

IRRETROACTIVIDAD DEL NUEVO CÓDIGO FLORESTAL Y LA JURISPRUDENCIA DEL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Edson Damas Silveira

Defensor en Roraima, especialista, maestro y doctor en derecho, profesor de Especialización en Derecho Ambiental de la PUC / Pr. y de la Maestría en Derecho medioambiental de la UEA.
Email: e.damas.silveira@uol.com.br

Serguei Aily Franco de Camargo

Licenciado en Derecho (UNESP), Maestría en Conservación y Gestión de Recursos Naturales (CEA-UNESP), Doctorado en Acuicultura en Aguas Continentales (CAUNESP), Post-Doctorado en Ecología (NEPAM-UNICAMP), Postdoctorado en Derecho Ambiental (IB-UNESP) y Post-Doctorado en Agroecología (UERR). Profesor e investigador de la Universidad Estatal de Roraima, Asesor Jurídico de Procurador de Justicia (MPERR) y profesor de los cursos de Derecho del Centro Universitario Estadio de la Amazonia y de las Facultades Catedral de Boa Vista.
E-mail: sergueiaily@mpr.mp.br

RESUMEN

Este artículo presenta reflexiones acerca de la constitucionalidad de dispositivos del Nuevo Código Forestal, a partir de un juicio realizado por el Supremo Tribunal Federal, en febrero de 2018. Se discute la eventual amnistía a agentes degradadores del medio ambiente, en virtud de una interpretación de dicho acto legal. Así, partir del análisis del discurso de los votos de los Ministros de la Corte Suprema, se busca subsidiar tesis conciliadora a permitir el entendimiento de que el vedamiento al retroceso en materia ambiental no limita al legislador. En el mismo sentido, la ponderación entre la retroactividad más benéfica de la ley y la necesidad de la reparación de los daños ambientales, indican que el camino hermenéutico permite entender que el Nuevo Código Forestal no amnistió a los infractores, sino que impuso nuevas condiciones para conferir plena efectividad a los dictámenes del gobierno, artículo 225 de CF/88.

Palabras clave: Código Forestal; Ley 12.651/12; Daños Ambientales; Irretroactividad de la Ley.

***NON-RETROACTIVITY OF THE NEW FORESTRY CODE AND
THE SUPREME COURT JURISPRUDENCE***

ABSTRACT

This paper points out some reflections about the constitutionality of the New Forestry Code, as viewed in the Brazilian Supreme Court judgement, performed in February of 2018. It is discussed the possibility of amnesty to environmental polluter agents, due to a misinterpretation of that legal diploma. Thus, starting from the analysis of the discourse of the votes of the Supreme Court Ministers, it is intended to subsidize a conciliatory thesis to allow the understanding that the prohibition of retroactivity in environmental matters does not limit the legislator. In the same way, the balance between the most beneficial retroactivity of the law and the need to repair environmental damage indicates that the hermeneutical path allows us to understand that the New Forest Code did not ameliorate the offenders but imposed new conditions to give full effect to the dictates of Article 225 of CF/88.

Keywords: *Forest Code; Law 12,651/12; Environmental Damage; Non-retroactivity of the Law.*

INTRODUCCIÓN

Para el imaginario común, puede parecer que el juicio por el Supremo Tribunal Federal (STF) en febrero de 2018, cuando conoció una serie de argumentos acerca de la inconstitucionalidad de muchos dispositivos del actual Código Forestal (Ley Federal n. 12.651/12), estaría autorizando una hipótesis permisiva de retroactividad con el fin de beneficiar al infractor degradante, en eventual retroceso a la preservación del medio ambiente en Brasil¹.

Este esfuerzo de imaginación deriva de la polémica que se estableció a partir de una interpretación deliberada por aquella Suprema Corte cuando, en el punto que interesa y por apretada mayoría, entendió por constitucional el permisivo contenido en el art. 60 de la ley que dispone sobre la protección de la vegetación nativa, estableciendo a su vez la suspensión de la punibilidad en el caso de crímenes ambientales en el curso del cumplimiento del término de compromiso para regularización de inmueble o posesión rural firmado ante el Órgano Ambiental competente, tras adhesión al Programa de Regularización Ambiental (PRA) disciplinado en el art. 59 del documento.

En ese sentido, se reconoció la constitucionalidad de lo que se ha convenido divulgar de “amnistía ambiental” introducida por el Nuevo Código Forestal, teniendo como beneficiarios agentes que cometieron delitos contra la naturaleza antes del 22 de julio de 2008, que alimenta una sensación de impunidad y genera un sentimiento de que el “crimen se resulta provechoso” ante la inercia del poder público.

Sin duda, acerca de este abordaje (entre los 58 artículos cuestionados en el ámbito del STF, en un universo de 84 artículos constantes del Nuevo Código) es que se trabó una de las más disputadas discusiones jurídicas, para definirse en la interpretación de aquel régimen legal si hubo o no el establecimiento de otra especie de “perdón legislativo” en nuestro ordenamiento jurídico.

En cuanto a los fundamentos del mismo juicio y sobre el mérito de esta discusión, retomaremos el tema más énfasis en la última parte de este escrito, mostrando que permanece el entendimiento de que el Nuevo Código Ambiental no puede retroceder de ninguna manera para perjudicar

¹ Juzgado concluido en su quinta sección, el 28 de febrero de 2018, teniendo como Relator el Min. Luiz Fux para la ADI n. 4903, cuando por conexión también se decidieron pleitos de inconstitucionalidad argüidos en las ADI's n. 4901, 4902 y 4937, así como en la ADC n. 042.

el medio ambiente, aún que el dicho “perdón” legislativo haya sido admitido por nuestra Suprema Corte.

Resulta que, en la cosecha ambiental, por tratarse de un interés difuso, que tiene por objeto bienes inalienables (donde todos pueden usar, pero sin ellos disponer), converge nuestro sistema jurídico para su integral protección, no limitándose sólo a esa cuestión de ocurrencia o no de una supuesta “amnistía”, pero ponderándose el caso, por vía de convergencia, con otras categorías jurídicas de igual importancia de precedencia y alineación con la mejor tutela del medio ambiente.

Así es que, en este rápido tiempo de reflexión, vamos a intentar demostrar que el fenómeno de la retroactividad del Nuevo Código Forestal para dar guarida a daños al medio ambiente o incluso eximir de responsabilidades a sus infractores, en todas sus esferas públicas de protección (penal, civil y administrativa), no sería por ahora posible y ni defendible, incluso después de la noticiada decisión colegiada dictada en sede de control concentrado de constitucionalidad.

En efecto, y no dicho por el STF en ese juicio, sostienen todavía antedicha tesis y por arrastre de argumentación otros motivos jurídicos que deben necesariamente ser considerados en esa discusión de no permisibilidad y que quedan ya establecidos por nuestros tribunales superiores en otras ocasiones, principalmente aquellos que se refieren a la imprescriptibilidad del daño ambiental, así como el parámetro que fija como límite axiológico para tal hipótesis el vector de la prohibición de retroceso, como veremos en el transcurso de este texto.

1 IMPRESCRIPTIBILIDAD DEL DAÑO AMBIENTAL

Se puede afirmar de manera sucinta y sin adentrarse en el mérito doctrinario de la prescripción del daño ambiental, que en el Superior Tribunal de Justicia (STJ) dicha cuestión se encaminó hacia una pacificación jurisprudencial, a establecer cierta seguridad jurídica y social en el plano de la defensa del medio ambiente.

Sin embargo, esta imprescriptibilidad resuelta en el seno de aquella Corte Superior se limita a la responsabilización civil del agente causante del daño al medio ambiente, fuerte en el imperativo categórico de quien contamina paga y en la teoría de la responsabilidad objetiva, independientemente de la culpa del sujeto, teniendo aún en mente que estamos tratando de un derecho difuso y reservado para las futuras

generaciones, en la línea argumentativa del derecho intergeneracional.

La fuerza de la idea estaría en la medida en que el daño ambiental, además de herir el bien jurídico que le está cerca, también alcanza a todos indistintamente, extendiéndose por la humanidad, logrando por la irreversibilidad del mal causado a las generaciones futuras. Por eso, la petición de reparación de daños ambientales, dentro de la logicidad hermenéutica, tiene que estar protegido por el manto de la imprescriptibilidad, por tratarse de derecho inherente a la vida, fundamental y esencial a la afirmación de los pueblos, independientemente de no estar expresado en texto legal.

En materia de prescripción, según el STJ, hay que distinguir primero el bien jurídico tutelado; es decir, si eminentemente privado se siguen los plazos normales de las acciones indemnizatorias; sin embargo, si el bien jurídico no está disponible y es fundamental para la vida humana, como ocurre con el medio ambiente ecológicamente equilibrado y antes de todos los demás derechos, se considera imprescriptible su deseo de reparación. De esta manera, el daño ambiental se incluye entre los derechos irrenunciables y, en esa categoría, estaría entre aquellos pocos encubiertos por el manto de la imprescriptibilidad a una acción que apunta su eficiente reparación².

Sin embargo, del posicionamiento consolidado en aquella Corte Ciudadana, no desconocemos que en el STF el enfrentamiento de la misma materia se halla todavía abierto, moralmente con el advenimiento del Texto Constitucional emancipatorio de 1988 y sabedores de la inclinación actual para una mayor flexibilización por parte de nuestra Suprema Corte, como ocurrió en el juicio del Nuevo Código Forestal, cuyo análisis de su veredicto quedará nuevamente considerado al final de este artículo.

Así, en la sede ambiental, el aspecto temporal recibe mayor importancia en la medida que la potencialidad de las conductas lesivas aumenta con la sumisión del patrimonio natural de forma amplia a los agentes degradadores, aunque los impactos sean antiguos y la resiliencia del medio tienda a un nuevo equilibrio dinámico. Como forma de mejor comprender y enfrentar los efectos de esos impactos es que en el seno de la esfera penal se tiende a calificar algunos delitos de este jaez como permanentes o continuados, lo que también dificulta en ese ámbito de

² Los argumentos alhures han sido repristinados en diversos juzgados del STJ que, por una cuestión de síntesis, recomendamos consultar los términos decisorios del REsp. n. 1120117 / AC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, juzgado en 10/11/2009, DJe 19/11/2009.

responsabilización la ocurrencia de la prescripción de la pretensión punitiva.

En particular, en el STF, la discusión para clasificarse (en el caso concreto) crimen ambiental como permanente o instantánea, sigue sin una sólida definición desde hace más de quince años, pero con fuerte tendencia hacia un posicionamiento que mejor atienda a la protección de la naturaleza, por cuanto se permanente el lapso temporal sólo comienza a fluir cuando cesa la permanencia. Como el plazo prescriptivo no encuentra su término inicial de ocurrencia y se prorroga en el tiempo, el tratamiento del hecho pasa a ser de un crimen continuado, en franca benevolencia con el medio ambiente y pone a su infractor en una posición de pendencia constante con la justicia criminal³.

Pero todo esto es para registrar en este tópico que, en las hipótesis de responsabilidad civil, aboga a favor del ambiente el tiempo sin límites de fluidez, mientras que en la esfera penal el plazo prescripcional (a depender del daño y complejidad del caso concreto) podrá aún permanecer abierto, se prohíbe en el tiempo hasta que cese su permanencia. El mismo razonamiento se aplicará al caso de una pretendida amnistía, pues pacífico en la literatura (eg. JESUS, 2014), que incluso amnistiada determinada conducta, el deber de reparación del daño en la esfera civil persistiría.

Por el examen de los precedentes de esas dos cortes, tanto en el STJ y en el STF el movimiento jurisprudencial se compadece con las causas ambientales, en que estos tribunales cada vez están más instrumentalizados con herramientas procesales que no se benefician o, como mínimo, dificultan la vida de los agentes dañinos a la naturaleza en Brasil.

Tales posicionamientos se desprenden de las recientes lecciones habidas en el juicio sobre los dispositivos del Nuevo Código Forestal, una vez que anteriores a esa decisión y tal vez incluso hayan informado el carácter protector de muchos Ministros que se inquinaron por su incondicional defensa en el momento del control concentrado de constitucionalidad.

Por eso la tesis de retrotraer la reciente legislación aprobada, después de pasar por el tamiz del STF para beneficiar al causante de daño al medio ambiente ya nace destinada al fracaso, teniendo que primero transponer los rígidos parámetros de la fluidez del tiempo en incesante

³ Respecto a este asunto, consulte la noticia de 02 de diciembre de 2003, donde la “Primera Clase del Supremo discute protección ambiental y crimen permanente”, disponible en el siguiente sitio electrónico: <http://www.stf.jus.br/portal/general>. Y más recientemente, se ven los fundamentos de archivo constantes de la Encuesta. 3.742/DF, rel Min. Luiz Fux, j. 18.10.2016.

transcurso para efecto de responsabilización, como antes destacado.

Y si no bastara eso, complica aún más una posible interpretación retroactiva *in bonum partem*, a favor del degradador, cuando se vaya a otro contrapunto de velación, sea cual sea el obispo del primado de la prohibición del retroceso en la sede ambiental, como se explicará a continuación.

2 PROHIBICIÓN DEL RETROCESO

Por lo que se oyó en la discusión en el STF acerca de las peticiones de inconstitucionalidad del Nuevo Código Forestal, los embates ideológicos que sirvieron de base para ratificar los dispositivos cuestionados reunieron de un lado, Ministros desarrollistas y con una preocupación económica; y de otro, más conservadores de la naturaleza, muchos envueltos para extraer del principio de la prohibición del retroceso un sentido que mejor agasajase sus pretensiones argumentativas.

Significa decir que, en un eventual acuerdo entre esas corrientes de pensamiento, necesariamente habrá de intermediar un significado que mucho se aproxime al consenso, así como la real extensión de lo que se entienda por el vedamiento del retroceso en materia ambiental, algo inédito enfrentado dentro del propio STF y, que por cierto alimentará el debate académico.

Hasta poco tiempo no manejado por razones medioambientales y de origen alemán, la prohibición de retroceso se formó en torno a las cuestiones sociales en aquel país que, en los años 1970, enfrentaba una enorme crisis económica con el enorme crecimiento del Estado Social, cuyo apareamiento no daba cuenta de las demandas de esa calidad que, a pesar de no previstas constitucionalmente en la Ley Fundamental de Bonn, eran defendidas como de carácter irreversible por su naturaleza de derechos humanos (NOVAIS, 2010).

Muy incierto y de precisión indefinida aún hoy, este principio se extendería a toda forma de protección de derechos fundamentales en vista de medidas entabladas por el poder público (con destaque para el legislador y el administrador), que tengan por objeto la supresión o incluso restricción de derechos fundamentales, ya sean sociales o de otra naturaleza humana, en la línea de un derecho constitucional de resistencia y mantenimiento de las conquistas establecidas. (SARLET, 2009).

En Brasil, pero precisamente en el STF, la primera vez que el vedamiento al retroceso apareció como instrumento de protección a los

derechos fundamentales fue en el juicio de la ADI n. 3.105, ocurrido el 18 de agosto de 2004, teniendo como Relator el Ministro Cezar Peluso, oportunidad en que por mayoría de votos se consideró constitucional la Enmienda 41, autorizando instituir una contribución de seguridad sobre los ingresos de los servidores inactivos. En el momento en que votó por la inconstitucionalidad de esa tributación, el Ministro Celso de Mello examinó el alcance de la incidencia de ese principio, registra que la conquista de la garantía de no más contribuir al régimen previsional con el acto de jubilación no podía suprimirse para obligar jubilados y pensionistas a continuar como contribuyentes del sistema, bajo pena de retroceso ilegítimo de ese derecho.

Después de recordar durante ese control concentrado de constitucionalidad, otros juicios siguieron dentro del STF dándole relevancia y destaque para la prohibición de retroceso⁴ hasta que a mediados de 2012 se consolida esta velación teórica como un nuevo instrumento adaptado y de resistencia a favor de la naturaleza⁵, que culminó con su enfoque hecho de forma inédita por ese sesgo por la Excelsa Corte con ocasión de los debates trabados sobre la constitucionalidad del Nuevo Código Forestal, momento en que se dedicaron a los Ministros para verificar la posibilidad de flexibilización, así como de disminución del campo de protección de los muchos bienes ambientales en relación con el régimen legal anterior, pudiendo nosotros ya a partir de esas primeras consideraciones trazar algunos encaminamientos de aplicación de aquel principio dentro del STF, aunque no manifestado expresamente o por completo el pensamiento de todos los Juzgados sobre ese peculiar modo de mirar su desplazamiento hacia la arena del medio ambiente.

Trayendo divergencia durante el juicio que destacamos, no necesariamente en el orden de los votos, se registra el comportamiento del Ministro Gilmar Ferreira Mendes que, fiel a sus enseñanzas doctrinales escritas hace casi una década, abogó la tesis que se debe tratar de comprender

4 Ilustración, siguen precedentes del STF donde el principio de la prohibición del retroceso tuvo relevancia: ARE n° 639.337-AgR (Rel. Min. Celso de Mello, j. 23-8-2011, Segunda Clase, DJE de 15-9-2011 y el RE n° 398.041 (Rel. Min. Joaquim Barbosa, juicio en 30-11-2006, plenario, DJE de 19-12-2008).

5 Ingo Wolfgang Sarlet revela que tuvo la oportunidad de participar, junto con otros renombrados expertos en el derecho ambiental, tales como Michel Prieur, Herman Beniamin, Carlos Alberto Molinaro, Patryck de Araújo Ayala, Tiago Fensterseifer e Walter Claudius Rothenburg, del Coloquio Internacional sobre el Principio de la Prohibición de Retroceso Ambiental, realizado por la Comisión de Medio Ambiente, Defensa del Consumidor y Fiscalización y Control (CMA) del Senado Federal, sobre la presidencia del entonces Senador Rodrigo Rollemberg, el 29 de marzo de 2012, las conferencias se reunieron en el formato del libro. **O princípio da proibição de retrocesso ambiental**. Brasília: Senado Federal/CMA, 2012 (SARLET, 2016).

el principio del vedamiento del retroceso como modalidad del principio de proporcionalidad, puesto que él no debe constituirse, en términos absolutos, un obstáculo infranqueable al oficio del legislador ordinario en la producción de las leyes de nuestro país, o en la edición de enmiendas constitucionales que eventualmente vengan a limitar o incluso suprimir derechos sociales. Sin embargo, para que tales actos normativos tengan su validez constitucional certificada, será necesario que resista la prueba triple de la proporcionalidad (adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, según Mendes, 2015).

En el transcurso de los debates, Gilmar Mendes obtuvo que el STF corre el riesgo de pasar por encima del análisis del Congreso Nacional en nombre de la prohibición del retroceso, eso después de la aprobación de una ley “extremadamente técnica” y resultante de más de doscientas audiencias públicas, con la participación de todos los sectores representativos de la sociedad relacionados con la materia. Todo esto era realmente necesario porque los parámetros del código anterior de 1965, en su visión, ya no se cumplían y, ante esa constatación, crearon una nueva legislación más eficaz y conciliadora con los principios del orden económico, en un auténtico proceso de convergencia para restaurar un mínimo de normatividad en el campo ambiental (POMPEU, 2018).

Esta controversia para hacer frente a esta posibilidad de retroceso se extendió por los otros votos, aunque no necesariamente repercutiendo en el encaminamiento del mérito de la cuestión, como sucedió con la manifestación del Ministro Alexandre de Moraes que, en el marco de la constitucionalidad defendida por el relator, dijo no considerar posible analizar las normas recientes traídas por el Nuevo Código Forestal con base solamente en el régimen anterior, una vez que el escenario actual de la agricultura, así como otros métodos de producción y recomposición ambiental muy evolucionados tecnológicamente en los días de hoy, razón por la cual no comprende de forma estanca la idea del sellado del retroceso (POMPEU, 2018).

También el Ministro Celso de Mello, primero en la Corte a prestigiar ese mismo primado hace casi quince años atrás, hubo por bien ahora citar la prohibición del retroceso como defensa del medio ambiente, no significa decir que la actividad económica y el “dinamismo de la actividad del Estado” deben ser impedidos, pero entendiendo que ese principio debe servir como referencia tanto para el Legislativo y el Ejecutivo en la conducción de las políticas públicas ambientales, todo por

deferencia judicial a la planificación estructurada por los demás poderes de la República. Sin embargo, y cuando haya duda si determinada conducta perjudicará el medio ambiente y los ciudadanos en general, siempre prevalecerá el principio *in dubio pro-natura*, según se recogen en su voto ya disponible por medio electrónico.

Citando expresamente el mismo principio como una de sus razones para decidir, Luís Roberto Barroso detalló que la protección al medio ambiente habrá de ser ponderada, de manera a exigencias del desarrollo económico, velación al retroceso social y limitaciones a la intervención de la justicia en la actividad del legislador, restringida a los casos de “manifiesta falta de razonabilidad y desproporcionalidad de la medida”. Para Carmem Lucía, en el campo limitado de la extensión del principio que se debate, no sería compatible con la Constitución Federal, en nombre de una “flexibilización” de la legislación ambiental, aniquilarse derecho que haya sido conquistado, aún más en tema de importancia enorme como ese, a cuidar el tipo de compromiso de derechos que alcanza no sólo la actualidad, sino generaciones venideras de la humanidad (POMPEU, 2018).

En efecto, es posible percibir que la cuestión se halla en abierto en la Suprema Corte, no habiendo discernimiento de la posición puntual de muchos Ministros acerca de la materia, principalmente en el entremedio de un tenso proceso de discusión teórica e ideológica.

Por ser muy reciente y no disponibles los votos de la mayoría de los Juzgados, así como se considera en este aspecto que no siempre ese voto escrito representa la fidelidad de los debates orales por nosotros asistidos, seguramente tendremos nuevos y futuros desdoblamientos de la extensión de ese principio en la sede ambiental, dificultar o incluso lanzar en el campo de la incertidumbre un eventual esfuerzo de retroactividad del Nuevo Código Forestal para beneficiar a los causantes de daños al medio ambiente.

Hasta que la retroacción a tal fin no fue autorizada por el STF en dicho control de constitucionalidad, máxime cuando aquella Corte conoció de la supuesta “amnistía” de los crímenes ambientales y, por apretada mayoría, refrendó el “perdón” legislativo bajo otra manera de ver y con mayores ventajas de recuperación para el medio ambiente, como sigue detallado en el siguiente ítem.

Así, por ahora queda legítimo como vértice orientador para los demás Tribunales de nuestro país el entendimiento más prudente y firmado

hace mucho más tiempo por el STJ, para quienes “el nuevo Código Forestal no puede retroceder para alcanzar el acto jurídico perfecto, derechos ambientales adquiridos y la cosa juzgada, tampoco para reducir de tal modo y sin las necesarias compensaciones ambientales el nivel de protección de ecosistemas frágiles o especies amenazadas de extinción, a punto de transgredir el límite constitucional intocable e infranqueable de la “incumbencia” del Estado de garantizar la preservación y restauración de los procesos ecológicos esenciales (art. 225, § 1º, I)”⁶.

De esta manera, y hasta que el STF retome la discusión por fuerza del acoplamiento constitucional antes anotado, pensamos que prevalece la mayor extensión conferida por la Corte de la Ciudadanía cuando se trata de protección de la naturaleza y velación del retroceso a fin de beneficiar al agente causante del daño ambiental.

3 CONSTITUCIONALIDAD DE LA SUPOSTA “AMNISTÍA” POR PARTE DEL STF

Se deriva sintomáticamente de la aplicación o no del principio de la prohibición del retroceso y sus concretos efectos, por ejemplo, la posibilidad de “amnistiar” a los agentes que cometieron crímenes contra el medio ambiente antes del 22 de julio 2008, con el contenido del art. 60 del nuevo Código Forestal, dentro de una lógica noticiada de que eso se configuraría en un beneficio concedido por la reciente legislación, visando provecho directo y exclusivo de los agentes devastadores de la naturaleza, posibilitando a los mismos actores la oportunidad de eximirse de sus responsabilidades criminales.

Sin embargo, no fue esa la lectura dada por la apretada mayoría que se construyó dentro del STF a partir de los enunciados normativos de los arts. 59 y 60 de dicho código, se quedaron sorprendidos por el hecho de que el aludido “perdón” legislativo vino acoplado a una serie de condicionantes que deben ser impuestas y ajustadas con la peculiaridad de los hechos, mediante análisis final del caso concreto y en contra de lo que defendió el Ministro Relator en su voto inaugural. Para Luiz Fux, la ley en examen ha conferido verdadera “amnistía condicional” a los infractores, en total desconformidad con el art. 225, párrafo 3º, de la CF/88, que establece

⁶ Argumentos convalidados dentro del STJ y reproducidos dentro del AgRg en el AREsp 327687 SP 2013 / 0108750-1. Órganos juzgar: T2 - segunda clase. Publicación: DJe 26/08/2013. Juicio: 15 de agosto de 2013. Ponente: Ministro HUBERTO MARTINS.

para ellos sanciones penales y administrativas, con independencia de la obligación de reparar los daños causados⁷.

Marco Aurelio acompañó el entendimiento y dijo que nada justifica una “amnistía” concedida a los productores rurales en relación a los daños ocurridos antes de julio de 2008, no pudiéndose prestigiar a propietarios infractores en detrimento de aquellos que arcaron con la carga económica de observar la ley y adelante alimenta la expectativa de futuras exenciones de la misma significancia (POMPEU, 2018). Pero en el desempate de esa controversia, Celso de Mello sostuvo que dicho “perdón” no se reviste de contenido arbitrario y ni compromete la tutela constitucional del medio ambiente, pues deferida en el contexto de una “clemencia del Estado” que se extiende a todos los demás crímenes comunes y no limitándose a la esfera de los delitos políticos⁸.

Se puede percibir, ya a partir de la visión interpretativa de esa apretada mayoría, se presentó en el umbral de lo ponderable y dentro de una razonabilidad negociada, todo el esfuerzo emprendido por el legislador ordinario en su intento de aproximar interés económico por un lado y preservación la naturaleza del otro, quedando muy claro que tanto emprendedor como defensores del medio ambiente acabaron cediendo espacios hasta el límite de la preservación del núcleo esencial de cada una de las normas de interés. Tal idea, ya presente en la obra de Derani (2001), nada más representa que el ejercicio de compatibilización de derechos fundamentales constitucionales en aparente tensión. En cuanto a la autora, ya acentuaba para la integración de esos derechos, alzando el derecho al medio ambiente ecológicamente equilibrado al indicador del desarrollo económico.

No se dice exactamente en estos términos en ese juicio y por obra de la comprensión generalizada de que de él se puede extraer, pensamos que la mayoría buscó antes desvelar el contenido de ese núcleo esencial para luego respetarlo y mantenerlo íntegro en el modo perfectamente realizable que lograron vislumbrar, en una perspectiva teórica que viene consolidándose como garantía de contenido esencial de los derechos fundamentales en Brasil⁹.

7 Según la noticia vinculada en el sitio oficial y electrónico del STF bajo el título: “Relator profesa voto en el juicio sobre el Nuevo Código Forestal”, a las 19:55 hrs. del día 08/nov/17.

8 Fundamentos resumidos y recogidos del voto del Ministro Celso de Mello, ya disponible para consulta en el sitio electrónico del STF, dentro de las ADI's que suscitaron la materia.

9 En cuanto a este enfoque, sugerimos consultar el trabajo de Sandro Nahmias Melo, publicado bajo el título “La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales”. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, ano 11, abr./jun. 2003, n. 43, p. 82-97.

Es decir que no necesariamente estemos de acuerdo con el resultado final de ese encaminamiento, pero en la balanza del equilibrio permitido y con espeque en esa última teoría, la mayor parte de los Juzgados decidieron tergiversar la naturaleza jurídica de lo que se entiende por “amnistía” e - incluso cuando algunos la reconocían como tal - era vista como una hipótesis aceptable de prestigio al núcleo esencial de las normas en consideración, porque quien al cabo estaría ganando con ese ejercicio de búsqueda para la mejor interpretación sería el propio medio ambiente, como intentaremos ahora reforzar.

La premisa de esta constatación resiste la respuesta a la siguiente indagación: - ¿de qué adelantaría insistir en el castigo del infractor si la naturaleza permanecería agredida y devastada? – ¿Y cómo quedaría el deber de restauración finalizado como independiente de las sanciones penales y administrativas, según el precepto del art. 225, par. 3º, CF/88, y defendido en el voto del Relator?

Informados por un realismo jurídico nacional, otros declarando expresamente la ineficacia de la antigua legislación en la defensa del medio ambiente, en la mayoría de los STF por la creencia de que la reparación preconizada por instrumentos del antiguo código difícilmente se realizaría, ya sea porque una vez condenado el infractor no tendría más estímulo voluntario para ello, ya sea porque la actual desvinculación del estado en la conducción de esa recomposición no la haría efectiva.

Con la adhesión del causante del daño al Programa de Regularización Ambiental (PRA), firmando por consecuencia y voluntariamente el término de compromiso con sus exigencias restaurativas, siempre que sean favorables al mantenimiento de los recursos naturales y en la línea garantista de su núcleo esencial, la pena amnistiar ese infractor de compromiso en homenaje al mayor beneficio de la naturaleza. Al final de cuentas, y como se deliberó de forma estrecha dentro del STF, ese resultado alcanzado sería mucho más pro-afirmativo al mantenimiento de la higiene ambiental.

En cuanto a la otra parte infractora, podemos incluso entender que a ella se le dio una segunda oportunidad para redimir en lo que toca su acto criminal, pero por contrapartida tuvo que ahora confesar su delito, asumir una serie de nuevas imposiciones administrativas y principalmente restaurar el proceso ambiente dañado como condición para recibir el “perdón”. Después de todo esto hecho, nos parece razonable y bien defendible que fue la destinataria naturaleza que mucho más ganó de lo que perdió, siendo que una vez recompuesta pasará a ser cuidada y fiscalizada también por su

antiguo “malhechor”, en una racionalidad lógica de que más un “Soldado” quedará comprometido en la guerra contra su devastación.

En esas circunstancias es que hay quien defiende que los causantes del daño no estarían siendo indebidamente beneficiados, pues en adelante tendrían que buscar *sponte propria* el poder público, apuntar sus transgresiones y asumir plazos a fin de cumplir actividades restaurativas, los movimientos que no eran anteriormente obligados, estando a merced de ellos en la época una pleura de mecanismos procesales a garantizar el debido proceso legal, contradictorio y amplitud de defensa en el marco justamente de la complejidad que se resumen en las demandas ambientales. Esa demora en la final resolución del proceso podría conducir, quien sabe y en el campo de las eventualidades, a una posible prescripción de la pretensión punitiva por parte del Estado Brasileño.

En este sentido, se destaca que el Supremo Tribunal Federal ha reconocido la repercusión general de materia relativa a la prescripción de solicitud de reparación de daño ambiental. Según el artículo publicado recientemente en su sitio electrónico, el tema es objeto del Recurso Extraordinario (RE) 654833, que versa sobre daño causado por madereros en la explotación irregular de tierras indígenas en el Acre, en los años 1980, donde se pretende apartar la tesis de la imprescriptibilidad. Se resalta que el voto del Ministro Alexandre de Moraes por el reconocimiento de la repercusión general fue acompañado por los demás Ministros, sin embargo el mérito del recurso será sometido al Plenario en la Corte, aún sin fecha prevista para juicio (STF, 2018).

Lejos de la discusión si ocurrió o no “amnistía” por parte del Nuevo Código Forestal y refrendado por el STF, importa de aquí en adelante aceptar esa decisión y comprender que vino para dar eficacia restaurativa al medio ambiente y no circunstanciada al beneficio exclusivo del degradador, también no permitiendo de ninguna manera que vuelva a transgredir, en respeto al principio del vedamiento del retroceso por parte de los actos de Estado que, en su interpretación extendida y hallada dentro de nuestra Suprema Corte, dio aún guarida al comentado “perdón” por ser de mejor provecho en la defensa de nuestros recursos naturales.

CONCLUSIÓN

Como planteado, todo el funcionamiento del sistema y su interpretación operan en favor del medio ambiente, buscando efectividad

tanto en su protección como en la restauración de los espacios irregularmente degradados, contorneando situaciones que en un primer momento podrían beneficiar al causante del daño con lectura más favorable, en una línea argumentativa donde siempre debe prevalecer el interés de la naturaleza, en los exactos patrones técnicos de su sostenibilidad.

Incluso en los casos en que se legislaba aparentemente para beneficiar a esos causantes del daño ambiental, como se vio anteriormente, el vector garantizador del núcleo esencial de la norma habrá de ser descortinado para apuntar, en el curso de ese proceso de inteligencia, los reales, concretos y efectivos los ingresos ambientales, mediante razonables y convincentes argumentos de que debe prevalecer el esfuerzo de la preservación y/o recuperación de la naturaleza, aunque al precio de volver a negociar con sus anteriores e identificados agentes devastadores.

En síntesis, no sería racional interpretar el Nuevo Código Forestal como norma permisiva y hábil a retroceder tan sólo en beneficio de esos infractores, si la propia Constitución Federal asegura al derecho ambiental el *estatus* de fundamental para presentes y futuras generaciones, aparentando como importante conquista socioambiental, actualmente protegida por el manto del sello al retroceso en su mayor amplitud de protección posible.

Como quedó registrado, no se puede subvertir el funcionamiento de un ordenamiento jurídico orientado hacia la garantía del medio ambiente sano, aunque ponderado por la necesaria actividad económica, cuando otros y poderosos instrumentos de tutela *pro natura* convergen para la sostenibilidad de la vida en el planeta, íntimamente relacionada al mantenimiento de los mismos recursos naturales.

Por lo expuesto, no convence la tesis de una eventual retroacción del Nuevo Código Forestal a fin de sólo beneficiar al agente causante del daño ambiental, pudiendo eso hasta que ocurra por vía refleja y como máximo de lo ponderable, en vista de un saludable proceso de optimización y desde que al final mejor ventaja se atribuya para la recuperación de la naturaleza.

REFERENCIAS

DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

JESUS, Damásio Evangelista. *Direito Penal: Parte Geral*. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MACHADO, Paulo A. Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELO, Sandro Nahmias. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, ano 11, abr./jun. 2003, n. 43, p. 82-97.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais*. Coimbra: Coimbra, 2010.

POMPEU, Ana. Limite de proibição ao retrocesso ambiental é ponto controverso no STF. *Consultor Jurídico*. Diversidade de entendimentos. São Paulo, 22/fev/2018.

POMPEU, Ana. Para Cármen Lúcia, trechos do Código Florestal “aniquilaram” direitos ambientais. *Consultor Jurídico*. Gerações futuras. São Paulo, 21/fev/2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. A assim designada proibição de retrocesso social e a construção de um direito constitucional comum latinoamericano. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*. Belo Horizonte, ano 3, n. 11, jul./set. 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. A proibição de retrocesso na proteção e promoção de um meio ambiente saudável. *Consultor Jurídico*. Direitos Fundamentais. São Paulo, 25/mar/2016.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n. 1120117/AC. Relatora: Ministra: Eliana Calmon – Recorrente: Orleir M. Cameli e outro – Recorrido: Ministério Público Federal e outro – Brasília, 26, ago. 2010.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n. 327687/SP - AgReg. Relator: Ministro: Humberto Martins – Recorrente: Maria Regina A.V. de Andrade e outros – Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo – Brasília, 15, ago. 2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 042. Relator: Ministro: Luiz Fux – Autor: Partido Progressista (PP) – Ré: União Federal – Assunto: Inconstitucionalidades da Lei federal n. n. 12.651/12 – Brasília, 28, fev. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direita de Inconstitucionalidade

n. 4901. Relator: Ministro: Luiz Fux – Autor: Procurador Geral da República – Ré: União Federal – Assunto: Inconstitucionalidades da Lei federal n. n. 12.651/12 – Brasília, 28, fev. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 4902. Relator: Ministro: Luiz Fux – Autor: Procurador Geral da República – Ré: União Federal – Assunto: Inconstitucionalidades da Lei federal n. n. 12.651/12 – Brasília, 28, fev. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 4903. Relator: Ministro: Luiz Fux – Autor: Procurador Geral da República – Ré: União Federal – Assunto: Inconstitucionalidades da Lei federal n. n. 12.651/12 – Brasília, 28, fev. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 4937. Relator: Ministro: Luiz Fux – Autor: Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) – Ré: União Federal – Assunto: Inconstitucionalidades da Lei federal n. n. 12.651/12 – Brasília, 28, fev. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Inquérito Policial n. 3742/DF Relator: Ministro: Luiz Fux – Autor: Ministério Público Federal – Indiciado: Ivo Narciso Cassol – Assunto: Crimes contra o meio ambiente – Brasília, 20, out. 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Prescrição de ressarcimento de dano ambiental é tema de repercussão geral. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=380229&utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook. Acessado aos 04/07/2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário n. 398041. Relator: Ministro: Joaquim Barbosa – Recorrente: Ministério Público Federal – Recorrido: Sílvio Caetano de Almeida – Brasília, 30, nov. 2006.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário n. 639337 - AgrReg. Relator: Ministro: Celso de Mello – Recorrente: Município de São Paulo – Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo – Brasília, 01, set. 2011.