

A PROJEÇÃO DA FÓRMULA DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL SOBRE A PROTEÇÃO PENAL AO MEIO AMBIENTE

Alex Fernandes Santiago¹⁶⁵
Plínio Lacerda Martins¹⁶⁶

Palavras-chave: Desenvolvimento Sustentável; Direito Penal.

1 INTRODUÇÃO.

A caracterização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental implica profundos reflexos no Direito Penal, que vão além de constituir importante critério de interpretação.

Segundo a tendência da doutrina majoritária, não é exigível que para alcançar proteção penal um bem jurídico tenha relevância expressa na Constituição, sendo suficiente sua compatibilidade com a norma fundamental. Tanto é assim que o legislador tem, por um lado, como consequência de sua prerrogativa de determinação de fins, ampla margem na criação de normas penais; por outro lado, devem ser considerados de forma suficiente os preceitos constitucionais.

Contudo essa discricionariedade do legislador penal não é absoluta. Nesse último aspecto, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, por possuir estrutura de um tipo totalmente distinta dos demais direitos, se diferenciará dos demais direitos fundamentais, assumindo a qualidade de um direito fundamental como um todo (ALEXY, 2007, p. 392), e demandará do Estado o cumprimento de amplo leque de deveres.

¹⁶⁵ Doutorando em Direitos, Instituições e Negócios pela Universidade Federal Fluminense; Mestre em Direito Penal e Especialista em Direito Ambiental pela Universidad de Buenos Aires; Promotor de Justiça de Defesa do Meio Ambiente de Juiz de Fora, Minas Gerais; e-mail: alex@mpmg.mp.br; Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2154830176193725>

¹⁶⁶ Doutor em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense; Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho; Professor adjunto do Departamento Privado da Universidade Federal Fluminense; e-mail: pliniolacerda@terra.com.br; Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1643533929253579>

Nesse sentido, a Constituição brasileira cuidou não apenas de consagrar a proteção ao meio ambiente, em caráter prévio ao Direito Penal, reconhecendo-o como bem jurídico a ser protegido. Em seu artigo 225, parágrafo terceiro, consigna o comando de proteger o meio ambiente e, mais especificamente, de protegê-lo penalmente, em mandato expresso de criminalização.

Não obstante, a proteção penal do meio ambiente encerra controvérsias acaloradas, o que merece aprofundamento. Por isso, são objetivos deste trabalho: a) investigar porque a expansão do Direito Penal à proteção do meio ambiente encerra tantas discussões, em que tudo é questionado, a começar se este deve ou não proteger o ambiente, bem como se debate, ainda, a opção legislativa de diretamente permitir algumas atividades que, apesar de excessivamente poluidoras ou perigosas, contribuem ao crescimento econômico, ou a proibição destas com auxílio de normas penais em branco; b) investigar a projeção da fórmula do desenvolvimento sustentável sobre o Direito Penal Ambiental.

Pretende-se desenvolver a ideia central que as contendas que permeiam o Direito Penal Ambiental refletem controvérsia mais profunda, que é a discussão sobre o antagonismo entre o crescimento econômico e a proteção do ambiente, acomodada sob a fórmula internacional deliberadamente vaga, imprecisa e não questionada quanto à sua validade, do conceito de desenvolvimento sustentável, marco em que se levam a cabo os embates entre preservacionistas e crescentistas por sua interpretação, disputa que se projetará nos mais diversos níveis, entre eles o jurídico-penal.

Para tanto promover-se-á a análise do conceito de desenvolvimento sustentável, sua aparição e implementação, sob o marco teórico das teorias dos sistemas e da sociedade do risco. Também será referência a discussão das atividades empresariais especialmente poluidoras com base na teoria crítica e social de Habermas, e sua proposta de reabilitação da razão prática para o contexto das sociedades atuais.

O método utilizado foi o bibliográfico, com levantamento de doutrina, legislação e julgados disponíveis, com coleta do material teórico, e abordagem interdisciplinar, como sói acontecer em temas ambientais.

2 O RECONHECIMENTO CONSTITUCIONAL DA NECESSIDADE DE PROTEÇÃO PENAL PARA A CONFIGURAÇÃO DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO.

Via de regra não existe um mandato constitucional de sancionar criminalmente determinada conduta. A ponderação entre bem comum e liberdade individual, bem como a delimitação de liberdades individuais em colisão em princípio é assunto do legislador. Ao seu prudente critério será relegada a decisão se quer proteger um bem jurídico-penalmente ou se contentará com uma responsabilidade civil ou administrativa (ROXIN, 2010, p. 64). Dentro das amplas margens constitucionais, a tipificação de um delito e a fixação da pena serão exercício da política legislativa, cabendo ao legislador discricionariamente escolher o que irá proteger penalmente e como.

Contudo, essa discricionariedade não é absoluta, como bem explicam os postulados das modernas doutrina e jurisprudência sobre a projeção dos direitos fundamentais.

Como observou o Ministro Gilmar Mendes em voto no HC 96.759/CE, de 28/02/2012 do Supremo Tribunal Federal, baseado na doutrina e jurisprudência constitucionais alemãs, o Estado, ao estabelecer um direito fundamental em sua Constituição, “*se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público (direito fundamental enquanto direito de proteção ou de defesa – Abwehrrecht)*”, mas também se obriga “*a garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros (Schutzpflicht des Staats)*” (destaques do original), gerando “*uma nova dimensão aos direitos fundamentais, fazendo com que o Estado evolua da posição de ‘adversário’ para uma função de guardião desses direitos*”, em postulado de proteção (*Schutzgebote*), indo além das meras proibições de intervenção

(*Eingriffsverbote*). Os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbote*), como também proibições de proteção insuficiente (*Untermassverbote*).

Esse dever de proteção pode projetar-se em a) um dever de proibição (*Verbotspflicht*), consistente no dever de se proibir uma determinada conduta; b) um dever de segurança (*Sicherheitspflicht*), que impõe ao Estado proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante a adoção de medidas diversas; e, ainda, em c) um dever de evitar riscos (*Risikopflicht*), que autoriza o Estado a atuar com o objetivo de evitar riscos para o cidadão em geral mediante a adoção de medidas de proteção ou de prevenção especialmente em relação ao desenvolvimento técnico ou tecnológico.

Nesse aspecto, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, por possuir estrutura totalmente distinta, se diferenciará dos demais direitos fundamentais, assumindo a qualidade de um direito fundamental como um todo (ALEXY, p. 392) e demandará do Estado o cumprimento de amplo leque de deveres. Assim, dele derivarão: a) um direito a que o Estado se omita de realizar determinadas intervenções no meio ambiente (direito de defesa); b) um direito a que o Estado proteja o titular desse direito fundamental frente a intervenções de terceiros que causem danos ao meio ambiente (direito de proteção); c) um direito a que o Estado permita aos titulares do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado participar em procedimentos relevantes para o meio ambiente (direito ao procedimento, como a participação nos procedimentos de licenciamento); e e) um direito a que o próprio Estado empreenda medidas fáticas, tendentes a melhorar o meio ambiente (direito a uma prestação fática).

Mais que isso: o direito prestacional decorrente do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ainda com Alexy, deve ser entendido em sentido mais amplo. O direito a ações como prestações fáticas constitui somente parte dos direitos prestacionais (direitos prestacionais em sentido estrito). Todo direito a uma ação positiva, a uma ação do Estado, é um direito prestacional, envolvendo não apenas prestações de fato, mas também prestações normativas (direitos prestacionais em sentido amplo), que

poderão incluir até mesmo a exigência de proteção penal, dentro do âmbito dos direitos de proteção (ALEXY, p. 171-172, 398-399).

Como decorrência dessas questões é que nossa Constituição cuidou não apenas de consagrar a proteção ao meio ambiente, em caráter prévio ao Direito Penal, reconhecendo-o como bem jurídico a ser protegido. Poderia perfeitamente a Lei Maior haver parado por aí e silenciado quanto à necessidade de sua proteção penal. Isso permitiria deixar ao alvedrio do legislador brasileiro decidir, na ordem infraconstitucional, como faria essa proteção. Mas não foi essa a opção da Constituição Federal de 1988.

A Carta Magna brasileira optou por ir além, gizando em seu artigo 225, parágrafo terceiro a importância do bem jurídico meio ambiente, explicitando como se daria a realização do dever de proteção do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ao estabelecer um mandato de criminalização expresso para o legislador, afastando qualquer dúvida sobre a necessidade de proteção jurídico penal deste.

Deu-se, no Brasil, portanto, aquilo que a doutrina constitucional nominou como “proibição de defeito”: o legislador está obrigado pela Constituição a proteger determinados interesses com determinados meios, explicitando os já mencionados deveres de proteção, o que pode implicar mandatos de criminalização, apoiados no dever estatal de proteger um bem jurídico.

Isto ocorre raramente, e, ao constatar-se sua aparição, resta realçada a importância do bem jurídico cuja proteção penal é exigida constitucionalmente. Normalmente a Constituição consagra a liberdade negativa, não o que se tem que fazer. Somente os bens mais importantes são elencados para a definição do que seja constitucionalmente necessário, em mandatos, que determinam ao legislador a proteção de maneira eficaz e suficiente contra as intervenções do Estado e dos particulares, o que demonstra a importância do artigo 225, parágrafo terceiro: a Constituição Federal entendeu que o dever de proteção do Estado em relação ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado era de tal magnitude que passava, necessariamente, pela proteção penal, abandonando o terreno da discricionariedade legislativa e se convertendo

em um mecanismo de cumprimento das exigências dos direitos de proteção. Pela Constituição a ausência de proteção penal ao meio ambiente configuraria uma proteção insuficiente do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Ao determinar a proteção penal ao meio ambiente como constitucionalmente necessária, delineou a Constituição mínimo irrestringível (BERNAL PULIDO, 2005, p. 130-132) no conteúdo deste direito fundamental: não há proteção adequada ao meio ambiente brasileiro se não contar este com a tutela penal.

E mais: o exemplo do mandato de criminalização ambiental não é exclusivo do Brasil. A Diretiva 2008/99/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de novembro de 2008, rompeu paradigmas e abrigou a primeira norma de Direito Penal Ambiental Internacional, obrigando, em seu artigo 3º todos os países membros da União Europeia a sancionar penalmente diversos ilícitos cometidos contra o meio ambiente.

3 CONTROVÉRSIAS DA PROTEÇÃO PENAL AO MEIO AMBIENTE.

Não obstante o mandamento constitucional, a expansão do Direito Penal à proteção do meio ambiente encerra acaloradas discussões.

Apesar de existir certo consenso social que o meio ambiente mereça proteção jurídico-penal, a doutrina encontra-se profundamente dividida quanto ao papel desempenhado pelo Direito Penal na proteção do ambiente. As respostas começam pela negativa extrema, que elimina no nascedouro qualquer possibilidade da pequena contribuição que este poderia oferecer em um cenário de tão preocupante deterioro; em outro vértice, situam-se aqueles que, apesar de reconhecer uma função do Direito Penal na defesa do meio ambiente, dissentem até onde possa chegar e em que medida pode contribuir para ser ferramenta eficiente, em discussões que refletem a crise do Direito Penal e traduzem sua dificuldade, ou melhor, da doutrina em conviver com uma nova sociedade, denominada pós-industrial. Muitas das críticas que lhe são direcionadas são as mesmas feitas ao Direito Penal moderno: dificuldade na aplicação das regras de imputação

clássicas, vaga formulação do bem jurídico, emprego da técnica de perigo abstrato, acentuado indeterminismo...

Cabe portanto examinar por que razão a expansão do Direito Penal à proteção do ambiente encerra tão acaloradas discussões, em que tudo é questionado, a começar pela controvérsia sobre sua necessidade e utilidade. Debate-se, ainda, a opção legislativa de diretamente permitir algumas atividades que, apesar de excessivamente poluidoras ou perigosas, contribuem ao crescimento econômico, ou a proibição destas com auxílio de normas penais em branco.

Mesmo entre aqueles que admitem a existência de um Direito Penal Ambiental discutem como deveria configurar-se a proteção, e o dissenso começa na concepção do bem jurídico tutelado, em que reina a divisão entre antropocêntricos e ecocêntricos. As controvérsias se espraiam na análise dos tipos penais ambientais, que não poucas vezes apresentam uma redação ambígua. O tipo queria proibir determinada conduta em uma atividade comumente permitida; quis proibir a poluição, mas apenas em níveis excessivos; quis proibir desmatamentos, contudo somente em áreas específicas... Os conflitos se estendem à prática forense, com interpretações distintas de uma mesma lei, seja em favor do meio ambiente, seja em prol de uma atividade econômica (SANTIAGO, 2015, p. 12-13).

Nesta análise se observará que essas contendas nada mais fazem que refletir controvérsia mais profunda, que é a discussão sobre o antagonismo entre crescimento econômico e proteção do ambiente, acomodada sob a fórmula internacional deliberadamente vaga, imprecisa e não questionada quanto à sua validade, do conceito de desenvolvimento sustentável, marco em que se levam a cabo os embates entre preservacionistas e crescimentistas por sua interpretação, disputa que se projetará nos mais diversos níveis, entre eles o jurídico-penal.

4 A FÓRMULA DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E SUA APLICAÇÃO.

É sabido que os questionamentos à utilização desmedida dos recursos naturais desembocaram na Conferência de Estocolmo de 1972, marco histórico e estopim para a criação de diversas leis ambientais, em nível internacional e nacional.

Apesar disso, aspecto olvidado é a forte polarização marcou o evento. Os países de Terceiro Mundo opuseram-se com veemência à imposição de limites ao crescimento econômico. Nesse contexto, sua posição era de rechaço à imposição de limites ao crescimento econômico – e o Brasil era um dos expoentes na recusa. Sob o ponto de vista diplomático, não havia forma de alcançar qualquer acordo internacional de caráter global e força vinculante consistente (NOBRE, 2002, p. 37).

O conflito entre os países ricos e o Terceiro Mundo se refletiu nos princípios 8, 9, 10, 11, 12 e 23 da Declaração de 1972. O balanço não era animador, uma vez posposta a efetiva conservação ambiental. A discussão desencadeou documento que evitou o ponto morto político, mas muito distante de contribuir para a solução dos problemas do meio ambiente (CATTON JR., 2010, p. 207).

Ainda assim, a Conferência converteu o meio ambiente em tema de relevância internacional. Dela resultou uma Declaração que constituiu o primeiro corpo de uma *soft law* para questões internacionais relativas ao meio ambiente, e definiu o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA).

Era o primeiro passo na complexa institucionalização da problemática ambiental, que ascendia ao primeiro plano da agenda política internacional. Sem embargo, o outro passo - fazer com que as preocupações ambientais penetrassem e conformassem as decisões sobre as políticas públicas em todos os seus níveis - quedava incógnito (NOBRE, p. 8 e 49). E seguia bastante vivo o questionamento se existe contradição entre crescimento econômico e o meio ambiente. Como avançar nas discussões, se não se responde, não se supera esta pergunta?

Havia que encontrar uma fórmula, e esta se apresentou anos depois, com a apresentação das Conclusões da Comissão Brundtland na Assembleia Geral da ONU, em 1987, em que se respondeu especificamente a questão central do debate dos anos 70. Como resultado de operação diplomática, ideológica e social para superar o impasse gerado pelo questionamento se existe contradição entre crescimento econômico e meio ambiente, e no contexto da estratégia de institucionalização da problemática ambiental, a Comissão concluiu que desenvolvimento e meio ambiente não são contraditórios. Em verdade são conciliáveis, desde que compatibilizados sob o princípio do desenvolvimento sustentável (NOBRE, 2002, p. 37 e seguintes).

Mas o que é desenvolvimento sustentável? Para a Comissão, é aquele que “*garante as necessidades da geração presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras de satisfazer suas necessidades*” (NACIONES UNIDAS, 1998, p. X). Está bem, mas, e daí? A singela leitura do conceito demonstra se cuidar de formulação deliberadamente vaga e inerentemente contraditória (NOBRE, 2002, p. 10), tópico tão repetido que, se não explica, tampouco diz grande coisa (CRAWFORD, 2009, p. 25), que todos aceitam, mas ninguém sabe dizer o que é, ou que cada um tem uma visão própria do que seja, o que origina inúmeros conflitos.

De fato, se alguém acompanha alguma sessão de votação de órgão de licenciamento, verá tanto o representante das indústrias, quanto das organizações não governamentais ou do governo afirmando que deseja um desenvolvimento sustentável. Sem embargo, cada qual terá uma compreensão bastante peculiar do que seja, e poderá defender posição diametralmente oposta à do representante de outra instituição, ainda que afirmem querer o mesmo objetivo, o tal do desenvolvimento sustentável. A fórmula tanto servirá para a argumentação daqueles que não querem que determinada indústria se instale em um local, quanto para quem defenda fervorosamente sua instalação (SANTIAGO, 2015, p. 26-27).

Não bastasse, como a fórmula oculta a discussão fundamental (RAMÓN MENDOZA, 2009, p. 13-14), culmina por promover dogmas equivocados. Confundir desenvolvimento

sustentável com crescimento econômico habitual que seja ecologicamente sustentável é enganar a população, pois é impossível que as economias dos países ricos, que já ocupam espaços ambientais muito maiores que seus territórios, cresçam ainda mais e sejam ecologicamente sustentáveis (MARTÍNEZ ALIER; ROCA JUSMET, 2001, p. 54; NAREDO, 2006, p. 27).

Ainda assim, é forçoso admitir que foi exatamente por suas debilidades, imperfeições e contradições que o conceito de desenvolvimento sustentável ganhou a aceitação universal. Era essa a estratégia; buscava-se uma noção fadada a produzir consenso, e teve êxito: permitiu a reunião de crescentistas e ambientalistas sob o mesmo guarda-chuva (RAMÓN MENDOZA, 2009, p. 6).

O conceito de desenvolvimento sustentável é o fio condutor da estratégia de institucionalização da problemática ambiental. Responde o questionamento multicitado, afirmando que finitude não representa catástrofe, tampouco a conservação ambiental significa estorvo ao desenvolvimento. Delimita a arena de disputa política e permite o diálogo entre posições que se apresentavam inicialmente inconciliáveis.

Era uma estratégia do PNUMA para a institucionalização da problemática ambiental. Mas o propósito de fazer com que as preocupações ambientais conformassem as decisões das políticas públicas em todos os níveis, estava por definir. E o resultado não atendeu aos anseios de parte significativa do movimento ambientalista.

A Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, em 1992, no Rio de Janeiro, era momento decisivo. A fórmula desenvolvimento sustentável saiu consagrada. Ela, ou a palavra desenvolvimento somente, se encontra presente em 17 princípios da Declaração. Consagrada sim, mas ainda sem definição precisa.

Os princípios 3 (*“O direito ao desenvolvimento deve ser exercido de modo a permitir que sejam atendidas equitativamente as necessidades de desenvolvimento e de meio ambiente das gerações presentes e futuras”*) e 4 (*“Para alcançar o desenvolvimento sustentável, a proteção ambiental constituirá parte integrante do processo de desenvolvimento e não pode ser considerada isoladamente deste”*), que pareceriam

aproximar-se de uma delimitação, em verdade não dizem muita coisa. De fato, em diversos excertos a Declaração de 1992 representou retrocesso em relação à de 1972 (NAREDO, 2006, p. 28).

A pergunta que se faz é até que ponto as políticas públicas ambientais são permeáveis a uma formulação que permita a sustentabilidade. Como exemplo, a Conferência Rio +10 em Johannesburgo foi ainda menos frutífera, e se viu quase paralisada por disputas ideológicas e econômicas, e pelo especial empenho de seus participantes em defender seus interesses, nacionais, empresariais ou individuais (MEADOWS, 2012, p. 30).

O documento final da Conferência das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Sustentável de 2012 não deixa lugar a dúvidas. A fórmula está consagrada, e o capítulo IV do documento final fixa inclusive marco institucional para o desenvolvimento sustentável. Mas não pode haver lugar para ilusões quanto ao segundo objetivo, pois os resultados são assaz decepcionantes: a fórmula não promoveu a diminuição da degradação dos bens ambientais. A sociedade mundial ainda tenta compreender a noção de sustentabilidade, termo que continua ambíguo e do qual largamente se abusa, ainda que passados anos de sua divulgação (MEADOWS, 2012, p. 31).

Muita discussão, conferências, normativas, pesquisas. De fato houve avanços na questão ambiental. As ideias já não são as mesmas de antes de Estocolmo. Sem embargo, a fórmula de acomodação, deliberadamente vaga e imprecisa, do desenvolvimento sustentável, que visava a conciliar o conflito entre crescimento econômico e proteção do meio ambiente, não obteve o resultado desejado pelo movimento ambientalista (SANTIAGO, p. 9-63), e segue permitindo o crescimento econômico desenfreado e reafirma a fé no livre mercado, que proporcionará as soluções. Os paradigmas teóricos e econômicos seguem os de sempre, pois o sistema econômico continua a operar de acordo com a sua lógica (NAREDO, p. 36). Até os defensores da ideia do desenvolvimento sustentável reconhecem sua dificuldade de implementação frente à lógica do mercado (SACHS, 2002, p. 55-56). Como observam os autores de *Limits to growth*, “é um fato triste que a humanidade haja desperdiçado em grande medida os últimos trinta anos em debates

fúteis e respostas bem intencionadas porém vacilantes ao desafio ecológico planetário (MEADOWS, p. 33)”.

5 A PROJEÇÃO DAS CONTRADIÇÕES DA FÓRMULA DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NO DIREITO PENAL AMBIENTAL.

Da mesma maneira que a racionalidade econômica não assimila facilmente os princípios de uma racionalidade ambiental, a racionalidade jurídica tem dificuldade em assimilar a proteção do meio ambiente. O discurso oficial do desenvolvimento sustentável penetra em várias áreas, entre elas a legislativa, e mascara os interesses diversos, com o foco no crescimento econômico (LEFF, 2007, p. 28 e 135).

Com o Direito Penal Ambiental não é distinto.

Aquela que comumente é sua primeira grande polêmica – se o Direito Penal deve ou não proteger o ambiente – reflete, especialmente no plano legislativo, a discussão se existe contradição entre crescimento econômico e proteção do meio ambiente, o que se manifestou de forma particularmente evidente durante os debates parlamentares de Lei de Crimes Ambientais brasileira. A proteção oferecida pela lei foi, finalmente, muito menor do que pretendiam alguns parlamentares, ainda que reconhecendo que faziam concessões em nome de um desenvolvimento sustentável, assim como outros, que não queriam as restrições da lei, também as aceitaram sob o mesmo discurso, recorrendo os dois polos à fórmula de acomodação (SANTIAGO, p. 52-61).

Em menor proporção, também na doutrina se reproduz o conflito. As posições que negam a extensão da proteção penal ao ambiente por não configurar ferramenta adequada, por ser caso de Direito Penal simbólico, muitas vezes manifestam veladamente a prevalência de racionalidade econômica, que implica a compreensão de não sancionar penalmente condutas que possam representar crescimento econômico.

Esse conflito, que se manifesta nas origens da norma, desemboca na opção legislativa de diretamente permitir algumas atividades que, apesar de excessivamente

poluidoras ou perigosas, contribuem ao crescimento econômico, ou proibi-las com o auxílio de normas penais em branco (excetuando diversas situações).

O debate em torno do conceito de desenvolvimento sustentável também se espalha sobre a discussão sobre o bem jurídico protegido pelo Direito Penal Ambiental, e a consequente divisão entre correntes antropocêntricas e ecocêntricas. Os antropocêntricos estão mais próximos da aceitação do conceito de desenvolvimento sustentável em uma visão economicista, os ecocêntricos de uma ecologia profunda, conservacionista.

Também na análise dos tipos penais ambientais se observará que não poucas vezes apresentam redação ambígua, porque presente tal conflito. O tipo queria proibir determinada conduta em uma atividade geralmente permitida; quis proibir a contaminação, mas somente em níveis excessivos; quis proibir desmatamentos, mas apenas em áreas específicas.

Mais especificamente, o conflito reproduz-se deletereamente nas normas penais em branco. Quando mal manejadas, as normas em branco podem conduzir a situações de um Direito Penal simbólico. Tal ocorre quando as normas administrativas que complementam a norma penal admitem níveis de contaminação tão altos que na prática sanção alguma é aplicável, em uma sorte de convivência entre industrialização e Direito e industrialização e Ciência. Nestas situações a norma penal vê-se desvirtuada e termina constituindo estímulo à poluição, em perversão do conceito de desenvolvimento sustentável (BECK, 2007, p. 54).

Na prática forense tal conflito também se manifesta. Um magistrado que mais valorize o crescimento econômico terminará aceitando algumas condutas que um magistrado conservacionista não aceitaria, em interpretações distintas de uma mesma lei, em concepções distintas de um desenvolvimento sustentável.

Todos estes são exemplos da projeção do conflito na definição do desenvolvimento sustentável sobre o Direito Penal. Sabedores de tais fatos, poderemos ter uma visão do Direito Penal Ambiental mais crítica e ajustada à realidade. Mais cedo ou mais tarde, teremos que nos perguntar qual o valor de um sistema legal que regula alguns detalhes de

certos riscos menores, mas que deixa de enfrentar questões ambientais muito mais sérias, legalizando-as (BECK, 2009, p. 90-91)...

6 A DIFICULDADE DA PREVALÊNCIA DO RACIOCÍNIO ECOLÓGICO.

Luhmann analisou o movimento ambiental da década de 1970, naquele que é considerado seu texto mais acessível (JOAS, 2017, p. 302).

Em aplicação coerente da teoria dos sistemas, lembrou que cada sistema possui seu código binário (política, economia, ciência, religião, educação) por meio do qual a informação de dentro do sistema é processada. A economia, pelas operações efetuadas através do pagamento de dinheiro, do código ter/não ter ou pagar/não pagar. A lógica do lucro prevalecerá. Já no sistema político atual prevalece o código governo/oposição.

Nenhum desses sistemas é capaz de assumir o controle dos outros subsistemas, e nenhum código possui prioridade sobre os outros. Obviamente há relações entre os sistemas, mas a Economia somente pode responder à Política através do código pagar/não pagar, não possui outra língua à sua disposição. Os diversos códigos não podem ser facilmente convertidos um no outro.

Diante desse quadro, Luhmann reagiu com pessimismo à possibilidade de que as sociedades modernas se adaptem às ameaças ecológicas. Não havia para ele um ponto de vista a partir do qual indivíduos ou grupos podem obter uma visão geral do todo e a partir daí estabelecer uma tentativa válida de proteger o meio ambiente. Reconheceu que não podemos continuar tal como estamos na exploração do ambiente, mas não vislumbrou a possibilidade, diante da dificuldade de que cada sistema possui de raciocinar com informações distintas de seu código, que a mentalidade de proteção ambiental se sobrepusesse à lógica de cada sistema. Enfatizou que medidas seriam tomadas, como o foram, no enfrentamento das causas primárias da poluição ambiental, mas que ninguém deveria acreditar que o sistema político pode ser influenciado ou controlado de modo que medidas genuinamente efetivas ocorressem. O sistema político poderia, no máximo, ser

estimulado, e reagir com sua própria lógica de comunicação (LUHMANN, 2004, p. 125, 131 e JOAS, p. 303-305).

Luhmann alertou, assim, para o calcanhar de Aquiles da proteção ambiental. No Direito Ambiental o principal sistema regulado é o econômico, e como ainda não há consenso entre os sistemas político e econômico para a conservação do meio ambiente, o sistema jurídico, um dos meios da ação política, queda quase impossibilitado de apresentar soluções, uma vez que inexistem racionalidades globais, senão racionalidades parciais, a partir das quais a percepção do problema é totalmente diversa, como nas diferentes concepções do que seja um desenvolvimento sustentável, fazendo com que surjam normas contraproducentes para a solução pretendida da defesa do meio ambiente (LUHMANN, p. 59).

As discussões relativas à proteção do meio ambiente continuam reproduzindo o velho debate, que se cristalizou desde a Conferência de Estocolmo em 1972, se existe conflito entre o crescimento econômico e a proteção do meio ambiente. E o pior: desde então, o que vimos fazendo é contornar esse debate, pelo emprego da fórmula vaga e imprecisa do desenvolvimento sustentável, quase sempre o confundindo com, ou mais valorizando, o crescimento econômico. Com essa postura, predomina o sistema econômico, em detrimento do Direito. Tantas são as pressões que ocorrem já no nascedouro da norma ambiental, lobbies de setores industriais, agropecuários, imobiliários, energia, que se tem a impressão que a norma ambiental provém menos de exigências realmente ecológicas que de concessões feitas, provisoriamente, pelos meios econômicos interessados (OST, 1995, p. 129), ou a impressão que o Direito Ambiental é antes de tudo um sistema de concessão de licenças para poluir.

No subsistema social Economia, o lucro é o ponto de referência de toda comunicação e ação (JOAS, p. 285). É assim que esse sistema raciocina, e isto tem que ser levado em consideração em qualquer discussão ambiental que envolva o sistema econômico.

Essa é a questão a ser superada. Fazer com que a proteção ambiental seja internalizada em cada sistema social, com foco na real conservação. A prevalência do raciocínio ecológico ainda não ocorreu porque tem que dialogar com os distintos sistemas e, ainda, valer-se de argumentos próprios de cada sistema para prevalecer. Assim, na Economia, tem que valer-se de argumentos econômicos, na Política de sua lógica de poder, no Direito do código legal/ilegal.

7 A TEORIA DA AÇÃO COMUNICATIVA E A EFETIVIDADE DO DIREITO AMBIENTAL. O PAPEL DO DIREITO NA PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE.

Sem deixar de utilizar a teoria dos sistemas, que permite compreender a realidade, podemos valer-nos do pensamento habermasiano (que parte de diagnóstico sistêmico, é bom frisar), para evoluir na proteção ao meio ambiente.

Essa conjugação de outra abordagem teórica, que também demonstra a dificuldade do Direito na adequada regulação ambiental, permitirá dar um passo adiante, para não ficarmos presos na mera observação (necessária e correta) do sistema que propõe Luhmann. O diagnóstico e o prognóstico por ele feito estavam corretos. O sistema econômico e sua lógica até aqui foram refratários à proteção do meio ambiente. A pergunta é: o que fazer para mudar?

Habermas observa que com a acumulação do capital, o crescimento econômico foi institucionalizado de um modo natural não planejado, fazendo que não houvesse opção para o controle consciente desse processo (HABERMAS, 2002, p. 57), considerando que o gênero humano vê-se desafiado pelas consequências socioculturais não planejadas do progresso técnico, seja para conjurá-lo, seja para aprender a dominar o seu destino social (HABERMAS, 2009, p. 105).

Esse questionamento assume maior valor quando se verifica que há um déficit de normatividade sistêmico. Cada esfera sistêmica – Economia, Direito, Política, dentre outros – possui linguagem, lógica, racionalidade e *telos* próprio e são manejados por especialistas

que não questionarão o *telos* do sistema; em verdade, o especialista de cada sistema se limitará a buscar os meios adequados para a realização do *telos* do sistema em que inserido, os meios adequados para a realização de seus fins, implicando inequívoco déficit normativo. Isso também terá como equivalente simétrico um déficit de racionalidade, uma vez que os sistemas, autonomizados, trazem apenas uma racionalidade corretiva para que cumpram seu *telos*. Essa discussão é essencial para as empresas, que operam em uma perspectiva funcional. O déficit de normatividade sistêmico é um debate essencial na discussão da razão prática.

Na análise da apropriação pelo mercado da fórmula do desenvolvimento sustentável, com foco no crescimento econômico, constata-se que não conseguimos estabelecer uma ação comunicativa na compreensão do que seja um verdadeiro desenvolvimento sustentável, que realmente considere a conservação do meio ambiente. Ainda não conseguimos resolver o conflito crescimento econômico x proteção do meio ambiente mediante a utilização desta fórmula, até porque não estabelecemos um acordo racional sobre o que tal fórmula representa.

Como ensina o filósofo alemão, a resolução de conflitos sob a base de acordos racionais envolve três condições prévias: a) os envolvidos devem entender previamente que designam a mesma coisa pelas mesmas palavras e expressões; b) eles devem perceber-se como racionalmente responsáveis; c) devem presumir que uma vez alcançada uma solução mutuamente aceita os argumentos que a embasam justificam a confiança de que quaisquer discussões relativas a verdade, justiça ou outros que fundamentam seu consenso não se demonstrarão mais tarde falsas ou equivocadas (prefácio de William Rehg em HABERMAS, 1998, p. XV).

Essas três condições não estão presentes para que possamos aquilatar um acordo racional na definição de um desenvolvimento sustentável.

Quanto à primeira condição, como expendido, cada um, dependendo de seu interesse, tem compreensão muito peculiar do que seja desenvolvimento sustentável, sendo que para o sistema econômico prevalecerá a compreensão que o confunde com

crescimento econômico, o que inviabiliza qualquer discussão séria sobre a preservação do meio ambiente.

Quanto à segunda condição, vários empreendedores não se percebem como responsáveis, continuam invocando a fatalidade ou o destino para os danos que causam seus empreendimentos, o que é incompatível com uma sociedade moderna em um Estado Democrático de Direito, pois a comunicação social nesta deve ser estruturada acerca de problemas sociais, conflitos, riscos e danos de maneira que estes sejam atribuídos a pessoas singulares, a indivíduos, e não a estruturas e processos supra-individuais, como a sociedade ou o destino. O processo de imputação de responsabilidade deve tornar-se reflexivo, uma escolha política deliberativa, e a legitimidade das regras de imputação está vinculado ao processo deliberativo de sua elaboração (prefácio em HABERMAS, 1998, p. XV).

Já em relação à terceira condição, como não alcançamos consenso, estamos volta e meia retrocedendo na proteção do meio ambiente, dando um passo atrás, como o testemunha tão vividamente o desmantelamento dos órgãos de fiscalização brasileiros, e, o que é pior, a inicialmente bem planejada legislação ambiental, que vem sendo continuamente desestruturada.

Não alcançada uma ação comunicativa, passamos para uma ação estratégica no debate ambiental, em que cada parte cada parte envolvida começa a negociar mediante ameaças e promessas na esperança de fazer que a outra parte coopere em relação a uma dada política. Um ator (envolvido) que adote essa ação estratégica está basicamente preocupado em obter seu caminho em meio a outros atores. Isso libera os participantes de alcançarem um consenso substancial (prefácio em HABERMAS, 1998, p. XVI-XVII). No caso em tela, os atores econômicos, o sistema econômico, prevalecem, forçando a compreensão do desenvolvimento sustentável como crescimento econômico, que será resolvido pelo próprio mercado. E não há como acreditar que o mercado, sozinho, distribuirá bens e serviços de forma eficiente e ainda protegerá o meio ambiente.

Por todo o exposto até aqui, na evolução que se espera joga um papel fundamental o Direito.

Sistemas e mundo da vida podem ser diferenciados, recorda Habermas, conforme a existência ou não de interação entre as partes. No sistema econômico capitalista, a interação se dá de forma abstrata, entre o consumidor e o produtor. Já no mundo da vida os atores se enfrentam diretamente, em uma situação de ação concreta. Contudo, a sociedade moderna tem-se caracterizado pelo desacoplamento do sistema e do mundo da vida, trazendo como resultado a objetificação: o sistema social acontece definitivamente fora do horizonte do mundo da vida. Para uma relação razoável entre mundo da vida e sistemas, para que não mais ocorra a colonização do mundo da vida pelos sistemas, assume o Direito papel fundamental, integrador, justamente porque o Direito ocupa posição estratégica entre os sistemas e o mundo da vida. É o Direito quem exerce essa mediação, e tem nele ínsito prodigioso potencial racional da razão comunicativa, tornando-se um meio apto a reunir os diferentes interesses presentes nas fragmentadas sociedades modernas (JOAS, p. 264, 266, 268 e 273).

No contexto da sociedade contemporânea, o Direito assegurará canais para a formação consensual de uma sociedade democrática. Permitirá que a ação comunicativa ganhe força por instrumentos institucionais assegurados juridicamente. Preservará os canais para a formação da opinião e da vontade. E, nesse exercício, poderá, se bem utilizado, fazer com que as empresas respondam positivamente a essa normatividade.

Ora, considerado que o sistema jurídico cumpre uma função para a sociedade e que este sistema jurídico participa na construção da realidade que vive a sociedade, e, mais além, se se considera que esta mesma sociedade apresenta o discurso de que se deve fazer algo pelo meio ambiente, é compreensível que se busquem contribuições também no Direito, mormente no Direito Penal, instrumento de proteção de bens especialmente importantes, para a proteção do meio ambiente.

Afirmar isso não é dizer que o Direito, e em especial o Direito Penal, terão as soluções para os problemas que afligem o meio ambiente. Não se pode ser tão ingênuo. Já

se verificou que o Direito não se poderia se dar sem seu entorno, dependente de questões econômicas, políticas, religiosas. Não se pode olvidar tampouco que foram os mesmos triunfos da sociedade moderna que nos levaram a esta situação, que o Direito – sozinho – não poderá gerir adequadamente (BECK, 2009, p. 54-55).

Não obstante, “...sólo el Derecho puede determinar qué es legal o ilegal, y al decidir esta cuestión debe referirse siempre a los resultados de sus propias operaciones y a las consecuencias que tiene para las futuras operaciones del sistema” (LUHMANN, 2007, p. 105).

Parafraseando Luhmann, tem-se que somente o Direito pode determinar o que é legal ou ilegal no âmbito do meio ambiente, e ao decidir esta questão deve estar atento aos resultados de suas próprias operações e às consequências para as presentes e futuras gerações.

Esse o busílis. É mister reconhecer que o Direito tem a característica única de processar, de uma maneira que nenhum outro sistema pode fazer, as expectativas normativas capazes de manter-se a si mesmas em situações de conflito. E se é óbvio que não pode garantir que essas expectativas não serão violadas, de outra parte pode garantir que se mantenham como expectativas, ainda no caso de que sejam defraudadas. E assim o Direito mantém a perspectiva de resolver conflitos, uma vez que contém uma decisão preliminar – por mais confusa que possa apresentar-se no caso concreto – acerca de quem deve aprender da violação e quem não (LUHMANN, 2007, p. 105).

A expectativa de que exista um meio ambiente sadio, ecologicamente equilibrado, é uma expectativa normativa, erigida a dever de todos, na dicção do artigo 225 da Constituição Federal. Cimentado isso, há que se reconhecer que alguma parte dessa tarefa de proteção ao meio ambiente toca ao Direito, tanto ao Direito Ambiental propriamente dito, quanto sua projeção penal, conforme mandato de criminalização do artigo 225, parágrafo terceiro, da Constituição. E, se se considera que o Direito Penal é o instrumento de proteção aos bens jurídicos especialmente importantes, é compreensível que abarque a proteção do meio ambiente, fato que, antes de representar uma expansão do Direito

Penal, em verdade constitui uma adequação, autêntico *mea culpa* social: o bem meio ambiente, que sempre existiu, experimenta agora um aumento de valor junto à sociedade, em especial quando posta em relevo a degradação de realidades tradicionalmente abundantes que começam a manifestar-se como bens escassos, aos quais se atribui agora um valor que não lhes era reconhecido (SILVA SÁNCHEZ, 2008, p. 11).

Logo, a integração que se espera a partir do Direito ainda é um projeto, a ser desenvolvido, especialmente, pela aplicação jurisprudencial.

8 CONCLUSÃO.

Apesar do comando do artigo 225, parágrafo terceiro, da Constituição Federal, que estabelece a proteção jurídico-penal do meio ambiente como mínimo irrestringível no conteúdo deste direito fundamental, a expansão do Direito Penal à proteção do meio ambiente encerra sérias controvérsias, como no debate sobre a opção legislativa de diretamente permitir algumas atividades que, apesar de excessivamente poluidoras ou perigosas, contribuem ao crescimento econômico, ou a proibição destas com auxílio de normas penais em branco que aceitam altos níveis de contaminação.

Essas contendas em verdade refletem controvérsia mais profunda, que é a discussão sobre o antagonismo entre crescimento econômico e proteção do ambiente, acomodada sob a fórmula internacional deliberadamente vaga, imprecisa e não questionada quanto à sua validade, do conceito de desenvolvimento sustentável, marco em que se levam a cabo os embates entre preservacionistas e crescentistas por sua interpretação, que se projeta no Direito Penal nos mais diferentes níveis, demonstrando a dificuldade do sistema jurídico em dialogar com o sistema econômico na proteção do meio ambiente.

Apesar dessa dificuldade, cabe ao Direito exercer um papel integrador em relação à proteção do meio ambiente como valor constitucional, pois, considerando as características do sistema jurídico e seu código binário, somente o Direito pode determinar

o que é legal ou ilegal no âmbito do meio ambiente, e ao decidir esta questão deve estar atento aos resultados de suas próprias operações e às consequências para as presentes e futuras gerações.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2 ed., Madrid: Centro de Estudios políticos y constitucionales, 2007.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo mundial. En busca de la seguridad perdida*. Barcelona: Paidós, 2007.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. 2 ed., Madrid: Siglo XXI, 2009,

BERNAL PULIDO, Carlos. *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

CATTON JR., William R.. *Rebasados. Las bases ecológicas para un cambio revolucionario*. México D.F: Océano de México, 2010.

CRAWFORD, Colin. *La promesa y el peligro del derecho medioambiental: los retos, los objetivos en conflicto y la búsqueda de soluciones*. Em: CRAWFORD, Colin (comp.). *Derecho ambiental y justicia social*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2009.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HABERMAS, Jürgen. *Técnica e Ciência como Ideologia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Cambridge, Massachusetts: The Mit Press, 1998,

HABERMAS, Jürgen. *A crise de legitimação no capitalismo tardio*. 2 ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência como “ideologia”*. Lisboa: Edições 70, 2009.

JOAS, Hans. *Teoria social: vinte lições introdutórias / Hans Joas, Wolfgang Knobl*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2017.

LEFF, Enrique. Saber ambiental. Sustentabilidade, racionalidad, complejidad, poder. 5 ed., México, D.F.: Siglo Veintiuno Editores, em coedição com o Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, UNAM, e com o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente, PNUMA, 2007.

LUHMANN, Niklas. *Ökologische Kommunikation. Kann die moderne Gesellschaft sich auf ökologische Gefährdungen einstellen?* 4 ed., Wiesbaden: VS Verlagen für Sozialwissenschaften, 2004.

LUHMANN, Niklas. *El derecho como sistema social*. Em *Teoría de sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y posibilidad de aplicación*. Organizador Carlos Gómez-Jara Díez. Lima: Ara Editores, 2007.

MARTÍNEZ ALIER, Joan; ROCA JUSMET, Jordi. *Economía ecológica y política ambiental*. 2 ed., México: FCE, 2001.

MEADOWS, Donella. *Los límites del crecimiento: edición 2012 / Donella Meadows; Jorgen Randers; Dennis Meadows*. Buenos Aires: Aguilar, Altea, Taurus, Alfaguara, 2012.

NACIONES UNIDAS, Comisión Mundial del Medio Ambiente y del Desarrollo, *Nuestro futuro común*. Madrid, 1988.

NAREDO, José Manuel. *Raíces económicas del deterioro ecológico y social. Más allá de los dogmas*. Madrid: Siglo XXI, 2006.

NOBRE, Marcos; AMAZONAS, Maurício de Carvalho, org. *Desenvolvimento sustentável: a institucionalização de um conceito*. Brasília: IBAMA, 2002.

RAMÓN MENDOZA, José. “‘Desarrollo sostenible’ o control democrático de las fuerzas productivas. Del maquillaje ambiental del modo de producción capitalista a una nueva relación del hombre con la naturaleza.” *Cuadernos de pensamiento crítico*, n. 2, maio de 2009.

ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos, la estructura de la teoría del delito*. Madrid: Civitas, 2010.

SACHS, Ignacy. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*. Org. Paula Yvone Stroh. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

SANTIAGO, Alex Fernandes. *Fundamentos de direito penal ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2 ed., ampliada. Buenos Aires: B de f, 2008.