

DIREITOS DIFUSOS, DIREITO AMBIENTAL E A (IM)POSSIBILIDADE DE ARBITRAGEM

DIFFUSE RIGHTS, ENVIRONMENTAL LAW AND (NOT) POSSIBILITY OF ARBITRATION

Marcos Vinicius Rodrigues¹

RESUMO

O objetivo principal deste trabalho é analisar, na seara do Direito Ambiental, a possibilidade de utilização da arbitragem na solução de conflitos. A relevância do assunto origina-se a partir de alternativas céleres e eficazes para dirimir litígios ambientais ao mesmo tempo em que resguarde a proteção ao meio ambiente, sem, no entanto, substituir o papel do Judiciário nas demandas de natureza difusa. Por meio de uma pesquisa exploratória teórica, a possibilidade de arbitragem fundada no delineamento da indisponibilidade própria das questões ambientais. A principal conclusão desta pesquisa é que em litígios que envolverem relações patrimoniais referentes ao bem jurídico ambiental, a arbitragem pode ser um interessante instrumento para a célere solução das controvérsias ambientais.

Palavras-chave: Arbitragem ambiental, direitos difusos, indisponibilidade de direitos.

ABSTRACT

The main objective of this work is to analyze, in the area of Environmental Law, the possibility of using arbitration in the solution of conflicts. The relevance of the issue stems from quick and effective alternatives to settle environmental disputes while safeguarding the environment, without, however, replacing the role of the Judiciary in the demands of a diffuse nature. Through a theoretical exploratory research, the possibility of arbitration based on the design of the unavailability of environmental issues. The main conclusion of this research is that in disputes involving patrimonial relations regarding the environmental legal good, arbitration can be an interesting instrument for the quick solution of the environmental controversies.

Keywords: Environmental arbitration, diffuse rights, unavailability of rights.

1. Introdução

Apesar de todos os esforços do Judiciário em dar celeridade e eficiência aos inúmeros processos, a cada ano, avoluma-se mais o número de litígios sob judice. E na seara,

¹ Advogado. Especialista em Direito Empresarial (FGV). Mestrando em Direito Ambiental e Sustentabilidade pela Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC). Email: marcos@lawyer.com

do Direito ambiental não é diferente, anualmente, ingressam cada vez mais demandas a serem resolvidas envolvendo matéria ambiental. Assevera-se a esses processos, a complexidade inerente ao Direito Ambiental e a responsabilidade de julgá-los nos termos de uma interpretação constitucional harmônica entre os diversos outros direitos e interesses.

Eis que desponta, a possibilidade de resolução de conflitos pela via extrajudicial, quer seja, a partir do instituto da arbitragem.

Impende destacar como objeto deste artigo, a utilização da arbitragem como mecanismo de solução dos conflitos, também de ordem ambiental no direito interno, sobretudo, pretende-se estabelecer quais são as condições para a utilização da arbitragem ambiental à luz da limitação (direitos disponíveis) prevista no artigo 1º da Lei de Arbitragem².

De grande relevância, o tema está inserido no exame da inexistência de canais mais ágeis de contenção ordenados no âmbito social e administrativo, o qual, em termos ambientais, é sempre mais oneroso e demorado, sem contar que em algumas situações a solução é impraticável em função do custo, pela complexidade ou irreversibilidade do dano.

Alternativamente seria melhor compor uma solução efetivada na arbitragem do que uma fundada no Judiciário que pode demorar anos, e que tem como maior prejudicado o meio ambiente. Considerando o notório volume de processos nos tribunais, bem como os diversos recursos cabíveis que podem delongar a solução fática para um problema envolvendo o bem ambiental, a arbitragem pode ser vantajosa como forma de socorrer o ambiente prejudicado de forma diligente.

Nesse sentido, o presente artigo volta à atenção para a arbitragem como instrumento extrajudicial de tutela ambiental. Busca-se com este trabalho, portanto, debater sobre a possibilidade das partes acordarem em fazer uso da arbitragem ambiental no direito interno, considerando que o meio ambiente é matéria de ordem pública e tutelada (regra geral) pelo Estado.

Assim, investigar a possibilidade de utilização da arbitragem para solucionar os conflitos ambientais no direito interno, perpassa a discussão sobre a possibilidade de consideração de quais bens jurídicos ambientais podem ser disponíveis. Ora, a defesa do meio ambiente configura intrínseco interesse público, sendo concomitantemente direito e obrigação

² Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

da coletividade, não podendo se omitir de tal obrigação, destacando assim o caráter de direito indisponível.

Lado outro, o pré-requisito da utilização da arbitragem reserva apenas a discussão de direitos disponíveis. Desta forma, compete a tarefa de pesquisar se as matérias ambientais contidas em um litígio envolvem tão somente direitos indisponíveis ou, então, se podem também envolver relações patrimoniais concernentes ao bem ambiental.

Para alcançar o objetivo pretendido com a pesquisa, o estudo apoiar-se-á na Constituição Federal de 1988, a jurisprudência nacional/internacional, e a Lei 9.307/96, que traz as regras sobre Arbitragem, em interseção à temática ambiental. A metodologia a ser utilizada para a realização deste trabalho será o método de abordagem dedutiva, através da exploração do acervo acima citado.

Por fim, coaduna-se o interesse de busca de meios céleres e alternativos na resolução contendas ao mesmo tempo em que preserva a proteção dos recursos ambientais sem abdicar da disponibilidade de direitos difusos.

2. A (in)disponibilidade do Direito Ambiental e a Lei de Arbitragem

A proteção do meio ambiente inserida como um bem jurídico possui grande relevância, afinal, dado o caráter abstrato, poucos são os direitos na legislação com a propriedade de resguardar tantos interesses difusos. Sendo todos beneficiários de um meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida de modo a preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Como instituto de pacificação social, a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, conhecida como a Lei de Arbitragem, é importante instrumento a serviço de soluções de controvérsias, contudo, especificamente no trato de litígios envolvendo o meio ambiente, a matéria gera várias discordâncias.

De acordo com a Lei de Arbitragem em seu artigo 1º "as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis". Extraí-se da norma, o entendimento, pelo menos para muitos juristas, que a arbitragem não é aplicável a questões referentes ao meio ambiente, com arcabouço na premissa de que o direito é parte integrante do rol dos interesses difusos o que, infere-se serem direitos indisponíveis (ANTUNES, 2017, p.1).

Do exposto, Khamis (2017, p. 171), sustenta que:

[...] fica claro que a estrutura normativa do direito fundamental à proteção do meio ambiente não comporta a disponibilidade do direito na medida em que um não pode dispor daquilo que é comum. Ademais, em caso de violação, qualquer titular pode defender esse direito comum, ainda que contra a vontade dos demais.

Tal entendimento encontra respaldo na própria disciplina constitucional do meio ambiente, que considera saudável e ecologicamente equilibrado fundado em um direito da coletividade pela ordem jurídica vigente, revelando como uma destacável melhoria para a edificação de um sistema de garantias da qualidade de vida dos cidadãos (ROCHA, 2011).

O meio ambiente é um direito fundamental e, como tal, indisponível; previsto no art. 225 da Constituição Federal de 1988. Assim, o ambiente equilibrado representa uma das exigências à dignidade da pessoa humana.

Em harmonia ao preceito constitucional, encontra-se também o atual Código de Processo Civil, que em seu art. 8^o³, determinando o instituto da promoção da dignidade humana. O código propõe também, em seu art. 3^o⁴, o estímulo à utilização de outros métodos de solução consensual de conflitos a serem promovidos por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial (MIRANDA; CASTRO, 2017, p. 443).

De modo geral, poder-se-ia defender a adoção da arbitragem no âmbito do Direito Ambiental, porém, como já pacificado no ordenamento jurídico como um todo, o bem ambiental é impassível de transação, conforme a sua natureza indisponível, e nos termos do disposto na Lei nº 9.307/1996, em que é vedada expressamente a utilização da arbitragem em caso de direitos indisponíveis (MIRANDA; CASTRO, 2017, p. 443).

Para melhor compreender-se a condição de validade do requisito – direitos disponíveis- vale ressaltar que o conceito de dano ambiental, está contido ao significado

³ Art. 8 Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

⁴ Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

atribuído ao meio ambiente. Na seara jurídica, o meio ambiente constitui um macrobem unitário, incorpóreo e imaterial, com uma configuração também de microbem. Ou seja, o conceito amplo de meio ambiente envolve os elementos naturais, artificiais e culturais. (LEITE, 2013, p. 98)

O dano ambiental, por sua vez, designa as alterações nocivas ao meio ambiente e, ainda, engloba os efeitos que essa alteração provoca na saúde das pessoas e em seus interesses. De forma abrangente, lesões provocadas por um dano qualquer ao meio ambiente podem recair sobre o patrimônio ambiental, cultural, natural e artificial.

Ainda consoante Leite (2013, p. 98) o dano ambiental em relação aos interesses objetivados pode ser dividido em:

- a) De um lado, o interesse da coletividade em preservar o macrobem ambiental, sendo, então chamado de dano ambiental de interesse da coletividade ou de interesse público;
- b) De outro, o interesse particular individual próprio, ambos relativos às propriedades das pessoas e a seus interesses, microbem, relativos à uma lesão ao meio ambiente que se reflete no interesse particular da pessoa e, no caso, sendo chamado dano ambiental de interesse individual.

Menciona-se ainda que o dano ao meio ambiente resulta da agressão injusta aos bens ambientais, constituídos dos bens ecológicos e mais os bens pessoais, econômicos, morais e materiais. Isto significa dizer que o meio ambiente (macrobem) é constituído de microbens que podem integrar o rol tanto dos direitos disponíveis quanto dos direitos indisponíveis (ANTUNES, 2003, p.76).

Sobre o assunto, Paulo de Bessa Antunes (2003, p.76) exemplifica que os danos podem referir-se:

- a) a propriedade privada decorrentes da poluição atmosférica (paredes e janelas enegrecidas de uma habitação), ou da
- b) falta de água pura (diminuição da produção de uma empresa).

Hipóteses essas que configuram danos patrimoniais disponíveis, suscetíveis, portanto a um foro arbitral. Neste sentido, as facetas privadas do dano em matéria ambiental podem ser submetidas à arbitragem sem burlar a limitação de mérito imposta pelo artigo 1º da Lei da Arbitragem. A solução arbitral seria uma opção célere e eficaz de dirimir os litígios ambientais e de promover a proteção do meio ambiente, sem significar a substituição do papel do Poder Judiciário nas demandas que envolverem o bem ambiental de natureza difusa.

Nesse toar, é necessário dissociar pleitos que envolvam aspectos patrimoniais e disponíveis dos direitos indivisíveis, ou seja, aquele em que não é possível identificar o autor. Afinal, ainda que contemplem reflexos da violação ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado somente são passíveis de arbitragem os danos extrapatrimoniais decorrentes dos campos individuais (BRITTO, 2016).

Outro exemplo da dissociação dos direitos difusos encontra-se em julgados que consideram as duas vertentes, assim, no Recurso Especial 1269494 do Supremo Tribunal de Justiça, a tese vencedora foi fundamentada na possibilidade de aferição de danos morais sob os ângulos individual e coletivo em casos de poluição e degradação ambiental, como se percebe abaixo:

AMBIENTAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROTEÇÃO E PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE. COMPLEXO PARQUE DO SABIÁ. OFENSA AO ART. 535, II, DO CPC NÃO CONFIGURADA. CUMULAÇÃO DE OBRIGAÇÕES DE FAZER COM INDENIZAÇÃO PECUNIÁRIA. ART. 3º DA LEI 7.347 /1985. POSSIBILIDADE. DANOS MORAIS COLETIVOS. CABIMENTO [...] de ação civil pública, a fim de possibilitar a concreta e cabal reparação do dano ambiental pretérito, já consumado. Microssistema de tutela coletiva. 3. O dano ao meio ambiente, por ser bem público, gera repercussão geral, impondo conscientização coletiva à sua reparação, a fim de resguardar o direito das futuras gerações a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. 4. O dano moral coletivo ambiental atinge direitos de personalidade do grupo massificado, sendo desnecessária a demonstração de que a coletividade sinta a dor, a repulsa, a indignação, tal qual fosse um indivíduo isolado. 5. Recurso especial provido, para reconhecer, em tese, a possibilidade de cumulação de indenização pecuniária com as obrigações de fazer, bem como a condenação em danos morais coletivos (BRASIL, 2013).

Atualmente, destacam-se inovações legislativas e jurisprudenciais demonstrando a evolução histórica do conceito de indisponibilidade. Com o fito de ilustrar esse panorama, alguns autores destacam que a transação de certos direitos indisponíveis, anteriormente vedados, sendo permitidos, conforme ilustra Martins apud Antunes (2016, p.13): “a disposição de tecidos, órgãos e partes do corpo humano para transplante; da cessão dos direitos de imagem; da mudança de sexo; do direito a alimentos; dos direitos trabalhistas e previdenciários; dos contratos de concessão de serviços públicos; e do crédito tributário”.

Acrescente-se que com vistas à necessidade de pacificação social, novas tendências permeando o relativizar o princípio da indisponibilidade dos direitos pode ser observado em certos julgados, principalmente em matéria patrimonial (MARTINS, 2016, p. 13). Ainda conforme Martins (2016, p.13) e corroborando este entendimento, ilustra-se o reconhecimento da validade de uma transação envolvendo direitos difusos, em detrimento do pedido do Ministério Público. Por oportuno, a Ministra Eliana Calmon declarou que “a melhor composição a efetivada e não aquela que não virá nunca, ou demorará mais de dez anos, caso seja anulada a sentença, para então começar-se tudo novamente”, de modo que a seguinte ementa foi formulada a partir do REsp.: 299400 RJ 2001/0003094-7, de relatoria do Ministro Francisco Peçanha Martins:

PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR DANO AMBIENTAL AJUSTAMENTO DE CONDUTA – TRANSAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO POSSIBILIDADE. 1. A regra geral é de não serem passíveis de transação os direitos difusos. 2. Quando se tratar de direitos difusos que importem obrigação de fazer ou não fazer deve-se dar tratamento distinto, possibilitando dar à controvérsia a melhor solução na composição do dano, quando impossível o retorno ao status quo ante. 3. A admissibilidade de transação de direitos difusos é exceção à regra. 4. Recurso especial improvido. (BRASIL, 2006, p. 229).

Outra importante constatação da matéria, insculpida também na Constituição Federal, admite que as questões pertinentes ao meio ambiente sejam relevantes para o conjunto da sociedade, quer seja pela necessidade de preservação de valores os quais não podem ser mensurados economicamente, seja motivada pela defesa do meio ambiente centrada no princípio constitucional permissivo ao desenvolvimento sustentável da atividade econômica, nos termos do artigo 170, inciso VI, da Constituição Federal⁵(ROCHA, 2011).

Entende-se tradicionalmente que a "indisponibilidade" dos direitos, fornece a aparente segurança de que são mais bem protegidos se não forem "disponíveis". Em termos práticos, tal doutrina acaba por prejudicar de certa forma os direitos difusos (indisponíveis), afinal, “justiça ambiental que não se faça célere, injustiça é” (ROCHA, 2011).

⁵ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

VI- defesa do meio ambiente;

No tocante a esse item, a indisponibilidade do direito ambiental é consagrada no Brasil, porém, internacionalmente a arbitragem envolvendo questões ambientais é presente. Essa averiguação pode ser constatada pela formação de organismos internacionais especializados na matéria, a Corte Internacional de Arbitragem e Conciliação Ambiental, ICEAC, é exemplo desse instituto independente. Sediado na cidade do México, o ICEAC conta com o apoio das Nações Unidas e possui membros oriundos de diversos países, entre eles o Brasil (BERTUCCI; MOURÃO, 2004).

Apoiada em princípios, tratados e normas de direito ambiental internacional, a ICEAC possui como objetivo a facilitação mediante a conciliação e a arbitragem, a resolução de litígios ambientais entre Estados, sejam singulares ou coletivos e submetido por acordo das partes; dar pareceres consultivos sobre questões de direito ambiental ou sobre aspectos legais do uso ou proteção de elementos do meio ambiente em qualquer caso que seja de interesse internacional, a pedido de qualquer pessoa jurídica natural, seja nacional ou internacional, pública ou privada, incluindo Estados e autoridades locais (ICEAC, 2017).

Outro exemplo no direito comparado, de acordo com Bertucci e Mourão (2004), em Portugal, por exemplo, de alguns Decretos que 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)⁶, e também a exemplo da recuperação ambiental de áreas mineiras degradadas (Decreto-Lei nº 198 - A/2001 e Contrato

⁶ Artigo 7.º - Sobreponibilidade e incompatibilidade de direitos

1 - A atribuição de direitos relativos ao exercício das actividades de prospecção, pesquisa, desenvolvimento e produção de petróleo não é, por regra, incompatível com a prévia ou posterior atribuição de direitos para o exercício de actividades respeitantes a outros recursos naturais ou usos para a mesma área.

2 - Havendo incompatibilidade no exercício dos direitos referidos no número anterior, os ministros da tutela das actividades em conflito decidem qual o direito que deve prevalecer, de acordo com o interesse nacional e em conformidade com o direito internacional aplicável.

3 - Em qualquer caso, a atribuição de direitos relativos às actividades de prospecção, pesquisa, desenvolvimento e produção de petróleo só pode ser feita com salvaguarda dos interesses nacionais em matéria de defesa, de ambiente, de navegação e de investigação, de gestão e de preservação dos recursos do mar.

4 - Para efeitos do disposto no presente artigo e no artigo anterior, devem ser ouvidas as entidades sectorialmente competentes nos termos da legislação específica aplicável.

[...]

Artigo 80º - Arbitragem

1 - Os diferendos que eventualmente ocorram entre o Estado e as concessionárias, relativamente à interpretação ou aplicação das disposições legais e contratuais que regulam as relações entre as partes na qualidade de contratantes, serão resolvidos por tribunal arbitral, a funcionar em Lisboa, nos termos da legislação processual portuguesa.

de Concessão do Exercício da Atividade de Recuperação de Áreas Mineiras Degradadas, arts. 43 e 44)⁷.

Por sua vez, o Brasil é signatário de várias convenções ambientais, e são consignadas nesses documentos novas formas de agir em prol do meio ambiente, não obstante que em determinado caso, a matéria ambiental não seja considerada "indisponível" para fins de arbitragem.

Nessa senda, em contraposição ao afastamento da possibilidade de arbitragem em matéria ambiental, leciona Antunes (2017) que não se pode barrar a aplicação da arbitragem no direito ambiental, pura e simplesmente a partir da aplicação do artigo 1º da Lei de Arbitragem (que veda a transação de direitos patrimoniais indisponíveis), ao mesmo tempo em que por outro lado, os Tratados e Convenções Ambientais, expressamente, admitem a arbitragem.

Outrossim, incorre-se em uma contradição legal, ora, não se pode ter um direito disponível, de ordem internacional, simultâneo ao direito indisponível de ordem interna. Assevera-se que a recepção de tratados internacionais ambientais no ordenamento jurídico brasileiro, por se referirem aos direitos humanos, nos termos do art. 5º §2º⁸ da Constituição Federal de 1988 serão recepcionados como norma constitucional, ao versar sobre o assunto Bizawu e Lemos (2013, p. 25) ensinam que:

Os tratados internacionais de direitos humanos incorporam-se automaticamente à ordem jurídica interna nacional como a mesma hierarquia de norma constitucional e não de norma ordinária. Do mesmo sentido pode-se afirmar que os tratados internacionais

7	VIII	–	Contencioso
Base			XXVII
Arbitragem			
Nos litígios emergentes do contrato de concessão poderá o Estado celebrar convenção de arbitragem.			

⁸ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 2 Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

ambientais, por se referirem aos direitos humanos, por força do disposto no art. 5º §2º da CRFB/88 serão recepcionados como norma constitucional. Isso porque os direitos expressos e garantidos pela Constituição brasileira de 1988 não excluem outros advindos dos tratados e princípios adotados pela República Federativa do Brasil.

O acolhimento no direito interno, dos tratados que versem sobre meio ambiente, portanto, levaria a um conflito entre a norma interna e a norma internacional. Por isso, a regra contida no artigo 98 do Código Tributário Nacional: “os tratados e Convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha” de forma análoga, poderia ser aplicada ao regramento ambiental (COLOMBO, 2017).

Nessa perspectiva, aponta-se alguns tratados e convenções internacionais firmados pelo Brasil que expressamente trazem a previsão de arbitragem, Convenção sobre Mudança de Clima (artigo 14, 2, b); a Convenção de Viena para a proteção da Camada de Ozônio (artigo XI, 3, a); Convenção sobre Diversidade Biológica (artigo 27, a); e Convenção de Basiléia sobre o controle de movimentos transfronteiriços de resíduos perigosos e seu depósito (artigo 20, 3, b), o que demonstram claramente, que observada a aplicação *in casu*, que a Lei de Arbitragem, pode ser aplicada às demandas ambientais (BERTUCCI; MOURÃO, 2004).

Deve-se frisar ainda, a incidência maior de cláusulas ambientais cada vez mais presentes nos diferentes contratos celebrados entre empresas. Cumpre exemplificar, a utilização de cláusulas ambientais em contratos corporativos, estabelecendo contornos da responsabilidade daquele que causar um passivo ambiental. Da mesma forma, tais contratos integram cláusulas compromissórias possibilitando método alternativo ao Poder Judiciário para a solução de disputas surgidas em razão do contrato.

Cabe referir-se também aos Termos de Ajustamento de Condutas, TACs, ou Termos de Compromisso, TC, instrumentos relevantes que têm sido celebrados entre órgãos ambientais, empreendedores e o próprio Ministério Público, bem como também utilizados em transações judiciais. Tal viés, têm se configurado como um direito costumeiro de relevante importante na proteção ambiental. De fato, há uma tendência crescente nos órgãos ambientais e no próprio Ministério Público de evitar a delonga nas soluções de litígios ambientais pela via judicial, dando-se preferência aos entendimentos extrajudiciais (ANTUNES, 2017).

O TAC, a priori, deveria também ser um instrumento de forma a garantir a compatibilização entre desenvolvimento e meio ambiente, como ilustra Édis Milaré, ao resumir que:

[...] a penalidade administrativa não é um fim em si mesma, mas sim um instrumento para a realização do bem comum. É por isso mesmo que sua incidência torna-se desnecessária quando o infrator demonstra concretamente o seu interesse em regularizar uma desconformidade, a exemplo do que ocorre durante o período de negociações para a formalização de um termo de ajustamento de conduta, bem como ao longo do prazo de sua vigência, enquanto houver o integral cumprimento de suas cláusulas (MILARÉ, 2007, p. 984).

No tocante a esse item, Antunes (2017) aponta que da forma como os TACs são efetuados, há um desequilíbrio na constituição de um acordo, vez que são produzidos por partes "desiguais", e que na prática os órgãos ambientais e o próprio Ministério Público entendem o TAC como uma antecipação daquilo que, em tese, poderiam auferir mediante uma sentença judicial. Com efeito, não há efetivamente um acordo, mas sim, a pressão à que se aceite condições unilaterais, sob pena de "ajuizamento do feito".

Daí a adoção de mecanismos de arbitragem também ser positiva, no sentido de proporcionar um caráter mais técnico nas decisões e estimular à colaboração das partes e dos árbitros na busca de soluções, contribuindo diferentemente e efetivamente para a reparação do meio ambiente.

3. A arbitragem como ferramenta para resolução de conflitos ambientais

O Estado detém o poder-dever de prestar a tutela jurisdicional, dizendo o direito e utilizando os meios necessários de aplicação da norma, assim, por intermédio do Poder Judiciário, é a instituição responsável pela de conflitos, à luz das normas. Neste diapasão, o Judiciário, figura como o espaço onde as partes buscam um terceiro, o juiz, para a solução de determinado problema.

Conforme, André Gomma Azevedo (2004, p.15): “a jurisdição como função, poder e atividade do Estado por intermédio da qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação de determinado conflito por meio de critérios justos, impondo imperativamente determinadas decisões”.

Tradicionalmente, a jurisdição, não é espaço muitas vezes para o amplo debate, e permissivo à participação efetiva daqueles que se sentirão afetados pela atuação de um ou poucos no meio ambiente natural, cultural e artificial. Enfatiza-se somente o aspecto legal da questão, e a aderência da subsunção do fato à norma, não muitas vezes atingindo a questão e o largo âmbito de afetados direta ou indiretamente, pela ação questionada (OLIVEIRA et al., 2015, p.7).

A utilização da arbitragem na seara ambiental no Brasil ganhou impulso, em 1996, com o advento da Lei da Arbitragem (Lei nº. 9.307/96) e cada vez mais se consolida como alternativa ao moroso sistema judiciário, em destaque para os conflitos contratuais, perfazendo em um importante caminho alternativo para a resolução dos conflitos sem afronta ao ordenamento jurídico vigente e a função jurisdicional do Estado (OLIVEIRA et al., 2015, p.7).

No que importa à discussão sobre a possibilidade de utilização de elementos arbitrais para a resolução de conflitos ambientais, é salutar a compreensão da separação entre um dano ambiental de natureza patrimonial e o extrapatrimonial, na lição de Celso Fiorillo (2013, p.66), “um dano ao meio ambiente, que é direito difuso, pode gerar consequências patrimoniais e extrapatrimoniais, que poderão ser cumulativamente exigidas em sede de ação de responsabilidade”.

Dessa forma, como um dano ambiental, mesmo considerado um direito difuso, pode gerar esta dual implicação, a patrimonial e a extrapatrimonial, conclui-se à esteira da doutrina que esta dicotomia, pode em certa medida ser arbitrável, ou seja, passível de arbitragem.

Ainda nesse bojo, a discussão sobre a viabilidade da arbitragem ser aplicada enseja a análise sob o prisma da subjetividade e objetividade. Objetividade, na necessidade de identificar quais as questões pertinentes a serem resolvidas pela via arbitral, tendo como parâmetro à restrição material importa pela Lei de Arbitragem. Lado outro, a subjetividade, diante da necessidade de determinar quem poderá ser parte e quem poderá postular em um procedimento arbitral em matéria ambiental (LEMES, 2003, p.2).

Outro ponto, parte da correta delimitação da matéria objeto de arbitragem, dessa forma, como a arbitragem requer somente direitos disponíveis, e reserva para os indisponíveis apenas a jurisdição estatal, compete verificar se as matérias ambientais contidas em um litígio envolvem tão somente direitos indisponíveis ou, então, se podem também envolver relações patrimoniais concernentes ao bem ambiental (COLOMBO, 2017).

No tocante a esse item e especificamente em matéria ambiental, o interesse difuso não pode ser confundido com o interesse público. Reforçando o entendimento dessa dissociação presente nos bens ambientais, transcrevemos por oportuno, os ensinamentos de Costa e Rezende (2011, p.66):

O Código Civil se viu obrigado em ressaltar o interesse difuso sobre o interesse privado em seu artigo 1.228, no uso da propriedade, com a limitação constitucional da função social da propriedade, e retirar o enfoque egoístico do século XIX. Demonstra, portanto a profunda modificação quanto à matéria. No entanto, no que concerne ao tratamento dos bens ambientais, não se pode aceitar que tenha a mesma visão da antiga Lei 3.071, de 1916, que também não foi recepcionada pela Constituição de 1988 em seu art. 66, inciso I, ou seja, que os bens ambientais sejam considerados bens públicos.

Efetuada esses importantes registros, o objeto da arbitragem ambiental é necessariamente o direito patrimonial disponível, quer seja, aquele bem que pode ser livremente exercido pelo seu titular. O autor Belisário Antônio de Lacerda (2002, p.132), de forma objetiva conceitua direito patrimonial disponível:

É todo aquele direito que advindo do capital ou do trabalho, ou da conjugação de ambos, bem como ainda dos proventos de qualquer natureza como tais entendidos os acréscimos patrimoniais não oriundos do capital ou do trabalho ou da conjugação de ambos, pode ser livremente negociado pelas partes, eis que não sofre qualquer impedimento de alienação quer por força de lei, quer por força de ato de vontade [...].

Esclarecido esse aspecto, caso a disputa envolva relações patrimoniais pertinentes ao bem ambiental, a arbitragem pode ser utilizada para solucionar demandas ambientais, respeitada os limites materiais presentes na previsão legal. Em síntese, o fato do bem jurídico ambiental, qualificado como uso comum do povo, ter natureza difusa, não desabona a possibilidade de a proteção ambiental ser submetida ao regime jurídico de direito privado. Como resultado, a disponibilidade do objeto da lide e, por conseguinte, a submissão de conflitos ambientais ao juízo arbitral, ocorre quando as matérias ambientais presentes no conflito envolverem relações patrimoniais (COLOMBO, 2017).

Os meios alternativos de resolução de conflitos são a conciliação, a mediação e a arbitragem, ambas consideradas. Sendo as duas primeiras, necessárias a intervenção de uma

terceira pessoa, contudo, na conciliação o mediador pode interferir diretamente na solução do conflito. Ao passo que na arbitragem, é escolhido pelas partes um terceiro que arbitrar o caso, sendo que a decisão vincula as partes e é passível de execução.

A arbitragem define-se como um processo eminentemente privado, apesar das arbitragens internacionais públicas, nas quais as partes ou interessados buscam o auxílio de um terceiro, neutro ao conflito, ou de um painel de pessoas sem interesse na causa, para, após um devido procedimento, prolatar uma decisão (sentença arbitral) para encerrar a disputa. O processo, em regra, é vinculante, e as partes são colocadas diante de um árbitro, ou mesmo um grupo de árbitros (BRASIL, 2016, p.23).

Via de regra, ouvem-se testemunhas e analisam-se documentos. Os árbitros analisam os argumentos dos advogados antes de tomarem uma decisão. Usualmente, em razão dos custos, apenas causas de maior valor em controvérsia são submetidas à arbitragem e os procedimentos podem durar diversos meses. Apesar de as regras quanto às provas poderem ser flexibilizadas, por se tratar de uma heterocomposição privada, o procedimento se assemelha, em certa medida, por se examinarem fatos e direitos, com o processo judicial (BRASIL, 2016, p.23).

Como característica principal da arbitragem está a coercibilidade e capacidade de por fim ao conflito. De fato, é mais finalizadora do que o próprio processo judicial, porque não há recurso na arbitragem nesta modalidade. Conforme a Lei n. 9.307/96, o Poder Judiciário pode executar as sentenças arbitrais da mesma maneira das sentenças judiciais. Caso haja, o questionamento por uma das partes acerca da decisão arbitral devida, por exemplo, à parcialidade dos árbitros, o instrumento pertinente é proposição de uma demanda anulatória, e não o um recurso (BRASIL, 2016, p.24).

Entre as vantagens da arbitragem, está no controle das partes sobre o procedimento, dado que podem negociar a escolha do(s) árbitro(s) e as regras procedimentais da preparação à decisão arbitral. Havendo consenso entre as partes quanto ao procedimento, a liberdade de escolha estende-se inclusive ao direito e a possibilidade de julgamento por equidade pelo árbitro. Outra vantagem está, na maior parte dos casos, na celeridade quando comparada ao tradicional processo judicial. Pois, pode ser acordada também as regras de como será o processo arbitral, bem como, as partes e seus advogados podem controlar o processo e agilizá-lo drasticamente, reduzindo custos e tempo. (BRASIL, 2016, p.24).

Também constitui virtude o uso da arbitragem para solucionar os conflitos ambientais, a presença da cooperação na composição de uma solução, que circunda a relações

entre as partes, a celeridade do juízo arbitral quando comparada ao Judiciário e, especialmente, a possibilidade de obtenção de uma solução eficiente, rápida e justa, e na esfera ambiental, colaborativa para um meio ambiente saudável (COLOMBO, 2017).

Ainda convém apontar que na ausência de normas específicas para regular as questões ambientais, a arbitragem figura como proposta de escolha da melhor solução em prol da minimização dos danos ao meio ambiente.

Por todo o exposto, a escolha em utilizar a arbitragem ambiental na busca de solução pacífica de conflitos ambientais deve estar amparada pela análise dos benefícios em comparação à jurisdição estatal bem como das condições de utilização da arbitragem para a tutela ambiental, potencializando também o resultado benéfico ao meio ambiente.

4. Considerações Finais

O bem jurídico ambiental, qualificado como uso comum do povo, possui natureza difusa, porém tal fato não exclui a possibilidade da proteção ambiental ser submetida ao regime jurídico de direito privado, especificamente, quando esses litígios envolverem relações patrimoniais concernentes ao bem jurídico ambiental.

A solução arbitral surge como uma opção célere e eficaz de dirimir os litígios ambientais bem como promover a proteção do meio ambiente, sem significar necessariamente a substituição do papel do Poder Judiciário em demandas que envolvam o bem ambiental.

Por fim, à disponibilidade no exercício do direito fundamental do ambiente determina a medida da aplicabilidade da arbitragem em matéria ambiental. Neste sentido, o uso da arbitragem, sobre o viés patrimonial disponível, pode conferir mais efetividade à proteção do meio ambiente.

A solução de conflitos envolvendo dano em matéria ambiental pode ser submetida à arbitragem sem burlar a limitação de mérito imposta pelo artigo 1º da Lei da Arbitragem. A solução arbitral seria uma opção célere e eficaz de dirimir os litígios ambientais e de promover a proteção do meio ambiente, sem significar a substituição do papel do Poder Judiciário nas demandas que envolver o bem ambiental de natureza difusa.

Conclui-se que a possibilidade de aplicação de meio de arbitragem na resolução de contendas, está diretamente ligada à possibilidade de disponibilidade dos direitos em jogo, de tal forma que, caso a natureza dos direitos seja colocada em discussão, persiste também a discussão sobre a possibilidade de tais casos serem julgados por intermédio da via arbitral.

Como forma de obter respostas céleres na resolução de conflitos ambientais, em matéria patrimonial, a arbitragem ambiental constitui alternativa para a solução de litígios, devendo ser aplicado de acordo com a contenda, mas sempre de modo a potencializar o resultado benéfico ao meio ambiente.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Leila Cristina do Nascimento. SILVA, Romeu Faria Thomé da. As respostas jurídicas do Estado de Minas Gerais aos acidentes com barragens de rejeitos da mineração. In: **25º Congresso do CONPEDI** – Curitiba. Direito e sustentabilidade IV [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA. Coordenadores: Belinda Pereira da Cunha, MAIA. Fernando Joaquim Ferreira. Curitiba: CONPEDI, 2016. Disponível em: < <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/j397m28a/6o2H6S8Era112pOd.pdf>>. Acesso em: 01 ago. 2017.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. Matéria ambiental não é indisponível para fins de arbitragem. **Consultor Jurídico**, 2003. São Paulo. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2003-nov-15/materia_ambiental_nao_indisponivel_fins_arbitragem>. Acesso em: 15 out. 2017.
- AZEVEDO, André Gomma. Perspectivas deontológicas do exercício profissional da magistratura: apontamentos sobre a administração de processos autocompositivos. **Revista CEJ - Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça**, n. 24, março/2004, Brasília, p. 15.
- BERTUCCI, Rosana Siqueira. MOURÃO, Ana Laura. **Arbitragem ambiental: reflexões sobre sua aplicabilidade**. Disponível em: <<http://www.oabms.org.br/noticias>>. Campo Grande, 2004. Acesso em: 15 out. 2017.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Azevedo, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**, 6 ed. (Brasília/DF:CNJ), 2016. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2017.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 1269494 MG 2011/0124011-9. Relator: Ministra Eliana Calmon, Data de Julgamento: 24/09/2013, T2 – Segunda Turma, Data de Publicação: DJe 01/10/2013.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 299400 RJ 2001/0003094-7. Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins. Data de Julgamento: 01/06/2006, T2 – Segunda Turma. Data de Publicação: DJ 02/08/2006 p. 229

BRITTO, Thomaz Muylaert de Carvalho. Arbitragem em direito ambiental: debate em pauta. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 23 dez. 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.57660>>. Acesso em: 15 out. 2017.

COLOMBO, Silvana. A arbitragem como mecanismo de solução dos conflitos decorrentes dos danos ambientais. **Direito Ambiental.com**. Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <<http://direitoambiental.com/arbitragem-como-mecanismo-de-solucao-dos-conflitos-decorrentes-dos-danos-ambientais-individuais/>>. Acesso em: 15 out. 2017.

COSTA, Beatriz Souza. REZENDE, Élcio Nacur. O bem sob a ótica do direito ambiental e do direito civil: uma dicotomia irreconciliável? **Rev. Bras. de Políticas Públicas**, Brasília, v. 1, n. 3 – número especial, p. 43-70, dez. 2011. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/1518>>. Acesso em: 15 out. 2017.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro** – 14^a ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: 2013.

ICEAC. **International Court of Environmental Arbitration and Conciliation**. Cidade do México, 2017. Disponível em: <<http://www.uia.org/s/or/en/1100033812>>. Acesso em: 15 out. 2017.

KHAMIS, Renato Braz Mehanna. A indisponibilidade do direito fundamental à proteção do meio ambiente. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 14, n. 29, p. 153-173, mai./ago. 2017. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1015/617>>. Acesso em: 15 out. 2017.

LACERDA, Belizário Antônio de. **Comentários a lei de Arbitragem**. São Paulo: Lúmen Júris, 2002.

LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental: do individual ao coletivo, extrapatrimonial**. São Paulo: Editoria Revista dos tribunais, 2003.

LEMES, Selma. A arbitragem na Concessão de serviços Públicos-arbitrabilidade objetiva. Confidencialidade ou publicidade processual? **Os novos paradigmas do Direito Administrativo, palestra proferida na reunião do Comitê Brasileiro de Arbitragem**, São Paulo, maio de 2003, p.2.

LEMOS, André Fagundes. **Recepção de tratados internacionais ambientais como norma constitucional no ordenamento jurídico brasileiro** / André Fagundes Lemos – 2013. 148 f. Orientador: Prof. Dr. Kiwonghi Bizawu. Dissertação (mestrado) - Escola Superior Dom Helder Câmara ESDHC. Belo Horizonte, 2013. Disponível em: < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=478423056f0942a4> >. Acesso em: 15 out. 2017.

MARTINS, Gabriela Freire. Direitos indisponíveis que admitem transação: breves considerações sobre a Lei nº 13.140/2015. Escola de Direito de Brasília. IDP. **Centro de Pesquisa CEPES. Caderno Virtual**. Brasília. 2016. Disponível em: < <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/viewFile/1198/718> >. Acesso em: 15 out. 2017.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente: a gestão ambiental em foco**. 5. ed. ref., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 984.

MIRANDA, Maurício da Silva. CASTRO, Rafael Assed de. **Manual do Procurador do Município. Teoria e Prática**. 5. ed. Editora Jus Podivum. Salvador, 2017.

OLIVEIRA, Celso Maran. ZANQUIM JÚNIOR, José Wamberto. GRANADO, Karina. A arbitragem como alternativa para solução de conflitos ambientais no Brasil. **Revista VITAS – Visões Transdisciplinares sobre Ambiente e Sociedade** – www.uff.br/revistavitas ISSN 2238-1627, Ano V, nº 11, setembro de 2015. Disponível em: < http://www.uff.br/revistavitas/images/A_ARBITRAGEM_COMO_ALTERNATIVA_PARA

_SOLUCAO_DE_CONFLITOS_AMBIENTAIS_NO_BRASIL.pdf >. Acesso em: 15 out. 2017.

ROCHA, Tiago do Amaral; QUEIROZ, Mariana Oliveira Barreiros de. O meio ambiente como um direito fundamental da pessoa humana. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10795&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em out 2017.

TORRADA PEREIRA, Daniela. Mediação: um novo olhar para o tratamento de conflitos no Brasil. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10864&revista_caderno=21>. Acesso em out 2017.

Submetido em 27.11.2017

Aceito em 08.12.2017