

MEDIO AMBIENTE: UN DERECHO FUNDAMENTAL DE SEGUNDA CATEGORÍA

José Adércio Leite Sampaio¹

Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC)

Elcio Nacur Rezende²

Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC)

RESUMEN

En Brasil, el derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado es un derecho fundamental. Su reconocimiento se basó en consideraciones formales y dogmáticas. La falta de elementos conceptuales y justificadores más profundos puede explicar un tratamiento legislativo y judicial poco deferente a este derecho. En la práctica, se trata el Derecho Ambiental, todavía, como si fuera un capítulo del Derecho Administrativo o un Derecho Administrativo Especial. Ya el derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, se trata como un derecho fundamental de segunda clase. Este texto tiene como objetivo explicar este tratamiento jurídico, señalando sus aspectos multifacéticos, concluyendo por la necesidad de brindar al medio ambiente una mayor protección. Se utilizó la hipotética metodología deductiva, concluyendo que existe la necesidad de desarrollar una doctrina y jurisprudencia que sea capaz de proporcionar una protección ambiental efectiva.

Palabras clave: derecho fundamental; derecho fundamental a un medio ambiente ecológicamente equilibrado; Supremo Tribunal Federal.

1 Post-Doctor, Doctor y Master en Derecho. Profesor en la Escola Superior Dom Helder Câmara. Procurador de la República. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9452-4811>/e-mail: joseadercio.contato@gmail.com

2 Post-Doctor, Doctor y Master en Derecho. Profesor en la Escola Superior Dom Helder Câmara. Procurador del Tesoro Nacional. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2369-8945>/e-mail: elcionrezende@yahoo.com.br

ENVIRONMENT: A SECOND-RATE FUNDAMENTAL RIGHT

ABSTRACT

In Brazil, the right to an ecologically balanced environment is a fundamental right. Its recognition has been based on formal and dogmatic considerations. The lack of more in-depth conceptual and justifying elements may explain the legislative and judicial treatment that has little respect for this right. In practice, Environmental Law is still treated as if it were a chapter of Administrative Law or a Special Administrative Law; and the right to an ecologically balanced environment, as a fundamental second-class right. This text aims to explain this legal treatment, pointing out its multifaceted aspects. The hypothetical deductive methodology was used, concluding that there is a need to develop a doctrine and jurisprudence that is capable of providing effective environmental protection.

Keywords: *Federal Court of Justice; fundamental right; fundamental right to an ecologically balanced environment.*

INTRODUCCIÓN

El derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado se considera un derecho fundamental en Brasil. Como se verá, el Supremo Tribunal Federal lo afirmará en distintas ocasiones. Sin embargo, poco se ha debatido sobre esta fundamentalidad.

En este contexto, la siguiente problemática se plantea en este estudio: ¿qué hace que un derecho o una pretensión sea fundamental? Entonces, ¿cuáles son las consecuencias jurídicas y políticas de esta consideración? Este es un debate que necesita que se confronte por la literatura constitucional y ambiental del país.

El tema central es, por lo tanto, la investigación sobre la aceptación de la fundamentalidad de un derecho basado únicamente en su consideración dogmática que puede debilitarlo, cuando se ve desafiado por otras pretensiones o intereses. Los juicios de idoneidad legislativa y aplicación judicial tienden a ser menos exigentes, brindando una mayor protección práctica a sus oponentes, especialmente cuando se trata de intereses económicos.

Este texto está justificado, basado en la afirmación de que esta tesis necesita confirmación y que se espera que se presente en este artículo.

Por lo tanto, el objetivo es llevar a cabo una revisión bibliográfica y una apelación a la jurisprudencia, es decir, del Supremo Tribunal Federal, para analizar si el derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado (DMAEE) se trata efectivamente como tal, un derecho fundamental.

1 EL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO COMO DERECHO FUNDAMENTAL

La definición de un derecho fundamental no es la más sencilla. Es necesario unir elementos formales y materiales, jurídicos y sociológicos, políticos e históricos para su formulación. En el Derecho, se acostumbra confiar únicamente en su aspecto formal: fundamental es aquello que se lo dice la Constitución. Pero entender lo que la Constitución “dice” ser es problemático en sí mismo. La Constitución brasileña, por ejemplo, dedica el Título II a los “Derechos y Garantías Fundamentales”. ¿Todos los derechos fundamentales se reconocen bajo este Título? Cualquier principiante en estudios de Derecho Constitucional contestará negativamente, en función de la línea del pensamiento dogmático y la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal. El Tribunal ya ha reconocido que algunos

derechos de los contribuyentes, presentes – aunque en forma de garantías institucionales – en art. 150 de la Constitución, componen el patrimonio de la iusfundamentalidad (BRASIL, 2014a; 2014b).

Ningún repertorio será exhaustivo o estático, en virtud de la posibilidad siempre ubicada en el horizonte de la construcción hermenéutica de la Corte. En cuanto a la presentación del derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, esta dimensión formal se ha cumplido. Aunque se haya afirmado en el art. 226 de la Constitución, hay una distancia normativa de ese Título II, el Supremo Tribunal Federal ya ha reconocido como fundamental. ¿Quién no recordará el profundo voto del ministro Celso de Mello quien, de manera emblemática, insertó el derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado en el rol de la iusfundamentalidad? La enmienda es un neón conceptual:

Toda persona tiene derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado. Este es un derecho típico de tercera generación (o muy nueva dimensión), que ayuda a toda la raza humana (RTJ 158/205-206). Corresponde al Estado y a la propia comunidad, la obligación especial de defender y preservar, en beneficio de las generaciones presentes y futuras, este derecho de propiedad colectiva y de carácter transindividual (RTJ 164/158-161). El cumplimiento de esta obligación, que es indispensable, representa la garantía de que no se establecerán conflictos intergeneracionales serios dentro de la comunidad, debido al desprecio con el deber de solidaridad, que se impone a todos, en la protección de este bien esencial de uso común de la gente en general (BRASIL, 2005).

Además de la fundamentalidad, se había dicho la dimensionalidad (generacional) del derecho, su transindividualidad y transgeneracionalidad, su raíz solidaria, sus promotores o sujetos pasivos iusfundamental (Estado y colectividad). Algo más tenía que decirse para el Derecho. Para algunos, no. El propio STF habrá asumido por sí mismo, con este reconocimiento, una tarea de cumplimiento que realizaría, bajo pena de protección insuficiente. Es un tema que se discutirá en breve. Lo que queda por decir es que la afirmación de un derecho como fundamental no puede reducirse a la retórica o la apologética de su clase. Debe tratarse como tal y deben buscarse elementos materiales que respalden su calidad.

La construcción del argumento de la fundamentalidad por el Supremo Tribunal Federal utilizó la sistemática constitucional que impregna los huecos en el segundo párrafo del art. 5 (dimensión jurídica). Pero se la resultó de una confluencia de elementos materiales que lo sustentaron: la interpelación de las circunstancias históricas y fácticas (su dimensión

sociológica o empírica) y el apoyo en literatura casi siempre audaz o al menos innovadora (dimensión epistémica), que reflejan el resultado de las luchas y conflictos sociales, que a menudo no son visibles (o expresados) en este “proceso de revelación” (dimensión política).

De hecho, este es el proceso típico de afirmación de derechos “in fieri”. Es posible que ya estén presentes en forma de afirmaciones que aún no han madurado lo suficiente en ninguna de las cuatro dimensiones de justificación o, más específicamente, de los “derecho judicial iusfundamental”; ya que aún viven en un futuro que más o menos les espera. No habrá desacuerdos si pronto hablamos y reclamamos un derecho fundamental robótico o clónico (MEHLMAN, 2012; ROBERTSON, 2014; GUNKEL, 2018). La ficción es una forma de simular y anticipar situaciones virtuosas o problemáticas de la existencia individual y social de la humanidad.

Las luchas y conflictos, los existentes y los que están por venir, se traducen en argumentos jurídicos materiales para justificar un derecho fundamental (SAMPAIO, 2004; DUSSEL, 2015). Las intervenciones humanas masivas en el medio ambiente han llevado a una imagen tóxica de la salud y la vida en peligro, con serios reflejos en la igualdad, denunciada por las aspiraciones de justicia ambiental, movilizandoo energía para la organización de la sociedad y para luchas jurídicas, sociales, políticas y, a veces, luchas, física que requirió arbitraje político y constitucional, dada la proporción que alcanzaron. Como no puede admitirse que existe un salto lógico entre la concreción de lo real (de las reclamaciones que surgieron de los conflictos) y la abstracción generalizada de la norma, es habitual buscar una norma de inferencia, lógica o paralógica, que subyace al juicio de afirmación. La literatura innovadora y audaz sirve a gran escala para definir esta inferencia.

La apelación tautológica es más común en el caso de DFMAEE: el medio ambiente ecológicamente equilibrado es un derecho fundamental, dada su importancia o indispensabilidad para la calidad de vida saludable, preferiblemente humana (RENEDO, 2002). Es fundamental, porque es importante, es indispensable, es fundamental. Estos adjetivos generalmente vienen con justificaciones que se refieren a la vida o la salud, aunque, más recientemente, no faltan los llamamientos para las justificaciones post-humanistas, una propiedad difusa por parte de animales no humanos o incluso Gaia o Pachamama. De este modo, se construye el elemento material del derecho.

Los argumentos materiales se combinan al componente formal (y

viceversa) para equipar una situación, calidad o posición jurídica dada de una retórica – casi apologética – de un derecho fundamental. Sin embargo, ni siempre se extrae de ahí las consecuencias jurídicas apropiadas. Carece de atributos jurídicos y constitucionales que lo hagan distinguible dentro del arsenal de conceptos y derechos: servir como un escudo contra grandes incursiones mayoritarias que amezaquinden o pongan en peligro a las minorías. La vieja – ni tampoco desgastada – fórmula Dworkian de “triumfos” de individuos o minorías (DWORKIN, 1977; TRIBE; DORF, 2007). Esta resistencia existencial – y del mundo empírico – se lleva en el lenguaje deóntico de una posición jurídica de resistencia a las intervenciones legislativas que promueven esa amenaza o riesgo. La “libertad de configuración del legislador” es, de hecho, un vínculo con un deber de tutela que asegura suficientemente la coexistencia de otros intereses constitucionales en conflicto con los de las minorías sin ponerlos en riesgo o disminuirlos. Poner en riesgo es desafiar su integridad física o moral, sincrónica y diacrónicamente. Amezaquindar es dejar de tratarlos – y sus pretensiones – con el debido respeto y consideración. Este es un problema grave al delimitar DFAEE.

2 EL DERECHO FUNDAMENTAL AL ENTORNO ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO TOMADO EN SERIO – DEBERES EMPÍRICOS DE LAS INTERVENCIONES LEGISLATIVAS Y LOS CONTROLES JUDICIALES

El derecho fundamental a un medio ambiente ecológicamente equilibrado tiene sus particularidades que van más allá de un alto índice de indeterminación semántica y una necesidad de conocimiento que esté fuera del Derecho. Más que en cualquier otro ámbito jurídico, las “ciencias auxiliares” aquí son decisivas en la atribución de significados a los institutos y en la formulación de políticas públicas para la promoción justa (CARREÑO, 2019). Es un aspecto que casi siempre pasa desapercibido o no recibe la debida atención. Las particularidades, como se ha dicho, también están dentro del Derecho.

La naturaleza de los activos jurídicos tutelados y la necesidad de su protección efectiva justifican el desarrollo de principios como el que contamina paga y la precaución³. Ambos, buenos o malos, reconocidos por el

³ El STF ya ha reconocido la precaución como un principio del derecho ambiental. Su aplicación es, sin embargo, problemática. La propia decisión en cuestión parece contradecirse al mencionar que la incertidumbre exige silencio de las Cortes: “La capacidad institucional, ausente en un escenario de incertidumbre, impone autocontrol al Poder Judicial, que no puede reemplazar las elecciones de otros organismos estatales con sus propias elecciones” (ADC 42. Elemento 18 de la Ementa). En

Supremo Tribunal Federal, importan otro: la inversión de la carga de la prueba⁴. Corresponde al proponente intervenir en el medio ambiente para demostrar que no ocurrirán daños demasiados aceptables en la compensación de “trade-off”, así como a la persona que está respondiendo por los daños ambientales para demostrar que no los causó o los hizo en menor escala.

Este principio, todavía restringido al proceso, hay de aplicarse las políticas públicas que resultan en una mayor intervención ecológica: corresponde a sus formuladores demostrar, con apoyos fácticos y pronósticos creíbles, que no habrá un compromiso serio con la integridad ecosistémica o, en su caso, que se juzgó una ponderación adecuada entre los intereses conservacionistas y los beneficios generados por la nueva política, hasta el punto de justificar el “trade-off” ambiental⁵. La presunción de constitucionalidad de una ley o acto administrativo no puede ignorar esta inversión.

Al revés, debe contemplarla. Solamente habrá presunción si haya suficientes elementos para corregir el pronóstico. El propio Supremo Tribunal, basándose en la comprensión de su homólogo estadounidense, descartó la posibilidad de un escrutinio empírico de la elección del legislador, que puede basarse en “especulaciones racionales no basadas en evidencia o datos empíricos”⁶. Los cambios legislativos supuestamente más graves para el medio ambiente deben estar anclados en evidencia empírica que permita al intérprete identificar la exactitud de sus pronósticos y la corrección de los argumentos de justificación empleados.

un momento en que la incertidumbre es una nueva normalidad, la adopción de esta doctrina puede significar la negación de jurisdicción, especialmente en el campo ambiental.

4 El asunto es pacífico dentro del Superior Tribunal Federal (precedente 618). En el STF, hay reconocimiento en materia de protección del consumidor (Plenaria. ARE-ED-AgR 1224559 / PR. Rel. Min. Dias Toffoli, j. 11/11/2019). El asunto no se trató en una apelación extraordinaria por tratar un tema intraconstitucional (1er. AI-AgR 794553/RS. Rel. Min. Dias Toffoli, j. 18/06/2013).

5 En dominios generales, el control es más respetuoso, y algunos defienden la “no controlabilidad de los pronósticos legislativos” (CANOTILHO, 1991, p. 1123). En Alemania, la falta o el fracaso de las previsiones, *ab initio*, pueden conducir a la nulidad de la ley. El error de pronóstico, verificable solo *a posteriori*, no permite el control, siempre que se haya realizado dentro del alcance de un proceso legislativo regular (MENDES, 2000). Sobre la necesidad de realizar un pronóstico legislativo, basado en datos empíricos, tal como lo exige expresamente el art. 170 de la Constitución suiza (SCALCON, 2017; BICKENBACH, 2016).

6 En el ítem 17 de ementa de ADC 42 se lee: “La Jurisdicción Constitucional encuentra un obstáculo dentro de los límites de la capacidad institucional de sus jueces, especialmente en el ámbito de las políticas públicas, siendo el Poder Judicial responsable del análisis racional del escrutinio del legislador, dependiendo del juicio del Corte Suprema de los Estados Unidos *FCC v. Beach Communications, Inc.* 508 U.S. 307 (1993), en el que se afirmó que “la elección del legislador no está sujeta a un escrutinio empírico por parte de los tribunales y puede basarse en especulaciones racionales no basadas en evidencia o datos empíricos” (“Legislative choice is not subject to courtroom factfinding and may be based on rational speculation unsupported by evidence or empirical data”).

Al legislador se le da un amplio espacio en la construcción discursiva de un posible consenso, de acuerdo con la normatividad de las afirmaciones de certeza y corrección moral y ética, y la factibilidad de acuerdos equitativos de intereses, que, dentro de su espacio de discreción, deben ser inmunes al escrutinio judicial (HABERMAS, 2005). Esto no significa que esté completamente libre del control de su pronóstico. Los tribunales, por cierto, van y vienen en esta doctrina de insindicabilidad. El propio juicio de ponderación, tan apreciado al Supremo Tribunal Federal, es una forma de examinar las razones instrumentales de la opción legislativa. La franquicia tiene límite.

3 EL DERECHO FUNDAMENTAL AL ENTORNO ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO (POCO) TOMADO EN SERIO – DERECHOS EMPÍRICOS DE INTERVENCIONES LEGISLATIVAS Y CONTROLES JUDICIALES INCUMPLIDOS

El lenguaje constitucional a menudo se usa para nombrar las supuestas pruebas para resolver conflictos entre intereses protegidos constitucionalmente. Razonabilidad, proporcionalidad, ponderación, sopeso y acuerdo práctico son algunas denominaciones, ahora diferenciales, por matriz teórica o relacional; ahora empleado de manera equivalente, por error o deliberación, para resolver conflictos constitucionales. No son más que operaciones semántico-sintácticas guiadas por la coherencia argumentativa y la cohesión, más que por su aspecto pragmático, aunque sea este, en esencia, el más decisivo. La “pragma” del lenguaje aquí se refiere tanto a la consideración de los efectos de la operación, denunciada, en algunos foros, como un dominio político consecuencialista e invasivo; en cuanto a las motivaciones profundas de la decisión, relegadas a los estudios de las ciencias sociales y la historiografía de los juegos de lenguaje del sistema de dominación (TANFORD, 1990; STINSON, 1997; NORTON, 2006; GIBSON, 2008; RACHLINKSKI, 2010)⁷.

El juez es un “ser en el mundo”, sometido a las contingencias de su tiempo y sus prejuicios. No es un autómatas, máquina o robot. Su imparcialidad es siempre una parcialidad restringida por un sentido de corrección deontológico, pero no puede restarlo de las luchas de valores, especialmente en los dominios de interacción entre las demandas de los (sub)sistemas

⁷ No es diferente en otros procesos de toma de decisiones (HASTIE; DAWES, 2009).

sociales que (im)presionan⁸. La cultura del Antropoceno, por ejemplo, la imbuye a él y a sus decisiones, lo que permite hacer muchas intervenciones legislativas razonables y proporcionadas que traducen valores económicos que se superponen a intereses ambientales, cuya prevalencia, en otras áreas, por ejemplo, en la venta de órganos humanos o en la celebración de los contratos de esclavitud sexual, sería totalmente refutado, por irrazonable, desproporcionado, absurdo. En ese sentido:

Se nota, por lo tanto, que la crisis socioambiental trae consigo una nueva dimensión de los derechos fundamentales, llamada tercera dimensión, que impone el desafío de insertar, entre sus tareas prioritarias, la protección del medio ambiente. Se desvincula de una visión puramente antropocéntrica hacia el antropocentrismo amplio, lo que justifica un nuevo estándar estatal, cuyos fundamentos se basan en prescripciones constitucionales, democráticas, sociales y ambientales. (KALIL; FERREIRA; 2017, p. 329)

La equivalencia aquí indicada ciertamente se considerará irrazonable. El dominio económico sobre el cuerpo, la sexualidad y la libertad siguen una gramática diferente a la que se ocupa de lo ecológico. Sin embargo, el instituto de la esclavitud ni siempre se consideró desproporcionado – el sexo como un accesorio y la franquicia del principal. En los debates sobre una eventual ley que aboliría la esclavitud en Brasil, los argumentos que defendían la propiedad y el derecho adquirido contra la figura jurídica de la esclavitud han pesado durante muchos años (COSTA, 1997; 1999; GRINBERG, 1998-1999; SAMPAIO, 2004; MENDONÇA, 2008), actualmente socavando el sistema de derechos y dignidad humana. Si los términos estuvieran de moda en ese momento, no sería difícil encontrar, en la literatura de la época, que tal intervención en el Estado en las relaciones privadas sería irrazonable y desproporcionada.

Aunque se niegue la jerarquía entre los derechos fundamentales, los ejemplos dados anteriormente muestran que, en la práctica, existe. La tolerancia a la intervención del legislador en el alcance normativo y la incidencia de la ley es su mejor termómetro. Cuanto más tolerante, menos “fundamental”⁹. Es el imperio del tiempo, sus contingencias y valores; una realidad que desafía el sentido de normatividad.

El institucionalismo, sobre todo, de apelación democrática refuta estas notas: corresponde al legislador definir los espacios de protección

8 Véanse las indicaciones en la nota anterior y, especialmente: Prado (2003), Ribeiro (2006) y Gibson (2008). Aún así: Irwin y Real (2010), Neitz (2013) y Carvalho (2020).

9 Otra forma de ver el problema es desde el derecho, el interés o el activo que justifica la limitación o intervención al derecho. Se ve: Gervier (2014) y Sampaio (2015).

justificada, teniendo en cuenta el comando de causa justa, el proceso constitucional o la “proporcionalidad” debida, a través del escrutinio de la consideración, que debe respetarse, en definitiva, el contenido esencial del derecho (HÄBERLE, 1997; SAMPAIO, 2013). No habría una relación prioritaria entre los derechos, por lo tanto, sino una tarea de “armonizar los valores constitucionales”.

Pronto se podría encontrar en el contenido esencial de la ley, como límite del límite, ya sea en el residuo de proporcionalidad (en su tono relativo), o en la inexpugnable dignidad humana (en su aspecto absoluto), el elemento de identificación del punto prohibido de adelantamiento del legislador y equiparlo con la zona prohibida de la minoría o riesgo grave para la minoría, haciendo una amalgamación – recurrente y a menudo equivocado – entre Dworkin y la Jurisprudencia Constitucional alemana (SAMPALIO, 2013).

Incluso esta mezcla puede ocultar la diferencia en el tratamiento del “arbitraje” de conflictos entre derechos. Una búsqueda rápida en la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal muestra cómo existe una mayor deferencia hacia el legislador al establecer los límites del derecho a un entorno ecológicamente equilibrado, en comparación con otros derechos fundamentales¹⁰. La economía adentra al núcleo de la protección ambiental mucho más fácilmente, restringiendo lo que sería contenido esencial. De hecho, esta es una tendencia en la jurisprudencia comparativa. La Corte Suprema de los Estados Unidos, por ejemplo, resiste en defender los argumentos en defensa del medio ambiente. La discreción técnica y política anula las tesis conservacionistas con bastante frecuencia (FARBER, 1996; LAZARUS, 1999; PAUTZ, 2016). Pero hay un crédito para la pareja estadounidense de la Corte Suprema: la protección del medio ambiente no es más que una sede legal.

Quizás la decisión más emblemática que puede ser examinada es aquella en la que el STF examinó la constitucionalidad de la Ley n. 12.651/2012, que instituyó el nuevo Código Forestal. Hubo serias dudas sobre los contratiempos provocados por la nueva legislación, que se esperaba que la Corte Suprema corrigiera, después de todo, era un derecho fundamental de especial magnitud, dado el ambiente “esencial” para la calidad de vida saludable del presente y las futuras generaciones. Justo en la enmienda de la decisión, un portal de expectativas frustradas: “la capacidad institucional,

¹⁰ Sobre la jurisprudencia de la Corte en materia ambiental: Wedy (2008), Vilani (2009), Rocha (2013) y Gaio (2015).

ausente en un escenario de incertidumbre, impone autocontrol por parte del Poder Judicial, que no puede reemplazar las elecciones de otros organismos estatales con sus propias elecciones” (BRASIL, 2018).

La deferencia al legislador era necesaria, no solo, debido a las incertidumbres técnicas, que, según la Corte, existían en relación con una serie de temas en debate, sino también, en su opinión, debido a la apertura del procedimiento legislativo a la sociedad. Se señaló que se más de setenta audiencias públicas han sido realizadas, lo que dio mayor transparencia y legitimidad adicional a las decisiones legislativas, reforzando la “discreción epistémica y hermenéutica garantizada al Legislativo por la Constitución”. Bajo estas premisas, el ataque al principio [constitucional] de prohibición del retroceso no podría anular el principio democrático, ni justificar la eliminación de “arreglos legales más eficientes para el desarrollo sostenible del país en su todo”. Tampoco podría la “tesis de que la norma más favorable al medio ambiente debe[ría] siempre prevalecer”, rápidamente asociada, en el juicio, con “in dubio pro natura”, ya que dependería del agente “regulador para distribuir recursos escasos con el fin de satisfacer otros intereses legítimos” (BRASIL, 2018). Tenga en cuenta lo caros que son estos elementos de definición, verdaderas “herramientas conceptuales” del derecho fundamental.

Sin embargo, el Tribunal parecía inclinado a dejar la definición de política ambiental pública y, en consecuencia, el contenido del derecho fundamental relevante en manos del Congreso, lo que parecería contradecir la definición de la fundamentalidad de un derecho. Es cierto que los ministros declararon cuatro disposiciones inconstitucionales y otras seis dieron interpretación de acuerdo con la Constitución. Por otro lado, declararon la constitucionalidad a treinta y tres de ellos. Lo sorprendente es la plena delegación de la competencia para disponer de varios institutos ambientales a los legisladores, sin requerir razones técnicas para justificar las decisiones tomadas.

El reconocimiento de que el legislador podría cambiar la extensión de las áreas de protección permanente ni siquiera había prestado atención al significado de tales áreas. ¿Reducir su tamaño en 10 o 50% tendría algún impacto en los flujos genéticos o migratorios? ¿Promovería una mayor o menor sedimentación de ríos y lagos? ¿Por qué razón se cambió el marco para medir el área de preservación ambiental a lo largo de ríos y cursos de agua, convirtiéndose en el lecho regular respectivo y ya no en su nivel más alto? ¿Qué criterio técnico se habría utilizado para admitir el cálculo de las

APPS en el porcentaje de la reserva legal? De hecho, ¿cuál es la función ecológica de la reserva legal que podría autorizar a la ley a prescindir de su existencia en la explotación del potencial de energía hidráulica y en la construcción o expansión de carreteras y ferrocarriles? No sería suficiente establecer un juicio sobre la aplicación formal de más intereses soberanos opuestos, como la propiedad o prestación de servicios de electricidad, el cumplimiento del derecho al transporte y la integración de las regiones del país.

Tales vectores de “policy” podrían justificar perfectamente la medida legislativa, pero era necesario conocer los efectos del ecosistema que tendrían y, por lo tanto, llevar a cabo una ponderación más equilibrada. Da la impresión de que los institutos ambientales son “ornamentos biológicos” (y “retóricos”) sin funciones ecológicas y que están disponibles para el legislador cuando lo desee. Es bastante interesante que, en la discusión sobre la posibilidad de introducir especies exóticas para reponer las reservas legales, le preocuparan los elementos empíricos y técnicos, al decir que no había “evidencia científica de que el uso de especies exóticas para la reforestación de biomas siempre perjudique especies nativas o causa desequilibrio del hábitat” (BRASIL, 2018). Por lo tanto, son válidos en un caso; no interese a los demás. En un autocontrol anticonsecuencialista, también validó la amnistía para aquellos que causaron daños antes del 22 de agosto de 2008. En opinión del Tribunal, le corresponde al legislador “establecer una especie de punto cero en la gestión ambiental del país”, como si las reglas hasta entonces en vigor no existieran. ¿En serio? ¿En materia ambiental? Tampoco se consideraron los signos que se emitieron para la creación de expectativas de nuevo perdón como si, indirectamente, se creara una licencia para ser deforestada. El control de los hechos legislativos era debido, tan voluble como discrecional.

CONSIDERACIONES FINALES

El derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado es un derecho fundamental. El Supremo Tribunal Federal ya lo ha afirmado varias veces. Esta es la justificación formal o dogmática para iusfundamentalidad. Debe agregarla aspectos sociológicos y empíricos, como los efectos sociales, económicos y ecosistémicos de la degradación ambiental; sus aspectos epistemológicos, especialmente con su defensa por literatura especializada; y su proyección política, basada en las luchas y conflictos sociales que generan problemas relacionados con ella (degradación).

Dada la imprecisión semántica del “medio ambiente ecológicamente equilibrado”, el legislador y el juez tienen que recurrir a los campos de la técnica y la ciencia para disciplinar adecuadamente su contenido. Sin embargo, para respetar el contenido esencial de este derecho, es necesario que se consideren algunos principios, especialmente porque, casi siempre, la tarea de realización implica un “trade-off” con otros intereses, especialmente de expresión económica.

El legislador tiene un amplio espacio en la construcción discursiva de un posible consenso, de acuerdo con la normatividad de las afirmaciones de certeza y corrección moral y ética, y la factibilidad de acuerdos equitativos de intereses, que están dentro de su espacio de discreción. No quiere decir que esté completamente libre del control de las bases empíricas y los pronósticos que empleó en el ejercicio de su tarea.

Depende de él demostrar a la investigación judicial que utilizó elementos técnicos apropiados en su ejercicio de ajuste práctico, ya que no fue la ley y la política las que implementaron una mera directriz legislativa del predominio *a priori* e incondicional de los intereses opuestos. Deberá demostrar que, de acuerdo con sus cálculos, no habrá compromiso con la integridad del ecosistema social o, si lo hay, que esto se justifica debidamente por los beneficios generados por la nueva política legislativa adoptada. La inversión de la carga de la prueba mitiga o elimina la presunción de constitucionalidad de una ley, siempre que afecte gravemente al medio ambiente o implique una regresión al marco de protección actual. Es una consecuencia de la naturaleza misma de la ley involucrada, la primacía de “*in dubio pro natura*”, el principio de prevención y el usuario o quien contamina paga. Llámelo el principio del legislador-interventor.

La jurisprudencia de la Corte Suprema Federal, aunque sea apologetica a la fundamentalidad del derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, no le otorga la debida protección. El análisis de la constitucionalidad del Código Forestal lo aclara muy bien. Según el Tribunal, las incertidumbres sobre el grado de afectación del medio ambiente causadas por la política legislativa adoptada estaban dentro del alcance de su evaluación gratuita. Si el juez constitucional no sabe o no se siente en el derecho de manejar las incertidumbres, la protección ambiental será rehén de los ajustes realizados por la Legislatura. Significa afirmar, en última instancia, que el derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado es un derecho legal y no fundamental. Esta consideración lleva a otra: El derecho ambiental no sería más que una especialización del

derecho administrativo, infectado por la lógica del Estado. Con un factor agravante, para algunos, un pleonasma: del Estado y la economía.

REFERENCIAS

BICKENBACH, C. Legislative Margins of Appreciation as the Result of Rational Lawmaking. In: MEßERSCHMIDT, K.; OLIVER-LALANA, A. D. (eds.). *Rational lawmaking under review*. Nürnberg; Zaragoza: Springer, 2016. p. 235-256.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. *ADIMC 3540/DF*. Rel. Min. Celso de Mello, j. 01/09/2005. Disponible en: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=387260>. Acceso: 15 de marzo. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1a. Turma. *AI-AgR 794553/RS*. Rel. Min. Dias Toffoli, j. 18/06/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. *RE 636941/RS*. Rel. Min. Luiz Fux, j. 13/02/2014a. Disponible en: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=5581480>. Acceso: 15 de marzo. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. *ADI 4628/DF*. Rel. Min. Luiz Fux, j. 17/09/2014b. Disponible en: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7310046>. Acceso: 15 de marzo. 2020;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. *ADC 42/DF*. Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 28/02/2018. Disponible en: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750504737>. Acceso em: 12 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. *ARE-ED-AgR 1224559/PR*. Rel. Min. Dias Toffoli, j. 11/11/2019.

CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1991.

CARREÑO, S. M. A. El derecho ambiental entre la ciencia, la economía y la sociología: Reflexiones introductorias sobre el valor normativo de los conceptos extrajurídicos. *Revista Catalana de Dret Ambiental*, v. 10, n. 1, p. 1-26, 2019.

CARVALHO, A. D. Z. *Imagens da imparcialidade entre o discurso constitucional e a prática judicial*. São Paulo: Almedina, 2020.

- COSTA, E. V. *Da monarquia à república: momentos decisivos*. 6. ed. São Paulo: Unesp, 1999;
- COSTA, E. V. *Da senzala à colônia*. 4. ed. São Paulo: Unesp, 1997.
- DUSSEL, E. Direitos humanos e ética da Libertação: pretensão política de justiça e a luta pelo reconhecimento dos novos direitos. *Revista InSURgênci*a, Brasília, ano, v. 1, p. 121-135, 2015.
- DWORKIN, R. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.
- FARBER, D. A. Is the Supreme Court Irrelevant – reflections on the judicial role in Environmental Law. *Minnesota Law Review*, v. 81, p. 547, 1996.
- GAIO, D. *A interpretação do direito de propriedade em face da proteção constitucional do meio ambiente urbano*. Curitiba: Renovar, 2015.
- GERVIER, P. La limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public. *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n. 4, p. 105-112, 2014.
- GIBSON, J. L. Challenges to the impartiality of state supreme courts: legitimacy theory and “new-style” judicial campaigns. *American Political Science Review*, v. 102, n. 1, p. 59-75, 2008.
- GRINBERG, K. Em defesa da propriedade: Antônio Pereira Rebouças e a escravidão. *Afro-Ásia*, Salvador, n. 21-22, p. 111-146, 1998-1999.
- GUNKEL, D. J. *Robot rights*. Cambridge: MIT Press, 2018.
- HÄBERLE, P. *La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional*. San Miguel: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997.
- HABERMAS, J. *Facticidad y Validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2005.
- HASTIE, R.; DAWES, R. M. *Rational choice in an uncertain world: the psychology of judgment and decision making*. London: Sage, 2009.
- IRWIN, J. F.; REAL, D. L. Unconscious influences on judicial decision-making: the illusion of objectivity. *McGeorge Law Review*, v. 42, p. 1-18, 2010.

KALIL, A. P. M. C.; FERREIRA, H. S. A dimensão socioambiental do Estado de Direito. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 14, n. 28, p. 329-359, jan./abr. 2017. Disponível em: <http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/view/1010/549>. Acesso: 5 jun. 20.

LAZARUS, R. J. Thirty years of Environmental Protection Law in the Supreme Court. *Pace Environmental Law Review*, v. 17, p. 1-32, 1999.

MEHLMAN, M. J. *Transhumanist dreams and dystopian nightmares: the promise and peril of genetic engineering*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 2012.

MENDES, G. F. Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, DF, v. 1, n. 8, 2000. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/viewFile/1063/1047>. Acesso: 11 de marzo. 2020.

MENDONÇA, J. M. N. *Entre a mão e os anéis: a Lei dos Sexagenários e os caminhos da abolição no Brasil*. 2. ed. Campinas: Unicamp, 2008.

NEITZ, M. B. Socioeconomic bias in the Judiciary. *Cleveland State Law Review*, v. 61, p. 137-165, 2013.

NORTON, M. I. et al. Mixed motives and racial bias: the impact of legitimate and illegitimate criteria on decision making. *Psychology, Public Policy, and Law*, v. 12, n. 1, p. 36-55, 2006.

PAUTZ, M. C. Regulating Greenhouse gas emissions: The Supreme Court, the Environmental Protection Agency, Madison's "Auxiliary Precautions," and Rohr's "Balance Wheel". *Public Integrity*, v. 18, n. 2, p. 149-166, 2016.

PRADO, L. R. A. Neutralidade e imparcialidade dos juízes? In: GROENINGA, G. C. (org.). *Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

RACHLINSKI, J. J. Processing pleadings and the psychology of prejudgments. *DePaul Law Review*, v. 60, p. 413-430, 2010.

RENEDO, C. A. La difícil concepción del medio ambiente como derecho constitucional en el ordenamiento español. *Revista de Derecho Político*, n. 54, p. 129-152, 2002.

RIBEIRO, I. C. *Robin Hood versus King John: como os juízes locais decidem casos no Brasil*. Brasília, DF: Ipea, 2006.

ROBERTSON, J. Human rights vs. robot rights: forecasts from Japan. *Critical Asian Studies*, v. 46, n. 4, p. 571-598, 2014.

ROCHA, C. M. *O STF e o meio ambiente: a tutela do meio ambiente e sede de controle concentrado de constitucionalidade*. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-05122013-154012/publico/Dissertacao_Final_Caroline_Medeiros_Rocha.pdf. Acesso: 12 de março. 2020.

SAMPAIO, J. A. L. *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SAMPAIO, J. A. L. *Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SAMPAIO, J. A. L. Direitos fundamentais como trufas da maioria. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, São Leopoldo, v. 7, n. 3, p. 226-234, 2015.

SCALCON, R. L. Avaliação de impacto legislativo: a prática europeia e suas lições para o Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, v. 54, n. 214, p. 113-130, abr./jun. 2017.

STINSON, V. et al. How effective is the motion-to-suppress safeguard? Judges' perceptions of the suggestiveness and fairness of biased lineup procedures. *Journal of Applied Psychology*, v. 82, n. 2, p. 211-220, 1997.

TANFORD, J. A. The limits of a scientific jurisprudence: The Supreme Court and psychology. *Indiana Law Journal*, v. 66, p. 137-173, 1990.

TRIBE, L.; DORF, M. *Hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007

VILANI, R. M. A aplicação do conceito constitucional de desenvolvimento sustentável sob a perspectiva do STJ e do STF. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, v. 13, n. 1, p. 63-79, 2009.

WEDY, G. O STF e o enfrentamento do conflito aparente entre o princípio da preservação do meio ambiente e o princípio do desenvolvimento econômico e da livre iniciativa. Direito Federal. *Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil*, Brasília-DF, v. 23, p. 175-202, 2008.

Artículo recibido el: 06/10/2020.
Artículo aceptado el: 30/06/2020.

Cómo citar este artículo (ABNT):

SAMPAIO, J. A. L.; REZENDE, E. N. Medio ambiente: un derecho fundamental de segunda categoría. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 17, n. 38, p. 271-288, mayo/ago. 2020. Disponible en: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1875>. Acceso: día del mes. año.