

**ESCOLA SUPERIOR DOM HELDER CÂMARA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

Renato Campos Andrade

**A SUPERAÇÃO DO PARADIGMA CLÁSSICO DA SOLUÇÃO DE
CONFLITOS EM DIREITO AMBIENTAL: A PERMANENTE BUSCA
POR RESILIÊNCIA**

**Belo Horizonte
2014**

Renato Campos Andrade

**A superação do paradigma clássico da solução de conflitos em direito
ambiental: a permanente busca por resiliência**

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Romeu Faria Thomé da Silva

Belo Horizonte
2014

A553s

ANDRADE, Renato Campos.

A superação do paradigma clássico da solução de conflitos em Direito ambiental: a permanente busca por resiliência. / Renato Campos Andrade – 2014. 152 f.

Orientador: Prof. Dr. Romeu Faria Thomé da Silva
Dissertação (mestrado) - Escola Superior Dom Helder Câmara ESDHC.

Referências: f. 143 - 152.

1. Direito ambiental 2. Indisponibilidade 3. Conflitos
I. Título

CDU 349.6(043.3)

Bibliotecário responsável: Anderson Roberto de Rezende CRB6 - 3094

ESCOLA SUPERIOR DOM HELDER CÂMARA

Renato Campos Andrade

A superação do paradigma clássico da solução de conflitos em direito ambiental: a permanente busca por resiliência

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovada em: ___/___/___

Orientador: Prof. Dr. Romeu Faria Thomé da Silva

Professor Membro: Prof. Dr. André de Paiva Toledo

Professor Membro: Prof. Dr. Adriano Stanley Rocha Souza

Nota: _____

Belo Horizonte

2014

Este trabalho, desenvolvido ao longo dos últimos anos foi acompanhado de perto pelos meus pais, minha esposa Sandra e meu amado filho Theo que nasceu em meio ao mestrado. Todos foram primordiais para que pudesse terminar mais esta etapa. Dedico a eles e a Deus, que me concedeu força e saúde para chegar até o fim.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, fonte de vida e quem me permitiu chegar até este momento.

À minha amada esposa, paciente e compreensiva em meio a esta difícil missão de obter o título de mestre.

Ao meu filho, inspiração e razão de tudo.

Aos meus pais, que mais uma vez fizeram parte da minha história e acompanharam de perto todo o processo. Sem vocês eu não conseguiria.

A todos meus demais familiares, em especial minha avó, Rosalina Lêda Guimarães Andrade, sempre incentivadora dos estudos acadêmicos, meu tio Alberto Guimarães Andrade, além de incentivador, fonte de inspiração e eterno professor de ensinamentos jurídicos e da vida e a meu primo e sócio, Bruno, testemunha e parceiro do meu esforço.

Ao meu orientador, Romeu Thomé, paciente e fonte de sabedoria que me auxiliou nesta caminhada de modo fundamental, sempre atencioso e disponível.

Aos professores que ajudaram de forma preponderante neste trabalho, especialmente na formatação da ideia, Alfredo de Oliveira Baracho Junior e Abraão Soares Dias dos Santos Gracco.

Aos meus colegas de mestrado que se transformaram em grandes amigos.

À minha irmã, que sempre encampou minhas caminhadas e completa a minha família, fonte inesgotável de amor.

Aos meus amigos que foram compreensíveis nesses dois últimos anos e sempre mantiveram seu apoio e afeto, em especial um grande incentivador, amigo e irmão, Raphael Boechat.

RESUMO

O presente trabalho objetiva averiguar a possibilidade de se utilizar os métodos alternativos de solução de conflitos em matéria ambiental. Atualmente há, especialmente no Brasil, muita resistência, visto se considerar o bem ambiental como bem difuso, conceito que o inseriria no rol dos direitos que não podem ser objeto de transação. O argumento central a ser considerado é se a aplicação da solução alternativa de controvérsia significará maior ou menor proteção aos bens ambientais. De forma periférica, há de se enfrentar a suposta indisponibilidade do direito ambiental e averiguar se não há uma alternativa para se caminhar, também no ramo processual, rumo à sustentabilidade.

Palavras Chave: Solução alternativa de conflitos, Direito Ambiental, Indisponibilidade.

ABSTRACT

This paper aims at investigating the possibility of using alternative dispute resolution methods in environmental matters. There is currently, especially in Brazil, a lot of resistance, as environment is considered a diffuse asset, which it is a concept that would be inserted in the list of rights that cannot be object of transaction. The central argument to be considered is whether the application of alternative dispute settlement will mean greater or lesser environmental protection. Peripherally, one has to face the alleged unavailability of environmental law and verify whether there is an alternative to move, also in procedural branch, towards sustainability.

Keywords: Alternative Dispute Resolution, Environmental Law, Unavailable.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----|
| INTRODUÇÃO | 09 |
| 1 DEVIDO PROCESSO LEGAL COMO CONQUISTA EVOLUTIVA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO | 12 |
| 1.1 Divisão – procedimental/substancial | 19 |
| 1.2 Devido Processo Legal Substantivo - Adequação/ Necessidade/ Aplicação (proporcionalidade stricto sensu) | 23 |
| 1.3 Proporcionalidade stricto sensu | 30 |
| <i>1.3.1 Razoabilidade – Interpretação</i> | 32 |
| <i>1.3.2 Ponderação – Solução de conflitos</i> | 36 |
| 2 A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE SUSTENTÁVEL E A EFETIVIDADE DO DEVIDO PROCESSO LEGAL PARA ALÉM DO PODER JUDICIÁRIO | 44 |
| 2.1 Direito Difuso | 56 |
| 2.2 Responsabilidade civil por dano ambiental | 63 |
| 2.3 Viés Negocial e Viés Liberal em diplomas ambientais | 69 |
| 3 OS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS COMO INSTRUMENTOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL | 75 |
| 3.1 Mediação e seus limites | 83 |
| 3.2 Arbitragem | 85 |
| 3.3 Termo de Ajustamento de Conduta e suas implicações | 90 |
| 4 APLICAÇÃO DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS EM MATÉRIA AMBIENTAL | 95 |
| 4.1 A utilização dos Métodos Alternativos de Solução de conflitos entre o direito de propriedade e a Reserva Legal diante do Novo Código Florestal | 116 |
| 4.2 Artigos 66 a 68 da Lei 12.651/2012 e utilização dos métodos | 127 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS | 139 |
| REFERÊNCIAS | 143 |

INTRODUÇÃO

É fato público e notório que os tribunais estão abarrotados de processos e uma das graves consequências advindas dessa grande quantidade de lides ofertadas que requerem uma solução judicial é a morosidade da justiça. Processos tramitam durante vários anos antes mesmo de ter uma decisão de primeira instância.

A prestação jurisdicional eficiente e célere é um direito fundamental garantido pela Constituição Federal na medida em que não é crível fazer com que as partes aguardem mais de uma década para ver o conflito solucionado e o direito declarado.

Justiça tardia não é justiça, é incompetência estatal e violação aos princípios fundamentais. O cenário ilustrado não se circunscreve a lides complexas, cheias de perícias e decisões interlocutórias, mas engloba também casos simples, como ações de despejo e decretações de divórcio. Além da demora, a maioria dos processos judiciais incute nas partes um sentimento de vencedor e vencido, de tudo ou nada, que será carregado mesmo após a solução prolatada pelo magistrado.

Uma das possíveis saídas dessa verdadeira calamidade social é a aplicação dos métodos alternativos de resolução de conflitos, ferramentas eficientes capazes de solucionar conflitos de maneira mais célere e incutir um sentimento de justiça nas partes. Assim, pode-se afirmar que o judiciário deve estar para a solução de conflitos, assim como o direito penal está para a sanção, isto é, como *ultima ratio*.

No ramo do Direito Ambiental a situação em termos de lentidão é a mesma e ainda possui um agravante: geralmente a solução judicial é insuficiente para encampar toda a abrangência de um processo ambiental, visto que envolve recuperação da área degradada, indenização, procedimentos administrativos, soluções sociais, etc. Em todo processo que se discute a afetação e degradação do meio ambiente existe um grande leque de afetação, como alterações profundas nos meios ambientes natural, artificial e cultural. A indagação que se propõe é se é possível superar o paradigma da obrigatoriedade de solução judicial quando o conflito envolver meio ambiente por se tratar de direito indisponível.

O tema do presente trabalho ainda precisa ser muito debatido na doutrina e jurisprudência por conjugar o ramo do Direito Ambiental com outros institutos relativamente recentes e que possuem aplicação eficiente há pouco tempo – o dos métodos alternativos de resolução de conflitos. Nesse sentido, a importância deste estudo repercute especialmente na busca de se contribuir para a coexistência do paradoxo desenvolvimento / sustentabilidade,

visto que focará em área sensível ao tema: efetividade do judiciário frente às questões ambientais. Além disso, a presente pesquisa contribuirá para aliar a proteção do meio ambiente à regulação da atividade humana degradadora e para indicar possíveis saídas alternativas e eficientes.

Trata-se de um trabalho teórico e exploratório em que, para resolver o problema proposto, será feita uma investigação jurídica exploratória que inclui a consulta à legislação, livros, bem como a leitura de artigos. O procedimento metodológico adotado será o método indutivo, partindo de uma investigação e estudo de obras jurídicas, sociológicas, legislação atinente e jurisprudências ilustrativas.

Para se aplicarem os métodos alternativos em matéria ambiental, supostamente permeada de direitos indisponíveis e, portanto, a princípio, vedados pelo ordenamento, será preciso fazer no primeiro capítulo uma digressão pelo devido processo legal, particularmente o devido processo legal substantivo sob a análise da ponderação, proporcionalidade e razoabilidade. Deve-se dizer que o devido processo legal adjetivo, ou meramente processual, é insuficiente para se discutir a hipótese apresentada.

No segundo capítulo será apresentado o desdobramento do devido processo legal em substantivo e procedimental e debatida a questão da razoabilidade e proporcionalidade, de maneira a se perpassar pela adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu* que devem ser consideradas em todos os atos emanados do Estado, a fim de transpor os mandamentos do primeiro para a presente dissertação.

Já no terceiro capítulo será inserida a questão ambiental e discutida a possibilidade de se submeterem questões ambientais a soluções que não emanadas do poder judiciário. Será abordado o direito ambiental como direito difuso, inserida a questão da responsabilidade civil por dano ambiental, visto a especificidade da matéria. Ainda no capítulo três, alguns diplomas nacionais serão abordados.

No quarto capítulo serão tratados os métodos alternativos de solução de conflitos com perpasso pelos seus conceitos, sua evolução e aplicabilidade. Para desenvolver o tema de maneira esboçada será apresentada a efetividade do devido processo legal para além do poder judiciário.

Antes das considerações finais, serão descritas, no quinto capítulo, as aplicações dos meios alternativos em matéria ambiental e sua utilização no conflito entre direito de propriedade e sua função socioambiental. Em seguida, será problematizada a relativização do direito de propriedade em face da preservação e recuperação das áreas de reserva legal, especialmente as situações tratadas nos artigos 66, 67 e 68 do novo código florestal.

O marco teórico utilizado nesta dissertação é a teoria da Sustentabilidade de José Eli da Veiga (2005), cujos parâmetros permearão todo o trabalho e indicarão a conclusão acerca da hipótese proposta. Diretamente ligada a ela se encontra a resiliência ambiental, que diz respeito à capacidade do planeta em absorver os impactos causados pelo ser humano. Só haverá sustentabilidade se houver resiliência.

A hipótese aqui levantada será acerca da possibilidade de aplicação dos métodos alternativos de resolução de conflitos em matéria ambiental, especialmente no conflito entre o direito de propriedade nas áreas de reserva legal tratadas na Lei 12.651/12. A premissa a ser combatida é a indisponibilidade do direito ambiental que, por se tratar de direito difuso e não poder ser apropriado por ninguém, apenas gerido, não seria tolerável a transação ou negociação sobre ele.

A comprovação ou não da possibilidade e eficiência desses métodos, com respeito ao desenvolvimento sustentável nos parâmetros propostos por José Eli da Veiga (2005), poderá servir de alternativa ao abarrotamento do judiciário que poderá tratar apenas as lides que possam ser perfeitamente delimitadas e satisfeitas por uma decisão judicial e não possam ser submetidas a uma resolução alternativa. Dessa forma, a partir desses paradigmas, esta dissertação foi desenvolvida, tendo como objetivo adequar a eficiência dos métodos alternativos de resolução de conflitos, com o respeito ao devido processo legal substantivo e a hierarquia das normas no ordenamento jurídico brasileiro.

A dissertação procura abordar alternativas de solução de conflitos que envolvem a atividade humana com a sustentabilidade de maneira a fazer uma reflexão crítica sobre sua viabilidade.

1 O DEVIDO PROCESSO LEGAL COMO CONQUISTA EVOLUTIVA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Em tempos de pós-modernidade e ao entrar no século dos paradoxos, cumpre-se buscar a manutenção da coesão e conformação social dentro da normatividade existente, mas à luz da zetética inspiradora do direito.

Após o fracasso do Estado Liberal que permitiu que o princípio da liberdade não só prevalecesse no livre comércio, como servisse de justificativa para não intervenção estatal nas relações sociais, fato que culminou em profunda desigualdade, passou-se a busca, em um novo tipo de Estado, da segunda premissa da Revolução Francesa (1789): a igualdade.

Então emerge o Estado Social como paladino da igualdade e com a missão de prover os cidadãos de maneira igual. Ocorre que o excesso de intervenção do Estado na vida das pessoas começa a restringir sobremaneira a liberdade a ponto de se esquecer da primeira premissa da Revolução Francesa e de se suprimir indesejavelmente o livre arbítrio da sociedade.

Não é despidendo ressaltar, conforme indicado por Gracco e Rezende (2014, p.101), que em ambos os modelos de Estado há uma certeza de infinitude natural que o inseria num plano de descaso e desleixo.

Nessa esteira, a modernidade experimentou os excessos da autonomia privada, durante o Estado Liberal (século XVI / XIX), que ensejaram uma visão egoística na apropriação e utilização dos recursos naturais. Em contrapartida, os excessos da autonomia pública, durante o Estado Social (século XX), ensejaram uma visão estatalmente interventiva sobre os recursos naturais. Sendo que o ponto em comum desses contextos era a crença na inesgotabilidade dos recursos naturais. Sendo esses bens ambientais entendidos como “bens para si” (antropocentrismo radical).

Diante do paradoxo de que onde há plena liberdade repousará a desigualdade, mas que a igualdade subordina a liberdade, surge o Estado Democrático de Direito para buscar aplicar a solidariedade e a fraternidade, terceira premissa da Revolução Francesa que talvez tenha sido o embrião da ponderação de valores, em especial entre liberdade e igualdade, mas que foi esquecida pelos Estados Liberal e Social. É no Estado Democrático de Direito que transversalmente se inserem os direitos ambientais.

O Estado Democrático de Direito tem inegável sustentação nos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente garantidos, inclusive o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Baracho (2008, p.53) lembra que “a proclamação que advinha da

Declaração Francesa dos Direitos do Homem, em seu artigo 16¹, torna-se cada vez mais importante nos dias de hoje”.

Para Canotilho (2003, p.93) “o Estado Constitucional, para ser um estado com as qualidades identificadas pelo constitucionalismo moderno, deve ser um Estado de direito democrático”. Para o autor, as qualidades do Estado Constitucional são: ser um Estado de direito e ser um Estado democrático. Não se pode isolar nenhum dessas duas vertentes, visto que tal dissociação corresponde, em alguns casos, em “formas de domínio político onde este domínio não está domesticado em termos de Estado de direito e existem Estados de direito sem qualquer legitimação em termos democráticos”. Canotilho é categórico ao afirmar que o Estado constitucional democrático de direito “procura estabelecer uma conexão interna entre democracia e Estado de direito”.

Diante desses ensinamentos se faz a ilação de que a normatização deve estar sempre em consonância com as construções democráticas, pelo que sua cogência só possui legitimidade quando proteger ou limitar direitos democraticamente discutidos.

Ainda com o respaldo de Canotilho, cumpre transcrever seus ensinamentos a este respeito:

O Estado Constitucional moderno tem de estruturar-se como Estado de direito democrático, isto é, como uma ordem de domínio legitimada pelo povo. A articulação do “direito” e do “poder” no Estado constitucional significa, assim, que o poder do Estado deve organizar-se e exercer-se em termos democráticos. O princípio da soberania popular é, pois, uma das traves mestras do Estado constitucional. O poder político deriva do “poder dos cidadãos”. (CANOTILHO, 2003, p.98)

Habermas (2003, p.186) caminha no mesmo sentido quando assevera:

O substrato social, necessário para a realização do sistema dos direitos, não é formado pelas forças de uma sociedade de mercado operante espontaneamente, nem pelas medidas de um Estado do bem-estar que age intencionalmente, mas pelos fluxos comunicacionais e pelas influências públicas que procedem da sociedade civil e da esfera pública política, os quais são transformados em poder comunicativo pelos processos democráticos. (HABERMAS, 2003, p.186)

O devido processo legal é uma conquista evolutiva do direito e encontra sua afirmação máxima – do devido processo legal adjetivo e substantivo – no Estado Democrático de Direito.

Castro (1989, p.37) explicita que o devido processo legal teve seu início no direito penal como “um processo penal que seja justo, que assegure o contraditório e a ampla defesa

¹ As sociedades em que a separação de poderes não está assegurada e os direitos do homem não estão reconhecidos carecem de Constituição. (FRANÇA,1789)

dos acusados, além da igualdade das partes e a imparcialidade dos julgadores, requisitos esses que a falta importa em verdadeira denegação de justiça.” Daí para o direito civil e administrativo foi uma consequência natural da evolução da ciência do direito.

Tal princípio surge inicialmente como controlador dos atos do Estado que nem sempre eram razoáveis, especialmente no período absolutista em que os atos do monarca não estavam sujeitos a nenhum tipo de controle.

Conforme Carlos Roberto Siqueira Castro (1989, p.7) tal instituto surgiu há séculos:

Ao despontar na Idade Média, através da Magna Carta conquistada pelos barões feudais saxônicos junto ao rei João Sem Terra, no limiar do Século XVII, e embora inicialmente concebido como simples limitação às ações reais, estava esse instituto fadado a tornar-se a suprema garantia das liberdades fundamentais do indivíduo e da coletividade em face do Poder Público.

A Magna Carta dos saxônicos, escrita em latim e depois traduzida para o inglês, conforme Castro (1989, p.10), prescrevia em seu artigo 39 que “nenhum homem livre será dimensionado ou aprisionado, ou despojado de seus direitos ou bens, ou fora da lei ou exilado ou privado de sua posição de qualquer outra forma, nem procederemos com força contra ele, ou enviaremos outros para fazê-lo, a não ser pelo julgamento de seus iguais ou pela lei da terra”².

Esse foi o embrião do devido processo legal. Como lembra Castro (1989, p.10), embora a Magna Carta não tenha utilizado a expressão *due process of Law* (devido processo legal), esta, logo sucedeu a expressão *law of the land*.

Baracho corrobora tal assertiva ao conjugar as expressões e afirmar que “*law of the land* e *due process of law* examinadas conjuntamente, na Inglaterra e nos Estados Unidos, deram origem à construção jurisprudencial, com o objetivo de proteção aos direitos do indivíduo, em especial em matéria de garantias processuais.” (BARACHO, 1982, p.90)

A influência inglesa foi sentida já nas colônias da América do Norte e depois definitivamente incorporada pelo ordenamento dos Estados Unidos, país que prestou um grande serviço à evolução do instituto e cujo histórico será brevemente analisado pela presente dissertação.

Mas, o que é de decisiva importância na evolução do devido processo legal é que essa cláusula, sempre respeitável por sua relevância política-constitucional nas instituições saxônicas, ingressou desde o primeiro instante nas colônias inglesas da

² Tradução de: “No free man shall be sized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any other way, nor will proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgment of his equals or by the law of the land”

América do Norte (...) sob a ementa que viria consagrar em definitivo, ou seja, como a garantia do *due process of law*, mais tarde incorporada na Constituição da nascente federação dos Estados Unidos. (CASTRO, 1989, p.10)

A inspiração inglesa foi expressamente consagrada pelo direito americano logo nas primeiras emendas da Constituição da Filadélfia (1789), mais precisamente na 5ª, conhecidas como *Bill of Rights* dos Estados Unidos, ou Declaração dos Direitos dos Cidadãos dos Estados Unidos:

(...) se conclui que a cláusula do devido processo legal, intimamente associada à própria prerrogativa da revisão judicial e à independência do Poder Judiciário na partilha de competências orgânicas do Estado, esteve sempre latente no pensamento constitucional norte-americano, haurido e aperfeiçoado a partir das tradições jusnaturalistas do *Common Law* anglo-saxônico. Foi conseqüente, portanto, que no ensejo da confecção do *Bill of Rights* nos Estados Unidos, através das 10 primeiras emendas aditivas à Constituição da Filadélfia, se consagrasse expressamente essa garantia. (CASTRO, 1989, p.30)

Conforme Alexandre Araújo Costa, (2008, p.58), apesar da introdução do *due process* na 5ª Emenda, o entendimento era que significava uma garantia de um processo minimamente adequado, sem maiores significados, o que fez com que a jurisprudência se esquecesse do instituto por quase um século.

A 5ª Emenda era dirigida somente aos Poderes e às autoridades da União Federal e não se estendia sequer aos Estados e, ainda de acordo com Costa (2008, p.58), “Como o *Bill of Rights* estabelecia uma série de direitos e garantias individuais, a Suprema Corte podia implementar esses direitos fundamentais de forma direta, sem a necessidade de mediar essa aplicação por meio de referências ao *due process*.”

Cumpre transcrever a redação da 5ª Emenda:

Nenhuma pessoa será tida como responsável por um crime capital ou infame, a menos que sob acusação ou processo perante o grande júri, exceto em casos originados quando crimes militares ou em serviço em tempo de guerra ou perigo público; nenhuma pessoa será sujeita a mais de um julgamento pelo mesmo fato; ninguém será compelido em nenhum caso criminal a fazer prova contra si mesmo (princípio da não incriminação própria), nem ser privado da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal; ninguém será privado de sua propriedade para uso público sem a devida indenização³.(FILADÉLFIA, 1791, tradução nossa)

³ Tradução de: “No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a grand jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the militia, when in actual service in time of war or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation”.(FILADÉLFIA, 1791)

Já com a aprovação da 14^a emenda, em 1868, o devido processo legal começa a adquirir maior importância. A 14^a Emenda foi promulgada como uma medida integracionista e visou inicialmente revogar a decisão da suprema Corte no caso *Dred Scott v. Standford*, de 1857, em que um escravo não foi considerado cidadão e, por isso, não tinha legitimidade de postular em juízo. Essa emenda visou coibir uma atitude discriminatória e estender a cidadania a todas as pessoas nascidas nos Estados Unidos. (CASTRO, 1989, p.32)

Alexandre Araújo Costa indica que ela foi instrumentalizada para impor aos estados os direitos consagrados no *Bill of Rights*:

Entretanto, não foi promulgada quanto aos estados uma declaração de direitos que pudessem ser exigidos frente ao Judiciário. Com isso, a cláusula do *due process* passou a desempenhar uma nova função na jurisprudência da Suprema Corte, servindo como instrumento conceitual que possibilitava à Corte impor aos estados os direitos consagrados no *Bill of Rights*. Assim, desde o início do século XX, o *Bill of Rights* passou a funcionar como limite à discricionariedade das assembleias legislativas estaduais, na medida em que descumprir essa declaração de direitos passou a implicar uma violação à cláusula do *due process*. (COSTA, 2008, p.58)

Mais uma vez, a fim de ilustrar com o texto original da 14^a Emenda, transcreve-se sua redação:

Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde residem. Nenhum Estado deve fazer ou executar qualquer lei que restrinja os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem qualquer Estado privar qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal, nem negar a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição a igual proteção das leis⁴. (14^a Emenda, 1868) (tradução livre).

Surge, então, o *leading case do due process* na jurisprudência com o caso *Lochner*, julgado em 1905, quando se discutiu acerca de uma lei que fixava uma jornada máxima de trabalho para os empregados de padaria. A decisão da Corte foi que o devido processo legal garantia aos empregados a liberdade de contratar sua jornada de trabalho diário, sem intervenção do Poder Público.

Na jurisprudência da Suprema Corte, *Lochner v. New York* funciona como *leading case do substantive due process of law* porque nesse julgamento foram estabelecidos, pela primeira vez, os critérios pelos quais os atos estatais seriam avaliados. A Corte afirmou com todas as letras que, para que uma lei que interfira nos direitos individuais seja válida, "a lei deve ter uma relação direta entre meios e fins, e a finalidade mesma precisa ser apropriada e legítima". (COSTA, 2008, p.58).

⁴ All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the state wherein they reside. No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws. (14^a Emenda, 1.868)

Ocorre que o controle de adequação entre os meios e fins se revelou uma aplicação radical do devido processo legal e, nas palavras de Bernard Schwartz, citado por Costa (2008, p.72), “a Corte, ao aplicar o devido processo dessa maneira, chegou perto de exercer as funções de um ‘superlegislador’, colocando-se como um virtual supremo censor da sabedoria da legislação”.

A Suprema Corte americana então passou a não só fazer um controle sobre adequação entre os meios e fins, mas uma vigilância estrita sobre as finalidades da norma e passou um período rejeitando leis cujo conteúdo discordasse.

Costa (2008, p.71) reforça tal entendimento:

Com isso, percebemos que a Corte reconheceu a possibilidade de que os estados restringissem as liberdades individuais, desde que houvesse uma relação adequada entre fins perseguidos e meios instituídos pelas leis e que as finalidades mesmas pudessem ser consideradas adequadas e legítimas. Afirmou-se claramente os critérios a serem utilizados (adequação entre fins e meios e legitimidade dos fins)(...)

O voto dissidente, de Oliver Wendell Holmes, indicou o contraponto ao ativismo judicial exacerbado e pernicioso ao indicar que, antes da intervenção substancial no ato emanado do poder público, deveria ser feito um teste de razoabilidade, cuja leitura mais adequada deveria ser se um homem racional e razoável acreditaria que a lei é contrária aos princípios fundamentais e não interpretação teleológica drástica.

Em voto dissidente, o Justice Oliver Wendell Holmes contrapôs-se à opinião da maioria, considerando que deveria ser outra a pergunta a ser feita: pode ser dito que um homem racional e razoável [*rational and fair*] consideraria que a lei é contrária aos princípios fundamentais da Constituição? (COSTA, 2008, p.58).

No entanto, a semente plantada por Holmes permaneceu adormecida durante o período de radicalismo da Era Lochner, que durou de 1905 a 1937. Após 1937 houve seu declínio e o *due process* se aproximou da razoabilidade, nas palavras de Costa (2008, p.74):

(...) reduz-se a possibilidade de que a Corte invalide uma lei apenas por não concordar com os valores que seus membros professam, pois não se entende que o Judiciário deva avaliar a conveniência dos fins elegidos pelo legislador, mas apenas se há um mínimo de razoabilidade na relação entre os meios instituídos pela norma e os objetivos do legislador. Quanto aos fins, a Corte deve apenas verificar se são possíveis dentro dos quadros da Constituição, e não se são os mais adequados.

No entanto, mesmo após o fim da Era Lochner o devido processo legal não retomou sua importância de imediato. Devido à sua utilização desenfreada ele cedeu lugar a novos institutos que objetivavam a proteção dos indivíduos frente ao Estado, como o princípio da igualdade. É que o argumento para a utilização do *due process* se consubstanciava na defesa

dos direitos individuais, mas a sua má utilização fez com que fossem emanadas decisões que ao invés de proteger, os violava ainda mais.

Com a recusa da jurisprudência da Era Lochner, necessária para a aprovação do New Deal, o argumento do *due process* entrou em declínio. A legitimidade do *substantive due process* era derivada da necessidade de impor aos estados os direitos individuais. No entanto, quando a defesa dos direitos individuais passou a conduzir a soluções contrárias ao senso comum, ele perdeu grande parte de sua dignidade. (COSTA, 2008, p.83).

A retomada do *due process* se deu a partir da década de 1970 com o julgamento de Roe v. Wade em que a Corte enfrentou a alegação de inconstitucionalidade de uma norma texana que criminalizava o aborto, exceto em casos de risco de vida da mulher. A decisão citou que, apesar de não haver direito à privacidade explícito na Constituição, tal direito já havia sido reconhecido em jurisprudências anteriores e que seria amplo o suficiente para abranger o direito da mulher em terminar ou não a gravidez, mas que tal direito seria limitado temporalmente:

(a) Após o primeiro trimestre, a decisão sobre o aborto e sua realização deve ser deixada ao julgamento do médico da mulher grávida. (b) Após o primeiro trimestre, o Estado, promovendo seu interesse na saúde da mãe, pode, se assim escolher, regular o procedimento de aborto de formas que sejam razoavelmente relacionadas à saúde da mãe. (c) A partir do estágio de viabilidade, o Estado, promovendo o interesse na potencialidade da vida humana, pode optar por regular, e mesmo proscrever, o aborto, exceto quando ele é necessário, segundo um julgamento médico apropriado, para a preservação da vida ou da saúde da mãe. Consideramos que esse holding é consistente com os pesos relativos dos respectivos interesses envolvidos, com as lições e exemplos da história médica e jurídica, com a tolerância do *common law* e com as demandas dos profundos problemas dos dias atuais. (GUNTHER apud COSTA, 2008, p.88.)

A decisão se deu com base no argumento de que havia um direito constitucional à privacidade que, mesmo que não estivesse expresso no texto constitucional, foi construído jurisprudencialmente no *common law* e garantiu o direito de dispor do próprio corpo. (COSTA, 2008, p.90)

Costa (2008, p.90) lembra que a era pós-Lochner representou um especial avanço no devido processo legal substancial porque transcendeu a ligação única da sua aplicação em matéria de direitos de propriedade.

O direito americano, apesar de distinto do brasileiro, em especial por se tratar de sistema de *common law*, tem muito a ensinar sobre o devido processo legal pela profundidade que desenvolveu os direitos e garantias fundamentais.

Para se resumir a importância do devido processo legal, uma vez mais se recorre a Castro (1989, p.8):

Por sua galharda resistência à tormentosa evolução do Estado moderno, especialmente frente às transformações de fundo do Estado Liberal para o Estado dito Social ocorridas no presente século, a garantia do devido processo legal acabou por transformar-se em axioma permanente da comunidade política, investindo-se no papel de verdadeiro termômetro da validade dos atos estatais nas nervosas relações entre “Estado-indivíduo” e “Estado-sociedade”.

O devido processo legal é conhecido primordialmente por sua faceta procedimental – análise dentro da regularidade de um processo –, mas sua outra vertente, a substancial, é fundamental para a defesa social quanto a normas que respeitem formalmente seu processo legal, mas não se coadunem com os direitos e anseios da sociedade. Carlos Roberto Siqueira Castro (1989, p.7) ensina que “o devido processo legal em que radica a moderna concepção de legalidade pode ser considerado um dos mais antigos e veneráveis institutos da ciência jurídica”.

A seguir, destaca-se do breve histórico acima o devido processo substantivo para cumprir o objetivo da presente dissertação.

1.1 Divisão – procedimental/substancial

Netto (2000), de forma esclarecedora, destaca as duas faces – adjetiva e substantiva – do devido processo legal:

Duas são as facetas do devido processo legal, a adjetiva (que garante aos cidadãos um processo justo e que se configura como um direito negativo, porque o conceito dele extraído apenas limita a conduta do governo quando este atua no sentido de restringir a vida, a liberdade ou o patrimônio dos cidadãos) e a substantiva (que, mediante autorização da Constituição, indica a existência de competência a ser exercida pelo Judiciário, no sentido de poder afastar a aplicabilidade de leis ou de atos governamentais na hipótese de os mesmos serem arbitrários, tudo como forma de limitar a conduta daqueles agentes públicos).

Barros (2000, p.61) ensina que a fase adjetiva “significa uma garantia de ordem processual” às garantias e direitos fundamentais da sociedade e está ligado a “a uma exigência de legalidade, segundo a qual os atos de governo deveriam obedecer a determinada forma e procedimento para esse evitar prejuízos aos direitos individuais.”

Pela breve exposição histórica feita até o momento já se denota que o devido processo adjetivo não é suficiente para proteger os direitos constitucionalmente garantidos, visto que não é capaz de atingir o conteúdo dos atos do Estado. Por isso, de forma complementar e mais efetiva, surge o devido processo legal substantivo.

De acordo com a concepção originária e adjetiva da cláusula do devido processo legal, esta não visava a um questionamento da substância ou do conteúdo dos atos do Poder Público, em particular daqueles editados pelo Legislativo, razão por que essa garantia constitucional não logrou desde logo erigir-se em limitação do mérito das normas jurídicas, o que viria ocorrer mais tarde com a formulação da teoria do *substantive process of law*. (CASTRO, 1989, p.48)

Ocorreu então a evolução do devido processo legal da simples garantia processual a ser respeitado dentro da instância legislativa e executiva para um princípio substantivo, limitador dos mandamentos estatais que atinge o mérito das normas emanadas pelo Poder Público.

O devido processo como instrumento de controle dos atos normativos surgiu aliado à prerrogativa de revisão judicial dos atos administrativos do executivo e legislativo, como justificativa para a revisão pelo judiciário.

Esse princípio se torna um garantidor dos valores sociais. Quando do seu fortalecimento, em pleno Estado Liberal, o intuito era respaldar a liberdade e riqueza “que o Tribunal maior dos Estados Unidos passou a vislumbrar na cláusula *due process of Law* a fórmula feita sob medida para patrocinar a expansão da *judicial review*, a ponto de controlar a razoabilidade e proporcionalidade das leis e dos atos em geral”. (CASTRO, 1989, p.55).

A razoabilidade passa a ser uma diretiva interpretativa para verificar acerca da legalidade substancial dos atos emanados do Estado e não mero controle formal. Cristóvam (2007, p.202-203) indica que ela “permite alcançar o sentido finalístico da norma, a conformidade teleológica entre o ato praticado e o mandamento normativo. Não simples legalidade formal, em sentido estrito, mas a legalidade material – ou melhor -, a juridicidade das leis e dos atos administrativos.”

O judiciário passa a ser o defensor da sociedade frente a uma eventual norma autoritária e em desacordo com os desejos sociais. Nos dizeres de Castro:

O abandono da visão estritamente processualista da cogitada garantia constitucional (*procedural due process*) e o início da fase substantiva na evolução desse instituto (*substantive due process*) retrata a entrada em cena do Judiciário como árbitro autorizado e final das relações do governo com a sociedade civil, revelando o seu papel de protagonista igualmente substantivo no seio das instituições governativas. (CASTRO, 1989, p.55).

Cristóvam (2007, p.27), ao citar o modelo de Robert Alexy afirma que “o discurso jurídico racional exige a correção argumentativa das decisões judiciais, quando da resolução de colisões entre princípios constitucionais. A pretensão de correção da argumentação jurídica decorre da própria noção de racionalidade prática”.

Baracho (1982, p.90) retrata tal transmutação do devido processo legal como uma migração de uma garantia em face do juízo para uma igualdade de tratamento frente a qualquer autoridade. O autor aduz que tal ampliação propiciou a limitação constitucional dos poderes do Estado.

Já se mostrou alhures que a passagem do *due process* do direito penal para o direito civil e administrativo se deu de forma natural “em particular no que tange ao princípio do contraditório e da ampla defesa, num postulado de caráter substantivo, capaz de condicionar, no mérito, a validade das leis e da generalidade das ações do Poder Público”. (CASTRO, 1989, p.383).

O legislador passa a ter uma limitação formal e substancial a ser equacionada, quando necessário, pelo judiciário que funciona como última defesa da sociedade contra arbitrariedades.

Netto (2000) demonstra toda a força desse princípio ao indicar que se trata de competência a ser “exercida pelo Judiciário para afastar a aplicabilidade de normas com conteúdo arbitrário e desarrazoável e limitar a conduta do legislador.”

Lei que não atinge um fim legítimo é inválida, como tal devendo ser declarada, por força da garantia constitucional em exame.
Fato é que o entendimento atual do devido processo legal substantivo permite o controle de atos normativos disciplinadores de liberdades individuais até mesmo "não econômicas". Este princípio, em sua concepção substantiva, é fonte inesgotável de criatividade hermenêutica, transformando-se numa mistura entre os princípios da "legalidade" e "razoabilidade" para o controle dos atos editados pelo Executivo e Legislativo. (NETTO, 2000)

Historicamente, como limitador do mérito das ações estatais e utilizado pelos privatistas contra o Estado, o devido processo legal passa a ser garantidor da eficácia e legitimidade do Estado, tanto formal quanto substancial.

Não é o objetivo do presente trabalho fazer uma análise histórica do devido processo legal substantivo, mas apenas situá-lo para o desenvolvimento dos posteriores capítulos, pelo que maior aprofundamento pode ser feito por meio do livros de Carlos Roberto Siqueira Castro (1989) e outros citados nesta dissertação.

Luccon (2005, p.1) circunscreve a aplicação do *due process* na atualidade, especialmente como garantidor da realização dos direitos fundamentais, isto é, da sua aplicação efetiva e real, não se limitando a norma discutida estritamente no campo doutrinário.

A questão que se coloca hoje é saber como os princípios e as garantias constitucionais do processo civil podem garantir uma efetiva tutela jurisdicional aos direitos substanciais deduzidos diariamente. Ou seja, não mais interessa apenas justificar esses princípios e garantias no campo doutrinário. O importante hoje é a realização dos direitos fundamentais e não o reconhecimento desses ou de outros direitos.

Não há como conceituar o princípio do devido processo legal com toda amplitude que lhe cabe, nem estabelecer-lhe contornos que o aprisionem, visto que é uma garantia histórica. Nas palavras do Juiz Frankfurter citado por Castro (1989, p.56),

due process não pode ser aprisionado dentro dos traiçoeiros limites de uma fórmula... *due process* é produto da história, da razão, do fluxo das decisões passadas e da inabalável confiança na força da fé democrática que professamos. *Due process* não é um instrumento mecânico. Não é um padrão. É um processo. É um delicado processo de adaptação que inevitavelmente envolve o exercício de julgamento por aqueles a quem a Constituição confiou o desdobramento desse processo.

Como bem lembra Barros (2000, p.25-26), a aplicação do devido processo legal substantivo não pretende engessar o legislador democraticamente legitimado pela Constituição e nem de dilatar os poderes do juiz, “mas de evitar que aquele poder político chegue ao excesso de produzir lei desnecessária, casuística ou desarrazoada, realidade assente mesmo nas democracias consolidadas e que precisa ser considerada para merecer o devido controle.”

O *due process*, nas palavras de Cristóvam (2007, p.200), juntamente com o princípio da igualdade e ideal de justiça, “tornou-se instrumento importantíssimo na defesa os direitos individuais”, visto que “o controle de razoabilidade das leis e dos atos administrativos discricionários permitiu ao poder judiciário examinar os atos legislativos e administrativos sob o prisma da justiça, não só formal, mas, sobretudo, material.”

A questão que se insere neste momento é saber quando e como deve ser aplicado o devido processo legal substantivo sem que ocorram as intervenções judiciais nocivas ocorridas na era Lochner, ainda que ao ver de muitos doutrinadores, tal fase tenha sido parte de um processo histórico importante. Nos dizeres de Barros (2000, p.65) “até certo ponto compreensíveis em processo histórico em que se verifica a consolidação de um instituto jurídico da magnitude do controle jurisdicional de constitucionalidade.”

Canotilho alerta, porém, que:

o poder político democrático é o valor fundamental da constituição, pelo que o poder de fiscalização dos actos do legislativo pelo judicial deve ser sempre considerado como um mecanismo excepcional. Consequentemente, o controlo judicial em relação a decisões de órgãos politicamente responsáveis só admissível (e possível)

quando o texto, o elemento genérico da interpretação (vontade dos pais fundadores) e a delimitação constitucional de competências permitam deduzir uma regra clara que sirva de parâmetro seguro ao juízo de constitucionalidade. (CANOTILHO, 2003, p.1195)

Como se expôs de forma superficial até o momento deverá ser aplicada a razoabilidade no processo de análise do conteúdo normativo. Razoabilidade esta que possui tamanha importância que faz com que Costa (2008,p.32) afirme que “claro que consideramos que o problema da razoabilidade é vinculado à busca de legitimidade que marca o Estado Democrático de Direito.”

1.2 Devido Processo Legal Substantivo – Adequação/ Necessidade/ Aplicação (proporcionalidade *stricto sensu*)

O devido processo legal, para Castro (1989, p.77) é uma conquista, verdadeira “garantia que acabou por transformar-se num amálgama entre o princípio da “legalidade” e o da razoabilidade para o controle da validade dos atos normativos e da generalidade das decisões estatais.”

O devido processo legal é verdadeiro “postulado genérico de legalidade” que impõe ao Poder Público que compatibilize seus atos com a noção de “um direito justo”, ou seja, “um conjunto de valores incorporados à ordem jurídica democrática segundo a evolução do sentimento constitucional quanto à organização do convívio social”. (CASTRO, 1989, p.152)

O autor reverbera que a norma, pela moderna teoria constitucional, não pode ser “arbitrária, implausível ou caprichosa” e deve ser um instrumento de realização das finalidades constitucionais válidas. Existe uma “receita de coerência e de plausibilidade na atuação do editor normativo” (CASTRO, 1989, p.158-159).

Cristóvam (2007, p.25), ainda na sua apresentação da obra, problematiza a questão de maneira a indicar a impossibilidade de separação total entre direito e valores humanos:

O modelo constitucionalista de teoria do Direito propõe um amplo redimensionamento da noção de sistema jurídico, a partir da estreita relação entre Direito e moral. O dogma positivista da separação entre as questões jurídicas e morais é superado pela construção de uma concepção aberta e dinâmica de ordenamento jurídico, onde os elementos do discurso prático são incorporados ao Direito pela via dos princípios jurídicos.

A busca a ser feita por uma “investigação constitucional” deve conjugar os princípios da isonomia com o devido processo legal “num feixe de proteção contra as normas e toda

sorte de decisões arbitrárias (irrazoáveis e irracionais) do Poder Público”. (CASTRO, 1989, p.159).

Cristóvam é enfático em sua defesa dos princípios fundamentais como normas que sustentam o ordenamento jurídico:

Os princípios fundamentais são normas que sustentam todo o ordenamento jurídico, tendo por função principal conferir racionalidade sistêmica e integralidade ao ordenamento constitucional. Podem ser expressos mediante enunciados normativos ou figurar implicitamente no texto constitucional. Constituem-se em orientações e mandamentos de natureza informadora da racionalidade do ordenamento e capazes de evidenciar a ordem jurídico-constitucional vigente. Não servem apenas de esteio estruturante e organizador da Constituição, representando normas constitucionais de eficácia vinculante na proteção e garantia dos direitos fundamentais. (CRISTÓVAM, 2007, p.69).

Como bem lembra Baracho (1982, p.90) ao citar Pound o “due process of Law” é um “standard”, pelo qual se guiam os tribunais, e, assim sendo, deve-se aplicá-lo tendo em vista circunstâncias especiais de tempo e de opinião pública em relação ao lugar em que o ato tem eficácia.

De maneira vulgar e leiga, a resposta para aplicação do devido processo substancial é verificar se determinada norma é razoável ou não; proporcional ou não. No entanto, como critérios norteadores sobre seu significado podem ser definidos?

O viés não pode ser o positivista, visto que tal visão engessaria a aplicação do devido processo legal substantivo, conforme lembra Costa:

O paradigma positivista reduz os problemas de legitimidade a questões formais: toda questão de legitimidade é reduzida a uma questão de vigência. Esse viés positivista que permeia o senso comum exige da dogmática jurídica um grande apego ao formalismo, e esse apego às formas é visto como uma garantia fundamental para a manutenção da ordem e da segurança jurídica. (COSTA, 2008, p.28).

Costa (2008 p.74) ao citar Schwartz estabelece a indagação a ser posta diante de uma norma editada: “Atualmente, o teste de razoabilidade envolve a resposta à questão: poderiam legisladores racionais ter entendido a lei como um método razoável de garantir a saúde, segurança, moral e bem estar da população”.

Historicamente pode-se identificar o surgimento da razoabilidade nos séculos XVIII e XIX como a *reasonableness* britânica, o *verhältnismässigkeit* prussiano, o *récourse pour excès de pouvoir* e o *détournement du pouvoir* franceses e o *eccesso di potere* italiano. Todos eles permitiram uma avaliação dos juízos de conveniência acerca dos atos dos agentes públicos, mas somente no início do século XX, com a ideia de *reasonableness* norte

americana, quando então a razoabilidade passou a ser aplicada quanto aos atos do legislativo. (COSTA, 2008, p.49)

O juiz passa a buscar os “limites do razoável” e aplica o *due process of Law* substantivo, já discorrido anteriormente. Legalidade formal do ato ou da instrução normativa não necessariamente significa legalidade substancial.

Na Europa, contudo, sua aplicação só é substancialmente impetrada após a Segunda Guerra Mundial, visto que, segundo Costa (2008, p.49), “um dos elementos que contribuíram para a ascensão do nacional-socialismo na Alemanha” e implantação da legislação nazista foi o poder ilimitado do poder executivo.

Ainda nos dizeres de Costa (2008, p.49):

Assim, no pós-guerra a Europa conheceu a expansão do controle de razoabilidade dos atos administrativos. Na Alemanha, a proibição do excesso [*Übermassverbot*] foi elevada à categoria de princípio constitucional; na França os atos administrativos começaram a ser invalidados com fundamento em *erreur manifeste d'appréciation*; na Inglaterra confrontaram-se com o limite da *manifest unreasonableness* e na Itália foram invalidados os juízos de manifesta *illogicità*, de *congruità* e *ragionevolezza*.

Sarmiento (2002, p.80) corrobora assertiva de Costa e reafirma que “a constitucionalização do princípio da proporcionalidade no direito continental europeu só veio a ocorrer após a Segunda Guerra Mundial, na Alemanha, como reação às barbaridades cometidas pelo legislador nazista.” Ainda que não se trate de um regime democrático a comparação serve de alerta aos riscos de um poder executivo ilimitado.

Barros (2000, p.23), ao versar sobre a conformação dos direitos e garantias fundamentais, lembra que para não transformar “uma justiça arbitrária em ‘justiça sob a forma da lei’” o poder judiciário faz uma releitura do controle de constitucionalidade e “reconhece novos limites ao poder legiferante.”

O princípio da razoabilidade dos norte-americanos se equivale à construção dogmática alemã *a posteriori* do princípio da proporcionalidade. Na verdade, no sentido dado no presente trabalho, as expressões se equivalem, ainda que a doutrina e a jurisprudência citem suas existências autônomas. (BARROS, 2000, p.57).

Barros (2000) inclusive cita que não há problema com o termo razoabilidade, mas indica que não pode se dissociar de racionalidade sob pena de se afastar uma argumentação técnica que justifique sua aplicação.

Cristóvam (2007, p.207) destaca a diferença em especial no que tange à evolução dos institutos:

Não obstante a proporcionalidade do Direito europeu estar intimamente ligado à razoabilidade do Direito estadunidense, em uma relação de identidade e reciprocidade, ambos apresentam pontos de distanciamento. Afora a diferente origem, há que se notar, ainda, uma considerável diferença de conteúdo. Enquanto aquela se consolidou em verdadeira máxima de ponderação, esta representa a evolução substancial do princípio do *due process of law*.

Sarmiento (2002, p.87) defende que os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, “conquanto decorrentes de matrizes históricas diferentes, na prática são fungíveis, pois almejam o mesmo resultado: coibir o arbítrio do Poder Público, invalidando leis e atos administrativos caprichosos, contrários à pauta de valores abrigada pela Constituição”.

Novamente recorrendo a Cristóvam, cumpre destacar a diferença na aplicação dos dois institutos:

Outro ponto que afasta a sinonímia entre razoabilidade e a proporcionalidade relaciona-se a sua estrutura e aplicação. Enquanto a primeira constitui-se em pauta que exige que os atos estatais sejam razoáveis, devendo apresentar adequação entre meios e fins, a segunda foi desenvolvida pelo Tribunal Constitucional alemão em três níveis independentes e que devem ser ordenadamente aplicados na análise da legitimidade das leis ou atos do Poder Público: a adequação, a necessidade e a ponderação. (CRISTÓVAM, 2007, p.196).

Por entender que a proporcionalidade do direito alemão foi mais bem parametrizada e que deve ser aplicada conjuntamente ao devido processo legal substantivo, tais expressões serão somadas doravante. Ainda que, para alguns autores, seu significado não seja idêntico ao do devido processo legal⁵, assume-se aqui que o devido processo legal se equipara à proporcionalidade e pode ser analisado juntamente aos pressupostos dessa.

Cristóvam (2007, p.206) declara que “não se pode, por outro lado, afirmar que a razoabilidade constitui-se em fundamento suficiente à aferição da validade de determinado ato, porquanto afora o vício de razoabilidade, outros podem contaminar a atividade legislativa e administrativa”. Esta seria a razão da sua conjugação com a proporcionalidade.

⁵ Costa (2008, p.166-167) ao citar Kommers, (1997) explicita que os casos em que o direito americano soluciona por meio do *due process of Law* são tratados na jurisprudência alemã pelo princípio da proporcionalidade. O *due process* já carrega uma ideia de adequação de meios e fins, que equivaleria ao subprincípio da adequação. Já no que tange ao subprincípio da necessidade é equiparado ao *strict scrutiny* com a exigência do *compelling public interest*. Por fim, o autor lembra que a exigência norte-americana de que os fins da norma sejam legítimos teria seu correspondente na proporcionalidade em sentido estrito.

A diferença entre o devido processo legal e a proporcionalidade seria que o primeiro, “manifesta preocupações semelhantes por meio de uma linguagem de teoria dos sistemas, buscando um equilíbrio de valores jurídicos — não de interesses políticos — que garanta a consistência do sistema jurídico, mais que a sua representatividade, enquanto a segunda teria o foco primordialmente político, com busca de interesse garantidor de legitimidade”.

Portanto, após o reconhecimento do devido processo legal como garantidor dos direitos individuais e embaixador do Estado Democrático de Direito, cumpre discorrer sobre sua efetivação e aplicação por meio do princípio da proporcionalidade.

Segundo a moderna teoria alemã da proporcionalidade, toda restrição de direitos precisa ser adequada, necessária e proporcional, no sentido que deve ser apropriada para a consecução dos fins da norma, deve limitar os direitos o menos possível e deve traduzir uma justa medida entre o interesse público e o direito limitado. (COSTA, 2008, p.52)

De maneira a interligar a compreensão da proporcionalidade ao próprio Estado Democrático de direito recorre-se uma vez mais a Baracho:

O princípio da proporcionalidade está vinculado, inicialmente, à própria ideia do Estado Democrático de Direito. Apesar do seu relacionamento com os autores de Direito Administrativo, acentua-se, cada vez mais, a sua aplicação em diversos campos do direito. Não é apenas um controle do poder discricionário, mas demanda fiscalização que permite censurar decisões arbitrárias, irracionais ou mal estruturadas, pelo que deve a Administração demonstrar aos administrados as justificações sérias e plausíveis de seus atos. (BARACHO, 2008, p.387)

Baracho (2008, p.390), ao versar sobre a legitimidade do controle judiciários dos atos da atividade administrativa ensina que “o controle jurisdicional ocorrerá para verificar se a decisão discricionária é objetiva e responde aos interesses gerais”. Além disso, para Baracho o ato deve atender “às várias alternativas possíveis”, inclusive “baseadas em critérios políticos, técnicos, econômicos e sociais, respeitando a razoabilidade e a proporcionalidade, com o balanço dos custos e benefícios”. Ainda para o autor (2008, p.393), “a proporcionalidade jurídica é considerada como decorrente da exigência de uma relação lógica e coerente entre dois dos vários elementos. As ideias que veiculam estão contidas em conceitos como racionalidade, necessidade, normalidade, harmonia e equilíbrio”.

Deve-se dizer que o princípio da proporcionalidade não abandona critérios lógicos de hierarquia das normas, mas que atuará justamente quando elas forem insuficientes para solucionar conflitos que envolvam premissas que não podem ser solucionadas pelos métodos hermenêuticos tradicionais.

Esse instrumento europeu é considerado uma técnica mais segmentada do que a razoabilidade – adequação de meios e fins – mas, na verdade, eles se complementam, visto que esta busca uma interpretação de ponderação entre o fim, objetivo e a medida adotada, enquanto àquela analisa adequação, necessidade e proporcionalidade da medida a fim de se averiguar sua real idoneidade. A técnica da razoabilidade busca uma análise ponderada diretamente entre o meio adotado e a finalidade da norma, enquanto a proporcionalidade parte

da confrontação da real necessidade, da análise do método adequado, até chegar na ponderação com alternativas menos invasivas ou limitadoras do direito fundamental.

De toda sorte, é inegável que a aplicação de maneira desregrada pode resultar nos erros históricos da era *Lochner* do direito americano e proporcionar uma grande insegurança jurídica. Gilmar Mendes (2001, p.1) demonstra sua preocupação e chama atenção para a importância do controle de constitucionalidade hodierno em analisar o “vício inconstitucional substancial” que deve ser aferido pela compatibilidade da lei com seus fins ou de “constatar a observância do princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeitsprinzip*), isto é, de se proceder à censura sobre a adequação (*Geeignetheit*) e a necessidade (*Erforderlichkeit*) do ato legislativo”.

Gilmar Ferreira Mendes (2001, p.3-4) assim descreve o princípio da proporcionalidade:

A doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade.

Essa nova orientação, que permitiu converter o princípio da reserva legal (*Gesetzesvorbehalt*) no princípio da reserva legal proporcional (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*), pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para consecução dos objetivos pretendidos (*Geeignetheit*) e a necessidade de sua utilização (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*).

Para se aplicar a proporcionalidade deve-se primeiro verificar um juízo de adequação da medida adotada para alcançar o objetivo que ela se propôs.⁶ Nesse sentido Mendes (2001, p.1) constata: “O subprincípio da adequação (*Geeignetheit*) exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos”.

Já Sarmiento (2002, p.77) afirma que “o princípio da proporcionalidade visa, em última análise, a contenção do arbítrio e a moderação do exercício do poder, em favor da proteção dos direitos do cidadão.”

Para Costa (2008, p.136) a adequação seria uma “exigência de conformidade” entre meios e fins segundo a qual todos os atos devem ser apropriados para sua realização com as “finalidades a ele subjacentes”.

Seria um julgamento de pertinência lógica, mas que não está isento de problemas, visto que a norma pode ser adequada parcialmente ou totalmente, o que dificultaria sua exclusão do arcabouço normativo. Também haverá a indagação se a adequação deve ser feita

⁶ Conforme Barros (2000, p.76).

quando da confecção da norma ou da sua aplicação no futuro, já que pode ter perpassado muito tempo da sua edição.

Para Barros (2000, p.78), tal problema cronológico seria um processo inclusive de “inconstitucionalização da providência legislativa, decorrente de vários fatores, principalmente da mudança das relações fáticas.”

Habermas, ao versar sobre o discurso, prevê uma interpretação constitucional inspirada em valores que possam superar os “desafios históricos cambiantes”.

O discurso de autoentendimento ético-político dos cidadãos encontra sua manifestação concentrada numa jurisprudência constitucional orientada por valores, que se apropria hermeneuticamente do sentido originário da constituição, na medida em que atualiza criativamente desafios históricos cambiantes, opondo-se ao sentido originário. (HABERMAS, 2003, p.320).

Diante disso, é imprescindível uma complementação à adequação com o subprincípio da necessidade que, nos dizeres de Mendes (2001, p.3-4) “significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos.” Isto é, só é necessário aquilo que não puder ser alcançado por um meio menos gravoso ou oneroso. Para Costa (2008, p.136) tal subprincípio é o “direito do cidadão à menor restrição possível ao seu direito”. Já Barros (2000, p.79) explica que “o pressuposto do princípio da necessidade é o de que a medida restritiva seja indispensável para a conservação do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, menos gravosa.”

Esse segundo pilar da proporcionalidade indica que só pode ser necessária uma violação a direito individual se não for possível atingir o objetivo normativo por outra maneira menos pesada para o indivíduo ou à sociedade em si.

Ocorre que, como bem lembra Barros (2000, p.82-83), em muitas oportunidades os juízos de adequação e necessidade são insuficientes para se aferir a justiça da medida restritiva editada para determinada situação “porque dela pode resultar uma sobrecarga ao atingido que não se compadece com a ideia de justa medida”. Diante disso, surge o último pilar da proporcionalidade *lato sensu*, o da proporcionalidade *stricto sensu* que remete a uma ideia de equilíbrio entre “valores e bens” e indicará se “o meio utilizado encontra-se em razoável proporção com o fim perseguido”.

Objeto do próximo subitem, a proporcionalidade *stricto sensu* “encontra seu verdadeiro sentido quando conectada aos outros princípios da adequação e necessidade e, por

isso mesmo, representa sempre a terceira dimensão do princípio da proporcionalidade.” (BARROS, 2000, p.84)

1.3 Proporcionalidade *stricto sensu*

A proporcionalidade se subdivide metodicamente de maneira menos subjetiva que o devido processo legal substantivo. Cristóvam (2007, p.211) a descreve da seguinte maneira:

A proporcionalidade é uma máxima, um parâmetro valorativo que permite aferir a idoneidade de uma dada medida legislativa, administrativa ou judicial. Pelos critérios da proporcionalidade pode-se avaliar a adequação e a necessidade de certa medida, bem como se outras menos gravosas aos interesses sociais não poderiam ser praticadas em substituição àquela empreendida pelo Poder Público.

Já no que tange à proporcionalidade em sentido estrito, Cristóvam (2007, p.220) afirma que sua “atuação levada a cabo deve estar afinada com a ideia de ‘justa medida’. Os meios utilizados devem guardar razoável proporção com o fim almejado, demonstrando um sustentável equilíbrio entre os valores restringidos e os efetivados pela medida limitadora.”

Em um sentido menos técnico e criterioso, a proporcionalidade *stricto sensu* seria a razoabilidade após a análise de adequação e necessidade, mas, como a evolução do devido processo legal substantivo possui uma carga histórica rica e cheia de conteúdo, não se pode desprezá-lo e simplesmente considerá-lo abarcado por este subprincípio da proporcionalidade.

Não é outra a opinião de Cristóvam:

Levando em conta a estrutura técnico-jurídica, pode-se dizer que a razoabilidade corresponde ao primeiro dos três níveis que compõem a proporcionalidade, a exigência de adequação, de relação lógica e ordenada entre os meios empregados e os fins perseguidos. Desta forma, resta imperioso admitir a maior amplitude da proporcionalidade, que não se esgota na análise da compatibilidade entre meios e fins. (CRISTÓVAM, 2007, p.196).

Sarmiento (2002, p.89) indica que tal subprincípio “convida o intérprete à realização de autêntica ponderação”. Seriam colocados em uma balança, de um lado, os interesses protegidos com a medida e, de outro, os bens sacrificados por ela. E, conclui, “se a balança pender para o lado dos interesses tutelados, a norma será válida, mas, se ocorrer o contrário, patente será a sua inconstitucionalidade”.

De toda sorte, cabe ao judiciário aplicar o *due process* e a proporcionalidade de maneira a se ponderar inclusive no que tange à proporcionalidade em sentido estrito de acordo com o caso concreto. Precisamente, nas palavras de Cristóvam:

O judiciário, quando da análise de uma medida restritiva de direitos dos cidadãos, sob o prisma da proporcionalidade em sentido estrito, deve exercer um juízo de ponderação entre o direito efetivado pela providência e aquele por ela restringido, a fim de averiguar acerca da sua justiça. Deve o juiz valorar, segundo circunstâncias e peculiaridades do caso concreto, se a medida obteve um resultado satisfatório e se o direito limitado deveria sucumbir frente ao efetivado, em uma relação de precedência condicionada. Como se pode inferir, a valoração das circunstâncias demanda um considerável juízo subjetivo. (CRISTÓVAM, 2007, p.220).

Ainda de acordo com o autor, cabe ao judiciário analisar a situação concreta e averiguar se foi ou não violado um direito fundamental que deveria prevalecer naquele caso. A ponderação deverá ser feita no sentido de se verificar se os resultados da aplicação da medida devem prevalecer sobre os direitos suprimidos por ela.

É dever do juiz, analisando as circunstâncias, ponderar acerca da proporcionalidade da restrição ao direito dos cidadãos, contrastando os resultados obtidos com a restrição efetuada, se proporcionais ou não. Pela máxima da ponderação dos resultados, deve-se examinar o grau de satisfação e efetivação daquele mandamento de otimização que a medida procurou atender. Quanto mais alto for o grau de afetação e afronta ao princípio limitado pelo meio utilizado, maior deverá ser a satisfação do princípio que se procurou efetivar. (CRISTÓVAM, 2007, p.222)

Toda interpretação jurídica deve se basear nos princípios jurídicos que não significam uma solução matemática ou mesmo de validade como no caso de conflito de regras, mas como instrumentos norteadores a serem equacionados nos casos concretos.

Fundamental, por outro turno, é a função argumentativa dos princípios constitucionais. Em razão da dimensão de peso que os caracteriza, os princípios não contêm respostas definitivas para as questões jurídicas sobre as quais incidem, mas apenas mandamentos *prima facie*, que podem, eventualmente, ceder em razão da ponderação com outros princípios. Por isso, diz-se que os princípios constitucionais apresentam-se com argumentos, ou pontos de vista (*topoi*), que têm de ser considerados no equacionamento dos *hard cases* do Direito Constitucional. (SARMENTO, 2002, p.55).

Certamente tal ponderação se dará mediante o confronto de princípios constitucionalmente protegidos de maneira a solucionar o choque entre eles.

Na resolução da colisão entre os princípios constitucionais devem ser consideradas as circunstâncias que cercam o problema prático, para que, pesados os aspectos específicos da situação, prepondere o princípio de maior importância. A tensão se resolve mediante uma ponderação de interesses opostos, determinando qual destes interesses, abstratamente, possui maior peso no caso concreto. (CRISTÓVAM, 2007, p.233-234)

Mais uma vez remetendo-se ao direito norte-americano, mais precisamente a sua constituição, cumpre repisar o versado por Baracho Junior (2008, p.54) que ressalta os

ensinamentos daquele país cuja experiência demonstrou a importância de aspectos “históricos, axiológicos e políticos na interpretação constitucional”.

A aplicação da proporcionalidade *stricto sensu* é a maneira de se garantir a compatibilidade dos textos normativos com os princípios constitucionais. O autor lembra que:

A compreensão da Constituição exige do intérprete a articulação dos diversos tipos de normas que a compõe – regras e princípios -, no sentido de se obter um sistema interno assente em princípios estruturantes fundamentais que, por sua vez, assentam em subprincípios e regras constitucionais concretizadoras destes princípios. (BARACHO JUNIOR, 2008, p.60).

Baracho Junior (2008, p. 65) afirma de forma peremptória que a concretização das normas constitucionais depende da verificação de sua aplicabilidade e eficácia.

Não se pode, porém, deixar tudo à discricionariedade do juiz, pois, como adverte Gilmar Mendes (2001, p.4), é possível que a ordem constitucional indique os critérios de avaliação e ponderação, mas “que a doutrina e a jurisprudência não se contentem com essas indicações fornecidas pela Lei Fundamental, incorrendo no risco ou na tentação de substituir a decisão legislativa pela avaliação subjetiva do juiz”.

A solução, para Mendes (2001, p.4), se concretiza com o subprincípio da necessidade, complementado pela proporcionalidade em sentido estrito que seria uma espécie de “controle de sintonia fina” a indicar o sentido de justiça na solução encontrada ou a determinação da sua revisão.

Costa (2008, p.166), com propriedade, afirma que “o limite mínimo aceitável de proporcionalidade — assim como de igualdade — não pode ser definido, a priori, pela própria norma. Como todo princípio, o seu domínio normativo atual somente é definido a partir da avaliação da situação particular, em um juízo de concretização”.

1.3.1 Razoabilidade – Interpretação

A evolução do devido processo legal substantivo culmina com a criação da máxima da razoabilidade que deve ser conjugada com a proporcionalidade para serem utilizadas pelo judiciário na interpretação dos atos públicos emanados do legislativo e executivo.

Pelas máximas da razoabilidade e proporcionalidade pode-se aquilatar a conformação das atividades legislativa, administrativa e judicial do Estado com os valores e interesses inscritos, expressa ou implicitamente, na Constituição. Constituem-se, portanto, em verdadeiros limites à atuação do Poder Público, exigindo-lhe a fiel observância não apenas da lei em sentido estrito – princípio da

legalidade estrita – mas de todo o ordenamento jurídico – princípio da juridicidade. (CRISTÓVAM, 2007, p.192)

Após perpassar pelos conceitos do devido processo legal substantivo e proporcionalidade *stricto sensu* há de se pontuar a aplicação dos institutos para a solução de conflitos. De certo, que não é possível aplicação do direito sem interpretação, visto que a leitura estrita é uma interpretação literal.

Baracho (2008, p.729) explicita que “a determinação do sentido e alcance das expressões do direito, processo que visa extrair da norma todo o seu conteúdo, realiza-se por meio da interpretação, que possui técnica e meios peculiares para ser atingidos os objetivos da hermenêutica”.

Não é possível solucionar conflitos por simples aplicação positivista estrita para conflitos que envolvam princípios, pelo que imperiosa a interpretação.

Segundo Baracho (2008, p.54) as normas constitucionais seriam dirigidas à realidade, pelo que a interpretação “deve ser orientada para sua efetividade, vigência prática e material”. Ainda conforme Baracho (2008, p.58), a consolidação do processo constitucional, já pontuado nesta dissertação como instrumento imprescindível para a realização dos direitos fundamentais, se deu pela aplicação, entre outros, das garantias abstratas e das cláusulas interpretativas.

As garantias abstratas, a direta aplicabilidade dos direitos fundamentais, as cláusulas interpretativas, a defesa do conteúdo essencial, as garantias concretas, a tutela judicial ordinária e a proteção específica dos direitos fundamentais, com os processos e procedimentos constitucionais, consolidaram o processo constitucional, fornecendo-lhe conteúdo adequado e efetivo. (BARACHO, 2008, p.82)

Interessante é o posicionamento de Baracho (2008, p.82) quando pontua que a interpretação exata é “aquela que exprime a exigência aprazível, sendo o direito uma manifestação da sociedade, com o objetivo de dar resposta aos problemas que ocorrem”. Para o autor, a interpretação feita pelo judiciário é chamada de “interpretação judiciária” e, em suas palavras, tem a seguinte importância:

O ordenamento jurídico assume valor concreto, por meio de sua aplicação à obra do jurista. São eles o filtro necessário para que o direito possa realizar sua função prática. Vem daí a importância decisiva da interpretação judiciária, que é o instrumento deste filtro na determinação da compreensão do que é concretamente o ordenamento. (BARACHO, 2008, p.93).

Mais uma vez cumpre recorrer a Baracho para integrar a interpretação com a evolução do devido processo legal percorrida nos tópicos anteriores:

A importância da interpretação judicial, através da evolução do emprego da cláusula do *due process of Law*, que é compreendida como restrição ao arbítrio do Legislativo, é revelada quando este *standard* é apontado como guia para os tribunais. Esta expressão serviu de fundamento para a construção de jurisprudência de proteção dos direitos do indivíduo, principalmente em matéria de garantias processuais, tema fundamental para configurar um sistema constitucional democrático. A moderna doutrina do *due process of Law* permitiu que o controle judicial não ficasse dentro de limites definidos e mencionáveis, variando a extensão em que a Corte apreciaria os casos que lhe fossem enviados. (BARACHO, 2008, p.749).

A interpretação decorre da necessidade em se aferir o sentido das normas, em especial as emanadas da Constituição, visto ser o diploma o guardião das garantias e direitos fundamentais e em especial da dignidade da pessoa humana.

O pluralismo de ideias existente na sociedade projeta-se na Constituição, que acolhe, através dos seus princípios, valores e interesses dos mais diversos matizes. Tais princípios, como temos visto no decorrer deste estudo, entram às vezes em tensão na solução de casos concretos. Assim, a ponderação de interesses consiste justamente no método utilizado para a resolução destes conflitos constitucionais. (SARMENTO 2002, p.97).

Para Canotilho (2003, p.1210-1211), esse sentido das normas se dá por meio da utilização de elementos interpretativos tais como “(i) do elemento filológico (= literal, gramatical, textual); (ii) do elemento lógico (=elemento sistemático); (iii) do elemento histórico; (iiii) do elemento teleológico (=elemento racional); (iiiii) do elemento genético”. O autor português leciona que a articulação desses fatores irá conduzir a uma interpretação jurídica (método jurídico) da Constituição e que possui dupla relevância, ser “ponto de partida para a tarefa de mediação ou captação de sentido por parte dos concretizadores das normas constitucionais” e “limite da tarefa de interpretação, pois a função do intérprete será a de desvendar o sentido do texto sem ir para além, e muito menos contra, o teor literal do preceito”.

Nas palavras do mestre:

A interpretação da constituição reconduzir-se-ia, assim, a um processo aberto de argumentação entre os vários participantes (pluralismo de intérpretes) através da qual se tenta adaptar ou adequar a norma constitucional ao problema concreto. Os aplicadores-interpretadores servem-se de vários tópoi ou pontos de vista, sujeitos à prova das opiniões pró ou contra, a fim de descortinar, dentro de várias possibilidades derivadas da polissemia de sentido do texto constitucional, a interpretação mais conveniente para o problema. (CANOTILHO, 2003, p.1211)

Como a subsunção e o silogismo não são suficientes para solucionar todos os conflitos, em especial choques de princípios, é preciso perpassar por outras técnicas de interpretação.

Conjugando o presente com os tópicos anteriores e sob a influência ainda de Canotilho (2003, p.1239), o teste de razoabilidade servirá para desvendar o “desvalor constitucional” de interesses pretensamente invocados como dignos de proteção em conflitos com outros. Ademais, servirá para afastar aqueles que não se enquadram na esfera de proteção constitucional. Ao lado dessa razoabilidade pode-se citar a adequação de meios e fins do devido processo legal substantivo americano e a adequação do princípio da proporcionalidade do direito alemão.

Maximiliano (1999, p.59) vai ainda mais longe, pois afirma que o ensino e a ciência não se limitam a procurar o sentido de uma regra e aplicá-la, “mas também, e principalmente, se esmeram em ampliar o pensamento contido em a norma legal à medida das necessidades da vida prática. Além do significado de uma frase jurídica, inquirem também o alcance da mesma”. O autor faz uma divisão entre a interpretação autêntica – que seria a originada de uma fonte jurídica que lhe dê força coativa – e a doutrinal, dominada pelo convencimento, mas afirma que a interpretação, na verdade, é uma só, que significa dizer, em suas palavras:

Considera-se o Direito como uma ciência primariamente normativa ou finalística; por isso mesmo a sua interpretação há de ser, na essência, teleológica. O hermenauta sempre terá em vista o fim da lei, o resultado que a mesma precisa atingir em sua atuação prática. A norma enfeixa um conjunto de providências, protetoras, julgadas necessárias para satisfazer a certas exigências econômicas e sociais; será interpretada de modo que melhor corresponda àquela finalidade e assegure plenamente a tutela de interesse para a qual foi regida. (MAXIMILIANO, 1999, p.151-152)

Maximiliano mostra preocupação não com eventual excesso de interpretação, o que é digno de atenção, mas de se ter um excesso de apego às palavras.

Entretanto, o maior perigo, fonte perene de erros, acha-se no extremo oposto, no apego às palavras. Atenda-se à letra do dispositivo; porém com a maior cautela e justo receio de sacrificar as realidades morais, econômicas, sociais, que constituem o fundo material e como o conteúdo efetivo da vida jurídica, a sinais, puramente lógicos, que da mesma não revelam senão um aspecto, de todo formal. (MAXIMILIANO, 1999, p.111).

A interpretação à luz do devido processo legal substantivo da proporcionalidade servirá em especial para a solução de conflitos principiológicos não solucionáveis pela exegese jurídica tradicional, mas, ainda assim, não se pode inferir uma conclusão escorregada para o caso concreto sem a aplicação da proporcionalidade em sentido estrito, ou ponderação.

A solução do conflito só pode mesmo ser pacificada de maneira satisfatória se decorrer da ponderação dos princípios envolvidos.

1.3.2 Ponderação e solução de conflitos

Ao diferenciar interpretação de ponderação, Canotilho (2003, p.1237) explicita que a interpretação começa “por uma reconstrução e qualificação dos interesses ou bens conflitantes procurando, em seguida, atribuir um sentido aos textos normativos e aplicar”. Já a ponderação visa à própria solução, já que elabora “critérios de ordenação para, em face dos dados normativos e factuais”, embasar uma solução justa do conflito.

Barcellos (2005, p.24-27) cita três maneiras de se compreender a ponderação. A primeira como “forma de aplicação dos princípios”, visto que “por meio da ponderação se vai sopesar a extensão de aplicação possível de cada princípio, considerando as possibilidades jurídicas e físicas existentes”. A segunda seria um modo de solucionar qualquer conflito normativo, relacionado ou não a aplicação de princípios. Para a autora é a que mais tem sido empregada, como “técnica geral de solução de aparentes tensões normativas” para “atingir a solução mais adequada”. Por fim, como “elemento próprio e indispensável ao discurso e à decisão racionais”.

Contudo, a autora não se filia a nenhuma das três correntes acima discorridas, de maneira a apresentar sua própria definição que indica tratar a ponderação de uma “técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas de hermenêuticas tradicionais”.

Trata-se de conceito que se aproxima do sentido que se quer dar na presente dissertação, visto que não permite uma aplicação ilimitada, mas que se mostra imprescindível diante de conflitos suficientemente importantes e que envolvam interesses tão caros à sociedade.

Do ponto de vista principiológico, a ponderação é, segundo Barcellos (2005) uma alternativa à subsunção, isto é, quando não for possível reduzir o conflito a uma única premissa maior. Ocorreria quando haveria mais de uma premissa maior válida e vigente e de igual hierarquia, mas que conduzissem a soluções distintas. Na verdade, a autora admite que a ponderação pode incidir em efeitos colaterais de risco, sendo desejável que a hermenêutica jurídica pudesse prescindir dela, mas isso não lhe parece ser possível.

Barcellos (2005, p.85) indica as diretrizes dos tribunais alemães para dirimir conflitos de direito fundamental:

- (i) quanto maior for a intensidade de restrição, mais significativos devem ser os valores comunitários que a justificam;
- (ii) quanto maior for o peso e a premência de realização do interesse comunitário que justifica a restrição, mais intensa ela poderá ser;
- e (iii) quanto mais diretamente forem afetadas manifestações elementares da

liberdade individual, mais exigentes devem ser as razões comunitárias que fundamentam a restrição.

Canotilho (2003, p.1241) discorre que a ideia de ponderação significa sopesar princípios a fim de se vislumbrar qual tem maior peso ou valor no caso concreto. Para ele, “harmonizar princípios equivale a uma contemporização ou transação entre princípios de forma a assegurar, nesse caso concreto, a aplicação coexistente dos princípios em conflito”.

Sarmiento (2002, p.103) lembra que nos Estados Unidos as decisões judiciais caminharam no sentido de se consolidar a doutrina das *preferred freedoms*, que significam um peso maior para as liberdades individuais – liberdade de expressão, religião, privacidade, etc – do que o conferido às liberdades econômicas. No entanto, o autor ressalta que ainda assim é admissível uma ponderação entre elas em um caso concreto.

De maneira a caminhar para sua aplicação ao direito ambiental, objeto desta dissertação, cumpre transcrever as palavras de Canotilho e Morato Leite a fim de ilustrar sua aplicação nesse ramo tão caro à humanidade:

A natureza de princípio conferida a muitas normas estruturantes da Constituição ambiental – princípio do desenvolvimento sustentável, princípio do aproveitamento racional dos recursos, princípio da salvaguarda da capacidade de renovação e da estabilidade ecológica, princípio da solidariedade entre gerações – obrigará a uma metódica constitucional de concretização particularmente centrada nos critérios de ponderação e de otimização dos interesses ambientais ecológicos. (CANOTILHO; MORATO LEITE, 2008, p.6).

Mendes (2001, p.4) ao conectar a ponderação à proporcionalidade adverte que “um juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (proporcionalidade em sentido estrito)”.

Sarmiento (2002, p.114) indica que em uma democracia, a escolha dos valores prevalentes deve se dar, em princípio, nas autoridades legislativas, que são quem foram erguidas a tal *status* pelo voto popular e que o judiciário só deve interferir nos atos legalmente emanados do legislativo quando forem manifestamente “desarrazoados ou quando contrariarem a pauta axiológica subjacente ao texto constitucional”.

O controle dessas decisões deve ser feito a partir da motivação expressamente fundamentada pelo judiciário para prolatar uma decisão, pois, segundo Sarmiento (2002, p.121), “é a partir da motivação que se torna possível controlar a ponderação de interesses, aferindo a sua razoabilidade, bem como a sua compatibilidade com a axiologia constitucional”.

Não é despidendo reforçar que a justificacão fundamentada da decisão está de acordo com a teoria do discurso de Habermas, pois respeita a ética comunicativa e permite uma interpretaçãõ da constituição de uma maneira compreensível e, de preferênciã, com a participaçãõ.

Costa (2008, p.142) explicita em um caso concreto com a soluçãõ por meio do terceiro subprincípio da proporcionalidade:

Como exemplo da utilizaçãõ jurisprudencial desse critério, podemos citar o Caso Lebach 202. Lebach participou de um assalto a um quartel das forças armadas alemãs, no qual vários dos soldados que estavam de guarda foram mortos ou feridos. Por esse crime, ele foi condenado a 6 anos de prisãõ, em um julgamento que atraiu bastante a opiniãõ pública. Alguns anos depois, às vésperas da sua liberaçãõ, uma rede de televisãõ planejou gravar um documentário baseado no crime. O programa usaria a fotografia de Lebach, seu nome e faria referênciã a suas tendências homossexuais. Sabendo disso, Lebach tentou impedir judicialmente a transmissãõ do programa, mas a decisãõ do Tribunal de Apelaçãõ de Koblenz não lhe foi favorável. Recorreu, entãõ, ao Tribunal Constitucional Federal que resolveu a questãõ utilizando os seguintes argumentos:

[Um] programa de televisãõ sobre a origem, execuçãõ e investigaçãõ de um crime que menciona o nome de um criminoso e contém uma representaçãõ de suas feições necessariamente toca a área dos seus direitos fundamentais garantidos pelo artigo 2 (1) em conjunçãõ com o artigo 1 (1) da Lei Fundamental. Os direitos ao livre desenvolvimento da personalidade e da dignidade humana asseguram para qualquer pessoa uma esfera autônoma para o desenvolvimento de sua vida privada e proteçãõ da sua individualidade.

Na resoluçãõ do conflito [entre a liberdade de imprensa e o direito de personalidade], deve-se lembrar que [...] ambas as previsões constitucionais sãõ aspectos essenciais da livre ordem democrática da Lei Fundamental, nenhum pode pretender precedênciã em princípio. [...] Em caso de conflito, deve-se harmonizar os valores constitucionais, se possível; se isso não puder ser feito, deve-se determinar qual interesse cederá frente ao outro, à luz da natureza do caso e suas circunstâncias especiais. E ao fazê-lo, devem-se considerar ambos os valores constitucionais na sua relaçãõ com a dignidade humana, enquanto núcleo do sistema de valores da Constituiçãõ. Conseqüentemente, a liberdade de imprensa pode ter o efeito de restringir as pretensões baseadas no direito de personalidade; no entanto, qualquer dano à “personalidade” resultante de uma transmissãõ pública não pode ser desproporcional à significaçãõ da publicaçãõ para a livre comunicaçãõ. [...] Deve-se considerar até que ponto o legítimo interesse a que serve a transmissãõ pode ser satisfeito sem uma invasãõ na esfera íntima de outras pessoas. [...] Na harmonizaçãõ de interesses [...] o interesse público em receber informações geralmente prevalece quando crimes atuais estãõ sendo noticiados. Se alguém quebra a paz ao atacar e ferir outros cidadãos ou os interesses públicos legalmente protegidos, ele não deve apenas sofrer a puniçãõ criminal estabelecida em lei; ele também precisa aceitar, por uma questãõ de princípio, que em uma comunidade que adere ao princípio de liberdade de comunicaçãõ, o público tem interesse em receber informações, através dos canais normais, sobre um ato criminoso que ele próprio tenha causado.

De qualquer forma, um programa de televisãõ sobre um grave crime que não é mais justificado pelo interesse do público em receber informaçãõ sobre eventos correntes pode não ser retransmitido se ele coloca em perigo a reabilitaçãõ social do criminoso. O interesse vital do criminoso a ser reintegrado à sociedade e o interesse da comunidade em reconduzi-lo a sua posiçãõ social original devem geralmente ter precedênciã frente ao interesse público em uma discussãõ posterior sobre o crime.

Canotilho (2003, p.1238) também ilustra sua obra com casos em que se deu a solução por meio da ponderação:

Um determinado indivíduo cometeu um crime grave (assassínio de sentinelas de um quartel militar) e por esse facto foi julgado e condenado a pena de prisão. Pouco antes do termo da sua pena e conseqüente regresso à liberdade e à sociedade, um canal de televisão anunciou a emissão de um filme-documentário sobre este caso. Reagiu o condenado argumentando que a passagem televisiva do filme implicava uma nova condenação pública, perturbando seriamente sua ressocialização. Replicou a estação de televisão com o argumento do direito e liberdade de informação. Não é possível metodologicamente estabelecer, de forma abstracta, esquemas de supra-infra-ordenação entre os direitos conflitantes dizendo que o direito à informação “pesa” mais do que o direito à ressocialização, ou vice-versa, afirmar que este último se sobrepõe ao primeiro é necessário um esquema de prevalência particular estabelecido segundo a ponderação dos bens em conflito e tendo em conta as circunstâncias do caso, por mais que procurassem, os juízes não encontravam na “interpretação” das normas constitucionais a solução para o conflito de direitos. O *balancing ad hoc* levou-os a considerar que nas exatas circunstâncias do caso (o “caso Lebach”) o direito à ressocialização prevalecia sobre o direito à informação.

Caso 2

No segundo caso, um outro indivíduo, também autor de um crime grave, estava em vésperas de julgamento público. No entanto, ancorado em relatórios médicos, invocou o risco de perder a vida (por enfarte) se fosse submetido a uma audiência pública de julgamento. O conflito entre o direito à vida e o direito /dever do estado de prossecução da ação penal colocou-se com toda a acuidade. Além disso, deveria ainda ter-se em conta o direito das vítimas a uma decisão judicial justa e eventual reparação. Era inútil prosseguir a rota interpretativa “batendo” nos textos para obter uma norma de decisão situativa. Impunha-se um balanceamento, uma ponderação para resolver a situação de tensão entre bens constitucionais. E o reconhecimento do direito ao adiamento do julgamento para a proteção do bem da vida (como foi o caso) não significa sempre um esquema de prevalência deste direito sobre o dever de prossecução da ação penal e o direito das vítimas a uma decisão justa e eventual reparação de danos.

O objetivo do presente tópico foi afirmar que, diante de colisão de princípios e, já antevendo os próximos capítulos desta dissertação, será necessária a interpretação que levará em consideração razoabilidade desenvolvida pelo direito americano e a proporcionalidade do direito alemão e, mais do que isso, a ponderação para conferir uma solução legítima ao litígio.

Na linha de raciocínio aqui seguida, a construção dos provimentos estatais deve respeitar a teoria do discurso de Habermas (2003, p.340) que afirma: “o tribunal constitucional precisa utilizar os meios disponíveis no âmbito da sua competência para que o processo da normatização jurídica se realize sob condições de política deliberativa, que fundam legitimidade”. Em outras palavras, seria a observância do devido processo legal substantivo e da proporcionalidade por meio do discurso que legitimaria ou não a supressão ou compressão de determinado princípio.

Luccon (2005, p 4) ao trazer tal discussão para o Brasil afirma:

No Brasil, no campo específico do direito processual, a regra do inc. LIV, do art. 5o, da Constituição Federal tem o valor supremo de demonstrar a indispensabilidade de todas as garantias e exigências inerentes ao processo, de modo que ninguém poderá ser atingido por atos sem a realização de mecanismos previamente definidos na lei.

A carta magna brasileira⁷ é peremptória ao afirmar que a nação deve ser fundada no respeito aos direitos e garantias fundamentais na busca de uma sociedade justa e igualitária, objetivos que só podem ser visados ao se perpassarem por várias colisões de direitos fundamentais como as que aqui foram ilustradas.

Caso exista alguma norma em desacordo com a razoabilidade, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, ela pode ser objeto de questionamento e invalidação. A presente dissertação visa averiguar a adequação dos métodos alternativos de solução de conflitos no direito ambiental e, em especial, discutir a legitimidade do artigo 1º da Lei de Arbitragem que limita a aplicação do instituto para litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Tal comando se consubstancia no impedimento legal de se transacionar em direitos indisponíveis, no presente caso, direitos ambientais.

A teoria de sociedade utilizada como marco teórico nesta dissertação é a teoria da sustentabilidade de José Eli da Veiga que traz, logo em seu prefácio, a inspiração de Ignacy Sachs para adequação dos instrumentos expostos até o momento em matéria de direito ambiental:

A sustentabilidade no tempo das civilizações humanas vai depender da sua capacidade de se submeter aos preceitos de prudência ecológica e de fazer um bom uso da natureza. É por isso que falamos em desenvolvimento sustentável. A rigor, a adjetivação deveria ser desdobrada em socialmente incluyente, ambientalmente sustentável e economicamente sustentado no tempo. (VEIGA,2005, p.10).

Ainda que José Eli da Veiga (2005, p.13) admita que o “‘desenvolvimento sustentável’ é um enigma à espera de seu Édipo”, em seu livro, o autor traz instrumentos importantes para se aferir um norte nessa busca. Tal busca é especialmente importante para se preservar o meio ambiente do planeta e permitir a continuidade da vida humana. Daí a importância da razoabilidade, proporcionalidade e ponderação da legislação que atinge o meio ambiente e permitirá a busca pelo fim das mazelas sociais.

⁷ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL, 1988).

Se a liberdade é o que o desenvolvimento promove, então existe um argumento fundamental em favor da concentração dos esforços de análise nesse objetivo abrangente, e não em algum meio específico ou alguma lista de instrumentos especialmente escolhida. O desenvolvimento requer que se removam as principais fontes de privação de liberdade: pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência de Estados repressivos. (VEIGA, 2005, p.34)

Veiga (2005, p.109-111) ao buscar explicar o que é sustentável aponta três teorias. A primeira entende que não existe dilema entre conservação ambiental e crescimento econômico, visto que defende ser factível combinar os dois institutos. O crescimento automaticamente geraria a conservação ou encontraria substitutos dos bens naturais que não prejudicariam a vida no planeta. Tal corrente é rechaçada pelo autor por não haver nenhuma evidência científica dessa possibilidade.

A segunda, pessimista, entende que é impossível conjugar crescimento com preservação, apontando como única solução que se atinja um crescimento zero, isto é, alcançar uma “condição estacionária” com melhora da economia apenas qualitativa.

O autor cita Nicholas Georgescu-Roegen para explanar sobre o aumento da entropia, que seria o resultado das atividades econômicas que, ao se aplicar a segunda lei da termodinâmica, transformam energia em formas de calor muito difusas e inutilizáveis. Isto é, a energia passa de disponível para não disponível, a ponto de no futuro a humanidade ter que apoiar seu desenvolvimento em uma retração, pelo que é urgente que o crescimento seja compatibilizado com a conservação da natureza.

Veiga também rejeita a segunda teoria por entender que o crescimento “zero” é completamente impraticável.

A terceira corrente propõe um “caminho do meio” que estaria entre a “fábula panglossiana e a fatalidade entrópica” que existe desde 1987, mas que Veiga afirma que ainda engatinha em termos de proposições.

Lemos (2008, p.34) caminha no mesmo sentido de José Eli da Veiga e atesta a dificuldade em se conferir uma forma jurídica ao conceito econômico de “desenvolvimento sustentável”. Para Lemos, seria uma “canalização dos modos de produção e de consumo de forma a preservar as capacidades de regeneração dos recursos naturais, ou seja, todos os processos que asseguram a reprodução do ser vivo”.

José Eli da Veiga defende que, mesmo de difícil definição e ainda uma quimera, o desenvolvimento sustentável deve servir de base para todas as políticas atuais e esperança para um planeta equilibrado no futuro:

Nada disso significa, portanto, que a noção tenha pouca utilidade. Ao contrário, deve ser entendida como um dos mais generosos ideais surgidos no século passado, só comparável talvez à bem mais antiga ideia de “justiça social”. (...) São partes imprescindíveis da utopia, no melhor sentido desta palavra. Isto é, compõem a visão do futuro sobre a qual a civilização contemporânea necessita alicerçar suas esperanças. (VEIGA, 2005, p.14)

Independente da teoria adotada ou mesmo da criação de novas, fato é que se terá de resolver o problema da finitude dos recursos naturais, sob pena de não haver vida humana no futuro.

Seja como for, a contradição entre o atual imperativo do crescimento econômico e a finitude dos recursos do planeta acabará por se resolver de alguma maneira. Impossível prever, entretanto, se essa solução decorrerá de uma governança cada vez mais esclarecida do desenvolvimento, de hecatombes provocadas por catástrofes ambientais, ou de alguma outra saída mais difícil de imaginar. (VEIGA, 2005, p.149)

Ademais, não se pode olvidar da resiliência planetária, ligada à capacidade de suporte do planeta sem que se comprometa às gerações futuras. A sustentabilidade ambiental “relaciona-se à capacidade de suporte, resiliência e resistência dos ecossistemas” (IPEA,2010, p.30).

De modo similar, o conceito de capacidade de suporte faz interação primária com o de resiliência: enquanto este está relacionado com a capacidade de regeneração dos ecossistemas, aquele se refere à quantidade de populações que o ecossistema suporta, sem comprometer os direitos de acesso e usufruto das futuras gerações, sejam humanas ou residentes em habitats naturais. (IPEA, 2010, p.21)

Ainda conforme publicação do IPEA (2010, p.21) os sistemas socioambientais são autorregulados e as “combinações das retroações provocadas por uma transformação ou de uma ação repercutem sobre os sistemas de forma diversa”.

A resiliência ambiental foi abordada inicialmente por Crawford Stanley Holling em 1973. Para o autor as mudanças ambientais sugerem que os sistemas naturais possuem uma alta capacidade de absorver alterações sem grande perturbação, mas essa característica resiliente possui limites⁸. A resiliência estaria ligada a uma medida de persistência de sistema e de sua capacidade de absorver mudança e perturbação, mantendo as mesmas relações

⁸ The whole sequence of environmental changes can be viewed as changes in parameters or driving variables, and the long persistence in the face of these major changes suggests that natural systems have a high capacity to absorb change without dramatically altering. But this resilient character has its limits, and when the limits are passed, as by the construction of the Roman highway, the system rapidly changes to another condition. (HOLLING,1973, p.7).

existentes anteriormente⁹. Holling (1973, p 17) destaca ainda que a resiliência estaria associada à estabilidade, na medida em que a primeira seria a persistência do sistema, ligada a sua capacidade de absorção e, a segunda, à capacidade do sistema de retornar a um equilíbrio.

O cenário ambiental impende ainda mais responsabilidade na tomada de decisões dos governos, visto que as alterações humanas têm ultrapassado a capacidade de resiliência do planeta, que não consegue descobrir um ponto de equilíbrio entre a atividade humana e os ecossistemas.

Trazendo para o âmbito desta dissertação, é imprescindível haver uma real troca de informações e participação da sociedade a fim de respaldar decisões importantes, que podem significar maior ou menor proteção ambiental, resiliência e equilíbrio, estando, no cerne, a questão das aplicações dos métodos alternativos de solução de conflitos. Ademais, a existência de legislação que atribua indisponibilidade aos bens difusos, frente ao Devido Processo Legal Substantivo, não é óbice intransponível se a solução significar respeito aos valores mais caros à sociedade.

(...) não há que se falar que somente o Estado possua deveres correlatos ao direito difuso e fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; ao contrário, o texto da Carta Fundamental brasileira é transparente ao impor a “todos” o dever de defender e preservar o meio ambiente em favor das presentes e futuras gerações. Pensar que o conteúdo constitucional vinculativo aos particulares constitui mero adorno é ignorar a perspectiva de efetividade dos direitos fundamentais, a qual se traduz condição sine qua non para o equilíbrio ambiental. (LIMA, 2010, p.34)

A mudança de perspectiva já vem sendo adotada, visto a necessidade de se obter respostas por novos métodos, já que as demandas sociais não são mais as mesmas. Segundo Sarmiento (2002, p.20), “as novas demandas sociais que se cristalizavam no mundo contemporâneo impunham uma concepção substantiva de justiça, que a compreensão formalista do fenômeno jurídico não tinha como abrigar”.

O autor afirma que “a análise da dinâmica do sistema judicial demonstra que nem sempre é a lógica formal que reina nesta seara, sendo imanente ao fenômeno jurídico a existência de certa dose de criatividade por parte dos seus operadores”. (SARMENTO, 2002, p.21).

Essa criatividade deve ser ordenada e sistematizada tanto quanto possível a fim de limitar as arbitrariedades e injustiças, pelo que o estudo do devido processo legal substantivo e proporcionalidade são fundamentais para se respeitar o estado democrático de direito. Até

⁹ But there is another property, termed resilience, that is a measure of the persistence of systems and of their ability to absorb change and disturbance and still maintain the same relationships between populations or state variables.(HOLLING ,1973, p.14).

porque, novamente recorrendo a Sarmiento (2002, p.23) “é difícil que qualquer controvérsia relevante no direito brasileiro não envolva, direta ou indiretamente, o manejo de algum princípio ou valor constitucional”.

Sarmiento (2002, p.174-175) cita interessante conflito ocorrido no julgamento da ADIN 39 do Distrito Federal na qual se impugnou uma lei que atrelava o reajuste da mensalidade de uma instituição de ensino proporcionalmente ao aumento percentual dos salários dos prestadores do serviço. Foram contrapostos os princípios da livre iniciativa econômica com a proteção do consumidor. O Supremo rejeitou e indicou que tal princípio deveria ser ponderado com outros como os da proteção do consumidor e justiça social que seriam atingidos em casos de aumentos abusivos. O autor conclui que o aresto indica implicitamente que a Constituição não admite qualquer mecanismo de controle de preços, mas apenas os que se revelam proporcionais aos interesses constitucionais.

Sarmiento (2002, p.183-188) aborda ainda a questão do exame de DNA para investigação de paternidade em que a recusa gera presunção da paternidade. A questão posta ao Supremo é se seria possível a condução forçada do réu para e obrigá-lo a fazer o exame. O autor cita duas decisões do STF (HC 71.374-4 e HC 76.0606) em que houve votos dissonantes em ambos os casos, no primeiro, a favor da condução forçada e, no segundo, contra, o que indica a necessidade de ponderação de valores no caso concreto que pode conduzir, mediante a peculiaridade do caso, a conclusões diferentes.

Por fim o autor cita a questão da quebra do sigilo bancário, clara violação ao princípio da intimidade e privacidade, mas que ponderada com outros valores pode ser deferida. (SARMENTO, 2002, p.188).

Antes de se adentrar no mérito da discussão acerca da indisponibilidade dos direitos que envolvem o meio ambiente, cumpre primeiramente ilustrar os métodos alternativos de solução de conflitos e averiguar seus pontos positivos que possam contribuir para a proteção ambiental e desabarrotamento do judiciário.

Em especial, no próximo capítulo, será abordado o termo de ajustamento de conduta que pode significar uma abertura administrativa à vedação de transação em matéria ambiental.

2 A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE SUSTENTÁVEL E A EFETIVIDADE DO DEVIDO PROCESSO LEGAL PARA ALÉM DO PODER JUDICIÁRIO

Antes de se adentrar nos métodos alternativos de solução de conflitos é preciso discorrer acerca da sua necessidade e delimitar o objeto do direito ambiental tratado, visto que

é imprescindível o desenvolvimento de conceitos como direito difuso e responsabilidade por dano ambiental para se caminhar para a aplicação ou não da solução alternativa de conflitos nessa seara.

O direito à razoável duração do processo é uma garantia fundamental e significa dar preferência aos meios e instrumentos que garantam, com respeito aos demais princípios fundamentais, a celeridade do deslinde do litígio. Assevera que é por isso que “cresce no Brasil o movimento pela desjudicialização de alguns tipos de conflitos, (...) além da simplificação dos procedimentos e desburocratização dos serviços públicos visando a desafogar o Poder Judiciário”. (CAPELLI, 2011, p.2).

Capelli (2011, p.3) questiona a eficiência do modelo hodiernamente praticado com o incremento da demanda do judiciário e a crise do Estado contemporâneo, visto que o atual modelo de acesso à justiça tem resultado em uma verdadeira “crise do Judiciário”.

Capelli (2011, p. 5) afirma:

O Estado já não consegue regular a sociedade e gerir a economia por meio de instrumentos jurídicos tradicionais e soluções do tipo binário (constitucional versus inconstitucional, legal versus ilegal, público versus privado, lícito versus ilícito, etc). Ademais, com o aumento incessante da procura pelo Judiciário há grande defasagem, especialmente quantitativa, impedindo-o de decidir de forma rápida, coerente e previsível.

Batista Júnior (2012, p.62) quando fala da crise do modelo administrativo burocrático indica que as atuais disfunções decorrem da consideração dos procedimentos e regras não como meios, mas como fins. O objetivo da burocracia se transformou no estrito cumprimento de normas internas.

Isso reflete que a Administração se esqueceu da eficiência e interesse público e que impende uma mudança:

Esboçado para um Estado de moldes liberais, baseado em aspectos controlísticos, calcados na hierarquia e no formalismo dos procedimentos, o modelo burocrático, no avanço do Estado Providência, onde o Estado amplia o seu papel e potencial de intervenção nos domínios econômico e social, começou a ruir, desnudando sua ineficiência frente à nova modelagem exigida da Administração Pública. O Estado Providência, em crise, vem assim exigindo uma revisão no modelo burocrático de AP, de forma a torná-lo mais eficiente. (BATISTA JÚNIOR, 2012, p.63-64).

O termo desjudicialização é explicado por Capelli (2011, p. 6) como um neologismo correspondente a uma reação jurídica contra o “excesso de demandas decorrentes do aumento da complexidade das relações sociais e da necessidade de ampliar o acesso ao judiciário para

acolher ações coletivas ou individuais”. Tal cenário desemboca em morosidade do sistema e gera busca por soluções alternativas.

A inefetividade do judiciário é ainda mais evidente em conflitos ambientais, que serão mais a frente tratados, mas que se faz necessário ilustrar já nesse momento com a constatação de Assumpção:

Nas decisões judiciais, infelizmente, em muitos casos, fica evidente a falta de técnica na apreciação do caso fático, sendo às vezes dispensada perícia ambiental, noutras, há inconsistência de dados para a construção de um laudo técnico claro e completo, resultando na inocência, por falta de provas, do agente. A constante falta de provas se dá em virtude do silêncio entendido como princípio (doutrinário) de que ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo. Este fato, amplamente conhecido e utilizado, inviabiliza o conhecimento da verdade pelo sistema probatório judicial. (ASSUMPÇÃO, 2012, p.25-26).

Diante da dificuldade do judiciário em atender a demanda social, Frade (2003) é ainda mais enfática ao indicar que é preciso o surgimento de um novo modelo de justiça, sendo tal conceito ligado à escolha das partes em submeter a sua demanda, seja ao judiciário, quer outro meio legítimo.

O Estado contemporâneo perdeu o monopólio da função de julgar, repartindo-a com os privados e a sociedade civil e entrando em parceria ou mesmo em concorrência com eles. Deste modo, afirma-se um novo modelo de administração da justiça, traduzido na criação de um sistema integrado de resolução de litígios que deve assentar na promoção do acesso ao direito e à justiça pelos cidadãos. Esse acesso à justiça deve ser entendido como o acesso à entidade (ou terceiro) que os litigantes considerem a mais legítima e a mais adequada para solucionar o seu conflito e proteger os seus direitos. Esse terceiro tanto poderá ser o tribunal como outra entidade que cumpra a mesma finalidade com eficiência e rigor. (FRADE, 2003, p.126).

Insta salientar que vivemos a chamada, por alguns autores, de “segunda modernidade” ou, por outros, de “modernidade reflexiva”. Nesse diapasão, cumpre-nos fazer uma análise conjuntural do nosso tempo, sendo certo que a visão hodierna a ser adotada é a holística, coletiva, global.

Ulrich Beck (1999) escreveu sobre a “sociedade de risco” e discorreu sobre as novas responsabilidades da humanidade diante das condições atuais da tecnociência e sua larga capacidade de destruição. Por isso, torna-se imperiosa uma ação global organizada e concomitante a fim de se evitar um futuro sombrio da humanidade na Terra, quiçá, inexistente.

George Schaller, em uma conferência sobre a biodiversidade e ecossistemas no ano de 1977, discursou: “Não podemos sustentar outro século como este”. Nicholas Gerogescu-

Roegen apontado como fundador da bioeconomia e um pessimista em relação ao atual ritmo do desenvolvimento humano que, a seu ver, culminará com a ausência de recursos naturais exploráveis e deixará nosso planeta para as amebas, fez uma constatação, ainda que catastrófica e talvez exagerada, mas que deve ser seriamente considerada: “A longo prazo, a economia será necessariamente absorvida pela ecologia” (GEROGESCU-ROEGEN *apud* VEIGA, 2005, p. 51).

O sentido aqui seria de que quando restassem poucos recursos, a ecologia suplantaria a economia por não se vislumbrar outra saída para a existência humana.

Tal fato é atestado por Carvalho (2011, p.193) que afirma: “O direito humano à proteção ambiental abrange um compêndio de direitos construídos no esforço para proteger o meio ambiente, bem como a vida humana e sua dignidade”. O autor ainda constata que a deterioração pode colocar em perigo tanto a vida das presentes quanto das futuras gerações. Cataclismos à parte, não podemos olvidar a seriedade da nossa atual conjuntura desenvolvimentista predatória.

Na Conferência da ONU realizada em Estocolmo¹⁰ em junho de 1972, em documento pioneiro acerca da proteção ao Meio Ambiente, já se observa o embrião da atual situação civilizatória e indica a preocupação quanto aos direitos intergeracionais, pois insere em seu Princípio 2¹¹ a necessidade de preservação dos ecossistemas naturais em benefício das gerações presente e futuras. Ao mesmo tempo, já admitia como inevitável e irrefreável o desenvolvimento, conforme o Princípio 8¹², que prescreve que o desenvolvimento econômico e social é indispensável para assegurar uma ambiente de vida favorável.

Carvalho (2011, p.161) indica que, após Estocolmo, a conscientização de que a proteção dos seres humanos depende da proteção do meio em que vivem vem aumentando. Há uma noção maior que o desenvolvimento humano e as condições satisfatórias de vida dependem de um meio ambiente não degradado. O autor enfatiza que a realização dos direitos individuais e sociais culmina com a preservação dos direitos de terceira geração:

Numa segunda abordagem, a proteção dos direitos humanos constitui um meio efetivo de se alcançar os objetivos de conservação e proteção ambiental. Assim, a plena realização de um amplo espectro dos direitos de primeira e segunda geração poderia construir uma sociedade e uma ordem política nas quais as reivindicações

¹⁰ Disponível em: www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/estocolmo.doc. Acesso em: 20 de março de 2014.

¹¹ Princípio 2: Os recursos naturais da terra incluídos o ar, a água, a terra, a flora e a fauna e especialmente amostras representativas dos ecossistemas naturais devem ser preservados em benefício das gerações presentes e futuras, mediante uma cuidadosa planificação ou ordenamento.

¹² Princípio 8: O desenvolvimento econômico e social é indispensável para assegurar ao homem um ambiente de vida e trabalho favorável e para criar na terra as condições necessárias de melhoria da qualidade de vida.

para a proteção ambiental seriam, provavelmente, levadas mais a sério. (CARVALHO, 2011, p.162)

Aceitando ou não o direito humano ao meio ambiente, fato é que não há direito humano sem ambiente ecologicamente saudável. Tal desenvolvimento deve vir aliado a novos métodos protetivos que possam conjugar a sustentabilidade ambiental defendida por José Eli da Veiga.

A Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento indica que o desenvolvimento sustentável “satisfaz as necessidades presentes, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir suas próprias necessidades”. (COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE, 1987)

Milaré lembra que já passou da hora de se efetivamente proteger o meio ambiente e tomar consciência do impacto da degradação ambiental, sob pena de não se respeitar a solidariedade intergeracional:

Numa sociedade em que a consciência e o exercício da cidadania são ainda débeis e vacilantes – como acontece na quase totalidade do território brasileiro – , as manipulações contra o meio ambiente, os abusos antiecológicos do poder, a discricionariedade e favorecimento ilícitos, a prepotência e o cinismo são facilmente constatáveis e passam batidos com carimbos e chancelas. O preço dos erros desses pecados públicos – o pesado tributo social da degradação ambiental – será pago pelos mais fracos e pela própria natureza, até que um dia as gerações de hoje e de amanhã sejam cobradas pela História. E não está descartado o dia fatal em que a natureza espoliada se rebele. (MILARÉ, 2013, p.151).

Carvalho (2011, p.81) indica que, pela capacidade de pensamento, a espécie humana é a consciência de Gaia. Tal faculdade confere ao homem “o dever de mitigar as consequências catastróficas previstas pelo curso atual de ação da humanidade, uma vez que a solução da crise ambiental depende das escolhas e decisões certas tomadas, hoje, pela população e seus governantes”. O autor responde à indagação de o que Gaia tem a ver com a humanidade e os direitos humanos com a simples palavra, “tudo”.

Para aqueles que pretendem apartar o meio ambiente dos direitos humanos, Carvalho (2011, p. 148) exemplifica que a degradação ambiental afeta diversas regiões e Estados de maneira a atingir um número indeterminado de pessoas e se trata de verdadeira violação aos direitos humanos. Vai além, afirma pela inseparabilidade dos termos:

A relação entre direitos humanos e proteção ambiental é bastante evidente e inegável. Sem um meio ambiente saudável ou ecologicamente equilibrado não se pode gozar dos básicos direitos reconhecidos pela Declaração Universal dos Direitos Humanos. A poluição generalizada da água, do ar e do solo, bem como a

contaminação dos alimentos, acarretam graves problemas à saúde e à sobrevivência principalmente das populações mais vulneráveis. (CARVALHO, 2011, p.156).

Dois princípios fundamentais do meio ambiente ganha especial força para a eficiência da proteção e legitimidade das decisões sobre os impactos humanos na natureza; o da informação e participação.

A Declaração do Rio de Janeiro enfatizou ambos em seu Princípio 10:

A melhor maneira de tratar questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo deve ter acesso adequado a informações relativas ao meio de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações sobre materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar em processos de tomada de decisões. Os Estados devem facilitar e estimular a conscientização e a participação pública, colocando a informação à disposição de todos. Deve ser propiciado acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que diz respeito à compensação e reparação de danos. (DECLARAÇÃO DO RIO, 1992)

Assumpção (2012, p.12) defende que a resolução de qualquer questão socioambiental deve envolver a sociedade como um todo, “a qual deve ter condições de participar do debate, não apenas de “corpo presente”, mas tendo condições de discussão, análise e decisão conjunta”.

Romeu Thomé (2013, p.79-80) afirma que quando a máquina estatal não consegue atender satisfatoriamente os anseios sociais a própria sociedade deve atuar. Para o autor, todos os membros da sociedade têm o direito e dever de participar das tomadas de decisões que afetem o meio ambiente.

Nesse sentido, a informação sobre o risco ambiental deve ser prestada de maneira clara e imediata:

Diante de risco significativo para a vida humana e para o meio ambiente a informação deve ser prestada imediatamente. A informação há de ser capaz de dar a dimensão do perigo captado pelo órgão informante, como deve dar sugestões válidas e aptas para um comportamento seguro dos informados. (MACHADO, 2006, p.93).

A lei 10.650/03 garante o direito à informação e o regula de forma a não se poder olvidar a importância do acesso público a planos e programas causadores de impacto ambiental:

O acesso público a políticas, planos e programas potencialmente causadores de impacto ambiental passou a ser garantido (lei 10.650/03). Havendo incerteza sobre a possibilidade de impacto ambiental, a solução é abrir para o conhecimento público políticas, planos e programas. Não obstante não ter a lei apontado a fase em que se deva dar acesso aos documentos referidos, é de se refletir sobre as vantagens da

presença participativa dos interessados, sendo a informação fornecida em todas as fases da formulação desses documentos. (MACHADO, 2006, p.208).

Antunes (2011, p.24-25) indica que boa parte dos autores de obras de Direito Ambiental reconhecem como princípio basilar o princípio democrático, que significa reconhecer o direito da população em opinar sobre as medidas que venham afetá-la do ponto de vista ambiental. Nos processos de licenciamento ambiental, devem estar presentes os princípios da informação e participação para deixar claras as consequências sociais e ambientais, tanto positivas quanto negativas.

Os métodos alternativos de solução de conflitos já são amplamente aplicados no direito internacional, pelo que merecem um olhar mais acurado a fim de se buscarem informações que possam aferir a sua eficiência. O direito comparado deve servir inclusive de inspiração para a interpretação. Nas palavras de Maximiliano:

O Processo Sistemático, levado às suas últimas consequências, naturais, lógicas, induz a pôr em contribuição um elemento moderníssimo – o Direito Comparado. Efetivamente, deve confrontar-se o texto sujeito a exame, com as disposições relativas ao assunto, quer se encontrem no Direito nacional, quer no estrangeiro; procura-se e revela-se a posição da regra normal no sistema jurídico hodierno, considerado no seu complexo. (MAXIMILIANO, 1999, p.131).

A jurisdição não dá segurança ambiental, visto que as próprias concessões estatais violam constantemente normas ambientais. Antunes (2003, p.44), ao versar sobre os contratos de concessão de exploração de petróleo afirma que são extremamente genéricos quanto à observância e respeito à legislação ambiental. Segundo o autor:

A principal desvantagem, seja para o contratante seja para o meio ambiente, é que as exigências ambientais a serem implementadas ao longo do contrato não ficam, desde logo, estabelecidas. Irão variar de acordo com os humores daqueles que, em determinado momento, exercerem as funções regulatórias ambientais.

É preciso nova consciência para que se busquem novos métodos:

Não há dúvida que a deterioração do ambiente global constitui uma ameaça à humanidade e fruição dos direitos humanos, a começar pelos direitos à vida e à saúde, todavia, ainda não se vislumbraram as respostas jurídicas apropriadas para enfrentar esse desafio. Nessa seara, destacam-se algumas alternativas, como a interpretação expansiva dos direitos humanos catalogados para incluir a dimensão ambiental, o fortalecimento dos direitos ambientais processuais, a consagração do direito humano ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o reconhecimento jurídico do valor intrínseco da natureza e a imposição de limitações ecológicas à fruição de determinados direitos humanos no contexto do desenvolvimento sustentável. (CARVALHO, 2011, p.182).

Com maior utilização dos métodos alternativos, em especial a arbitragem, a tendência é que as cláusulas tenham mais especificidade e menos obscuridade, a fim de se garantir uma decisão fundamentada e com a certeza de respeito aos comandos legais de proteção. Dessa forma, significará uma maior preocupação com o meio ambiente sem que esteja submetido a intempéries políticas que determinam os rumos das agências regulatórias.

Repisando o versado na introdução, a hipótese a ser verificada é acerca da possibilidade de aplicação dos métodos alternativos de resolução de conflitos – a serem desenvolvidos no próximo capítulo – em matéria ambiental, especialmente no conflito entre o direito de propriedade nas áreas de reserva legal tratadas na Lei 12.651/12. É preciso, depois de perpassar pelos capítulos anteriores, situar a hipótese na conjuntura da proteção ambiental aliada à efetividade do devido processo legal.

Nery (2010, p.37) alerta que, “assim, o regime jurídico aplicável para a defesa dos direitos metaindividuais é multifacetário, porquanto formado pelo conjunto das leis que cuidam dessa categoria de direitos, de modo a se complementar e se entrelaçar”. Dessa forma, quanto maior a gama legislativa de proteção e concretização dos direitos fundamentais e coletivos, melhor.

Um dos pilares para a aplicação do devido processo legal é o processo constitucional, que visa resguardar os direitos protegidos pela Constituição, em especial as garantias e direitos fundamentais. Baracho (1984, p.364) aduz que o devido processo “deve ser instrumento eficaz para fazer consagrar, respeitar, manter ou restaurar os direitos individuais e coletivos, quando lesados, através de qualquer fonte, seja ela do próprio poder, dos indivíduos, grupos ou mesmo de ordem econômica e social inadequada, à realização da dignidade humana”.

O autor vai além:

Em vista desta nova projeção do Estado contemporâneo, não basta a consagração dos meios de defesa da ordem pública, dando aos indivíduos as salvaguardas indeclináveis ao exercício das liberdades fundamentais. A sociedade contemporânea, ao solucionar os conflitos metaindividuais, deve criar instrumentos jurídicos novos, para atender a sempre crescente gama de reivindicações. (BARACHO, 1984, p.142).

A complexidade da modernidade, considerada por Zygmunt Baumann de “modernidade líquida”, requer que o direito acompanhe as mudanças sociais e continue a criar instrumentos eficazes de pacificação e realização social.

Baracho Junior (2008, p.35) corrobora tal assertiva e propõe inclusive uma alteração de paradigma, visto que o “o grau de complexidade a que as sociedades modernas chegaram

não mais permite que o Direito seja justificado a partir da autonomia privada, consoante o paradigma do Estado de Direito Liberal, nem a partir de uma autonomia pública no nível do Estado, conforme o Estado Social.”

Para tanto, a carta maior, a Constituição, editada com o intuito de resguardar o que é mais caro à sociedade, deve ser fonte emanadora e garantidora dos direitos fundamentais. As normas por ela determinadas são originárias do poder constituinte:

As normas constitucionais surgem do poder constituinte, organismo de criação constitucional, tido como poder político fundamental, no momento em que representa os valores essenciais da comunidade nacional, cristalizando-os em documento que passa a ser definidor da estrutura jurídica global. (BARACHO, 1984, p.355).

Dessa forma, uma norma infralegal pode se encontrar em desacordo com os ditames constitucionais e, por isso, deve ser extirpada do ordenamento. Baracho (1984, p.347) indica que “o Processo Constitucional move-se em abstrato, não para regular um direito, mas sim estabelecer a legitimidade de uma lei” e serve para atestar a conformidade constitucional de uma norma vigente.

Canotilho e Morato Leite (2008, p.9) afirmam que “o direito constitucional acompanha o esforço da doutrina no sentido de alicerçar a determinação jurídica dos valores limite do risco ambientalmente danoso através da exigência da proteção do direito ao ambiente segundo o estágio mais avançado da ciência e da técnica”.

Ao se vedar a utilização de arbitragem para direitos não disponíveis, a legislação se inclina por manter a dicotomia público/privada que não mais atende à complexidade das relações sociais. Infelizmente, como atesta Baracho Junior (2000, p.263) “A oposição interesse público/interesse privado, condenada por Cappelletti, tem marcado as concepções jurídicas modernas e dificultado o desenvolvimento de novas ideias, necessárias para que o Direito cumpra de forma adequada o seu papel na atualidade.”

Prade corrobora tal assertiva:

A rígida dicotomia interesse público/interesse privado, por certo, acarretava dificuldades doutrinárias. Exemplo clássico desse embargo era o direito de família, único agrupamento que o liberalismo jurídico preservou. A doutrina clássica sempre titubeou em classificá-lo como direito privado ou como direito público. (PRADE, 1987, p.29).

O autor Baracho Junior (2000, p.281), em livro que versa sobre sua tese de doutorado, conclui que já está claro que, dentro de um paradigma do Estado Democrático de

Direito, “o interesse público ou as pretensões de validade intersubjetivas não podem ser reduzidos em nível de Estado.”

Não é outro o entendimento de Vieira e Bredariol (2006, p.102-103) que defendem que os conceitos público e privado não se aplicam mais de maneira automática ao Estado e sociedade civil, pois hodiernamente existem esferas do “estatal-privado” e “social-público”.

Nosso sistema de governo indica justamente pela participação do povo. A constituição determina que o poder seja exercido para e pelo povo.

A democracia é um procedimento que possibilita, de diversas formas, a participação das pessoas no governo da sociedade. Foram expostas as diversas correntes doutrinárias sobre democracia nas mais diversas épocas. Nenhum dos autores deixa de apontar que a democracia é um procedimento de participação popular. (MACHADO, 2006, p. 49).

Ademais, a proteção de interesses difusos não pode deixar de lado a proteção dos direitos individuais, visto que, como bem lembra Antunes (2010, p.802), “a proteção ambiental não pode se resumir à proteção de interesses difusos da coletividade, pois quase sempre a violação de interesses difusos da sociedade implica violação de direitos privados de terceiros”. E, atesta:

É importante observar que a decisão de questões ambientais pelo caminho do direito privado tem sido muito relevante em nosso ordenamento jurídico, pois os tribunais judiciais, quase diariamente, decidem ações propostas com base no direito de vizinhança (artigo 1.277 do CC), referentes à poluição sonora, fumaça, construções irregulares, poluição hídrica e outras formas de incômodos. É de se registrar que, em sede penal, tem sido quase rotineira a prática de transações entre o Ministério Público e infratores da legislação ambiental, quando o delito é de pequeno potencial ofensivo, conforme admitido pela Lei 9.099/95. (ANTUNES, 2010, p.804).

Em matéria ambiental, que trata de direitos metaindividuais, a complexidade impende ainda mais um novo paradigma para enfrentar os problemas contemporâneos como proteção, recuperação e melhoria do meio ambiente, sendo necessário levar em consideração argumentos jurídico-positivos, morais, éticos e pragmáticos. (BARACHO JUNIOR, 2008, p.37).

Carmona (2012, p.15), ao se inspirar na teoria de Luhmann, indica que o direito se recria mediante seus próprios princípios, sua leitura particular. Ele é autorreferente, o que se permite alterar e, ao mudar, transforma a própria sociedade.

Apesar do fechamento operacional do processo estatal, ele não perde contato com as relações que o cercam por ter abertura cognitiva, pelo que Carmona (2012, p.42) faz um comparativo com o processo arbitral e conclui pela eficácia do segundo:

O fechamento operacional pode ser traduzido de forma mais simples com o método pelo qual um sistema trabalha. Talvez neste aspecto, então, o processo arbitral tenha até mais autonomia do que o processo estatal. (...) Da lei advêm princípios, basicamente, e algumas poucas regras voltadas a buscar um denominador comum mínimo (adequado) de devido processo legal. (CARMONA, 2012, p.44).

Ao trazer a discussão para o campo do direito coletivo, o que será mais bem abordado no próximo tópico, Carmona defende os métodos alternativos como forma de aproximação da adjudicação aos valores sociais tão complexos:

Não se pode considerar o processo coletivo sem uma enfática aproximação com os valores sociais. Para um enfrentamento adequado de tais novos direitos, decorrentes de complexos e múltiplos problemas de uma sociedade massificada, sendo voz corrente que o sistema processual individual não era suficiente, caminhou-se para um outro modelo, o sistema do processo coletivo. (CARMONA, 2012, p.35).

Carmona indica que, ao aceitar o processo arbitral como um sistema, ele permite cognitivamente de maneira mais eficiente a introjeção dos anseios das partes e ainda mantém comunicação constante com os direitos constitucionalmente garantidos:

Ademais, clara é a questão da abertura cognitiva do sistema processual arbitral no caso, na medida em que permitirá, com isso, o ingresso em seu microcosmo daquilo que as partes elegeram para atuar no resultado do processo arbitral. O fato de a parte poder escolher qual será o direito que deverá ser aplicado à questão substancial controvertida por si só demonstra o quão característico, sistemicamente, é o processo arbitral em relação ao estatal no tocante à relação com o direito material. (CARMONA, 2012, p.62).

E o autor continua:

O sistema do direito material influencia o sistema do processo arbitral, o que é sublimado pelo simples fato de que as partes podem eleger o direito material que será aplicável à solução do litígio (arts. 2º, § 1º, e 11, inc. IV da lei de arbitragem). Levará ao árbitro elementos que incidirão na conclusão final, conjuntamente a outros subsídios integrativos da norma (CPC, art.126), em demonstração de que o processo estatal contribui, com princípios, no processo arbitral. (CARMONA, 2012, p.63).

A ordem pública e princípios gerais do direito devem ser necessariamente respeitados pelo processo arbitral, em especial, os princípios de direito ambiental, mais especificamente, o da reparação integral.

Carmona (2012, p.76) lembra que a própria Lei de Arbitragem traz situações em que a participação do juiz togado é imprescindível, especialmente nos artigos 7 e 33¹³.

¹³ Art. 7º Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.

Diante do versado até o momento, é possível extrair que a modernidade demanda uma alteração na sociedade e em suas instituições, sendo necessário um auxílio ao poder judiciário em seu compromisso de entregar a “justiça”. Diante disso, os métodos alternativos surgem como um possível caminho. No entanto, antes de se adentrar neles, cumpre desenvolver conceitos importantes para a delimitação do direito ambiental a ser discutido mais à frente.

Dessa forma, nos próximos itens serão tratados os direitos difusos e a responsabilidade por dano ambiental a fim de averiguar se essas questões têm sido igualmente decididas e tratadas pelo judiciário, vislumbrar a abertura de algumas legislações ambientais, em especial o Código Florestal, para, em caso de conclusão positiva, se discorrer sobre os métodos e depois da sua efetiva aplicação.

§ 1º O autor indicará, com precisão, o objeto da arbitragem, instruindo o pedido com o documento que contiver a cláusula compromissória.

§ 2º Comparecendo as partes à audiência, o juiz tentará, previamente, a conciliação acerca do litígio. Não obtendo sucesso, tentará o juiz conduzir as partes à celebração, de comum acordo, do compromisso arbitral.

§ 3º Não concordando as partes sobre os termos do compromisso, decidirá o juiz, após ouvir o réu, sobre seu conteúdo, na própria audiência ou no prazo de dez dias, respeitadas as disposições da cláusula compromissória e atendendo ao disposto nos arts. 10 e 21, § 2º, desta Lei.

§ 4º Se a cláusula compromissória nada dispuser sobre a nomeação de árbitros, caberá ao juiz, ouvidas as partes, estatuir a respeito, podendo nomear árbitro único para a solução do litígio.

§ 5º A ausência do autor, sem justo motivo, à audiência designada para a lavratura do compromisso arbitral, importará a extinção do processo sem julgamento de mérito.

§ 6º Não comparecendo o réu à audiência, caberá ao juiz, ouvido o autor, estatuir a respeito do conteúdo do compromisso, nomeando árbitro único.

§ 7º A sentença que julgar procedente o pedido valerá como compromisso arbitral.

Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a decretação da nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei.

§ 1º A demanda para a decretação de nulidade da sentença arbitral seguirá o procedimento comum, previsto no Código de Processo Civil, e deverá ser proposta no prazo de até noventa dias após o recebimento da notificação da sentença arbitral ou de seu aditamento.

§ 2º A sentença que julgar procedente o pedido:

I - decretará a nulidade da sentença arbitral, nos casos do art. 32, incisos I, II, VI, VII e VIII;

II - determinará que o árbitro ou o tribunal arbitral profira novo laudo, nas demais hipóteses.

§ 3º A decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser argüida mediante ação de embargos do devedor, conforme o art. 741 e seguintes do Código de Processo Civil, se houver execução judicial. (BRASIL,1996)

2.1 Direito Difuso

Importante discorrer no presente tópico acerca dos interesses difusos com o objetivo de entender a razão de o meio ambiente ser considerado um bem difuso. Entretanto, antes de se adentrar no bem difuso é preciso perpassar por alguns conceitos que não se confundem com ele.

Um primeiro conceito seria o de interesses ou direitos individuais que são aqueles que importam a um indivíduo separadamente. É possível determinar precisamente o titular do direito ameaçado ou violado.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 81¹⁴, trata das defesas coletivas em face de violação de direitos individuais homogêneos, coletivos e difusos. Isso se dá em razão de o direito do consumidor ser uma proteção constitucional a um número indeterminado de pessoas hipossuficientes em relação aos fornecedores.

Direitos individuais homogêneos são aqueles que possuem origem comum e, ainda que em um primeiro momento não possam ser determinados, no futuro poderão ser identificados.

Já os direitos coletivos são muitas vezes confundidos com os direitos difusos, visto que atingem a um número indeterminado de pessoas, mas os termos devem ser distinguidos.

Prade (1987, p.47) é categórico ao relacioná-los e afirma que “se presente o vínculo associativo, a *affectio societatis*, como sucede nos interesses do grupo familiar ou nos interesses empresariais e corporativos, não se falará de interesses difusos. Estar-se-á no polo dos interesses coletivos”. O autor conclui que a diferença entre interesses coletivos e difusos se verifica na “existência ou não de vínculo associativo prévio e necessário”. (PRADE, 1987, p.48).

Expediente semelhante é extraído do artigo 81 do diploma do consumidor que identifica os direitos coletivos como aqueles que são “transindividuais, de natureza indivisível

¹⁴ Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”.(BRASIL, 1990)

Lemos (2008, p.95) indica que, reconhecido o meio ambiente como direito fundamental de terceira geração, conforme tratado alhures nesta dissertação, “forçoso identificá-lo com os interesses difusos, entre os quais se inclui o direito à qualidade ambiental”

Zavascki (2011, p. 33), ao explicar sobre os direitos difusos, ele os considera “transindividuais”, com indeterminação absoluta dos titulares, que “decorre de mera circunstância de fato”, indivisíveis, pois “não podem ser satisfeitos ou lesados senão em forma que afete a todos os possíveis titulares”, “insuscetíveis de apropriação individual e de transmissão”.

Abelha (2009, p.42) entende que todos são interesses coletivos *lato sensu*, mas que seriam subdivididos em “essencialmente coletivos”, que seriam os difusos e coletivos propriamente ditos e que os individuais homogêneos seriam os “ficticiamente coletivos”.

Prade (1987, p.49) acrescenta à definição de difuso quanto à lesão e indica que “o fato de ser difusa (disseminada) a lesão (prejuízo, dano) que faz tornar difuso o interesse das pessoas (em número indeterminado, atingindo às vezes comunidades inteiras) por aquelas alcançadas como expressão de uma sociedade de massas”.

Prade, ao escrever sua obra na década de 80, antes da Constituição da República de 1988 e do Código de Defesa do Consumidor, identificou outro aspecto dos interesses difusos – a conflituosidade.

Uma terceira característica dos interesses difusos é a sua potencial “conflituosidade”. Essa “conflituosidade”, abrangente, é herdeira das verticais mutações da sociedade tecnológica da produção e consumo de massa, pois provocaram tanto o surgimento da macro-empresa moderna, quanto uma crescente e onipresente atuação estatal. (PRADE, 1987, p.50).

O autor entende que a conflituosidade se encontra no superdimensionamento do Estado e as grandes corporações que possuem um grande poder em virtude do fator econômico. Isso faz com que Estado e empresas assumam posições homogêneas, titularizem objetivos comuns e valorizem certos interesses públicos em detrimento de outros. É de se ressaltar que tais fatos não se encontram somente no Estado Social, mas também e, especialmente, no atual Estado Democrático de Direito.

Ao final da sua explanação, o autor retorna ao ponto que entende fulcral quanto aos interesses difusos: a possibilidade de lesões em massa.

(...) a característica mais marcante dos interesses difusos, ou seja, a de serem passíveis de lesões em massa. Essa é a característica que confere aos direitos aos interesses difusos uma conotação coletiva e que, de outra parte, revela a principal carência em que hoje se situa a sua proteção jurídica: a falta de eficazes instrumentos para a tutela jurisdicional. (PRADE, 1987, p.53).

Vieira e Bredariol (2006, p.95) corroboram Prade ao afirmarem que o Estado foi principal gestor das políticas de desenvolvimento brasileiro desde o Estado Novo, “como planejador, empresário, investidor na produção de insumos industriais e infra-estrutura, tomador de recursos externos, financiador da iniciativa privada, prestador de serviços (educação, saúde, segurança etc.) e regulador da economia e das relações sociais.”

Mas destacam que esse Estado entrou em crise e reformas democráticas são demandadas. Atestam que, no campo ambiental, conquistas democráticas moderaram esse caráter autoritário do Estado na gestão da política, por meio da criação de órgãos colegiados com alguma representação na sociedade. Apesar de escrita em momento histórico distinto do atual, a obra desses autores mostra-se contemporânea ao abordar problemas tão atuais.

Já Abelha (2009, p.44) ensina que a diferença substancial está que, nos interesses difusos, os sujeitos são ligados pela a indivisibilidade do objeto e são indetermináveis e que nos interesses coletivos propriamente ditos existe não só a titularidade do mesmo objeto, mas seus sujeitos formam um grupo, uma categoria ou uma classe de pessoas. Seria, quando comparado ao interesse difuso, um interesse egoísta, visto que limitado ao grupo. Para Abelha (2009, p.48) esse egoísmo advém ontologicamente de que os interesses coletivos estariam ligados a um interesse privado de uma coletividade que se organiza para atender a suas exigências e pretensões, já quanto o direito difuso possui um viés público, não homogêneo e plural. Abelha (2009, p.45) ressalta que a indivisibilidade do objeto faz com que a satisfação de um dos sujeitos gere a satisfação de todos os titulares.

Pela breve síntese até o momento, resta clara a importância dos direitos difusos pela indeterminabilidade dos sujeitos, multiplicidade de interesses e dimensão do dano causado a eles. Dessa forma, a ligação ao meio ambiente é evidente.

Graco e Rezende discorrem sobre esse direito de terceira geração e ressaltam o seu nível fluido e solidariedade social:

Na condição de direito difuso, o meio ambiente ecologicamente equilibrado possui caráter transindividual e titularidade indeterminada, por conta de seus afetados, uma vez que estão ligados entre si por circunstâncias de fato (art. 81, § 1º, da lei 8.078/90). Ao contrário da primeira e da segunda dimensão de direito dos contextos anteriores (direitos individuais, políticos, sociais e econômicos), cuja titularidade é individualizada ou individualizável, a solidariedade social do direito difuso envereda

para um nível fluido de titulares que exercem a regulação jurídica da economia e desses recursos naturais sem precedentes históricos. (GRACCO; REZENDE, 2014, p.101)

Não é despidendo ressaltar uma vez mais a diferença para os direitos coletivos, nos ensinamentos de Prade (1987, p.55) “os titulares dos interesses difusos se ligam apenas mediante vínculos essencialmente fáticos, por mera identidade de situações, e, não, por vínculos associativos, estes, ao contrário, sempre presentes nos interesses coletivos tradicionais em virtude de sua natureza corporativa”. A dicotomia pública e privada perde ainda mais o sentido diante do bem difuso haja vista que nesse mesmo conceito se poderão detrair ambos os institutos.

Quando se versa sobre direitos difusos, indica-se que eles são objeto de regulações pública e privada. Na verdade, a situação concreta pode trazer a preponderância particular, pública ou híbrida. Falar de direito difuso é refletir sobre os interesses primordiais da sociedade, dentre eles, os bens ambientais.

Na tentativa de classificar o bem jurídico ambiental como público ou privado, poder-se-á recair no equívoco de tratá-lo somente por seu domínio (domínio de um bem, cuja titularidade do direito respectivo não se resume à pessoa física ou privada, já que todos são titulares do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado). Assim é necessária uma ponderação, caso a caso, para verificar qual a natureza jurídica do bem, que parece difusa, admitindo o regime de direito público em certas situações, e o de direito privado em outras. Portanto, trata-se de um regime que intercala ambos (o público e o privado) conforme os limites do uso exclusivo do bem ambiental à prestação da função jurídica ambiental (regime que por ser tanto público quanto privado, envolve interesse difuso). (FRANGETTO, 2006, p.37).

O meio ambiente, tal como “patrimônio público constituído, em grande parte, pelos recursos oriundos dos tributos pagos pelos contribuintes, não pode ser visto apenas sob o prisma de bem estatal”. As entidades públicas são “mera gestoras desses recursos, devendo bem administrá-lo em nome da coletividade, e no interesse da coletividade.” (YOSHIDA, 2006, p.25)

Baracho Junior (2000, p.282) considera que “o paradigma do Estado Social sucumbiu diante da demonstração de que seria impróprio atribuir ao Estado o monopólio do interesse público” e faz tal afirmativa para justificar a participação das associações, em especial as ambientalistas, no papel legitimador da atividade administrativa. O intuito é fomentar a participação da sociedade civil.

Transcendendo o novo paradigma de um Estado gestor e não detentor para a proteção ambiental, que é um direito difuso, é de se indagar se a utilização de um método alternativo

como arbitragem na solução de litígios ambientais não contribui para a formação do Estado de Direito Ambiental mais do que um judiciário moroso e leigo tecnicamente.

Leite e Ayala (2011, p.32) informam que, mesmo diante dos avanços da Constituição de 1988, muitas outras mudanças são necessárias e exemplificam com a necessidade de um novo sistema de mercado e uma redefinição do direito de propriedade.

O foco deve ser a proteção ambiental e efetividade da reparação do dano, pelo que própria a transcrição dos ensinamentos de Leite:

Ao se discutirem valores ambientais e Estado de direito ambiental, é necessário ponderar que os primeiros são tarefas prioritárias do segundo, fundados em normas constitucionais, e integrados (LEITE, 2011, p.31).

Para o autor, a concretização do Estado de Direito Ambiental requer mudanças radicais nas estruturas da sociedade, inclusive com o abandono da visão individualista de proteção ambiental, sem levar em conta a solidariedade e responsabilidade conjunta global. “Portanto, somente com a mudança para a responsabilização solidária e participativa dos Estados e dos cidadãos com os ideais de preservação ecológica é que se achará uma luz no fim do túnel”. (LEITE, 2011, p.41)

Importante destacar que a evolução da defesa dos direitos difusos se deu de forma gradual no ordenamento brasileiro.

O Código de Processo Civil, de 1973, por ser um diploma individualista e possuir estrutura de processo de execução, tipo credor e devedor, não possibilitava a defesa dos interesses coletivos e difusos (Abelha, 2009).

Assim, se fossem confrontados com as técnicas processuais existentes no CPC certos problemas que são frutos de uma sociedade de massa (consumidor, ordem econômica, meio ambiente etc.), onde os interesses postos em jogo são representados por um único objeto, indivisível e que interessa a titulares indeterminados sem um vínculo concreto que os una, senão, apenas, pela fruição do mesmo e único bem, certamente o CPC, tradicional, individualista e exclusivista, não conseguiria oferecer uma resposta satisfatória, ou soluções justas, com os institutos que possui, posto que estes são voltados para uma dimensão individual, tais como o litisconsórcio, a legitimidade ad causam e até a regra da coisa julgada inter partes. (ABELHA, 2009, p.12-13)

Conforme Abelha (2009), pode-se dizer que a ação popular foi o instrumento pioneiro da defesa dos interesses metaindividuais. Entretanto, padecia de problemas, especialmente quanto à tutela desses direitos, visto que o legitimado ativo era o cidadão, que geralmente é parte hipossuficiente neste tipo de ação. Além disso, seu objeto era restrito à

tutela do patrimônio público e possuía uma grande limitação quanto à legitimidade passiva, pois só podia ser proposta em face de atos lesivos praticados pelo poder público.

Diante da insuficiência da Lei da Ação Popular foi apresentado o anteprojeto de lei para a tutela dos interesses difusos que deu origem à lei que disciplinou a Ação Civil Pública, Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.

Tal diploma ganhou força e se ligou ao Código de Defesa do Consumidor como instrumentos de proteção dos direitos individuais homogêneos, coletivos e difusos. Abelha (2009, p.18) afirma que “com o advento do CDC, criou-se uma umbilical ligação entre a LACP e aquele, de modo que qualquer tipo de ação é possível para defender os direitos difusos e coletivos”.

Com o advento da CF/88 e do CDC (a comissão que fez a parte de processo do CDC participou também da LACP), houve um incremento da parte da lei que estava faltante, que a experiência jurisprudencial entendeu necessária e também para atender aos reclames da doutrina (como o próprio conceito de direito difuso e coletivo até então inexistente) e a introdução da novidade que seria a defesa de direitos individuais homogêneos. (ABELHA, 2009, p.18)

Abelha (2009, p.20) destaca que com a lei da ação civil pública e o Código de Defesa do Consumidor é possível tutelar todos os tipos de crises ambientais, em razão da primeira “conter todos os instrumentos necessários, em conjunto com o Título III do CDC, para a imposição da solução requerida pelo direito material do ambiente).

No entanto, o foco da presente não é na defesa processual do meio ambiente, mas na possibilidade de solução fora do judiciário, pelo que esse breve histórico serve apenas para situar a proteção processual atual. Ademais, os diplomas citados determinam certos legitimados a propor a ação civil pública, âmbito não discutido e abordado nesta dissertação que poderá ser estudado em uma outra oportunidade, especialmente se verificada a hipótese.

Tal como ocorreu com os instrumentos de proteção ambiental e a legislação atinente, como acima exposto, há de se fazer uma reanálise da responsabilidade civil com foco no dano ambiental que, por possuir características próprias, impende uma abordagem, conceituação e tratamento diferenciados sob o risco de ser tratado de forma leviana com consequências catastróficas no futuro e no presente.

A reparação do dano ambiental difuso significa implementar mecanismos aptos a recuperar a estabilidade ambiental violada. Por isso, em face dos objetivos da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, como também dos princípios da adequação e adaptabilidade, vinculados ao princípio do devido processo legal em sentido substancial e à ideia de efetividade, como implementação definitiva do acesso à justiça, entende-se que o sistema de indenização do dano ambiental “exige sanções

em direito ambiental que estejam, prioritariamente dirigidas à reconstituição, restauração e substituição do bem ambiental. Assim, diante do arcabouço principiológico jus ambiental, a tutela ressarcitória do dano ambiental difuso há que seguir uma verdadeira escala de prioridades, a qual, não observada, poderá dar lugar ao cumprimento parcial da obrigação indenizatória, e, portanto, à continuidade da instabilidade ambiental. Essa escala é formada por três degraus, que deverão ser pisados pelo julgador, ao promover a condenação do agressor, subsidiariamente, conforme as circunstâncias fáticas permitam, uma ou outra solução. (LIMA, B., 2010, p.36-37)

Ao se focar no dano ao interesse difuso, mais precisamente ao meio ambiente, tem-se que o atingido é toda a coletividade. Lemos (2008, p.105) ensina que o dano ao meio ambiente é um dano social por atingir interesses difusos. São danos supraindividuais que pertencem à comunidade. Todo dano ambiental atinge um interesse difuso.

O dano ao meio ambiente será toda a degradação ambiental que atinja o homem, sua saúde, sua segurança ou seu bem-estar; todas as formas de vida animal ou vegetal; o meio ambiente em si, tanto em seu aspecto natural como cultural e artificial. (LEMOS, 2008, p.106)

Leite e Ayala (2011, p.42) corroboram a teoria do discurso de Habermas e afirmam que a transição para o Estado de Direito Ambiental, necessária para a proteção e sobrevivência do planeta Terra, deve ser aberta, do ponto de vista democrático, com uma gestão participativa da sociedade dentro da problemática ambiental.

De maneira a caminhar para o direito ambiental, deixar a gestão do meio ambiente apenas para o Poder Público é retirar sua característica primordial, qual seja, ser bem difuso. Leite e Ayala (2011, p.44) asseveram que a unilateral estatização/publicização do bem ambiental dissociaria o Estado da sociedade, transformando-o em um Estado autoritário que utilizaria da força e poder de polícia da forma que entendesse.

Ademais, não é despidendo recordar que o Poder Público será sempre o único legitimado para autorizar e licenciar empreendimentos, tendo o controle acerca de novas instalações e conservando suas prerrogativas.

No caso, por exemplo, de uma arbitragem, ela deverá sempre ser feita com base em parâmetros pré-existentes e controles de ar, água, etc., fornecidos e fiscalizados pelo Poder Público.

O próprio CDC¹⁵, instrumento de defesa dos direitos difusos prevê a adoção de métodos alternativos de solução de conflitos.

¹⁵Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

2.2 Responsabilidade civil por dano ambiental

Após abordar o direito ambiental como difuso cumpre indicar a seriedade da hipótese enfrentada nesta dissertação ao se abordar a complexidade e inefetividade da responsabilidade civil por dano ambiental.

Sabe-se que, diante de um dano ambiental, abre-se a tríplice responsabilidade: administrativa, penal e civil. Conforme objetivo traçado no presente trabalho, será abordada especialmente a responsabilidade civil.

A responsabilidade civil surge em face de um dano cuja reparabilidade tenha natureza civil. Ela pode ser subjetiva ou objetiva, a depender da inserção do elemento “culpa” como necessário para a configuração do instituto. Enquanto na responsabilidade subjetiva é preciso identificar três elementos, culpa em sentido lato (culpa em sentido estrito e dolo), nexa causal e dano, na objetiva, há apenas dois elementos, nexa causal e dano. Em ambas é necessária a conduta do agente que será ligada pelo nexa causal ao dano.

A responsabilidade civil teve que evoluir para abarcar o meio ambiente. Conforme Baracho Júnior (2000, p.293), o tema era analisado essencialmente no âmbito do Direito Privado, especialmente o Direito Civil e afirma “em suas formulações iniciais, o instituto se justificou como uma forma de proteger a esfera de autonomia privada dos indivíduos”.

Ocorre que tal âmbito não incluía a responsabilidade civil por dano ao meio ambiente:

A responsabilidade civil por dano ao meio ambiente não se fundamenta na proteção de interesses particulares no estreito espaço da autonomia privada, concebida como uma área de proteção a um indivíduo isolado, mas tem em vista a exigência de uma fundamentação intersubjetiva das normas de proteção, recuperação e melhoria do meio ambiente. (BARACHO JUNIOR, 2000, p.294-295)

Dada a seriedade do dano ambiental, a responsabilidade é objetiva, isto é, não se considera o grau de culpabilidade do causador, mas apenas o dano efetivamente causado e o nexa causal com a conduta do agente. A responsabilidade objetiva tem foco no “risco” do comportamento do agente e não em sua “culpa”.

A partir do critério da responsabilidade fundada na culpa, não era possível resolver diversos casos que a civilização moderna criava ou agravava. Tornava-se então imprescindível, para a solução do problema da responsabilidade extracontratual, afastar-se do elemento moral, da análise psicológica do agente, ou da possibilidade de prudência ou diligência, para colocar a questão sob o ponto de vista exclusivo da

reparação, e não sob o ângulo interior, subjetivo, relacionado com as motivações do agente. (BARACHO JÚNIOR, 2000, p.297)

Após a passagem do elemento culpa para o elemento risco a responsabilidade civil por dano ambiental dá outro salto e passa do risco criado para o risco integral em que além do agente responder pelo risco criado, o faz de maneira a não lhe ser permitida a alegação de excludentes de responsabilidade. Isto é, ainda que o evento decorra de algum evento justificável dentro das excludentes, não isentará o agente de reparar o dano ambiental causado.

Vianna (2009, p.131) ressalta a importância do dano para a configuração da responsabilidade ao afirmar que “para que exista responsabilidade civil é preciso haver dano. Não há que se falar em dever de indenizar sem que haja dano a ser indenizado. O dano, portanto, é elemento e pressuposto para a responsabilidade civil”.

Não é o intuito presente doutrinar sobre a responsabilidade civil, mas apenas introduzir o assunto a fim de ilustrar a consequência do dano ambiental.

A jurisprudência tem encontrado muitas dificuldades para aplicar a responsabilidade civil em matéria de meio ambiente, tendo em vista a complexidade do dano ambiental. Vianna identifica que é necessária uma mudança nos padrões até então considerados pela responsabilidade civil a fim de se atender a essa nova demanda da sociedade:

Os efeitos dos danos ambientais também podem ser múltiplos, passando desde alterações climáticas, desertificações, erosão, salinização e empobrecimento dos solos, contaminação e secamento de rios e lençóis freáticos, disseminação de pragas agrícolas, até a perda da biodiversidade, tudo com reflexos negativos à saúde humana, com proliferação de doenças e perda significativa da qualidade de vida. É desse aspecto multiforme, de causas e efeitos dos danos ambientais, que se tornam insatisfatórios os padrões ortodoxos da responsabilidade civil, mesmo na modalidade objetiva, para dirimir questões fáticas que se manifestam na prática. (VIANNA, 2009, p.105)

Canotilho e Morato Leite (2008, p.187) corroboram tal assertiva ao indicarem que “um passo importante para direcionar a responsabilidade civil à tarefa da efetiva responsabilização será adequá-la e adaptá-la a necessidades exigidas pela complexidade do bem ambiental e de sua proteção”. Os autores Canotilho e Morato Leite (2008, p.180), ao versarem sobre a responsabilização do poluidor, indicam que, sob o risco de não haver responsabilização alguma do agressor à natureza e conseqüentemente a todos os seres vivos, o Estado “deve articular um sistema que traga segurança à coletividade”.

Já se pode identificar que é preciso alterar não só os padrões da responsabilidade civil, mas também a forma de resolução dos conflitos que envolverem danos ambientais sob pena de prestação jurisdicional falha.

Baracat (2012, p.7) rememora que o meio ambiente não conhece fronteiras e que os limites geográficos dos países advêm de critérios históricos e políticos, totalmente alheios à natureza. Isso significa dizer que as consequências dos danos ambientais ultrapassam fronteiras e impõe a todos o dever de proteção.

O dano ambiental demanda a reparação, mas nem sempre é possível. Vianna (2009, p.142-143) atesta que “dificuldades emergem da própria complexidade e amplitude que envolvem os bens ambientais” e destaca que em determinados casos a degradação ambiental apresenta resultados irreversíveis como extinção de espécies, perda da capacidade autorregenerativa dos recursos naturais, etc., o que agrava a situação em termos de ressarcimento.

A reparação do dano ambiental deve seguir uma ordem de conformação dada a sua importância. A primeira medida a ser tentada é a restauração, o retorno do meio ambiente ao *status quo ante*.

Para fins de reparação dos danos ao meio ambiente, o primeiro objetivo a ser colimado consiste na recomposição, na restauração, na reintegração do patrimônio ambiental lesado. Deve-se buscar sua restituição exatamente ao estado anterior à prática lesiva. Portanto, havendo poluição de cursos d'água, deve-se proceder à despoluição destes cursos. Havendo destruição das matas ciliares, deve-se proceder ao replantio da vegetação em conformidade com os padrões previstos em lei, havendo danos a um patrimônio estético, turístico, histórico e paisagístico, deve-se proceder à restauração nos precisos termos existentes antes da prática agressiva. Esta é a solução mais adequada e que, ademais, norteia as legislações de outros países. (VIANNA, 2009, p.143).

No entanto, Vianna (2009, p.145) reconhece que nem sempre, para não indicar que na maioria dos casos, a reconstituição do bem ambiental será possível. Estabelece que há casos irreversíveis que determinarão pela opção da segunda alternativa à responsabilidade pelo dano ambiental, a da compensação, em condições equivalentes, aos bens ambientais lesados. Seria compensar “o patrimônio ambiental com patrimônio ambiental correspondente e equivalente”.

Bernardo Lima (2010, p.9) também afirma que “há danos ambientais cujas características obstaculizam, inclusive, a possibilidade de se restabelecer um estado próximo ao violado”.

Por derradeiro, caso a segunda alternativa também se impossibilite, passa-se à pena pecuniária. Vianna (2009, p.146) a identifica como última alternativa e atesta a dificuldade em traduzir a ocorrência de um dano ambiental em dinheiro. Afirma que, no entanto, ainda que diante de um terreno arenoso, é possível sua aferição.

Nesse ponto novamente verifica-se uma dificuldade da responsabilidade civil e do atual sistema em lidar com a matéria ambiental:

Nessa perspectiva quantificadora dos danos ambientais, percebe-se que a matéria transcende aos limites do Direito, esbarrando em outros ramos do conhecimento. São estes que irão emprestar suas especificidades para se atingir o ideal da reparação integral. Ter-se-á, dessa forma, ao lado das técnicas preventivas, mais um momento de cume do caráter interdisciplinar do Direito Ambiental. Isto porque, invariavelmente, o operador do Direito se apoiará em provas periciais para a fixação do valor da indenização. (VIANNA, 2009, p.146).

O dano ambiental difere de todos os outros danos de natureza civil e impescinde de um tratamento diferenciado e especial:

(...) uma das particularidades do dano ambiental é o seu caráter sinérgico. Quer isso significar que a agressão a um ecossistema é um fenômeno complexo, cujos efeitos não podem ser identificados –e, em determinadas situações, compreendidos, - por alguém desprovido de conhecimento técnico em biologia, ecologia, engenharia ambiental e outros temas relacionados aos mecanismos das relações ambientais. Desse despreparo pode advir uma decisão injusta, subdimensionando ou superdimensionando a intervenção ilícita. A expressão “sinergia”, aplicada à temática do dano ambiental quer-se referir à complexidade da cadeia de prejuízos que uma agressão ao meio ambiente tem a capacidade de provocar. (LIMA, B., 2010, p.15-16).

Nas palavras de Canotilho e Morato Leite:

Associado ao princípio do poluidor-pagador está o princípio da reparação, significando que quem polui, paga e repara. Assim, em termos de ressarcimento ao dano ambiental, devem existir outros mecanismos que visem à responsabilização dos danos, pois quem degrada o ambiente tem de responder e pagar por sua lesão ou ameaça. (CANOTILHO; MORATO LEITE, 2008, p.182).

O princípio da participação e a teoria do discurso de Habermas inspiraram este trabalho e, mais uma vez, são importantes ao se tratar da responsabilidade civil por dano ambiental. A construção dos provimentos por meio do debate e troca de informações traduz em mandamentos legítimos autorizados diretamente por toda a sociedade.

O sistema de responsabilidade civil, adaptado ao dano ambiental, também poderá proporcionar uma abertura na esfera privada, quando possibilitar que indivíduo e associações exijam a reintegração dos bens ambientais lesados ou ameaçados, fortalecendo o exercício da cidadania, conforme já visto, e deixando, dessa forma, uma opção aos instrumentos jurídicos administrativos de tutela do ambiente que

ainda não trazem resultados satisfatórios quanto ao combate à degradação ambiental. (CANOTILHO; MORATO LEITE, 2008, p.188).

Vieira e Bredariol (2006, p.96) indicam que os caminhos para a democratização política ambiental perpassam pela reforma do Estado de maneira a assegurar conquistas democráticas, com o fortalecimento das organizações da sociedade, criação de instrumentos econômicos de controle ambiental e gestão participativa para o desenvolvimento sustentável.

Tal qual a jurisdição não parece ser suficiente para atender a numerosa demanda social, as questões complexas postas ao judiciário devem ser reavaliadas para se buscarem alternativas. Nesse sentido, Canotilho e Morato Leite (2008, p. 189) afirmam que, “não obstante os avanços, ainda persistem outras questões complexas e difíceis de serem solucionadas, tais como legitimação, avaliação do dano, autorização administrativa e dano ambiental, nexos causal, entre outras”. São problemas e conceitos da modernidade que necessitam de uma adaptação da jurisdição e da criação de novos mecanismos de auxílio que permitam a aproximação máxima entre o provimento e a justiça.

Ao contrário do que muitos imaginam, o conceito de risco é relativamente recente. Sua origem está na própria modernidade; coincide com o nascimento da sociedade industrial; perpassa as transformações que esta promoveu ao longo dos tempos e consolida-se com o surgimento da sociedade de risco, um espaço no qual se relacionam, de forma instável e perigosa, os grandes sistemas tecnológicos, a universalização da tecnologia e a globalização da economia e da cultura. A sociedade de risco decorre, portanto, de um processo de modernização complexo e acelerado que priorizou o desenvolvimento e o crescimento econômico. (CANOTILHO; MORATO LEITE, 2008, p.253).

Bernardo Lima (2010, p.11) assevera que a demora do provimento jurisdicional aumenta o passivo ambiental e assiste passivamente à desvalorização das características qualitativas do meio ambiente. Assim, o autor defende a urgência e celeridade na intervenção jurisdicional:

Das duas formas, quanto mais rápida for a intervenção jurisdicional, no sentido de que se inicie a ação inibitória, no caso de irreparabilidade da qualidade ambiental, ou a restauração ecológica, constada a reparabilidade, mais chances possui a coletividade de garantir a proteção devida ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. (...) Assim, a sensibilidade do bem ambiental, aqui dotada de intensidade bem maior do que em outros bens juridicamente protegidos, reclama uma prestação jurisdicional tecnicamente eficiente e instantânea, sob pena de imortalizar a ação lesiva e, por tabela, tornar perpétua a perda da qualidade ambiental no sítio em que se operou a intervenção. (LIMA, 2010, p.10).

Como parte da solução, Capelli (2011, p. 11) propõe o auxílio dos juizados especiais cíveis para decidirem causas que envolverem o dano ambiental individual, considerado como o que se dá por intermédio do meio ambiente.

Os juizados especiais cíveis poderão ser utilizados para as hipóteses de dano ambiental por intermédio do meio ambiente, reflexo ou por ricochete, expressões aqui consideradas sinônimas.

Os danos ambientais podem ser de duas ordens: dano por intermédio do meio ambiente, também chamado de individual, por ricochete ou reflexo que, na verdade, é um prejuízo individual a partir de uma lesão ambiental, e dano ecológico, puro ou coletivo, que é aquele infringido à higidez ambiental que poderá ou não ocorrer de forma concomitante a um dano individual. (CAPELLI, 2011, p. 11).

A autora diferencia esse tipo de dano do risco ambiental que envolve seu aspecto global que, da maneira como é expresso no artigo 225¹⁶ da Constituição da República, seria um bem de uso comum de titularidade difusa e indivisível. Quanto aos reflexos individuais, pessoais e patrimoniais, Capelli (2011, p. 13) entende que podem ser tranquilamente decididos por meio da arbitragem e, como se trata do método alternativo mais controvertido, certamente seriam permitidos os usos da negociação, conciliação e mediação.

No entanto, “a complexidade das relações ecológicas e biológicas, essenciais à construção e desenvolvimento da qualidade ambiental, exige do julgador uma profundidade técnica dificilmente observada nos tribunais estatais”. (LIMA, 2010, p.13).

Baracat (2012, p.99) indica que o Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) da Organização Mundial do Comércio impõe sanções ao país membro que não adotar as medidas ambientais referendadas pela organização, de maneira a atingi-lo com impactos econômicos. Afirma que o OSC tem papel fundamental na busca do equilíbrio e compatibilização comercial. Como se trata de um órgão colegiado, Baracat assevera que ele foi concebido para evitar o unilateralismo de interpretação.

O que se pode indagar é se tal solução internacional não poderia (ou deveria?) ser aplicada no âmbito nacional com a utilização dos tribunais arbitrais em matéria ambiental.

Baracat (2012) ainda atesta que a OMC e Comitê de Meio Ambiente e Comércio ressaltam que cooperação e atuação conjunta internacional é o melhor meio para uma proteção ambiental efetiva “de sorte que a mais efetiva forma de atuação conjunta entre os Membros da organização seria a negociação de um acordo específico sobre o meio ambiente”.

Já se admite, portanto, a utilização dos métodos alternativos, que serão mais bem explicitados no próximo capítulo, em matéria ambiental, especialmente no dano individual. O questionamento que se deve fazer doravante é se podem ser aplicados aos danos coletivos. O

¹⁶ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (BRASIL, 1988)

tópico anterior já indicou uma abertura porque tratou do direito ambiental difuso, mas cumprem mais explicações a fim de ilustrar melhor a questão.

2.3 Viés Negocial e liberal em diplomas ambientais – tendência protetiva

Antes de se adentrar propriamente nos métodos e após indicar a falha do processo judiciário, a permissividade de relativização do direito difuso em prol coletivo e atestar a falibilidade do atual sistema em lidar com a responsabilidade civil por dano ambiental, cumpre discorrer um pouco acerca da abertura de alguns diplomas nacionais, em especial o Código Florestal, que indicam um viés liberal e negocial, de maneira a seguir a tendência de outras legislações e na busca de maior efetividade e proteção.

O viés negocial pode ser uma importante ferramenta. Veiga (2005, p.155) afirma que boa parte das atuais agressões ao meio ambiente pode ser mitigada e até evitada por mecanismos de mercado, especialmente por regulamentações de incentivos. Para demonstrar seu ponto de vista, o autor indica o controvertido sistema de negociação de licenças de poluição, que, “embora repulsivo à primeira vista, possui diversas virtudes”:

Antes da criação de direitos negociáveis de emissão, uma geradora que emitisse gás sulfídrico em quantidade superior ao limite permitido tinha quatro opções básicas: 1.mudar para um combustível menos poluente; 2.incorporar tecnologia antipoluição, normalmente dispositivos de dessulfurização; 3.construir instalações novas e mais modernas; 4. apostar em que a economia de energia reduzisse a produção e, portanto a poluição. Uma geradora mais eficiente, cujas emissões totais já se encontrassem abaixo dos limites admitidos, não tinha qualquer motivo especial para reduzi-los ainda mais, mesmo que isso fosse tecnicamente factível e barato.

Com a aparição dos direitos negociáveis de emissão, a geradora mais suja ganhou uma quinta opção. Passou a poder comprar, no mercado aberto, o direito de poluir. Simultaneamente, a geradora mais limpa passou a ter nova oportunidade de lucrar. Poderia reduzir ainda mais suas emissões, fazendo com que lhe sobrasse uma quantidade maior de licenças para vender. A virtude dessa abordagem foi que passou permitir que as forças descentralizadas do mercado encontrassem o caminho do menor custo para reduzir a poluição no sistema com um todo. Caso uma companhia elétrica de Ohio concluísse que seria mais barato trocar o carvão pelo gás natural, de modo a entrar em conformidade com os limites de emissão, seus executivos escolheriam esse caminho. Mas caso acontecesse de a mesma quantidade de poluição poder ser reduzida de modo ainda mais barato por uma geradora mais moderna, situada, digamos, no Colorado, então se tornaria mais interessante para a empresa de Ohio adquirir direitos excedentes de emissões da empresa do Colorado. Haveria redução da mesma quantidade de poluição por chuva ácida, mas a um custo menor. (VEIGA, 2005, p.158).

O instrumento de negociação apontado por José Eli da Veiga (2005, p.160) fez com que, segundo o autor, fosse possível haver uma convergência de interesses de adversários históricos: os ambientalistas e economistas. Indica, assim, que os ambientalistas passaram a

aceitar a ideia de licenças negociáveis, desde que vinculadas a uma regulação estável que garantisse a redução global de emissões ao longo do tempo. Os economistas também indicaram pela necessidade de regulação desse atrativo e lucrativo novo mercado.

Esse embate eterno entre ambientalistas e economistas deve ser reavaliado no campo da proteção ambiental, a ser analisada como uma variável econômica e não uma economia com uma variável ambiental. A proteção deve ser o ponto de partida. Dessa forma, até os índices atuais de medição do desenvolvimento devem ser revistos.

Veiga indica pela necessidade de se superar e reavaliar o conceito de desenvolvimento sustentável, em especial o ligado estritamente ao crescimento econômico. Alerta que os índices de medição de desenvolvimento são simplórios e insuficientes, pelo que cumpre a busca por medições mais reais, mas, de toda forma, os existentes já são suficientes para se pressionar os governos por melhores condições sociais e ambientais.

A dificuldade em se reavaliar e parametrizar o novo conceito de desenvolvimento sustentável passa pela solução de uma desigualdade histórica entre os países desenvolvidos e os demais.

É esta a contradição que está na base da noção de desenvolvimento sustentável. Procura-se uma solução de compromisso entre o individualismo ainda exigido pela periferia e o pós-industrialismo já inaugurado no centro. Sejam quais forem os termos desse compromisso, uma coisa é certa: a velha utopia industrialista não é mais sustentável. (VEIGA, 2005, p. 195-196)

É preciso quebrar as amarras e superar paradigmas que contrapõem a um desenvolvimento social e conservação ambiental, como no caso de se proibir que tribunais arbitrais e métodos de solução alternativos sejam utilizados em “direitos indisponíveis”, visto que essa indisponibilidade é um fator de limitação à proteção e reparação.

De certo, posições radicais devem ser descartadas. Assim como não se pode esquecer a proteção ambiental e simplesmente focar no crescimento econômico, conforme lembra Veiga (2005, p.206) “propostas como um mundo de crescimento zero, para não falar de fantasias, como retorno à suposta simbiose primitiva entre homem e natureza, embora radicais, são completamente impraticáveis”.

Dessa forma, para se respeitar a necessidade de celeridade demandada pela economia e urgência da proteção ambiental, diplomas legais devem conciliar métodos eficientes e que imprimam efetividade às demandas sociais e ambientais.

O viés comercial surge para indicar a possibilidade de utilização de métodos alternativos a uma jurisdição morosa, ineficiente e sem conhecimento técnico necessário para

o deslinde de feitos com tantas variantes. Amplamente aplicado em disputas estrangeiras, os métodos alternativos começam a ganhar força na legislação nacional.

A convenção sobre diversidade biológica aceita, de forma natural, a negociação e arbitragem para desatar controvérsias acerca de sua interpretação e aplicação:

Artigo 27

Solução de Controvérsias

1. No caso de controvérsia entre Partes Contratantes no que respeita à interpretação ou aplicação desta Convenção, as Partes envolvidas devem procurar resolvê-la por meio de negociação.
2. Se as Partes envolvidas não conseguirem chegar a um acordo por meio de negociação, podem conjuntamente solicitar os bons ofícios ou a mediação de uma terceira Parte.
3. Ao ratificar, aceitar, ou aprovar esta Convenção ou a ela aderir, ou em qualquer momento posterior, um Estado ou organização de integração econômica regional pode declarar por escrito ao Depositário que, no caso de controvérsia não resolvida de acordo com o § 1º ou o § 2_ acima, aceita como compulsórios um ou ambos dos seguintes meios de solução de controvérsias:
 - a) arbitragem de acordo com o procedimento estabelecido na Parte 1 do Anexo II;
 - b) submissão da controvérsia à Corte Internacional de Justiça.
4. Se as Partes na controvérsia não tiverem aceito, de acordo com o parágrafo 3º acima, aquele ou qualquer outro procedimento, a controvérsia deve ser submetida à conciliação de acordo com a Parte 2 do Anexo II, a menos que as Partes concordem de outra maneira.
5. O disposto neste artigo aplica-se a qualquer protocolo salvo se de outra maneira disposto nesse protocolo.

Parte 1 - Arbitragem

Artigo 1

A Parte demandante deve notificar o Secretariado de que as Partes estão submetendo uma controvérsia a arbitragem em conformidade com o Artigo 27. A notificação deve expor o objeto em questão a ser arbitrado, e incluir, em particular, os artigos da Convenção ou do Protocolo de cuja interpretação ou aplicação se tratar a questão. Se as Partes não concordarem no que respeita o objeto da controvérsia, antes de ser o Presidente do tribunal designado, o tribunal de arbitragem deve definir o objeto em questão.

O Secretariado deve comunicar a informação assim recebida a todas as Partes Contratantes desta Convenção ou do protocolo pertinente. (ONU, 1992,p.22)

A agenda 21 internacional engrossa tal coro:

Os sistemas de tomada de decisão vigentes em muitos países tendem a separar os fatores econômicos, sociais e ambientais nos planos políticos, de planejamento e de manejo. Esse fato influencia as ações de todos os grupos da sociedade, inclusive Governos, indústria e indivíduos, e tem importantes implicações no que diz respeito à eficiência e sustentabilidade do desenvolvimento. Talvez seja necessário fazer um ajuste ou mesmo uma reformulação drástica do processo de tomada de decisões, à luz das condições específica de cada país, caso se deseje colocar o meio ambiente e o desenvolvimento no centro das tomadas decisões políticas econômicas - na prática determinando uma integração plena entre esses fatores. (ONU, 2002, p.95)

O documento indica inclusive um treinamento para aplicação dos seus ditames:

O treinamento incluiria ao mesmo tempo a aplicação concreta e o aperfeiçoamento gradual das leis vigentes; as técnicas conexas de negociação, redação e mediação; e o treinamento de instrutores. As organizações não governamentais e intergovernamentais já ativas nessa área podem cooperar com programas universitários correlatos para harmonizar o planejamento dos currículos e oferecer um excelente leque de opções aos Governos interessados e aos patrocinadores em potencial.

Cada país deve desenvolver estratégias integradas para maximizar a observância de suas leis e regulamentações relativas a desenvolvimento sustentável, com o apoio das organizações internacionais e de outros países, conforme apropriado.

As estratégias podem incluir:

(a) Leis, regulamentos e normas aplicáveis e eficazes, que se apoiem em princípios econômicos, sociais e ambientais saudáveis e em uma avaliação. Adequada dos riscos, incorporando as sanções destinadas a punir violações, obter compensação e impedir violações futuras; (ONU, 2002, p.102)

É de se destacar na legislação nacional do Peru que, conforme Bernardo Lima (2010, p.107), consta, nas disposições transitórias da Lei de arbitragem 26.572/96, a formação de um Conselho Nacional do Ambiente que será responsável por organizar a arbitragem ambiental devendo cumprir os artigos e disposições dessa lei.

A Lei do Petróleo, 9.478 de 06 de agosto de 1997, em seu artigo 43¹⁷, inciso X, indica a possibilidade de dirimir controvérsias relacionadas aos contratos de exploração por meio de conciliação e arbitragem internacional.

Há na Câmara um projeto de lei que visa facilitar o diálogo, negociação e transação entre sujeitos ativos e passivos da obrigação tributária; terreno, até então, pouco discutido por ser rodeado de “interesse público indisponível”.

PL 5082/2009

Art. 1o Esta Lei estabelece as condições e os procedimentos que a União, por meio da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e da Secretaria da Receita Federal do Brasil, e os sujeitos passivos de obrigação tributária deverão observar para a realização de transação, que importará em composição de conflitos ou terminação de litígio, para extinção do crédito tributário, nos termos dos arts.156, inciso III, e 171 da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional.

Parágrafo único. Em qualquer das modalidades de transação de que trata esta Lei, a Fazenda Nacional poderá, em juízo de conveniência e oportunidade, obedecidos os dispositivos desta Lei, celebrar transação, sempre que motivadamente entender que atende ao interesse público.

Art. 6o A transação nas modalidades previstas nesta Lei poderá dispor somente sobre multas, de mora e de ofício, juros de mora, encargo de sucumbência e demais encargos de natureza pecuniária, bem como valores oferecidos em garantia ou situações em que a interpretação da legislação relativa a obrigações tributárias seja conflituosa ou litigiosa.

¹⁷ Art. 43. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais:

(...)

X - as regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional; (BRASIL, 1997).

Art. 12. O termo de transação somente poderá ser discutido, administrativa ou judicialmente, quanto à sua nulidade. (BRASIL, 2009)

Outros exemplos de legislação nacional que já admitem amplamente a arbitragem são as leis 8.987/95, 9.472/97, 10.848/2002 e 10.233/2001, cujos dispositivos são abaixo transcritos:

Lei 8.987/95 Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências

Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996. (BRASIL, 1996)

Lei 9472/97 Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995.

Art. 93. O contrato de concessão indicará:
XV - o foro e o modo para solução extrajudicial das divergências contratuais. (BRASIL, 1997)

Lei 10.848/2002 Dispõe sobre a comercialização de energia elétrica, altera as Leis nos 5.655, de 20 de maio de 1971, 8.631, de 4 de março de 1993, 9.074, de 7 de julho de 1995, 9.427, de 26 de dezembro de 1996, 9.478, de 6 de agosto de 1997, 9.648, de 27 de maio de 1998, 9.991, de 24 de julho de 2000, 10.438, de 26 de abril de 2002, e dá outras providências.

Art. 4º Fica autorizada a criação da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE, pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, sob autorização do Poder Concedente e regulação e fiscalização pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, com a finalidade de viabilizar a comercialização de energia elétrica de que trata esta Lei. (BRASIL, 2002)

Lei 10.233/2001 Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências.

Art. 35. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais, ressalvado o disposto em legislação específica, as relativas a:

XVI – regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem; (BRASIL, 2001)

A jurisprudência, ainda que de forma reticente, tem acolhido esse viés liberal e negocial, desde que atendido o melhor interesse da sociedade, como decidido pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 253.885-0, cuja ementa é abaixo transcrita:

Ementa: Poder Público. Transação. Validade. Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. É, por isso, o Administrador, mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre os

interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à ultimação deste interesse. Assim, tendo o acórdão recorrido concluído pela não onerosidade do acordo celebrado, decidir de forma diversa implicaria o reexame da matéria fático-probatória, o que é vedado nesta instância recursal (Súm. 279/STF). Recurso extraordinário não conhecido. (BRASÍLIA, Supremo Tribunal Federal, RE. nº 253.885-0, Relator: Min. Otavio Gallotti, 2002)

Em artigo publicado de autoria de Luiz Paulo Ferreira Pinto Fazzio pelo jornal Valor Econômico, em 25 de março de 2014, que versa sobre os empreendimentos hidrelétricos denota-se tal mudança de postura. O autor afirma que os conflitos de licenciamentos ambientais de empreendimentos hidrelétricos, barragens, portos, aeroportos, ferrovias, rodovias e outros empreendimentos de grande porte deveriam ser apreciados por uma comissão de arbitragem, como é feito nos países estrangeiros e de acordo com os tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário.

3 OS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS COMO INSTRUMENTOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Após delimitar o devido processo legal da forma a ser instrumentalizado nesta dissertação cumpre versar acerca dos métodos alternativos de solução de conflitos que conjugarão para a concretização ou não da hipótese proposta.

Apenas se verificada a plausibilidade e eficiência dos chamados MASC (Métodos alternativos de solução de conflitos) é que se poderá caminhar para o estudo acerca da viabilidade ou não de sua utilização em matéria ambiental, em especial na responsabilidade por dano ambiental a ser delimitada nos últimos capítulos.

Os MASC têm ganhado especial atenção nas legislações internacionais, visto que tem sido observado globalmente o fenômeno do abarrotamento do poder judiciário e da sua incapacidade em gerir de maneira satisfatória certos tipos de litígios.

O momento para se decidir pelo método de solução de conflitos tradicional ou alternativo surge quando o lesado entende que é o momento de buscar uma solução para o conflito e não há mais o que aguardar. Então é preciso sopesar acerca dos meios que podem lhe oferecer o melhor resultado. Dentre eles há: a jurisdição, mediação, negociação e arbitragem. Nas palavras de Frade (2003, p.113):

Só quando a conflitualidade potencial se converte em conflitualidade real, isto é, só quando existe da parte do lesado uma percepção do dano e quando, além disso, ele reclama a sua reparação junto do autor do mesmo é que a relação social entra verdadeiramente na base da pirâmide. Mas é preciso que a reclamação seja rejeitada e que o lesado esteja disposto a não se resignar e a procurar uma instância com credibilidade e legitimidade para acolher e resolver o litígio. Só a atitude inconformista do lesado perante a rejeição da sua queixa pelo lesante faz desencadear os mecanismos institucionais, mais ou menos formalizados, de resolução de conflitos. E é aqui que se faz a opção fundamental quanto ao mecanismo resolutório a adoptar. É aqui que, perante as questões de adequação, custos, inter-relação, expectativas e acessibilidade se pondera qual o melhor caminho para se conseguir uma solução que responda satisfatoriamente aos interesses em causa.

É nesse momento que alguns autores defendem a necessidade de ser dado aconselhamento aos litigantes sobre os meios de resolução existentes, de modo a que eles possam escolher acertada e conscientemente o processo que melhor servirá a seus intentos.

Possíveis vantagens dos métodos alternativos são nomeadas por Frade (2003, p.114) e, dentre elas, suas características de informalidade, sua busca maior por um acordo, celeridade, custo tendencialmente mais reduzido e menor estigmatização pessoal e social. Para o autor, os métodos alternativos permitem o acesso à justiça em seu sentido mais amplo,

visto que confere uma solução técnica ao litígio e contribui “para o reforço da cidadania e do Estado democrático”.

Luciano Timm (2009, p.13), logo na apresentação da sua obra, enfatiza a grande barreira para a aplicação dos métodos alternativos, em especial da arbitragem quando afirma que “o desconhecimento é a principal barreira ao progresso de uma sociedade”.

Em sua obra Goldberg, Rogers e Sander (1992) informam que existem três processos primários, a negociação, a mediação e a adjudicação (judicial ou arbitral) e todos os outros processos seriam variedades híbridas desses três.

Informam que a utilização dos métodos alternativos tem aumentado consideravelmente nos Estados Unidos, especialmente a partir de 1970 quando pela primeira vez surgiu a expressão “alternativos”. Hodiernamente, várias universidades possuem programas de mediação de conflitos e a matéria Dispute Resolutions passou a ser obrigatória no currículo de algumas.

A hipótese aqui tratada visa primordialmente tratar da efetividade da proteção ambiental quando se aplica os métodos alternativos de solução de controvérsias, mas não há como olvidar que sua utilização serviria também para solucionar o abarrotamento do judiciário.

Timm descreve assim a questão:

Observamos na atualidade que a notória crise processual, somada à crise do próprio Poder Judiciário, principalmente no que atine à morosidade da prestação jurisdicional, deu um impulso considerável para que a arbitragem vicejasse. Como acima verificado, estamos longe de obter um mecanismo judicial que possa ser considerado funcional e eficaz para resolver litígios. Por ora, o processo judicial continua a ser uma antevisão da eternidade, e é preciso encontrar, nas vias alternativas, fórmulas de solucionar controvérsias que dependam cada vez menos da intervenção estatal. (TIMM, 2009, p.23).

Luciano Timm, (2009, p.29) faz uma análise econômica da não aplicação do excesso de judicialização de demandas e conclui que em um processo judicial a maioria das despesas do litígio são arcadas pela própria sociedade por meio de pagamento de tributos, tendo em vista que dificilmente o custo integral de uma demanda judicial é paga com a quitação das custas judiciais. Isso, como bem lembra o autor, sem mencionar nos diversos casos em que as partes litigam sob o pálio da assistência judiciária gratuita.

Tais fatos levariam a um círculo vicioso passível de correção pela arbitragem:

Isso cria incentivos exagerados ao litígio, já que o seu custo passa a ser externalizado para a sociedade pelo litigante. Inclusive os incentivos, somados à lentidão do andamento dos processos, passam a ser de propositura de ações

descabidas, ganhando o autor mais tempo, sem pagar proporcionalmente pelo benefício obtido com a delonga do processo.

A arbitragem corrige este problema de incentivos ao internalizar integralmente o custo do litígio entre as partes litigantes. Assim, diminuem-se as demandas descabidas, já que a parte dificilmente pagará para ganhar tempo (a não ser que este preço lhe compense; o que é difícil no caso da arbitragem, já que o procedimento tende a funcionar mais rapidamente). (TIMM, 2009, p.29)

Para aderir à posição de Luciano Tim basta imaginar que, para que exista a jurisdição é preciso arcar com o custo de todo o aparato utilizado, mais salários de diversos funcionários e dos juízes. O autor fala de custos de transação e análise econômica do direito e, por meio desse viés, retrata o excessivo encargo suportado pela sociedade diante de um judiciário cada vez maior e mais ineficaz, mas mesmo um leigo consegue perceber a perversidade dessa conta.

Já se versou na introdução e cumpre repisar neste momento de que, tal como o direito penal deve ser a *ultima ratio* em termos de sanção, o judiciário deve ser o último abrigo em termos de solução de conflitos.

Andrews (2009, p.106), ao versar sobre o direito processual inglês, informa que em 1998 foi dado um novo enfoque aos métodos alternativos por meio do sistema CPR (*Civil Procedure Rules*) em que se editou um “conjunto de protocolos antecedentes à ação” que tem como objetivo “incentivar acordos antecipados bem sustentados, evitando, assim, as despesas e os inconvenientes de um processo”. Isso se baseia na ideia de que o processo judicial deve ser “a última das soluções possíveis”. O autor constata o sucesso da CPR com a indicação de um número expressivo de acordos alcançados em decorrência dos protocolos pré-litígio. Andrews (2009, p.368) indica que a mediação se tornou popular na Inglaterra e que pode “funcionar como substituta integral da litigância civil” ou pode complementar o processo já ajuizado no judiciário. Continua afirmando que o próprio governo tem interesse na promoção das formas alternativas de resolução de conflitos em virtude dos custos menos elevados frente à litigância civil.

A obra do autor corrobora sua impressão dada quando versa sobre as vantagens dos MASC e assevera que “utilização do Poder Judiciário para resolver conflitos está se tornando a última opção – somente quando técnicas mais civilizadas e apropriadas tiverem falhado ou jamais tenham funcionado”. (ANDREWS, 2009, p.368)

Tal afirmativa se liga ao princípio da eficiência e do próprio poder de polícia, visto que o Estado tem a obrigação de disciplinar direito, interesse ou liberdade em razão de

interesse público. A definição positivada do poder de polícia se encontra insculpida no artigo 78 do Código Tributário Nacional, cujo texto prescreve que:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. (BRASIL, 1966)

Antunes (2010, p.130) afirma que “tradicionalmente, o poder de polícia é definido como a faculdade que o Estado possui para intervir na vida social, com finalidade de coibir comportamentos nocivos para a vida em comunidade”.

Percebe-se que não significa intervenção obrigatória, mas regulação, isto é, permitir arbitragem em determinados casos é de interesse público e respeita o princípio da eficiência. Se o poder de polícia é uma faculdade de intervir ou não no direito individual, pode reconhecer que o Tribunal Arbitral é mais eficiente e deve julgar determinados dissídios ambientais. Multas e sanções são privativas ao poder de polícia. Compensação, relações entre particulares, podem ser delegados a um tribunal arbitral.

A fiscalização e a aplicação de sanção constituem prerrogativas indelegáveis da Administração Pública (AP), bem como o licenciamento, ou seja, ela faz o controle anterior e posterior, autorizando o início dos empreendimentos e os sancionando quando necessário. Não se pode olvidar do princípio da eficiência da administração pública inserido na Constituição da República por meio da Emenda Constitucional 19/98.

Batista Júnior (2012, p.262) versa que o dever constitucional do legislador é de otimizar os fins, isto é, de escolher as melhores soluções possíveis para o que foi constitucionalmente normativizado.

Para bem atender ao interesse público, a atuação da AP deve ser eficiente. Assim, se puder ser comprovado, com toda a certeza, que a solução legislativa é, em todos os casos concretos, ofensiva à eficiência da AP, ou seja, que a solução legislativa não possibilita o atingimento otimizado do interesse público, ou sempre ofende ao interesse público de melhor satisfação do bem comum, esta solução deve ser afastada por inconstitucionalidade. Em síntese, a solução legislativa comprovada e inequivocamente ineficiente atenta contra o fundamento maior de prevalência do bem comum e, daí, é materialmente inconstitucional. (BATISTA JÚNIOR, 2012, p.265)

Moraes (2007, p.215) indica que a eficiência une o postulado da economicidade, que seria se optar pelo meio menos custoso com o dever da AP de promover de modo satisfatório

os fins a ela atribuídos. Essa segunda face se confundiria com o princípio da proporcionalidade.

O direito deve ser instrumentalizado para a realização social e, caso a melhor alternativa seja autorizar a utilização da justiça privada, essa deve ser a saída. Maia Neto (2008, p.9) lembra que direito é “um instrumento de pacificação social, devendo acompanhar as demandas e necessidades da sociedade, dispondo de meios ágeis para a solução de litígios, como foi a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais e, antes deles, dos Juizados de Conciliação.”

Batista Júnior quando, inspirado em Parejo Afonso, liga o Princípio da Eficiência à própria realização do Direito declara:

A configuração constitucional do PE (Princípio da Eficiência) não traduz qualquer pretensão de fundamentação da atuação administrativa em uma razão de Estado ou racionalidade independente, mas se impõe como racionalidade própria a jurídica, no sentido de realização do Direito. (BATISTA JÚNIOR, 2012, p.526)

Não é despidendo rememorar que quando da criação dos juizados especiais muito se falou em violação aos princípios do contraditório e ampla defesa, mas, ainda assim, prevaleceu a eficiência de um judiciário com cogniscidade reduzida.

Diante disso, a utilização dos MASC pode perpassar por caminho semelhante e ser reconhecida como método eficiente, célere e técnico.

Um dos grandes problemas do judiciário é a morosidade dos processos que causa descrença social na justiça. Freitas (2011, p.344) lembra que “a inobservância do princípio da razoabilidade na duração do processo pode gerar responsabilidade internacional do Estado por danos às partes”.

Os métodos alternativos atendem mais ao discurso das partes, à tecnicidade da demanda e a preocupação com uma decisão legítima e eficiente que se aproxima da Teoria da Ação Comunicativa de Habermas.

Para Habermas a ação comunicativa representa o diálogo entre as partes por meio de uma linguagem que vise às melhores decisões tanto para o indivíduo quanto para a sociedade. Se, diante desse diálogo chega-se à conclusão de que, mesmo com o respeito ao princípio da eficiência e ao poder de polícia, há a comprovação de superioridade em qualidade e celeridade dos métodos alternativos diante do judiciário, não há como furtar de uma decisão de permissividade da adoção da justiça privada.

Conforme lembra Sales (2004, p.176)

o discurso é um tipo de ação comunicativa que num processo argumentativo questiona ou restaura as pretensões de validade nas situações da vida cotidiana. Em muitas ocasiões certos argumentos podem ser contestados, questionados como inválidos ou incorretos; a validade dessas pretensões contestadas é assim temporariamente suspensa.

Diante de uma norma ineficiente, Sales (2004, 176) afirma que o “discurso busca a restauração da validade desses argumentos, reorganizando a comunicação” e pode servir para reorganizar a efetividade e invalidar norma que não respeite o devido processo legal substantivo. Sem o discurso, a validade se afasta da facticidade. É necessária a argumentação e não mera imposição. É o agir comunicativo, que nas palavras de Habermas, se dá da seguinte forma:

O conceito “agir comunicativo”, que leva em conta o entendimento linguístico como mecanismo de coordenação da ação, faz com que as suposições contrafactuais dos atores que orientam seu agir por pretensões de validade adquiram relevância imediata para a construção e manutenção de ordens sociais: pois estas mantêm-se no modo do reconhecimento de pretensões de validade normativas. Isso significa que a tensão entre facticidade e validade, embutida na linguagem e no uso da linguagem, retorna no modo de integração de indivíduos socializados – ao menos de indivíduos socializados comunicativamente – devendo ser trabalhada pelos participantes. (HABERMAS, 2003, p.35)

Ao não se permitir a ação comunicativa, Habermas atesta o distanciamento entre a facticidade – “coação de sanções exteriores” – e a validade – “força ligadora de convicções racionalmente motivadas – e somente o agir comunicativo é capaz de integrar a sociedade. (HABERMAS, 2003, p.45).

A validade social, para Habermas, está subordinada ou é determinada pela facticidade artificial dos costumes e tradições. Para o autor “não basta apenas explicar o que é igualmente bom para todos, pois é preciso saber também quem são os participantes e como eles desejariam viver. E, face aos fins que eles escolhem à luz de valorações fortes, eles enfrentam, além disso, a questão: qual é o melhor caminho para atingi-lo?”. (HABERMAS 2003, p.194-195).

Dessa forma, Habermas aborda a justiça englobada pelo autoentendimento e escolha racional. Por óbvio que a escolha não é simples e merece ser debatida profundamente. O importante é o desenvolvimento sustentável e não mero crescimento econômico, precisamente como ensina José Eli da Veiga (2005, p.56) “mas não se deve esquecer que no crescimento a mudança é quantitativa, enquanto no desenvolvimento é qualitativa.” Veiga, ao citar Furtado (2004, p.484), afirma que, quando o projeto social prioriza a melhoria das condições de vida da população, o crescimento se transforma em desenvolvimento.

A teoria do discurso é aqui abordada para ilustrar que, se na confrontação entre a proteção ambiental e eficiência da reparação do dano, a utilização de um método alternativo de solução de conflito é percebido pela sociedade como mais adequado, a conclusão do discurso será a instauração de tal alternativa ao judiciário.

Quando se considera essa prática como um processo destinado a resolver problemas, descobre-se que ela deve a sua força legitimadora a um processo democrático destinado a garantir um tratamento racional de questões políticas. A aceitabilidade racional dos resultados obtidos em conformidade com o processo explica-se pela institucionalização de formas de comunicação interligadas que garantem de modo ideal que todas as questões relevantes, temas e contribuições, sejam tematizados e elaborados em discursos e negociações, na base das melhores informações e argumentos possíveis. (HABERMAS, 2003, p.213)

Habermas (2003, p.190) entende que o novo paradigma se dá por meio de uma discussão contínua na qual os participantes possuiriam uma pré-compreensão da interpretação da constituição em que “toda transformação histórica do contexto social poderia ser entendida como um desafio para um reexame da compreensão paradigmática do direito”.

Habermas (2003) entende que é por meio do discurso que se chegaria a uma vontade racional em que residiria o verdadeiro direito. Os indivíduos devem ser autores e destinatários das normas que declaram seus direitos construídos por meio de uma junção entre o público e privado. Tal elo seria o discurso. O autor defende um maior engajamento e participação dos cidadãos no processo de tomada de decisões garantida democraticamente pelo Estado.

Uma vez mais aproximando a ideia de Habermas à presente dissertação, tem-se que, diante de uma compreensão da sociedade, que quer uma eficiente proteção ambiental e reparação integral de dano causado, em caso de atestado de maior eficácia de um método sobre o outro, deve prevalecer aquele que atende aos anseios sociais.

O consenso no dissenso é mais bem atingido em um campo técnico em que regras procedimentais não sejam mais importantes que a equidade da questão, como ocorre muitas vezes no judiciário. Sales entende que os MASC são fortes aliados do judiciário:

Os meios amigáveis de solução de conflitos, especialmente a mediação, apresentam-se como fortes aliados do Poder Judiciário e da sociedade. Para o Poder Judiciário, pelo fato de a mediação, quando soluciona boa parte dos conflitos, desafoga-o de sorte que este poderá, portanto, oferecer à sociedade decisões mais céleres e de maior qualidade. Para a sociedade, representa um meio democrático de solução de conflitos, na medida em que não somente reduz os processos na esfera estatal como incentiva uma transformação cultural, a cultura do diálogo, da solidariedade. (SALES, 2004, p.75)

O judiciário não possui o conhecimento técnico, a interdisciplinaridade e a ciência da complexidade de uma reparação ambiental. Sua atual situação chega a ser deveras

preocupante. Sales (2004, p.64) corrobora que “é quase impossível proferir decisões de qualidade quando os juízes não possuem tempo para debruçar-se cuidadosamente nas questões que tratam. Como consequência, o judiciário apresenta-se com instituição morosa, cara e de pouca qualidade.”

Frade (2003, p.107) acompanha o entendimento de que os métodos já são uma realidade, visto terem se difundido como opção viável ao judiciário e afirma que “a consolidação das formas de resolução alternativa de litígios no quadro de um sistema fortemente marcado pela supremacia dos tribunais como instância pacificadora da conflitualidade social é uma das dinâmicas que percorrem os actuais sistemas de administração da justiça”.

Pode-se afirmar que os métodos alternativos estão presentes em todo o cotidiano do ser humano. Goldberg, Rogers e Sander (1992) constataam que utilizamos da negociação nas coisas mais básicas, como sair para jantar, alugar um filme, ao escolher qual comida será servida na ceia de Natal, etc e indicam que o ideal nas negociações é ter um agente que o represente, como no caso da contratação de um advogado, pois as partes podem estar demasiadamente envolvidas emocionalmente que não serão capazes de enxergar as vantagens de uma negociação para a confecção de um acordo.

O tema-problema aqui desenvolvido é se, mesmo reconhecendo os MASC como alternativa eficaz ao judiciário, eles devem ser utilizados em matéria tão cara à sociedade, a do direito difuso ao meio ambiente.

Carmona (2012, p.26-27), ao respaldar sua obra na teoria dos sistemas de Nicolas Luhmann, reconhece o processo arbitral como um importante meio de resolução e estabilização de conflitos sociais. Como integrante do subsistema do direito, conteria o fechamento estrutural, mas com abertura cognitiva para se comunicar com os demais sistemas, influenciando e sendo influenciado por ele. Ao afirmar tal ponto, Carmona indica que a Arbitragem é bem recebida na teoria luhmanniana, e assevera que, tal como a jurisdição, é eficaz. E, mais, que se comunica com a jurisdição de maneira a se concluir que não é um sistema absolutamente autônomo e arbitrário, podendo, com isso, ser utilizado paralelamente e sem risco de implicar ilegalidade ou até mesmo injustiça.

Ao se entender que se trata de métodos eficazes, cumpre perpassar pelos principais: mediação e arbitragem, sendo a negociação ínsita aos dois e, conforme já versado, aplicada a todo o tempo na vida cotidiana e também na solução dos conflitos.

3.1 Mediação e seus limites

Adentrando especificamente na mediação, que é um método alternativo de solução de conflitos amplamente utilizado e que não tem encontrado muitas barreiras para sua utilização, cumpre conceituá-lo e indicar suas características e limitações.

A mediação, segundo Sales (2004, p.23), “apresenta-se como uma forma amigável e colaborativa de solução de controvérsias que busca a melhor solução pelas próprias partes”, que tem como objetivo a solução de conflitos “por meio do diálogo, no qual as partes interagem em busca de um acordo satisfatório para ambas, possibilitando uma boa administração da situação vivida”. (SALES, 2004, p.27)

A mediação se mostra um processo em que as partes são esclarecidas acerca das possibilidades de satisfação de interesses das partes e, conforme lembra Sales (2004, p.29), na mediação se esclarece acerca da satisfação dos interesses de ambas as partes e que a pacificação do conflito não incorrerá em vencedor ou perdedor, visto que ambas ganham.

Apesar de ser um método alternativo as partes é que decidem se haverá acordo ou não. Trata-se de uma “autocomposição assistida, o processo pelo qual uma terceira pessoa facilita a comunicação entre as partes, almejando a solução e prevenção de conflitos” (SALES, 2004, p.40). Na heterocomposição um terceiro decidirá o litígio, como no caso da querela judicial e do processo de arbitragem.

A mediação é um método alternativo de solução de conflitos que pretende solucionar o litígio sem a decisão de terceira pessoa, isto é, por um consenso entre as partes. Na negociação feita diretamente pelas partes não é necessário um terceiro, mas em caso de manutenção do desacordo, a figura de um mediador, terceiro não interessado, sem poder de decisão, mas com a missão de apaziguar os litigantes, pode ser o instrumento faltante para se chegar a um acordo.

Ainda sobre a negociação, cumpre transcrever o entendimento de Frade (2003, p.115): “a negociação é o instrumento primário da mediação e dos demais métodos de RAL” e ainda assevera que:

A negociação não constitui verdadeiramente um processo de RAL, na medida em que não se registra a presença de um terceiro neutro. As partes discutem directamente o seu problema e, se essa discussão for bem sucedida, levará à celebração do acordo que extinguirá o conflito. A negociação pode contar com a presença de defensores das partes (advogados ou solicitadores) ou de peritos, mas estes “vestem” o interesse e a pretensão da parte que os nomeia, pelo que a bilateralização (embora a negociação não tenha que ser um processo restrito a duas

partes) se mantém. A regulação o diferendo obedece, portanto, a uma lógica auto-compositiva, como foi referido. (FRADE, 2003, p.115)

A negociação directa entre as partes é uma forma de auto-composição em sentido estrito, dado que as partes solucionam os seus conflitos entre si e sem ajuda de terceiros. (FRADE, 2003, p.116).

Para Frade (2003, p.115) a mediação é baseada “na intervenção de uma terceira parte neutral – o mediador –, que tem por missão ajudar as partes a estabelecer um acordo que ponha fim ao seu diferendo, podendo (...) apresentar-lhes propostas e sugestões de sua iniciativa tendo em vista obter o consenso”. Frade (2003, p.116) conclui que a mediação se trata de um método assistido de autocomposição de conflitos, visto que a celebração do acordo é extraída unicamente da vontade das partes, que são quem dirigem a negociação sob o auxílio do mediador.

Para Goldberg, Rogers e Sander (1992), mediação é a negociação dirigida com a assistência de uma terceira parte, o mediador. Ao contrário do árbitro e do juiz, o mediador não tem o poder de impor uma decisão às partes, seu controle se resume a dirigir o processo de mediação. Para os autores, a mediação apresenta diversos fatores positivos, visto que é mais célere e mais barata do que uma disputa judicial, não fica uma sensação de vencedor e perdedor, visto que na mediação ambos se esforçaram para um caminho comum, o que pode ainda proporcionar maior boa vontade no cumprimento do avençado, ainda que não possua a força executiva da decisão judicial. Mas, advertem que é necessário profissionalizar e dar um cunho formal e procedimental ao instituto da mediação para que uma parte não tenha mais poder do que outra e ambas possuam as mesmas oportunidades de se manifestar; enfim, transformar esse método em algo regulamentado.

O terceiro, mediador, não tem poder decisório, apenas media o conflito e busca a “solução real” do conflito. Essa expressão citada por Sales (2004, p.30) serve para diferenciar tal método da judicialização da demanda em que muitas vezes a decisão judicial acaba por gerar outros litígios, na medida em que o impasse revelado não é o real, mas mero braço de um problema maior. Na mediação podem ser solucionadas várias questões que não estão envolvidas inicialmente, já no judiciário, a decisão se limita ao pedido.

Frade (2003, p.115) indica que a mediação difere da arbitragem e da conciliação em virtude da função exercida pelo terceiro:

O árbitro analisa os factos controvertidos e toma uma decisão sobre eles, a qual tem força obrigatória para as partes. O conciliador é um mero facilitador do diálogo inter-partes, não tendo qualquer poder para decidir ou sequer sugerir uma solução. O

mediador é mais comprometido e pró-ativo do que o conciliador, mas menos imperativo do que o árbitro.

Sales descreve bem várias vantagens do processo de mediação:

Quanto ao processo de mediação ressaltam-se as seguintes vantagens: as partes ficam totalmente satisfeitas com o acordo; como processo colaborativo, a mediação estimula um tratamento cordial entre as partes; a autoestima dos participantes é desenvolvida; normalmente o tempo do processo de mediação é curto; os custos deste processo são menores que os do processo judicial; como as partes celebram acordo através de conversa e reflexão, tendo o relacionamento entre elas melhorado, a possibilidade de outros conflitos é mínima; o processo de mediação tanto resolve o conflito quanto previne novas controvérsias entre as partes; o mediador é escolhido pelas partes, garantido assim a independência dele. Quando as partes não escolhem o mediador, pois este é indicado por um Centro de Mediação, por exemplo, têm elas o direito de não aceitá-lo. (SALES, 2004, p.72)

Como desvantagens, Sales (2004, p.72) indica que existem conflitos que, pelo tamanho e complexidade, não comportam um processo de mediação e que às vezes não há boa vontade das partes em solucionar o litígio por meio de acordo.

Ocorre que, como a mediação não decide, é preciso um método que possa ser voluntário, mas imponha uma solução ao caso e determine uma atitude das partes. Um terceiro com poder de impor uma solução ao conflito, por meio de heterocomposição, pode ser a única solução. Diante de um judiciário abarrotado, os MASC oferecem como alternativa, a Arbitragem.

3.2 Arbitragem

A arbitragem é um procedimento em que as partes elegem um árbitro para solucionar o litígio existente. As partes não possuem poder de decisão, que cabe ao árbitro.

Frade (2003, p.116) bem lembra que o processo arbitral, bem como o judicial são formas “hetero-compositivas” de solucionar conflitos, visto que a decisão compete a uma terceira parte que tem poderes de impor sua resolução às partes.

Frangetto (2006, p.5) corrobora tal afirmação e indica que a finalidade da arbitragem é a solução do conflito por um processo de convencimento de um terceiro, que não representante do poder judiciário no exercício da sua função estatal, que foi identificado de comum acordo entre as partes e eleito como a pessoa adequada para ser o julgador e resolver o conflito.

É um método, portanto, de adjudicação. Nos dizeres de Frade:

Entende-se por adjudicação o modo de resolução no qual a decisão vinculativa sobre o litígio não deriva do mandato das partes, mas da ordem jurídica a que estas estão sujeitas. O terceiro neutro e imparcial tem legitimidade para impor a sua decisão aos litigantes. Esta é a situação típica das decisões judiciais e é também a das decisões arbitrais, embora estas tenham na sua base um consenso das partes quanto à escolha do processo (convenção arbitral). (FRADE, 2003, p.109).

Goldberg, Rogers e Sander (1992) indicam que a arbitragem é um método alternativo utilizado há centenas de anos, visto que os mercadores ingleses do século XIII preferiam resolver as disputas pelos seus próprios métodos do que por imposição do Estado. Os autores ressaltam que a primeira decisão da Suprema Corte Americana sobre arbitragem ocorreu em 1953, no caso *Wilko x Swan*, em que aquele órgão entendeu que a arbitragem não era adequada, que tomava determinações legais sem instrução legal, que suas decisões poderiam ser feitas sem explicação dos motivos e de um registro completo dos trabalhos e que os erros de interpretação não poderiam ser revistos pelos tribunais.

No entanto, em 1985, a Suprema Corte toma uma decisão completamente pró-arbitragem em um caso envolvendo uma reivindicação estatutária entre *Mitsubishi e Chrysler* em que manteve um acordo de submeter à arbitragem uma reivindicação antitruste fundada em um acordo internacional. Daí em diante a corte entendeu que arbitragem seria capaz de lidar com casos e implicações legais de reivindicações antitruste mesmo na ausência de instrução e supervisão judicial, que não viola direitos civis dos envolvidos e que não há motivo para acreditar que os árbitros não observarão a legislação vigente.

As vantagens da arbitragem citadas por Goldberg, Rogers e Sander (1992) são: possui alto grau de confidencialidade, ao contrário de uma ação judicial que é pública e em apenas poucos casos corre em sigilo e é possível estabelecer rígidos prazos para as partes e para os árbitros de maneira a certificar uma decisão célere e sem procedimentos protelatórios e desnecessários.

Quanto àqueles que indicam que a arbitragem não constitui um verdadeiro, mas mero procedimento privado, Carmona indica que se trata de verdadeiro processo e de um sistema fechado eficiente, autônomo:

Em outras palavras, se há processo legislativo e processo administrativo há processo arbitral. Se se admite haver jurisdição na arbitragem, como reconhecemos, não se pode obviamente negar haver processo arbitral pelo simples motivo de que aquela só se expressa por meio deste. Mas é fato, por outro lado, que o formato com que se implementa a jurisdição na arbitragem difere do modelo estatal. E isso nada mais faz do que também demonstrar uma tipicidade, um fechamento operacional próprio, inclusive no tocante a como se operacionaliza a jurisdição no seu ambiente, ou, em outras palavras, no seu método de funcionamento. Revela autonomia do processo arbitral relativamente ao estatal, marca que vimos perseguindo no estudo desde o

início como requisito para demonstrar a opção teórica feita. (CARMONA, 2012, p.90).

Não se pode esquecer de que a arbitragem se comunica intensamente com o processo estatal e dele retira seus princípios que contribuem para a eficiência e legitimidade da arbitragem.

Por outro lado, não podemos nos esquecer que o processo arbitral se comunica com o sistema do processo estatal, em movimento de abertura cognitiva (...) para esse efeito, no tocante à concreção do princípio do devido processo legal, é também verdadeiro que essa comunicação entre os sistemas poderá fazer com que elementos do direito processual estatal acabem por contribuir de alguma forma para que o princípio do devido processo legal seja integrado ao ambiente arbitral. Isso, involuntariamente, mediante princípios, e, voluntariamente, com regras e dispositivos (...).(CARMONA, 2012, p.107)

O processo arbitral deve ser visto ao lado da esfera estatal como esferas equivalentes. Nas palavras de Carmona (2012, p.91), “como mecanismos jurisdicionais nos quais juiz e árbitro exercem as mesmas funções: serem julgadores de fato e de direito, dizerem o direito, em movimento alinhado com a própria natureza jurídica da arbitragem”. Seria “um mecanismo que seja apto para resolver controvérsias com respaldo do Estado, pacificando situações, dizendo o direito exatamente como o processo judicial”.

No entanto, os autores ressaltam que são vantagens relativas, visto que uma arbitragem pode demorar muito tempo, dependendo dos procedimentos e maneira comportamental das partes e em casos de necessidade de alto conhecimento técnico, pode atingir altos valores.

Outro fator positivo que se apresenta nesse processo é que “o árbitro deverá ser um técnico ou especialista no assunto e discussão para dar um parecer e decidir a controvérsia” (SALES, 2004, p.42). O árbitro funciona como um juiz de direito e sua decisão é soberana, não podendo ser questionada no judiciário, a não ser por motivos formais.

Carmona (2012, p.134) entende que o processo arbitral é naturalmente destinado a oferecer a melhor decisão por conta da especialidade do julgador, “seja na questão de direito material, seja no *modus operandi* processual. Isso traz segurança jurídica para a parte”. O autor é convicto da eficiência desse processo, “notadamente pelas características do seu fechamento operacional, do conjunto de princípios e mecanismos que lhe autorizam entregar a tutela de forma bem personalizada, feita sob medida. Do modo com que peculiarmente integra o conceito de devido processo legal”.

Os autores são uníssonos nas vantagens da arbitragem. Frangetto (2006, p.59) não destoa e afirma que a confidencialidade, visto que o processo arbitral só se torna público caso

as partes queiram, a certeza da flexibilidade, já que no processo judicial há amarras procedimentais inderrogáveis, a possibilidade de equidade¹⁸, que conjuga uma solução técnica e não estritamente definida pelas regras do direito e a tecnicidade dos árbitros são fatores positivos que sobressaem à atuação judicial.

Frangetto ainda indica que somente a especialidade do árbitro é capaz de respeitar todos os ditames do desenvolvimento sustentável:

De fato, um árbitro especializado, pode ser ótimo julgador, em casos relacionados a diplomas internacionais que visam soluções globais para problemas ambientais comuns a diversos Estados. Isso em razão da sua capacidade em discernir, no detalhe, os efeitos de determinados fenômenos sobre processo anti-desenvolvimento sustentável (processo de destruição de fenômenos e condições proporcionadores do equilíbrio ecológico) causadores de transformação negativa dos ecossistemas, ao lado das maneiras de tratamento, viáveis e previstas no sistema convencional de acordos ambientais multilaterais, para o retorno ao estágio de equilíbrio ecológico. (FRANGETTO, 2006, p.16-17).

Alexandre Freitas Câmara esclarece a função e importância do árbitro:

O árbitro é, sem sombra de dúvida, o mais importante sujeito no processo arbitral. Trata-se do terceiro, estranho ao conflito, a que se confia sua composição. Pessoa em que as partes depositam sua confiança, o árbitro exerce múnus público, sendo o responsável por fazer justiça no caso concreto que lhe é submetido. Exerce, assim, função assemelhada à que é exercida pelos órgãos do Poder Judiciário, sendo responsável por uma atividade extremamente relevante do ponto de vista da busca da pacificação social. (CÂMARA, 2009, p.41)

Importante ressaltar que, apesar de o árbitro ter um campo decisório mais vasto do que um juiz de direito que está preso a regras processuais, sua decisão precisa ser condizente com o processo que lhe é ofertado para julgamento. Câmara (2009, p.80) ressalta que a lei de Arbitragem exige uma decisão a ser proferida pela convicção do árbitro, mas necessariamente construída por meio das provas apresentadas, o que permite às partes que afirmam o sopesamento das provas apresentadas, e devendo ainda ser devidamente fundamentada.

Se houver uma questão que possua um cunho jurídico aflorado “os advogados serão, sem sombra de dúvida, frequentemente escolhidos para desempenhar a função de árbitros” (CÂMARA, 2009, p.81).

Ademais, como bem frisado por Maia Neto (2008, p.57): “Independente dos ditames fixados para encaminhamento da arbitragem, deverão ser respeitadas determinadas garantias

¹⁸ Lei de Arbitragem

Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. (BRASIL, 1996)

constitucionais do cidadão e da sociedade – contraditório; igualdade das partes; – imparcialidade do árbitro; – livre convencimento”.

A própria lei de Arbitragem, em seu artigo 26, determina que obrigatoriamente a sentença arbitral deverá conter os fundamentos da decisão, em que serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade. O dispositivo decisório deve demonstrar como as questões submetidas foram solucionadas, isto é, há uma segurança acerca de uma análise técnica e fundamentada pelo árbitro.

De se ressaltar que a arbitragem é o meio mais empregado para solução de conflitos entre países e que as “decisões estrangeiras são exequíveis em mais de 140 países, de acordo com a Convenção de Nova York (1958). É comum considerar-se este instrumento como uma das maiores histórias de sucesso na arbitragem.” (ANDREWS, 2009, p.500).

Maia Neto (2008, p.10-15) cita as vantagens da arbitragem, especialmente no que tange à rapidez com que é proferida a sentença arbitral, a economia com despesas existentes na justiça estatal, o sigilo em contrapartida a publicidade do processo, redução das formalidades, visto que o juízo arbitral deve ser tratado sem o excesso de liturgia do poder judiciário, amplitude do poder de julgar, tendo em vista que as partes determinam a matéria que será arbitrada e a forma como se processará o julgamento, maior autonomia das partes, já que os árbitros devem seguir o procedimento escolhido pelas partes e obrigatoriedade da sentença que não precisa ser homologada pelo judiciário e é de cumprimento obrigatório.

De se dizer que não significa que o judiciário simplesmente ignora o decidido nas arbitragens, como lembra Maia Neto:

(...) o Judiciário não é afastado, mas funciona como um guardião da legalidade no procedimento arbitral.

Dessa forma o juízo arbitral processado sobre o manto do Judiciário, que poderá ser convocado para resolver incidentes processuais, julgar e decidir eventual irregularidade formal da sentença arbitral e, principalmente, promover a execução da decisão dos árbitros. (MAIA NETO, 2008, p.22):

Portanto, em caso de impossibilidade ou ineficiência da negociação (conciliação) e da mediação, ainda cabe uma alternativa ao judiciário que é o processo arbitral que, sendo um método de adjudicação, impõe uma decisão às partes, porém mais técnica e possivelmente mais célere do que a jurisdição.

A dissertação, apesar de tratar de métodos alternativos de solução de conflitos, entre os quais se inclui a arbitragem, tem foco nesta por se tratar do meio mais controvertido entre todos os métodos, visto que impõe uma decisão às partes que equivale a um mandamento

judicial. Ademais, como se viu, a limitação da conciliação e mediação faz com que questões de substanciais de interesses demandem uma imposição da decisão sob pena de não se pacificar o conflito.

3.3 Termo de Ajustamento de Conduta e suas implicações

A fim de finalizar o presente capítulo será abordado o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC). A razão de ser deste subtópico está consubstanciada no fato de ser uma ferramenta amplamente utilizada pelo Ministério Público e demais legitimados da Lei de Ação Civil Pública, Lei 7.347/ 1985, em que a solução, em litígios que não foram judicializados por meio de Ação Civil Pública, sem intervenção ou mediação do judiciário.

Dessa forma, trata-se de verdadeiro método alternativo de solução de conflitos e imprescindível ao presente trabalho, visto que pode significar um passo para a confirmação da hipótese proposta nesta dissertação.

Nery (2010, p.149) conceitua o compromisso de ajustamento de conduta como “negócio jurídico bilateral, e que se reconhece, em seu bojo, a finalidade de adquirir, modificar ou extinguir direitos, por meio de negociação das partes consubstanciada na transação”. Dessa definição se extrai que o compromisso busca um consenso, uma construção de um acordo.

A autora exemplifica sua posição ao relatar um caso de um agente público que é investigado por improbidade administrativa e quer devolver o valor que consubstanciou na perda do patrimônio público. Tratar-se-ia de ação de prerrogativa do Ministério Público, conforme *caput* do art.17¹⁹ da Lei 8.429, de 2 de junho de 1992 e que não permite transação, conforme o parágrafo primeiro. No entanto, tal vedação não impediria que se celebrasse um compromisso para negociar a forma da devolução do dinheiro.

Na mesma linha defendida para os métodos alternativos de solução de conflitos, Leite (2011, p.260) afirma que o compromisso de ajustamento “visa aliviar a incidência de processos em trâmite no poder judiciário e dar uma oportunidade a mais para que o infrator venha a cumprir suas responsabilidades, sob pena de tornar líquida e certa sua obrigação” que teria eficácia de título executivo extrajudicial.

Ademais, cumpre indicar que o TAC também se encontra atrelado ao princípio da eficiência que, conforme Nery (2010, p.93), significa que “as atividades do poder público

¹⁹Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

§ 1º É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o *caput*. (BRASIL, 1992)

devem ser praticadas com eficiência, para que a finalidade da atuação administrativa possa ser alcançada com o menor dispêndio de tempo e de recursos financeiros possível, primando pela satisfação e pela utilidade dos seus atos.”

De igual sorte que se defende a aplicação do método mais eficiente em prol do interesse público, o valor a ser prestigiado com a celebração do ajustamento de conduta é a “presteza, a perfeição e o rendimento funcional do poder público”, pois a função estatal é “o alcance do interesse coletivo com satisfação e utilidade.” (NERY, 2010, p.95)

Existem autores que defendem que o TAC não tem natureza de transação e não dispõe efetivamente dos direitos que são objetos do termo, mas uma vez mais recorrendo a Nery (2010, p.141) cujo posicionamento se encontra alinhado com diversos outros doutrinadores, tem-se que “o compromisso de ajustamento de conduta tem natureza jurídica de negócio jurídico, porquanto cria relação jurídica, constituindo, modificando ou constituindo negativamente direitos, pretensões, ações ou exceções.”

Dizer que se trata de negócio jurídico bilateral significa aproximar sua definição da transação. Ana Luiza de Andrade Nery (2010, p147) afirma que seria uma transação *sui generis*, visto que não pode significar renúncia aos direitos transindividuais e se respalda em Nelson Nery ao afirmar que “é possível a transação em matéria de direitos difusos e coletivos, analisada a cada caso concreto, ou seja, desde que prevaleça a efetividade da tutela dos direitos transindividuais, para que se possa avaliar o grau de transigência cabível no determinado ajustamento”.

Dessa forma, para a autora, “não se trata de transação que confere aos atermantes total liberdade, mas de uma avença sob a observância dos limites legais e que prevaleça a efetividade da tutela dos direitos transindividuais”.

Rodolfo Mancuso assevera que

(...)deve sempre prevalecer o interesse na *efetiva tutela* dos valores maiores da sociedade civil, a que esse instrumento processual está vocacionado, de sorte que, se o objetivo colimado – proteção ou reparação ao interesse metaindividual ameaçado ou lesado – puder ser alcançado pela via negociada, com economia de tempo e de custos, não há motivo plausível para se negar legitimidade a essa solução consensual. (MANCUSO, 2011, p.267).

O TAC é utilizado em diversas áreas, inclusive em matéria ambiental em que supostamente se tratam de direitos indisponíveis e, portanto, não sujeitos a nenhum tipo de negociação ou transação.

Tal realidade leva Fazzio (2013) a afirmar que se trata de verdadeiros acordos sobre direitos indisponíveis:

Os termos de compromisso de ajustamento de conduta (TAC) e os termos de compromisso de recuperação ambiental (TCRA) são exemplos claros de que direitos indisponíveis podem ser, e são, objeto de acordos extrajudiciais entre pessoas jurídicas de direito privado e o Ministério Público, ou órgãos ambientais, não celebrados no Poder Judiciário.

Milaré (2013, p.1401-1405) afirma sempre ter sustentado que se trata de mecanismo de solução de conflitos com natureza jurídica de transação, destinado a prevenir ou por fim a litígios que confere aos legitimados título executivo judicial ou extrajudicial, mas de maneira a reclamar, sempre, proposta de integral reparação do dano. Para o autor, há uma indisponibilidade na reparação integral do dano.

Leite e Ayala (2010, p.91) ao ponderarem sobre o conceito de dano entendem que é qualquer diminuição ou alteração de bem destinado a atender certo interesse. Isso significa que as reparações devem ser integrais, compreendendo os danos patrimoniais e extrapatrimoniais.

A reparabilidade integral do dano ambiental é decorrente do art.225, §3.º, da Constituição Federal, e do art.14, § 1.º, da Lei 6.938, de 1981, que não restringiram a extensão da reparação. No que concerne à responsabilização civil por dano ambiental, a reparabilidade é integral, levando em conta o risco criado pela conduta perigosa do agente, impondo-se ao mesmo um dever-agir preventivo, como meio de se eximir da reparabilidade integral do eventual dano causado. (LEITE; AYALA, 2010, p.224)

Abelha (2009, p.21) explica que, com respaldo no princípio da precaução, “o direito ambiental não admite e nem negocia os riscos”.

Canotilho e Morato Leite caminham no mesmo sentido:

O compromisso de ajustamento de conduta corresponde, na verdade, a uma solução extrajudicial do conflito, evitando, assim, a propositura da ação civil pública. Não poderá desvirtuar a finalidade de reparar o dano ambiental em sua totalidade, o que deve ser feito mediante os sistemas de obrigação de fazer e de condenação em dinheiro. (...) Convém mencionar, entretanto, que a tomada de compromisso não importa renúncia de direitos por parte do órgão público legitimado. O fato de este obrigar-se implicitamente a não promover uma ação de conhecimento deve-se à falta de interesse processual, visto que já dispõe de título executivo pré-constituído, ainda que extrajudicial. (CANOTILHO; MORATO LEITE, 2008, p.329).

Ainda que permaneça a discussão acerca da natureza jurídica do TAC, Silvia Capelli (2011, p.9-10) afirma que as correntes se dividem em tratar o TAC como transação, ato jurídico em sentido estrito, acordo em sentido estrito e negócio jurídico, trata-se de verdadeira transação amplamente utilizada inclusive em matéria ambiental.

Embora não haja indicadores precisos sobre o tema, a experiência nos leva a concluir que a maioria esmagadora das representações acerca de riscos ou danos ambientais levados ao conhecimento do Ministério Público são solucionadas extrajudicialmente, através dos compromissos de ajustamento. Nesse sentido, o projeto elaborado pelo Instituto o Direito por um Planeta Verde, sob os auspícios do Banco Mundial, intitulado Compromisso de Ajustamento Ambiental: análise e sugestões para o aprimoramento, concluiu que “a opção pelo compromisso de ajustamento de conduta para adequação à legislação vigente tem se dado por vários fatores, em especial porque a consensualidade traz ínsita maior probabilidade de cumprimento das obrigações e a obtenção do resultado que seria pretendido em eventual ação civil pública, representa benefício maior ao bem jurídico tutelado e àqueles que são seus titulares. Além disso, não se pode olvidar a morosidade das demandas judiciais para a solução de conflitos e para a efetivação de direitos, a preponderância da ótica privatista em detrimento de interesses transindividuais nas decisões judiciais, e as despesas excessivamente altas com os litígios justificam a opção pela solução extrajudicial. Por último, a análise de dados estatísticos demonstra a efetividade do instrumento na proteção do bem ambiental protegido, face ao elevado índice de adimplemento”

Impende ressaltar que se trata de um método alternativo de solução de conflitos e que, conforme entendimento doutrinário a que a se alia, é uma verdadeira transação. Portanto, já se trata de uma janela aberta para acordo em matéria de direito ambiental, supostamente indisponíveis. (CAPELLI, 2011, p.9-10).

Tiago Pires Oliveira (2011, p.5) afirma que o TAC é um instrumento importado da negociação ambiental, surgida na década de 70, nos Estados Unidos, por meio do movimento *Environmental Mediation*. A natureza jurídica do TAC ambiental não teria viés “inquisitorial e acusatório” das demandas ambientais em que o réu seria um condenado à espera da sua sanção.

O autor, baseado em Geisa de Assis Rodrigues, indica um conceito para o Termo de Ajustamento de Conduta como uma solução extrajudicial de conflito que tem como objeto a “adequação do agir violador ou potencial de um direito transindividual às exigências legais”.

Os autores de direito ambiental, apesar da dissonância da natureza jurídica, são uníssomos quanto à aplicabilidade do Termo de Ajustamento de Conduta em matéria ambiental e tal compromisso deve abarcar, em caso de dano ao meio ambiente, necessariamente, a reparação integral.

Deve-se refletir se a indisponibilidade da reparação integral contamina todo o direito ambiental de maneira a vedar definitivamente a aplicação dos métodos alternativos de solução de controvérsias como quer fazer crer a lei²⁰.

Tiago Severini (2010, p.85) ao discutir a questão da indisponibilidade dos direitos no que tange aos tributos, afirma que a atuação fiscal é mera busca do bem comum, sendo razoável se restringir o conceito de indisponibilidade para a consecução do interesse da

²⁰LEI Nº 9.307, DE 23 DE SETEMBRO DE 1996.

Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. (BRASIL, 1996)

coletividade. O autor sugere o engessamento da indisponibilidade do poder de tributar em prol do efetivo atendimento do bem comum e afirma que “O poder de tributar é indisponível ao agente administrativo, mas disponível para a administração pública na medida em que ela se impõe o dever de se utilizar do instrumento mais adequado ao alcance do interesse público”.

O compromisso de ajustamento de conduta poderá versar sobre as obrigações de fazer (*verbi gratia*, desenvolver determinada tecnologia para evitar dano a direito de natureza transindividual), não fazer, considerada a ausência de uma ação lesiva ou potencialmente lesiva (*verbi gratia*, não remoção de terra), dar, que o compreende entrega de coisa certa e determinável (*verbi gratia*, disponibilização de cartilhas escolares para difundir determinada informação) ou indenizar necessárias para prevenir ou reparar danos aos interesses tutelados.

O compromisso de conduta deve abarcar, prioritariamente, a recomposição do bem ambiental ao *status quo ante*, isto é, ao estado em que se encontrava antes de ter sofrido o dano. Apenas em face da impossibilidade da reversibilidade integral do dano material ou, ainda, existindo dano extrapatrimonial, é que deve haver a cumulação com a compensação, por meio de obrigações de dar e/ou indenizar, com vistas a ressarcir o que foi lesado. (CAPPELLI apud SEVERINI, 2010, p.14).

Fazio (2013) é peremptório ao concluir que o reconhecimento da natureza de transação do TAC e sua ampla aplicação em matéria de direito ambiental “pode-se inferir que já existe um instrumento que permite a negociação em matéria ambiental, mesmo se tratando de direitos difusos e “indisponíveis” e que na verdade impinge uma efetividade maior do que a judicialização”. O autor considera que talvez seja esse o caminho a ser seguido pelos métodos alternativos.

No próximo capítulo, serão abordados tais institutos quanto aos direitos difusos e a atual necessidade de se aumentar a proteção e reparação ambiental, possivelmente, por meio da aplicação dos métodos alternativos de resolução de conflitos.

Admitindo-se, portanto, a utilização do TAC em matéria ambiental, reconhecendo-se sua natureza de transação que significa dizer uma negociação ou disponibilidade, ainda que parcial, dos direitos indisponíveis o que abre uma porta para aplicação dos métodos alternativos de solução de conflitos quando se versar sobre meio ambiente, cumpre discorrer sobre a maneira que isso se daria.

Ainda que se reconheça a possibilidade de utilização do TAC e demais métodos, só há razão para a aplicação da proporcionalidade *lato senso* discorrida nos primeiros capítulos se comprovada a maior proteção e eficiência, especialmente, da necessidade, adequação e aplicação da proporcionalidade dos métodos alternativos em matéria ambiental, visto que se estará diante de uma indisponibilidade normativa que significaria uma limitação à defesa do meio ambiente e, conseqüentemente, da própria vida.

4 APLICAÇÃO DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS EM MATÉRIA AMBIENTAL

Após a abertura criada pelo Termo de Ajustamento de Conduta e a indicação da eficiência dos métodos alternativos de solução de conflitos, há de se discorrer sobre sua aplicação nos conflitos ambientais e verificar sua eficiência para dirimi-los sem a intervenção do judiciário. No presente trabalho, abordar-se-á, em especial, os conflitos entre o direito de propriedade e Reserva Legal diante do atual Código Florestal, com foco nos artigos 66 a 68, mas sempre sob os auspícios dos princípios jurídicos.

Há de se enfrentar, então, nesse momento, a disponibilidade do direito difuso a fim de se verificar a possibilidade de se aplicarem os métodos alternativos de solução de conflitos em matéria ambiental.

A doutrina atual tende a indicar pela indisponibilidade do direito ambiental, tal como do direito tributário, por envolverem interesses difusos, públicos e que não podem ser apropriados ou dispostos por ninguém. Ao se deparar com tal afirmativa e considerá-la intransponível, esta dissertação não teria motivos para sua continuidade. No entanto, um novo embate se inicia na doutrina que começa a indagar tal engessamento no que tange aos direitos difusos.

É preciso ponderar sobre tal conceito de maneira a se analisar a questão global atual com as perspectivas futuras. A capacidade de resiliência ambiental deve ser considerada como fator imprescindível nas decisões em matéria ambiental. Holling é esclarecedor acerca desse tema:

A abordagem de gestão baseada na capacidade de resistência, por outro lado, enfatiza a necessidade de manter as opções em aberto, a necessidade de ver os eventos em nível regional em vez de um contexto local e a necessidade de enfatizar a heterogeneidade. A partir disso, não seria a presunção de conhecimento suficiente, mas o reconhecimento da nossa ignorância; não o pressuposto de que os eventos futuros são esperados, mas que serão inesperados. O quadro de resiliência pode acomodar essa mudança de perspectiva, pois não exige uma capacidade precisa para prever o futuro, mas apenas uma capacidade qualitativa para desenvolver sistemas que podem absorver e acomodar eventos futuros em qualquer que seja sua forma. (HOLLING, 1973, p.21, tradução nossa)²¹

²¹ Tradução de: A management approach based on resilience, on the other hand, would emphasize the need to keep options open, the need to view events in a regional rather than a local context, and the need to emphasize heterogeneity. Flowing from this would be not the presumption of sufficient knowledge, but the recognition of our ignorance; not the assumption that future events are expected, but that they will be unexpected. The resilience framework can accommodate this shift of perspective, for it does not require a precise capacity to predict the future, but only a qualitative capacity to devise systems that can absorb and accommodate future events in whatever unexpected form they may take.

Cumpra abordar a razão e construção dos enunciados normativos e confrontá-los com a realidade socioambiental a fim de compreender seu alcance e significado. Há de se entender os mandamentos estatais como uma construção dialética:

Considerando o direito positivo como o conjunto de enunciados prescritivos (mensagem) a partir dos quais pretende o Estado (emissor) disciplinar as condutas intersubjetivas dos administrados (receptor), inevitável constatar a sua inserção em um processo comunicacional. Admitindo-se, dessa maneira, a natureza comunicacional inerente ao fenômeno do direito, assume papel extremamente relevante o estudo da linguagem, eis que todas as peculiaridades a essa relativas não de ser consideradas para fins de transmissão das mensagens normativas. (SEVERINI, 2010, p.75).

Severini (2010, p.77) conclui que, até pela limitação da linguagem, é impossível, por mais que se busque a definição de certo conceito, eliminar totalmente “a sua possibilidade de ser vago”. Até porque, o autor afirma com propriedade que “não é acessível ao legislador, quando da redação de certo enunciado, imaginar todos os casos a que será aplicável a regra que pretendeu veicular” (p.78), e conclui:

Dessa maneira, reforça-se a relevância do esforço interpretativo do aplicador do direito, não somente na tentativa de alcançar a intenção de que se reveste o corpo normativo (interpretação teleológica), mas, sobretudo, na contextualização daquele enunciado quanto ao ordenamento como um todo, a fim de que a sua aplicação possa preservar coerência sistêmica com o conjunto de enunciados em que se insere (interpretação sistemática) e atender ao pressuposto de eliminação de lacunas normativas. (SEVERINI, 2010, p.78).

O argumento solto de que a jurisdição confere mais segurança e maior proteção ambiental não pode prevalecer diante de estudos, práticas e perspectivas maiores de efetividade da tutela ambiental. *Mutatis mutantis*, na obra de José Eli da Veiga (2010), é colocada em cheque a medição do desenvolvimento pelo IDH – Índice de Desenvolvimento Humano – que é calculado a partir de três pilares, nível educacional, expectativa de vida e PIB per capita. Veiga demonstra a imprecisão e mesmo incoerência dessa medição, pois dentro de um país desenvolvido pode haver uma região com PIB inferior a um país miserável africano e o inverso, visto que mais fatores não considerados pelo IDH influenciam nessa medição.

No curso da reflexão que levou o NEPP (Núcleo de Estudos de Políticas Públicas) a formular o DNA-Brasil, foi ficando cada vez mais claro que a ideia de níveis de desenvolvimento não implica somente um certo estágio a ser medido e comparado com as situações de outros países. Pode implicar também um projeto ético-político que resulta, entre outras coisas, numa projeção racional do comportamento desejado dos indicadores. Assim sendo, o desenvolvimento pode ser medido e comparado a uma dada configuração projetada, mediante cada um dos indicadores e de seu

conjunto. Ou seja, em vez de um duvidoso índice sintético, que pretende expressar em um único número a complexidade do desenvolvimento, é preferível ter um conjunto integrado de indicadores. Se um avião exige o domínio de um imenso e complicado painel para que seja pilotado, o que dizer então de uma sociedade? (VEIGA, 2010, p.99)

É preciso uma real ponderação de fatores, positivos e negativos para que possa se chegar à conclusão da aplicação dos métodos alternativos ou não em matéria de direito ambiental. Afinal, diante da “modernidade líquida”, há de se questionar se o tempo indisponível atende aos anseios sociais e ao interesse público, visto que, ao se utilizar o termo de maneira intransponível, pode-se estar optando por não proteger o bem mais caro à humanidade, o bem ambiental.

A marca da indisponibilidade dos interesses transindividuais impede, em princípio, a transação, tendo em vista que o objeto alcança apenas “direitos patrimoniais de caráter privado”, suscetíveis de circulabilidade. Diante, porém, de situações concretas de dano iminente ou consumado, em que o responsável acede em adequar-se à lei ou em reparar a lesão, seria fechar os olhos à realidade e às exigências da vida recusar pura e simplesmente tal procedimento, numa incompreensível reverência aos conceitos. (MILARÉ, 2013, p.1399).

Luciano Timm (2009, p.161-165) cita, em suas palavras, um “paradigmático” acórdão do Superior Tribunal de Justiça (RESP 606.345-RS) em que se reconheceu a validade da cláusula compromissória firmada por uma sociedade de economia mista em um contrato público. A mesma resistência que se alega para a não aplicação dos métodos alternativos de solução de controvérsias em matéria ambiental começou a ser relativizada pelo judiciário em contratos públicos que, revestidos de interesses indisponíveis, teoricamente não deveriam ser submetidos a uma justiça privada. O autor indica que as premissas do acórdão foram basicamente “a) eficácia da cláusula compromissória e b) validade de cláusula compromissória firmada por sociedade de economia mista.”

O que nos mais importa aqui é a segunda premissa, visto que o STJ admite a cláusula arbitral quando o interesse “em jogo” seja secundário, isto é “quando não haja diretamente um interesse social a ser atendido por serviço público”.

Timm (2009) indica que a decisão se baseou na distinção do Ministro Eros Grau entre atividade econômica em sentido amplo e em sentido estrito. A primeira seria a prestação de serviços públicos nos quais há interesse social porque “o serviço depende de coesão social” e, a segunda, indica que quando o Estado deseja intervir no mercado deve atender a lógica do mercado, portanto, de Direito Privado.

O acórdão não resolve o problema proposto nesta dissertação, visto que não supera a contento a indisponibilidade ora tratada, mas serve de exemplo da superação do desconhecimento, citado por Timm em sua apresentação do livro, e de paradigma para uma discussão acerca dos núcleos indisponíveis, visto que admite, ainda que de forma tímida, a submissão do Estado à arbitragem.

Damiano (2002), ao versar sobre o direito do trabalho, tão caro à legislação nacional e intimamente ligado à indisponibilidade e impossibilidade de renúncia, indica uma tese para sua disponibilidade relativa:

A indisponibilidade, contudo, comporta graus. Assim, pode ser absoluta ou relativa. A primeira envolve situações excepcionalíssimas, tais como direito à vida, à personalidade e ao trabalho livre. A indisponibilidade relativa atinge a uma gama significativa de direitos e garantias: alimentos, registro do contrato de emprego da CTPS, (...) Na indisponibilidade relativa, a contrário do que se passa na absoluta, a renúncia e a transação têm lugar, conquanto sujeitas a restrições e limitações. Mas não se pode negar que o salário, o aviso prévio, as férias (...) e outros direitos indisponíveis e irrenunciáveis, ordinariamente, encontram no judiciário trabalhista sede para transações, acordos e conciliações que denotam a relatividade da indisponibilidade. (DAMIANO, 2002, p.19)

No campo tributário a discussão sobre a possibilidade de transação, que fere o princípio da indisponibilidade do direito tributário, também encontra diversas barreiras. Nas palavras Rodrigues Pires (2008, p.412) “a instituição da arbitragem (...) que se propõe a resolver conflitos que se instalam no Direito Tributário, não é aceita pacificamente (...) tendo em vista a prevalência, segundo entendimento doutrinário e jurisprudencial, da indisponibilidade do crédito tributário”.

Saraiva Filho (2008, p.64), ressalta que não é uma transação ampla e irrestrita, mas direcionada e sempre limitada pelos princípios do direito, como eficiência administrativa e economicidade:

A lei só pode autorizar a transação de modo específico, cabendo advertir que em face do princípio da legalidade, não é admissível que a autoridade administrativa possa utilizar critérios gerais e absolutamente discricionários, para acordar em extinguir, dispensar ou diminuir o tributo ou o crédito tributário, realmente devido, segundo a lei, tudo em nome do propósito de eficiência administrativa (CF, art.37, *caput*) ou da economicidade (CF, art.70, *caput*) na arrecadação, e de se reduzir; a qualquer preço, a litigiosidade, nem pode, apenas por exclusiva consideração de ordem econômica sobre a situação do devedor, reduzir multa, juros de mora, e etc., sem que a lei assim preveja de forma específica. (SARAIVA FILHO, 2008, p.64)

Quando a administração transaciona sobre um crédito, abre mão de um valor que pertence a toda a sociedade, isto é de interesse indisponível, mas ainda assim tal prática é aceita e começa a ser desenvolvida e ampliada pela doutrina e jurisprudência. A citação

acima, já admitindo a transação tributária, lhe confere contornos e limites legais estritos que, porventura trazidos para o direito ambiental, possam permitir a utilização de métodos alternativos de solução de controvérsias em matéria ambiental, exclusivamente em casos estritamente delimitados pelo Estado.

Ao se aplicar a arbitragem em matéria tributária não se está substituindo o Estado por um ente particular, mas permitindo a participação direta do cidadão no provimento que lhe afetará. Tal método permite uma aproximação da realidade à teoria do discurso de Habermas.

A Arbitragem representa, portanto, a participação direta do indivíduo na resolução de conflitos. Ao afirmar que o indivíduo se substitui ao Estado, não quer dizer que o cidadão comum ocupe o lugar que não lhe compete no que tange ao disciplinamento das atividades sociais. Não. De fato, o que existe é uma co-participação dos indivíduos no equacionamento e no direcionamento dos seus interesses, o que, como se verá, pode ser utilizado com bastante proveito na solução de conflitos em âmbito tributário. (PIRES, 2008, p.400)

Adilson Rodrigues Pires (2008, p.412) ressalta que “no campo fiscal, a obrigação é formada por sujeito passivo e ativo, que se encontram no mesmo plano de direitos e deveres, sem predominância de nenhum deles. O contribuinte deixa de ser objeto da obrigação e passa ser integrante da relação jurídica”.

O litígio tributário não seria resolvido completamente pela arbitragem, que teria limites de atuação definidos e se limitaria a dirimir o litígio no que tange ao fato gerador e a base de cálculo, isto é, não haveria discussão acerca da existência ou exigibilidade do tributo, mas acerca da sua incidência e base de cálculo. (PIRES, 2008, p.413)

Carlos Yuri de Araújo Morais (2008, p.490) confirma esse posicionamento ao afirmar:

Com isso queremos dizer que acordos não podem versar sobre direito, mas tão somente sobre fatos. Contribuinte e Administração possuirão ampla margem de manobra sobre os elementos que comprovam a ocorrência dos fatos geradores, a fim de se chegar a um denominador comum sobre o que constitui efetivamente a base de cálculo do tributo devido. Não se trata de um debate sobre a modificação dos elementos que compõem a descrição do fato gerador, mas sim da ocorrência ou não da situação que autoriza a liquidação do tributo.

Severini (2010, p.84) ressalta a relevância da transação em matéria tributária por ser um instrumento apto a “composição dos conflitos interpretativos sem a necessidade do dispêndio de tempo e de recursos que as discussões administrativas e judiciais proporcionam a ambas, nem de assunção do ônus da imprevisibilidade que elas proporcionam”. O autor ressalta que a primeira função do Estado é a satisfação das necessidades da sociedade, o

“alcance do bem comum”. Sendo assim, o agente administrativo não possui legitimidade para transacionar, mas a Administração, em prol dos interesses da coletividade, sim.

Nesse sentido, o poder de tributar é indisponível ao agente administrativo – face à atual inexistência de autorização legal para a transação – mas disponível para a Administração Pública, pois a ela se impõe o dever de se utilizar do instrumento mais adequado ao alcance do interesse público, o que pode coincidir ou não com o exercício do poder de tributar.

Em outras palavras, não há que se falar na indisponibilidade de tal prerrogativa desde que o Poder Público consiga, mediante instrumento diverso da imposição tributária, alcançar seus objetivos ou, de modo ainda mais amplo, desde que o não exercício do poder de tributar se justifique pela adoção de um caminho mais eficiente para o atendimento ao interesse público. (SEVERINI, 2010, p.87-88).

Por meio de uma interpretação sistemática da indisponibilidade do poder de tributar, pode-se inferir pela possibilidade de sua relativização quando a Administração Pública tiver um método mais eficiente para atingir suas finalidades estatais, como, por exemplo, o instrumento alternativo. (SEVERINI, 2010, p.88)

O autor então conclui pela possibilidade de transação em matéria tributária nos seguintes dizeres:

A realização da transação em matéria tributária revela-se viável, pois não é a natureza do interesse envolvido no litígio que deve ser entendida como fator determinante da possibilidade ou não de aplicação do instituto da transação a um caso concreto, mas o grau de imprescindibilidade da utilização do instrumento jurídico considerado a priori indisponível na consecução das finalidades estatais no caso concreto. (SEVERINI, 2010, p.90).

Renata Lima (2014, p.266) ao discorrer sobre a utilização de mecanismos de resolução de disputas no âmbito do contrato administrativo demonstra que a resistência é acerca do mesmo obstáculo enfrentado para sua aplicação em matéria ambiental, a indisponibilidade, o interesse público.

Aqueles que rejeitam a adoção da cláusula de arbitragem em contratos administrativos têm como fundamento o art.1º da Lei nº 9.307, de 23.09.1996. A seu sentir, o art.1º permite a utilização da arbitragem apenas para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis e os bens públicos são indisponíveis. (LIMA, R., 2014, p.266)

Então a autora passa a explicitar a posição doutrinária contrária que começa a ganhar força e adeptos.

Já aqueles que entendem ser possível a adoção da cláusula de arbitragem nos contratos administrativos fundamentam-se no mesmo art.1º da Lei nº 9.307/96; fazendo a diferenciação entre o que seria meta (interesse primário) e o que seria instrumento (interesse secundário) para a Administração pública, entendem que o

interesse secundário é disponível, podendo-se aplicar o juízo arbitral para a solução de controvérsias dele decorrentes. (...) Nos contratos administrativos sempre haverá um campo de interesses patrimoniais disponíveis que poderá ser objeto de arbitragem. (LIMA, R., 2014, p.267).

O professor Hely Lopes Meirelles (2010, p. 249) ao versar sobre interesse primário e secundário ensina que:

O primeiro é meta, o objetivo a ser atingido pela Administração no atendimento das necessidades sociais. O segundo é instrumental, ou seja, é a utilização de meios capazes de permitir a consecução do primeiro. Ao alugar uma casa para instalar um centro de saúde, o interesse público está na implantação daquela unidade, consistindo a locação em interesse público secundário, ou derivado do primeiro, já que não existiria sem aquele.

A satisfação dos interesses públicos secundários (...) se resolve em relações patrimoniais que, por estarem no campo da liberdade contratual da Administração, são direitos disponíveis.

Renata Lima (2014, p.274) indica ainda que os legisladores, doutrinadores e julgadores caminham para reconhecer amplamente a adoção da cláusula arbitral em contratos administrativos.

Mancuso (2011, p.280) lembra que ocorrem comumente transações em lides que supostamente possuem interesses indisponíveis, como no caso de ações de alimentos que se transacionam acerca da sua expressão pecuniária e em matéria penal quando se discutem as infrações de menor potencial ofensivo. Tal raciocínio é inclusive aplicado para os crimes ambientais de menor potencial ofensivo.

Transmutando totalmente para o direito ambiental, Frangetto (2006, p.44) indica que o reconhecimento da utilização dos métodos alternativos de solução de conflitos em matéria ambiental encontra semelhante barreira da autonomia do Direito Ambiental.

Na verdade, trata-se de medida necessária. Fazzio, ao defender a arbitragem em matéria ambiental, aduz que a barreira da indisponibilidade tem se mostrado um fator prejudicial ao meio ambiente:

A indisponibilidade do direito não vem significando, na prática, sua maior proteção, objetivo de se classificar o direito ao ambiente como indisponível. Ao contrário, a morosidade na adequada solução de conflitos que envolvam questões ambientais é a maior evidência de que o instrumento arbitragem poderá concretizar o elevado grau de proteção exigido pela importância do ambiente para a humanidade.

Os diversos tratados e convenções sobre o ambiente, tais como a Convenção de Viena para Proteção da Camada de Ozônio e a Convenção sobre a Mudança de Clima, preveem a arbitragem, e foram incorporados à ordem jurídica nacional.

Se no plano internacional o Brasil submete seus conflitos ambientais à arbitragem, sem distinção entre direitos disponíveis e indisponíveis, não há fundamento para não

fazê-lo no plano nacional. O direito, no Brasil ou no exterior, é o mesmo, devendo estar sujeito ao mesmo instrumento de solução de conflitos. (FAZZIO, 2013)

Há de se deixar claro que aplicar os métodos alternativos de solução de conflitos ambientais não significa, e nem poderia, abrir mão da reparação integral.

Certamente há de se ponderar sua aplicação, mas de forma adequada ao ramo. Acerca dos métodos, conforme lembrado por Bernardo Lima (2010, p.66), “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 a tutela do direito”.

Zavascki considera os interesses difusos indisponíveis e não passíveis de transação e cita uma hipótese de separação na qual se identifica um núcleo indisponível, mas com uma periferia disponível.

Outro exemplo, no campo do direito ambiental: o transporte irregular de produto tóxico constitui ameaça ao meio ambiente, direito de natureza transindividual e difusa. Mas constitui, também, ameaça ao patrimônio individual e às próprias pessoas moradoras na linha de percurso do vínculo transportador (=direitos individuais homogêneos). Eventual acidente com o veículo atingirá o ambiente natural (v.g, contaminando o ar ou a água), o que importa ofensa a direito difuso e, ao mesmo tempo, à propriedade ou à saúde das pessoas residentes na circunvizinhança, o que configura lesão coletiva a direitos individuais homogêneos. (ZAVASCKI, 2011, p.39).

Mancuso (2011, p.269) lembra que a solução negociada da Ação Civil Pública, por meio do Ministério Público, seja como fiscal da lei ou parte, é aquela que preserva o núcleo essencial do interesse judicializado e que flexibiliza pontos *tangenciais ou periféricos*.

Dessa forma, o autor (2011, p.279) afirma que existe um espaço transacional, mas que não inclui a parte substantiva da obrigação e que pode versar sobre os aspectos formais com tempo e modo de cumprimento da reparação.

(...) é dizer, a “transação” possível é aquela feita ao pressuposto de que o núcleo essencial do interesse metaindividual venha resguardado, ou seja, que o resultado prático alcançado coincida ou fique o mais próximo possível daquele que seria obtido caso a norma de regência fosse obedecida ou se o comando judicial fora cumprido. (MANCUSO, 2011, p.279).

Capelli (2011, p. 13), logo após lembrar que Paulo de Bessa Antunes já critica que não é possível a existência de um direito disponível (ordem internacional) e indisponível (ordem nacional), ao mesmo tempo indica que:

Se no âmbito do Direito Internacional a arbitragem pode até ser imposta, como no exemplo citado por Frangetto, da Convenção de Diversidade Biológica, no direito

interno a cláusula constitucional da inafastabilidade do Judiciário, contida no art. 5º, inciso XXXV, impossibilitaria tal interpretação.

Antunes (2003) corrobora tal entendimento:

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.

Há de se discorrer ainda sobre a divisão do meio ambiente em um macrobem indisponível e microbem disponível. A doutrina e jurisprudência têm procurado revisitar os conceitos e classificações com o intuito protetivo de se alterar o rumo da humanidade que ainda considera o meio ambiente como uma variável ambiental dentro de um cenário econômico quando, na verdade, a importância e finitude dos recursos naturais demandam uma análise ambiental com uma variável econômica.

Embora o meio ambiente seja comumente conceituado com uma universalidade integral, a doutrina jus ambientalista tem promovido esforços importantes para desenvolver, meio ao complexo e robusto arcabouço normativo atinente à matéria, uma análise dogmática capaz de contemplar os diferentes bens ambientais juridicamente protegidos que dele emergem. Quer-se com isto dizer que a finalidade protetiva da norma recai sobre essa universalidade ambiental; entretanto, verificou-se, a partir desse complexo de relações físico-químicas e biológicas, denominado meio ambiente, que diversas esferas de interesses dele se pode extrair, requerendo do legislador o empenho para instituir tantos mecanismos satisfatórios à efetiva proteção de tantos quantos forem os interesses a receberem abrigo. (LIMA B., 2010, p.27).

Em processo arbitral, como lembra Lima (2013, p.462), há limites a serem observados pelos árbitros, como a ordem pública e a norma injuntiva ou imperativas. Não há amplo campo para negociação em uma eventual arbitragem em matéria de responsabilidade ambiental, não se transaciona sobre o direito indisponível, visto que a reparação integral é imposição normativa, mas sobre a disponibilidade para se atingir a reparação. O autor preleciona que “uma coisa é versar o litígio sobre direito indisponível; outra, muito diferente, é o direito discutido ser regulado por norma injuntiva ou de ordem pública, a qual deverá o árbitro aplicar, sem que a vontade das partes possa interceder”.

O autor combate o engessamento do conceito de indisponibilidade e defende que existe um “espaço de disponibilidade, mesmo diante de uma disputa sobre situações jurídicas indisponíveis”. (LIMA, 2013, p.463). Lima entende que sempre haverá um núcleo de disponibilidade no qual o tribunal arbitral poderá se pronunciar.

Bernardo Lima (2010, p.27) conceitua o macrobem como “estabilidade de leis, interações e influências de ordem física, química e biológica, de fato, não é algo que se possa concretizar em um objeto palpável, acedido simplesmente aos sentidos humanos”.

Para ilustrar sua tese, Lima (2013, p.464-465) explica que “o macrobem é indisponível, mas há espaço para a disponibilidade dos microbens” que ele define como “elementos corpóreos e patrimoniais conformadores da qualidade ambiental, tratados por diferentes diplomas, Código das águas, Código Florestal, etc.”. O autor corrobora sua assertiva com o argumento de que os microbens são apropriáveis e se submetem a uma esfera patrimonial e individual, de maneira a obedecer aos regimes Público e Privado.

De fato, o Código das Águas e o Código Florestal – que será objeto do próximo capítulo – , possuem um viés negocial e transacional, ainda que versem sobre direitos ditos indisponíveis.

Leite e Ayala (2010, p.85) indicam que os microbens são apropriáveis e se submetem a uma esfera patrimonial individual que varia entre os regimes de Direito Público e Privado. Bernardo Lima (2010, p.42) adere a tal pensamento ao relatar que “a legislação florestal, as características corpórea e patrimonial dos microbens aparecem com maior destaque, notadamente porque, diferentemente dos rios e mares, são os microbens florestais passíveis de apropriação pelos particulares”. O autor ressalta, contudo, que a normativa da matéria limitou o exercício da propriedade com diversos mecanismos com o intuito de promover a sustentabilidade da utilização dos recursos naturais vegetais.

A legislação florestal demonstra claramente o caráter corpóreo e patrimonial dos microbens, passíveis inclusive de apropriação, ainda que tenha limitado o exercício da propriedade e objective promover a sustentabilidade. (LIMA, 2013, p.464-465)

A função socioambiental da propriedade retrata bem o aduzido por Lima, visto que, mesmo o titular de um imóvel sendo seu legítimo proprietário e, portanto, possuidor dos microbens constantes em seu terreno, não pode utilizar o seu bem de maneira ampla e irrestrita, especialmente se violar os ditames ambientais.

O autor faz uma clara separação entre o dano à coletividade e o dano ao proprietário de recurso natural:

É preciso, portanto, separar o dano imposto à coletividade do dano imposto ao proprietário de recursos naturais. (...) O direito do proprietário sobre os recursos naturais de que tira proveito (...) diretamente, por sua condição de dono, uma vez violado, desencadeará os efeitos de uma demanda indenizatória. Independentemente da tutela coletiva que incumbe aos legitimados da Ação Civil Pública requerer, tendo a agressão contra o microbem afetado, por tabela, o equilíbrio ambiental ou não (...) (LIMA, 2013, p.473).

Lima (2013, p.474) então conclui pela fragmentação do dano ambiental e afirma que, salvo em caso de microbem afetado pelo Poder Público, “é válido afirmar que o direito de propriedade limitado que recai sobre o microbem ambiental é relativamente disponível. O proprietário pode cedê-lo e aliená-lo, e enfim, dele dispor. Também é patrimonial. O microbem ambiental pode ser trocado por dinheiro”.

Frangetto (2006, p.33) entende da mesma forma e assevera que o microbem ambiental compõe o meio ambiente em sua universalidade, isto é, sua reunião é que forma o macrobem, pelo que o art. 1º, da Lei n.9.307/96, ao não admitir a arbitragem para litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, “fica facilitada a arbitragem quando não se tratar do macrobem ambiental” (p.39).

Não se pode olvidar que a disponibilidade do microbem não comporta abusos ambientais. Segundo Bernardo Lima (2010, p. 44), não se deve “incorrer no equívoco de atribuir-lhes apenas aptidão de satisfazer as necessidades humanas” já que, ainda que o bem imaterial seja o macrobem, os microbens o integram e se traduzem “em uma unidade material, que participa dessa estabilidade, com a função ecológica que exerce”.

A indisponibilidade não pode ser óbice para aplicação dos métodos alternativos quando isso significar limitação da razão da criação do termo “indisponível” que demanda uma proteção maior.

A leitura da Lei de Arbitragem induz à falsa impressão da vedação de sua utilização em litígios que envolvam o meio ambiente e “tem levado muitos juristas a considerar que a arbitragem não é aplicável a questões referentes ao meio ambiente, sob o argumento de que este integra o rol dos interesses difusos e, em tal condição, indisponíveis.” (ANTUNES, 2003).

Para Antunes (2003), além de ser uma falha finalística, culmina com o fim dos direitos difusos. “O fato objetivo é que a ‘indisponibilidade’ funda-se no ingênuo pressuposto de que tais direitos são mais bem protegidos se não forem ‘disponíveis’. Na prática, tal doutrina leva ao perecimento dos direitos difusos (indisponíveis), pois justiça ambiental que não se faça célere, injustiça é”.

O autor ensina que, tal como o direito tributário determina em seu artigo 98²² a introjeção da legislação internacional dos tratados de convenções com prevalência sobre as normas existentes, o direito ambiental, que se fundamenta em diversos compromissos internacionais, deve receber tais normas de maneira análoga. Outro fator permissivo seria que

²² Art. 98. Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha. (BRASIL, 1966)

diante da especificidade da legislação ambiental, a norma a prevalecer são as internacionais que conviveriam harmonicamente com a vedação genérica da Lei de Arbitragem, nos precisos termos do parágrafo segundo do artigo segundo²³ da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

Há de se dizer que a inserção do direito ambiental como direito à vida o insere no rol dos direitos humanos cujos tratados adentram na legislação brasileira²⁴ com força de norma constitucional e, portanto, supralegal.

Tal exposição induz Antunes (2003,p.1), a afirmar:

Dessa forma, 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. Não se pode ter um direito simultaneamente disponível (ordem internacional) e indisponível (ordem interna). Vejamos, rapidamente, alguns tratados e convenções internacionais firmados pelo Brasil que admitem a arbitragem: Convenção de Viena para a proteção da Camada de Ozônio (artigo XI, 3, a); Convenção sobre Mudança de Clima (artigo 14, 2, b); 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). Quanto aos demais artigos da Lei de Arbitragem, parecem perfeitamente aplicáveis às demandas ambientais.

Ultrapassada também a questão da indisponibilidade do direito ambiental, é preciso focar na eficiência dos métodos alternativos e na tutela processual, conforme Carmona (2012, p.132), como “o vértice entre dois vetores: presteza na entrega da tutela, mas qualidade nesta tutela, de modo que a efetividade traga alteração virtuosa no campo substancial”.

Goldberg, Rogers e Sander (1992, p.8) retratam bem o pensamento antigo de que a única função dos magistrados era de decidir as lides submetidas ao seu julgamento, mas a hodierna interpretação é que cumpre primeiramente facilitar e incentivar o acordo. Surge então a figura do juiz administrador.

Nos Estados Unidos, essa visão se tornou obrigatória com a reforma judicial do Ato de 1990 – Civil Justice Reform Act of 1990 – que, entre outras coisas, determinou às cortes que estabelecessem comitês consultivos para desenvolver um plano que lidasse com a demora e congestionamento do sistema judiciário e que incluísse considerações sobre as alternativas à judicialização das lides.

²³ Art. 2o Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

(..)

§ 2o A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior. (BRASIL, 1942)

²⁴Art.5 (...)

§ 3º 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. (BRASIL, 1988)

No entanto, pesquisas realizadas concluíram que, apesar de não haver evidências de que os Métodos Alternativos em Resolução de Conflitos (em inglês representados pela sigla ADR – Alternative Dispute Resolution) signifiquem uma economia de custos para os tribunais, restou atestado que se o método alternativo é instalado desde o início do litígio e conduzido de maneira eficiente, a solução do caso ocorre de maneira mais célere do que caso fosse judicializada. Ademais, se o programa de solução de conflitos alternativos à demanda judicial é bem desenhado, as partes tendem a saírem com alto grau de satisfação.

Tais pontos positivos fizeram com que alguns tribunais americanos determinassem a obrigatoriedade de algum tipo de método alternativo antes da judicialização da demanda. No entanto, é preciso que essa tentativa de composição obrigatória seja dirigida de forma a atender o interesse das partes, preservando-as de custos emocionais e monetários desnecessários e com a intenção de solucionar o litígio da melhor maneira possível.

Milaré (2013, p.231) atesta a complexidade do Direito do Ambiente e ressalta a necessidade de conjugação do direito com a realidade:

Neste sentir, o Direito do Ambiente, como ramo complexo de um universo de normas ordenadoras da sociedade, tem na mira a elaboração e o fornecimento de regras eficazes para disciplinar as relações da sociedade com o meio natural, ressaltando-se que o ser humano é, igualmente, parte desse meio. Por isso, o Direito não se distancia da realidade fática, do mesmo modo que os fatos não podem prescindir do Direito. (MILARÉ, 2013, p.231).

Gracco e Rezende (2014, p.6) indicam que o conceito de soberania, exercida por um poder central com o monopólio da força não é mais suficiente diante da atual complexidade da sociedade. Quanto ao meio ambiente, ensinam:

Ainda, a complexidade e a difusidade do direito ambiental exige que os afetados na arena pré-judicial assumam uma postura comprometida com a busca de uma solução, dentro de uma correção discursivamente fundamentada e plausível, nos procedimentos de tomada de decisão no âmbito econômico, social, político e ambiental. (GRACCO; REZENDE, 2014, p.9)

Cumprir tal eficiência para os conflitos ambientais. Gracco e Rezende (2014, p.11) ensinam tal caminho e atestam que a densificação dos princípios ambientais “estabelecem que ‘acesso à justiça’ e ‘acesso ao judiciário’ são perspectivas distintas, sendo que o primeiro não encerra-se no segundo”.

Assumpção (2012, p.15-16) deixa claro que existe um limite de utilização do meio ambiente e que não deve ser ultrapassado sob pena de responsabilização. Para a autora, é

possível e eficiente a utilização do seu método técnico-jurídico para a solução do conflito, consubstanciado na mediação.

Deve ficar claro, no entanto, que o uso do meio ambiente tem um limite, o qual, se ultrapassado, configura-se dano ambiental, sendo que este, quando detectado e comprovado, dever ter o tratamento legal, o qual impõe, nas esferas cível, a reparação e a indenização, independentemente das tutelas administrativas e penal. Neste caso, a aplicação do método do gerenciamento técnico-jurídico se dará de maneira peculiar, na fase de caracterização do dano, suas dimensões e suas consequências, de forma a vislumbrar as melhores ações para a reparação e a indenização. (ASSUMPCÃO, 2012, p.15-16)

A posição de Assumpção (2012, p.78) é peremptória ao afirmar que a instituição de Câmaras de Mediação de Conflitos Socioambientais é interessante, visto trabalhar com equipe multidisciplinar que efetivamente se aprofunda nos casos, além de ser mais rápida e não ter o viés intimidatório do judiciário com todo seu formalismo.

Ademais, ainda que exista uma legislação brasileira infraconstitucional – lei de Arbitragem – que indique pela não possibilidade de utilização desse método em direitos não patrimoniais e por extensão a direitos difusos, os tratados internacionais devidamente internalizados pelo Brasil, em especial os de Direitos Humanos - que abarcam o direito ao meio ambiente - expressamente permitem.

Ao confrontar os diplomas, devem-se adotar os tratados porque possuem caráter de norma supralegal ou norma constitucional, a depender de aprovação do Congresso e, portanto, superior à Lei de Arbitragem. Nas palavras de Gracco e Rezende (2014, p.15):

Diante desse alerta, tem-se que esse paradoxo pode ser superado após o advento da Emenda Constitucional 45/2004 que, ao acrescentar o § 3º, ao art. 5º, da Constituição da República, levou o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 466.343-SP, a admitir que as Convenções e Tratados versando sobre Direitos Humanos possuem o caráter de norma supralegal, se aprovadas por maioria simples pelo Congresso Nacional (art. 49, V, da CR/88) ou de norma constitucional, se aprovadas por maioria de 3/5, bicameralmente e em dois turnos.

Graco e Rezende (2014, p.16) recordam que a prevalência da Convenção de Nova Iorque – que trata de reconhecimento e execução das decisões arbitrais estrangeiras – devidamente assinada e ratificada pelo Brasil, prevalece sobre o “conceito limitado do objeto da arbitragem disposto na norma infraconstitucional (art. 1º, da lei 9.307/96)”.

Volta-se ao versado anteriormente neste trabalho que não se está abandonando peremptoriamente a jurisdição, mas retirando, a princípio, sua atuação.

Não se está renunciado à tutela jurisdicional, mas pelo contrário, suplementando sua atuação a posteriori, de modo a reduzir a cultura demandista incompatível com os

novos padrões de produção e consumo, seja pelo dispendioso custo, seja pela demora de suas decisões em matérias complexas que exigem a participação de experts. Por seu turno, utilizando-se a Convenção de Nova Iorque para a ampliação legítima do objeto como a responsabilidade civil ambiental, os demais preceitos da lei 9.307/96¹⁹ que não estejam em conflito com aquela devem ser utilizados como o sistema acautelatório²⁰, a autonomia da cláusula compromissória em relação ao contrato, o prazo pré-estabelecida para a decisão do arbitro e seu sistema de prejudicialidades e nulidades. (GRACCO; REZENDE, 2014, p.16-17)

Gracco e Rezende (2014, p.16) indicam que a arbitragem é um campo previsível de tomada de decisões que tenham um risco para o desenvolvimento sustentável e proteção dos seus preceitos.

Assim, os afetados passam a dispor de um mecanismo de solução de controvérsias célere, previsível e sem a centralidade judicial aprioristicamente, na qual assumem uma postura de enfrentamento adequada à complexidade técnica, própria da matéria ambiental, quando da aferição da recomposição integral do dano ambiental. Desse modo, mantém a integridade da teoria Tróika da Sustentabilidade, uma vez que os mercados passam a trabalhar para os fins ambientais, criando assim um círculo virtuoso em que todos passam a ganhar ou, pelo menos, um dos lados deixa de perder, na tensão permanente entre desenvolvimento economicamente viável, ambientalmente sustentável e socialmente justo. (GRACCO; REZENDE, 2014, p.18)

Antunes (2003) indica que essas normas integradas ao Direito Brasileiro admitem conciliação e arbitragem em matéria ambiental e que a utilização dos TACs ambientais é costumeira e cada vez mais importante para a proteção ambiental, sendo seu emprego uma tendência crescente.

Não é ocioso lembrar que a arbitragem está condicionada à observância de determinados princípios gerais procedimentais. Della Valle (2012, p.44) lembra que “a escolha de quais princípios são aplicáveis depende do legislador nacional ou dos tratados internacionais” e exemplifica, ao citar os princípios do “devido processo legal, a igualdade das partes, o contraditório, a ampla defesa, o juiz natural e a publicidade dos atos processuais”.

O autor lembra a utilidade da arbitragem na fixação dos danos e indica que a fixação equitativa é um método muito útil.

Uma das práticas mais recorrentes em arbitragens por equidade é a da fixação equitativa de indenizações. Não se trata, porém, de uma exclusividade de arbitragens dessa natureza. Diversos direitos nacionais permitem a fixação equitativa de danos em determinadas circunstâncias. Portanto, não é uma característica particular da arbitragem por equidade, embora seja um elemento recorrente. Explica-se tal recorrência porque a estimativa de danos constitui um dos principais vetores da proporção entre regras estabelecidas e casos concretos. Na teoria clássica da responsabilidade civil, a reparação deve corresponder ao dano causado. Todavia, nem sempre tal determinação pode ser feita de modo preciso, seja pela natureza dos danos, seja por dificuldades em sua mensuração, seja por proporcionalidade de

culpas recorrentes. A fixação equitativa é um instrumento muito útil para essas situações. (DELLA VALLE, 2012, p.296)

A hipótese descrita por Della Valle encaixa como uma luva em matéria de responsabilidade por dano ambiental, em especial quando a recomposição e reparação integral não forem mais possíveis. Há de se dizer que ninguém melhor que técnicos especializados podem aferir o momento exato de se ponderar acerca da condenação indenizatória.

Milaré (2013, p.150), ao citar o Ministro José Nery da Silveira, no simpósio Internacional sobre Legislação de Pesticidas, lembra que a proteção ambiental não é jurídica, provém da realidade, é ampla, multidisciplinar e depende da conscientização.

Os métodos alternativos de solução de conflitos em matéria ambiental são amplamente utilizados no direito internacional. Antunes (2010, p.44), ao estudar a União Europeia, indica que ela tem buscado diretrizes para aplicação da precaução e cita os seguintes:

i) avaliação de riscos ambientais em relação a riscos socioeconômicos, ii) avaliação dos riscos da ação em relação aos da inação, iii) avaliação dos riscos de curto prazo em relação aos riscos de longo prazo, v) avaliação do conhecimento técnico sobre a gestão de riscos, vi) avaliação das implicações da precaução para a governabilidade, considerando as partes que serão mais afetadas pela atividade pretendida, vii) consideração das exigências de monitoramento e pesquisas, quando da inexistência de capacidade técnica e financeira para implementá-las, ix) considerações das relações entre o princípio da precaução e a gestão flexível e adaptável dos riscos.

Tais diretrizes indicam o caráter eminentemente técnico que cerca o direito ambiental, pelo que um órgão especializado, com árbitros peritos na matéria pode ser mais eficiente do que um judiciário em que o juiz julga toda sorte de litígios e não possui tempo para uma análise pormenorizada.

Oliveira (2010, p.82), versando sobre o NAAEC (North American Agreement on Environmental Cooperation), indica que podem ser aplicados os artigos 14 e 15²⁵ do

²⁵ Article 14: Submissions on Enforcement Matters

1.The Secretariat may consider a submission from any non-governmental organization or person asserting that a Party is failing to effectively enforce its environmental law, if the Secretariat finds that the submission:

(...)

c. provides sufficient information to allow the Secretariat to review the submission, including any documentary evidence on which the submission may be based;

d. appears to be aimed at promoting enforcement rather than at harassing industry;

(...)

2.Where the Secretariat determines that a submission meets the criteria set out in paragraph 1, the Secretariat shall determine whether the submission merits requesting a response from the Party. In deciding whether to request a response, the Secretariat shall be guided by whether:

(...)

3.The Party shall advise the Secretariat within 30 days or, in exceptional circumstances and on notification to the Secretariat, within 60 days of delivery of the request:

documento nos casos em que houver falha na efetividade da proteção ambiental e serem julgados por meio de mecanismos de solução de controvérsias.

Carina Oliveira (2010, p.118) cita o NAAEC, visto que, no que tange ao Mercado Comum do Sul, por enquanto, existem poucos precedentes. Deve-se citar o caso que envolveu Argentina e Uruguai quando da proibição, pela Argentina, de importação de pneumáticos recauchutados do Uruguai. A Argentina aduziu argumentos ambientais e indicou que os produtos seriam um grande passivo ambiental. O Tribunal Arbitral, na ponderação de valores entre o prejuízo econômico do Uruguai que estaria impedido de importar um produto e o prejuízo ambiental argentino, prepondera o meio ambiente, sendo a vedação da Argentina plausível. A autora conclui que essa decisão demonstrou maior proteção do meio ambiente com a adoção do princípio da precaução.

Quanto aos métodos alternativos, Oliveira (2010, p.208) indica que eles são importantes para aumentar a proteção ambiental e que “as medidas alternativas devem ser consideradas para que outros atores responsáveis pela degradação ambiental sejam responsabilizados.”

No que tange especificamente à arbitragem, Oliveira (2010, p.209) a cita como meio de solução de controvérsias e afirma que “a maior especialização dos árbitros e a maior flexibilidade de consideração de leis podem ser fatores que aumentem a perspectiva ambiental nos julgados, apesar da maior concentração de interesses privados nesse meio de solução de controvérsias”.

-
- a. whether the matter is the subject of a pending judicial or administrative proceeding, in which case the Secretariat shall proceed no further; and
1. of any other information that the Party wishes to submit, such as
 - i. whether the matter was previously the subject of a judicial or administrative proceeding, and
 - ii whether private remedies in connection with the matter are available to the person or organization making the submission and whether they have been pursued.

Article 15: Factual Record

1. If the Secretariat considers that the submission, in the light of any response provided by the Party, warrants developing a factual record, the Secretariat shall so inform the Council and provide its reasons.
2. The Secretariat shall prepare a factual record if the Council, by a two-thirds vote, instructs it to do so.
3. The preparation of a factual record by the Secretariat pursuant to this Article shall be without prejudice to any further steps that may be taken with respect to any submission.
4. In preparing a factual record, the Secretariat shall consider any information furnished by a Party and may consider any relevant technical, scientific or other information:

(...)
5. The Secretariat shall submit a draft factual record to the Council. Any Party may provide comments on the accuracy of the draft within 45 days thereafter.
6. The Secretariat shall incorporate, as appropriate, any such comments in the final factual record and submit it to the Council.
7. The Council may, by a two-thirds vote, make the final factual record publicly available, normally within 60 days following its submission.

É fato que os métodos utilizados no século passado não são mais adequados para responder na velocidade e eficiência que a sociedade contemporânea necessita. Dessa forma, Antunes (2010, p.4) indica que as antigas formas de tutela, sejam oriundas do Direito Público ou Privado, são insuficientes para serem aplicadas diante de uma realidade diversa. O autor propõe uma releitura nos seguintes aspectos:

- a) modificação ontológica da tutela conferida aos bens naturais;
- b) abrandamento dos conceitos de direito público e direito privado;
- c) abrandamento dos conceitos de direito interno e direito internacional;
- d) integração entre diversas áreas do conhecimento humano na aplicação da ordem jurídica;
- e) consideração do desenvolvimento econômico com respeito ao meio ambiente e com a integração das populações nos benefícios gerados pelo desenvolvimento;

O aspecto técnico e multidisciplinar do Direito Ambiental está mais bem agasalhado por um árbitro do que o juiz. Atende melhor a precaução e prevenção.

Não é despidendo indicar que ignorar os avanços dos métodos alternativos de soluções de conflitos poderá significar uma violação ao princípio do não retrocesso, tanto social quanto ambiental, além de desrespeitar a resiliência já abordada, na medida em que a não aplicação dos métodos pode prejudicar o trabalho de prevenção, preservação e recuperação ambiental, de maneira a não permitir a absorção dos impactos humanos pelo planeta e impedir o reequilíbrio da vida.

Conforme texto de Mario Pena Chacon (2013, p.16), que discute a não regressão à luz da jurisprudência constarricense, “o princípio da não regressão determina que a legislação e jurisprudência ambiental não podem ser reformadas se isso implicar retroceder a níveis de proteção anteriormente alcançados.”²⁶

Importante contribuição foi dada pela Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle do Senado Federal acerca do Princípio da Não Regressão ou Não Retrocesso Ambiental editada em Março de 2012 que já problematiza o tema em sua apresentação:

Consolidar em nosso arcabouço jurídico o princípio da proibição do retrocesso ambiental é demanda premente da época atual, quando a humanidade vive o dilema de colocar um freio no contínuo processo de devastação dos recursos naturais. O momento é decisivo e aponta na direção da afirmação dos direitos estatuídos, jamais na regressão, no voltar às práticas do passado que não mais queremos, nem necessitamos. (SENADO FEDERAL, 2012, p.7)

²⁶ Tiene como finalidad evitar la supresión normativa o la reducción de sus exigencias por intereses contrarios que no logren demostrar ser jurídicamente superiores al interés público ambiental, ya que en muchas ocasiones, dichas regresiones pueden llegar a tener como consecuencias daños ambientales irreversibles o de difícil reparación.

A legislação nacional, mais especificamente a Lei 6.938 de 1981 traz em seu texto essa nova preocupação, em especial em seus artigos 2ª e 4ª, cujos teores são abaixo transcritos:

Art 2º - A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos os seguintes princípios:

- I - ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo;
- II - racionalização do uso do solo, do subsolo, da água e do ar;
- III - planejamento e fiscalização do uso dos recursos ambientais;
- IV - proteção dos ecossistemas, com a preservação de áreas representativas;
- V - controle e zoneamento das atividades potencial ou efetivamente poluidoras;
- VI - incentivos ao estudo e à pesquisa de tecnologias orientadas para o uso racional e a proteção dos recursos ambientais;
- VII - acompanhamento do estado da qualidade ambiental;
- VIII - recuperação de áreas degradadas;
- IX - proteção de áreas ameaçadas de degradação;
- X - educação ambiental a todos os níveis de ensino, inclusive a educação da comunidade, objetivando capacitá-la para participação ativa na defesa do meio ambiente.

Art 4º - A Política Nacional do Meio Ambiente visará:

- I - à compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico;
- II - à definição de áreas prioritárias de ação governamental relativa à qualidade e ao equilíbrio ecológico, atendendo aos interesses da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios;
- III - ao estabelecimento de critérios e padrões de qualidade ambiental e de normas relativas ao uso e manejo de recursos ambientais;
- IV - ao desenvolvimento de pesquisas e de tecnologias nacionais orientadas para o uso racional de recursos ambientais;
- V - à difusão de tecnologias de manejo do meio ambiente, à divulgação de dados e informações ambientais e à formação de uma consciência pública sobre a necessidade de preservação da qualidade ambiental e do equilíbrio ecológico;
- VI - à preservação e restauração dos recursos ambientais com vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente, concorrendo para a manutenção do equilíbrio ecológico propício à vida;
- VII - à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos. (BRASIL, 1981)

Os objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente são a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental, pelo que os meios para atingir tais diretrizes devem ser os mais eficientes possíveis.

Nos incisos do artigo segundo da Lei 6.938 de 1981 destaca-se a ação governamental para a manutenção do equilíbrio, tendo em vista o uso coletivo, o que corrobora a ideia de gestor já alinhavada na presente; o planejamento e fiscalização do uso dos recursos

ambientais, que significa criar mecanismos eficientes de proteção e recuperação e, ainda, a recuperação das áreas degradadas, que remete à ideia de recomposição integral do dano.

A utilização de métodos alternativos de solução de conflitos indicaria que o Estado busca atender os objetivos da sua política ambiental de forma mais técnica e eficiente possível, visto que, conforme já demonstrado, para a responsabilização do dano ambiental efetiva, são necessários diversos requisitos que se encontram em seu grau máximo de eficiência na arbitragem.

No artigo quarto, destaca-se que a Política Nacional visará à compatibilização do desenvolvimento econômico e social com a preservação e equilíbrio ecológico. Ora, a compatibilização do desenvolvimento social inclui a adaptação do direito à contemporaneidade, com aplicação de novas perspectivas diante dos atuais paradigmas.

No inciso sétimo do artigo quarto, encontra-se novamente a necessidade de se impor ao causador do dano a recuperação ou indenização, dois fatores que podem ser bem mensurados por um corpo técnico que indicará uma saída ambientalmente viável, justamente a qualificação que possuem árbitros de tribunais arbitrais.

Ocorre que, ainda que tenhamos uma vasta legislação ambiental, diversos fatores têm indicado um caminho distante do judiciário. Freitas (2011, p.343) constata uma demora na prestação jurisdicional e administrativa por diversas razões, entre elas “falta de capacitação específica destes em alguns segmentos, complexidade das questões a serem dirimidas, inclusive com necessidade de pareceres técnicos, altos custos, possibilidade de interposição de muitos recursos judiciais na legislação processual civil”.

Possivelmente, tais problemas podem ser resolvidos pela arbitragem.

Quanto ao argumento de que a arbitragem definitivamente não pode ser utilizada em matéria ambiental por tratar de direitos indisponíveis, é possível verificar que tal disponibilidade pode ser fragmentada ou até mesmo relativizada em prol do próprio interesse coletivo.

Tal cenário tem sido observado em campos que, como o do direito ambiental, jamais se pensou em resolver os litígios que não pelo judiciário.

Gracco e Rezende (2014, p.8) atentam que, no Brasil, pela nova hierarquia dos princípios, tem se chegado à equivocada conclusão pela centralidade do poder judiciário, de maneira a olvidar suas limitações institucionais e que sua função é na verdade conceder definitividade a um litígio. Os autores ponderam que o senso de imediatismo atropela processos discursivos nos âmbitos econômicos e políticos e mais recentemente no judiciário.

Decerto que já se perpassou pela possibilidade de se excluir um comando normativo (artigo 1º da Lei de Arbitragem) do ordenamento por não respeitar o devido processo legal substantivo, por ser inferior aos tratados internacionais que adentram no ordenamento nacional com caráter supralegal, por ter que se revisitar o conceito de disponível, por haver um núcleo firme, mas uma periferia maleável no meio ambiente, em especial os conceitos de macrobem e microbem, mas ainda cumpre perpassar, ainda que de forma sintética, pela derrogação do artigo primeiro da Lei de Arbitragem que é o atual óbice para a aplicação desse método em matéria ambiental.

A lei de arbitragem é de 1997, anterior, portanto, ao Código Civil, que foi publicado em 2002. Pois bem, o artigo 852 desse diploma determina que é vedado “compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial”. Tal redação destoa da constante no art. 1º da Lei de Arbitragem²⁷ que veda sua utilização para qualquer litígio que não verse sobre direitos patrimoniais disponíveis.

Bernardo Lima (2010, p.75-76) defende a derrogação do art.1º da lei de Arbitragem em face do artigo 852 do Código Civil, visto que este limitou a vedar à arbitragem litígios sem caráter patrimonial. Dessa forma, ainda que se trate de direitos indisponíveis, poderiam ser submetidos ao procedimento arbitral desde que tenha conteúdo patrimonial, como, por exemplo, em caso de indenização por dano ambiental.

O autor afirma que seu entendimento é “que o conteúdo da norma, de fato, autoriza a arbitrabilidade de situações jurídicas indisponíveis que possua caráter patrimonial”. (LIMA, 2010, p.76).

O anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos parece inquirar no aqui discorrido, em especial no seu artigo 23, § 3o:

Art. 23 - Audiência preliminar – Encerrada a fase postulatória, o juiz designará audiência preliminar, à qual comparecerão as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir.

§ 1o O juiz ouvirá as partes sobre os motivos e fundamentos da demanda e tentará a conciliação, sem prejuízo de sugerir outras formas adequadas de solução do conflito, como a mediação, a arbitragem e a avaliação neutra de terceiro.

§ 2º A avaliação neutra de terceiro, de confiança das partes, obtida no prazo fixado pelo juiz, é sigilosa, inclusive para este, e não vinculante para as partes, sendo sua finalidade exclusiva a de orientá-las na tentativa de composição amigável do conflito.

§ 3o **Preservada a indisponibilidade do bem jurídico coletivo, as partes poderão transigir sobre o modo de cumprimento da obrigação.** (grifo nosso) (BRASIL, 2006)

²⁷ Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. (BRASIL, 1997)

Por derradeiro, no presente tópico, cumpre destacar que o objetivo de se permitir a utilização de métodos alternativos de solução de conflitos em matéria ambiental não quer dizer que o meio ambiente seja disponível e possa ser livremente negociado, mas que tal utilização significará mais proteção ambiental e deverá caminhar em um terreno previamente estabelecido.

(...)com efeito, submeter o direito indisponível à transação não significa necessariamente promover sua disposição; a transação envolvendo matéria ambiental buscará estabelecer, tempo, modo e o lugar de cumprimento da obrigação de caráter ressarcitória, sem que, com isso, seja viabilizada a disponibilidade de situações indisponíveis. (LIMA, B., 2010, p.119)

Bernardo Lima acima versa mais sobre a aplicabilidade no caso de dano ambiental, mas tal cuidado deve permear qualquer solução alternativa de conflito que envolva matéria ambiental. Frangetto (2006, p.60) elucida a questão ao afirmar que o “poder normativo de natureza contratual está restringido em matéria ambiental”, sendo certo que o árbitro identificado e escolhido pelas partes “não poderá se afastar do que já está definido como sendo obrigatório em termos de bom uso dos recursos ambientais”.

Frangetto (2006, p.60) sugere ainda uma criação e preparação de câmaras arbitrais especializadas em matéria ambiental. Indica que ainda que a arbitragem *ad hoc* (aquela em que as partes escolhem diretamente os árbitros sem fazer uso de uma Câmara Arbitral) seja comum, seria interessante preparar o procedimento arbitral institucional haja vista a tendência de especialização ambiental nas câmaras julgadoras internacionais, a exemplo da Câmara Ambiental da Corte Internacional de Justiça. Afirma, ao considerar a disponibilidade no exercício do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, de forma categórica “a arbitragem em matéria ambiental é possível”. Por certo que essa permissão se estende a todos os demais meios alternativos de solução de conflitos.

4.1 A utilização dos Métodos Alternativos de Solução de conflitos entre o direito de propriedade e a Reserva Legal diante do Novo Código Florestal

Antes de adentrar no conflito deste tópico é preciso delimitar o que é propriedade, o que é função socioambiental, Área de Reserva Legal, depois adentrar no conceito protetivo do código florestal e discutir a legitimidade da limitação. Depois se adentrará se nesse embate é possível aplicar os métodos alternativos. Por fim, o tema será abordado no âmbito dos artigos 66 a 68 do código florestal.

A propriedade, como ensina Lemos (2008, p.23-24), que sempre acompanhou a evolução política e social, antes da Revolução Francesa, não era a unidade jurídica atual. A posse iminente era do soberano, a indireta do senhor feudal e a direta do explorador do imóvel rural.

A Revolução Francesa aboliu os privilégios feudais e estabeleceu a exclusividade do direito de propriedade romano. Lemos indica que daí vem a ideia de utilizar, gozar e dispor do bem, como seu proprietário bem entender. É uma concepção individual implantada pela burguesia, que se constituiu como um dos alicerces do código francês de 1804 à propriedade.

Ainda segundo o autor, essa ideia de exclusividade foi transferida ao Código Civil brasileiro de 1916 “especialmente nos seguintes dispositivos: Art.527. O domínio presume-se exclusivo e ilimitado, até prova em contrário.”; e Art.524. “A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens e de reavê-los de quem quer que injustamente o possua”.

O Código Civil de 2002, ainda que sob outras influências e conceitos que serão brevemente tratados, consagra tais prerrogativas em seu artigo 1.228, *caput*, donde se extrai que “o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”. (BRASIL, 2002)

Lemos é elucidador sobre este artigo:

Com base no art.1228 do CC é possível estabelecer que a propriedade ou o domínio tem duas estruturas: uma interna (poder do proprietário sobre a coisa, que é exclusivo), que abrange usar, gozar e dispor e diz respeito à submissão da coisa corpórea ao proprietário (*ius utendi, ius fruendi e abutendi*) – daí decorre a prerrogativa de reaver o bem -; e outra externa (direito de exigir que os demais respeitem tal relação). Aqui, vemos o vínculo jurídico. A ligação entre o proprietário e a coisa acaba vinculando os demais. (LEMOS, 2008, p.39)

A proteção e a utilização dos bens públicos, tendo em vista a proteção e utilização sustentável, podem ser consideradas uma tradição do direito brasileiro, ainda que a eficácia das normas seja altamente discutível. Concomitante existe a tradição da exploração econômica do bem, desde o tempo colonial em que a tutela do bem florestal se dava no contexto do desenvolvimento da Colônia. (ANTUNES, 2013, p.17)

A propriedade abarca os microbens ambientais que, conforme estudado, possuem certa disponibilidade. Retornando aos ensinamentos de Bernardo Lima (2010, p.131) é possível afirmar que o direito de propriedade que recai sobre o microbem ambiental possui disponibilidade relativa. O proprietário pode ceder ou alienar o bem, o que lhe confere caráter patrimonial, isto é, o que pode ser trocado por dinheiro. A patrimonialidade também está

presente no direito indenizatório que surge para o proprietário quando o microbem ambiental de sua propriedade é lesado.

No século XX, ao direito de propriedade se acrescenta o conceito de função social, que enseja uma ideia de relação entre a propriedade privada e a coletividade. O proprietário pode usar, dispor e gozar, mas dentro dos limites indicados pela função social da propriedade privada. Os aspectos coletivos se entrelaçam com os individuais.

O direito então evolui para um respeito à propriedade, mas de maneira a ligar o proprietário à coisa e à coletividade. Entre os dois primeiros há relação de subordinação, ainda que limitada. Já com relação ao terceiro, a relação deve ser de colaboração e cooperação, pelo que os interesses coletivos podem, dentro de um determinado cenário, prevalecerem sobre os direitos individuais de propriedade. É o que Lemos indica quando assevera:

Na verdade, temos a propriedade entendida como situação subjetiva e como relação. Considerando o perfil estrutural, a relação de propriedade pode ser entendida como ligação entre a situação do proprietário e da coletividade, que se encontra na condição de dever respeitá-la. Na propriedade como relação, prevalece a ideia de cooperação, não de subordinação. Por isso, em algumas situações, prevalece o interesse do proprietário, enquanto em outras aquele dos outros sujeitos. (LEMOS 2008, p.24).

O Código Florestal se insere nesse cenário e regula essa dicotomia entre a utilização da propriedade e preservação ambiental, especialmente nos artigos 2 e 12:

Art. 2º As florestas existentes no território nacional e as demais formas de vegetação nativa, reconhecidas de utilidade às terras que revestem, são bens de interesse comum a todos os habitantes do País, exercendo-se os direitos de propriedade com as limitações que a legislação em geral e especialmente esta Lei estabelecem.

§ 1º Na utilização e exploração da vegetação, as ações ou omissões contrárias às disposições desta Lei são consideradas uso irregular da propriedade, aplicando-se o procedimento sumário previsto no inciso II do art. 275 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, sem prejuízo da responsabilidade civil, nos termos do § 1º do art. 14 da Lei no 6.938, de 31 de agosto de 1981, e das sanções administrativas, civis e penais.

Art. 12. Todo imóvel rural deve manter área com cobertura de vegetação nativa, a título de Reserva Legal, sem prejuízo da aplicação das normas sobre as Áreas de Preservação Permanente, observados os seguintes percentuais mínimos em relação à área do imóvel, excetuados os casos previstos no art. 68 desta Lei. (BRASIL, 2012)

Ao se versar sobre meio ambiente, o conceito de função social da propriedade ganha ainda mais importância e indica o desdobramento para a função ambiental da propriedade.

É, pois, com essas diretrizes, delineadoras dos pressupostos para cumprimento da função social da propriedade, que se observa a preocupação ímpar do constituinte para com o meio ambiente. Ao delimitar, por exemplo, os contornos da função social da propriedade rural, a Constituição Federal estabelece que ela deverá atender, dentre outros, à utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e à preservação do meio ambiente (CF, art. 186, II). Quanto à propriedade urbana, preconiza que ela deverá atender às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor (CF, art.182 § 2º), verdadeira cartilha para a efetivação de um meio ambiente artificial sadio e equilibrado. (VIANNA, 2009, p.69-70)

Milaré (2013, p.125) aduz que a concretização do direito ao meio ambiente saudável impende uma nova formulação de certos direitos personalíssimos, especialmente o direito à propriedade, que não é mais livre arbítrio do titular, pois deve atender à função socioambiental.

Baracho (2008, p.194) assevera que o conceito de propriedade “passa a ser instrumento de extensão de proteção de valores sociais, econômicos, políticos e jurídicos, tidos como basilares para definir e limitar a proteção constitucional que decorre do uso e gozo da propriedade”. O autor defende a necessidade do reconhecimento do direito de propriedade como instrumento para aplicação dos valores que a sociedade deseja reconhecer. (BARACHO, 2008, p.196)

A exclusividade é um dos atributos da propriedade que faz com que se exclua a ação e utilização dos demais membros da sociedade sobre o bem do proprietário. Tal fato é consagrado no artigo 1231 do Código Civil que afirma “a propriedade presume-se plena e exclusiva, até prova em contrário”. (LEMOS, 2008, p.39)

Vianna (2009, p.103), com propriedade, defende que o foco não é mais o patrimônio, mas a preservação do equilíbrio ecológico, “pressuposto indissociável para a sadia qualidade de vida”. Acrescenta que a preservação da vida é o bem supremo de qualquer ser, inclusive do homem.

Canotilho e Morato Leite (2008, p.272) afirmam que a função social se superpõe à autonomia privada que rege as relações econômicas para resguardar à coletividade o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Os autores ainda afirmam que “com novo perfil, o regime de propriedade passa do direito pleno de explorar; respeitado o direito dos vizinhos, para o direito de explorar; só quando respeitados a saúde humana e os processos e funções ecológicas essenciais”. (p.72)

O ordenamento brasileiro consagra tais princípios em seu artigo 225²⁸ da Constituição da República. Lemos (2008, p.31) indica que a Carta Magna consagra a proteção à propriedade, mas com o atendimento da função social, o que possibilita que, em alguns casos, prevaleça, na utilização da propriedade, o interesse público e não o direito do proprietário.

Lemos (2008, p.35) discorre que dependerá da utilização, finalidade e da leitura que se faz do patrimônio. O autor indica que é possível uma leitura tradicional ou ampliada. A propriedade, sob o ponto de vista do proprietário, seria uma visão local, mas há a visão ampla que considera aquele bem um patrimônio da humanidade que vai do “simples ao complexo (de um indivíduo para o ecossistema, a espécie), de um regime jurídico de direitos e obrigações individuais aos interesses difusos (interesses de todos, inclusive das gerações futuras) e responsabilidades coletivas”. Vai do conceito fixo de espaço ao reconhecimento da multiplicidade de recursos e funções do bem ambiental.

O próprio artigo 1.228 do Código Civil anteriormente citado para ilustrar o poder do proprietário, delimita tal prerrogativa em seus parágrafos:

§ 1o O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

§ 2o São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

§ 3o O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente.

§ 4o O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

§ 5o No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores. (BRASIL, 2002)

Tal fato impõe nova leitura do conceito de propriedade:

²⁸ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (BRASIL, 1988).

Como mencionamos, a propriedade é composta dos direitos de usar, gozar, dispor e reaver, portanto, consiste em direito complexo. Foi por muitos considerada direito absoluto, pois oponível erga omnes. No entanto, o uso da propriedade sofre limitações civis, ambientais, administrativas e do interesse público. Na verdade, a ideia de poder absoluto não se coaduna com a ideia de direito, como já mencionamos. Qualquer direito será limitado. O que não podemos deixar de reconhecer é que a propriedade, principalmente após a Revolução Francesa, teve cunho individualista. (LEMOS, 2008, p.39).

Freitas (2011, p.235) considera a função socioambiental muito mais do que um princípio do Direito Ambiental, seria um verdadeiro princípio orientador de todo o sistema constitucional que irradia seus efeitos sobre diversos institutos jurídicos, de maneira a resguardar a cultura, meio ambiente, povos indígenas, etc.

Lemos (2008, p.40-41) indica que não se pode confundir as limitações à propriedade com função socioambiental. As limitações têm a ver com o exercício do direito de propriedade – usar, fruir, gozar e dispor – enquanto a função socioambiental não se trata de limite ao desfrute do bem, mas de conformação dos seus elementos para o atendimento do bem-estar coletivo, para atender aos interesses sociais e ambientais. Defende que tal comportamento decorre do sentido de propriedade com uma relação com resultados individuais e sociais simultaneamente.

A propriedade afasta-se de sua abrangência clássica como direito absoluto, e a Constituição de 1988 impõe o cumprimento de sua função social quando dispõe a utilização do bem não mais de forma individualista, mas em consonância com os interesses da sociedade, e ao prever a proteção do meio ambiente no art.225 também reconhece uma função ambiental à propriedade. (LEMOS, 2008, p.71).

A ligação da propriedade com bem-estar coletivo indica a aproximação da sua utilização com os princípios fundamentais dos direitos humanos, em especial da solidariedade, terceiro mandamento da revolução francesa e questão a ser abarcada pelo Estado Democrático de Direito, conforme alhures defendido e corroborado pelas palavras de Lemos:

Partindo da dignidade, chegamos aos chamados princípios fundamentais em direitos humanos: liberdade, igualdade e fraternidade. Interessa-nos de perto a análise do princípio da fraternidade ou de solidariedade, fortemente ligado à questão da proteção ambiental e à equidade intergeracional prevista no art.225 da CF/88. (LEMOS, 2008, p.57)

O autor assevera que o meio ambiente ecologicamente equilibrado previsto no artigo 225 da Constituição brasileira tem grande ligação com o direito à vida, que somente é preservado se existir vida com qualidade. Para ele, dessa forma, o bem ambiental ganha uma

onipresença, sem estar preso a um aspecto espacial ou mesmo temporal. A ligação pode ser com o bem natural, mas também com o meio ambiente artificial e cultural e impõe ao proprietário de um bem essencial à manutenção da vida de todas as espécies e culturas um dever de preservação.

Na verdade, Lemos (2008, p.82) indica a existência do direito das demais espécies na proteção e preservação da propriedade, um “direito socioambiental de titularidade difusa”. A proteção foca no bem, pouco importando a sua titularidade, o que faz com que “o bem público estará sujeito às mesmas regras do bem privado e os direitos socioambientais são exercidos sobre bens alheios”.

É apropriada a transcrição dos ensinamentos de Canotilho e Morato Leite:

A obrigação de defesa do meio ambiente e a função social da propriedade condicionam a forma de valoração dos bens para finalidade de apropriação. Definem uma nova modalidade de apropriação dos bens, que complementa o sentido econômico, fazendo com que seja integrada à dimensão econômica uma dimensão que poderia ser chamada de dimensão de apropriação social.

Nessa perspectiva, qualquer relação de apropriação deve permitir o cumprimento de duas funções distintas: uma individual (dimensão econômica da propriedade), e uma coletiva (dimensão sócio-ambiental da propriedade). No entanto, essas funções nem sempre se impõem de forma simultânea. (CANOTILHO; MORATO LEITE, 2008, p.271).

Thomé (2013, p.63) destaca a relevância da inserção da defesa do meio ambiente no inciso VI do artigo 170 da Constituição da República que indica “clara indicação constitucional da necessidade de harmonização entre atividade econômica e preservação ambiental”. E sentencia acerca da utilização da propriedade:

Todavia, para evitar abusos na utilização da propriedade em prejuízo da coletividade, a Constituição da República prevê mecanismos como aplicação do princípio da função social da propriedade (art.170, III), que representa o incentivo constitucional à preservação ambiental (como a proteção de áreas com vegetação nativa) e ao respeito às questões sociais (como a observância da legislação trabalhista), em consonância ao artigo 186 da Constituição de 1988, que estabelece requisitos para que uma propriedade rural cumpra sua função social. (THOMÉ, 2013, p.63).

Lemos (2008, p.76) entende que a função social da propriedade tem a ver com a natureza da propriedade e se detrai da interpretação das normas condizentes ao instituto, com ligação direta com o conteúdo da disciplina proprietária.

Com isso, o direito de propriedade deixa de ser um direito-garantia do proprietário e passa a ser um direito-garantia da sociedade. Por isso, é possível impor ao proprietário comportamentos positivos, obrigação de fazer, bem como comportamentos negativos, obrigação de não fazer. Na verdade, a função social não deve ser entendida como um aspecto negativo nem como uma negativa à

propriedade, mas sim como a própria razão pela qual o direito de propriedade foi atribuído a determinado sujeito. (LEMOS, 2008, p.80).

Conforme o aqui proposto, há de se versar acerca do conflito entre a propriedade e a Área de Reserva Legal, mas não há como adentrar nesta sem versar sobre Área de Preservação Permanente (APP).

Bechara (2009, p.146) afirma que a vegetação das Áreas de Preservação Permanente serve primordialmente para proteção do solo e dos corpos d'água.

Thomé (2013, p.308) defende que se trata de áreas nas quais a vegetação deva ser preservada e destinada exclusivamente “à proteção de suas funções ecológicas caracterizadas, regra geral, pela intocabilidade e vedação de uso econômico direto”.

Antunes (2013, p.65), quando versa sobre Área de Preservação Permanente, indica que “o fim social da norma, em meu ponto de vista, somente pode ser entendido como a proteção de áreas que efetivamente desempenhem as funções ambientais tipificadas na lei”.

Já a área de reserva legal guarda identidade com a APP, visto que, nas palavras de Thomé:

A área de Reserva Legal, assim como a APP, pode ser caracterizada como limitação ao direito de propriedade, calcada na função socioambiental prevista constitucionalmente. Toda propriedade rural deverá preservar um determinado percentual de vegetação, necessárias à conservação da biodiversidade e à proteção de fauna e flora nativas. (THOMÉ, 2013, p.319).

A complexidade do conflito aqui tratado é bem ilustrada por Assumpção (2012, p.77) que assegura que “os conflitos de ordem socioambiental sempre envolvem, também, o interesse econômico, uma vez que, pelo menos o produtor rural, necessita do lucro para sobreviver, pretendendo continuar suas atividades”.

Antunes (2011, p.6) corrobora essas ideias ao afirmar que as relações entre direito de propriedade e instituição de áreas de conservação têm sido marcadas por fortes tensões, visto que o Estado institui áreas protegidas de maneira pródiga com desrespeito aos ditames legais e sem observância dos direitos dos proprietários e populações tradicionais que habitam as áreas escolhidas para proteção especial.

Lemos ilustra tal questão de maneira a atestar sua complexidade, mas complexidade que a modernidade não pode se furtar em enfrentar:

Analisado o conceito, é importante ressaltar que o direito ambiental não pode deixar de considerar a abrangência do princípio e seus reflexos na atividade econômica e nas relações sociais. O direito ambiental não pode se afastar da análise completa do quadro. Há questões fundamentais a serem discutidas, como a necessidade de

crescimento da produção diante da demanda e a possível causação de sobrecarga aos recursos naturais. (LEMOS, 2008, p.60).

Antunes (2013, p.42) reverbera que é preciso deixar claro que a modernidade, com seu atual nível de tecnologia, não permite, por exemplo, o encerramento das atividades de madeiras, visto que a utilização econômica das florestas ainda é indispensável.

A colisão entre o princípio da propriedade e função socioambiental deve ser solucionada por meio da ponderação já estudada no primeiro capítulo.

Afinal, ainda que o direito de propriedade deixe de ser um direito-garantia do proprietário para ser um direito-garantia da sociedade, como versou Lemos, é inegável a importância de se preservar os direitos do proprietário sob o risco de se atingir fortemente a economia e toda a sociedade.

O que ocorre em tais situações é que o conteúdo do direito de propriedade será individual, em relação ao proprietário, mas também social, em relação aos titulares do interesse difuso. O titular do direito de propriedade deve exercer seu direito em consonância com sua função social e o princípio contido no art. 225 da CF, que dispõe sobre o meio ambiente ecologicamente equilibrado. Por isso, o respeito à função socioambiental da propriedade. (LEMOS, 2008, p.100).

Antunes (2011, p.37) adverte que a Constituição de 1988 erigiu o princípio da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental e, com isso, estabeleceu uma relação de equilíbrio entre o coletivo e o individual de forma a divorciar a supremacia de uns em detrimento de outros.

Os direitos de propriedade constitucional, certamente, são direitos de liberdade, seja a liberdade individual, seja a liberdade comunitária, que são complementares e indissociáveis, haja vista que uma não existe sem a outra, como nos demonstram as experiências totalitárias do século XX. (ANTUNES, 2011, p.37)

O autor confere severas críticas à Administração Pública em todos os níveis que, a seu ver, tem instituído por meio de simples decreto “parques de papel” – que existem apenas nos documentos e não possuem justificativas ou eficácia. É simplesmente criado um parque pela declaração de utilidade pública sem maior estudo e impostas severas limitações a direitos de terceiro, ainda que tal prática venha sendo rechaçada pelo Supremo Tribunal Federal.

Antunes (2011, p.63) exemplifica a tese supra com o Decreto nº 750, de 10 de fevereiro de 1993 ao indicar que foi instituído sem base legal explícita e que dessa maneira “paulatinamente, vão esvaziando o sentido do direito de propriedade constitucional e, de fato e de direito, tem avançado sobre os direitos privados, sem qualquer compensação ao

particular”. Dessa forma, impõe-se ao particular um ônus superior ao que se poderia exigir como quinhão de colaboração pela solidariedade social.

Há de se ter cuidado no estabelecimento de uma Unidade de Conservação, visto que pode se criar incompatibilidade entre o regime de exploração econômica a qual a área se encontrava submetida e o regime administrativo instituído com a criação da unidade. Inclusive há de se indenizar as atividades prejudicadas com a instituição quanto à perda, danos e lucros cessantes. (ANTUNES, 2011, p.72)

Antunes indica que tais abusos são de tal maneira perniciosos que atentam contra a democracia e o desenvolvimento brasileiro:

Fato é que a sociedade brasileira para se democratizar, necessita de mais proprietários e mais respeito pelos direitos de propriedade. Pois, todos se reconhecendo como proprietários iguais, tenderão a maior respeito mútuo. No entanto, a teoria das limitações administrativas, tal como tem sido esposada por nossos tribunais e pela doutrina administrativista mais conservadora, é, em verdade, uma legitimação de invasão de interesses privados de particulares, muito mais para defender interesses secundários do Estado e não aos seus interesses primários, estes sim, da coletividade. (ANTUNES, 2011, p.67).

O autor ainda cita o RE 94.020, Rel. Moreira Alves, RTJ, 104 (1)/269 (271) a fim de demonstrar a importância do direito de propriedade e suas implicações quando afirma que tal acórdão reconheceu que lei nova, quando modifica o regime jurídico de determinado instituto, como o da propriedade, tal modificação deve ser aplicada imediatamente, o que reforça “o caráter institucional do direito de propriedade e conseqüentemente o conteúdo normativo de seu âmbito de proteção permitem e legitimam a alteração do regime jurídico da propriedade”. (ANTUNES, 2013, p.142)

Conforme explicitada a existência da relativa disponibilidade do microbem ambiental e o caráter patrimonial indenizatório, resta clara a possibilidade de se solucionarem tais conflitos por meio dos métodos alternativos de solução de conflitos.

Sendo assim, é claro que a demanda ambiental que envolva o ressarcimento por lesão ao microbem é passível de apreciação por árbitros. Com efeito, os critérios estabelecidos no direito positivo vigente autorizam essa conclusão.

A exceção se dá em relação aos bens de uso comum do povo que, apesar de serem um microbem, se equiparam à indisponibilidade do macrobem tendo em vista seu aproveitamento por toda população. (LIMA, 2010, p.131).

Na verdade, haveria uma vantagem na utilização dos MASC nesses conflitos, visto que a distância do judiciário da realidade pode significar uma análise superficial e equivocada. Frangetto (2006, p.21) indica a existência de questões quanto aos padrões de

qualidade ambiental constantes em normas técnicas que não levam em consideração a realidade. Exemplifica com a presença de materiais que, em determinada concentração, signifiquem poluição, mas que, na verdade, são encontrados no subsolo independente da intervenção ou ação humana. Para a autora, o árbitro, que pode ser o próprio assistente técnico a identificar a hidrogeologia do ambiente, seria mais indicado para distribuir eventuais responsabilidades de acordo com a verdade material e potencial do dano ecológico.

Vianna (2009, p.94) cita o direito italiano como exemplo positivo de arbitramento equitativo para avaliar e quantificar o dano ambiental e recompor o meio ambiente o estado anterior à ocorrência da lesão.

Leite e Ayala (2010, p.150) conectam tal lesão ao dano ambiental e afirmam que “não há dúvida de que este dano ambiental, levando em consideração que a lesão patrimonial ou expatrimonial que sofre o proprietário, em seu bem, ou a doença que contrai uma pessoa, inclusive a morte, podem ser oriundas da lesão ambiental”.

Frangetto (2006, p.21) faz inclusive uma analogia com os Termos de Ajustamento de Conduta já identificados anteriormente no presente trabalho:

Convém observar que a cumulação de atribuições mencionada assemelha-se ao papel que o Ministério Público vem empreendendo ao celebrar Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) entre vários poluidores ambientais. Nesta hipótese, porém, a sua atuação proporciona um bom termo a circunstâncias de dano ambiental. Faltam-lhe meios para poder influir no processo de desenvolvimento sustentável quando o objeto da controvérsia não se refere a dano, mas sim a impacto. Para as questões envolvendo risco de ameaça ao meio ambiente (portanto, impactos ambientais negativos que não configurem poluição), a via arbitral seria um excelente modo de evitar que o sacrifício do parquet em proteger o meio ambiente esteja desamparado de instrumentos adequadamente proporcionais à dimensão do problema ambiental. (FRANGETTO, 2006, p.29)

Ainda Frangetto (2006, p.61-62) conclui que é possível a desvinculação da ordenação dos assuntos ambientais de uma necessária apreciação estatal homologatória, em especial quando se amplamente difunde a celebração de Termos de Ajustamento de Conduta, previstos na Lei de Ação Civil Pública e transações penais de crimes de menor potencial, com respaldo na Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

Mas é mais uma a defender a arbitragem e demais métodos alternativos de solução de controvérsias em matéria ambiental sempre que assegurada a manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado e “houver necessidade de avaliar as quotas (aspecto quantitativo) e maneiras (aspecto qualitativo) de se concretizar a responsabilização ambiental apropriada para o aumento do patamar de qualidade ambiental”. (FRANGETTO, 2006, p. 63).

Com o intuito de se caminhar para o fechamento da presente dissertação e se propor um tema específico para aplicação do planejamento até este momento traçado, adentrar-se-á na discussão específica entre o direito de propriedade em confronto com a Reserva Legal, e, no item subsequente, mais especificamente nos artigos 66 a 68 do atual Código Florestal.

4.2 Artigos 66 a 68 da Lei 12.651/2012

Neste ponto a abordagem passará para os artigos do Código Florestal eleitos para a verificação da hipótese.

O atual Código Florestal dá verdadeiras mostras do viés liberal e negocial, ainda que cometa algumas falhas e aceite essa liberalidade em campos que não deveria. Logo em seus primeiros artigos já demonstra ser adepto da disponibilidade do direito ambiental, em especial em seus artigos 7 e 8²⁹.

²⁹ Art. 7o A vegetação situada em Área de Preservação Permanente deverá ser mantida pelo proprietário da área, possuidor ou ocupante a qualquer título, pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado.

§ 1o Tendo ocorrido supressão de vegetação situada em Área de Preservação Permanente, o proprietário da área, possuidor ou ocupante a qualquer título é obrigado a promover a recomposição da vegetação, ressalvados os usos autorizados previstos nesta Lei.

§ 2o A obrigação prevista no § 1o tem natureza real e é transmitida ao sucessor no caso de transferência de domínio ou posse do imóvel rural.

§ 3o No caso de supressão não autorizada de vegetação realizada após 22 de julho de 2008, é vedada a concessão de novas autorizações de supressão de vegetação enquanto não cumpridas as obrigações previstas no § 1o.

Art. 8o A intervenção ou a supressão de vegetação nativa em Área de Preservação Permanente somente ocorrerá nas hipóteses de utilidade pública, de interesse social ou de baixo impacto ambiental previstas nesta Lei.

§ 1o A supressão de vegetação nativa protetora de nascentes, dunas e restingas somente poderá ser autorizada em caso de utilidade pública.

§ 2o A intervenção ou a supressão de vegetação nativa em Área de Preservação Permanente de que tratam os incisos VI e VII do *caput* do art. 4o poderá ser autorizada, excepcionalmente, em locais onde a função ecológica do manguezal esteja comprometida, para execução de obras habitacionais e de urbanização, inseridas em projetos de regularização fundiária de interesse social, em áreas urbanas consolidadas ocupadas por população de baixa renda.

§ 3o É dispensada a autorização do órgão ambiental competente para a execução, em caráter de urgência, de atividades de segurança nacional e obras de interesse da defesa civil destinadas à prevenção e mitigação de acidentes em áreas urbanas.

§ 4o Não haverá, em qualquer hipótese, direito à regularização de futuras intervenções ou supressões de vegetação nativa, além das previstas nesta Lei. (BRASIL, 2012)

O artigo sétimo deixa claro que poderão ser concedidas novas autorizações de supressão de vegetação. Já o artigo oitavo indica que tal manejo somente ocorrerá em caso de “utilidade pública, de interesse social ou de baixo impacto ambiental previsto nesta Lei”.

Seguindo a linha aqui defendida, deve-se, contudo, apenas autorizar tal supressão com devida fiscalização, aplicação de medidas mitigadoras, haver devida compensação e, em caso, de descumprimento, reparação integral do dano causado.

O mesmo se dá no que tange ao artigo 10 que indica:

Art. 10. Nos pantanais e planícies pantaneiras, é permitida a exploração ecologicamente sustentável, devendo-se considerar as recomendações técnicas dos órgãos oficiais de pesquisa, ficando novas supressões de vegetação nativa para uso alternativo do solo condicionadas à autorização do órgão estadual do meio ambiente, com base nas recomendações mencionadas neste artigo. (BRASIL, 2012)

Paulo Affonso Leme Machado e Edis Milaré (2012, p.177) criticam o dispositivo ao demonstrarem a preocupação com “a expansão da pecuária, interesse na produção sucroalcooleira, e a expansão energética que já se encontra em curso nos rios”.

O manejo sustentável e as atividades agropastoris são também permitidos em áreas de inclinação entre 25° e 45°, conforme redação do artigo 11³⁰.

Ayala (2012, p.183-184) critica esse artigo em conjunto com o 10, visto que os dois significam redução de proteção ambiental inaceitável ao se considerar a defesa do meio ambiente e proteção das pessoas no presente e futuro.

A esfera protetiva deve sempre circundar as permissividades conferidas pelos diplomas legais, sob pena de inefetividade. O artigo 22³¹ do Código Florestal é exemplo dessa premissa e, como alertam Gomes da Silva (2012, p.266):

Evidentemente que o plano de manejo, se bem planejado e executado é a garantia de que a floresta irá atender aos interesses do presente e se estender para as demandas do futuro. Convém lembrar que nas regiões centro-oeste, sul e sudeste, a reserva legal é de apenas 20% da propriedade, no entanto, para a região norte, este percentual sobre para 80% da propriedade, e é neste contexto que o plano de manejo irá atuar na área de reserva legal. Logo, se não for bem utilizado poderá colocar em

³⁰ Art. 11. Em áreas de inclinação entre 25° e 45°, serão permitidos o manejo florestal sustentável e o exercício de atividades agrossilvipastoris, bem como a manutenção da infraestrutura física associada ao desenvolvimento das atividades, observadas boas práticas agrônômicas, sendo vedada a conversão de novas áreas, excetuadas as hipóteses de utilidade pública e interesse social.

³¹ Art. 22. O manejo florestal sustentável da vegetação da Reserva Legal com propósito comercial depende de autorização do órgão competente e deverá atender as seguintes diretrizes e orientações:

I - não descaracterizar a cobertura vegetal e não prejudicar a conservação da vegetação nativa da área;
 II - assegurar a manutenção da diversidade das espécies;
 III - conduzir o manejo de espécies exóticas com a adoção de medidas que favoreçam a regeneração de espécies nativas. (BRASIL, 2012)

risco a quase totalidade do imóvel, justamente num dos ecossistemas mais frágeis do Brasil. Ora, se permite o corte raso em 20% da propriedade (uso alternativo do solo), e o restante vier a ser degradado por uso inadequado do plano de manejo, a propriedade estará toda comprometida.

O artigo 31³² mereceu as seguintes considerações do Magalhães e Passos de Freitas na obra coordenada por Milaré e Machado (2012):

O texto da Lei 4.771/1965 que criou o Código Florestal anterior vedava o uso das florestas nas áreas de Reserva Legal nas posses e propriedades rurais. Porém, a MedProv 2166-67/2001 alterou o texto original dando nova redação ao art.16 da Lei 4.771/1965, de modo a permitir a derrubada e uso da floresta sob o regime de manejo florestal sustentável (Lei 4.771/1965, art.16 P 2º). A Lei 12.651/2012 manteve essa possibilidade de exploração florestal na Reserva Legal por meio de manejo florestal sustentável (arts. 17 e 20).

A Lei 4.771/1965 vedava totalmente a exploração em Áreas de Preservação Permanente (APP). A Lei 12.651/2012 passou a permitir a exploração florestal em Áreas de Preservação Permanente se ocorrer na pequena propriedade ou posse rural familiar ou por povos e comunidades tradicionais por interesse social e por considerar a atividade de baixo impacto ambiental (Lei 12.651/2012, art.3º, IX,b,X, j e art.8º). (MAGALHÃES; FREITAS, 2012, p.304)

Magalhães e Freitas avaliam da seguinte maneira o art.31

³² Art. 31. A exploração de florestas nativas e formações sucessoras, de domínio público ou privado, ressalvados os casos previstos nos arts. 21, 23 e 24, dependerá de licenciamento pelo órgão competente do Sisnama, mediante aprovação prévia de Plano de Manejo Florestal Sustentável - PMFS que contemple técnicas de condução, exploração, reposição florestal e manejo compatíveis com os variados ecossistemas que a cobertura arbórea forme.

§ 1o O PMFS atenderá os seguintes fundamentos técnicos e científicos:

- I - caracterização dos meios físico e biológico;
- II - determinação do estoque existente;
- III - intensidade de exploração compatível com a capacidade de suporte ambiental da floresta;
- IV - ciclo de corte compatível com o tempo de restabelecimento do volume de produto extraído da floresta;
- V - promoção da regeneração natural da floresta;
- VI - adoção de sistema silvicultural adequado;
- VII - adoção de sistema de exploração adequado;
- VIII - monitoramento do desenvolvimento da floresta remanescente;
- IX - adoção de medidas mitigadoras dos impactos ambientais e sociais.

§ 2o A aprovação do PMFS pelo órgão competente do Sisnama confere ao seu detentor a licença ambiental para a prática do manejo florestal sustentável, não se aplicando outras etapas de licenciamento ambiental.

§ 3o O detentor do PMFS encaminhará relatório anual ao órgão ambiental competente com as informações sobre toda a área de manejo florestal sustentável e a descrição das atividades realizadas.

§ 4o O PMFS será submetido a vistorias técnicas para fiscalizar as operações e atividades desenvolvidas na área de manejo.

§ 5o Respeitado o disposto neste artigo, serão estabelecidas em ato do Chefe do Poder Executivo disposições diferenciadas sobre os PMFS em escala empresarial, de pequena escala e comunitário.

§ 6o Para fins de manejo florestal na pequena propriedade ou posse rural familiar, os órgãos do Sisnama deverão estabelecer procedimentos simplificados de elaboração, análise e aprovação dos referidos PMFS.

§ 7o Compete ao órgão federal de meio ambiente a aprovação de PMFS incidentes em florestas públicas de domínio da União. (BRASIL, 2012)

No caso do manejo florestal ser executado sem a licença ambiental prévia do órgão competente ou em desacordo com os requisitos técnicos estabelecidos no PMFS ou em desacordo com a licença obtida, o infrator a multa a ser aplicada é de R\$ 1.000,00 por hectare (Dec.6.514/2008, art.51-A). (MAGALHÃES; FREITAS, 2012, p.308).

Há de se ter sempre muito cuidado na regulamentação de matéria ambiental, visto que só se pode aceitar uma possibilidade de disposição / negociação caso isso signifique maior proteção. O artigo 35³³ incorre nesse problema, visto que retira a necessidade de autorização prévia em caso de corte e exploração de espécies nativas em área de uso alternativo do solo.

Ainda no parágrafo primeiro, tais plantios independem de autorização prévia, devendo apenas respeitar os limites estabelecidos nesta Lei, dentre eles a prestação de informação ao órgão competente no período de 1 ano. Não vemos com bons olhos esta independência de autorização prévia, haja vista que tamanha liberdade pode comprometer o equilíbrio do meio ambiente em questão. O correto é que a Lei determinasse que estudos fossem feitos sempre que um programa de plantio ou replantio estivesse sendo posto em prática, para que, só então, as espécies correspondentes ao bioma devastado tivessem seu plantio assegurado.

(...) Como dito no comentário supra, tamanhas liberdades dão margem a brechas que tendem a se tornar intransponíveis com o passar dos anos. (MAGALHÃES; FREITAS, 2012, p.319).

Infelizmente, o diploma incorreu em erro ainda pior nos artigos 60 e 61³⁴ que concedeu a anistia a crimes ambientais.

³³ Art. 35. O controle da origem da madeira, do carvão e de outros produtos ou subprodutos florestais incluirá sistema nacional que integre os dados dos diferentes entes federativos, coordenado, fiscalizado e regulamentado pelo órgão federal competente do Sisnama

§ 1o O plantio ou reflorestamento com espécies florestais nativas ou exóticas independem de autorização prévia, desde que observadas as limitações e condições previstas nesta Lei, devendo ser informados ao órgão competente, no prazo de até 1 (um) ano, para fins de controle de origem. (BRASIL, 2012)

§ 2o É livre a extração de lenha e demais produtos de florestas plantadas nas áreas não consideradas Áreas de Preservação Permanente e Reserva Legal.

§ 3o O corte ou a exploração de espécies nativas plantadas em área de uso alternativo do solo serão permitidos independentemente de autorização prévia, devendo o plantio ou reflorestamento estar previamente cadastrado no órgão ambiental competente e a exploração ser previamente declarada nele para fins de controle de origem.

§ 4o Os dados do sistema referido no *caput* serão disponibilizados para acesso público por meio da rede mundial de computadores, cabendo ao órgão federal coordenador do sistema fornecer os programas de informática a serem utilizados e definir o prazo para integração dos dados e as informações que deverão ser aportadas ao sistema nacional.

§ 5o O órgão federal coordenador do sistema nacional poderá bloquear a emissão de Documento de Origem Florestal - DOF dos entes federativos não integrados ao sistema e fiscalizar os dados e relatórios respectivos. (BRASIL, 2012)

³⁴ Art. 60. A assinatura de termo de compromisso para regularização de imóvel ou posse rural perante o órgão ambiental competente, mencionado no art. 59, suspenderá a punibilidade dos crimes previstos nos arts. 38, 39 e 48 da Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, enquanto o termo estiver sendo cumprido.

§ 1o A prescrição ficará interrompida durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

§ 2o Extingue-se a punibilidade com a efetiva regularização prevista nesta Lei.

Art. 61-A. Nas Áreas de Preservação Permanente, é autorizada, exclusivamente, a continuidade das atividades agrossilvipastoris, de ecoturismo e de turismo rural em áreas rurais consolidadas até 22 de julho de 2008 (BRASIL, 2012)

O art.60 foi, quiçá, de todos, o mais criticado, porque concedeu anistia a crimes ambientais cometidos antes de 22 de julho de 2008. É dizer, além da benesse dada às infrações administrativas, o legislador estendeu-a também aos crimes, desestimulando, uma vez mais, os que cumpriram a lei. Sim, porque os que seguiram as normas, e com isto, inclusive, se colocaram em desvantagem no mercado competitivo, acabaram sendo igualados aos que cumpriram a lei. A justificativa do legislador foi a necessidade de incentivo à adesão ao Programa de Regularização Ambiental, pois, sem ela, nenhum proprietário se apresentaria espontaneamente. Isto porque a adesão ao PRA significaria o início de uma investigação criminal, afastando os interessados e inviabilizando um resultado mais eficiente de recuperação voluntária de áreas degradadas. (FREITAS; FRANCO. 2012, p.411).

Não é despidendo lembrar que tal artigo poderá ser constitucionalmente impugnado por haver entendimento de que não há direito adquirido contra o meio ambiente. Em artigo de Priscila Santos Artigas e Maria Clara R.A. Gomes Rosa, na obra de Milaré e Machado (2012, p.430), indicam que existem entendimentos que “em matéria ambiental, não há que se falar em direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, pois não existe, em suma, ‘o direito adquirido de poluir’”.

Já o art.44³⁵ merece elogios no artigo de Roberta Jardim de Moraes e Mauricio Guetta, da obra de Milaré e Paulo Afonso Machado (2012, p.361), que ressaltam que a instituição da Cota de Reserva Ambiental, instrumento negocial, possibilita ao possuidor auferir benefícios por meio de atividades econômicas, aliados a uma manutenção da vegetação nativa existente, visto haver a possibilidade de compra e venda da Cota de Reserva Ambiental - CRA.

A circulação no mercado da CRA é um método semelhante ao citado por Eli quando versou sobre as negociações de emissões, citada à página 62 da presente.

³⁵ Art. 44. É instituída a Cota de Reserva Ambiental - CRA, título nominativo representativo de área com vegetação nativa, existente ou em processo de recuperação:

I - sob regime de servidão ambiental, instituída na forma do art. 9o-A da Lei no 6.938, de 31 de agosto de 1981;

II - correspondente à área de Reserva Legal instituída voluntariamente sobre a vegetação que exceder os percentuais exigidos no art. 12 desta Lei;

III - protegida na forma de Reserva Particular do Patrimônio Natural - RPPN, nos termos do art. 21 da Lei no 9.985, de 18 de julho de 2000;

IV - existente em propriedade rural localizada no interior de Unidade de Conservação de domínio público que ainda não tenha sido desapropriada.

§ 1o A emissão de CRA será feita mediante requerimento do proprietário, após inclusão do imóvel no CAR e laudo comprobatório emitido pelo próprio órgão ambiental ou por entidade credenciada, assegurado o controle do órgão federal competente do Sisnama, na forma de ato do Chefe do Poder Executivo.

§ 2o A CRA não pode ser emitida com base em vegetação nativa localizada em área de RPPN instituída em sobreposição à Reserva Legal do imóvel.

§ 3o A Cota de Reserva Florestal - CRF emitida nos termos do art. 44-B da Lei no 4.771, de 15 de setembro de 1965, passa a ser considerada, pelo efeito desta Lei, como Cota de Reserva Ambiental.

§ 4o Poderá ser instituída CRA da vegetação nativa que integra a Reserva Legal dos imóveis a que se refere o inciso V do art. 3o desta Lei. (BRASIL, 2012)

É preciso atestar ou não a eficiência dos métodos alternativos de solução de conflitos quando se tratar de bens ambientais, a fim de se averiguar se esses métodos podem adentrar no novo paradigma de tratamento do meio ambiente, o da sustentabilidade.

Com o intuito de realizar o fechamento da hipótese e aplicá-la a determinado dispositivo elegeram-se os artigos 66 a 68 da Lei 12.651/2012. – Código Florestal. Ao se observar a tendência mundial na utilização dos métodos alternativos de solução de conflitos, inclusive em matéria ambiental, é importante direcionar a ideia proposta, elaborada no campo teórico, para uma proposição prática.

Os três artigos tratam do conflito existente entre os proprietários de imóveis rurais, razão de o tópico anterior ter estudado o direito de propriedade e se conflito com a obrigação em estabelecer em seu imóvel uma área de Reserva Legal, especialmente para regularizar situações de violação à norma.

Antunes (2013, p.146-147) ensina que a Reserva Legal só se justificará quando aplicada ao solo com vocação agrícola, pois há de se respaldar em sua definição normativa constante no artigo 4³⁶, I, da Lei 4.504/64. É preciso conjugar o uso sustentável dos recursos naturais com reabilitação dos processos ecológicos nas áreas com vistas à implantação de atividades agrícolas ou rurais. Enfatiza que não há Reserva Legal que não esteja dentro de uma propriedade rural, o que significa dizer que não basta vislumbrar a localização espacial do terreno, pois é imprescindível averiguar sua destinação a fim de instituir ou não a Reserva Legal.

Importante então a transcrição dos artigos em comento a começar pelo artigo 66:

Art. 66. O proprietário ou possuidor de imóvel rural que detinha, em 22 de julho de 2008, área de Reserva Legal em extensão inferior ao estabelecido no art. 12, poderá regularizar sua situação, independentemente da adesão ao PRA, adotando as seguintes alternativas, isolada ou conjuntamente:

I - recompor a Reserva Legal;

II - permitir a regeneração natural da vegetação na área de Reserva Legal;

III - compensar a Reserva Legal.

§ 1o A obrigação prevista no *caput* tem natureza real e é transmitida ao sucessor no caso de transferência de domínio ou posse do imóvel rural.

§ 2o A recomposição de que trata o inciso I do *caput* deverá atender os critérios estipulados pelo órgão competente do Sisnama e ser concluída em até 20 (vinte)

³⁶ Art. 4º Para os efeitos desta Lei, definem-se:

I - "Imóvel Rural", o prédio rústico, de área contínua qualquer que seja a sua localização que se destina à exploração extrativa agrícola, pecuária ou agro-industrial, quer através de planos públicos de valorização, quer através de iniciativa privada; (BRASIL, 1964)

anos, abrangendo, a cada 2 (dois) anos, no mínimo 1/10 (um décimo) da área total necessária à sua complementação.

§ 3o A recomposição de que trata o inciso I do *caput* poderá ser realizada mediante o plantio intercalado de espécies nativas e exóticas, em sistema agroflorestal, observados os seguintes parâmetros:

§ 3o A recomposição de que trata o inciso I do *caput* poderá ser realizada mediante o plantio intercalado de espécies nativas com exóticas ou frutíferas, em sistema agroflorestal, observados os seguintes parâmetros: (Incluído pela Lei nº 12.727, de 2012).

I - o plantio de espécies exóticas deverá ser combinado com as espécies nativas de ocorrência regional;

II - a área recomposta com espécies exóticas não poderá exceder a 50% (cinquenta por cento) da área total a ser recuperada.

§ 4o Os proprietários ou possuidores do imóvel que optarem por recompor a Reserva Legal na forma dos §§ 2o e 3o terão direito à sua exploração econômica, nos termos desta Lei.

§ 5o A compensação de que trata o inciso III do *caput* deverá ser precedida pela inscrição da propriedade no CAR e poderá ser feita mediante:

I - aquisição de Cota de Reserva Ambiental - CRA;

II - arrendamento de área sob regime de servidão ambiental ou Reserva Legal;

III - doação ao poder público de área localizada no interior de Unidade de Conservação de domínio público pendente de regularização fundiária;

IV - cadastramento de outra área equivalente e excedente à Reserva Legal, em imóvel de mesma titularidade ou adquirida em imóvel de terceiro, com vegetação nativa estabelecida, em regeneração ou recomposição, desde que localizada no mesmo bioma.

§ 6o As áreas a serem utilizadas para compensação na forma do § 5o deverão:

I - ser equivalentes em extensão à área da Reserva Legal a ser compensada;

II - estar localizadas no mesmo bioma da área de Reserva Legal a ser compensada;

III - se fora do Estado, estar localizadas em áreas identificadas como prioritárias pela União ou pelos Estados.

§ 7o A definição de áreas prioritárias de que trata o § 6o buscará favorecer, entre outros, a recuperação de bacias hidrográficas excessivamente desmatadas, a criação de corredores ecológicos, a conservação de grandes áreas protegidas e a conservação ou recuperação de ecossistemas ou espécies ameaçados.

§ 8o Quando se tratar de imóveis públicos, a compensação de que trata o inciso III do *caput* poderá ser feita mediante concessão de direito real de uso ou doação, por parte da pessoa jurídica de direito público proprietária de imóvel rural que não detém Reserva Legal em extensão suficiente, ao órgão público responsável pela Unidade de Conservação de área localizada no interior de Unidade de Conservação de domínio público, a ser criada ou pendente de regularização fundiária.

§ 9º As medidas de compensação previstas neste artigo não poderão ser utilizadas como forma de viabilizar a conversão de novas áreas para uso alternativo do solo. (BRASIL, 2012)

O *caput* do artigo indica que o proprietário ou possuidor do imóvel rural que detém área de Reserva Legal inferior ao estabelecido no artigo 12 do Código Florestal deve adotar certas medidas para regularizar a situação.

Cumprido destacar que, para fins de averiguação de qual *status quo ante* deve servir de parâmetro, optou-se por indicar o marco temporal de 22 de julho de 2008. Certamente é a medida mais polêmica do Código Florestal por representar uma verdadeira anistia aos crimes e desrespeito ambientais ocorridos antes dessa data. No entanto, como não é o objetivo deste trabalho adentrar na seara dessa discussão, cumpre apenas discorrer sobre o conflito com as regras estabelecidas pelo código.

Há de se destacar que com respaldo no artigo 59³⁷ do Código Florestal é conferido ao possuidor ou proprietário o direito de firmar Termo de Compromisso com a Administração Pública com o objetivo de regularizar as pendências ambientais em função de descumprimento de normas protetivas. No parágrafo 4º desse artigo encontra-se ainda mais clara a anistia aos crimes anteriores a 22 de julho de 2008.

§ 4º No período entre a publicação desta Lei e a implantação do PRA em cada Estado e no Distrito Federal, bem como após a adesão do interessado ao PRA e enquanto estiver sendo cumprido o termo de compromisso, o proprietário ou possuidor não poderá ser autuado por infrações cometidas antes de 22 de julho de 2008, relativas à supressão irregular de vegetação em Áreas de Preservação Permanente, de Reserva Legal e de uso restrito. (BRASIL, 2012)

A possibilidade de se firmar um Termo de Compromisso e implantação do Programa de Regularização Ambiental – PRA são na verdade soluções extrajudiciais com o caráter de solução alternativa de controvérsias debatidas nesta dissertação. Parece claro haver permissivo legal para mediação e negociação acerca da implantação do PRA e assinatura do TAC ambiental, desde que, com os parâmetros legais estabelecidos e sempre com foco na reparação ambiental, fator que suspenderá inclusive a punibilidade³⁸ dos crimes ambientais.

Caso não se opte pelo PRA, ainda assim, o mandamento cogente do artigo é que se deve necessariamente adotar, em conjunto ou separadamente, três medidas para regularizar a

³⁷ Art. 59. A União, os Estados e o Distrito Federal deverão, no prazo de 1 (um) ano, contado a partir da data da publicação desta Lei, prorrogável por uma única vez, por igual período, por ato do Chefe do Poder Executivo, implantar Programas de Regularização Ambiental - PRAs de posses e propriedades rurais, com o objetivo de adequá-las aos termos deste Capítulo.

³⁸ Art. 60. A assinatura de termo de compromisso para regularização de imóvel ou posse rural perante o órgão ambiental competente, mencionado no art. 59, suspenderá a punibilidade dos crimes previstos nos arts. 38, 39 e 48 da Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, enquanto o termo estiver sendo cumprido.

situação, quais sejam: – recomposição da Reserva Legal; – permissão da regeneração natural e compensação da Reserva Legal.

O legislador permitiu que aqueles que até o dia 22 de julho de 2008 não estivessem cumprindo as obrigações em relação à reserva legal pudessem “regularizar” a sua situação, independentemente de adesão ao chamado PRA, mediante adoção de três alternativas, as quais podem ser adotadas isolada ou cumulativamente; (i) recomposição da Reserva Legal; (II) deixar a vegetação se regenerar naturalmente; e (III) compensar a Reserva Legal. Recomposição é a utilização de mecanismos, técnicas e investimentos para o replantio das áreas de Reserva Legal; permitir a regeneração é isolar a área e deixar com que os processos naturais atuem por si sós, recompondo a vegetação naturalmente, o que nem sempre é possível. E, finalmente, a compensação é a utilização de instrumentos jurídicos, especialmente a servidão ambiental, com vistas a instituir a área que será serviente, tendo como prédio dominante o imóvel em favor do qual a compensação esteja sendo feita. (ANTUNES, 2013, p.287).

Ao adotar uma ou mais das três medidas o proprietário ou possuidor deverá cumprir escorreitamente o acordado a fim de cumprir com o objetivo da norma que é a proteção ambiental e a reparação da degradação ocorrida. É de se ver que a averiguação do cumprimento demanda um aspecto eminentemente técnico – fiscalização do replantio e conservação, medição da área replantada, isolamento de área para regeneração natural e compensação com as servidões ambientais.

Não há espaço para concessões. Tratam-se de medidas a serem obrigatoriamente implementadas e respeitadas. Dessa forma, se já houve a negociação e mediação anterior, por que não quando da sanção pelo desrespeito ao acordado, não se pode utilizar da arbitragem? O tribunal privado, com a celeridade que lhe é peculiar, deverá vislumbrar os descumprimentos e aplicar as medidas sancionadoras com respeito à reparação, compensação e fixação dos parâmetros da indenização, sendo certo que a coerção sempre será privativa do judiciário.

Quem está autorizado a transacionar também o está em deslocar a competência para julgamento:

Quem pode o mais, pode o menos: aquele que está autorizado a celebrar negócio jurídico que põe fim à controvérsia também o estará para celebrar negócio jurídico que desloca competência para julgá-la. Se a Lei autoriza o exercício da vontade para a composição autônoma da controvérsia, não é razoável defender que o sistema obstaria que o exercício da vontade para firmar convenção de arbitragem. (LIMA, B. 2010, p. 143).

Como dito alhures, existe autorização expressa para autocomposição em vários diplomas do nosso ordenamento, dentre eles no Código Tributário Nacional, Lei de Ação Civil Pública e Código de Defesa do Consumidor.

Mancuso (2011, p.283) defende que, quando de ofensas a interesses metaindividuais, há de se prevalecer um caráter finalístico, formado pelo binômico *instrumentalidade-efetividade* dos procedimentos, de maneira que é preferível uma solução negociada idônea e eficaz do que uma demanda judicial morosa, onerosa e com desfecho imprevisível.

O prazo para adoção das medidas se encontra no parágrafo segundo do artigo 66 do Código Florestal que estabelece “até 20(vinte) anos, abrangendo, a cada 2 (dois) anos, no mínimo, 1/10 (um décimo) da área total necessária à sua complementação”(BRASIL, 2013).

Este prazo vintenário atraiu severas críticas de Antunes:

O §2º expressa mais uma daquelas normas meramente protelatórias do cumprimento da obrigação de manter Reserva Legal. Com efeito, considerando-se que o Parágrafo admite o prazo de 20 anos para a recomposição da Reserva Legal, e partindo-se do pressuposto que a manutenção da Reserva Legal é obrigatória em nosso direito desde 1934, teremos, em tese, 98 anos para o seu adimplemento !!! (ANTUNES, 2013, p.287).

O autor também se contrapõe ao parágrafo terceiro que permite o plantio intercalado de espécies nativas e exóticas, visto que tal fato desnatura o conceito de Reserva Legal, “cuja finalidade é a manutenção de uma parcela relevante da vegetação nativa nos imóveis destinados a outros fins rurais”. (ANTUNES, 2013, p.287).

Cumprir não olvidar que é possível a compensação por meio da aquisição de Cota de Reserva Ambiental – CRA, cuja denominação mais adequada seria Cota de Servidão Administrativa já que a lei trata de Reserva Legal e o que se pode utilizar por terceiros é a Servidão Ambiental. São títulos representativos de áreas mantidas em servidão ambiental que permanecem servientes ao proprietário do título. (ANTUNES, 2013, p.287)

Novamente se destaca o caráter negocial do diploma, em especial nos ditames dos artigos 44 e 48³⁹, com o intuito protetor e de acordo com os ditames dos métodos alternativos de solução de conflitos.

Uma vez recomposta a Reserva Legal o proprietário ou possuidor passa a fazer jus à exploração do imóvel sem novas restrições, desde que respeite a preservação da área recuperada, conforme mandamento do parágrafo quarto do artigo 66⁴⁰.

³⁹ Art. 44. É instituída a Cota de Reserva Ambiental - CRA, título nominativo representativo de área com vegetação nativa, existente ou em processo de recuperação:

Art. 48. A CRA pode ser transferida, onerosa ou gratuitamente, a pessoa física ou a pessoa jurídica de direito público ou privado, mediante termo assinado pelo titular da CRA e pelo adquirente.

§ 4º A utilização de CRA para compensação da Reserva Legal será averbada na matrícula do imóvel no qual se situa a área vinculada ao título e na do imóvel beneficiário da compensação. (BRASIL, 2012)

⁴⁰ § 4º Os proprietários ou possuidores do imóvel que optarem por recompor a Reserva Legal na forma dos §§ 2º e 3º terão direito à sua exploração econômica, nos termos desta Lei. (BRASIL, 2012)

O artigo 67 estabelece uma condição especial para os imóveis que em 22 de julho de 2008 detinham até quatro módulos fiscais e que possuem vegetação nativa inferior ao previsto no artigo 12 do mesmo diploma e lhes impõe a Reserva Legal sobre esse remanescente, sendo vedadas novas conversões para uso alternativo do solo.

Há de se transcrever a lição valiosa de Antunes acerca da diferenciação entre módulo fiscal e módulo rural:

O Direito Brasileiro reconhece as figuras do (i) módulo rural e do (ii) módulo fiscal, que são conceitos próximos, porém diferentes. O Módulo Rural é a menor fração pela qual é divisível o imóvel rural; logo, é uma medida individual e relativa a cada imóvel em particular.

O objetivo do módulo rural é garantir área suficiente de terra na qual a família trabalha direta e pessoalmente por uma família de composição média, contando apenas com a colaboração eventual de terceiro, que seja necessária para a subsistência e, igualmente, suficiente como base para a melhoria das condições econômicas e sociais da família. O Módulo Fiscal tem utilidade para que se estabeleçam critérios para a classificação do imóvel rural quanto às suas dimensões, conforme estabelecido pela Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993. Assim, pequena propriedade é o imóvel rural cuja área compreendida tem de um a quatro módulos fiscais; média propriedade é o imóvel rural cuja área é superior a quatro e até 15 módulos fiscais. Também se usa Módulo Fiscal como parâmetro de definição dos beneficiários do PRONAF (pequenos agricultores de economia familiar, meeiros, posseiros, parceiros ou arrendatários de até quatro módulos fiscais). (ANTUNES, 2013, p.289)

Já o artigo 68 determina que aqueles que realizaram supressão de vegetação nativa respeitando os percentuais de Reserva Legal previstos na legislação em vigor na época são dispensados de promover a recomposição, compensação ou regeneração.

Trata-se de medida de direito intertemporal que reconhece que a abrangência da Reserva Legal, como parte integrante da propriedade, deve se dar de acordo com a época de abertura da matrícula do imóvel rural, sendo certo que qualquer situação posterior que obrigue o proprietário a aumentar a área protegida deve ser seguida de cabal indenização da produção provada e sua projeção para o futuro. É o respeito ao direito adquirido mesmo quando diante de promulgação de leis de ordem pública. (ANTUNES, 2013, p.290).

Ao se analisarem os três artigos propostos, parece clara a possibilidade e até necessidade de se solucionarem as questões que envolvem o direito de propriedade e o respeito à Reserva Legal em propriedades rurais, seja de forma anterior à implantação das medidas, seja a fim de averiguar e sancionar eventual descumprimento, da utilização dos meios alternativos extrajudiciais de conflitos.

Afinal, o mais importante não é o meio, mas o fim traçado:

O que importa ao grupo, afinal, não é o veículo de acesso ao direito: autocomposição, heterocomposição estatal ou arbitral, mas a adequação do provimento à sua efetividade. (...) A lei deu a determinados sujeitos o dever de movimentar a tutela – não somente a jurisdicional – dos direitos coletivos: caberá a eles a decisão acerca da melhor forma de fazê-lo. (LIMA, B. 2010, p. 144)

O judiciário, além de não possuir a técnica necessária, certamente não devolverá ao jurisdicionado – todos nós – a tempo o provimento urgente – preservação e recomposição ambiental.

Poder-se-ia implementar efetivamente o tribunal arbitral para a discussão aqui proposta com os legitimados para propositura da Ação Civil Pública. A participação da Administração pode se dar por meio dos conceitos e limites da Lei 8.666/93, mais precisamente no art.25, inciso II e podendo ser instituída por qualquer veículo, cláusula compromissória ou compromisso arbitral e em qualquer fase, licenciamento ambiental, fixação do dano, reparação, recomposição. Tais ideias se encontram bem fundadas por Bernardo Lima (2010, p.144, 153, 170) quanto à arbitrabilidade do dano ambiental e podem ser expandidas para o aqui proposto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A modernidade enfrenta questões nunca antes respondidas com vários dificultadores inerentes ao mundo atual, como a liquidez de Bauman, o consumo desenfreado, informação e desinformação em tempo real que geram uma inclinação à alienação e o constante embate entre crescimento econômico e preservação ambiental.

De certo que, partindo da canhestra concepção de que a natureza é eterna, já se caminhou no sentido de se considerar a variável ambiental dentro do cenário econômico, mas tal evolução tem se mostrado insuficiente para garantir a solidariedade intergeracional.

Ocorre que o cenário mundial clama para se inverterm os paradigmas e partir para um cenário ambiental, de preservação e cuidado, que leve em consideração a variável econômica e caminhe junto com a igualdade social.

O princípio do não retrocesso não permite involuções no sentido de regredir social e ambientalmente. Todas as medidas eficazmente adotadas devem ser respeitadas, de maneira a se vedar qualquer medida, advinda de qualquer poder (executivo, legislativo e judiciário) que signifique menos proteção do que o nível já atingido.

Doutrinariamente tais posicionamentos são amplamente aceitos e discutidos, mas encontram um enorme obstáculo para atingir o campo da prática e efetividade.

Os métodos alternativos de solução de conflitos, após longa batalha com o método tradicional da judicialização das demandas, conseguiu se inserir nas formas de resolução de controvérsias hodiernas. Mas a nova barreira encontra-se na expressão “direitos indisponíveis” que se encontram potencializados ao máximo nos direitos difusos, em especial em matéria ambiental.

O Direito se fundou em uma base principiológica que não pode ser deixada de lado ao se editarem novas leis e se tomarem decisões administrativas e judiciais.

O Devido Processo Legal caminhou bastante até se atingir o conceito atual, perpassou por conflitos históricos e foi amplamente testado pelos tribunais alienígenas. Sua divisão em procedimental e substancial teve o intuito e preocupação de não se restringir a releitura dos comandos estatais ao simples formalismo, mas adentrar na sua substância (eficácia). Os comandos dirigidos à sociedade devem ser adequados, necessários e de acordo com os fins propostos.

Ademais, diante de uma colisão entre princípios deve se aplicar a razoabilidade e ponderação, de maneira a se utilizar a proporcionalidade *stricto sensu* para sopesar qual direito deve ser comprimido para que outro prevaleça.

A expressão *dura Lex, sed Lex* deve ser respeitada em razão da segurança jurídica, mas não significa que é um princípio inarredável e indiscutível. Diante de clara ineficiência e afronta ao interesse público a norma deve ceder lugar a outra e ser considerada uma afronta à própria Constituição.

Tais preceitos têm sido aplicados com frequência pelos tribunais mundo afora que fazem um controle de constitucionalidade dos atos emanados do Estado, mas diante do novel Direito Ambiental, que há pouco conseguiu que seja reconhecida sua autonomia e carga principiológica própria, ainda existem diversas indagações.

Não há como olvidar que o viés deve ser protecionista, mas pela juventude do Direito Ambiental e recente discussão ainda não se indicou um norte a ser seguido. O engessamento de conceitos e princípios, sem confrontá-los com a modernidade significa grande atraso e insere a humanidade em um risco ainda maior do que o já detectado.

O Direito Ambiental precisa sair do campo do debate e desembarcar na prática. Os instrumentos utilizados devem ser os mais eficazes possíveis.

Nesse diapasão surge a questão dos métodos alternativos de solução de conflitos. A inefetividade da jurisdição somada à especificidade da matéria ambiental clama por novas ideias que, respeitando os pilares ambientais e considerando a reparabilidade integral, devem propor novos caminhos. Caminhos que passarão necessariamente pelos Princípios da Informação e Participação.

A sociedade deve opinar pelos rumos a serem tomados e não simplesmente seguir os comandos estatais. Tal direito (e dever) se mostra ainda mais importante quando se trata de questões que culminem alterações ambientais que atingirão diretamente o ser humano hodiernamente e no futuro. As gerações futuras, pelo princípio da Solidariedade Inergeracional, devem possuir a mesma qualidade de vida que se possui na atualidade.

O direito difuso ao meio ambiente insere a atual geração em questões fundamentais e delicadas, visto que *a sociedade de risco* possui extraordinária capacidade de destruição. Ganha, portanto, força a necessidade de releitura da responsabilidade civil para que possa ter efetividade em matéria ambiental. A responsabilidade por dano ambiental deve atuar de maneira preventiva e repressiva, mas sempre pautada na efetividade.

Há de se indicar a presença do princípio da eficiência contido na Constituição da República que obriga a Administração Pública a tomar a medida menos onerosa economicamente e mais eficiente no sentido de se atender seu interesse primário. Significa dizer que, diante da existência de um método mais eficiente não pode, sob pena de contrariar sua própria razão de ser, a Administração Pública ignorá-lo.

Mediação, Arbitragem e demais métodos alternativos de solução de conflitos têm constantemente comprovado sua eficácia, de maneira que não podem ser relegados a segundo plano. A saída negociada ou indicada por julgadores eminentemente técnicos se mostra mais pacificadora do que a judicialização, na qual necessariamente haverá um vencedor e um perdedor.

No entanto, para muitos, o direito difuso é incompatível com tais métodos por não poder ser objeto de transação. Contra tal argumento devem-se levantar diversas razões fáticas e de direito.

Primeiro, que a razão de ser do interesse difuso é atender aos sujeitos titulares desse objeto indivisível. Significa dizer que seu objeto é o interesse público e que se sua negociação significar o cumprimento do seu objetivo não há como ignorar tal saída.

Se o judiciário for menos efetivo e se sua morosidade e formalismos significarem menos proteção ao meio ambiente do que algum método alternativo de solução de conflitos, não há como optar pelo primeiro.

Ademais, os pilares ambientais deverão ser sempre respeitados, isto é, há um núcleo intocável. Uma decisão de questão ambiental jamais pode esquecer a proteção e reparação integral do meio ambiente.

De se dizer que as janelas para esse novo entendimento já se encontram abertas nas conferências e tribunais internacionais, em diversas legislações nacionais e, em especial, no difundido e eficaz Termo de Ajustamento de Conduta.

O atual Código Florestal, por exemplo, possui diversas questões que permitem a irradiação dos novos tempos. Sempre existiram e se mostram ainda mais efusivos, conflitos entre particulares e interesse difuso, especialmente entre a propriedade particular e interesse coletivo.

A cogente determinação de criação de Reserva Legal em propriedades rurais impõe frontalmente o conflito do interesse público com o interesse do particular. As sanções são pesadas e servem para não permitir descumprimentos. O respaldo dessa medida se encontra nos tempos modernos, em que a propriedade deixa de servir apenas ao seu dono e passa a ter de exercer também uma função social e ambiental.

A jurisdição deve responder por aquilo que consegue efetivamente resolver e atuar de maneira concomitante a novos institutos e métodos para atingir a pacificação social. Justiça não é o que o judiciário determina, mas uma resposta que reconheça os direitos dos cidadãos, emanada por órgão reconhecido e fiscalizado pelo Estado.

José Eli da Veiga propôs um caminho do meio, entre o crescimento econômico desenfreado e o crescimento zero, caminho ainda a ser traçado e discutido. O enfrentamento da aplicação dos métodos alternativos de solução de conflitos pode ser uma das ferramentas para se concretizar o desenvolvimento sustentável, na medida em que significará uma resposta mais célere e efetiva para o meio ambiental.

REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. **Ação civil pública e meio ambiente**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

ANDREWS, Neil. **O Moderno Processo Civil: Formas Judiciais e Alternativas de Resolução de Conflitos na Inglaterra**. Orientação e revisão por Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2009.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Áreas Protegidas e propriedade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2011.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Comentários ao novo código florestal**. São Paulo: Atlas, 2013.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Matéria ambiental não é indisponível para fins de arbitragem**. 2003. Disponível em < http://www.conjur.com.br/2003-nov-15/materia_ambiental_nao_indisponivel_fins_arbitragem>. Acesso em: 20 mar. 2014.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Proteção Ambiental nas Atividades de Exploração e Produção de Petróleo – Aspectos Jurídicos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

ASSUMPCÃO, Fernanda Aparecida Mendes Silva Garcia. **O Método técnico-jurídico na resolução dos conflitos socioambientais**. Belo Horizonte: Editor Fernanda Aparecida Mendes Silva Garcia Assumpção, 2012.

AYALA, Patryck de Araújo. Comentários aos artigos 10 e 11 da Lei 12.651, de 25 de maio de 2012. In: MACHADO E MILARÉ, Paulo Affonso e Edis. **Novo Código Florestal: Comentários à Lei 12.651, de 25 de maio de 2012 e à Medida Provisória 571, de 25 de maio de 2012** (coords). São Paulo: Editora LTR, 2012.

BARACAT, Fabiano Augusto Piazza. **A OMC e o meio ambiente**. Campinas: Millenium Editora, 2012.

BARACHO JUNIOR, José Alfredo de Oliveira. **Proteção do Meio Ambiente na Constituição da República**. Belo Horizonte: Editora Forum, 2008.

BARACHO JUNIOR, José Alfredo de Oliveira. **Responsabilidade Civil por Dano ao Meio Ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo e Constituição: o Devido Processo legal**. Belo Horizonte: Revista da Faculdade de Direito UFMG, 1982.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Forens, 1984.

BARCELOS, Ana Paula. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2000.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio Constitucional da eficiência administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BECHARA, Erika. **Lienciamento e compensação ambiental na Lei do Sistema Nacional das Unidades de Conservação (SNUC)**. São Paulo: Atlas, 2009.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo Veintuno de España Editores, 2002.

BRASIL. **Congresso Nacional. Decreto-Lei n. 4.657 de 04 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em 02 dez. 2013.

BRASIL. **Congresso Nacional. Lei n. 4.504 de 30 de novembro de 1964**. Dispõe sobre o Estatuto da Terra, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4504.htm>. Acesso em 02 dez. 2013.

BRASIL. **Congresso Nacional. Lei n.5.172 de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União,

Estados e Municípios. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm>. Acesso em 05 de jan. 2014.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 6.938 de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm >. Acesso em 05 de jan. 2014.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 7.347 de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm>. Acesso em 05 de jan. 2014.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em 17 de dez. 2013.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 8.429 de 2 de junho de 1.992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em 10 de dez. 2013.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 8.987 de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm>. Acesso em: 17 jan. 2014.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 9.307 de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em: 17 jan. 2014.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 9.472 de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9472.htm>. Acesso em: 17 jan. 2014.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 9.478 de 6 de agosto de 1997. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9478.htm>. Acesso em 07 dez. 2013.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 10.233 de 05 de junho de 2001. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110233.htm>. Acesso em: 17 jan. 2014.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 17 dez. 2013.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 10.848 de 15 de março de 2004. Dispõe sobre a comercialização de energia elétrica, altera as Leis nos 5.655, de 20 de maio de 1971, 8.631, de 4 de março de 1993, 9.074, de 7 de julho de 1995, 9.427, de 26 de dezembro de 1996, 9.478, de 6 de agosto de 1997, 9.648, de 27 de maio de 1998, 9.991, de 24 de julho de 2000, 10.438, de 26 de abril de 2002, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.848.htm>. Acesso em: 17 jan. 2014.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 12.651 de 25 de maio de 2012. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nos 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nos 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória no 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112651.htm>. Acesso em 17 out. 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 17 jan. 2014.

BRASIL. Senado Federal. O Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental. Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle. Disponível em: < <http://www.mp.ma.gov.br/arquivos/CAUMA/Proibicao%20de%20Retrocesso.pdf>>. Acesso em 17 jan. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 253885. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1775410>>. Acesso em: 15 jan. 2014.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem: Lei 9.307/96**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CANOTILHO, MORATO LEITE, José Joaquim Gomes e José Rubens. **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

CAPELLI, Sílvia. **Desformalização, Desjudicialização e Autorregulação: tendências no Direito Ambiental?** Disponível em <
<https://www.yumpu.com/pt/document/view/12651217/dra-silvia-cappelli-procuradora-de-justica-e-diretora-fmase>. Acesso em: 4 mar. 2014.

CARMONA, Carlos Alberto. **Processo Arbitral e Sistema**. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

CARVALHO, Edson Ferrreira de. **Meio Ambiente e Direitos Humanos**. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira, **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CHACÓN, Mario Peña. El Principio de no Regresión Ambiental em la Legislación y Jurisprudencia Costarricense. In: CHACÓN, Mario Peña (org.). **El principio de no regresion ambiental en el derecho comparado latinoamericano**. Disponível em: <http://cmsdata.iucn.org/downloads/principio_no_regresion8.pdf>. Acesso em: set.2013.

COSTA, Alexandre Araujo. **O Controle de Razoabilidade no Direito Comparado**. Brasília: Thesaurus, 2008.

CRISTOVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre princípios Constitucionais**. Curitiba: Editora Juruá, 2007.

DAMIANO, Henrique. **Formas Extrajudiciais de Solução de Conflitos Individuais do Trabalho**.2002. Disponível em:
http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18714/Formas_Extrajudiciais_de_Solu%C3%A7%C3%A3o_dos_Conflitos.pdf?sequence=2. Acesso em: 20 jan. 2.014

DELLA VALLE, Martim. **Arbitragem e Equidade – Uma Abordagem Internacional**. São Paulo: Atlas, 2012.

FAZZIO, Luiz Paulo Ferreira. Arbitragem e licenciamento de grandes obras. 2013. Disponível em < <http://www.portalpch.com.br/index.php/noticias-e-opniao/noticias-pchs/1129-09-07-2013-arbitragem-e-licenciamento-de-grandes-obras>>. Acesso em: 21 mar. 2014.

FRADE, Catarina. **A resolução alternativa de litígios e o acesso á justiça:** A mediação do sobreendividamento. Revista Crítica de Ciências Sociais, 65, Maio 2003, p.107-128.

FRANGETTO, Flavia Witkowski. **Arbitragem ambiental: solução de conflitos (r)estrita ao âmbito (inter)nacional?.** Campinas: Millennium Editora, 2006.

FREITAS, Vladimir Passos de. **Direito Ambiental em Evolução.** Curitiba: Editora Juruá, 2011.

FREITAS e MAGALHÃES, Vladimir Passos de e Gilberto. Comentários aos artigos 31 a 34 da Lei 12.651, de 25 de maio de 2012. In: MACHADO, Paulo Affonso; MILARÉ, Edis. **Novo Código Florestal: Comentários à Lei 12.651, de 25 de maio de 2012 e à Medida Provisória 571, de 25 de maio de 2012** (coords). São Paulo: Editora LTR, 2012.

GOLDBERG, Stephen B.; ROGERS, Nancy H; SANDER, Frank E. A. **Dispute Resolution.** Negotiation, Mediation and other processes. New York: Aspen law & Business, 1992.

GOMES DA SILVA, Vicente. Comentários aos artigos 20 a 24 da Lei 12.651, de 25 de maio de 2012. In: MACHADO E MILARÉ, Paulo Affonso e Edis. **Novo Código Florestal: Comentários à Lei 12.651, de 25 de maio de 2012 e à Medida Provisória 571, de 25 de maio de 2012** (coords). São Paulo: Editora LTR, 2012.

GRACCO, Abraão Soares Dias dos Santos; REZENDE, Elcio Nacur. A utilização da convenção de Nova Iorque sobre arbitragem como norma supralegal em litígios relativos à responsabilidade civil ambiental no Brasil: A tutela adequada da complexidade técnica diferenciada da teoria Troika da sustentabilidade In: COSTA; Beatriz Souza; REZENDE, Elcio Nacur (orgs.). **Temas Essenciais em Direito Ambiental: Um diálogo internacional,** Belo Horizonte: Editora Lumen Juris, 2014.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia entre facticidade e validade.** Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 2003.

HOLLING, C. **Resilience and stability of ecological systems.** Annual Review in Ecological Systems. Disponível em:

<<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:zaXV4OmXqDkJ:biolambiental.ppsgrado.unam.mx/pdf/Holling1973.pdf+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk>>. Acesso em 02 de jun. 2014.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Sustentabilidade ambiental no Brasil: biodiversidade, economia e bem-estar humano**. Brasília: Ipea, 2010.

LEITE e AYALA, José Rubens Morato e Patryck de Araújo. **Dano Ambiental: Do individual ao coletivo extrapatrimonial**. Teoria e prática. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2011.

LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. **Meio Ambiente e responsabilidade civil do proprietário – Análise do nexos causal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

LIMA, Bernardo Silva. A tutela arbitral contra danos a “Direitos Ambientais Individuais”. In: ROSSI, DELFINO, MOURÃO e GUETTA, Fernando F, Lúcio, Luiz Eduardo Ribeiro e Maurício (coordenadores). **Aspectos Controvertidos do Direito Ambiental**. Belo Horizonte: Editor Forum, 2013.

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

LIMA, Renata Faria Silva. Contratos Administrativos: mecanismos privados para resolução de disputas. In: BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; ARÊDES, Sirlene Nunes; MATOS, Frederico Nunes de (coord). **Contratos Administrativos: estudos em homenagem ao Professor Florivaldo Dutra de Araújo**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 265-279.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Devido Processo Legal Substancial. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigosautor.asp?id=93>>. Acesso em: 23 dez. 2013

MACHADO, Paulo Affonso Leme; MILARÉ, Edis (Coord.). **Novo Código Florestal**. Comentários à Lei 12.651, de 25 de maio de 2012 e à MedProv 571, de 25 de maio de 2012.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito à informação e meio ambiente**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

MAIA NETO, Francisco. **Arbitragem: A solução extrajudicial de conflitos**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/1985 e legislação complementar.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito.** Rio de Janeiro: Edição Revista Forense, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo.** São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. **O Princípio da Proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Novas Leituras.** Salvador: Revista Diálogo Jurídico: 2001.

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Legalidade, eficiência e controle da Administração pública.** Belo Horizonte: Fórum, 2007.

NERY, Ana Luiza de Andrade. **Compromisso de ajustamento de conduta: Teoria e análise de casos práticos.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

NETTO , André Luiz Borges. **A Razoabilidade Constitucional.** Brasília: Revista Jurídica Virtual, 2000.

OLIVEIRA, Carina Costa de. **A Solução de Conflitos Ambientais no Direito Internacional.** Porto Alegre: Editora Nuria Fabris, 2010.

OLIVEIRA, Tiago Pires. **A execução do termo de ajustamento de conduta como mecanismo de efetivação do acesso à justiça.** 2011. Disponível em <<http://ufrn.emnuvens.com.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/4362>> Acesso em 05 de março de 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre Diversidade Biológica.** Disponível em: < http://www.mma.gov.br/estruturas/sbf_dpg/_arquivos/cdbport.pdf>. Acesso em: 06 de fev. de 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Agenda 21.** Disponível em: <www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/agenda21.pdf>. Acesso em: 06 de fev. de 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Relatório Brundtland e a sustentabilidade**. Disponível em: < <http://www.mudancasclimaticas.andi.org.br/content/relatorio-brundtland-e-sustentabilidade>>. Acesso em: 22 mai. de 2014.

PIRES, Adilson Rodrigues. A arbitragem no Direito Tributário. In: SARAIVA FILHO Oswaldo Saraiva; GUIMARÃES, Vasco Branco (orgs.). **Transação em Arbitragem no Âmbito Tributário**. Brasília: Editora Fórum, 2009.

PRADE, Péricles. **Conceito de Interesses Difusos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e Mediação de Conflitos**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004.

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. Prefácio. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo; GUIMARÃES, Vasco Branco (orgs.). **Transação em Arbitragem no Âmbito Tributário**. Brasília: Editora Fórum, 2009.

SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

SENADO FEDERAL, COMISSÃO DE MEIO AMBIENTE, DEFESA DO CONSUMIDOR E FISCALIZAÇÃO E CONTROLE. **O Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental**. Brasília, 2012.

SEVERINI, Tiago Vasconcelos. **Transação em matéria tributária no direito brasileiro?** Brasília: Revista Jurídica da Presidência, 2009/2010.

TAGORE, Victor. **O que é Desenvolvimento Sustentável**. 2009. Disponível em: < <http://www.revistameioambiente.com.br/2009/03/12/o-que-e-desenvolvimento-sustentavel/>> - artigo de 12/03/2009. Acesso em 22 maio 2014.

THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental**. Salvador: Editora Juspodium, 2013.

TIMM, Luciano Benetti. **Arbitragem nos Contratos Empresariais, Internacionais e Governamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

VEIGA, José Eli. **Desenvolvimento Sustentável: o desafio do século XXI**. Rio de Janeiro: Editora Garamond, 2010.

VIANNA, José Ricardo Alvarez. **Responsabilidade Civil por Danos ao Meio Ambiente**. Curitiba: Editora Juruá, 2009.

VIEIRA, Listz; BREDARIOL, Celso. **Cidadania e política ambiental**. Rio de Janeiro: Record, 2006.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. **Tutela dos Interesses Difusos e Coletivos**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2006.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo – Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.