

Arbitragem ambiental, condições e limitações para sua utilização no âmbito do Direito brasileiro

The arbitration as instrument of solutions of environmental conflicts: conditions and limitations to use in the inside scope

Vladimir Passos de Freitas*
Silvana Raquel Brendler Colombo**

Resumo: O presente artigo analisa a arbitragem ambiental no Direito interno. Após uma breve abordagem do conceito e da finalidade da arbitragem, estabelece as condições para a utilização da arbitragem em matéria ambiental. Ao final, demonstra que a arbitragem pode servir como via alternativa de solução de controvérsias ambientais, quando esses litígios envolvem relações patrimoniais concernentes ao bem jurídico ambiental.

Palavras-chave: Arbitragem ambiental. Dano ambiental. Direitos indisponíveis.

* Licenciado em Direito pela Faculdade Católica de Direito de Santos (1968). Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1989 e 1999) e pós-doutorando na Universidade de São Paulo (USP), na área de Saúde Pública. Foi Promotor de Justiça nos Estados do PR e SP (10 anos) e Juiz Federal (26 anos), tendo exercido a presidência do Tribunal Regional Federal da 4a. Região. Aposentado do cargo de Desembargador Federal em 2006, atualmente é professor de Direito Ambiental da graduação e da pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, membro do Grupo de Especialistas em Judiciário da *International Union For Conservation Of Nature*, conferencista internacional na área do Direito Ambiental e em Política Judiciária e Administração da Justiça, sendo fundador e presidente do Instituto Brasileiro de Administração do Sistema Judicial (IBRAJUS) e vice-presidente para América do Sul da *International Association for Courts Administration* (IACA), com sede em Louisville, Kentucky, Estados Unidos da América. Membro da Associação de Professores de Direito Ambiental (APRODAB), com sede em São Paulo, Brasil, e da *Asociacion Internacional de profesores de Derecho Ambiental*, sede em Lima, Peru. Doutor *Honoris Causa* em Humanidades, outorgado pela Universidad Paulo Freire, Manágua, Nicarágua.

** Doutoranda em Direito pela PUC/PR. Mestre em Direito pela Universidade de Caxias do Sul. Especialista em direito ambiental pela ULBRA. Graduada em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. Docente de Graduação e Pós-Graduação da URI/FW.

Abstract: This article analyzes the environmental arbitration in the Law of the Nations. After brief approach of the concept and the purpose of the arbitration, conditions are established for the use of arbitration in environmental items. Finally, it shows that arbitration might serve as alternative means of solution in environmental controversies, when those disputes involve patrimonial relations concerning to the juridical environmental property.

Keywords: Environment arbitration. Environmental damage. Unavailable rights.

Introdução

O ordenamento jurídico brasileiro prevê o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental no art. 225 *caput* da Constituição Federal Brasileira de 1988 (CF/88). A identificação de um direito fundamental, fora do Título II, é possível em razão da regra inscrita no art. 5º parág. 2º da CF/88, que reconhece a existência de direitos implícitos, que são direitos subentendidos de um direito ou princípio expressamente positivado.

Sobre o reconhecimento do direito fundamental do meio ambiente, o Supremo Tribunal Federal (STF) já se manifestou de forma favorável à fundamentalidade da proteção ambiental, incluindo-a no rol dos direitos de terceira-geração, consoante se extrai do voto do ministro Celso de Mello, no julgamento da ADI 3.540-MC/DF, dado em 1º/9/2005:

Todos sabemos que os preceitos inscritos no art. 225 da Carta Política traduzem, na concepção de seu alcance, a consagração constitucional, em nosso sistema de direito positivo, de uma das mais expressivas prerrogativas asseguradas às formações sociais contemporâneas. Essa prerrogativa, que se qualifica pelo seu caráter de metaindividualidade, consiste no reconhecimento de que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.¹

¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. ADI3.540-MC/DF. Relator: ministro Celso de Mello. Acórdão Publicado no Diário da Justiça da União, em 1º de set. de 2005. Disponível em: <[Http://www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 20 jun. 2008.

Cabe observar que o direito de viver num ambiente ecologicamente equilibrado tem naturezas objetiva e subjetiva. De outro lado, ele se apresenta como um elemento de ordem objetiva, já que o art. 225 da CF/88 impõe ao Estado e ao cidadão o dever de preservar o meio ambiente; de outro, é um direito subjetivo da personalidade e de caráter público que assegura aos cidadãos uma ação constitucional para a proteção ambiental.

No campo do regramento jurídico-ambiental, a previsão de proteção constitucional do ambiente foi o divisor de águas para o Direito Ambiental. Primeiro, em razão do estabelecimento do dever de não degradar, com força vinculante e de ordem pública, abrindo-se a criação de instrumentos de tutela reparatória e sancionatória postos à disposição do Estado e também das vítimas; segundo, a tutela ambiental é elevada ao nível de um direito fundamental, em pé de igualdade com outros direitos previstos na CF/88, entre eles, o direito de propriedade privada.²

Além do surgimento dos principais diplomas legais, outro ponto importante a ser salientado é o papel do Poder Judiciário na proteção do direito fundamental do ambiente. Nesse sentido, no campo judicial, a previsão legal da Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985), somada aos preceitos do art. 225 da CF/88 e demais instrumentos processuais para os conflitos ambientais, contribuiu à consolidação da defesa jurisdicional e, conseqüentemente, às responsabilizações penal, administrativa e civil por danos causados ao meio ambiente.

Muito embora a Ação Civil Pública e a ação popular tenham se mostrado como os dois meios processuais mais utilizados em matéria ambiental, também se verifica a possibilidade de serem invocados meios alternativos de solução de conflitos ambientais, como a mediação, a conciliação, o inquérito civil combinado com o termo de ajustamento de conduta e a arbitragem.

Nesse sentido, o presente artigo volta sua atenção à *arbitragem* como instrumento extrajudicial de tutela ambiental. Pretende-se, portanto, trazer à tona o debate acerca da possibilidade de 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.

² BENJAMIN, Antonio Herman. *Meio Ambiente: uma primeira abordagem*. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL, 6., 2002, São Paulo. *Anais...* São Paulo: Imesp, 2002. p. 89-101.

Destaca-se que o exame da arbitragem ambiental terá como norte a CF/88, a jurisprudência nacional/internacional e a Lei 9.307/1996, que traz regras sobre arbitragem pela pertinência com a temática ambiental.

A discussão sobre a possibilidade de uso da arbitragem no Direito interno para dirimir conflitos na esfera ambiental deve ser pautada pela verificação das suas vantagens em relação à jurisdição estatal e também as condições de utilização da arbitragem na área ambiental

1 Conceito de arbitragem

A Arbitragem é uma via jurisdicional de solução pacífica de conflitos, na qual as partes têm a liberdade de escolher o árbitro, delimitar o direito aplicável e estabelecer com que critérios ele deve dirimir a matéria conflituosa. Em outras palavras, os sujeitos das relações jurídicas têm a possibilidade de atribuir ao árbitro o poder de decidir a controvérsia, conforme as regras convencionadas pelas mesmas.

É o entendimento de Carmona, que

a arbitragem, de forma ampla, é uma técnica para solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção, sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir a eficácia de sentença judicial”.³

Importante é mencionar a diferença entre conciliação, mediação e arbitragem, consideradas meios alternativos de solução de conflitos. As duas primeiras pressupõem a intervenção de uma terceira pessoa, entretanto, na conciliação, o mediador pode interferir diretamente na solução do conflito. Quanto à arbitragem, é um mecanismo de resolução de conflito por um terceiro escolhido pelas partes, sendo que a decisão vincula as partes e é passível de execução.⁴

³ CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 19.

⁴ SANTOS, Ricardo Stersi dos. *Noções gerais da arbitragem*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

No que tange às características da arbitragem, o fato é que ela é um “mecanismo jurisdicional, porém não judiciário, de solução pacífica de conflitos”.⁵ O árbitro é escolhido *ad hoc* pelas partes, portanto, ele não tem permanência, sua função jurisdicional é transitória, está limitada à matéria confiada pelas partes.

É de se anotar que a arbitragem (como meio alternativo de solução de controvérsias), presente no Brasil desde as Ordenações Filipinas, ganha ênfase nos dias atuais diante de uma Justiça tardia, marcada pela morosidade, burocracia e formalidades do processo judicial. Isto é, a ineficiência do Judiciário potencializa o uso da arbitragem, na área privada e também na área pública, quer no plano internacional, quer no plano nacional.⁶

No Brasil, a Lei 9.307/1996 disciplinou a matéria o que representou um marco importante na Justiça brasileira. A referida lei trouxe dois grandes avanços que merecem ser mencionados: (i) a possibilidade de as entidades de Direito Público se submeterem à arbitragem para solucionar problemas contratuais de forma mais célere e econômica; (ii) a sentença arbitral produz entre as partes os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário. Consoante o que prescreve o art. 31 da referida lei, a sentença arbitral equivale a uma sentença judicial, portanto, é um título extrajudicial automaticamente executável.

Por oportuno, menciona-se que o STF decidiu (2001) pela Constitucionalidade da Lei 9.307/1996 que trata da arbitragem no Brasil. Esse fato também contribuiu à propagação do uso da arbitragem como meio alternativo para solucionar litígios que se prolongam perante o Poder Judiciário por muitos anos.

As breves considerações feitas até o momento permitem examinar o cerne da questão submetida à análise, ou seja, a *arbitragem em matéria ambiental*. Regra geral, as controvérsias que envolvem matéria ambiental somente podem ser solucionadas perante o juízo estatal, especialmente porque a proteção do meio ambiente é considerada um direito público e indisponível.

⁵ REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. São Paulo: Saraiva, 2008.

⁶ SZKLAROWSKY, Leon Frejda. A Justiça na sociedade moderna. *Consulex*, ano XI, p. 240, 15 jan. 2007.

Consoante esse entendimento, a *Lei de Arbitragem* menciona no seu art. 1º a exclusividade da aplicação da via arbitral aos direitos disponíveis e patrimoniais. A indisponibilidade dos direitos difusos leva muitos juristas a considerarem que uma relação jurídica de conteúdo ambiental não pode ser submetida à arbitragem. Nesse sentido, a cultura jurídica brasileira tem restringido o uso de arbitragem a questões ambientais internacionais.

Prova disso é o fato de o Brasil ser signatário de inúmeros tratados e convenções internacionais que dispõem sobre arbitragem em matéria ambiental. Muitos desses tratados internacionais adotam a arbitragem obrigatória, ou seja, as partes ajustam previamente a solução do litígio por meio de um juízo arbitral.

Se, por um lado, a arbitragem no campo do Direito Ambiental esbarra na limitação material imposta pela Lei de Arbitragem, por outro lado, é sabido que a violação de direitos difusos-*direito fundamental ao meio ambiente* – implica a violação de direitos privados de particulares.

Nesse sentido, a opção pela potencialização do uso de arbitragem ambiental como instrumento de solução pacífica de conflitos ambientais deve ser pautada pela verificação de suas vantagens em relação à jurisdição estatal e também as condições de utilização da arbitragem para a tutela ambiental.

1.1 A arbitragem como mecanismo útil à solução de controvérsias na área ambiental

Importa-nos examinar, *a priori*, se a arbitragem pode ser útil à solução de conflitos ambientais no Direito interno, considerando os avanços da jurisdição estatal brasileira em matéria ambiental, especificamente, a especialização na área ambiental, na esfera judicial e também na extrajudicial.

Primeiro, cabe esclarecer que o *fenômeno* da especialização ocorre tanto no âmbito internacional, pois a Corte Internacional de Justiça possui uma câmara especializada para dirimir conflitos ambientais, quanto no Direito interno. No ano de 2005, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por meio da Resolução 240, instalou a Câmara Especial do Meio Ambiente, composta por desembargadores especializados em matéria ambiental.⁷

⁷ FRANGETTO, Flávia Witkowski. *Arbitragem ambiental: solução de conflitos (r)estrita ao âmbito (inter) nacional?* São Paulo: Millennium, 2006.

A instalação da referida câmara, que tem competência para julgar ações de natureza civil e medidas cautelares que envolvam matéria ambiental, revela que a jurisdição estatal está apta a julgar demandas ambientais de forma eficiente quanto a arbitragem, especialmente, em razão da qualificação dos julgadores.

Desse modo, sendo notório que as duas modalidades de juízo: estatal e arbitral, estão aptas a resolver demandas ambientais, cabe às partes optarem por uma das vias, com a qual pretendem exercer o acesso à Justiça. Se na jurisdição estatal, as partes não têm nenhuma participação na escolha do juiz, na arbitragem, as partes participam diretamente do ato de escolha da pessoa encarregada de dirimir o conflito.

Como primeira vantagem da arbitragem, então, poderia ser citada a possibilidade de as partes escolherem o árbitro de acordo com as qualidades que considerarem relevantes ao caso, não obstante a capacidade do Estado de tutelar bens difusos e coletivos. De fato, a arbitragem em matéria ambiental seria vantajosa, porque o árbitro, escolhido livremente pelas partes, poderia decidir a controvérsia em termos imparciais.

Além da liberdade de escolha das partes e da imparcialidade, outra utilidade da arbitragem ambiental, no âmbito interno, é a possibilidade da via arbitral ser utilizada para solucionar problemas ambientais que, embora devesseser considerados obstáculos à manutenção da qualidade de vida, não são levados à apreciação do Poder Judiciário, por se tratar de questões aparentemente irrisórias.⁸

Outra vantagem na utilização da via arbitral está na possibilidade de as partes poderem autorizar que o árbitro decida com equidade, conforme preconiza o art. 2º da Lei 9.307/1996: “A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes”. Acrescente-se, ainda, que a regra esculpida nos §§ 1º e 2º do mencionado artigo, atribui às partes a liberdade de escolha das regras de Direito que serão aplicadas na arbitragem e também permite a utilização dos princípios gerais do Direito para decidir o conflito.

Acerca da autonomia das partes prevista legalmente, convém destacar o entendimento de Marco:

A Lei de Arbitragem, sem seu art. 2º, *caput*, permite que a decisão arbitral se fundamente na equidade. O referido dispositivo legal

⁸FRANGETTO, op. cit., 2006.

reconhece que há situações em que a norma abstrata, ao ser aplicada ao caso concreto, pode tornar-se injusta ou inadequada, por isso, neste caso, autoriza o julgador (árbitro ou árbitros) a agir com equidade nos casos em que achar que a norma não merece mais ser aplicada, ou porque a situação não foi prevista pelo legislador, ou porque a norma não envelheceu e não acompanhou a realidade, ou mesmo pelo fato de que a aplicação daquela norma não poderá causar desequilíbrio entre as partes.⁹

Em vista do exposto, vale, também, atentar que a utilização da equidade não significa a renúncia das partes a nenhum direito e tampouco a inexistência de um controle de legalidade. O árbitro decide de forma imparcial, tem poderes legais específicos e dispõe dos conhecimentos técnico e legal necessários para apresentar uma solução rápida e eficaz às partes envolvidas no litígio. Às partes são assegurados: o contraditório, a ampla defesa e a produção de provas.¹⁰

Em suma, o espírito de cooperação que circunda as relações entre as partes, a celeridade do juízo arbitral e, especialmente, a possibilidade de obtenção de uma solução eficiente, rápida e justa, são os principais méritos da arbitragem para solucionar conflitos ambientais.

1.2 Arbitragem ambiental: limites para sua utilização à luz da Lei de Arbitragem

A discussão sobre a viabilidade de a arbitragem ser aplicada no âmbito nacional enseja sua análise sob a perspectiva da subjetividade e também da objetividade; objetividade, porque é preciso determinar quais são as questões que podem ser dirimidas pela via arbitral, tendo como parâmetro a restrição material importa pela Lei de Arbitragem; subjetividade, pois é preciso determinar quem poderá ser parte e quem poderá postular em um procedimento arbitral em matéria ambiental.¹¹

⁹ MARCO, Carla Fernanda de. *Arbitragem internacional no Brasil*. São Paulo: RSC, 2005. p. 39.

¹⁰ FRANGETTO, op. cit., 2006.

¹¹ 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 2003. p. 2.

Sendo assim, é preciso perquirir quais são as condições e os limites para seu emprego no Direito brasileiro, a saber:

a) Direito fundamental ao ambiente como direito difuso

Assinala-se, *a priori*, que o direito de viver num ambiente não poluído está inserido na categoria dos direitos de terceira-geração, caracterizado pela impossibilidade de determinação dos sujeitos individualmente afetados e, também, pelos beneficiários individualmente considerados.

Essa é a conceituação adotada pelo ordenamento jurídico pátrio, conforme se lê no disposto no art. 81 do Código de Defesa do Consumidor (CDC): “Interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos desse código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.”

Também precisa ser dito que, apesar da limitação dos titulares de um interesse difuso, o direito difuso é de cada um e de todos ao mesmo tempo, e, exatamente, por isso, o bem jurídico a que se referem é inapropriável individualmente e insuscetível de apropriação exclusiva por parte de um único indivíduo.¹²

Para Antunes, o direito difuso

estrutura-se como um interesse pertencente a todos e a cada um dos componentes da pluralidade indeterminada de que se trate. Não é um simples direito individual, reconhecedor de uma esfera pessoal e própria, exclusiva de domínio. O interesse difuso é o interesse de todos e de cada um ou, por outras palavras, é o interesse que cada indivíduo possui pelo fato de pertencer à pluralidade de sujeitos a que se refere a norma em questão.¹³

Em decorrência dessa indisponibilidade dos direitos difusos, em princípio, não seria possível uma transação judicial ou extrajudicial nos conflitos que envolvem matéria ambiental. Dito de outra forma, a

¹² ABELHA, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

¹³ ANTUNES, Luís Filipe C. Poluição industrial e dano ambiental: as novas afinidades eletivas da responsabilidade civil. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. 67, p. 22, 1991.

indisponibilidade dos direitos difusos não permitiria a renúncia nem a transação em matéria ambiental, motivo pelos quais os conflitos ambientais só deveriam ser resolvidos pela via estatal.

A transação é um ato jurídico bilateral que implica renúncias e concessões recíprocas, em geral, só quem tem o poder de alienação dos direitos pode transacionar. Interessa, portanto, verificar se os direitos difusos podem ser objetos de transação, especialmente, porque não pertencem a um sujeito determinado.¹⁴

E conforme o art. 841 do Novo Código Civil (CC), “só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação”. Em outras palavras, a transação só é possível sobre aquilo de que se pode dispor, excluem-se, portanto, os direitos que são irrenunciáveis, como, por exemplo, as relações decorrentes do Direito Ambiental.

Sob esse prisma, parece evidente que os direitos difusos, especificamente, o direito fundamental do ambiente, não pode ser objeto de transação, eis que “tais direitos são socialmente relevantes e, por isso, indisponíveis, de maneira que sua proteção está acima da vontade das partes interessadas”.¹⁵

Assim, não obstante a natureza difusa do direito fundamental do ambiente, alguns autores, entre eles, Mazzilli, entendem que a transação é possível no campo dos direitos difusos, especialmente, no bojo da Ação Civil Pública e do inquérito civil, consoante o que prescreve o art. 5º da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985).

Nesses termos, Mancuso, ao tratar da tutela jurisdicional dos direitos difusos, reconhece a indisponibilidade do objeto, mas entende que “o acordo é presumivelmente firmado com o propósito de resguardar o interesse difuso, se, v.g., no decorrer do processo, a atividade nociva, que poderia ser paralisada por meio de acordo, continuar sendo pactuada”.¹⁶

Importante é lembrar, nesta ocasião, que a legislação brasileira permite o uso de instrumentos como a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta (previsto na Lei da Ação Civil Pública) e de transação penal às

¹⁴ CLEMES, Sergio. Apontamentos sobre a possibilidade de transação dos interesses difusos na lei brasileira. In: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades; LEITE, José Rubens Morato (Coord.). *Cidadania coletiva*. Florianópolis, Paralelo 27, 1996. p. 186.

¹⁵ CLEMES, op. cit., 2006, p. 187.

¹⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública em defesa do meio ambiente, patrimônio cultural e dos consumidores* (Lei 7.347/85). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 139-140.

infrações de menor potencial ofensivo para a solução de conflitos ambientais. Nesses casos, os assuntos ambientais estão desvinculados de “uma necessária apreciação estatal em fase não homologatória”, razão pela qual se poderia argumentar, favoravelmente, à utilização de arbitragem em matéria ambiental, respeitadas certas condições.

Em sentido contrário, Pereira afirma que, no compromisso de ajustamento de conduta, “a indisponibilidade do direito não será afetada porque o que será objeto da transação será a maneira de implementação mais rápida do interesse tutelado e ficará prestigiada a instrumentalidade do processo”.¹⁷

Feitas as colocações iniciais acerca da indisponibilidade dos direitos difusos, é o momento de voltar à discussão sobre a possibilidade do uso de arbitragem no Direito interno para dirimir conflitos na esfera ambiental.

b) Limitação material: “direitos disponíveis”

O primeiro fator apontado à não utilização da via arbitral para a solução de controvérsias ambientais no Direito interno é a limitação imposta pelo art. 1º da Lei 9.307/1996 que reza: “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.” Consequentemente, a proteção do meio ambiente, considerada matéria de ordem pública, estaria excluída dessa possibilidade.

A expressão *direitos patrimoniais disponíveis* é um conceito jurídico abstrato e aberto, razão pela qual convém explicitar, antes, o que se entende por disponibilidade, para, então, aduzir algumas reflexões acerca das condições materiais de aplicação da arbitragem. Por isso, partir-se-á do conceito de *direitos disponíveis*, para que se possa, posteriormente, elucidar os argumentos favoráveis à utilização de arbitragem em matéria ambiental.

Segundo Lacerda, 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

¹⁷ PEREIRA, Marco Antônio Marcondes. Transação no curso da ação civil pública. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n.16, p.125, out./dez. 1995.

qualquer impedimento de alienação quer por força de lei, quer por força de ato de vontade.¹⁸

Como já mencionado, a interpretação do art. 1º da Lei 9.307/1996 e também do conceito de direito patrimonial leva muitos juristas a considerar que a arbitragem não é aplicável em matéria ambiental, eis que o meio ambiente, nos termos da CF/88, pertencente a toda a coletividade, portanto, integra o rol dos direitos difusos.

Em razão do disposto no citado artigo, que reza ser a arbitragem um instrumento apto a solucionar conflitos de natureza patrimonial disponível, não seria possível a aplicação desse mecanismo extrajudicial no campo do Direito Ambiental. Igualmente, a ausência de dispositivo legal em sentido contrário tornaria inviável a solução de conflitos acerca de meio ambiente por meio de arbitragem.

Delimitado, assim, que a arbitragem requer somente direitos disponíveis e reserva aos indisponíveis apenas a jurisdição estatal, cabe-nos a tarefa de 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.

Se a resposta for positiva, a arbitragem poderia ser utilizada para solucionar conflitos ambientais, sem infringir a limitação material contida no arcabouço legislativo brasileiro. Em outras palavras, o fato de o bem jurídico ambiental, qualificado como uso comum do povo, ter natureza difusa, não exclui a possibilidade de a proteção ambiental ser submetida ao regime jurídico de Direito Privado.

O ponto de partida para estabelecer as condições de utilização de arbitragem na tutela ambiental é a verificação da natureza jurídica do bem ambiental. 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.

¹⁸ LACERDA, Belizário Antônio de. *Comentários a Lei de Arbitragem*. São Paulo: Lumen Juris, 2002, p. 32.

A dificuldade de aplicação de arbitragem na esfera ambiental pode ser superada com a compreensão de que o bem jurídico ambiental admite tanto o regime jurídico de Direito Privado quanto o regime jurídico de Direito Público. Isso resulta da complexidade da matéria ambiental, especialmente, pelo fato da interpenetração de aspectos públicos e privados com relação ao dano ambiental.

Para melhor se compreender a condição de validade do requisito – *direitos disponíveis* – é relevante uma reflexão, acerca do conceito de dano ambiental, que está circunscrito segundo o significado que se atribui ao meio ambiente. Em sentido jurídico, o meio ambiente é um *macrobem* unitário, incorpóreo e imaterial, com uma configuração também de *microbem*, ou seja, o conceito amplo de meio ambiente envolve elemento naturais, artificiais e culturais.¹⁹

O dano ambiental, por sua vez, designa alterações nocivas ao meio ambiente e, ainda, engloba os efeitos que essas alterações provocam na saúde das pessoas e em seus interesses. Em sua acepção ampla, a lesão provocada pelo dano ao meio ambiente pode recair sobre os patrimônios ambiental, cultural, natural e artificial.

Com muita propriedade, Leite destaca que o dano ambiental em relação aos interesses objetivados pode ter uma bipartição:

1. 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; 2. De outro lado, o interesse particular individual próprio, ambos relativos às propriedades das pessoas e a seus interesses (microbem) concernente a uma lesão ao meio ambiente que se reflete no interesse particular da pessoa e, no caso, sendo chamado dano ambiental de interesse individual.²⁰

Acrescente-se, ainda, que o dano ambiental resulta da agressão injusta a bens ambientais, constituídos de bens ecológicos e mais os bens pessoais, econômicos, morais e materiais. Isso significa dizer que o meio ambiente

¹⁹ LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo, extrapatrimonial*. São Paulo: RT, 2003.

²⁰ LEITE, op. cit., p. 98.

(*macrobem*) é constituído de *microbens* que podem integrar o rol tanto dos direitos disponíveis quanto dos direitos indisponíveis.²¹

“Pensemos nos danos (i) à propriedade privada decorrentes da poluição atmosférica (paredes e janelas enegrecidas de uma habitação), ou da (ii) falta de água pura (diminuição da produção de uma empresa)”.²² Essas hipóteses configuram danos patrimoniais disponíveis, portanto, o litígio poderia ser arbitrável.

Nesse sentido, as facetas privadas do dano em matéria ambiental podem ser submetidas à arbitragem sem burlar a limitação de mérito imposta pelo art. 1º da Lei de Arbitragem. A solução arbitral seria uma opção célere e eficaz para dirimir litígios ambientais e para promover a proteção do meio ambiente, sem significar a substituição do papel do Poder Judiciário nas demandas que envolverem um bem ambiental de natureza difusa.

c) Especificidade da legislação ambiental e aplicação por analogia do art. 98 do Código Tributário Nacional às matérias ambientais

Por oportuno, faz-se necessário dizer que, na órbita internacional, o critério *indisponibilidade do bem ambiental* não impede o uso de arbitragem como mecanismo alternativo de solução de litígios ambientais. A título de exemplo, o Decreto 2.519, de 16 de março de 1998, que promulgou a Convenção sobre a Diversidade Biológica, um dos documentos elaborados na Conferência do Rio de Janeiro, prevê a possibilidade de a arbitragem ser utilizada como instrumento de solução de conflitos.

A incorporação, 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 art. 98 do Código Tributário Nacional refere: “Os tratados e convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pelo que lhes sobrevenha” poderia ser aplicada por analogia a matérias ambientais.

²¹ ANTUNES, Paulo de Bessa. Conciliação, arbitragem e meio ambiente. *Jornal do Comércio*, Porto Alegre, 28 nov. 2003.

²² ANTUNES, op. cit., p. 3.

Ainda: A legislação ambiental é específica, e como tal deve ser interpretada em relação à Lei de Arbitragem, guardando as determinações do art. 2º, parágrafo 2º, da LICC, cujo teor é o seguinte: ‘a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior’. Consequentemente, a aplicação do art. 1º da Lei de Arbitragem, direitos disponíveis patrimoniais, estaria afastada, já que os tratados ambientais, expressamente, admitem a arbitragem”.²³

Paralelamente a essas condições e limitações à utilização de arbitragem ambiental, o art. 225 da CF/88 atribui o dever de defesa e preservação do meio ambiente ao Poder Público e à coletividade. Isso significa que o Poder Público e o particular devem resguardar o meio ambiente ecologicamente equilibrado à atual e também às futuras gerações.

De um lado, o *caput* desse artigo estabelece um dever correlato ao direito que todos têm de viver num ambiente ecologicamente equilibrado; por outro lado, nem todas as situações foram disciplinadas pelo legislador. O parágrafo 1º do art. 225 da CF/88, as normas infraconstitucionais e a própria legislação ambiental setorial definem apenas algumas das obrigações do Poder Público.

Por conseguinte, na ausência de normas específicas para regular questões ambientais, será preciso encontrar uma via alternativa para o cumprimento do dever imposto pela nossa Constituição. Esse caminho pode ser a arbitragem, razão pela qual a impossibilidade de o legislador prever, antecipadamente, todos os riscos de danos ao meio ambiente, não deve ser vista como um fator impeditivo ao desenvolvimento sustentável.

Nesse viés, valer assinalar, sucintamente, a limitação legal à utilização da via arbitral em questões que envolvem matéria ambiental, expressa na conciliação dos seguintes pressupostos: i) o da disponibilidade do objeto da lide para que possa ser submetido à arbitragem, de um lado; e ii) com a natureza difusa e, portanto, disponível do direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.²⁴

²³ *Ibidem*, p. 1.

²⁴ COUTO, Oscar Graça; CARVALHO, Monica Taves de Campos V. de. Arbitragem e meio ambiente. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (Coord.). *Arbitragem interna e internacional: questões de doutrina e da prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 295.

Resta claro, portanto, que a proteção do meio ambiente é um importante desafio que se apresenta para o Direito na contemporaneidade. O uso de arbitragem para tutelar bem ambiental, consolidará nova postura do Direito (tanto no âmbito público como no privado) no que se refere à pacificação de conflitos ambientais na ordem jurídica interna.

1.3 Arbitragem ambiental no direito internacional

Por oportuno, faz-se necessário mencionar que questões envolvendo matéria ambiental tem sido objeto de arbitragem internacional. Cumpre notar, nesse sentido, que o Brasil é signatário de vários tratados e convenções internacionais que admitem a arbitragem como instrumento pacífico de solução de conflitos, entre eles: a Convenção de Viena para a Proteção da Camada de Ozônio (art. XI, 3, a); a Convenção sobre Mudança de Clima (art. 14, 2, b); Convenção de Basileia sobre o Controle de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e seu Depósito (art. 20, 3, b).²⁵

Acrescente-se, ainda, a Convenção sobre a Diversidade Biológica, determinada a conservar e a utilizar, de forma sustentável, a diversidade biológica para benefício das gerações presentes e futuras, que, em seu próprio texto, prevê a adoção de medidas de bons ofícios, mediação e arbitragem no caso de controvérsias envolvendo os Estados-signatários.²⁶

Vale destacar que o Protocolo de Brasília, assinado em 1991, estabelece o procedimento arbitral como um dos mecanismos para solucionar os conflitos entre Estados no âmbito do Mercosul. O Tribunal Arbitral *ad hoc* é composto de três árbitros escolhidos em uma lista, integrada por juristas de reconhecida competência na matéria, objeto de controvérsia.

Pode-se relacionar, a título de ilustração de situações em que o objeto de controvérsias entre as partes tem cunho ambiental, o caso da importação de pneumáticos usados. Em 2002, o Tribunal Arbitral *ad hoc* do Mercosul reconheceu o direito dos países do Mercosul de exportar pneus remoldados para o Brasil. Para dar cumprimento ao laudo arbitral proferido em favor do Uruguai, o Brasil editou a Portaria Secex 2, de 8 de março de 2002,

²⁵ ANTUNES, op. cit., 2003.

²⁶ Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB), assinada no Rio de Janeiro, no período de 5 a 14 de junho de 1992, durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. O Decreto Legislativo 2, de 3 de fevereiro de 1994, ratificou a CDB.

permitindo a importação de pneumáticos remoldados, procedentes dos Estados partes do Mercosul.²⁷

Cumpra-se, nesse sentido, que, no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC), a matéria ambiental, de forma indireta, é objeto de conflitos internacionais do comércio, em razão da relação entre proteção ambiental e economia. Em outras palavras, nos conflitos decorrentes das exigências normativas ambientais que afetarem o comércio, o juízo arbitral poderia ser utilizado para dirimir a controvérsia.

Assim sendo, de acordo com a experiência internacional, a arbitragem tem sido o método de solução de conflitos escolhido para solucionar questões envolvendo bens ambientais. Com efeito, fica claro que a arbitragem pode ser utilizada nas seguintes situações: “(i) contratos relacionados à atividade industrial que provoquem emissão de poluentes; produtos causadores de passivo ambiental (efeitos de material nuclear sobre o ambiente); (ii) serviços ou atividades pressupondo licenças ambientais e respeito a normas ambientais; (iii) atitudes preventivas de danos ambientais”.²⁸

Assevera-se ser a arbitragem ambiental uma tendência, conforme o exposto, no plano internacional. Essa orientação, que marca o início de nova fase no desenvolvimento de formas pacíficas de resolução de conflitos ambientais, veio a ser confirmada, por ocasião da criação da Corte Internacional de Arbitragem Ambiental, organização independente e apoiada pelas Nações Unidas, com sede permanente no México e em San Sebastián (Espanha).

A principal finalidade da Corte Internacional de Arbitragem Ambiental, consoante o que prescreve o art. 2º do seu estatuto, é dar pareceres consultivos sobre questões de Direito Ambiental ou sobre aspectos legais na utilização de elementos ou na proteção do ambiente, em qualquer caso, que é de preocupação internacional, a pedido de qualquer pessoa singular ou coletiva, nacional ou internacional, pública ou privada, incluindo Estados e autoridades locais.²⁹

²⁷ A controvérsia sobre a proibição da importação de pneus remoldados é objeto de discussão da ADPF 101.

²⁸ FRANGETTO, op.cit., p. 52.

²⁹ *Statutes International Court of Environmental Arbitration and Conciliation*. Disponível em: <www.iceac.sarenet.es>.

No Direito Comparado, Portugal já estabelece, em alguns decretos, a possibilidade de utilização de arbitragem para solucionar conflitos envolvendo algumas espécies de recurso natural. A título de exemplo, o Decreto-Lei 109/1994,³⁰ SÉRIE I-A, de 26 de abril, prevê a adoção de arbitragem no caso de conflitos relacionados à pesquisa e exploração de Petróleo.

Para Bertucci, no Direito brasileiro, o precedente que merece ser destacado é o caso ocorrido em Minas Gerais na qual figuraram (conciliados) o Ministério Público e as empresas Fiat Automóveis e a Sema/SP. Foi levada ao conhecimento do primeiro a fabricação de veículos em suposto desacordo com as normas relativas à emissão de poluentes.³¹ A solução obtida, por meio de arbitragem, foi levada pelo Ministério Público Estadual ao Conselho do Ministério Público local e ao Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama) para ser referendada.

Percebe-se, a partir do exposto, que a aplicação de arbitragem para a solução de conflitos ambientais no Brasil é promissora, seja pela comprovada utilidade da arbitragem ambiental no âmbito internacional, seja pela celeridade e capacitação técnica das decisões tomadas pelos árbitros especializados.

Considerações finais

Diante das considerações feitas, pode-se afirmar que o fato de o bem jurídico ambiental, qualificado como uso comum do povo, ter natureza difusa, não exclui a possibilidade de a proteção ambiental ser submetida ao regime jurídico de Direito Privado, especialmente, quando esses litígios envolverem relações patrimoniais concernentes ao bem jurídico ambiental.

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 bem ambiental.

³⁰ Art. 80: **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. **2.** Para os efeitos do disposto no número anterior podem o Estado e as concessionárias celebrar convenções de arbitragem, em condições a fixar no contrato de concessão.

³¹ BERTUCCI, Rosana Siqueira. *Arbitragem ambiental: reflexões sobre sua aplicabilidade*. Disponível em: <<http://www.oabms.org.br/noticias/>>. Acesso em: 10 ago. 2008.

Em outras palavras, o uso de arbitragem apresenta (como principal vantagem) a possibilidade de as partes escolherem livremente o árbitro que é conhecedor dos aspectos necessários para a decisão, sem a violação dos direitos de ampla defesa e do contraditório, já que o procedimento arbitral está submetido ao controle de legalidade e constitucionalidade.

Por fim, a disponibilidade no exercício do direito fundamental do ambiente determina a medida da aplicabilidade da arbitragem em matéria ambiental. Nesse sentido, o uso de arbitragem, dentro de certos limites, pode conferir mais efetividade à proteção do meio ambiente.

Referências

ABELHA, Marcelo. *Ação Civil Pública e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues do. Questões atuais da arbitragem. *Revista Jurídica Consulex*, ano XI, n. 255, 31 ago. 2007.

ANTUNES, Luís Filipe C. Poluição industrial e dano ambiental: as novas afinidades eletivas da responsabilidade civil. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. 67, 1991.

ANTUNES, Paulo de Bessa. Conciliação, arbitragem e meio ambiente. *Jornal do Comércio*, Porto Alegre, 28 nov. 2003.

AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. *Compromisso de ajustamento de conduta ambiental*. São Paulo: RT, 2008.

BENJAMIN, Antônio Herman. *Meio Ambiente: uma primeira abordagem*. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL, de 3 a 6 de junho de 2002: 10 anos da ECO/92: O Direito e o Desenvolvimento Sustentável. São Paulo: IMESP, 2002. p.89-101.

BERTUCCI, Rosana Siqueira. *Arbitragem ambiental: reflexões sobre sua aplicabilidade*. Disponível em: <<http://www.oabms.org.br/noticias>>. Acesso em: 10 ago. 2008.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ação Civil Pública*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1996.

BRASIL. STF. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direito de Inconstitucionalidade* ADI3. 540-MC/DF. Relator: ministro Celso de Mello. Acórdão Publicado no Diário da Justiça da União, de 1º de set. de 2005. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20 jun. 2008.

CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no Processo Civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993.

CLEMES, Sérgio. Apontamentos sobre a possibilidade de transação dos interesses difusos na lei brasileira. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades; LEITE, José Rubens Morato (Coord.). *Cidadania coletiva*. Florianópolis, Paralelo 27, 1996. p. 186-199.

COUTO, Oscar Graça; CARVALHO, Mônica Taves de Campos V. de. *Arbitragem e meio ambiente*. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (Coord.). *Arbitragem interna e internacional: questões de doutrina e da prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FRANGETTO, Flávia Witkowski. *Arbitragem ambiental: solução de conflitos (r)estrita ao âmbito (inter) nacional?* São Paulo: Millennium, 2006.

LACERDA, Belizário Antônio de. *Comentários à Lei de Arbitragem*. São Paulo: Lumen Juris, 2002.

LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo, extrapatrimonial*. São Paulo: RT, 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 2003.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública em defesa do meio-ambiente, patrimônio cultural e dos consumidores (Lei 7.347/1985)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.139-140.

MARCO, Carla Fernanda de. *Arbitragem internacional no Brasil*. São Paulo: RSC, 2005.

PEREIRA, Marco Antônio Marcondes. Transação no curso da Ação Civil Pública. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n.16, out./dez. 1995.

REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. São Paulo: Saraiva, 2008.

SANTOS, Ricardo Stersi dos. *Noções gerais da arbitragem*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. A Justiça na sociedade moderna. *Revista Jurídica Consulex*, ano XI, p. 240, 15 jan. 2007.

VIEIRA, Fernando Grella. A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos: compromisso de ajustamento de conduta. In: MILARÉ, Edis. *Ação Civil Pública*. São Paulo: RT, 2005. p. 86-102.

