

REVISTA ELETRÔNICA DIREITO E-ENERGIA

A ARBITRAGEM APLICADA AO CONFLITO AMBIENTAL

Natália Maria Freitas de Assis, Lílian Gabriele de Freitas Araújo

RESUMO

A arbitragem, regulamentada no Brasil pela Lei 9.307/96, vem sendo reconhecida como o método mais eficiente de resolução de conflitos. Isto porque, garante boa solução para o caso, sigilo, economia, rapidez e, sobretudo, a certeza de um julgamento realizado por pessoas com profundo conhecimento técnico sobre o assunto. Inobstante estas vantagens, por disposição do art. 1º da referida Lei, que restringe a aplicação da arbitragem para as lides que envolvam direito patrimonial disponível, este método extrajudicial de composição de conflitos não está sendo empregado no Brasil para solução de todo e qualquer litígio envolvendo matéria ambiental, apenas sendo possível sua utilização quanto aos efeitos patrimoniais dos danos ambientais. Ocorre, contudo, que, em suas relações internacionais, o Brasil aplica sem qualquer restrição a arbitragem no campo ambiental, do que se constata uma verdadeira contradição. Como se pode ter um direito simultaneamente disponível (ordem internacional) e indisponível (ordem interna)? A resposta a esta indagação se encontra na própria forma como são incorporados os tratados de direitos humanos pelo ordenamento jurídico nacional. Considerando que no rol dos direitos humanos inclui-se também o direito de desfrutar de um meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, assim, tratados ou convenções que tratem de matéria ambiental, se aprovados segundo a regra do §3º, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988, serão equivalentes às emendas constitucionais. Se não, terão caráter supralegal. Nesse sentido, não se pode pretender a aplicação do mencionado art. 1º da Lei 9.307/96, vez que os tratados e convenções ambientais, que estão em posição hierárquica superior, expressamente, admitem a arbitragem. Aliás, tal convicção é corroborada pela própria existência de lei internas

que admitem o uso da arbitragem, como a Lei 9.478/97, que permite sua utilização na proteção do meio ambiente e na promoção da conservação de energia. Não há, portanto, razão para se obstar a possibilidade de uma arbitragem de situações jurídicas indisponíveis.

Palavras-chave: Arbitragem ambiental. Direitos indisponíveis. Lei 9.478/97.

1 INTRODUÇÃO

A arbitragem é um acordo de vontades, celebrado entre pessoas capazes que, preferindo não se submeter à decisão judicial, confiam a árbitros a solução de litígios. Não se confunde com a transação, em que a solução do conflito de interesses é dada pelos próprios envolvidos, mediante concessões recíprocas. Na arbitragem, a solução é confiada a um terceiro, que não o Estado-juiz.

No Brasil, a arbitragem remonta à Constituição do Império, que em seu art. 160 dispunha: “Nas cíveis e nas penais civilmente intentadas, poderão as partes nomear Juízes árbitros. Suas sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes”.

Apesar de sua previsão em nosso direito positivo remontar a época imperial, o instituto da arbitragem jamais teve no Brasil a tradição que goza em outros países, como nos de origem anglo-saxã, não se incorporando à cultura jurídica nacional. Daí porque Dalmo de Abreu Dallari (*apud* Carlos Mário da Silva Velloso, 2002, p. 48) afirma que a arbitragem no Brasil é “uma novidade muito antiga”.

De fato, havia em nosso direito positivo tímida previsão pelo Código Civil de 1916 (arts. 1037 a 1048) acerca do compromisso arbitral e pelo Código de Processo Civil (arts. 101 e 1072 a 1102) sobre o juízo arbitral.

O Código Civil vigente limita-se a facultar a celebração de compromisso, judicial ou extrajudicial, para a solução de litígios entre pessoas capazes para contratar (art. 851). Expressamente veda a utilização para dirimir questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter patrimonial (art. 852). Aduz, por fim, que a composição mediante juízo arbitral ocorrerá na forma estabelecida em lei especial (art. 853).

A matéria, hoje, está regulada pela Lei 9.307, de 1996 (Lei da Arbitragem). Esta lei trouxe grandes inovações ao antigo instituto, revogando expressamente os supracitados dispositivos legais e conferindo-lhe o *status* de verdadeira jurisdição, razão pela qual, entre outras modificações, substitui o

termo “laudo” por “sentença”, a qual, por sua vez, prescinde de homologação judicial para sua exequibilidade, consistindo em verdadeiro título executivo (art. 31, Lei 9.037/96).

Carlos Mário da Silva Velloso (2002, p. 50) afirma que a Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, “dotou a arbitragem privada de eficácia e efetividade, produzindo a sentença arbitral, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos de sentença proferida pelo Judiciário; se condenatória, constitui título executivo (Lei 9.307/96, art. 31)”.

Ontologicamente, o instituto da arbitragem difere da mediação, em que a solução indicada pelo mediador não obriga as partes, uma vez que o árbitro, como visto, exara sentença exequível, exercendo típica atividade jurisdicional, embora não estatal.

Tratando-se de sentença arbitral estrangeira, para que tenha eficácia no Brasil, estará sujeita apenas à homologação do Superior Tribunal de Justiça, independentemente da chancela pelo tribunal judicial ou órgão público equivalente no país de origem, como até então era exigido (art. 35, Lei 9.037/96).

Modificação esta fundamental, considerando-se que, muitas vezes, inexistia essa figura da chancela pelo Poder Judiciário no Estado de origem, o que tornava totalmente inadequado tal requisito e, conforme entendia parte da doutrina, impossibilitaria a homologação nesses casos.

Das vantagens acerca desse “direito processual de quarta geração”, como assim o chama Antônio F. G. Beltrão (2009, p. 288), ressaltam-se a sua celeridade e, conseqüentemente, menor custo, a grande especialização técnica dos árbitros em relação à matéria em conflito, sua confidencialidade etc. Outra enorme vantagem indireta da arbitragem consiste na redução do número de processos no Judiciário.

No procedimento arbitral três princípios jurídicos se destacam: o da igualdade de tratamento das partes, o do contraditório e o da livre convicção do árbitro. Nesse sentido, a arbitragem é constituída de três elementos

fundamentais: acordo entre as partes (elemento de direito); lei aplicável (elemento processual); e internacionalidade (elemento incidental).

Operacionalmente, existe a arbitragem institucional e a arbitragem *ad hoc*. Arbitragem institucional é aquela em que as partes submetem o seu litígio a uma instituição arbitral que administrará todo o procedimento de arbitragem, oferecendo um rol de árbitros para serem escolhidos pelas partes, além de todos os procedimentos a serem observados. Já na arbitragem *ad hoc*, as partes escolhem um árbitro, e ambos disciplinarão, previamente, os procedimentos da arbitragem, específicos para o caso em questão.

A arbitragem pode se dar tanto no âmbito externo quanto no âmbito interno. Deste modo, temos três classes de arbitragem: a internacional pública, a internacional privada e a nacional privada.

Na arbitragem internacional pública, os que dela participam são os Estados e as organizações internacionais, sujeitos de direito internacional público. A norma que rege esse tipo de arbitragem é uma norma de direito público, assim um Tratado de Direito Internacional Público.

A arbitragem privada, por sua vez, pode ser de dois tipos: nacional ou doméstica e internacional. Aqui, os sujeitos que dela participam são pessoas de direito privado, pessoas físicas e pessoas jurídicas.

A arbitragem nacional desenvolve-se no seio do Estado. Já a arbitragem privada internacional realiza-se através das fronteiras e produzem efeitos através delas.

2 A ARBITRAGEM APLICADA AO CONFLITO AMBIENTAL: RESTRITA AO ÂMBITO INTERNACIONAL?

No plano internacional, a arbitragem vem há muito sendo utilizada para dirimir questões ambientais como forma de composição entre Estados soberanos. Vejam-se alguns tratados e convenções internacionais firmados pelo Brasil que admitem a arbitragem: a Convenção de Viena para a

proteção da Camada de Ozônio (art. 11, §3º, *a*); a Convenção sobre Mudança de Clima (art.14, §2º, *b*); a Convenção de Basiléia sobre o controle de movimentos transfronteiriços de resíduos perigosos e seu depósito (artigo 20, §3º, *b*); e a Convenção sobre Diversidade Biológica (art. 27, §3º, *a*).

Ainda no âmbito internacional, merece ser destacado o Sétimo Laudo do Tribunal Arbitral *Ad Hoc* do Mercosul, de 19 de abril de 2002, em que restou decidida a controvérsia apresentada pela República Argentina à República Federativa do Brasil sobre obstáculos à entrada de produtos fitossanitários argentinos no mercado brasileiro e não incorporação das Resoluções GMC nº 48/96, 87/96, 149/96, 156/96 e 71/98 ao ordenamento jurídico brasileiro.

No presente caso, merecedor de aprofundamento, alegou a reclamante que o Brasil não cumpriu a obrigação de incorporar em seu ordenamento interno a normativa Mercosul adotada pelos quatro Estados Partes em matéria de Facilitação do Comércio de Produtos Fitossanitários para o Mercosul. Neste sentido, a atitude do Brasil configura clara violação ao princípio da livre circulação de bens na região, na medida em que representou o impedimento do acesso a seu mercado de produtos fitossanitários similares dos Estados Partes, ao estabelecer obstáculos derivados da imposição de restrições originárias de registro, as quais foram eliminadas ao ser alcançado o acordo sobre um sistema de registro abreviado.

Desse modo, com o fim precípua de garantir o uso de insumos eficazes e seguros para a produção agrícola, os Estados Partes harmonizaram os requisitos técnicos para a avaliação e o registro de produtos fitossanitários similares, acordando entre si um procedimento de registro abreviado para o Mercosul.

Este sistema de registro abreviado para os produtos fitossanitários similares foi incorporado aos ordenamentos jurídicos da Argentina, Paraguai e Uruguai. No Brasil, a legislação vigente não distinguia, para os fins do registro, entre produtos novos (absolutamente desconhecidos) e produtos similares já registrados no Brasil, exigindo-se os mesmos requisitos para o registro de ambos os tipos de produtos.

Desta forma, estabeleceu a República Argentina que, conforme as características do ordenamento jurídico do Mercosul, as normas aprovadas pelas quatro partes são obrigatórias para os Estados Partes e devem ser incorporadas aos ordenamentos jurídicos internos, nos casos que couber, estando tal obrigação fundamentada nos artigos 38 e 42 do Protocolo de Ouro Preto e em várias decisões do Conselho do Mercado Comum.

Assim, solicitou a Argentina ao Tribunal Arbitral que requeresse ao Brasil que procedesse a incorporação a seu ordenamento jurídico das Resoluções GMC Nº 48/96, 87/96, 149/96, 156/96 e 71/98, e que adotasse todas as medidas necessárias, como normas jurídicas internas e/ou modificações das existentes, para garantir a aplicação e o cumprimento efetivos de tal normativa. Outrossim, pediu-se ao Tribunal Arbitral que requeresse ao Brasil a permissão do registro por similaridade e a livre circulação dos produtos fitossanitários compreendidos nas supramencionadas Resoluções.

O Brasil, como parte reclamada, entre outros argumentos, manifestou que as exigências do sistema de registro de produtos fitossanitários tal como estava vigente na República Federativa do Brasil não violava o princípio do livre comércio estabelecido no art. 1º do Tratado de Assunção, haja vista que o art. 2º do Anexo I do mesmo Tratado estabelece que *não* são restrições as medidas tomadas ao amparo do estabelecido no art. 50 do Tratado de Montevideu de 1980, que assim dispõe:

Art. 50. Nenhuma disposição do presente Tratado será interpretada como impedimento à adoção e no cumprimento de medidas destinadas à:

- a) Proteção da moral pública;
- b) Aplicação de leis e regulamentos de segurança;
- c) Regulação das importações ou exportações de armas, munições e outros materiais de guerra e, em circunstâncias excepcionais, de todos os demais artigos militares;
- d) Proteção da vida e saúde das pessoas, dos animais e dos vegetais;**
- e) Importação e exportação de ouro e prata metálicos;
- f) Proteção do patrimônio nacionais de valor artístico, histórico ou arqueológico; e
- g) Exportação, utilização e consumo de materiais nucleares, produtos radioativos ou qualquer outro material utilizável no desenvolvimento ou aproveitamento da energia nuclear. (grifos acrescidos)

Destarte, alegou a República Federativa do Brasil que, no país, os fitoterápicos precisam de um registro especial para ser comercializados, pois o fato de uma droga ter origem natural não significa que ela não cause efeitos colaterais, prejudiciais à saúde. Invocou, assim, o Brasil, o princípio da precaução, segundo o qual, se um produto não é cientificamente comprovado, se há dúvidas quanto aos seus efeitos colaterais, esse produto é sim potencialmente capaz de causar danos graves e irreversíveis, ou de sensível transformação à saúde do homem, porquanto não deve ser comercializado.

No caso em questão, como bem pontuam Luiz Ernani e Seline Nicole (2004), o Tribunal *ad hoc* não analisou somente uma relação explícita de interesses econômicos, restrita aos países pertencentes ao Mercosul, mas sim uma relação implícita ambiental transfronteiriça de interesses transindividuais que tratam de remédios naturais à saúde humana, da preservação e conservação da natureza, das plantas cujos remédios são extraídos etc.

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

Em que pesem as inúmeras críticas a esta decisão – com destaque para aquelas que enfatizam a supremacia do interesse econômico sobre o interesse da sociedade e a violação ao princípio da precaução –, se presta este julgado para demonstrar que no âmbito internacional a arbitragem é bem aceita como solução de conflitos entre Estados soberanos, inclusive ambientais.

Entretanto, no âmbito interno é que surgem as controvérsias. De fato, em princípio, a arbitragem parece ser um meio completamente inadequado para composição de conflitos ambientais. Como visto, a Lei 9.307/96, em seu art. 1º, restringe a aplicação da arbitragem para as lides que envolvam “direito patrimonial disponível”.

São patrimoniais os direitos relativos a bens que possam ser apreciados economicamente. São direitos disponíveis aqueles que estão juridicamente livres para serem negociados no mercado. As duas espécies de direitos se sujeitam à livre vontade das pessoas a eles vinculadas, que deles podem dispor a qualquer momento. No mercado, em regra, tudo é disponível.

Por outro lado, o meio ambiente consiste em interesse difuso e, por tal condição, está catalogado entre os *direitos indisponíveis*.

Toshio Mukai (2007), fazendo alusão à doutrina de Luis Felipe Colaço Antunes, esclarece que, objetivamente, o interesse difuso estrutura-se como um interesse pertencente a *todos* e cada um dos componentes da pluralidade indeterminada de que se trate. Não é um simples interesse individual, reconhecedor de uma esfera pessoal e própria, exclusiva do domínio. O interesse difuso é o interesse que cada indivíduo possui pelo fato de pertencer à pluralidade de sujeitos a que se refere a norma.

Em linhas simples, interesses difusos são os interesses juridicamente reconhecidos como de uma pluralidade indeterminada ou indeterminável de sujeitos.

Tal entendimento decorre da própria Constituição Federal de 1988 que, em seu art. 225, define o meio ambiente ecologicamente equilibrado como *direito de todos* e lhe dá a natureza de *bem de uso comum do povo* e essencial à qualidade de vida.

Como consignado anteriormente, tratando-se o meio ambiente de interesse difuso, será também, por via de consequência, direito indisponível, porquanto não possa ser objeto de negociação entre partes, sejam elas públicas ou privadas.

Ora, dentro de tal concepção e em razão de sua natureza indisponível não se poderia, em tese, dele tratar sob o ponto de vista da arbitragem, visto que esta última está direcionada essencialmente para matérias de direito privado e, portanto, disponível. Como interesse difuso, o meio ambiente pertence à coletividade, e nos termos da disposição legal mencionada, não pode ser transacionado como objeto de acordo de qualquer natureza.

Ocorre que a proteção ambiental nem sempre está relacionada à esfera do direito público, envolvendo também diversas questões de interesse privado.

Este entendimento ganhou força com a decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida aos 12 de dezembro de 2001, que declarou constitucional a citada Lei nº 9.307/96, determinando que, em certos casos, uma questão de interesse público pode derivar uma questão de direito privado, em matéria ambiental.

Nesse sentido, Antônio F. G. Beltrão (2008, p. 290) verifica que “a arbitragem pode ser utilizada entre entes privados para o ressarcimento pela responsabilização por eventuais danos causados ao meio ambiente”. Assim exemplifica o referido autor:

Imaginemos que a empresa X vendeu à empresa Y uma fazenda de soja. Logo em seguida, o órgão ambiental competente em fiscalização na propriedade lavrou contra a empresa Y um auto de infração de R\$ 10.000.000,00 pelo desmatamento da reserva legal, que há muito havia ocorrido. Conforme entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça, há uma perpetuação do dano ambiental, pelo que a empresa Y, ainda que não tenha sido a causadora do desmatamento da reserva legal, é responsável.

Neste caso, seria possível que o contrato de venda da fazenda de soja contivesse uma cláusula arbitral prevendo que em caso de multa seria estabelecido um juízo arbitral para a identificação da autoria do dano ambiental e, conseqüentemente, da empresa responsável pelo seu pagamento. Evidente que tal acordo não teria efeito jurídico nenhum contra os órgãos públicos e o Poder Judiciário quanto à identificação do responsável; porém, serviria para que a empresa Y fosse ressarcida pela empresa X pelo dano ambiental que não cometera.

Paulo de Bessa Antunes (2002, p. 01), em seu artigo da internet *Arbitragem em Matéria Ambiental*, nos traz outra situação exemplificativa, senão vejamos:

Imagine-se a hipótese na qual uma firma tenha que mudar as suas instalações industriais de um determinado

Município para outro Município, ou mesmo mudar de Estado, uma vez que constatou que o solo e o lençol freático da área na qual estava instalada foram contaminados pelo lançamento irregular de efluentes de uma planta industrial vizinha. Existe, sem dúvida, uma questão de interesse público – portanto indisponível, que é a própria contaminação ambiental –, e uma questão de direito privado – a indenização que o poluidor deve à empresa que foi obrigada a se realocar. Esta última se constitui em um direito plenamente disponível e privado.

Como se vê dos exemplos acima citados, a arbitragem está sendo comumente utilizada para a composição de conflitos entre particulares no que diz respeito aos efeitos patrimoniais dos danos ambientais.

Observe-se que o próprio Estado, quando atua fora de sua condição de entidade pública, praticando atos de natureza privada, também se submete à arbitragem, conforme explicitaremos adiante. No entanto, consoante aduz Bernardo da Silva Lima (2009, p. 73), a arbitralidade das relações contratuais envolvendo o Estado estaria “adstrita àquelas relações jurídicas em que o Estado se equipara a um particular, critério que remete diretamente à distinção proposta pela doutrina administrativa entre os ‘contratos tipicamente administrativos’ e ‘contratos de administração’”.

Assim, o que se conclui é que, no ramo do Direito Ambiental, a arbitragem não é utilizada quando se trata da esfera coletiva, por se tratar de um direito difuso, indisponível por natureza. Apenas em relação ao âmbito individual, ou seja, quando o dano ambiental envolve a esfera individual de uma pessoa específica, esse direito é transacionado mediante a arbitragem.

3 A ARBITRAGEM AMBIENTAL E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

É mister dizer que é injustificável a restrição da arbitragem no Brasil apenas aos direitos privados, disponíveis. A bem da verdade, essa restrição é de nítido contra-senso. Isto porque, no âmbito internacional é plenamente aceitável a arbitragem para dirimir conflitos entre Estados acerca

de questões ambientais, sejam elas de cunho patrimonial disponível ou *indisponível*.

Assim é que Paulo de Bessa Antunes (2003), no artigo *Conciliação, Arbitragem e Meio Ambiente*, disponível em sítio eletrônico, expõe:

É importante observar que a existência de "direitos indisponíveis" em matéria ambiental é um elemento com validade apenas para a ordem jurídica interna, pois no plano internacional o Brasil aceita tranqüilamente a existência de arbitragens - e outros meios pacíficos - para diferentes questões ambientais. *Aliás, a incorporação de diferentes convenções ambientais ao direito brasileiro faz com que a matéria ambiental não seja considerada "indisponível" para fins de arbitragem.* (grifos acrescentados)

Veja-se, portanto, que não há sentido do Brasil aplicar na ordem interna determinada restrição não existente nas suas relações internacionais.

Pelo contrário, conforme o pensamento que se constrói a seguir – com arrimo na incorporação dos tratados de direitos humanos pelo ordenamento jurídico nacional –, não há qualquer empecilho para o uso da arbitragem em âmbito interno a qualquer tipo de direito ambiental, seja ele disponível ou não, senão vejamos.

Entendia o Supremo Tribunal Federal desde 1977, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.0004/SE, que os tratados internacionais, indistintamente, e as leis federais apresentavam a mesma hierarquia jurídica, sendo aplicável o critério cronológico (*lex posterior derogat priori*)¹.

Assim, ante a realidade do conflito entre tratado e lei posterior, esta, porque expressão última da vontade do legislador republicano tinha sua prevalência garantida pela Justiça – sem embargo das consequências do descumprimento do tratado, no plano internacional.

¹ Antes de 1977, o STF posicionava-se no sentido da primazia do tratado internacional quando em conflito com norma infraconstitucional. Tal situação, contudo, não prevaleceu após o julgamento do RE 80.004-SE, em 1977.

Admitiram as vozes majoritárias que, faltante na Constituição do Brasil garantia de privilégio hierárquico do tratado internacional sobre as leis do Congresso, “era inevitável que a Justiça devesse garantir a autoridade da mais recente das normas, porque paritária sua estatura no ordenamento jurídico” (REZEK, 1998, p. 106).

Verificava-se, então, a tese da paridade entre tratado e lei federal.

Em novembro de 1995, quando do julgamento do *Habeas Corpus* nº 72.131-1/RJ, de caso relativo à prisão civil por dívida, o Supremo Tribunal Federal reiterou este seu posicionamento acerca da paridade. Contudo, passou a adotar para a resolução dos conflitos entre leis internas e tratados internacionais, além do critério cronológico, o critério da especialidade (*lex specialis derogat generalis*).

Em 2004, a Emenda Constitucional nº 45 acrescentou o §3º ao artigo 5º da Constituição Federal de 1988, determinando que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Com o impacto dessa inovação, houve a necessidade do Supremo Tribunal Federal atualizar a sua jurisprudência. Assim, no dia 03 de dezembro de 2008 foi proclamada pelo Pleno do STF, quando do julgamento do RE 466.343/SP², uma das decisões mais históricas de toda sua jurisprudência. Finalmente o STF reconheceu que os tratados de direitos humanos valem mais do que a lei ordinária. Duas correntes foram debatidas: a do Ministro Gilmar Mendes, que sustentava o valor supralegal desses tratados, e a do Ministro Celso de Mello, que lhes conferia valor constitucional. Por cinco votos a quatro, foi vencedora a primeira tese.

Portanto, atualmente, caso algum tratado de direitos humanos venha a ser devidamente aprovado segundo a regra do §3º, do art. 5º, da Constituição,

² Assim também: HC 87.585, rel. Min. Marco Aurélio, j. 03.12.2008; RE 466.343, rel. Min. Cezar Peluso, j. 03.12.2008; RE 349.703, rel. Min. Carlos Britto, j. 03.12.2008.

terá ele valor de *emenda constitucional*. Fora disso, todos os demais tratados de direitos humanos vigentes no Brasil contam com valor *supralegal*.

Observe-se que no rol dos direitos humanos, como forma de efetivação do direito à vida, inclui-se também o direito de desfrutar de um meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado. Assim, tratados ou convenções que tratem de matéria ambiental, se aprovados com o referido *quorum* qualificado, serão equivalentes às emendas constitucionais. Se não, terão apenas caráter supralegal, estando acima da lei, porém abaixo da Constituição.

De todo o modo, independentemente se o tratado ou a convenção foi ou não aprovado com o referido *quorum* qualificado, estará acima das leis domésticas.

Dito isto, e voltando ao cerne do presente trabalho, conclui-se que os tratados e as convenções firmados pelo Brasil e que permitem o uso da arbitragem para composição de conflitos ambientais, quer para direito disponíveis quer para direitos indisponíveis – como a Convenção de Viena para a proteção da Camada de Ozônio, a Convenção sobre Mudança de Clima, a Convenção de Basiléia sobre o controle de movimentos transfronteiriços de resíduos perigosos e seu depósito e a Convenção sobre Diversidade Biológica – devem ser observados antes da Lei de Arbitragem.

Portanto, não se pode pretender a aplicação do artigo 1º da Lei de Arbitragem (direitos patrimoniais indisponíveis), vez que os tratados e convenções ambientais, expressamente, admitem a arbitragem.

Conforme bem pondera Paulo de Bessa Antunes (2003), em seu artigo *Conciliação, arbitragem e meio ambiente*, é curial que “não se pode ter um direito simultaneamente disponível (ordem internacional) e indisponível (ordem interna)”.

4 O ESTADO COMO PARTE NO PROCEDIMENTO ARBITRAL: A RESPONSABILIDADE PELO DANO AMBIENTAL GERADO PELA EXPLORAÇÃO DE PETRÓLEO

Conforme consignado anteriormente, é possível que o Estado utilize-se da arbitragem como mecanismo de solução de controvérsias quando estiver atuando como particular. A propósito, a jurisprudência brasileira, liderada pelo julgamento do Recurso Especial nº 612.439, em 25 de outubro de 2005, achou no caráter privado das atividades desenvolvidas pelas empresas públicas e pelas sociedades de economia mista o fundamento para admitir a arbitragem subjetiva estatal. E aqui remetemos a questão para a problemática da aplicabilidade da arbitragem aos litígios que envolvem danos ambientais causados pela indústria de petróleo. A responsabilização da Petrobrás, que é uma empresa estatal, poderia ser definida por um procedimento arbitral a ser conduzido pela ANP?

Em um primeiro momento, elucidemos que a Lei de Arbitragem, em nenhum de seus dispositivos, veda a participação do Estado como parte na Convenção de Arbitragem. Seria um absurdo caso existisse tal vedação, pois o Estado é pessoa jurídica que pode exercer o papel de devedor e de credor, além de ter patrimônio disponível próprio, razão que justifica, por si só, a desnecessidade e a falta de motivação para impedir o Estado de resolver seus litígios através da arbitragem. Isso é questão incontroversa, sobre a qual versam vários diplomas legais no Brasil, dentre eles a Lei 9.478/97 (Lei do Petróleo), que em seu art. 20 dispõe:

O regimento interno da Agência Nacional do Petróleo disporá sobre os procedimentos a serem adotados para a solução de conflitos entre agentes econômicos, e entre estes e usuários e consumidores, com ênfase na conciliação e no arbitramento.

O dispositivo supracitado é de notável relevância para a formação da nossa compreensão sobre o tema, pois dentre os inúmeros conflitos que podem surgir entre agentes econômicos (podendo figurar entre eles o próprio Estado, através de suas empresas estatais), usuários e consumidores, um deles

pode estar relacionado ao meio ambiente. Nesse diapasão, o art. 1º da referida Lei do Petróleo dispõe que um dos objetivos da política energética nacional é “proteger o meio ambiente e promover a conservação de energia”. Ainda neste sentido, o Regimento Interno da ANP, em seu art. 33, reza:

Art. 33. Para os fins previstos no art. 20 da Lei nº 9.478, de 1997, a ANP, mediante conciliação e arbitramento, atuará de forma a:

I - dirimir eventuais divergências entre os agentes econômicos e entre estes e usuários e consumidores;

II- resolver conflitos decorrentes das atividades de regulamentação, contratação e fiscalização no âmbito geral da Indústria do Petróleo e da distribuição e Revenda de derivados de petróleo e álcool combustível;

III - proferir decisão final, com força terminativa, caso não haja acordo entre as partes em conflito;

IV - utilizar os casos já mediados pela Agência como precedentes para novas decisões e como subsídios para a eventual regulamentação do conflito resolvido.

Dessa forma, raciocinemos da seguinte forma: se um dos objetivos da política energética nacional é “proteger o meio ambiente e promover a conservação de energia”, se há a possibilidade de surgirem conflitos envolvendo o meio ambiente entre consumidores, agentes econômicos e usuários, e tais conflitos poderão ser resolvidos através da arbitragem, e a ANP deverá dirimir tais divergências, enxergamos aqui clara possibilidade de a Agência Reguladora atuar na convenção de arbitragem visando a resolver a controvérsia existente, que pode ser até mesmo um dano ambiental causado pela atividade petrolífera, seja por uma empresa privada, em contrato de concessão com a União, seja pela própria empresa petrolífera estatal.

Não obstante alguns autores entenderem que um regulamento interno de uma agência reguladora não pode superpor uma normativa do Poder Legislativo do Estado, qual seja, a Lei de Arbitragem, que, conforme visto reiteradamente, veda sob qualquer circunstância a aplicação da arbitragem aos

conflitos que envolvam direitos indisponíveis, não se pode concordar com tal entendimento.

Ora, se é a própria Lei do Petróleo que autoriza que o Regimento Interno da ANP disponha acerca dos procedimentos a serem adotados com o fim de resolver o litígio, e tendo em vista que esse litígio pode envolver o meio ambiente, por que estaria proibida a arbitragem, quando ela, juntamente com a conciliação, é a forma de composição indicada pela lei federal? É certo que a questão suscita uma grande polêmica, e sempre haverá quem não defenda sua aplicabilidade aos litígios caracterizados pelo viés ambiental, mas também é certo esclarecer que a arbitragem, hodiernamente, tornou-se um instrumento eficaz, eficiente e bastante atrativo para as grandes empresas que não desejam passar pela morosidade do judiciário. Trata-se de um instrumento que só tem a acrescentar ao nosso ordenamento. Os árbitros são bem conceituados, têm conhecimento técnico sobre o assunto e, além disso, há que se considerar que as sentenças arbitrais, ao contrário do que ocorria antes, são exequíveis.

É claro que, por se tratar de um bem indisponível, por ser bem difuso e, portanto, transindividual, o meio ambiente, como objeto de controvérsia entre empresas, deve ser disposto com cautela, uma vez que não se pode lhe conceder a mesma tutela que se concede a um bem disponível em sede de convenção de arbitragem, por dizer respeito não só às empresas em questão, mas a toda uma coletividade que não faz parte do litígio, mas que também poderá ser afetada pelo dano.

O que se quer deixar claro é que a arbitragem não pode ser vista como algo indesejável, inferior e com menos credibilidade do que o Poder Judiciário, simplesmente porque ela existe para “desafogar” o judiciário, seja para tratar de bens disponíveis ou indisponíveis. O princípio do poluidor-pagador não iria ser mitigado simplesmente porque foi imposto em sede de um tribunal arbitral em vez de um judicial. Uma vez aclamado no tribunal arbitral, ele deverá ser obedecido, pois detém a mesma força normativa.

Ademais, conforme fora explicitado no tópico anterior, se o Brasil é signatário de convenções e tratados que não fazem essa distinção entre “disponibilidade” e “indisponibilidade”, por que essa regra deve valer no âmbito

interno? O que enxergamos é uma clara contradição, que há muito deveria ter sido superada.

5 CONCLUSÃO

Até o presente momento não se pode falar em uma consolidação da arbitragem na cultura jurídica brasileira, o que explica o afastamento de seu âmbito de utilização uma extensa gama de litígios. Via de regra, a população ainda enxerga na figura do juiz o peso da autoridade do Estado contra o seu opositor, mito que lhe proporciona um sentimento ilusório de segurança e estabilidade, já que, como visto, os problemas vividos no judiciário podem ser evitados com facilidade, caso se opte por adotar a via arbitral.

Assim, o desconhecimento do mecanismo da arbitragem efetiva a sua subutilização, consubstanciada na restrição do âmbito material das pretensões existentes ao setor empresarial/comercial.

Karim Youssef (apud Bernardo Silva de Lima, 2009, p. 58) afirma que, dada a histórica relação que a arbitragem estabeleceu com a solução de controvérsias de natureza comercial, criou-se em torno dos árbitros uma imagem de “homens de comércio” e, a ela acompanhada, uma desconfiança de que eles não dariam, seja pela parcialidade decorrente de seu posicionamento ideológico, seja pela presumida inabilidade em matéria pública, às normas de caráter público a aplicabilidade devida.

Ocorre que, o árbitro, tal como o juiz, não está autorizado a promover a disposição da relação jurídica, mas a verificar no âmbito litigioso a quem assiste razão. Sua missão não é compor o litígio através da disposição de direitos, mas sim prestar a efetiva e adequada tutela jurisdicional. O poder do árbitro, independentemente do objeto da causa que julga, provém da Lei; quando as partes escolhem os árbitros da causa, estão apenas escolhendo as suas habilidades individuais, através de sua nomeação, é dizer, estão constituindo a sua competência para julgar. Não estão as partes, sob nenhum aspecto, transferindo aos árbitros poderes seus, mesmo porque não lhes é atribuído o poder de julgar, mas, tão somente, quando for possível, conforme o

objeto em litígio, o de realizar concessões. Não há, portanto, razão para se obstar a possibilidade de uma arbitragem de situações jurídicas indisponíveis.

Observe-se, outrossim, que no Brasil, pelo caráter jurisdicional da arbitragem, a decisão do árbitro, não mais tida por “laudo arbitral” e sim por “sentença arbitral”, produz idênticos efeitos à sentença proferida pelo juiz, porquanto não existe uma razão consistente para que se estabeleça conexão entre a disponibilidade do objeto da causa e a arbitragem.

Agora, a tutela arbitral de direitos indisponíveis não pode – e nem deve – ser idêntica à tutela arbitral de direitos disponíveis. O procedimento e o processo devem se adaptar ao direito discutido, sob pena de inviabilizar-se sua tutela. Se for levada a efeito a expansão da arbitragem aos direitos indisponíveis, será imperativa uma readequação do sistema às necessidades características desses direitos. Por isso, os eventuais receios que surjam da inclusão dos direitos indisponíveis em um sistema que não foi originariamente pensado para tutelá-los devem ser superados pela criatividade e esforço dos juristas em encontrar mecanismos adequados de adaptação.

6 REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Arbitragem em Matéria Ambiental**. Gazeta Mercantil. 2002. Disponível em: <http://www.cesa.org.br/arquivos/sec_rj_est_11.pdf>. Acesso em 6 nov. 2010.

_____. **Conciliação, arbitragem e meio ambiente**. Gazeta Mercantil. 2003. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/26739/26302>>. Acesso em 6 nov. 2010.

ARAÚJO, Luiz Ernani Bonesso de. SOARES, Seleni Nicole Martins. **Arbitragem ambiental no mercosul: uma visão crítica**. In: Direito ambiental contemporâneo. Organizadores: BELLO, Ney de Barros. LEITE, José Rubes Morato. São Paulo: Manole, 2004.

BELTRÃO, Antônio F. G. **Manual de direito ambiental**. São Paulo: Método, 2008.

LIMA, Bernardo Silva de. **A arbitralidade do dano ambiental e seu ressarcimento**. Tese (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia. 2009.

MUKAI, Toshio. **Direito Ambiental Sistematizado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

REZEK, José Francisco. **Direito dos tratados**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **A arbitragem no contexto constitucional brasileiro**. In: *Direito Federal: revista da associação dos juízes federais do Brasil*. Ano 21. Nº 27. Rio de Janeiro: Impetus, out./dez. 2002.