

**A ARBITRAGEM COMO INSTRUMENTO DE SUSTENTABILIDADE GLOBAL NA
SOLUÇÃO ALTERNATIVA DE CONFLITOS: OPORTUNIDADES DE TUTELA
AMBIENTAL VIÁVEL E EFICAZ POR MEIO DE AJUSTES EXTRAJUDICIAIS.**

**ARBITRATION AS AN INSTRUMENT FOR GLOBAL SUSTAINABILITY IN
ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION: OPPORTUNITIES FOR VIABLE AND
EFFECTIVE ENVIRONMENTAL PROTECTION THROUGH EXTRAJUDICIAL
ADJUSTMENTS.**

Alexandre Bizzotto¹

Kleber Cazzaro²

Resumo: A sustentabilidade, como tutela, e seus valores fortalecidos e protegidos por meio da busca de elementos alternativos para solucionar conflitos relativos à área de Direito Ambiental, inclusive com a participação do Ministério Público, é foco central desenvolvido no estudo apresentado. Neste sentido, o instituto da arbitragem é compreendido como mecanismo alternativo de resolução de conflitos por ofensa ao meio-ambiente. A análise da Constituição Federal culmina com a apreciação do termo de ajustamento de conduta e sua natureza transacional. Complementarmente, discorre-se sobre acordos na área penal que tratam de matéria ambiental e o papel da governança global na solução de conflitos de direito ambiental por arbitragem. A pesquisa é eminentemente documental, com a apropriação de legislação pertinente ao tema, entrecruzada com a pesquisa bibliográfica doutrinária, que orienta a conduta teórica da discussão sobre o tema proposto.

Palavras-chave: Sustentabilidade. Meio Ambiente. Devido Processo Legal. Termo de Ajustamento de Conduta (TAC). Arbitragem .

Abstract: The sustainability as guardianship, and it's values strengthened and protected by the pursuit of alternative elements to resolving disputes concerning to the Environmental Law, including the participation of the Public Ministry is the main focus developed in this study. In this sense, the arbitration institute is understood as an alternative mechanism of conflict resolution to offense to the environment. The analysis of the Federal Constitution culminates with

¹ Doutorando em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), Itajaí, Santa Catarina. Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. (abizzotto@uol.com.br)

² Doutorando em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), Itajaí, Santa Catarina. Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), Itajaí, Santa Catarina.. Especialista em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG), Ponta Grossa, Paraná. Professor de Direito Processual Civil na Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Pesquisador dos métodos alternativos de resolução de conflitos em Sociedade. Advogado. (klebercazzaro@hotmail.com).

the appreciation of the term of adjustment of conduct and its transactional nature. In addition, talks over the penalty area agreements dealing with environmental issues and the role of global governance in conflict resolution of Environmental law by arbitration. The research is mainly documentary, with the appropriation of pertinent legislation, crossed with the doctrinal literature research, which guides the conduct of theoretical discussion on the proposed topic.

Keywords: Sustainability. Environment. Due Process of Law. Terms of Adjustment of Conduct (TAC). Arbitration.

1 INTRODUÇÃO

O questionamento filosófico sobre a gênese e o destino último da humanidade nos conduz para a certeza de que apenas é possível precisar o caminho percorrido e, em relação ao futuro só é possível conjecturas e hipóteses. Deste questionamento uma resposta ecoa. É a reflexão gradativa e crescente de que ações contemporâneas comprometem a vida e o equilíbrio ambiental no planeta habitado. Milaré (2001, p. 39) corrobora que “a questão Ambiental está desenhada nos cenários da humanidade e manifesta-se através das ações visíveis, que podem ser facilmente constatadas; porém, não é possível ignorar o que se passa nos bastidores, nas ações ocultas e no jogo de interesses que não vêm à cena”.

O meio ambiente, obviamente, é essencial para a sobrevivência do planeta e do modo de vida que hoje conhecemos. Contudo, como dito, somente nos últimos tempos é que gradativamente a humanidade tem acordado, ainda que em pequenos passos, para a sua proteção. Tal lentidão tem acarretado problemas que necessitam de urgente resolução. E tudo se acentua a partir do crescente desenvolvimento dos meios de produção com a consequente multiplicação das riquezas exploratórias.

Novos valores decorrentes da racionalidade moderna criam aspirações subjetivas egoísticas que cegam para a proteção e sobrevivência do mundo. Evoluções tecnológicas, normalmente comemoradas como triunfo humano, pode ter seu efeito devastador sobre o meio-ambiente. Este é ponto central: o desafio de equilibrar os avanços tecnológicos e a preservação do meio no qual habitamos. Eis o desafio!

Sim, é um desafio, pois o ser humano ao mesmo tempo em que começa a despertar racionalmente para a questão ambiental, não quer, e em muitas localidades mais desamparadas não pode ignorar, a questão da vida humana social e da necessidade de tecnologia para a sobrevivência. É nesse contexto que emerge o princípio da sustentabilidade, ligado com a

governança global e os métodos alternativos de resolução de controvérsias, notadamente, para o caso em foco, a Arbitragem. Nesta perspectiva, será focada a solução de conflitos envolvendo o Direito Ambiental.

2 A SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL.

Conforme Leff (2011, p. 15), o “princípio da sustentabilidade surge no contexto da globalização como a marca de um limite e o sinal que reorienta o processo civilizatório humano”. A globalização, fase da racionalidade humana, possibilitou a emergência de paradigmas com a respectiva provocação de novas ansiedades aos problemas decorrentes do processo sócio-econômico..

Ao mesmo tempo em que a economia mundial é fomentada e o convívio social aproximado, a globalização estimula inúmeras indagações que precisam ser respondidas e uma série de problemas a serem compatibilizados. Dentre estas questões destacam-se crises ambientais com suas catástrofes naturais anunciadas.

A aproximação entre a tendência em evitar danos ambientais, benefícios imediatos que a natureza pode fornecer e a atuação humana instigou o surgimento da prática do desenvolvimento sustentável. Souza (2000) explicita que a exploração dos recursos naturais deve acontecer em bases racionais, objetivando a preservação do equilíbrio ambiental , assegurando a sobrevivência de todas as espécies do planeta.

Assim, equacionar os resultados tecnológicos das práticas humanas com os problemas ambientais decorrentes tornou-se questão central para a sociedade. Nesse quadro, Leff (2011, p.17) defende que “foi sendo configurado um conceito de ambiente como uma nova visão do desenvolvimento humano, que reintegra os valores e potenciais da natureza, as externalidades sociais, os saberes subjugados e a complexidade do mundo negados” pelo mecanicista modelo do progresso racional econômico.

No âmbito da sustentabilidade, todo e qualquer avanço na qualidade social do ser humano é favorável, desde que não cause danos ao meio ambiente, pois sem este nada mais será possível para as futuras gerações. Afinal de contas, bem coloca Castro (2003), o ser humano compõe a natureza e a continuidade da vida depende da preservação do solo, das águas e do ar que todos se apropriam cercam.

Projetos de crescimento econômico e exploração ambiental somente serão positivos se passarem pela análise do impacto que poderão causar no cotidiano. Acentua Milaré (1995, p. 197), que “compatibilizar meio ambiente e desenvolvimento significa considerar os problemas ambientais dentro de um processo contínuo de planejamento, atendendo-se adequadamente às exigências de ambos”.

Embora a teoria do desenvolvimento sustentável seja adequada, é preciso ter cuidado na sua aplicação para que este discurso racional de aparência politicamente correta não seja utilizado subliminarmente como um amparo para a exploração danosa ao ambiente.

Em tempos de neoliberalismo, qualquer instrumento pode ser conduzido para fins econômicos. E em relação ao ambiente ocorre uma teia de interesses mundiais que condicionam interesses locais. Neste contexto, diz Canotilho (1999, p.1277) que, cada vez mais, “parece indiscutível a força conformadora de alguns instrumentos internacionais dos direitos humanos” no sentido de estabelecerem vetores aos Estados Nacionais. Em tal quadro, além da implementação de políticas de sustentabilidade no patamar internacional, torna-se essencial a criação e efetivação de legislações nacionais para que hajam ações integradas, partindo-se a defesa ambiental das localidades para um entrelaçamento mundial.

Nesta perspectiva, para os objetivos deste estudo, faz-se necessário a apreciação específica da Constituição da República do Brasil e de suas facetas no tocante às questões ambientais. É o que segue.

3 A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA BRASILEIRA E SUAS DIRETRIZES AMBIENTAIS

A nova cultura ambientalista, no dizer de Castro (2003, p.718), elaborada na perspectiva do humanismo coletivista, “representa a insurgência da crítica radical ao produtivismo e ao consumismo desenfreado gerado pelas engrenagens da revolução industrial que tornaram o mercado no único valor acalentado”. Prossegue Castro (2003) afirmando que em contraposição ao Mercado, o humanismo ambientalista criou uma postura ética diferenciada para o desenvolvimento da sociedade contemporânea amparada em premissas preservacionistas.

O exercício da democracia moderna permitiu reações objetivando a proteção ambiental por meio da Sociedade³ organizada. Tais ecoaram na feitura das legislações nacionais.

No Brasil, a Constituição da República promulgada em 1988 atribuiu nova roupagem aos anseios pela manifestação da Democracia. Foram previstas uma série de direitos relacionados com os avanços presentes nas legislações dos países mais engajados ambientalmente. Foi dada primazia ao alcance da globalização ambiental conferindo-se sólida proteção constitucional ao Meio Ambiente.

Cabe enfatizar que o texto constitucional, em seu artigo 225, define o Meio Ambiente ecologicamente equilibrado como direito de todos e lhe dá a natureza de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida. É imposto ainda, tanto para os Poderes Públicos, como para a coletividade em geral, o dever de defender e preservar o Meio Ambiente não só para as pessoas presentes, mas também para as futuras gerações.

Quando há referência constitucional ao equilíbrio ecológico, logo vem ao palco o princípio da sustentabilidade, porquanto este tem como base o manter a exploração humana do Meio Ambiente de modo a não prejudicar o florescimento da vida ambiental e de toda a biodiversidade. Logo, na base constitucional pode se inferir que qualquer ato humano que lese o meio ambiente em suas essencialidades esbarra na vedação constitucional implícita. No dizer de Mirra (1995, p. 33), a consagração do direito ao meio ambiente equilibrado e saudável para todos trouxe a constatação de que “a defesa do Meio Ambiente se tornou parte integrante do processo de desenvolvimento do país”.

Sem que haja o respaldo ambiental não é possível permitir a viabilidade mercadológica de qualquer projeto. Assim, ao examinar a viabilidade sob o crivo da sustentabilidade ambiental, devem ser observados os comandos do artigo 225, § 1º da Constituição da República. Por sua relevância, opta-se por mencionar-se a literalidade do artigo, a saber:

Art. 225. Todos têm direito ao Meio Ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

³ Perceba o leitor que a palavra Sociedade estará grafada com a letra inicial em maiúsculo. E assim é porque compartilha-se o pensamento defendido por Cesar Luiz Pasold, na obra “Função Social do Estado Contemporâneo”, publicada no ano de 2003. Diz ele, que : **“se a Categoria ESTADO merece ser grafada com a letra E em maiúscula, muito mais merece a Categoria SOCIEDADE ser grafada com a letra S em maiúscula, porque, afinal, a SOCIEDADE é a criadora e mantenedora do Estado! Por coerência, pois, se a criatura/mantida (Estado) vem grafada com E em maiúscula, também e principalmente a criadora/mantenedora (Sociedade) deve ser grafada com o S em maiúscula”.** (grifo no original).

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

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

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

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

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

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

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

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

Delineada a sustentabilidade ambiental e seu local de relevância nas relações sociais, é pertinente buscar o diálogo sobre qual é o procedimento adequado para que o respaldo ambiental não fique apenas nos retóricos discursos ideológicos e faça parte do rol dos direitos fundamentais efetivamente protegidos.

4 A PROTEÇÃO JUDICIAL AMBIENTAL E O MINISTÉRIO PÚBLICO

Como foi ressaltado, danos ao meio ambiente afetam a todos os habitantes do mundo. Não há como compartimentar a lesão ao meio ambiente. Deste modo, o meio ambiente é classificado como um direito difuso, pois pertence e relaciona-se a todos de modo indistintamente.

Explicita Mazzilli (1992, p. 97) que difusos “são os interesses de grupos menos determinados de pessoas entre os quais inexistente vínculo jurídico ou fático muito preciso”. Enfatiza-se, ainda, que os interesses difusos integram uma faceta dos interesses públicos.

Pela sua relevância, a asseguarção do meio ambiente deve seguir um caminho no qual o acesso à justiça seja facilitado. Pontua Freitas (2000, p. 37) que direcionam “de nada adiantaria o direito material consagrar os princípios que norteiam o Direito Ambiental se eles não pudessem ser reivindicados em juízo. O acesso à justiça é, pois, requisito indispensável à defesa do Meio Ambiente”.

No Brasil, a protagonista da proteção judicial do meio ambiente é a ação civil pública.

Trata-se de uma ação coletiva que tem a pretensão de proteger uma série de pessoas, regulada pela Lei Federal n. 7347/1985 e através dela se busca o respaldo de uma tutela que pretende alcançar as peculiaridades do meio ambiente. Via de regra, tutelas de proteção e reparo.

Veja-se que não há qualquer proibição de que uma ação individual venha proteger o meio ambiente. O mecanismo da ação popular é um exemplo disso. Toda via de proteção ambiental é salutar. Contudo, pelo seu alcance, no Brasil, cada vez mais são as ações coletivas que dão as cartas na tutela do meio ambiente e de sua sustentabilidade.

Em decorrência da necessidade de se promover as ações coletivas, a Constituição de República de 1988, em seu artigo 129, III, atribui ao Ministério Público legitimidade “para promover inquérito civil e ação pública na defesa do Meio Ambiente” (FREITAS, 2000, p. 37). Somou-se a possibilidade das Organizações Não-Governamentais (ONGS) promoverem ações ambientais, as ações do Ministério Público, multiplicando assim a implantação de tutela dessa natureza.

A partir da organização do Ministério Público na qualidade de tutor do interesse público primário, houve uma expressiva transformação paradigmática no sentido de se dar vida aos contornos da proteção ambiental no âmbito judicial.

Sobre o Ministério Público no exercício do papel de defesa ambiental, pode se dizer que é uma tarefa fundamental, na medida em que, na teoria, a instituição não possui nenhuma vinculação com a iniciativa privada ou dependência de órgãos governamentais. Tem assegurada a independência funcional, o que lhe permite buscar alternativas para que o meio ambiente tenha a sustentabilidade assegurada mesmo sob a pressão dos diversos interesses econômicos.

Além da ação civil pública, cuja legitimidade é partilhada com ONG's, cabe ao Ministério Público, com exclusividade, a direção do importante instrumento do inquérito civil público. Conforme assevera Ferraz (1995, p. 63), o inquérito civil, presidido pelo órgão de execução do Ministério Público, “é um procedimento administrativo de natureza inquisitiva tendente a recolher elementos de prova que ensejem o ajuizamento de ação civil pública”.

O inquérito civil torna possível, ao Ministério Público, colher dados para que seja ponderada a melhor maneira de tutelar a sustentabilidade do Meio Ambiente. Oficiar requisitando informações; utilizar-se de notificações; produzir perícia; realizar vistorias; conduzir testemunhas coercitivamente se necessário e colher o depoimento de testemunhas pertinentes para a cognição dos fatos, são algumas das diligências possíveis.

Com o término das investigações e antes de propor a ação civil pública ou, mesmo durante o procedimento investigativo do inquérito civil afeto à proteção ambiental e de sua sustentabilidade, é bastante plausível, evitando-se a danosa delonga processual, a busca da resolução da questão ambiental por meio de acordos. É o denominado Termo de Ajuste de Conduta Ambiental. Instrumento legítimo, o Termo de Ajuste coloca no caminho, não só a viabilidade de se transacionar em conflitos de Direito Ambiental, como complementa o instituto da Arbitragem, tido como uma alternativa a mais para resolver conflitos fora das arenas do Poder Judiciário.

Estes institutos e ações decorrentes dos princípios corroboram o mecanismo de governança e sustentabilidade ambientais. E para provar a viabilidade do uso da Arbitragem nos conflitos de Direito Ambiental, basta analisar a natureza jurídica do mencionado Termo de Ajustamento de Conduta.

5 A NATUREZA TRANSACIONAL DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

O Termo de Ajustamento de Conduta, previsto no parágrafo 6º, do artigo 5º. da Lei Federal n. 7347/85, cujo objetivo é a proteção dos direitos difusos, para o caso do Direito Ambiental, nada mais é do que um permissivo legal para transacionar sobre a reparação de dano ambiental.

Uma análise do histórico sobre a redação do referido parágrafo, demonstra que este não constava na redação original da Lei n. 7347/85, sendo acrescida pela Lei Federal n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor). De seu turno, o Código de Defesa do Consumidor inspirou-se no artigo 55 da antiga Lei dos Juizados de Pequenas Causas (Lei 7.244/84) que, mais tarde, acabou repetido na Lei Federal n. 9.099/95, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, pelo artigo 57.

Por outro lado, este mesmo caminho também serviu de inspiração para o legislador processual alargar o rol dos títulos executivos, inserindo no artigo 585 do Código de Processo Civil, o inciso II, instituindo como título executivo extrajudicial, o “instrumento particular assinado por duas testemunhas”.

Cita-se ainda o artigo 840 do Código Civil de 2003 (correspondente ao artigo 1025 do Código Civil de 1916), que abre o capítulo referente à transação, dispondo que “é lícito aos interessados prevenirem, ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas”.

O Código de Processo Civil, em seu artigo 269, inciso III, dispõe que: “extingue-se o processo com julgamento de mérito: [...]; III - quando as partes transigirem;”.

Portanto, se do ponto de vista do direito material a transação é modo de extinção de obrigações litigiosas, mediante concessões recíprocas de ambas as partes, do ponto de vista do direito processual, a transação também é modo de extinção do processo com o julgamento do mérito.

Em se tratando do meio ambiente, portanto, de direito não patrimonial e pertencente ao ramo do direito público, a questão que se põe frente a a afirmativa acima descrita é a possibilidade de se transacionar em matéria de direito ambiental já que o ajustamento de conduta possui, indubitavelmente, a natureza jurídica de transação⁴, em que pese existam opiniões em contrário. Expõe Fink (2002, p.118) que:

[...] deve-se entender que a transação em matéria de Meio Ambiente não tem por objeto o próprio ambiente, direito difuso e indisponível. Em relação a esse direito ao Meio Ambiente ecologicamente equilibrado é impossível transigir. Será objeto da transação em matéria de Meio Ambiente a forma de adoção das medidas destinadas à sua recuperação, ou ainda, o estabelecimento de certas regras de conduta a serem observadas pelo interessado, de tal forma que o ecossistema seja preservado de agressões.

E é também assim que a maioria da doutrina vem se posicionando a respeito. Perfaz-se assim, um verdadeiro contrato, com todos os seus elementos: partes capazes, objeto lícito, forma prescrita e não defesa em lei. Destaca-se que aquele “contrato” visa à plena recuperação do Meio Ambiente integrante, em última análise, do direito público indisponível. Este contrato, instrumento típico do direito privado, deverá ser moldado, entretanto, aos princípios que norteiam a tutela do interesse público, já que a defesa do Meio Ambiente é este seu objeto. (VIEIRA, 2000, p. 395).

⁴ Os seguintes autores têm o ajustamento de conduta como transação: Hugo Nigro Mazzilli, Rodolfo de Camargo Mancuso, Édis Milaré, Nelson Nery Junior (embora também fale em ato unilateral), Paulo de Bessa Antunes, Fernando Grella Vieira, Sérgio Shimura, José Marcelo Menezes Vigliar, Rita Tomasso, Marco Antônio Pereira, Celso Pacheco Fiorillo, João Bosco Leopoldino da Fonseca, Carlyle Popp, Edson Vieira Abdala, Patrícia Miranda Pizzol, Daniel Roberto Fink. Não consideram transação Paulo César Pinheiro Carneiro, José dos Santos Carvalho Filho, Francisco Sampaio, Hindemburgo Chateaubriand Filho, Maria Aparecida Gugel, Isabella Franco Guerra, Roberto Senise Lisboa.

Por fim, vale lembrar que o § 6º do artigo 5º da Lei Federal n. 7.347/85 expressamente atribui ao Termo de Ajustamento de Conduta a eficácia de título executivo extrajudicial tal qual ocorre em qualquer decisão arbitral. *In verbis*: “[...] § 6º - Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.”

Estes elementos não apenas aceleram como instituem maior eficácia na solução do conflito. E esse termo aplica-se também à área do Direito Ambiental.

6 O TERMO DE AJUSTE DE CONDUTA AMBIENTAL

Proença (2001, p. 121) menciona que o Termo de Ajuste de Conduta Ambiental traduz-se no instrumento pelo qual há um “compromisso de ajustamento da conduta do investigado às exigências legais”, sendo que tal documento tem força de título executivo extrajudicial.

Se o objetivo da atividade investigativa do inquérito civil é proteger a sustentabilidade ambiental, nada mais razoável que a reparação e/ou a evitação de qualquer dano ao ambiente seja resolvida perante a feitura de um documento, um acordo, no qual se ajusta a conduta para os parâmetros exigíveis ambientalmente. Conforme relata Mazzilli (1999, p. 295), o acordo se restringe no “compromisso exclusivo do causador do dano (compromitente) a ajustar sua conduta de modo a submetê-la às exigências legais (objeto)”.

A conduta a ser compromissada é a discutida e que suscita alguma lesão ambiental. Neste sentido, orienta Proença (2001, p.124) que o compromisso de ajustamento pode “ser pactuado para a prevenção ou para a reparação de danos” ambientais em que tenham cabimento a ação civil pública.

Como a ação civil pública para a proteção ao meio ambiente pode ser proposta por legitimados possuidores de pertinência temática a própria proteção ao meio ambiente coletivo, entende-se que, em concepção ampliativa de proteção ambiental, esta espécie de acordo pode ser feita pelos mesmos legitimados para a propositura da ação civil pública. Logo, mesmo que não haja um inquérito civil, pode haver possibilidade de um Termo de Ajuste de Conduta Ambiental.

Vale dizer que o conteúdo do acordo pode ser de obrigações de fazer, de obrigações de não fazer e de prestar. Também é possível a utilização de *astreintes* para a eventual inobservância do acordo, sendo tal instrumento uma forma de coação processual.

Uma ressalva se faz pertinente: Não obstante ser o Termo de Ajustamento de Conduta Ambiental uma importante forma de proteção que busca um Meio Ambiente sustentável, pela natureza indisponível da matéria discutida, não há impedimento que outros co-legitimados possam propor ação civil pública objetivando incluir outras exigências por considerar o acordo avençado insuficiente.

Por fim, quando não cumprido o acordo ou, não tendo ele ocorrido, o caminho é o da provocação judicial, seja com a execução do termo descumprido, seja com a ação de conhecimento. Neste último caso poderá ocorrer uma tentativa de acordo judicial naquilo que se permite o acordo. Se for o caso, com ou sem acordo deverá haver a provocação das autoridades policiais para as necessárias investigações criminais.

No âmbito penal, o meio ambiente também encontra respaldo quanto à sua proteção, pois nesta área legal também se permitem transações na ordem ambiental. É o discutido a seguir.

7 A TUTELA DA SUSTENTABILIDADE VIA ACORDO PENAL

Configurada a possibilidade de eventual conduta penal, deverá ser investigada pela autoridade policial, pois está na esfera da ação penal pública. Neste aspecto, a existência de inquérito civil presidido pelo Ministério Público pode funcionar como um importante elemento para documentar e instrumentalizar a investigação policial.

Mesmo na seara penal é possível aplicar o acordo para buscar a tutela ambiental mais adequada. No Brasil, a Lei n. 9.099/95 permite dois tipos de acordos penais passíveis de atingir os crimes ambientais. São eles: a transação penal e a suspensão condicional de processo. É possível a adaptação das exigências de sustentabilidade ambiental no bojo da modalidade de ambos os acordos penais.

Assim, é cabível a transação penal naquelas hipóteses em que a pena privativa de liberdade abstrata máxima não ultrapassar dois anos, desde que o autor do fato seja primário, tenha bons antecedentes e não tenha tido outro acordo similar no prazo de 5 (cinco) anos.

Neste caso, o Ministério Público, antes de propor a ação penal, deve oferecer a transação penal que necessariamente será, na parte que cabe ao investigado, no sentido de reparação do dano ambiental causado. Aceita a proposta, o Magistrado homologa o acordo penal na modalidade transação e cumprido o acordo extingue-se a punibilidade.

Já para o caso em que a pena mínima não for maior do que 1 (um) ano, com a propositura da ação penal, o Ministério Público, desde que o acusado seja primário e com bons antecedentes, deve oferecer o acordo penal da suspensão condicional do processo mediante o estabelecimento de algumas condições para o acusado. Dentre as condições está a exigência de reparação do dano ambiental. Aceita a proposta, o processo fica suspenso entre 2 (dois) a 4 (quatro) anos com o acusado cumprindo as condições estabelecidas perante o juiz. Encerrado o prazo e cumprido a exigência ambiental, o processo é extinto.

Pondera-se que a utilização da Direito Penal deve ser a última opção para a proteção ao meio ambiente e o alcance das medidas que possibilitem a sustentabilidade.

A ameaça de uma punição mais acentuada que, no Brasil, envolve a aplicação de pena privativa de liberdade é um fracasso dos canais de cidadania. Contudo, observa-se que tal caminho tem sido utilizado com uma frequência crescente. No entanto, apesar da realização de outras opções devem ser tentadas.

Neste contexto surge a discussão sobre a possibilidade, ou não, do uso direto da Arbitragem no Direito Ambiental, como mecanismo de solução de conflitos.

8 ARBITRAGEM EM CONFLITOS POR OFENSA AO MEIO AMBIENTE

Destaque-se que a Arbitragem ambiental não é tema novo, embora possa parecer. Já existe no Direito Comparado a adoção deste instrumento em casos concretos e, também no Brasil, é fácil encontrar precedentes - embora ainda tímidos – no mesmo rumo.

Um dos exemplos de que a Arbitragem no Direito Ambiental pode ser adotada está na Constituição da Corte Internacional de Arbitragem Ambiental (*International Court of Environmental Arbitration and Conciliation*) com sede em San Sebastian, país Basco (Espanha), apoiada pelas Nações Unidas, cuja estrutura intelectual é formada por professores de nacionalidades diversas, inclusive brasileiros.

A Corte tem por objeto a solução pacífica de conflitos ambientais e como entes provocadores os governos, as ONG's, institutos e empresas, além de pessoas físicas. Como base legal apoia-se em princípios, tratados e normas de direito ambiental internacional e emite pareceres, de caráter consultivo.

Outro exemplo é Portugal, onde alguns Decretos já são publicados com a previsão da adoção da Arbitragem na solução de controvérsias que envolvam algum tipo de recurso natural, como no caso da exploração e pesquisa de Petróleo (Decreto-Lei nº 109/94 de 26 de abril - Diário da República nº 96/94, série I.A, MIE, art. 80) e na recuperação ambiental de áreas mineiras degradadas (Decreto-Lei nº 198 - A/2001 e Contrato de Concessão do Exercício da Atividade de Recuperação de Áreas Mineiras Degradadas, arts. 43 e 44).

No Brasil, em que pese haja discussão acerca da viabilidade de adoção da Arbitragem em casos de Direito Ambiental, existem muitos argumentos válidos que demonstram existir no sistema pátrio previsão diversa. Sem pretender esgotar o tema, algumas razões podem ser apontadas aqui.

É o caso, por exemplo, do Decreto 2519, de 16 de março de 1998, que promulgou a Convenção sobre a Diversidade Biológica, um dos documentos elaborados por ocasião da Conferência do Rio de Janeiro (ECO 92). Neste documento estão previstas a Arbitragem e Mediação como meio de solução de controvérsias entre partes contratantes. Indiscutível a natureza ambiental do bem objeto de tutela da Convenção, que em seu 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." Em seu artigo 27, o Decreto expressamente prevê e incentiva a adoção de medidas alternativas de negociação, mediação e Arbitragem entre as partes contratantes no que diz respeito à interpretação ou aplicação da convenção; partes estas que compreendem os Estados ou organizações ali descritas que venham a ratificar, aceitar, aprovar ou aderir à Convenção. Especificamente no Anexo II, 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).

No Brasil, ainda, vários contratos realizados por entidades vinculadas ao Estado já contam com previsão de submissão à Arbitragem como, por exemplo, os contratos de concessão para prospecção e exploração de petróleo a serem licitados, segundo a Lei Federal n. 9478/97. Todos devem conter as regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a Arbitragem internacional, conforme art.43, inciso IX.

A par disso, como já dito, recorde-se mais uma vez que no Brasil, por força autorizatória da Lei Federal n. 7347/1985, é comum, na área ambiental, a confecção de termos de ajustamentos de conduta que, em outro vértice, representam nada mais do que transações privadas feitas com a interferência do Ministério Público, cujo representante, muitas vezes, age como árbitro compulsório na solução das negociações.

Tudo isso justifica o uso do instituto da Arbitragem para solucionar conflitos envolvendo ofensas ao Meio Ambiente, no Brasil.

Mas e a nível transnacional, quando os danos ultrapassam as linhas limítrofes da soberania de cada Estado-Nação? Pode-se fazer alguns apontamentos, ainda que sejam especulativos e sirvam para estudo futuro e aprofundado. Nesta reflexão é possível analisar a governança global como premissa para a realização de ações que garantam a sustentabilidade do ambiente em que todos vivemos.

9 O PAPEL DA GOVERNANÇA GLOBAL NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS DE DIREITO AMBIENTAL POR ARBITRAGEM

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 Moderno⁵, apresenta-se não só antiquado, como também não é mais o responsável isolado de seu próprio destino. Nesta linha de raciocínio, este Estado não consegue dar respostas consistentes à Sociedade diante da complexidade das demandas, muitas vezes transnacionais, que se avolumam a frente dos seus governantes.

Neste sentido, funções do Estado-Nação 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. Neste contexto, quando o assunto é proteção ambiental, a aceleração da globalização e a consequente

⁵ 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 e BODNAR, Zenildo. A Transnacionalidade e a emergência do Estado e do Direito Transnacionais. In: CRUZ, Paulo Márcio e STELZER, Joana. (org). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba, Juruá, 2009. p. 57

intensificação dos processos de interdependência ecológica tem forjado mudanças significativas na teoria da governança especialmente porque a dimensão da problemática ambiental há muito já extrapolou as fronteiras territoriais e exige (ou permite) a criação de espaço para a constituição de novos atores e estratégias para além do controle e atuação dos Estados-Nacionais.

Isto tem tornado o sistema mundial mais complexo e multipolar, forçando a formação de uma esfera pública ambiental global notadamente no sentido de modelagem de novos espaços de democratização dos processos de decisão e gestão. As últimas décadas do século XX foram marcadas pela intensificação dos processos de globalização, com profundas mudanças e largos desafios para as coletividades humanas na medida em que se agravam os problemas derivados da expansão do capital sob a égide da mercantilização mundializada. Assim, degradação ambiental, aumento da pobreza, desequilíbrios populacionais, violação de direitos humanos, entre outros fatores, configuram um cenário complexo para a gestão do futuro.

Diante desse quadro, Leff (2006) afirma que 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. Cruz e Stelzer (2009, p.18) explicitam que:

Dentre os autores que teorizam sobre as novas fórmulas de organização estatal, merece destaque a proposta do sociólogo alemão Ulrich Beck, que sugere a substituição das relações “internacionais” de conflito e/ou disputa por novas relações “transnacionais” de solidariedade e cooperação.

Adverta-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. O que se propõe como governança diz respeito à criação e o funcionamento de instituições sociais com regras comuns definidoras de práticas sociais, designar papéis e orientar interações aqueles que os desempenham, capazes de solucionar conflitos, facilitando a cooperação, ou, mais genericamente, aliviando problemas de ação em um mundo constituído por atores interdependentes tendo, cada qual, suas regras particulares.

E nessa governança o desafio, nos seus diferentes aspectos, relaciona-se com a gestão presente e futura do planeta, representando a necessidade de uma visão sistêmica e abrangente dos problemas que afetam a humanidade. Isso implica na necessidade de convergir arranjos políticos sólidos e suficientemente harmônicos, comprometidos com as futuras gerações, junto de uma visão multidimensional da problemática do desenvolvimento mundial como um todo.

Neste rumo, cabe à ciência jurídica contemporânea ultrapassar o olhar técnico, dogmático e monodisciplinar próprio da modernidade, a fim de criar outros paradigmas que indiquem novos direitos, justificados, como dito por Cruz e Glassenapp (2010), por aquilo que se convencionou como a criação de espaços para uma participação social e coletiva, representando, portanto o retorno do ser humano no gerenciamento de decisões, ainda, que não seja possível atualmente prever os riscos daquelas.

Contudo, o direito emancipatório busca na dimensão ética, solidária, e na perspectiva plural a partir da expressão da moralidade coletiva, construir novos caminhos para uma governança ambiental global e, por conseguinte uma sociedade transnacional mais segura. Neste contexto, a proteção ou o restabelecimento socioambiental impõe um tratamento inovador que repercute na criação de novas fórmulas, mais rápidas, como alternativas para solucionar conflitos que tratem do assunto, longe das arenas do Poder Judiciário Estatal ou qualquer corte Judiciária Internacional formada por Estados-Nações.

E um desses caminhos é o surgimento de novas instituições e novos procedimentos de regulação para cuidar de conflitos de Meio Ambiente a nível transnacional. E, certamente, um espaço público transnacional, permeado por um Direito Transnacional que prevê o mecanismo arbitral como uma das alternativas de solução de conflitos seria uma das hipóteses viáveis.

Neste sentido, a Arbitragem pode representar um adequado método alternativo de resolução desses conflitos, pode ser um dos caminhos.

Por isso que Cruz e Bodnar (2009) propõem como emergência de novos espaços públicos plurais, solidários e cooperativamente democráticos o Estado Transnacional. Este Estado 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 comprometido com a preservação da vida em todas as suas formas. Isto somente será possível através de novos mecanismos institucionais que assegurem a materialização da solidariedade transnacional, notadamente na forma de resolver conflitos ambientais de forma mais rápida e eficaz. Daí não ser utópico pretender um espaço público transnacional, solidário e cooperativamente democrático, dotado de capacidade jurídica de governança, regulação e intervenção coercitiva, com o objetivo de projetar a construção de um novo pacto de civilização pensando que os conflitos que surgirem daí não precisam, necessariamente, passar pelo julgamento de um sistema judiciário propriamente dito Basta que sejam estabelecidas regras para

a solução desse conflito a nível transnacional e que as partes nele envolvidas elejam um árbitro, ou um conjunto desses profissionais, para que oriente a solução do conflito com a mesma garantia e validade de uma sentença judicial.

Poderia se cogitar, um Direito Transnacional.

Cada espaço transnacional, por exemplo, poderia abranger vários Estados-Nações e até partes aderentes aos mesmos, com estruturas de poder cooperativo e solidário, contendo mecanismos para solução de conflitos através de métodos arbitrais. 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, são as tratativas para proteger o meio ambiente, que poderiam ocupar o papel de “tela de fundo” para construção tanto do Estado como dos Direitos Transnacionais (CRUZ; STELZER, 2009). Esse Direito, assim como o Estado Transnacional, também estaria desterritorializado e focado para um único aspecto que é a solução de conflitos ambientais.

No direito transnacional, métodos alternativos de solução de conflitos poderiam ser compostos, por exemplo, de um ordenamento jurídico que transpassaria vários estados nacionais, com capacidade própria de aplicação coercitiva por uma estrutura organizativa transnacional. Com um conjunto ou sistema de normas que responderiam a pautas axiológicas comuns, que justificariam sua consideração como um todo e que atualmente são praticamente impossíveis de serem alcançadas pelos direitos nacional, comunitário e internacional. Ou seja, o ordenamento jurídico transnacional apresentaria características peculiares, cuja concepção de Estado Transnacional como organização destinada a atuar em espaço de governança, regularia e interviria em um espaço, até agora, não totalmente organizado politicamente (CRUZ; STELZER, 2009). Estes elementos teriam como objetivo assegurar a construção de bases e estratégias para a governança, regulação e intervenção transnacionais em conflitos de Meio Ambiente, tendo a Arbitragem como método alternativo para solução deles. Isso garantiria um controle ainda maior da sustentabilidade do planeta. Impera-se, então, preparar o caminho para que a construção se realize, e com solidez. Eis o desafio!

10 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se vê, a nova ordem mundial, influenciada por diversos fatores decorrentes do fenômeno da Globalização torna imperiosa a discussão sobre a organização de espaços públicos transnacionais que viabilizem não só a democratização das relações entre Estados nacionais, como também tratem de métodos alternativos para solução de conflitos sobre ofensas ao Meio Ambiente. O objetivo central seria de formar bases e estratégias sólidas de governança, regulação e intervenção transnacionais,

No Brasil, a jurisdição estatal é apenas o atual estágio em que a Sociedade se encontra na forma de resolver os seus conflitos, após já ter passado pela mediação e pela Arbitragem facultativa. Forma esta que busca na norma o seu parâmetro para solucionar os litígios de forma extrajudicial, mas com a mesma validade.

Em razão disto, é indubitável que se deve buscar a conscientização de cada Sociedade Estatal sobre o papel que esta tem na construção das soluções de seus problemas. E isto ganha maior peso nas questões ambientais porque, em se tratando o Meio Ambiente de bem de uso comum, de difícil ou mesmo (em alguns casos) impossível reparação, este não pode ter sua defesa adstrita ao Poder Judiciário de cada Estado. Nestes, fatores como o tempo e a pouca flexibilidade nas tentativas de soluções, somados àquelas desvantagens da jurisdição já expostas neste trabalho, comprometem sobremaneira o bem jurídico que se procura proteger e que, em regra, tem urgência. Pode-se afirmar que esta agilidade pretendida pode ser alcançada com a mesma segurança como se fosse atuação Estatal Judiciária, através do uso dos métodos de solução alternativa de conflitos, especialmente a Arbitragem.

Isso tudo pode servir de paradigma quando se trata do papel da sustentabilidade da governança global na criação de métodos de solução de conflitos de Direito Ambiental. Ademais, não há motivos para, em pleno século XXI, manter exclusivamente nas mãos do Estado a prerrogativa da defesa do Meio Ambiente. Eis o desafio!

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial de 05/10/1988, Brasília, DF.

_____. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Diário Oficial da União de 11/01/2002. Brasília, DF.

_____. Lei n. 3.071, de 1 de janeiro de 1916. **Institui o Código Civil**. Diário Oficial da União de 05/01/1916. Rio de Janeiro, RJ.

_____. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Institui o Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União de 17/01/1973. Brasília, DF.

_____. Lei n. 7.347, de 24 de junho de 1985. **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**. Diário Oficial da União de 25/07/1985, Brasília, DF.

_____. Lei N. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor**. Diário Oficial da União de 12/09/1990, Brasília, DF.

_____. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais**. Diário Oficial da União de 27/09/1995. Brasília, DF.

_____. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Dispõe sobre a arbitragem**. Diário Oficial da União de 24/9/1996, Brasília, DF.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 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.

CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. (org). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009.

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

FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo. Inquérito civil: Dez anos de um instrumento de cidadania. In: MILARÉ, Edis (coord.). **Ação civil pública**. Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação. 2. ed. São Paulo: RT, 1995.

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 7.347/85. Quinze anos. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

FREITAS, Vladimir Passos de. **A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais**. São Paulo: RT, 2000.

GLASENAPP, Maikon Cristiano; CRUZ, Paulo Márcio. **Estado e sociedade nos espaços de governança ambiental transnacional**. Joinville: Univali, 2010.

LEFF, Enrique. **Racionalidade Ambiental**: a reapropriação social da natureza. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

_____. **Saber ambiental**: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

MAZZILI, Hugo Nigro. **O inquérito civil**. Investigações do Ministério Público, compromisso de ajustamento e audiências públicas. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

_____. Ação Civil Pública. In: TUBENCHLAK, James; BUSTAMANTE, Ricardo. **Livro de Estudos Jurídicos**. Vol. 4. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1992.

MILANI, Carlos. Governança global e Meio Ambiente: como compatibilizar economia, política e ecologia. Centro de Estudos Konrad Adenauer-Stiftung. **Pesquisas**, n. 16. São Paulo, 1999

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**: doutrina, prática, jurisprudência, glossário. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

_____. Limites e controle dos atos do Poder Público em matéria ambiental. In: _____. **Ação Civil Pública**: Lei 7.347/85: Reminiscências e Reflexões após Dez anos de Aplicação. São Paulo: RT, 1995.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Limites e controle dos atos do Poder Público em matéria ambiental. In: MILARÉ, Edis. **Ação Civil Pública**: Lei 7.347/85: Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação. São Paulo: RT, 1995,

PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. Florianópolis: OAB/SC, 2003.

PROENÇA, Luis Roberto. **Inquérito civil**: atuação investigativa do Ministério Público a serviço da ampliação do acesso à justiça. São Paulo: RT, 2001.

SOUZA, Moutauri Ciocchetti de. **Interesses difusos em espécie**: temas de Direito do Consumidor, Ambiental e da Lei de Improbidade Administrativa. São Paulo: Saraiva, 2000.

VIEIRA, Fernando Grella. A transação na Esfera da Tutela dos Interesses Difusos e Coletivos e a Posição do Ministério Público. **Revista Justitia**. São Paulo, n. 55, jan. / mar., 1993.