

A (IN)ARBITRABILIDADE DOS CONFLITOS AMBIENTAIS NA LEGISLAÇÃO NACIONAL E A PARADOXAL ADMISSÃO DO MECANISMO PELO ESTADO BRASILEIRO FORA DA SUA FRONTEIRA DE SOBERANIA

EL (IN)ARBITRAMIENTO DE LOS CONFLICTOS AMBIENTALES EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL Y A LA PARADÓJICA ADMISIÓN DEL MISMO MECANISMO POR EL ESTADO BRASILEÑO FUERA DE LA SUYA FRONTERA SOBERANA

Kleber Cazzaro¹

Resumo: Este artigo tem por objeto analisar o uso do Instituto da Arbitragem como método alternativo para o tratamento de conflitos resultantes de danos ambientais nacionais. O paradigma é o impedimento de tal fato pelo sistema jurídico nacional e o conflito dessa vedação com posições diversas já adotadas e admitidas pelo Estado Brasileiro em situações que participa fora das linhas da sua soberania nacional. Em paralelo, esboça-se a necessidade emergente de se estudar um novo espaço público transnacional de governança que seja útil para construir novos arranjos institucionais, mecanismos de aplicação coercitiva de normas e tratamento de litígios, tendo na Arbitragem uma forma operacionalmente adequada para dar respostas eficazes à solução dessas novas demandas. No final, demonstra-se a possibilidade do uso do Instituto da Arbitragem como método alternativo, viável e eficaz, para o tratamento dos conflitos ambientais dentro do território brasileiro, a exemplo do que já ocorre no campo internacional.

Palavras-chave: Ambiental; Conflitos; Resolução; Arbitragem; Alternativa.

Resumen: Este artículo trata sobre el análisis de la utilización del Arbitraje como método alternativo de tratamiento de los conflictos derivados de los daños al medio ambiente por el ordenamiento jurídico brasileño. Él considera algunos modelos ya utilizados por Brasil en varios casos transnacionales. También se analiza el sistema brasileño de Arbitraje. Apunta para la posibilidad de un nuevo gobierno transnacional emergente, hecho en un espacio público transnacional, mirando construir nuevas formas institucionales, modos de aplicación de las normas y resolución de conflictos teniendo la Arbitraje como una das opciones. Al final, el artículo aboga el uso del instituto de la Arbitraje para la resolución de conflictos ambientales en el territorio brasileño.

Palabras clave: Ambiental; Conflictos; Resolución; Arbitraje; Alternativa.

1 Introdução

Já não se pode mais esconder que a paisagem natural da Terra está cada vez mais ameaçada. Ao compará-la com uma empresa, dir-se-ia que está à beira da bancarrota pois,

¹ Doutorando em Direito pela Universidade do Vale do Itajai – UNIVALI/SC. Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Itajai – UNIVALI/SC. Especialista em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa – UEPG/PR. Professor de Direito Processual Civil na Universidade Estadual de Ponta Grossa. Pesquisador dos métodos alternativos de resolução de controvérsias. Advogado. (klebercazzaro@hotmail.com).

dilapidada, a falência é o único caminho à vista se não houver algum controle ou reorganização do quadro atual. Com este foco, as tratativas sobre o meio ambiente se transformaram em preocupações universais a ponto de ocuparem, hoje, lugar preferencial na agenda diária de organismos internacionais, de programas de políticas públicas em todos os níveis de governo, nas rotinas de militância das representações da sociedade civil organizada ao redor do mundo.

A problemática da qualidade da vida e da incontestável agonia do ecossistema qualifica-se com o timbre da ideologia na medida em que, assim como aquelas visões de fé filosófica acerca do mundo em que se vive, o discurso em defesa do meio ambiente também engloba a trajetória da saga humana, rendendo-se ao encontro de contas com o futuro inevitável e incerto. Porém, com uma diferença fundamental: a ideologia do ecossistema que permitia o luxo da opção individual sem o risco de conseqüências globalmente fatais não mais permite o livre exercício dessa faculdade.

E neste cenário, onde a própria sobrevivência humana se vê ameaçada diante da incontida degradação ambiental, surgem conflitos diversos. Eles, na grande maioria, exigem solução rápida e precisa, pois, quanto mais pronta e ágil for a intervenção, tanto para inibir, restaurar, quanto para reparar o dano, maior será a possibilidade de alcançar o sucesso garantidor do necessário abrigo para o meio ecologicamente equilibrado.

Afinal, é fato que a sensibilidade do meio ambiente, ainda que a natureza tenha grande poder de resiliência, exige proteção jurídica tecnicamente eficiente e imediata, sob pena da ação lesiva quedar-se imortalizada e, por conseguinte, fazer perpetuar a perda da qualidade ambiental antes existente no lugar onde ocorreu a ofensa. Isso expõe o elemento tempo. Qualquer excesso que procrastine algum provimento jurisdicional sobre conflitos de meio ambiente só fará aumentar o passivo ambiental e a desvalorização das características qualitativas do lugar ofendido.

É por isso que os mecanismos para solução das controvérsias ligadas à área ambiental vêm sofrendo mudanças ao longo dos anos. Entre as reflexões que isso vem provocando está a exigência de uma tutela jurisdicional eficiente, precisa e ágil para evitar além do alastramento das ocorrências, que outras novas aconteçam. E as que se efetivarem sejam repreendidas à altura e com a mesma agilidade e precisão com que foram praticadas.

Nesta sorte, é verdade que o Poder Judiciário tem tido dificuldades para cuidar das causas ambientais com a celeridade e precisão que elas exigem. Seja pela morosidade incontestável, na maioria das vezes concretizada no excesso de recursos previstos no sistema

jurisdicional brasileiro, seja pela complexidade técnica que o Direito Ambiental e os temas a ele afetos hoje apresentam etc.

Mesmo reconhecendo que a administração do Poder Judiciário brasileiro vem criando medidas internas para mitigar este problema, sobretudo com a criação de varas especializadas para atender demandas de natureza ambiental, o sistema ainda tem dificuldades para caminhar com desenvoltura. Não obstante os aparatos jurídicos da tutela de urgência, hoje já bastante difundidos, limitações técnicas e operacionais de conhecimento específico sobre a matéria, somado aos entraves administrativos e processuais triviais, tem sido obstáculo para oferecer pronta proteção ambiental aos casos que até ele chegam.

Assim, dada sua maior agilidade e precisão, aumentam as discussões sobre a viabilidade da aplicação dos mecanismos alternativos de solução de conflitos para dirimir questões que envolvem ofensa ao meio ambiente. Neste cenário está o Instituto da Arbitragem como alternativa que pode atender a esses anseios. Entretanto, o debate encontra dificuldade dentro da legislação brasileira.

O uso de mecanismos extrajudiciais do tipo da Arbitragem como instrumento jurídico alternativo para solucionar conflitos relativos ao meio ambiente, à primeira vista, encontra restrição na Lei Federal n. 9.307, de 23 de setembro de 1996 que, no Brasil, foi regular a resolução de quíbulas de direito patrimonial disponível.

E este fato, especificamente pela interpretação do artigo 1º dela, que dispõe que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da Arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”, tem levado muitos doutrinadores a defender que os mecanismos arbitrais não se aplicam à questões envolvendo conflitos de meio ambiente. O argumento mais notável que tem sido utilizado é que os direitos ambientais integram o rol das categorias formadoras dos interesses difusos. Por sua natureza especial, são indisponíveis. Não negociáveis. Logo, estariam excluídos de qualquer mecanismo alternativo e extrajudicial para solução de suas controvérsias. Daí, nesse caminho de vedação estaria a Arbitragem, regulada na Lei Federal n. 9.307/1996.

Entretanto, apesar de todas as barreiras encontradas na doutrina nacional, é relevante destacar que a colocação das matérias ambientais na condição de “direito indisponível” é um fator com validade apenas na ordem jurídica interna da realidade brasileira. Na ordem internacional, como se verá adiante, o Brasil aceita, há muito e de forma tranquila, não só o mecanismo da Arbitragem, como também outros meios pacíficos e extrajudiciais para dirimir conflitos de diferentes questões de natureza ambiental. Isso tem criado um paradoxo inadmissível e que precisa ser reparado. Não há como o Brasil manter um padrão jurídico

interno e outro externo, para tratar da resolução dos conflitos ambientais. Estudos sobre o tema mostram, com facilidade, que, enquanto internamente o Estado brasileiro tenta concentrar a solução dos conflitos ambientais apenas dentro da esfera do Poder Judiciário nacional, a nível mundial, questões quejandas, da mesma natureza, ele admite resolução paralelo do sistema estatal, adotando mecanismos alternativos de solução de controvérsias. E nem por isso a situação foge do controle, ou é decidida contra as regras e princípios legais, etc. Além disso, é inegável que o mundo globalizado de hoje, que navega em uma sociedade incontestavelmente de risco², exige agilidade e rapidez na solução de suas controvérsias. Notadamente quando o assunto é meio ambiente que, não raro, suas ofensas ultrapassam qualquer linha que delimite as tradicionais fronteiras nacionais de cada Estado. Tal evidência, aliás, demonstra que os mecanismos alternativos de solução de controvérsias, com destaque para a Arbitragem, representam importante instrumento de governança global. Daí não poderem ser desconsiderados.

Por isso o foco deste artigo refletir sobre o instituto da Arbitragem enquanto mecanismo alternativo apto para o tratamento de conflitos ambientais no espaço nacional brasileiro, seguindo o que já ocorre, há muito, com ajustes já admitidos e assinados pelo Brasil fora das suas linhas de soberania. O paradoxo que hoje existe, não consegue forças para continuar existindo. Ao contrário: exige reparação imediata para evitar o tratamento da mesma questão, de duas formas: uma interna, outra internacional.

2 A evolução das formas de tratamento de conflitos

Enquanto ciência, o Direito nada mais é do que o "produto racional e dinâmico de controle sócio-político-econômico em vários níveis temporais de elaboração humana e técnica, à medida que os grupos sociais surgem, organizando-se a si mesmos por regramentos técnico-jurídicos convenientes".³

E este conjunto acaba ditado pelo Estado na posição de responsável maior pela harmonização das relações humanas, pela tutela dos direitos de cada cidadão e dos bens difusos de dimensão planetária. Isto serve para demonstrar que a evolução do Direito e, conseqüentemente, da jurisdição, está intimamente atrelada à evolução do próprio Estado. Portanto, um dos principais focos de ação do Estado é exatamente o estabelecimento de

² Sobre o tema recomenda-se a leitura da seguinte obra: BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: 34, 2010.

³ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2001. p. 18.

métodos para tratamento de conflitos em sociedade. Seja por mecanismos tradicionais da jurisdição impositiva, seja através de métodos alternativos, não menos eficientes e válidos em relação aos primeiros. Mas, considerando a complexidade social que existe e a proliferação incontida de conflitos com múltiplas dimensões, a atividade jurisdicional estatal já não mais pode ser (ou representar) o mecanismo exclusivo para resolução dos conflitos da modernidade. Especialmente quando a situação conflituosa envolve o meio ambiente, cujas ofensas exigem combate preciso e imediato. Tanto para reparar, quanto para repreender o malfeitor.

A se recordar do tempo em que a concepção de Estado, enquanto forma de organização social, política e jurídica, ainda era incipiente, a forma de resolução dos conflitos interpessoais era baseada no uso da própria força. Como a satisfação pessoal de cada um ficava a cargo do próprio interessado, a AUTOTUTELA não passava de uma vingança privada. Neste método prevalecia, por imperativo natural, sempre a imposição do mais forte, do mais esperto ou do mais astuto. Na ausência de padrões ou regras para serem seguidas, a solução dos conflitos acabava resolvida pela postura da força e atributos às vezes irracionais das partes conflituosas. Contudo, isso nunca impediu que os conflitantes, se assim quisessem, buscassem formas alternativas, mais harmônicas, para solucionar suas divergências. Eis que surge a AUTOCOMPOSIÇÃO.

Operada pelos próprios litigantes, ela consiste em buscar a solução do conflito no diálogo, através de concessões recíprocas. Tudo para que ambos os lados obtenham o melhor proveito na resolução do objeto do litígio, dentro do qual eles estão envolvidos. No ciclo da evolução, na medida em que o Estado ganhou delineamentos mais precisos e a coletividade percebeu a necessidade da criação de normas de conduta para regular a boa convivência social, bem como a necessidade de delegar a um terceiro, neutro, a solução dos conflitos existentes dentro dela, surgiu a figura do ÁRBITRO. Alguém da confiança das partes litigantes, chamado para resolver a situação litigiosa pendente entre elas. Em geral tal função “era confiada aos sacerdotes, cujas ligações com as divindades garantiam soluções acertadas, de acordo com a vontade dos deuses; ou aos anciãos, que conheciam os costumes do grupo social integrado pelos interessados”.⁴

Isso, dito de outro modo, nada mais foi do que o surgimento primitivo do mecanismo da ARBITRAGEM (facultativa) como forma alternativa de solução de conflitos. Um terceiro, neutro, indicado pelas partes, que daria a solução da questão discutida por elas. Mais tarde,

⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do Estado**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 25.

depois que o Estado se afirma, ele chama para si a função de estabelecer normas de conduta a serem seguidas pelos seus comandados. A partir de então ele começa impor sua vontade através do exercício da função legislativa. Por conseguinte, paulatinamente, toma para si a função de decidir os conflitos existentes na sociedade, usando de parâmetro as normas de conduta estabelecidas por ele mesmo, anteriormente. Diferentemente do que ocorria no passado (com a autocomposição e a arbitragem), a partir de então não mais interessava só a vontade das partes. O Estado tinha que participar e ele dar a decisão.

Em linhas gerais, isso marca o surgimento da JURISDIÇÃO como mais uma forma apresentada pelo Estado para solucionar conflitos através de reclamações levadas até ele. Reclamações feitas por qualquer ofendido, servidas em processos das mais diversas ordens e naturezas. Nisso se percebe que o processo judicial clássico foi concebido para atender às características de um direito essencialmente individualista, onde a justiça e as instituições jurídicas foram (e são) modeladas para a finalidade essencial da proteção do direito subjetivo no qual, tanto o relacionamento jurídico, como o econômico, têm caráter eminentemente isolado e individual. E hoje, quando se trata de lides de interesse difuso e planetário, como são as questões envolvendo danos ambientais numa sociedade de risco⁵, a jurisdição clássica mostra-se insuficiente e muitas vezes até inadequada. A fragilidade dos bens envolvidos exige solução muitas vezes rápida e emergencial que não pode ser adotada pelos mecanismos tradicionais do Estado para a resolução de conflitos.

Nestas hipóteses, é o passado que acaba sendo revolvido. O instituto da Arbitragem volta à baila para poder servir como importante modelo alternativo de Justiça, com as mesmas características e garantias que qualquer processo judicial possa oferecer. Especialmente quanto aos efeitos patrimoniais que tais conflitos possam ter. Como disse Capelletti, “historicamente, os embaraços no setor litigioso civil, redundam em barreiras econômicas, organizacionais e processuais”.⁶ E isso se enfrenta por aquilo que ele denominou como efeito das três ondas. Na terceira que ele demonstra a viabilidade dos métodos alternativos de solução de conflitos como mecanismo útil para aplicação em sociedade.⁷ Nascida dos óbices

⁵ Sobre o tema ler: BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: 34, 2010.

⁶ GARTH, Briant; CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 12.

⁷ Apenas para lembrar as duas primeiras: a Primeira Onda ele denominou como Fase da Assistência Judiciária para os pobres, oportunidade em que as portas do Poder Judiciário são abertas para todos, sem qualquer barreira. Para vencer os obstáculos financeiros que muitas vezes inviabilizavam, de todo, o acesso à Justiça, possibilitaram-se, entre outros meios, a assistência judiciária e a utilização dos quadros do Ministério Público e da Procuradoria da Justiça, como formas de melhorar o atendimento da parcela daqueles que integram essa parte da sociedade. Constatou-se, porém, a insuficiência do movimento. O fato acabou gerando a Segunda Onda, cujo objetivo era corrigir a inadequação dos tipos ordinários e tradicionais de procedimentos que ainda obstavam o desejado acesso efetivo à justiça. Através dela, batizada de Representação dos Interesses Difusos,

judiciais e titulada como novo enfoque de acesso à Justiça, com a teoria da terceira onda veio a busca de instrumentos alternativos para solução de conflitos fora das arenas judiciais. Neste contexto a Arbitragem apareceu como método extrajudicial apto a cumprir a função permitindo o acesso a uma ordem jurídica justa, dentro de uma perspectiva que também pode ser planetária. Era a JURISCONSTRUÇÃO substituindo a JURISDIÇÃO.⁸

Com isso, abrem-se os olhos da sociedade para a possibilidade dela escolher e buscar o tratamento dos conflitos por meio de instrumentos alternativos, que não só a jurisdição estatal propriamente dita. Instrumentos estes que inserem as partes e todos os interessados na solução de seus problemas, atribuindo-lhes um papel maior que o de meros espectadores de um sem número de atos judiciais, dos quais elas pouco têm conhecimento do que significam. Instrumentos que creditam às partes o papel de construírem a melhor solução para os seus próprios conflitos. E considerando o viés participativo do Direito Ambiental, não resta dúvida da plena adequação deste mecanismo para o trato das questões dele inerentes, relativamente à situação interna brasileira. É o que será exposto nos tópicos subsequentes. Antes a definição da Arbitragem.

3 Conceito e finalidade da Arbitragem

Em um registro rápido, define-se a Arbitragem como sendo um método privado e alternativo de resolução de conflitos de interesses, através do qual pessoas físicas ou jurídicas, capazes de contratar e mediante consentimento recíproco, confiam o julgamento de seus litígios de direito disponível a um tribunal formado por um ou mais árbitros, especificamente escolhidos para tal finalidade, junto da anuência dos envolvidos.⁹

Tal qual ocorre com o processo judicial tradicional, por ela se estabelece um modo de agir, um caminho a ser percorrido entre a constatação de que há uma controvérsia entre duas ou mais pessoas que precisa ser resolvida e o alcance da solução que se apresenta mais adequada e justa para aquela situação. O mecanismo prático contempla, assim, uma série de atos coordenados, encadeados, previamente estabelecidos, vinculados e coesos, que tem como

aconteceu uma abertura ainda maior da justiça e do Poder Judiciário como um todo, permitindo que as pessoas postulassem sobre direitos difusos, não pertencente apenas a um ser humano, mas a todos. É terceira e última delas que ele demonstra a viabilidade dos métodos alternativos de solução de conflitos como mecanismo útil para aplicação em sociedade. (Para noção completa indica-se a leitura de: GARTH, Briant; CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988).

⁸ SOUZA, Adriano Stanley Rocha. **Das formas alternativas de solução de conflitos na reparação do dano ambiental**. Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/150807.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2010.

⁹ CREMASCO, Suzana Santi. **A arbitragem: interna e internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 1.

única finalidade a composição do litígio existente.¹⁰ Com isso, “a finalidade da Arbitragem está ligada à possibilidade de a solução da controvérsia poder decorrer de um processo de convencimento de um terceiro (que não seja representante do Poder Judiciário no exercício de sua função estatal) que, segundo a vontade manifestada das partes, foi identificado, de comum acordo, como sendo a pessoa adequada para ser o julgador que elegem à resolução da causa”.¹¹ Em outros termos: Sua finalidade maior é a pacificação social.

Para completar, é importante destacar que a Arbitragem não existe para concorrer com o Estado, nem com o Poder Judiciário. Método alternativo de resolução de controvérsias, ela é mais um dos diversos modelos que a estrutura jurídica brasileira dispõe para que cada cidadão decida qual o melhor caminho para ter uma questão resolvida. Entre eles, existe a possibilidade de usar os mecanismos arbitrais para que cumpram tal finalidade.

Marco Antônio Maciel, ex-vice presidente da república e autor do projeto que gerou a Lei 9307/1996, situa o juízo arbitral no contexto do “processo de modernização, importante em termos de mudança social, mas pouco percebido pela própria sociedade”. Ele, que identifica este processo com a “diminuição da tutela do Estado e o conseqüente aumento dos poderes da cidadania”, afirma, em conclusão, que “a Lei Federal n. 9.307/1996 significa, por conseqüência, um avanço considerável nos caminhos de emancipação da sociedade”.¹²

Como complemento paralelo não se pode olvidar de mais o seguinte: Em tempos atuais, onde os Estados não mais conseguem gerir suas funções sem pensar globalmente, além das linhas limítrofes das suas soberanias, a Arbitragem também se mostra, sem dúvida, um forte instrumento de governança global, útil para resolução de controvérsias das mais diversas ordens. Tanto é verdade que as referências que seguem, notadamente com a participação do Brasil, provam isso.

4 A importância da Arbitragem como instrumento de governança global ambiental

A Sociedade mundial formada a partir da planetarização promovida pela hegemonia capitalista consolidada a partir de 1989, remete a um “mundo novo”, uma espécie de continente que se abre para uma terra transnacional haja vista que o Estado Constitucional

¹⁰ *Loc. Cit.*

¹¹ WITKOWSKI, Flávia Frangetto. **Arbitragem ambiental: solução de conflitos (r) estrita ao âmbito (inter) nacional?** Campinas: Millennium, 2006. p. 5.

¹² Na apresentação do livro: CASELLA, Paulo B. (coord). **Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 1999. p. 13-14.

Moderno¹³, incontestavelmente, está, não só antiquado, como também não é mais o responsável pelo seu próprio destino isolado. Muito menos consegue dar respostas consistentes à sociedade diante da complexidade das demandas que se avolumam à frente dos seus governantes as quais, não raro, ultrapassam as linhas limítrofes de cada território autônomo.

Com isso, muitas das funções de cada Estado na sociedade globalizada estão sendo substituídas por formas transnacionais públicas ou privadas, enquanto que as políticas públicas contemporâneas vêm construindo processos decisivos de governança e sustentabilidade. Nesse contexto, a intensificação do fenômeno da globalização e a consequente intensificação dos processos de interdependência ecológica têm forjado mudanças significativas no sistema de governança global, notadamente quando o assunto é o meio ambiente. E tudo porque a dimensão da problemática ambiental há muito já extrapolou as fronteiras territoriais. Isso exige a consolidação de novas instituições, novos atores e estratégias para além do controle e atuação da soberania de cada Estado-Nação. Estratégias, inclusive, de resolução de conflitos. Neste caminho, daí, também deve ser reformulada a idéia de acesso à justiça e das tradicionais fórmulas judiciais de solução de conflitos. Tudo isso configura um cenário complexo para a gestão do futuro onde o problema da governança global se coloca como questão essencial neste século XXI na busca de caminhos para a solução dos riscos que emergem numa nova racionalidade ambiental.¹⁴ E dentre os autores que teorizam sobre as novas formulas de organização estatal, merece destaque a proposta do sociólogo alemão Ulrich Beck¹⁵, que sugere a substituição das relações “internacionais” de conflito e/ou disputa por novas relações “transnacionais” de solidariedade e cooperação”.¹⁶

¹³ O estado constitucional moderno deve ser entendido como aquele tipo de organização política, surgida das revoluções burguesas e norte-americana nos séculos XVIII e XIX, que tiveram como principais características a soberania assentada sobre um território, a tripartição dos poderes e a paulatina implantação da democracia representativa. (CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do Direito Transnacionais. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. (org). **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 57).

¹⁴ LEFF, Enrique. **Racionalidade ambiental**: a reapropriação social da natureza. Trad. Luís Carlos Cabral. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

¹⁵ O trabalho de Ulrich Beck se concentra nas seguintes temáticas: globalização, individualização, modernização, problemas ambientais, Sociedade do Risco, transformações no mundo do trabalho e desigualdades sociais. O pensamento de Beck se centra na caracterização de um novo tipo de sociedade submetida à fortes riscos e processos de individualização. São elementos centrais de identificação desta sociedade as catástrofes ecológicas, as crises financeiras, o terrorismo e as guerras preventivas. (BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: 34, 2010).

¹⁶ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do Direito Transnacionais. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. (org). **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 18.

Advirta-se que não se trata de formar um governo mundial, com poderes coercitivos e altamente centralizados, uma espécie de Leviatã global, não condizente com os valores democráticos de liberdade e participação. Não.

A proposta de governança, a nível geral, diz respeito à criação e o funcionamento de instituições sociais com regras comuns que servem para definir práticas sociais, designar papéis e orientar as interações entre os que os desempenham, capazes de solucionar conflitos, facilitando e fomentando a cooperação ou, mais genericamente, aliviando problemas de ação em um mundo constituído por atores interdependentes tendo, cada qual, suas regras particulares. Nessa renovada estratégia solidária de governança, o desafio, nos seus diferentes aspectos, tem a ver com a gestão presente e futura do planeta, representando a necessidade de uma visão sistêmica e abrangente dos problemas que afetam a humanidade na área do Direito Ambiental e também como resolvê-los de forma rápida, eficiente e apropriada tecnicamente. Afinal, os danos ambientais quando ocorrem, não raro, transbordam as linhas territorialmente delimitadas para fazer parte de preocupações globais.

Por tudo isso que a proteção ou o restabelecimento sócio ambiental impõe um tratamento inovador que repercute na criação de novas fórmulas, mais rápidas e efetivas para conservá-los ou repará-los. E num desses caminhos cabe analisar novas instituições e novos procedimentos de regulação para cuidar de conflitos de meio ambiente dentro de um cenário transnacional. A Arbitragem pode ser uma delas.

Tudo isso se encaixa com aquilo que Cruz e Bodnar¹⁷ propõem. Cuidando da emergência de novos espaços públicos plurais, solidários e cooperativamente democráticos, estrutura-se o que eles denominaram de um “Estado Transnacional”. Ente que deverá estar livre das amarras ideológicas da modernidade, vez que o adequado tratamento da proteção socioambiental somente poderá ocorrer a partir de um novo pacto de civilização, não mais preso à busca da liberdade como na modernidade, mas comprometido com a preservação da vida em todas as suas formas.

E uma das maiores justificativas para a construção de espaços públicos transnacionais com métodos alternativos de solução de conflitos, regulados por um Direito também transnacional, está exatamente nas demandas oriundas do meio ambiente, que

¹⁷ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do Direito Transnacionais. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. (org). **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 58.

poderiam ocupar o papel de “tela de fundo” para construção tanto do Estado como do Direito Transnacionais.¹⁸

“Este direito, assim como o Estado Transnacional, também estaria desterritorializado e focado para um único aspecto que é a solução de conflitos ambientais. O direito transnacional, que conteria métodos alternativos de solução de conflitos, poderia ser composto, por exemplo, de um ordenamento jurídico que transpassaria vários estados nacionais, com capacidade própria de aplicação coercitiva por uma estrutura organizativa transnacional. Enquanto que o ordenamento jurídico transnacional apareceria como um conjunto ou sistema, no sentido de que suas normas responderiam a pautas axiológicas comuns, que justificariam sua consideração como um todo e que atualmente são praticamente impossíveis de serem alcançadas pelos direitos nacionais, comunitário e internacional. Ou seja: o ordenamento jurídico transnacional apresentaria características próprias, derivadas da mesma concepção de Estado Transnacional como organização destinada a atuar em espaço de governança regulatória e de intervenção até agora não organizada politicamente”.¹⁹

Tudo com objetivo de assegurar a construção de bases e estratégias para governança, regulação e intervenção transnacionais em conflitos envolvendo meio ambiente e em especial os casos de danos transnacionais. E isso pode ser feito tendo a Arbitragem como elemento para dirimir esse tipo de controvérsias.

Tanto pode ser pensado, que o instituto da Arbitragem vem aparecendo, rotineiramente, em diversos sistemas jurídicos internacionais, como forma alternativa de solução de conflitos das mais diversas ordens. Os exemplos que seguem demonstram isso, encerrando com o foco nos conflitos de Direito Ambiental. E neste plano o Estado brasileiro vem participando ativamente, sem qualquer impedimento do tipo que ele coloca dentro da sua soberania, através da Lei 9.307/1996. É o que se verá adiante.

5 A arbitrabilidade em alguns sistemas jurídicos estrangeiros

Fruto da crise civilizacional da modernidade e resultado de um modelo que atingiu razoável eficiência econômica, porém sem o adequado respeito e comprometimento com os valores ecológicos, os problemas ambientais estão “na ordem do dia” e a identificação de

¹⁸ *Ibidem*, p. 18.

¹⁹ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do Direito Transnacionais. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. (org). **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 66.

mecanismos eficazes para o tratamento dos múltiplos e complexos conflitos que deles surgem têm sido objeto de forte dedicação da doutrina.

Afinal, o Estado constitucional moderno deixou de ser um ator unitário para converter-se num marco a mais, não o único, no qual se negociam e resolvem as diferenças das mais diversas ordens. Com isso sempre aumentam as dificuldades para se manter a idéia do Estado como garantia do interesse geral. Ele não é mais concessor exclusivo do Direito, mas instrumento nas integrações regionais.²⁰

As fronteiras desaparecem e a nação sucumbe diante da mundialização e a espacialidade das novas relações sociais é caracteristicamente desterritorializada. Nesse percurso vem se percebendo uma mudança expressiva nas relações entre os Estados, com reflexos para vários setores, dentre eles, o próprio Direito.²¹ Notadamente porque hoje muitos dos desajustes não ficam circunscritos a um território e a uma só cultura. Não raro vencem as fronteiras e as soberanias de cada Estado. E assim devem ser tratadas e corrigidas as transgressões.

Como o fim maior da Arbitragem é buscar a solução do conflito primando, sempre, a satisfação, senão plena, ao menos parcial das partes envolvidas, não resta qualquer dúvida que o seu uso e regulação é tendência que vem aflorando no mundo. Essa tendência é constatada principalmente, em casos relacionados ao comércio exterior, ainda que sua regulação possa diferenciar de país para país.

E o instituto, aliás, além de não ser novo, tem previsão em diversas legislações estrangeiras. Em rápida pesquisa que não esgota o tema, colhe-se alguns exemplos para ilustrar tal fato.

Na Europa, em França, o Direito Civil prescreve, nos artigos 2059 e 2060, à semelhança do direito brasileiro, a arbitrabilidade para direitos sobre os quais a pessoa detenha sua disposição. Na Itália, o Código de Processo Civil, em seu artigo 806, excetua a utilização da Arbitragem em questões de Estado e de separação pessoal, assim como de direitos indisponíveis. Em Portugal, a Lei nº 31 de 29/08/1986 em seu artigo 1º, estabelece a arbitrabilidade para qualquer litígio que, por lei especial não esteja submetido exclusivamente a tribunal judicial ou a Arbitragem necessária, e que não respeite direitos indisponíveis.

Na América do Norte, nos Estados Unidos, no *Arbitration Act de 1925*, codificado em 1947 e aditado em 1957 e 1970, consta arbitrabilidade em qualquer transação marítima ou

²⁰ CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade:** democracia, direito e estado no século XXI. Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí, 2011. p. 89.

²¹ HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional:** ensaios políticos. Trad. Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. p. 6.

de natureza comercial, salvo dispositivo contido na lei ou derivado da equidade que imponha a revogação do contrato. No México, o Código de Processo Civil, no artigo 1457, II, estabelece a competência dos juízes, em conformidade com a Lei interna, para determinar se o objeto da lide é passível de submissão ou não à arbitralidade.

Na América do Sul, na Argentina o instituto tem previsão nos artigos 736 e 737 do *Código Processual Civil y Comercial de la Nacion*. E no Brasil, com forte inspiração no sistema adotado em França, o instituto está regulado pela Lei Federal n. 9.307/1996.

Suas características seguem adiante.

6 Panorama da Arbitragem no sistema jurídico brasileiro

Instrumento jurídico alternativo e opcional de acesso à justiça, onde o julgador é um árbitro, indicado e escolhido pelas partes, com a função de resolver conflitos segundo critérios e procedimentos específicos, no Brasil, internamente, o instituto da Arbitragem só é autorizado para questões de direito patrimonial disponível. Por força desta particularidade, o menos avisado poderia concluir que a Lei de Arbitragem contém óbice para resolver conflitos envolvendo questões de direito indisponível e, por conta disso, não pode ser aplicada aos conflitos de Direito Ambiental porque se encaixam nesta última categoria. A restrição estaria na Lei Federal nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (conhecida como Lei de Arbitragem), especificamente no artigo 1º, que dispõe que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da Arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

Como referência, cabe anotar que são patrimoniais os direitos relativos a bens que possam ser apreciados economicamente e disponíveis aqueles que estão juridicamente livres para negócio dentro do mercado financeiro, onde, em regra, tudo é disponível. Entretanto, alguns interesses, tidos como relevantes para a segurança e bem-estar social de todos, e também porque são tidos como próprios da coletividade, se posicionam como inapropriáveis, não negociáveis, indisponíveis. Assim, ficam colocados dentro do grupo de direitos que representam interesses públicos. Tal fato lhes tira a característica necessária para que seus conflitos sejam tratados pela Lei Federal n. 9.307/1996.

Isso implica afirmar que eles requererem, de modo obrigatório, a aplicação de regime público típico, com a observância de todas as regras atinentes a eles, com as restrições próprias da administração pública e do Direito Constitucional e Administrativo. Frente a tudo isso, junto do disposto no artigo 1º da Lei Federal n. 9.307/1996, não faltam doutrinadores para considerar que o instituto da Arbitragem não é apropriado para tratar de questões

referentes a conflitos ambientais porque eles tem tais elementos compondo sua natureza jurídica. O argumento primordial é que esse tipo de direito integra o rol dos interesses difusos. E isso não lhe dá disponibilidade alguma.

Por conseguinte, ele não pode ser objeto de qualquer espécie de transação dentro da ordem interna da soberania jurídica brasileira. Porém, entre outros fatos que estão mais adiante detalhados, desconsidera-se que a proteção ambiental nem sempre está vinculada à esfera do direito público. Com a maior frequência que se pode imaginar, não raro, ela envolve várias situações práticas de interesse privado também.

Este entendimento, aliás, se fortaleceu ainda mais quando da decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou constitucional a Lei de Arbitragem²². Por lá referenciou-se que, em certos casos, uma questão de interesse público pode derivar uma questão de direito privado, em matéria ambiental.

Neste caso, por exemplo, “pode ser citado um acidente ambiental ocorrido em Cataguazes/MG, em 2004, que provocou dano ambiental e também causou danos específicos em propriedades particulares e suas produções agrícolas. O dano ambiental, direito indisponível, teve a busca de sua reparação tratada em Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público Federal, enquanto que os danos patrimoniais aos particulares foram pleiteados em ações indenizatórias específicas e individualizadas. Referidas ações indenizatórias poderiam ter sido dirimidas entre a empresa e os proprietários das terras atingidas por meio da Arbitragem, o que tornaria, certamente, mais célere a resolução dos conflitos. Sem falar nas questões relativas ao direito de vizinhança, onde tantos temas relativos ao meio ambiente e suas implicações entre particulares têm sido discutidos de forma lenta e ineficaz no Judiciário, como por exemplo, poluição sonora, construções irregulares, impactos no trânsito, entre outros”.²³

Isso mostra indícios claros de que o instituto da Arbitragem não pode ser ignorado para diversas questões complexas de ofensas ao meio ambiente.

As particularidades que seguem destacam ainda mais tal fato, desvelando incontestável conflito entre a teoria e a prática sobre a Arbitragem ambiental no direito brasileiro.

²² O entendimento foi firmado no julgamento de recurso em processo de homologação de Sentença Estrangeira (STF. **SE 5.206-Espanha** (AgRg), rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 12.12.2001. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/1066_1066_SE-AgR_5.pdf_PARTE_4.pdf. Acesso em: 28 ago. 2012).

²³ NOGUEIRA, Simone. **Arbitragem para conflitos em meio ambiente: tendência que deve ser seguida**. Disponível em: http://dazibao.com.br/boletim/0009/jur_simone_nogueira.htm. Acesso em: 30 jul. 2012.

7 Sobre o tratamento interno da Arbitragem Ambiental pelo Direito brasileiro

No mundo real, a indisponibilidade de direitos difusos tem levado à criação do conceito de obrigatoriedade da ação civil pública, onde ela deve ser sempre proposta nos casos previstos em lei²⁴, a menos que um Termo de Ajustamento de Conduta que antecipe os resultados de uma provável procedência seja firmado entre as partes²⁵. E no Direito Ambiental a situação é bastante presente, notadamente na busca de medidas liminares ou tutelas de urgência, dependendo o foco da demanda. Todavia, o fato objetivo é que a indisponibilidade, onde está encaixado o Direito Ambiental, funda-se no ingênuo pressuposto de que tais direitos são mais bem protegidos se forem classificados como não disponíveis. Na prática, tal doutrina leva ao perecimento dos direitos difusos (indisponíveis), pois justiça ambiental que não se faça célere, injustiça é.²⁶

E no Brasil, em que pese haja forte resistência sobre a adoção dos mecanismos da Arbitragem em casos de Direito Ambiental, também há muitos argumentos válidos para demonstrar que, há bastante tempo, dentro do sistema jurídico brasileiro já tem previsão diversa, com paradigma inclusive estrangeiro, transnacional, admitindo tal situação. Sem pretender esgotar o tema, algumas razões podem ser apontadas por aqui a fim de demonstra o flagrante paradoxo que existe no caso, a se considerar as regras internas e internacionais tomadas pelo Brasil em matéria de Arbitragem e conflitos ambientais.

É o caso, por exemplo, do Decreto Legislativo n. 2.519, de 16/03/1998, firmado pelo Governo Brasileiro. Através dele foi promulgada a Convenção sobre a Diversidade Biológica quando da Conferência do Rio de Janeiro (ECO 92). Nele está contida, como regra para a solução de controvérsias entre as partes contratantes, a Arbitragem e a mediação. No artigo 27, o Decreto contempla e incentiva expressamente a adoção de medidas alternativas de negociação, mediação e arbitragem entre as partes contratantes se necessitarem na interpretação ou aplicação da convenção. Notadamente se houver necessidade de modo

²⁴ Lei 7347/1985, que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências.

²⁵ O fato é que o compromisso de ajustamento de conduta é, tanto quanto a Arbitragem, um método não judicial de solução de conflitos ambientais, no qual, a autonomia da vontade – novamente, como acontece na Arbitragem – exerce um papel fundamental. Sendo um instrumento de pacificação, o instituto oferece uma via alternativa à efetivação do acesso à justiça, que evita a demanda coletiva e, ao mesmo tempo, oferece aos destinatários da norma o seu meso efeito – a exequibilidade das obrigações advindas da decisão. (LIMA, Bernardo. **A arbitrabilidade do dano ambiental**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 116).

²⁶ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Conciliação, arbitragem e meio ambiente**. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/26739-26741-1-PB.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2012.

impositivo. Partes estas que compreendem os Estados ou organizações que ratifiquem, aceitem, aprovelem ou adiram à Convenção.²⁷

Porém, se for seguir à risca às regras internas brasileiras sobre Arbitragem, é indiscutível a natureza ambiental do bem jurídico tutelado nesta Convenção que, em seu próprio texto, define como "diversidade biológica" a "variabilidade de organismos vivos de todas as origens, compreendendo, dentre outros, os ecossistemas terrestres, marinhos e outros ecossistemas aquáticos e complexos ecológicos de que fazem parte; compreendendo, ainda, a diversidade dentro de espécies, entre espécies e de ecossistemas. Mas nem por isso as questões relativas a esse rol não podem ser resolvidas por Arbitragem. Tanto que a previsão foi acolhida pelo governo brasileiro ao promulgar o referido decreto legislativo.

No Brasil, ainda, vários contratos realizados por entidades vinculadas ao Estado já contam com previsão expressa para se submeterem à Arbitragem acaso necessitem dirimir conflito relativo ao objeto contratado e/ou seu respectivo instrumento. Por exemplo: os contratos de concessão para prospecção e exploração de petróleo a serem licitados segundo a Lei Federal n. 9.478/97, devem conter as regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, incluindo-se aí a “conciliação e a Arbitragem internacional”, conforme art. 43, inc. IX. Outro exemplo: A lei das parcerias público-privadas expressamente prevê a possibilidade do emprego da Arbitragem para a solução dos conflitos contratuais entre a Administração Pública e o particular contratado.

Nos termos do art. 11, III, da Lei Federal n. 11.079/2004: o edital de licitação poderá prever “o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a Arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei Federal nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato”.²⁸ Não se olvide ainda, que a última versão do anteprojeto do Código Brasileiro de Processo Coletivo contém dois dispositivos específicos que se encaixam na arbitrabilidade dos direitos difusos. Estão eles colocados no artigo 25, § 1º a 3º.²⁹

²⁷ Especificamente no Anexo II, na Parte 1, da Convenção, estão descritos os procedimentos para a adoção da Arbitragem (artigos 1º ao 17º) e na Parte 2, os relativos à conciliação (artigos 1º ao 6º). (N. do A.)

²⁸ Semelhantes disposições estão presentes em diversos dos diplomas estaduais sobre Arbitragem, como por exemplo - MG, Lei 14.868/2003, art. 13; SC, Lei 12.930/2004, art. 10, III.; SP, Lei 11.688/2004, art. 11, par. ún.; GO, Lei 14.910/2004, art. 15. (N. do A.)

²⁹ **Lei Federal nº 9.307/96. Art. 25.** Audiência preliminar – “Encerrada a fase postulatória, o juiz designará audiência preliminar, à qual comparecerão as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir. § 1º O juiz ouvirá as partes sobre os motivos e fundamentos da demanda e tentará a conciliação, sem prejuízo de sugerir outras formas adequadas de solução do conflito, como a mediação, a Arbitragem e a avaliação neutra de terceiro. § 2º A avaliação neutra de terceiro, de confiança das partes, obtida no prazo fixado pelo juiz, é sigilosa, inclusive para este, e não vinculante para as partes, sendo sua finalidade exclusiva a de orientá-las na tentativa de composição amigável do conflito. § 3º Preservada a indisponibilidade do bem jurídico coletivo, as

Para completar tudo isso também vale lembrar outras práticas internas que já foram incorporadas e admitidas pelo ordenamento jurídico brasileiro, cujos instrumentos tiram do judiciário (do poder do Estado) a decisão de situações de Direito Ambiental, remetendo-as para vias privadas e com a mesma credibilidade ou até maior.

Os Termos de Ajustamento de Condutas (TACs) ou Termos de Compromisso (TC), por exemplo, têm sido celebrados rotineiramente entre órgãos ambientais, empreendedores e o próprio Ministério Público, assim como em transações judiciais das mais diversas.³⁰ Depois dos ajustes, que não são feitos em juízo, tudo é formalizado extrajudicialmente e apenas comunicado ao processo, se existir. Do contrário, as partes ficam compromissadas pelos termos do dito documento e nem por isso o mesmo perde sua força e legitimidade. E tudo é feito longe de qualquer ação judicial e do próprio Poder Judiciário.

É importante observar também que a decisão de questões ambientais pelo caminho do direito privado tem sido muito relevante no ordenamento jurídico brasileiro porque os tribunais judiciais, quase que diariamente, decidem ações propostas com base no direito de vizinhança, referentes à poluição sonora, fumaça, construções irregulares, poluição hídrica e outras formas de incômodos etc.

Da mesma forma, e não menos importante, é de lembrar de outro exemplo: em sede penal, tem sido rotineira a prática de transações entre o Ministério Público e infratores da

partes poderão transigir sobre o modo de cumprimento da obrigação. § 4º Obtida a transação, será homologada por sentença, que constituirá título executivo judicial”.

³⁰ O termo ou compromisso de ajustamento de conduta foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro através do art. 211 da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e do art. 113 da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), que acrescentou o § 6º ao art. 5º da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública). Tal instituto enseja a conciliação pré-processual de direitos que são em essência indisponíveis, sendo que a obtenção do resultado pretendido com a ação civil pública, antes da propositura dessa, representa benefício maior ao meio ambiente e àqueles que são seus titulares, desde que a tutela seja preventiva e específica. Portanto, objetivando a celeridade na preservação e restauração dos bens protegidos, bem como a inibição de futuras atividades potencialmente ofensivas ao meio ambiente, os órgãos públicos legitimados à ação civil pública ou coletiva podem tomar do causador de danos a interesses difusos e coletivos o compromisso de adequar sua conduta às exigências legais, sob pena de cominações a serem ajustadas, sendo que tal compromisso tem eficácia de título executivo extrajudicial. Desse modo, como na maioria das vezes as obrigações fixadas são de fazer ou de não-fazer, sob pena de pagamento de multa cominatória, o descumprimento do ajuste acarretará o ajuizamento de duas ações de execução: uma por quantia certa (referente à multa) e outra específica (nos termos dos arts. 632 a 645 do Código de Processo Civil). Trata-se de negócio jurídico cujo objetivo é comum, ou seja, proteger o direito transindividual, ainda que as partes tenham motivações diversas. (MARQUES, José Roberto. Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta. **Anais do 7º Congresso Internacional de Direito Ambiental, Direito, água e vida**. SP: Imprensa Oficial, 2003. p. 621; e PROENÇA, Luis Roberto. **Inquérito civil**: atuação investigativa do Ministério Público a serviço da ampliação do acesso à Justiça. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 131).

legislação ambiental, quando o delito é de pequeno potencial ofensivo, conforme admitido pela Lei n. 9.099/95.³¹

Mesmo assim, a doutrina nacional insiste colocar barreiras para impedir o uso da Arbitragem na solução de conflitos de Direito Ambiental. Ignora, por completo, as perspectivas que já se descortinaram até aqui, que mostram que tal referente deve ser modificado. Seja para ser usado por particulares, como por entes públicos.

E mais. Para reforçar tudo tem diversos paradigmas internacionais usado pelo próprio Estado Brasileiro que admite a Arbitragem para dirimir conflitos de Direito Ambiental quando estes ocorrem além da fronteira da sua soberania territorial.

Fato, aliás, que foi reafirmado pela Emenda Constitucional n. 45/2004, cujos comandos mudaram até a posição jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal nas considerações sobre a hierarquia dos tratados de direitos humanos, frente a uma lei ordinária nacional.

É o que está adiante para demonstrar, mais uma vez, o conflitante e inexplicável paradoxo adotado pelo sistema jurídico Brasileiro quando refuta a aplicação do instituto da Arbitragem nos conflitos ambientais internos (a nível nacional) e externos (a nível internacional).

8 Os métodos alternativos de solução de controvérsias admitidos pelo Estado brasileiro no campo internacional

Como visto até aqui, a doutrina nacional vem entendendo que o meio ambiente integra o que ela chama de interesse difuso. Direito indisponível por excelência, tal condição, a princípio, lhe retira a possibilidade de ser objeto de qualquer negociação em qualquer ordem, tanto pública, quanto privada. Com esta visada, não se poderia, em tese, tratar do tema na ótica do instituto da Arbitragem porquanto, pelos termos da Lei Federal n. 9.307/1996, ele atende matérias de direito privado e, portanto, disponível.

Iniciando a partir deste marco teórico, seria incontestável que as demandas de Direito Ambiental estariam impedidas de trabalhar com a arbitragem como mecanismo alternativo de solução. Todavia, a par da realidade nacional acima exposta, a realidade prática internacional também tem demonstrado que o universo teórico e ideal da indisponibilidade dos interesses difusos, no caso o meio ambiente, para o Brasil, não se mantém na blindagem defendida pela

³¹ Aplica-se a transação aos crimes de menor potencial ofensivo, cuja pena máxima não ultrapasse a 2 anos conforme a Lei 10.259/01 (Lei do Juizado Especial Federal) que acarretou a derrogação do art. 61 da lei 9.099/95, o qual, previa pena máxima de 1 ano. (N. do A.)

teoria dos doutrinadores que pregam a inviabilidade do uso da Arbitragem para esse tipo de controvérsia. E os elementos que provam isso são muitos e incontestáveis.

Internamente, no Brasil, em que pese o país seja signatário de vários tratados e convenções internacionais que adotam mecanismos alternativos de solução de conflitos envolvendo disputas ambientais, insiste-se ir às arenas do Poder Judiciário e assistir uma demanda se eternizar por conta de questões fáticas e jurídicas que não apresentam facilidade para decisão.

Enquanto isso, no plano estrangeiro, e fruto de diversos tratados internacionais, o Estado brasileiro já aceita, há bastante tempo e de forma tranquila, não só o uso da Arbitragem, como também de outros meios pacíficos para resolver conflitos envolvendo questões ambientais.

Alguns exemplos valem ser citados por aqui para comprovar tal assertiva: (a) Convenção de Viena para a proteção da Camada de Ozônio³²; (b) Convenção sobre Mudança de Clima³³; (c) Convenção sobre Diversidade Biológica³⁴; (d) Convenção de Basiléia sobre o controle de movimentos transfronteiriços de resíduos perigosos e seu depósito³⁵. Assim, situações que envolvam emissões de carbono e títulos de crédito de carbono, transporte de resíduos perigosos etc, contém a faculdade de usar a via Arbitragem para dirimir conflitos que delas tenham origem.

Ainda na área estrangeira merece ser destacado o Sétimo Laudo do Tribunal Arbitral *ad hoc* do MERCOSUL, de 19 de abril de 2002, em que restou decidida a controvérsia apresentada pela República Argentina à República Federativa do Brasil sobre obstáculos à

³² **Art. 11, parágrafo 3º, a:** “[...] 3. Na ocasião em que ratificar, aceitar, aprovar ou aderir à presente Convenção, ou em qualquer momento subsequente, um Estado ou organização de integração econômica regional poderá declarar, por escrito, ao Depositário que, em relação a uma disputa não resolvida nas condições previstas no parágrafo 1 ou parágrafo 2, acima, o referido Estado ou organização aceita um ou ambos os meios seguintes, como compulsórios, para decidir disputas: a) Arbitragem, de acordo com procedimentos a serem adotados pela Conferência das Partes de sua primeira reunião ordinária; [...]”.

³³ **Art. 14, parágrafo 2º, b:** “[...] 2. Ao ratificar, aceitar, ou aprovar esta Convenção ou a ela aderir, ou em qualquer momento posterior, qualquer Parte que não seja uma organização de integração econômica regional pode declarar, por escrito ao Depositário, que reconhece como compulsório ipso facto, e sem acordo especial, com respeito a qualquer controvérsia relativa à interpretação ou aplicação desta Convenção e em relação a qualquer Parte que aceite a mesma obrigação: a) Submissão da controvérsia à Corte Internacional de Justiça e/ou [...]”.

³⁴ **Art. 27, parágrafo 3º, a:** “[...] 3. Ao ratificar, aceitar, ou aprovar esta Convenção ou a ela aderir, ou em qualquer momento posterior, um Estado ou organização de integração econômica regional pode declarar por escrito ao depositário que, no casos de controvérsia não resolvida de acordo com o § 1º ou o § 2º acima, aceita como compulsórios um ou ambos dos seguintes meios de solução de controvérsias: a) arbitragem de acordo com o procedimento estabelecido na Parte 1 do Anexo II; [...]”.

³⁵ **Art. 20, parágrafo 3º, b:** “[...] 3. Ao ratificar, aceitar, aprovar, confirmar formalmente ou aderir à presente Convenção, ou em qualquer momento subsequente, um Estado ou organização de integração política e/ou econômica poderá declarar que reconhece como obrigatório de pleno direito e sem acordo especial, em relação a qualquer Parte que aceite a mesma obrigação; a submissão da Controvérsia: [...] b) a arbitragem de acordo com os procedimentos estabelecido no Anexo VI.[...]”.

entrada de produtos fitossanitários argentinos no mercado brasileiro e não incorporação das Resoluções GMC n. 48/96, 87/96, 149/96, 156/96 e 71/98 do ordenamento jurídico brasileiro. O caso, típico de conflito ambiental, foi resolvido por Arbitragem, tendo o Brasil como um dos atores.^{36 37}

Mas mesmo na frente de todo este cenário, a doutrina jurídica brasileira, Ambiental e de Arbitragem, têm muita dificuldade para admitir a flexibilização interpretativa do artigo 1º da Lei Federal n. 9.307/1996, quando o assunto é tratar de conflitos ambientais e a solução deles pelo mecanismo da Arbitragem.

Por isso se afirmar que não há sentido o Brasil fazer aplicar, internamente, uma restrição que, no cenário internacional, ele mesmo não aplica nas suas relações com outros países.

E este horizonte ficou ainda mais reforçado com o advento da Emenda Constitucional nº 45, de 2004. Ela renovou o texto do artigo 5º da Constituição Federal, acrescentando o parágrafo terceiro, a fim de determinar que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Isso vale dizer o seguinte, em outras palavras: Tratado de direitos humanos – incluindo-se aí o meio ambiente saudável - que admita cláusula de resolução alternativa de conflitos e que passe pela aprovação do Congresso Nacional Brasileiro, terá força legal dentro do território brasileiro. E força superior à Lei Federal n. 9307/1996, que regulou, especificamente o instituto da Arbitragem, proibindo, em tese, tal fato. Assumirá, como destacado, força constitucional, na condição de emenda.

Tanto isso foi relevante dentro da organização jurídica brasileira que “com o impacto dessa inovação, houve a necessidade do Supremo Tribunal Federal atualizar a sua jurisprudência. Assim, no dia 03 de dezembro de 2008 foi proclamada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE 466.343/SP³⁸, uma das decisões mais históricas entre os seus julgados. Finalmente o Supremo Tribunal Federal reconheceu que os tratados de direitos humanos valem mais do que a lei ordinária. Basta que sejam aprovados

³⁶ [...] decidiu o Tribunal que os argumentos em relação à potencialidade de causar danos pelos produtos fitossanitários à saúde são insuficientes à incorporação das normas e registros. Para o Tribunal, uma vez o Brasil tendo, de forma livre e expressa, acordado em cumprir uma normativa, não poderia através de alegações genéricas libertar-se da obrigação de incorporá-la. (N. do A.)

³⁷ ASSIS, Natalia Maria Freitas de e ARAÚJO Lílian Gabriele de Freitas. A Arbitragem aplicada ao conflito ambiental. **Revista Eletrônica Direito E-nergia**. Vol. 4, ano 3, n. 2. Ago-dez. 2011. p. 5.

³⁸ Assim também: HC 87.585, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 03.12.2008; RE 466.343, rel. Min. Cezar Peluso, j. 03.12.2008; RE 349.703, rel. Min. Carlos Britto, j. 03.12.2008. (N. do A.)

conforme manda a legislação constitucional brasileira. “E isso tem implicação nos direitos do meio ambiente, pelo seguinte: no rol dos direitos humanos, como forma de efetivação do direito à vida, inclui-se também o direito de desfrutar de um meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado. Assim, tratados e convenções que tratem de matéria ambiental e de métodos alternativos de conflitos envolvendo tal tema, se aprovados com o referido *quorum* qualificado, serão equivalentes às emendas constitucionais”.³⁹

Deste modo, terão força hierarquicamente superior à lei ordinária, no caso a Lei Federal n. 9.307/1996. Basta que se siga a aprovação regular prevista no dito dispositivo constitucional e seus comandos poderão ser usados dentro do território brasileiro, sem qualquer dificuldade. Mas tem mais para registrar:

Mas muito antes desta disposição constitucional, não se pode olvidar que o artigo 98 do Código Tributário Nacional já dispunha que “os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevinha”.⁴⁰ Com isso, não é ocioso lembrar que, “assim como direito tributário, o Direito Ambiental se fundamenta em diversos compromissos internacionais firmados pelos países e que, portanto, a analogia é perfeitamente válida”⁴¹ para o caso da Arbitragem e Direito Ambiental, frente aos novos comandos ditados depois da Emenda Constitucional n. 45/2004.

Ademais, a legislação ambiental é específica. E como tal deve ser interpretada em relação à Lei de Arbitragem, guardando as determinações do § 2º do artigo 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que diz que “a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”.⁴²

Tudo isso só reforça a fragilidade de qualquer argumento que se faça para tentar afastar a aplicação dos mecanismos da Lei de Arbitragem das questões de conflito de Direito Ambiental a serem resolvidas dentro do território brasileiro. Qualquer defesa diferente tornará inadmissível, como já está ocorrendo, conviver com um ordenamento jurídico que mantenha a existência de um direito simultâneo, disponível (no modo internacional) e indisponível (na ordem jurídica interna brasileira). Um contra-senso, na verdade, que precisa ser reparado.

³⁹ ASSIS, Natalia Maria Freitas de e ARAÚJO Lílian Gabriele de Freitas. A Arbitragem aplicada ao conflito ambiental. **Revista Eletrônica Direito E-nergia**. Vol. 4, ano 3, n. 2. Ago-dez. 2011. p. 5.

⁴⁰ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Conciliação, arbitragem e meio ambiente**. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/26739-26741-1-PB.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2012.

⁴¹ *Loc. cit.*

⁴² *Loc. cit.*

Assim, o uso do instituto da Arbitragem para dirimir conflitos de Direito Ambiental no Brasil, é de ser interpretado de modo uniforme tanto interna, quanto externamente pelo sistema jurídico brasileiro e também pelo Estado brasileiro. Para tanto, é imperioso que se explorem as relações que possam existir entre os diferentes diplomas legais e a possibilidade de harmonizá-los com vistas à ampliação da proteção do meio ambiente.

Por conseguinte, não se pode esquecer que a Arbitragem e os métodos alternativos de solução de controvérsia em geral hoje, representam um robusto instrumento de governança global, apto a auxiliar na celeridade não só de soluções alternativas de conflitos desta ordem, como também mostrar agilidade para impor a reparação e o restabelecimento rápidos e necessários que cada caso exige quando o assunto é o meio ambiente.

9 Considerações finais

Do que ficou exposto percebe-se que a Arbitragem, regulamentada no Brasil pela Lei Federal n. 9.307/96, paulatinamente, vem sendo reconhecida como método alternativo e eficiente para resolução de conflitos. Seu mecanismo garante sigilo, economia, rapidez e, sobretudo, a certeza de um julgamento realizado por *expert* sobre o assunto, expondo maior precisão na decisão técnica da questão.

Todavia, em que pese tais referências, por força do art. 1º dela, que limita o uso do instituto apenas para questões de direito patrimonial disponível, o método, no Brasil, não tem sido empregado para solução de todo e qualquer litígio. O Direito Ambiental é um exemplo.

Ocorre, porém, em verdadeiro contrassenso, que o Estado brasileiro em suas relações estrangeiras, admite, contrata e utiliza, sem qualquer barreira, não só a Arbitragem, como outros meios alternativos de solução de controvérsias em temas que se encaixam no Direito Ambiental.

E, como visto na exposição do presente trabalho, elementos diversos existem para comprovar que a limitação esta contida apenas na ordem interna do sistema jurídico nacional. Com isso o fato, mostra-se, com efeito, paradoxal.

E uma das principais bases que fundam as respostas está na própria Constituição Federal, na forma como ela regula a incorporação dos tratados de direitos humanos pelo ordenamento jurídico nacional brasileiro.

Tomando-se em conta que no rol dos direitos humanos também está incluso o direito que todos têm de desfrutar de um meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, assim, tratados ou convenções que tratem de matérias afetas ao Direito Ambiental, se aprovados

segundo a regra do § 3º, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988, serão equivalentes às emendas constitucionais. E se trouxerem regras de solução alternativa de conflitos, como a Arbitragem, por exemplo, permitirão o uso dela, sem qualquer dificuldade, dentro do território brasileiro para tratar do tema.

Notadamente porque estarão em posição hierárquica superior à Lei Federal n. 9.307/1996, que, pela interpretação da doutrina, vem impedindo tal fato. Aliás, tal convicção é corroborada pela própria existência de lei internas que admitem o uso da Arbitragem, como é o exemplo das Leis 9.478/97 e 11.079/2004. Some-se a isso também os diversos outros exemplos citados ao logo do texto, envolvendo questões internacionais que tem a participação do Estado Brasileiro em instrumentos de ajuste que trazem cláusulas com opção de solução alternativa de conflitos deles inerentes e que tem reflexo na solução de eventuais conflitos ambientais relativos a cada um deles.

Isto demonstra que a nova ordem exige imperiosa a discussão sobre a reorganização do uso da Arbitragem quando o assunto é a solução alternativa de conflitos de Direito Ambiental dentro do Estado brasileiro. Não se pode ver o Brasil conviver com um direito simultaneamente disponível na ordem jurídica internacional e indisponível em ordem jurídica interna (nacional). É o mesmo direito para os dois casos, com tratamentos jurídicos completamente distintos.

Junto a isto, nesta quadra da história, abrem novas perspectivas para a governança por meio do Direito Ambiental numa perspectiva global e para a proteção de bens de dimensão planetária. Isso demonstra, por corolário, a possibilidade emergente de se criar um novo espaço público transnacional de governança. Espaço este que, certamente, também exigirá novos arranjos institucionais, mecanismos de aplicação coercitiva de normas e tratamento dos litígios, sendo a Arbitragem uma forma operacionalmente adequada para dar respostas eficazes a estas novas demandas, observando a rápida exposição já feita até aqui.

Estes são os desafios para serem vencidos!

Referências

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Conciliação, arbitragem e meio ambiente**. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/26739-26741-1-PB.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2012.

ASSIS, Natalia Maria Freitas de e ARAÚJO Lílian Gabriele de Freitas. A Arbitragem aplicada ao conflito ambiental. **Revista Eletrônica Direito E-nergia**. Vol. 4, ano 3, n. 2. Ago-dez. 2011.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: 34, 2010

_____. **O que é globalização?** Trad. André Carone, S. Paulo: Paz e Terra, 1999.

_____; GIDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva**. São Paulo: EdUnesp, 1997.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial de 05.10.1988**, Brasília, DF.

_____; Decreto n. 2.519, de 16 de março de 1998. Convenção sobre Diversidade Biológica. **Diário Oficial da União de 17.03.1998**, Brasília, DF.

_____; Lei n. 9.478, de 06 de agosto de 1997. Política energética nacional. **Diário Oficial da União de 7.8.1997**, Brasília, DF.

_____; Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. **Diário Oficial da União de 31.12.2004**, Brasília, DF.

_____; Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Arbitragem. **Diário Oficial da União de 24.9.1996**, Brasília, DF.

_____; Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Juizados Especiais Cíveis e Criminais. **Diário Oficial da União de 27.9.1995**, Brasília, DF.

_____; Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. **Diário Oficial da União de 25.7.1985**, Brasília, DF.

_____; Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981. Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação. **Diário Oficial da União de 2.9.1981**, Brasília, DF.

_____; Lei 5172, de 25 de outubro de 1966. Sistema Tributário Nacional e normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. **Diário Oficial da União de 27 de outubro de 1966 e retificado no Diário Oficial da União de 31.10.1966**, Brasília, DF.

_____; Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial da União de 9.9.1942**, Brasília, DF.

CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro A.; LEMES, Selma M. Ferreira. **Aspectos fundamentais da lei de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CASELLA, Paulo B. (coord). **Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 1999.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CREMASCO, Suzana Santi. **A arbitragem: interna e internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade: democracia, direito e estado no século XXI**. Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí, 2011.

_____; STELZER, Joana. (org). **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009.

FINK, Daniel Roberto. Alternativa à Ação Civil Pública Ambiental (reflexões sobre as vantagens do termo de ajustamento de conduta). In: MILARÉ, Edis (Coord.) **Ação civil pública: Lei 7347/1985. 15 anos. 2. ed. rev. e atual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GARTH, Briant; CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

_____. **Teoria geral do Estado**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

HABERMAS, Jurgen. **A constelação pós-nacional: ensaios políticos**. Trad. Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2001.

LEFF, Enrique. **Racionalidade ambiental: a reapropriação social da natureza**. Trad. Luís Carlos Cabral. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

LIMA, Bernardo. **A arbitrabilidade do dano ambiental**. São Paulo: Atlas, 2010.

MARQUES, José Roberto. Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta. **Anais do 7º Congresso Internacional de Direito Ambiental, Direito, água e vida**. SP: Imprensa Oficial, 2003.

MILANI, Carlos R. S. Governança global e meio ambiente: como compatibilizar economia, política e ecologia. In NEVES, Carlos Augusto dos Santos et al. **Governança global, reorganização da política em todos os níveis de ação**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer. 1999. p. 97-128. (Série Pesquisas, n. 16)

MILARÉ, Édís. **Direito do Ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NOGUEIRA, Simone. **Arbitragem para conflitos em meio ambiente: tendência que deve ser seguida**. Disponível em: http://dazibao.com.br/boletim/0009/jur_simone_nogueira.htm. Acesso em: 30 jul. 2012.

PENNA, Carlos Gabaglia. **O estado do planeta: sociedade de consumo e degradação ambiental**. Rio de Janeiro: Record, 1999.

PROENÇA, Luis Roberto. **Inquérito civil: atuação investigativa do Ministério Público a serviço da ampliação do acesso à Justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: Teoria e prática**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. São Paulo: Cortez, 2011.

SILVA, Eduardo Silva da. **Arbitragem e direito da empresa: dogmática e implementação da Cláusula Compromissória**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003.

SOUZA, Adriano Stanley Rocha. **Das formas alternativas de solução de conflitos na reparação do dano ambiental.** Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/150807.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2010.

WITKOWSKI, Flávia Frangetto. **Arbitragem ambiental:** solução de conflitos (r) estrita ao âmbito (inter) nacional? Campinas: Millennium, 2006.