htm)

Acesso em: 19/out/2018

BRASIL. *LEI Nº 6.938, DE 31 DE AGOSTO DE 1981*. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. 1981. Brasília: Senado Federal  
Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm) 23/10>  
Acesso em: 02/nov/2018

BRASIL. *Proposta de Emenda à Constituição nº 65, de 2012 - AGENDA BRASIL 2015*. Brasília: Senado Federal  
Disponível em:  
<<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/109736>>  
Acesso em: 29/out/2018

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*.  
Disponível em:  
[http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao\\_trindade\\_\\_teoria\\_geral\\_dos\\_direitos\\_fundamentais.pdf](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf)  
Acesso em: 03/nov/2018

CONAMA. *RESOLUÇÃO Nº 237, DE 19 DE dezembro DE 1997*, Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA  
Disponível em:  
<[https://cbic.org.br/wp-content/uploads/2017/11/Guia\\_de\\_Orientacao\\_para\\_Licenciamento\\_Ambiental\\_2015-1.pdf](https://cbic.org.br/wp-content/uploads/2017/11/Guia_de_Orientacao_para_Licenciamento_Ambiental_2015-1.pdf)>  
Acesso em: 28/out/2018

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *A proibição do retrocesso e o efeito “cliquet” dos Direitos Fundamentais*  
Disponível em:  
<https://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/152845012/a-proibicao-do-retrocesso-e-o-efeito-cliquet-dos-direitos-fundamentais>  
Acesso em: 03/nov/2018

DUTRA, Luciano. *Direito constitucional essencial*. 3. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017. P. 103, 108.

LENZI, Tié. *O que é uma PEC?*  
Disponível em: <https://www.todapolitica.com/o-que-e-uma-pec/>  
Acesso em: 03/nov/2018

MASSON, Nathalia. *Manual de Direito Constitucional*. – 3 ed. rev., atual. e ampl. – editora juspodivm. 2016 P. 1240.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. – 12. ed. rev. e atual. pdf – São Paulo: Saraiva, 2017. – (Série IDP) P. 127, 190, 191.

MOTTA, Sylvio. *Direito Constitucional: Teoria, Jurisprudência e Questões*. 27. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018. P. 208.

Programa Reflexões: PEC 65 - Bloco 01. David & Athayde Advogados. Publicado em 7 de Nov. de 2018

Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Ym1vmz5sNQc>

Acesso em: 15/nov/2018

RODRIGUES Marcelo Abelha. *Direito ambiental esquematizado*; coordenação Pedro Lenza. – 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016. P. 69, 70, 71, 609, 610, 611, 612, 614, 621.

RUSCH e KRULL. *Guia de Orientação para Licenciamento Ambiental*.

Disponível em:

<[https://cbic.org.br/wp-](https://cbic.org.br/wp-content/uploads/2017/11/Guia_de_Orientacao_para_Licenciamento_Ambiental_2015-1.pdf)

[content/uploads/2017/11/Guia\\_de\\_Orientacao\\_para\\_Licenciamento\\_Ambiental\\_2015-1.pdf](https://cbic.org.br/wp-content/uploads/2017/11/Guia_de_Orientacao_para_Licenciamento_Ambiental_2015-1.pdf)>

Acesso em: 27/out/2018

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. P. 141, 142, 143, 345, 346, 347.