

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA**  
**FACULDADE DE DIREITO “PROF. JACY DE ASSIS”**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**  
**MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO PÚBLICO**

**CAMILLA MARTINS MENDES PEREIRA**

**DESJUDICIALIZAÇÃO E MEIO AMBIENTE: considerações sobre a arbitrabilidade  
dos conflitos socioambientais**

**UBERLÂNDIA**

**2017**

**CAMILLA MARTINS MENDES PEREIRA**

**DESJUDICIALIZAÇÃO E MEIO AMBIENTE: considerações sobre a arbitrabilidade  
dos conflitos socioambientais**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito  
Orientador: Prof. Dr. Alexandre Garrido da Silva.

**UBERLÂNDIA**

**2017**

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
Sistema de Bibliotecas da UFU, MG, Brasil.

---

P436d  
2017      Pereira, Camilla Martins Mendes, 1991-  
Desjudicialização e meio ambiente : considerações sobre a  
arbitrabilidade dos conflitos socioambientais / Camilla Martins Mendes  
Pereira. - 2017.  
124 f.

Orientador: Alexandre Garrido da Silva.  
Dissertação (mestrado) -- Universidade Federal de Uberlândia,  
Programa de Pós-Graduação em Direito.  
Inclui bibliografia.

1. Direito - Teses. 2. Acesso à justiça - Teses. 3. Arbitragem e  
sentença - Teses. 4. Meio ambiente - Administração de conflitos - Teses.  
I. Silva, Alexandre Garrido da. II. Universidade Federal de Uberlândia.  
Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

---

CDU: 340

**CAMILLA MARTINS MENDES PEREIRA**

**DESJUDICIALIZAÇÃO E MEIO AMBIENTE: considerações sobre a arbitrabilidade  
dos conflitos socioambientais**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito  
Orientador: Prof. Dr. Alexandre Garrido da Silva.

Data: 22/02/2017

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. Alexandre Garrido da Silva  
Orientador – Universidade Federal de Uberlândia

---

Prof<sup>ª</sup>. Dra. Cândice Lisboa Alves  
Universidade Federal de Uberlândia

---

Prof. Dr. José Ricardo Ferreira da Cunha  
Universidade Estadual do Rio de Janeiro

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a Deus por me iluminar nessa trajetória. Aos meus pais, Luiz Carlos Mendes Pereira e Dalca Martins Duarte, que sempre me apoiaram e estiveram presentes em todas as fases de minha vida. Ao meu namorado Rodrigo Nogueira Cardoso pela paciência e apoio. Aos amigos e colegas que me acompanharam durante o mestrado. Aos professores e pessoal da administração da Faculdade de Direito “prof. Jaçy de Assis”, em especial ao meu orientador o prof. Dr. Alexandre Garrido da Silva, pela paciência e incentivo na orientação. Agradeço também ao prof. Dr. Diego Nunes, prof. Dra. Cândice Lisboa e prof. Dr. José Ricardo pelos apontamentos e contribuições na execução da pesquisa.

## RESUMO

A pesquisa trata da aproximação entre a desjudicialização com a problemática dos conflitos socioambientais. Objetiva-se demonstrar que a ampliação dos instrumentos que propiciem a garantia de direitos é uma etapa importante na democratização do acesso à justiça. Para tanto, questiona-se a possibilidade do uso de arbitragem para a resolução de conflitos socioambientais, uma vez que, a doutrina nacional dominante determina que o meio ambiente por se tratar de direito difuso, é indisponível, e, portanto, não pode ser transigido por meio de arbitragem. Na realização dos objetivos propostos nesta pesquisa utilizou-se como método de abordagem o dedutivo, quanto ao método de procedimento aplicado, elegeu-se a pesquisa teórica, com a compilação e revisão do material bibliográfico sobre os assuntos propostos, exame de estatísticas oficiais e levantamento de documentos oficiais. Considera-se que a utilização da arbitragem em conflitos ambientais é capaz de propiciar maior rapidez e eficiência no deslinde da controvérsia, incrementa a participação democrática de setores da sociedade civil, bem como possibilita uma análise técnica sobre o problema.

**Palavras-chave:** Desjudicialização. Acesso à Justiça. Conflitos socioambientais. Arbitragem.

## **ABSTRACT**

The research deals with the approach between dejudicialization and socio-environmental conflicts. The objective is to demonstrate that the expansion of the instruments that provide for the guarantee of rights is an important step in the democratization of access to justice. Therefore, the research questions the use of arbitration for the resolution of socio-environmental conflicts, since the dominant national doctrine states that the environment is unavailable because it is a diffuse right and therefore it cannot be compromised by arbitration. To carry out the objective proposed in this research was used the deductive hypothetical method of approach, and for the method of procedure, the theoretical research was chosen with the compilation and revision of the bibliographic material on the proposed subjects, examination of official statistics and survey of official documents. It is considered that the use of arbitration in socio-environmental conflicts is capable of promoting greater speed and efficiency in the administration of the controversy, increases the democratic participation of sectors of civil society, as well as provides the possibility of a technical analysis of the problem.

**Keywords:** Dejudicialization. Access to Justice. Socio-environmental conflicts. Arbitration

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>07</b>
<b>2</b>	<b>JUDICIALIZAÇÃO E DESJUDICIALIZAÇÃO DA VIDA.....</b>	<b>10</b>
<b>2.1</b>	<b>Considerações sobre o movimento pelo acesso à justiça.....</b>	<b>12</b>
<b>2.2</b>	<b>A judicialização da política e das relações sociais.....</b>	<b>21</b>
<b>2.3</b>	<b>A crise do Estado e do Direito sob o enfoque do Judiciário.....</b>	<b>27</b>
<b>2.4</b>	<b>Movimento pela desjudicialização e a construção de um novo modelo de administração da justiça.....</b>	<b>38</b>
<b>3</b>	<b>DESJUDICIALIZAÇÃO E MEIO AMBIENTE.....</b>	<b>47</b>
<b>3.1</b>	<b>Meio Ambiente: conceito e proteção jurídica.....</b>	<b>49</b>
<b>3.2</b>	<b>Crise ecológica, sociedade de risco e conflitos socioambientais.....</b>	<b>59</b>
<b>3.3</b>	<b>Resolução adequada de disputas socioambientais.....</b>	<b>63</b>
<b>3.4</b>	<b>Arbitragem: conceito, aplicação e a arbitrabilidade dos conflitos ambientais internacionais.....</b>	<b>75</b>
<b>4</b>	<b>ARBITRAGEM AMBIENTAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....</b>	<b>84</b>
<b>4.1</b>	<b>Arbitrabilidade e direitos difusos: a problemática da indisponibilidade do meio ambiente.....</b>	<b>86</b>
<b>4.2</b>	<b>Vantagens e críticas em relação à arbitragem ambiental.....</b>	<b>95</b>
<b>4.3</b>	<b>Parâmetros para a arbitragem ambiental.....</b>	<b>102</b>
<b>5</b>	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>111</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>114</b>



## 1 INTRODUÇÃO

O direito e a justiça na contemporaneidade perpassam por processos de transformações influenciados pelo impacto da globalização, pela juridificação das relações sociais e pelo pluralismo jurídico. Essas ocorrências aliadas a problemas estruturais dos tribunais brasileiros, por exemplo, gestão e alocação dos recursos financeiros e humanos, têm impactado na crise da Justiça, caracterizada pela morosidade habitual, excesso de litígios e perda de credibilidade do Judiciário.

Este cenário demanda a retomada dos debates sobre a problemática do acesso à justiça, uma vez que este constitui importante instrumento de apropriação e reivindicação de novos e velhos direitos. De tal modo que, os percalços sofridos pelo sistema judicial são problemas que afetam não só o Poder Judiciário, mas a própria estrutura da democracia.

A existência de um sistema de administração da justiça que trate os conflitos sociais de forma célere, imparcial, efetiva e justa é um direito de todos os cidadãos. Necessário, portanto, repensar o modelo de administração dos conflitos atual, bem como rever velhos e novos conceitos, a fim de que se possa ter um modelo que seja eficiente e efetivo.

Observa-se recentemente a tendência de processos de desjudicialização, que exsurtem como alternativas à crise da Justiça assinalada. Pela análise de documentos sobre o tema compreende-se a desjudicialização como o processo que envolve a ampliação de novas arenas para a discussão dos conflitos sociais. A proposição assemelha-se em vários aspectos com a implementação do sistema multiportas, que prevê a existência de vários modelos de soluções de conflitos para além do processo judicial. O foco não se concentra em quem atua na administração dos litígios, se o Judiciário ou particular, mas sim no resultado, a saber, que a situação conflituosa possa ser resolvida do modo mais adequado.

Nesse sentido, a pesquisa trata da aproximação entre a desjudicialização com a problemática dos conflitos socioambientais. Questiona-se num primeiro momento o modelo atual de administração da justiça, fundado sob o dogma do monopólio estatal de gerir os conflitos sociais.

Objetiva-se demonstrar que a ampliação dos instrumentos que propiciem a garantia de direitos é uma etapa importante na democratização do acesso à justiça. A presença de setores privados na administração da justiça, ainda que criticada pelos “riscos da privatização”, tem importante papel na promoção do exercício da cidadania, que é fator fundamental para a tutela efetiva de interesses difusos e coletivos.

Num segundo ponto da pesquisa investiga-se especificamente a possibilidade de se realizar a prevenção e composição de conflitos socioambientais mediante o procedimento

arbitral. Justifica-se a iniciativa uma vez que a temática da aplicação da arbitragem ambiental no país encontra-se envolta de nebulosa concepção doutrinária e legislativa que negam a possibilidade, sem se ater às peculiaridades do bem ambiental e dos possíveis conflitos oriundos deste.

A marca da indisponibilidade do direito ao meio ambiente equilibrado torna qualquer matéria a respeito dos recursos naturais insusceptível de arbitragem, por ser questão de reserva de jurisdição do Estado. Entretanto, frente ao processo de desjudicialização e das recentes alterações legislativas, em especial a lei de mediação, examina-se as barreiras à arbitrabilidade de conflitos socioambientais, principalmente porque estas são existentes apenas no ordenamento interno, uma vez que a arbitragem ambiental é realidade no âmbito internacional.

Explica-se a abordagem uma vez que a aplicação de métodos extrajudiciais, em especial a arbitragem, a problemas de ordem, cujo interesse seja difuso ou coletivo é controversa mesmo entre os defensores dos métodos adequados de solução de conflitos. De modo que, considera-se importante o debate, a fim de melhor se esclarecer os porquês dessas barreiras e diante destas verificar se estas razões são suficientes para que se continue a desconsiderar esta possibilidade.

Desta forma, o objeto do trabalho é a arbitrabilidade dos conflitos socioambientais e busca-se compreender ou suscitar o debate a respeito das seguintes indagações: é possível a arbitragem ambiental no Brasil? Por que permitir-se que a via arbitral seja utilizada para resolução de conflitos socioambientais? E em quais parâmetros poder-se-ia desenvolver a arbitragem ambiental no ordenamento brasileiro?

Para a realização dos objetivos propostos nesta pesquisa utiliza-se como método de abordagem dedutivo, uma vez que se toma como partida premissas gerais, sobre acesso à justiça, processos de desjudicialização e métodos alternativos de resolução de conflitos na seara ambiental, para se discutir a possibilidade de arbitrabilidade de conflitos socioambientais no ordenamento brasileiro.

Quanto ao método de procedimento aplicado, utiliza-se da pesquisa teórica, a saber, textos dos principais autores nacionais e internacionais, que discorrem sobre o tema, com a compilação e revisão do material bibliográfico sobre os assuntos propostos, exame de estatísticas oficiais e levantamento de documentos oficiais.

O trabalho é dividido em três capítulos, para além desta introdução. No segundo capítulo analisa-se o paradoxo atual referente à judicialização e desjudicialização das relações sociais. Para a construção do que seria a desjudicialização e como esta pode influir no debate sobre a democratização do acesso à Justiça parte-se da análise de Mauro Cappelletti e Bryant Garth na

obra “Acesso à Justiça” e das pesquisas de Boaventura de Sousa Santos e de João Pedroso quanto à administração da Justiça.

Compreende-se a tendência contemporânea à desjudicialização como parte de uma tentativa de superação do modelo de quase monopólio estatal sobre o sistema de justiça, e de fomento a um modelo de sistema de jurisdição compartilhada. Esse sistema se alia à noção de implementação de um tribunal multiportas (*Multidoor Courthouse System*) no intuito de ampliar a porta de entrada à justiça.

No terceiro capítulo volta-se para a compreensão da questão ambiental e da importância de promoção de uma tutela protetiva eficaz. Identifica-se a necessidade de se ter mecanismos jurisdicionais eficazes para a concretização do arcabouço protetivo ambiental, mediante o qual promova-se maior aproximação entre a sociedade civil e a gestão ambiental.

Examina-se também as peculiaridades dos conflitos socioambientais e como outras formas de prevenção e resolução de conflitos para além da esfera judicial podem propiciar uma tutela mais eficaz e adequada. Assinala-se a existência do desenvolvimento deste novo ramo da justiça ambiental, que busca alternativas para os problemas existentes, desmistificando a impossibilidade de transação em matéria ambiental, seja na seara nacional por meio da mediação e conciliação ambiental, ou no meio internacional, com o desenvolvimento da arbitragem ambiental.

No capítulo 4 debate-se sobre os pressupostos para a realização da arbitragem doméstica e os correlaciona com as características estudadas no capítulo 3 sobre o meio ambiente e sua tutela específica para, a partir deste ponto, desenvolver-se os contornos e panoramas da arbitrabilidade dos conflitos socioambientais no ordenamento nacional.

Por fim, considera-se que a utilização de meios alternativos em conflitos coletivos é capaz de propiciar maior rapidez e eficiência no deslinde da controvérsia, incrementa a participação democráticas de setores da sociedade civil, bem como possibilita uma análise técnica sobre o problema.

## 2 JUDICIALIZAÇÃO E DESJUDICIALIZAÇÃO DA VIDA<sup>1</sup>

A sociedade atual é considerada como sendo permeada pelo fenômeno da “juridificação das relações sociais”, compreendido como a “colonização” ou “invasão” da vida pelo Direito, conforme Galanter (1993, p. 103). De acordo com Viana, Burgos e Salles (2007), os conflitos sociais também passam a ser afetados por esse processo, resultando, mais das vezes na busca pelo Judiciário a fim de solucioná-los, o que propicia o chamado *boom* da litigação.

Identifica-se como um dos elementos da juridificação, a chamada judicialização, em que os problemas de ordens diversas acabam sendo discutidos no sistema judicial, segundo Pedroso (2002). Paralelamente a esse processo, verifica-se de modo crescente o incentivo a um movimento que se passou a identificar como desjudicialização.

A base desta proposta é a descentralização da administração da justiça e dos núcleos de solução de conflitos, com maior aproximação da sociedade na administração da justiça. Envolve inclusive a transferência de competência para a resolução de conflitos para instâncias alternativas ou para novas ou velhas profissões jurídicas.

Vive-se assim uma situação paradoxal, como observa João Pedroso (2001): “Por um lado, avança a “juridificação” e a “judicialização” da vida em sociedade, com a expansão do direito a outras áreas da sociedade e com a chegada de “novos” litígios oriundos da sociedade ou do mercado a tribunal”. (PEDROSO, 2001, p. 37). E ainda complementa o autor: “Por outro lado, desenvolve-se uma tendência para a desjuridificação, para a informalização e desjudicialização da resolução de litígios.” (PEDROSO, 2001, p. 37).

Esse paradoxo é característico do direito pós-moderno, que não mais se apresenta numa visão monista apenas como o direito estatal. De forma que, o pluralismo jurídico, a complexidade das sociedades contemporâneas, os novos conflitos oriundos desta e o volume numérico de processos no sistema judicial contribuem para desafiar o monopólio estatal da Justiça.

A concepção de jurisdição focada eminentemente no aparelhamento estatal, de acordo com Mancuso (2014), passa a ser revista para ser contemplada uma “pluralidade judicial”, como reconhecimento de formas alternativas de resolução de litígios, sejam privadas, administrativas ou comunitárias, o que permite a configuração de uma “jurisdição compartilhada”.

De modo que, os percalços sofridos pela justiça oficial têm levado a alterações no sistema judicial nacional. Há uma maior tendência à desjudicialização dos conflitos por meio

---

<sup>1</sup> A ideia por trás da nomenclatura desse capítulo reside na expressão de Luís Roberto Barroso, que utiliza a frase “judicialização da vida” (BARROSO, 2012, p. 24) para designar o fenômeno de maior proeminência do Judiciário em questões políticas, sociais e econômicas.

da crescente disposição de modelos alternativos de solução de conflitos. O próprio sistema jurídico tem desenvolvido mecanismos de forma a disponibilizar e incentivar o uso destes métodos, seja pela autocomposição (mediação e conciliação) ou heterocomposição (arbitragem) ou vias híbridas.

Os caminhos para a desjudicialização são amplos e nem sempre definidos, entretantes fazem parte do projeto de redefinição do monopólio da jurisdição pelo Estado. Sobre essa nova proposta resume Mancuso (2014): “Na visão contemporânea, o que interessa é que as lides possam ser compostas com justiça, mesmo fora e além da estrutura clássica do processo judicial, ou, em certos casos até preferencialmente sem ela.” (MANCUSO, 2014, p. 60).

Importante, portanto, estudar melhor essa nova tendência. As discussões sobre a desjudicialização se inserem num contexto mais amplo, que envolve tanto a problemática do acesso à justiça e do tratamento dado pelo Estado aos diversos conflitos sociais, quanto da crise que perpassa o sistema jurídico e judicial. De modo que, para melhor compreender este debate faz-se necessário o estudo dos meandros que envolvem a questão da acessibilidade à justiça.

Assim, para melhor contextualizar a temática discutida nesta dissertação pretende-se analisar como ponto inicial o acesso à justiça como um fenômeno mais amplo, no qual se inserem as reformas da justiça numa tentativa de reformulação desta. A desjudicialização se apresenta nesse contexto como parte do discurso do processo democratizante de acessibilidade à Justiça.

Analisa-se em seguida o contexto em que se desenvolve a judicialização, com o consequente aumento no número de situações submetidas à resolução pela via judicial<sup>2</sup> e o maior protagonismo dos tribunais em searas, as quais tradicionalmente não eram de sua competência, como por exemplo, decisões que envolvem políticas públicas básicas, direito à saúde, educação e saneamento básico.

Posteriormente, trabalha-se com a problemática da “crise da Justiça”, uma vez que, apesar da transferência do *locus* de discussão de problemas sociais, políticos e econômicos para o Judiciário, este perpassa por uma crise institucional e de legitimidade, que num quadro mais amplo é reflexo da própria crise do Estado de Direito.

Desta forma, o presente capítulo tem como escopo o estudo da temática da judicialização das relações sociais para se buscar desenvolver e compreender o movimento pela desjudicialização no direito brasileiro, com o intuito de analisar esta como fenômeno contrário

---

<sup>2</sup> Conforme dados do Conselho Nacional de Justiça o número de casos novos cresce a cada ano. Fonte: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80431-numero-de-processos-baixados-no-poder-judiciario-cresce-pelo-4-ano-seguido>>

à judicialização excessiva, e como tentativa de desafogar as vias judiciárias e promover a adequada pacificação social dos conflitos.

## **2.1 Considerações sobre o movimento pelo acesso à justiça**

Sob o pálio da terminologia de “acesso à Justiça” insere-se uma gama de questões, que vão desde aspectos relacionados ao exercício da cidadania e ao constitucionalismo, às barreiras que impedem a acessibilidade ao sistema jurídico. Enquadra-se nessa análise também, os métodos de resolução de conflitos judiciais e extrajudiciais, bem como o que diz respeito também à preocupação para com os resultados obtidos nesses procedimentos, se estes são justos, efetivos e se foram obtidos num lapso temporal razoável.

De fato, a expressão “acesso à justiça” é de difícil definição, pois permite inserções quanto aos aspectos políticos, econômicos e sociológicos sobre o tema. Conforme pondera Kim Economides (1997), o problema é “[...] definir a que realmente queremos dar acesso aos cidadãos. Acesso a quê? ” (ECONOMIDES, 1997, p.62)

Desta forma, a discussão a que se pretende parte da análise proposta por Mauro Cappelletti e Bryant Garth nas décadas de 1960 e 1970. Os juristas empreenderam no período referido, uma pesquisa empírica conhecida mundialmente como “Projeto Florença de Acesso à Justiça”.

O objetivo deste projeto era analisar as reformas processuais nos sistemas jurídicos em diversos Estados. Para tanto, a iniciativa, financiada pela Fundação Ford, contava com a participação de pesquisadores de diferentes nacionalidades, os quais formulavam relatórios sobre os sistemas jurídicos de seu respectivo país. Posteriormente, o resultado da pesquisa comparativa de quatro anos, viria a ser compilado no Relatório Geral “*Access to Justice: the newest wave in the Worldwide movement to make rights effective*” e ulteriormente traduzido para a versão em português como “Acesso à Justiça”.

Ressalva-se que o trabalho fruto do *Florence Project* e as conclusões publicadas no relatório geral podem ser analisados sob dois pontos de vista diferentes. Nesse sentido, João Antônio Pedroso exemplifica: “O primeiro, identificava o acesso ao direito e à justiça com a igualdade no acesso ao sistema judicial e/ou à representação por um advogado num litígio. O segundo, mais amplo, encarava o acesso ao direito como garantia de efetividade dos direitos individuais e coletivos.” (PEDROSO; TRINCÃO, DIAS 2003, p.01).

É nesta segunda vertente que mais se adéqua a proposta desta pesquisa. A abordagem a partir das conclusões obtidas no Relatório Geral se dá não só pela relevância do trabalho a nível

mundial, mas pelo contexto que o projeto se desenvolve sob o enfoque da efetividade dos direitos.

Desta forma, tem-se que conforme dados do relatório, Cappelletti e Garth (2002) verificam, num primeiro momento, que as formas de solução de conflitos refletiam a ótica individual-liberalista do século XVIII e XIX, e o acesso traduzia-se como o mero direito de petição formal aos tribunais. Não havia à época questionamentos quando à dificuldade na materialização desse direito, como por exemplo, no que tange à capacidade de reconhecimento dos direitos e da violação destes ou os altos custos da justiça, uma vez que sob os auspícios do liberalismo burguês não era necessária a proteção do Estado, que deveria apenas resguardar de modo passivo a acessibilidade ao sistema judicial.

Neste período, tem-se a conformação da figura do Estado Liberal, também denominado de Estado mínimo, pois foi fundado na concepção de que não cabia ao poder público interferir na esfera de ingerência da sociedade civil para garantir direitos. Caracterizavam-se aqui as chamadas liberdades negativas, onde os ideais de liberdade e igualdade propalados pela Revolução Francesa no século XVIII eram garantidos apenas em termos formais.

Com o advento da Revolução Industrial e as mazelas sofridas pelo proletariado surgem movimentos de reivindicação da igualdade material e não meramente formal. Afinal, como bem declara Bonavides (2013): “O velho liberalismo na estreiteza de sua formulação habitual, não pôde resolver o problema essencial de ordem econômica das vastas camadas proletárias da sociedade, e por isso entrou irremediavelmente em crise.” (BONAVIDES, 2013, p.188).

Nesse sentido, o Estado é chamado a interferir cada vez mais em questões sociais ampliando as suas funções e, conseqüentemente, é levado a intervir mais na sociedade e no Direito<sup>3</sup>. Há então a implementação do Estado Social, marcado pela elaboração de políticas sociais pelo poder público, bem como pela previsão de uma carga de direitos fundamentais nas constituições de segunda dimensão, que correspondem aos direitos sociais, econômicos e culturais.

É na segunda metade do século passado, no contexto do Estado Social, que ganha importância a relação entre a garantia de efetividade de direitos individuais e sociais com a

---

<sup>3</sup> Nesse sentido, leciona Hespanha (2012): “Ao Estado, cada vez são pedidas mais tarefas, de fomento, de educação, sanitárias, de cadastro e de registro, de proteção social, de regulamentação do trabalho. Tudo isto requer - justamente! - mais administração pública, mais recursos fiscais, mais funcionários, mais regulamentos, mais invasão da vida quotidiana. Talvez não tanto naqueles aspectos cruciais das liberdades que os secs. XVII e XVIII tinham identificado, mas em coisas, tão mezinhas, como quotidianas e enervantes, como o requerimento, a selagem, a vistoria, o registro, etc.” (HESPANHA, 2012, p.359)

possibilidade de reivindicação destes perante os sistemas judiciais. Como descreve João Antônio Fernandes Pedroso (2011), “O acesso ao direito e à justiça é, conseqüentemente, uma questão que faz sentido dentro de um Estado social, ou melhor, é um dos problemas básicos do cidadão do Estado social.” (PEDROSO, 2011, p. 85).

Os direitos sociais visam a materialização da igualdade, minimizando os danos negativos causados pelo mercado, o que propicia a realização da justiça social. De modo que, garantir o valor fundamental de acesso à justiça é garantir aos cidadãos a reivindicação e obtenção de direitos, o que gera a democratização das relações sociais entre os cidadãos e o Estado, conforme ensina Pedroso (2001).

Nesse sentido, o autor supracitado defende que:

Como defendem Paterson e Goriely (1996), o direito é uma das formas pelas quais as pessoas se podem expressar enquanto cidadãos e ainda que não possa, por si só, produzir uma sociedade justa, pode assegurar que a sociedade respeite determinados valores. Assim, o regime de acesso ao direito e à justiça, ao aumentar o valor da justiça processual, ajuda a diminuir o fosso entre os cidadãos. É por isso que o tema do acesso à justiça continua a ser merecedor de atenção, já que este direito continua a apresentar-se como o principal instrumento para a realização da igualdade material dos cidadãos. (PEDROSO, 2011, p. 138-139).

Há aqui, de acordo com Economides (1997), a constatação da possibilidade de conversão da Justiça Cível em Justiça Cívica, uma vez que a garantia de acesso efetivo permite a reivindicação dos demais direitos. Nesse sentido, à luz de Santos (1986), repousa a concepção de que a administração da justiça e o próprio processo não devem ser considerados apenas em sua dimensão formal e tecnicamente neutra, mas como instrumentos de realização de escopos sociais e políticos, conforme afirma Dinamarco (2009).

Daí, considera-se que: “O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos. ” (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p.21).

Mauro Cappelletti e Bryan Garth (2002) tomam como ponto de partida da pesquisa a identificação das barreiras que impossibilitam a acessibilidade. Dentre os problemas encontrados, num primeiro momento, destaca-se o alto custo no patrocínio da demanda. Afirmam os referidos autores que a falta de agilidade para que se obtenha uma decisão é um dos fatores que encarecem ainda mais o processo.

Para além dos custos, listam os autores problemas com relação à “possibilidade das partes”. Esse quesito perpassa pela situação financeira dos envolvidos na relação conflituosa e



está intimamente relacionado à capacidade de reconhecer um direito e agir a partir deste conhecimento. Conforme destaca Maria Tereza Aina Sadek “Pesquisas comparativas internacionais mostram que sociedades marcadas por elevados índices de desigualdade econômica e social apresentam alta probabilidade de que amplas camadas de sua população sejam caracterizadas pelo desconhecimento de direitos”. (SADEK, 2014, p. 58).

De fato, no caso brasileiro, observados os dados lançados pelo Conselho Nacional de Justiça<sup>4</sup>, por meio de relatórios anuais denominados “Justiça em Números”, os quais contém informações estatísticas sobre o sistema judicial nacional, é possível identificar no relatório de 2016, referente ao ano de 2015, menor acessibilidade aos tribunais nas regiões Norte e Nordeste do país.

De acordo com tais dados a estrutura judiciária nas regiões Norte e Nordeste apresentam baixos índices de casos novos por unidade judiciária, fator esse indicativo de um possível baixo de acesso à justiça, conforme dados lançados pelo Conselho Nacional de Justiça (2016, p. 88). Comparativamente essas mesmas regiões são as que apresentam os estados com menor índice de desenvolvimento humano.

Boaventura de Sousa Santos corroborando com esse entendimento esclarece:

Estudos revelam que a distância dos cidadãos em relação à administração da justiça é tanto maior quanto mais baixo é o estado social a que pertencem e que essa distância tem como causas próximas não apenas fatores econômicos, mas também fatores sociais e culturais, ainda que uns e outros possam estar mais ou menos remotamente relacionados com as desigualdades econômicas. (SANTOS, 1986, p.20)

Outro fator provável para a menor litigiosidade nas regiões Norte e Nordeste pode dizer respeito à distância espacial entre os cidadãos e os serviços jurídicos. Em pesquisa empírica realizada nas regiões rurais do Reino Unido, Kim Economides (1997) constatou que a distância é problema grave na concretização do acesso ao sistema judicial. Tal problema tende a ser diminuído com os avanços na seara de tecnologia de informação e comunicação e sua aplicação aos procedimentos de resolução de conflitos<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> O Conselho Nacional de Justiça é órgão de controle administrativo e financeiro do Poder Judiciário criado pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

<sup>5</sup> Cita-se como exemplo de avanço tecnológico nessa seara, a instalação de processos judiciais eletrônicos, que conforme dados da Justiça em Números de 2016, o número de casos novos eletronicamente instaurados superou o número de novos processos físicos no ano de 2015. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016, p.381). Outra inovação é o oferecimento de métodos extrajudiciais, tais como mediação e conciliação e arbitragem, exclusivamente pela modalidade online. O próprio CNJ lançou no ano de 2016, em sua plataforma eletrônica, o sistema de mediação digital.

O terceiro problema identificado no relatório elaborado por Cappelletti e Garth (2002) é com relação aos interesses difusos ou coletivos, tais como direito do consumidor ou meio ambiente equilibrado. Nesses casos, a demanda individual, quando possível com relação ao quesito da legitimação passiva, costuma ser inviável pela própria natureza do interesse em jogo. Afinal, como esclarecem os autores: “O problema básico que eles apresentam – a razão de sua natureza difusa – é que ninguém tem direito a corrigir a lesão a um interesse coletivo, ou o prêmio para qualquer indivíduo buscar essa correção é pequeno demais para induzi-lo a tentar uma ação”. (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 10).

Além disso, devido à dificuldade prática de se organizar uma demanda coletiva é comum nos ordenamentos estabelecer-se a responsabilidade de sua proteção ao Estado, como por exemplo, no caso brasileiro, relega-se como uma das atribuições constitucionais do Ministério Público a tutela ambiental. A legislação nacional prevê ainda outros legitimados a requerer em juízo a tutela do meio ambiente, entretanto, corroborando a percepção de Cappelletti e Garth (2002), o *parquet* tem maior representatividade no número de litígios propostos em matéria de defesa ambiental. Segundo a professora Silvia Cappelletti: “O Ministério Público ocupa o papel de maior destaque no cenário jurídico nacional na defesa dos interesses supraindividuais, sendo responsável pelo ajuizamento de mais de 90% das ações civis públicas na defesa do meio ambiente” (CAPPELLI, 2004, p. 175).

Não se deve olvidar que a proteção ambiental é dever partilhado pelo Estado e a sociedade (art. 125, caput, CF/1988). E, como alerta Cappelletti, é inegável a fragilidade de relegar a proteção de interesses difusos meramente ao ente estatal. Nas palavras do jurista italiano, “É profundamente necessário, mas reconhecidamente difícil, mobilizar energia privada para superar a fraqueza da máquina governamental”. (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 10).

Diante desses problemas, é que Cappelletti e Garth (2002) desenvolveram a metáfora das três ondas renovatórias da justiça, as quais tratam das abordagens aplicadas pelos países participantes do projeto, na tentativa de corrigir o problema da efetividade do acesso à justiça.

O primeiro viés abordado foi o do acesso aos tribunais pelas populações economicamente incapazes de sustentar os gastos com um processo. Cappelletti e Garth (2002) caracterizam essa fase como sendo a primeira onda do acesso, a saber, a assistência judiciária gratuita às populações carentes<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Dentre os sistemas adotados pelos diversos países na tentativa de reforma da justiça e incremento ao acesso, cita o jurista italiano: “[...] o sistema *judicare*, que garante representação gratuita por advogados pagos pelo poder público à população de baixa renda”. (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 13). Outro modelo mais amplo criava a figura do advogado público, que não só eram patronos, mas atendiam próximos às populações carentes e eram orientados a superar outras barreiras além da financeira, a saber,

A segunda onda de reforma se dá com a representação dos interesses difusos. Observa-se que o modelo tradicional de processo focado na relação triangular entre autor, juiz e réu e na solução individual de interesses era incapaz de solucionar problemas de ordem coletiva. Nesse sentido, segundo Cappelletti e Garth (2002), identifica-se o movimento de reforma no intuito de modificar a relação individualista em prol de um processo social e coletivo. Dentre as principais medidas promovidas destaca a “ação governamental”, seja pela criação de uma instituição responsável pela tutela do meio ambiente, como por exemplo, o Ministério Público, ou agências regulamentadoras.

Outra importante alteração, citada por Cappelletti e Garth (2002), é a ampliação no rol de legitimados para a propositura de ações em defesa de interesse difuso, permitindo que particulares intentem ações reivindicando a proteção a interesse difuso ou coletivo. É o caso, por exemplo, no Brasil da possibilidade de se intentar ação popular contra ato lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural (art. 5º, LXXIII, CF/1988). Além disso, tem-se no país, como exemplos importantes da segunda onda, a introdução no ordenamento nacional da Ação Civil Pública (lei 7.347/1985); e a publicação do Código de Defesa do Consumidor (lei 8.078/1990), que tratam em seu bojo dos interesses difusos e das ações coletivas.

Por fim, a terceira onda, por sua vez, é a mais ampla dentre as três, sendo denominada, portanto, como “o enfoque do acesso à Justiça” (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 25). Ela envolve não só a justiça formal, mas também na chamada “justiça informal” ou métodos alternativos de solução de conflitos, como caminho não só de se abarcar os interesses que estavam sendo mal representados nas duas ondas anteriores, mas também para incluir aqueles que não tinham representação alguma.

A terceira onda não exclui as reformas anteriores, contudo, Cappelletti e Garth (2002) constatarem que apenas a assistência aos carentes financeiramente e a representação de interesses difusos não são suficientes para promover a efetividade dos direitos. Nesse contexto, tem-se a demanda por novos métodos de tratamento dos conflitos, exigindo políticas públicas adequadas para tanto.

Não se trata apenas de permitir melhor acessibilidade aos tribunais, mas em última análise, como leciona Kazuo Watanabe: “O princípio de acesso à justiça, inscrito no n. XXXV

---

deveriam melhorar o conhecimento da população sobre os seus direitos. Outras nações, conforme os autores supracitados, adotaram o sistema combinado, constituído de figuras intermediárias devido às limitações de cada um desses modelos.

do art. da Constituição Federal, não assegura apenas acesso formal aos órgãos judiciários, e sim um acesso qualificado que propicie aos indivíduos o acesso à ordem jurídica justa [...].” (WATANBE, s/a, s/p)

Não se elide da agenda deste “enfoque do acesso à justiça” a modernização e reformas de simplificação do processo judicial, contudo esta concentra-se sobretudo na tentativa de “desviar os litígios dos tribunais” (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p.33). De modo que, é nesta terceira onda que floresce a proposta da informalização por meio de métodos alternativos de solução de conflitos.

Dentre os exemplos dessa terceira onda, é importante citar as reformas legislativas no processo civil que visam a maior celeridade, a criação dos juizados especiais cíveis, criminais, federais e da fazenda pública (lei 9.099/1995, 10.259/2001 e 12.153/2012 respectivamente). Recentemente, caracterizando o processo de desjudicialização tem-se a publicação de um novo Código de Processo Civil focado na celeridade e adoção de métodos dialogados de solução de conflitos; a lei de Arbitragem (lei 9.037/1996) que sofreu alterações significativas pela lei 13.129/2015; e a publicação da lei de mediação (13.140/2015).

Sob o pálio desta terceira onda de reformas no Estado brasileiro pode-se identificar duas vertentes da processualística brasileira como resposta à crise da administração da justiça, as quais são denominadas de “deformalização do processo” e “deformalização das controvérsias”. (PELLEGRINI, 2014a, p. 35).

No primeiro caso, segundo Ada Pellegrini Grinover, utiliza-se da “[...] técnica processual em busca de um processo mais simples, rápido, econômico, de acesso fácil e direto, apto a solucionar com eficiência tipos particulares de conflitos de interesses.” (PELLEGRINI, 2014a, p. 35). Por sua vez, conforma a mesma autora, a “deformalização das controvérsias” diz respeito à busca por vias alternativas ou equivalentes jurisdicionais a fim de se evitar o processo judicial.

Cumprir notar, no entanto, que os moldes em que se desenvolvem as reformas no direito brasileiro não correspondem exatamente às analisadas no relatório geral “Acesso à Justiça”. Aliás, muito embora o “movimento pelo acesso à justiça” se dê na década de 1970 em grande parte dos países ocidentais, no Brasil as produções sobre o tema por pesquisadores se dão somente na década de 1980.

De fato, o país não participou do Projeto Florença, de modo que não há um relatório sobre o sistema judicial nacional. Tal ausência é algo significativo, ainda mais quando outros países da América Latina, tais como Chile, Colômbia Uruguai e México participaram.

Sobre os possíveis motivos da não participação brasileiro no mencionado Projeto pondera Eliane Botelho Junqueira:

A não participação do Brasil no *Florence Project* teria sido resultado de dificuldades de contatar pesquisadores brasileiros interessados em analisar esta questão? Ou seria decorrente da falta de interesse dos nossos pesquisadores na segunda metade dos anos 70, já que o assunto é introduzido no cenário acadêmico e político brasileiro a partir do final daquela década, quando (e aqui não coincidentemente se inicia o processo de abertura política)? (JUNQUEIRA, 1996, p. 01).

Não há como se saber ao certo as razões para a ausência brasileira no projeto Florença. Contudo, ainda que no país tenham sido feitas reformas com relação à informalização do processo e a inserção de institutos que tratassem dos direitos difusos e coletivos pode-se deduzir que as razões para tais reformas são diferentes em relação aos países centrais.

O fundamento para esta proposição reside na diferença entre o contexto em que surge o movimento pelo acesso aqui e em países europeus. Em países centrais, este se dá num Estado de bem-estar social que já estava moderadamente consolidado e há a busca de uma minoria por efetivação de direitos básicos. Já no Brasil, esse processo se distorce, uma vez que não se chega a consolidar o *Welfare State* e há uma maioria extensa da população que não tem concretizados os seus direitos individuais, políticos, sociais ou coletivos, conforme nos fala Capilongo (2010).

Como explica Celso Campilongo:

Nos países centrais, a contextualização do acesso à justiça vem precedida por um processo histórico e cumulativo de afirmação da eficácia dos direitos: em primeiro lugar, os direitos civis ou individuais; em segundo lugar, os direitos políticos; e, finalmente, os direitos sociais. Uma sequência, cada uma dessas etapas sendo precedida de uma relativa consolidação da eficácia da etapa anterior. Entre nós, o processo se dá de uma forma completamente diversa. Nós tentamos simultaneamente, na mesma conjuntura histórica, afirmar tanto os direitos civis e individuais quanto os direitos políticos, os direitos sociais e os coletivos. Ou seja, os desafios para o acesso à justiça entre nós são infinitamente mais acentuados (CAMPILONGO, 2010, p.15).

Ainda como o autor retrata, a preocupação naqueles países é a preservação de certos direitos, que estavam sob ameaça diante da crise do Estado de bem-estar social. Já no Brasil, não se pretende a preservação, mas a obtenção de direitos que não se tinham antes, por meio de algo inédito na história do país, a saber, “[...] a afirmação da cidadania pela via judicial” (CAMPILONGO, 2010, p.15).

Desta forma, a preocupação central na década de 1980 não era a efetivação de direitos pela via judicial como em países europeus, nem mesmo desafogar o Judiciário nacional por meio da via da justiça informal, devido a uma explosão de litígios em razão da busca de

efetividade de direitos fundamentais (principalmente direitos sociais normatizados durante o *Welfare State*). Aqui, de acordo com Junqueira (1996), voltava-se a atenção para a redemocratização do Estado e reabertura política, bem como para os movimentos sociais, que eclodiram no período e a demanda por instrumentos capazes de resolvê-los.

Nesse sentido, muitos pesquisadores brasileiros, principalmente sob influência do desenvolvimento da sociologia jurídica no país, voltam-se para o tema do pluralismo jurídico e os meios de resolução de conflitos. Estas pesquisas receberam ao período forte influência do trabalho empírico de Boaventura de Sousa Santos, que analisou a estrutura jurídica na favela do Jacarezinho no Rio de Janeiro, a qual denominou ficticiamente de Pasárgada. Constata o autor, conforme Junqueira (1996), que os obstáculos ao acesso ao direito estatal nesta comunidade corroboraram para o surgimento de um direito não oficial e de formas de solução de conflitos informais.

Em suas palavras:

Em segundo lugar os estudos foram realizados no início da década de 70 nas favelas do Rio de Janeiro e onde me foi possível detectar e analisar a existência no interior destes bairros urbanos de um direito informal não oficial, não profissionalizado, centrado na Associação de Moradores que funcionava como instância de resolução de litígios entre vizinhos, sobretudo nos domínios da habitação e da propriedade da terra (SANTOS, 1986, p. 26-27).

O debate sobre a efetividade de direitos fundamentais no Brasil por meio da via judicial se daria em momento posterior. É com a redemocratização e a promulgação da Constituição Federal de 1988, em que se passa a observar um aumento considerável de ações nos tribunais nacionais, principalmente relacionadas à concretização de direitos sociais, tais como saúde e educação.

Nesse contexto, salienta Boaventura que a implementação de novos direitos fundamentais “[...] tende a aumentar as expectativas dos cidadãos de verem cumpridos os direitos e as garantias consignadas na Constituição, de tal forma que a execução deficiente ou inexistente de muitas políticas sociais pode transformar-se num motivo de procura dos tribunais.” (SANTOS, 2011, p. 11).

Ademais, é, igualmente, no ano de 1988 que se traduz para o português a versão resumida da obra “Acesso à Justiça” de autoria de Cappelletti e Garth, a qual viria a influenciar vasta gama dos trabalhos e pesquisas sobre o tema. E é mais recentemente, especificamente após a criação do Conselho Nacional de Justiça em 2004, que se tem focado em reformas relacionas à terceira onda, especialmente por meio da introdução de mecanismos que visem desafogar a via judicial, por meio da implementação de vias alternativas.

A temática do acesso à justiça permanece premente, no século XXI no Estado pós-social a problemática da efetivação de direitos sociais é mais atual do que nunca, frente às transformações econômicas e políticas e a influência neoliberal. A discussão continua em voga diante da realidade da justiça nacional e da elevada litigiosidade, configurando o processo de judicialização da política e das relações sociais a ser analisado nas próximas páginas.

## **2.2 A judicialização da política e das relações sociais**

Marc Galanter (1993) identifica a existência de um “Direito em Abundância” nas sociedades contemporâneas. A pesquisa do autor refere-se principalmente aos sistemas jurídicos do Atlântico Norte (Estados Unidos, Reino Unido e Canadá). Apesar das diferenças históricas entre os sistemas desses países e o brasileiro, certas percepções podem ser analisadas para a situação atual no país.

Nas palavras do jurista,

Defende-se que o mundo jurídico se tem alargado, o que se manifesta, designadamente no aumento do número de advogados, na existência de mais leis e na extensão da litigação; A estes factores acrescenta-se, ainda, o aparecimento de modos de resolução de conflitos alternativos aos meios judiciais e a juridificação de novos domínios da vida social. (GALANTER, 1993, p. 103).

O fenômeno do “alargamento do Direito” ou “juridiciação das esferas sociais” constatado pelo professor americano, Galanter (1993), envolve alterações quanto à maior quantidade de leis, maior produção científica envolvendo a temática jurídica, maior número de advogados e instituições jurídicas e consequentemente também é maior o número de litígios.

De fato, no Brasil, pode observar-se o “alargamento do Direito” a começar pelo número crescente de operadores do Direito. Conforme dados mantidos pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) o país, no ano de 2016, consta com mais de 1 milhão de advogados inscritos, sem levar em consideração as inscrições suplementares ou estagiários. Levando-se esses em consideração, o número chega à 1,07 milhão.

E ainda consoante à Ordem dos Advogados do Brasil, constatou-se no ano de 2010, que o Brasil tem mais faculdades de direito do que o restante do mundo. Seriam no período 1.240 faculdades nacionais contra 1.100 faculdades dos outros países (ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 2010, s/p). Os números tiveram um aumento vertiginoso se comparados com a década de 1990, em que se tinha aproximadamente 200 faculdades.

As razões para o número crescente de operadores do Direito não são objeto deste trabalho, contudo dentre as possíveis hipóteses para esse número destaca-se a maior facilidade em se manter uma faculdade de direito, do que outros cursos como Medicina ou Engenharia que necessitam de laboratórios e equipamentos, os quais os tornam mais caros. Outro fator pode ser a maior busca por concursos públicos nas carreiras jurídicas no país devido à estabilidade e a boa remuneração.

Há ainda a crescente edição de leis, conforme reportagem do jornal “O Globo” do período entre os anos 2000 e 2010 foram criadas 75.517 mil novas leis. O que poderia ser compreendido como uma média de 18 leis por dia (BRASIL FAZ 18..., 2011, s/p).

Outro fator indicativo da maior abrangência do direito é o crescimento na quantidade de processos, que é superior ao crescimento populacional desde de 1998, conforme nos informa Sadek (2014). A população total brasileira no ano de 2015 foi estimada em mais de 204 milhões de habitantes (INSTITUTO BRASILEIRO..., 2015, s/p) e o número de processos que tramitaram pelo Judiciário no ano de 2015 foi de 102 milhões de processos (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016, p. 17). É possível deduzir uma média aproximada de dois habitantes por processo, média essa que já se repete há alguns anos.

Assim, observa-se que no Brasil há, inegavelmente, um processo de crescimento de litígios, influenciado também pelo aumento na oferta. As reformas de acesso à justiça permitiram maior acessibilidade aos tribunais, contribuindo também para aumentar o número de demandas.

A esse fenômeno de excesso de litigância por meio da busca aos tribunais para resolução de conflitos de diversas ordens convencionou-se chamar de judicialização da política ou das relações sociais. Ao primeiro identifica-se o protagonismo judicial na esfera política, em que o terceiro poder é envolvido em questões originalmente do âmbito de ingerência do Legislativo ou Executivo. No segundo caso, mais amplo, tem-se que o Judiciário cada vez mais é procurado e chamado a se posicionar sob os mais variados aspectos, desde discussões trabalhistas, questões familiares, inadimplemento de prestações obrigacionais, etc.

Originalmente, a discussão sobre a temática do maior protagonismo do Judiciário na esfera sociopolítica se desenvolve de modo emblemático na obra “The Global Expansion of Judicial Power” publicada em 1995 sob a coordenação de Neal Tate e Torbjorn Vallinder. Composta de vários artigos, o estudo investiga a expansão do poder Judiciário em diversas partes do globo.

O fenômeno, constatado pelos autores e denominado como *judicialization of politics* (judicialização da política), refere-se ao incremento no espaço de interferência do Judiciário na



agenda política dos outros dois poderes. (TATE; VALLINDER, 1995, p.05). A expressão é também empregada para designar o fato de que há uma maior utilização de processos e termos semelhantes aos judiciais em arenas fora do âmbito da justiça oficial, principalmente em questões de decisões políticas, nas quais deveriam vigorar o princípio democrático majoritário.

É observado que esse fenômeno se desenvolve em certas condições políticas e estruturais. Tate (1995) lista dentre os fatores favoráveis à judicialização: a forma de governo democrático; separação de poderes; a existência de uma carta de direitos; sistema de grupos de interesses, os quais utilizam o Judiciário para atender aos seus fins; falta de efetividade das instituições majoritárias; e o fator determinante dentre os demais, a atitude pessoal dos magistrados de participar do processo de desenvolvimento de políticas públicas<sup>7</sup>.

Por sua vez, Ran Hirschl (2009), na contramão das teorias sobre o assunto, defende que a judicialização não se dá em razão do modelo constitucional democrático, que surge após a segunda guerra mundial, mas sim pela vontade da preservação hegemônica das elites. Como descreve, “poder Judicial não cai do céu; é politicamente construído”. (HIRSCHL, 2009, p.49, tradução nossa<sup>8</sup>).

A questão é bastante controversa e sob a terminologia de judicialização vê-se denominados inúmeros processos em que se mescla Direito e Política; e de influência do Judiciário na vida social. Como bem identifica Ran Hirschl, o termo “judicialização” “[...] sofre de uma imprecisão analítica; é comumente usado como uma forma de guarda-chuva para se referir a processos diferentes e às vezes inter-relacionados, variando da elaboração de políticas públicas por magistrados até o direito de debater sobre nomeações judiciais e a politização do

---

<sup>7</sup> Considera o autor que: “Parece altamente improvável que a judicialização possa se desenvolver na ausência dessas condições. Mas eu não posso concluir esta discussão, das condições que facilitam a judicialização da política, sem notar que, mesmo na presença de todas elas, a judicialização significativa ainda não é um dado adquirido. Mesmo sob uma constelação muito favorável das condições facilitadoras, o desenvolvimento real da judicialização da política exige que os juízes têm as atitudes pessoais adequadas e preferências ou valores políticos, especialmente em relação aos valores de outros tomadores de decisão. Sob outras condições favoráveis, a judicialização se desenvolve apenas porque os juízes decidem que eles devem (1) participar na formulação de políticas que poderiam ser deixadas ao critério sábio ou tolo de outras instituições, pelo menos em uma ocasião, (2) substituir soluções políticas obtidas por outras instituições por aquelas que deles derivam. Para esclarecer, eu preciso notar que aceito o aforismo “não decidir é decidir.” Ao escolher não participar ou não substituir as suas próprias prescrições políticas pelas de outros, os juízes afirmam as políticas existentes, incluindo a política de “nenhuma política”, da mesma forma como se tivessem imposto as políticas provenientes de sua própria vontade. Neste sentido, eles não podem escapar do seu papel de decisão política. Mas a “judicialização da política” implica um papel político mais positivo do que envolvido em um “não posicionamento” judicial (ver Bachrach e Baratz (ver Bachrach and Baratz 1962) ”. (TATE; VALLINDER, 1995, p.13, tradução nossa).

<sup>8</sup> Original: “Judicial power does not fall from the sky; it is politically constructed” (HIRSCHL, 2009, p.49).

sistema judicial - o outro lado inevitável de judicialização. ” (HIRSCHL, 2008, p.3, tradução nossa<sup>9</sup>).

Assim, a expressão, em sentido amplo, enquadra diversas situações em que há a possibilidade de se solucionar pelas vias judiciais a solução de conflitos sociais.

Luís Roberto Barroso (2012) define judicialização como:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo — em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. (BARROSO, 2012, p. 24)

Outro fator marcante na expansão do Judiciário é a inserção dos direitos fundamentais no discurso jurídico, que transforma a forma e a aplicação do Direito, bem como altera as funções do Estado e a própria funcionalidade do Judiciário. A positivação nas Constituições dos direitos sociais, difusos e coletivos e a incapacidade da Administração Pública em efetivar esses direitos, leva o cidadão a buscar a efetividade destes perante o poder Judiciário.

A judicialização dos conflitos de interesse difuso e coletivo tem repercussões políticas e sociais muito importantes. Como destaca Ada Pellegrini “Em primeiro lugar, do ponto de vista social, porque é por essa via processual que se levam à Justiça os grandes conflitos metaindividuais, supraindividuais, dando-se, assim, guarida àquilo que se costuma chamar de aspirações para a melhoria da vida” (GRINOVER; GONÇALVES, 2006, p. 249).

Sob o aspecto político, tem-se que surgem direitos que não são individuais e nem públicos, pertencem a uma categoria intermediária e permitem a atuação de setores da sociedade civil em prol de sua defesa, como organizações não estatais, sindicatos, associações, entidades representativas de interesses corporativos (GRINOVER; GONÇALVES, 2006).

De forma que, dentre os fatores facilitadores da judicialização, verifica-se a própria democratização do Estado, a promulgação de uma carta constitucional, que traz em seu bojo os direitos fundamentais, a implementação de um sistema de jurisdição constitucional, que confia ao Judiciário a guarda dessa mesma carta de direitos.

---

<sup>9</sup> Original: “[...] suffers from analytical fuzziness; it is often used in an umbrella-like fashion to refer to different, if often interrelated, processes, ranging from judge-made policy-making to rights jurisprudence to debates over judicial appointments and the politicization of the judiciary – the inevitable flip side of judicialization.” (HIRSCHL, 2008, p.3).

Todas essas condições, somadas à crise dos meios democráticos representativos, promovem o terceiro poder como o “guardião das promessas” como descreve Antoine Garapon (1999).

Nas palavras do jurista francês:

A cooperação entre os diferentes atores da democracia não é mais assegurada pelo Estado, mas pelo direito, que se coloca, assim, como a nova linguagem política na qual são formuladas as reivindicações políticas. A justiça torna-se *um espaço de exigibilidade* da democracia. Ela oferece potencialmente a os cidadãos a capacidade de interpelar seus governantes, de toma-los ao pé da letra e de intimá-los a respeitarem as promessas contidas na lei. A justiça lhes parece oferecer a possibilidade de uma ação mais individual, mais próxima e mais permanente que a representação política clássica, intermitente e distante. (GARAPON, 1999, p. 48).

O Direito e o Judiciário surgem como caminho para afirmação da própria cidadania num cenário em que a democracia representativa perpassa por uma crise de legitimidade, em que a atuação do legislativo não corresponde à vontade geral do povo, mas às influências dos diversos grupos de pressões econômicos, que se diversificam nas bancadas do Congresso Nacional, como representantes de ruralistas, empresários, religiosos, etc.<sup>10</sup>

De modo que, a via judicial se torna o caminho mais próximo entre a sociedade e as demais instituições, mesmo as democráticas. O Judiciário surge “[...] como uma alternativa – guardado os limites hermenêuticos – para o resgate das promessas da modernidade, onde o acesso à justiça assume um papel de fundamental importância, através do deslocamento da esfera de tensão, até então calcada nos procedimentos políticos, para os procedimentos judiciais.” (STRECK, 2014, p. 151).

Compreende-se, assim, que a democracia participativa não se relega apenas à eleição indireta de representantes para cargos políticos, nem mesmo de modo direto, por meio de plebiscitos e referendos, essa se dá também, conforme Mancuso (2014), por meio de reivindicações através do Poder Judiciário<sup>11</sup>.

No Brasil identifica-se o processo de judicialização, ou fortalecimento do poder Judiciário, sob novos formatos ou aspectos específicos do sistema político brasileiro. Fato esse, verificado após a promulgação da Constituição da República, uma vez que o período anterior, na ditadura militar, foi de restrição política e institucional do Poder Judiciário.

<sup>10</sup> Cabe aqui a crítica feita por Arnaldo Sampaio de Godoy ao realizar uma análise crítica da Constituição brasileira, “Somente os mais cãndidos e bisonhos acreditam que todo poder emana do povo.” (GODOY, *apud* CAMBI, 2011, p. 183).

<sup>11</sup> Tal concepção se alinha com a visão instrumentalista do processo defendida por Candido Rangel Dinamarco (2009), em que o processo é o instrumento, cujo o fim não é apenas a obtenção de uma solução para determinado litígio, mas guarda em si escopos políticos, sociais.

Luiz Wernek Viana (1999), traz um estudo correlacionando as Ações declaratórias de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal nos dez anos após a promulgação da atual Constituição. A constatação do autor foi que a judicialização no país não era tanto em razão do protagonismo exercido pelo Judiciário. Ao contrário, o processo adviria de uma atuação ativa de grupos minoritários, partidos políticos com pouca representação no Congresso e do Ministério Público, na busca por demandas igualitárias. Nesse aspecto, falta um dos elementos presentes no modelo norte-americano, qual seja a intenção dos magistrados de interferirem diretamente em questões políticas, o que se considera como ativismo judicial.

Viana *et al* (2007, p. 47) realizaram novos estudos, sete anos após a análise anterior e dezessete anos após a Constituição Cidadã. Os resultados da pesquisa com base nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade demonstram algumas alterações em relação à investigação anterior. Dentre os aspectos chama a atenção a modificação no número de demandas propostas por partidos políticos e por procuradores, havendo a queda daqueles e o aumento nestes.

De fato, o crescimento institucional do Ministério Público é um dos fatores, no caso brasileiro, responsável pela levada de problemáticas, que *a priori* seriam do Executivo ou Legislativo, ao Judiciário. Isso é mais evidente quando se trata de questões transindividuais, que envolvem direitos difusos ou coletivos, tais como direito à saúde e proteção ao consumidor e ao meio ambiente.

Ademais, a nova pesquisa conclui, semelhantemente à verificação anterior, que a judicialização se dá devido à própria organização da estrutura política nacional e da complexidade da sociedade brasileira. Os magistrados são chamados a se posicionar sobre diversos aspectos da vida política e das relações sociais, conforme nos ressaltam Viana, Burgos e Salles (2007).

Explicam os autores que: “A invasão do direito sobre o social avança na regulação dos setores mais vulneráveis, em um claro processo de substituição do Estado e dos recursos institucionais classicamente republicanos pelo Judiciário [...] O Juiz torna-se protagonista direto da questão social”. (VIANA; BURGOS; SALLES, 2007, p. 41).

Nesse mesmo sentido Antoine Garapon (1999), quando analisa o papel do juiz na democracia, considera que este, “[...] permanece aqui para lembrar à humanidade, à nação ou ao simples cidadão, as promessas feitas, começando pela primeira delas, a promessa de vida e de dignidade. Essas promessas os juízes as preservam, mas não as têm atadas: eles são delas testemunha, garante e guardião.” (GARAPON, 1999, p. 270).

É nesse contexto, que se verifica o fenômeno da judicialização da política. A positivação nas constituições dos direitos sociais, difusos e coletivos e a incapacidade da Administração

Pública em efetivar esses direitos, leva o cidadão a buscar a efetividade desses perante o poder Judiciário.

A judicialização, nesse sentido, seria ocasionada pela falência de representação democrática e da cidadania social e política, em que o terceiro poder passa a ser mecanismo de redução da distância entre representante e representado. Desta forma, segundo Cambi (2011), a expansão do Judiciário se dá por decorrência da própria sociedade civil e até mesmo por influência da imprensa.

É importante considerar que a judicialização e o redimensionamento em que provoca nas relações entre poderes põem termo à antiga concepção de que a administração da justiça se tratava de atividade neutra e apolítica.

Afinal, a questão é diretamente relacionada à disputa do poder e a quem cabe dizer o direito. O Judiciário, nesse contexto, vem se imiscuindo em questões, que não eram tradicionalmente de seu âmbito. O número de ações trazidas ao terceiro poder e que envolvem inclusive questões de políticas públicas torna clara a expansão judicial no Brasil.

Após contextualizar a respeito do maior protagonismo dos tribunais nas sociedades contemporâneas resta compreender os problemas enfrentados pelo Judiciário, que vieram a ser acoplados sob o pálio da denominada “crise da Justiça” ou “crise do Judiciário”. A análise justifica-se, uma vez que o excesso de judicialização aliados a essa situação de instabilidade do sistema de justiça do Estado é um dos principais fatores de embasamento para que se desenvolva o processo de desjudicialização.

### **2.3 A crise do Estado e do Direito sob o enfoque do judiciário**

O período atual, caracterizado por teóricos como pós-moderno, é marcado pela sua maior complexidade, riscos e incertezas. Tais fatores influenciam na denominada “crise do Estado”, que perpassa pela problemática da fragilização da soberania nacional frente a organismos supranacionais. Assinala Hespanha que: “Hoje, tudo se tornou menos nítido e mais complexo. Ao Estado contrapõe-se uma sociedade que parece produzir normas diretamente, sem necessitar da mediação oficial.” (HESPANHA, 2013, p.18).

As grandes decisões de repercussão econômica, política e social não se dão mais somente no âmbito interno do território nacional. Pondera Faria (2004) que a globalização tende a promover uma descentralização das estruturas sobre as quais se organiza o Estado e as instituições jurídicas.

Sobre o fenômeno da globalização, Paolo Grossi revela que: “[...] a globalização significa desterritorialização; consequentemente, também significa a primazia da economia em detrimento da política; ademais, significa o eclipse do Estado e da sua expressão mais representativa, a soberania.” (GROSSI, 2010, p. 73/74).

Assim, para além do cenário político estatal existem âmbitos paralelos e independentes que funcionam numa lógica diversa e desafiam a governabilidade política nacional. As modificações do novo século encontram-se em disparidade com a realidade socioeconômica e o seu rápido desenvolvimento.

Acontece que as transformações, nos diferentes aspectos da vida social, tiveram seu impacto no âmbito do Direito. Observa-se, mais das vezes que, as mudanças no mundo fático se dão num ritmo superior ao pensamento jurídico teórico sobre elas, havendo uma crise entre o modelo Jurídico atual, devido à incapacidade de se adaptar às complexas transformações da estrutura social.

Conforme constata Faria: “Desde o advento da transnacionalidade dos mercados de insumos, produção, capitais, finanças e consumo [...] o pensamento jurídico parece encontrar-se [...] frente ao desafio de encontrar alternativas à exaustão paradigmática de seus principais modelos teóricos e analíticos.” (FARIA, 2004, p.13)<sup>12</sup>.

Concomitantemente a esse período de incertezas, essas transformações contribuem para o desgaste do monismo jurídico, sob o qual se fundou o Estado de Direito nos séculos XVIII e XIX. Como expõe Antônio Manuel Hespanha: “Antes, tudo isto parecia claro. O direito era o conjunto de normas emitidas pelo Estado. Era, portanto, o Estado quem o dizia.” (HESPANHA, 2013, p. 17). O Estado na modernidade era a fonte legítima de emanção normativa. E fundava-se sob o monismo jurídico, em que Direito e Estado se confundiam.

Na pós-modernidade o direito não mais é representado apenas pelo direito estatal. O Estado deixa de ser considerado a sua única fonte promotora e legitimadora deste, de modo que, para se trabalhar com este novo direito deve-se ter em mente, segundo Hespanha, que: “[...] o direito é um fenômeno mutável nas suas fronteiras, plural nas suas fontes de criação ou de

---

<sup>12</sup> Sobre a problemática enfrentada pelo pensamento jurídico, complementa José Eduardo Faria: “Até recentemente, o cenário social, político, econômico e cultural era identificado com os Estados-nação e com seu poder para realizar objetivos e implementar políticas públicas por meio de decisões e ações livres, autônomas e soberanas, sendo o contexto internacional um desdobramento natural dessas realidades primárias. Agora, o que se tem é um cenário interdependente, com atores, lógicas, racionalidades, dinâmicas e procedimentos que se inter cruzam e ultrapassam as fronteiras tradicionais, não fazem distinções entre países, costumam colocar enormes dilemas para os governos, não hesitam em desafiar a autoridades dos policy makers quando lhes convém e, em muitos casos, chegam ao ponto de ignorar as próprias identidades nacionais” (FARIA, 2004, p.14).

revelação, complexo na sua lógica interna, não consistente nem harmônico nos seus conteúdos, e, finalmente nada afeito a um saber que pretenda certezas e formulações seguras e opináveis.” (HESPANHA, 2013, p.19).

Considera-se que a maior complexidade da sociedade, a pluralidade de fontes jurídicas, a existência de ordens jurídicas paralelas, a quebra da hierarquia entre as fontes, a influência dos sistemas político e econômico, tem afetado o direito e o pensamento jurídico resultando na crise do sistema jurídico.

Luigi Ferrajoli ao estudar sobre a crise do direito e da razão jurídica, apresenta uma leitura diferente com relação aos aspectos desta crise. O primeiro diz respeito à crise da legalidade, a saber: “[...] do valor vinculante associado às regras pelos titulares dos poderes públicos. Se expressa na ausência ou na ineficácia dos controles e, portanto, na variada e chamativa fenomenologia da ilegalidade do poder.”<sup>13</sup> (FERRAJOLI, 2004, p.15, tradução nossa).

Nesse quesito, as investigações sobre processos de corrupção demonstram a existência de uma zona de ilegalidade, que se desenvolve como um “Estado paralelo”. E que culmina, segundo Ferrajoli (2004), também na crise de constitucionalidade, com o crescente desrespeito aos preceitos e garantias fundamentais, ao jogo institucional e aos limites e vínculos que a Constituição impõe ao poder público.

O segundo tópico para o jurista italiano diz respeito à inadequação estrutural do Estado de Direito, construído sob um conjunto de limites e imposições de respeito às liberdades negativas, com as funções exigidas pelo modelo de *Welfare State*, relacionado à satisfação de direitos sociais (obrigação de fazer), situação essa agravada pela crise deste último modelo (FERRAJOLI, 2004).

E por fim, o terceiro pormenor é relacionado à crise do Estado nacional, provocada pelo processo de integração global propiciada pela globalização. Essa crise se manifesta na alteração do *locus* de soberania e do sistema de fontes, o que, conforme Ferrajoli (2004), resulta em um enfraquecimento do constitucionalismo nacional, base dos direitos da cidadania; e se agrava pela falta de um constitucionalismo de direito internacional.

Esses três aspectos, para o autor supracitado, comprometem não só o direito e a razão jurídica, mas ameaçam a democracia, principalmente devido à “ilegalidade do poder”. A não sujeição dos poderes aos controles legais e constitucionais, ainda segundo Ferrajoli (2004),

---

<sup>13</sup> Original: “[...] del valor vinculante asociado a las reglas por los titulares de los poderes públicos. Se expresa en la ausencia o en la ineficacia de los controles, y, por tanto, en la variada y llamativa fenomenología de la ilegalidad del poder” (FERRAJOLI, 2004, p.15).

pode resultar em formas “neoabsolutistas” de exercício do poder sob o controle de interesses fortes e ocultos nos ordenamentos.

Este autor critica a visão de que esta crise do direito e do pensamento jurídico seria resultante da perda de capacidade regulamentadora do direito, em razão da maior complexidade das sociedades pós-modernas (FERRAJOLI, 2004). Seria como crer que o direito atual é assim, porque assim deve ser.

André García Inda (2002) distingue dois lados dessa crise: o institucional devido à progressiva aparição de zonas de ilegalidade; e o da legalidade pela perda da função simbólica do direito, a saber, de meio idôneo e justo de organização social. Destaca ainda o referido autor sobre o caráter paradoxal do direito atual, que de um lado tem-se uma fé desmedida no direito e por outro, o generalizado, um sentido de descrença com relação ao discurso jurídico e sua capacidade de regulação frente à complexidade das sociedades contemporâneas.

De forma que, buscando melhor compreender este direito pós-moderno, o mesmo traz cinco apontamentos sobre o direito e a pós-modernidade, a saber: a multiplicidade, a flexibilidade, a leveza, a rapidez e o paradoxo. Com relação ao primeiro, a multiplicidade do direito, Inda (2001) identifica que esta provoca o processo de dissolução da concepção monista, do mito da solução única, das fórmulas rígidas da modernidade.

Sobre a multiplicidade, explica André García Inda:

O objeto denominado Direito, disse Arnaud – se multiplica, e não só pela aparição de novos campos de estudos e de prática, ou de novas formas de relação, mas pela extensão da regulação social pela produção de normas (jurídicas) não governamentais. Se fala assim de multiplicidade de atores jurídico e de níveis de poder, de multiplicidade de minirrationalidades dentro de uma racionalidade global incontrolável, ou de uma pluralidade de campos sociojurídicos. (INDA, 2001, p.11).

Esta multiplicidade do direito, não o torna mais simples, não é sinônimo de generalidade. Implica na existência de vários ordenamentos, níveis, atores e modelos de pensamentos diversos, de modo que, “ [...] a multiplicidade é sinônimo da complexidade de uma realidade jurídica plural e interdependente; de um direito que não se cria unidirecionalmente, que não só flui de cima para baixo, mas também de baixo para cima, com os problemas de controle que isso implica. ” (INDA, 2001, p. 12, tradução nossa<sup>14</sup>).

A flexibilidade, segundo Inda (2001), é o atributo do direito pós-moderno que permite mudarem-se as regras sem destruir a organização. O pensamento jurídico focado na

---

<sup>14</sup> Original: “La multiplicidad es sinónimo así de la complejidad de una realidad jurídica plural e interdependiente; de un derecho que no se crea unidireccionalmente, que no sólo fluye de arriba abajo, sino también de abajo arriba, con los problemas de control que eso conlleva” (INDA, 2001, p.12).



racionalidade moderna e em conceitos rígidos não corresponde à realidade suscetível de transformações as quais o pensamento jurídico pós-moderno requer adaptação.

Nesse aspecto, há demanda pela maior maleabilidade do direito. Tal fator, transplantado para o problema da resolução de conflitos, envolve também a necessidade de transformação do modelo de administração da justiça e adoção de formas alternativas de solução de conflitos consensuais ou não consensuais, menos formais e mais dinâmicas permitindo uma composição mais eficaz.

O terceiro atributo é o da leveza ou brandura. O direito pós-moderno separado da moral, se torna mais leve, busca em seu próprio dinamismo os mecanismos para a sua fundamentação, preocupa-se com a consecução da realidade concreta ou se refugia numa microética que o inibe de pensar sobre problemas globais, conforme assinala Inda (2001).

O quarto aspecto, conforme o mesmo autor, diz respeito à rapidez, e não é restrito ao direito. As constantes transformações sofridas pelo direito, a multiplicidade de temas que passam a ser abordada juridicamente, a globalização que aproxima em termos espaciais e temporais dilui a unidade temporal da atividade do jurista (INDA, 2001).

Por fim, o quinto apontamento diz respeito aos paradoxos, contradições que qualificam esse direito, que se encontra entre pontos distintos, o particular e o universal; o nacional e o internacional; o de regulação ou o de desregulação.

Esse caráter paradoxal se transporta também para a resolução de conflitos sociais. De um lado há a excessiva judicialização destes, decorrentes de um processo maior de “alargamento do direito”, por outro lado há um processo de desregulação social e incentivo à desjudicialização.

Ressalta por fim o referido autor, que não são apenas esses cinco valores que caracterizam o direito pós-moderno e talvez nem sejam os mais acertados (INDA, 2001), contudo são elementos que permitem melhor compreender o direito atual e a crise que sofrem o pensamento jurídico e as instituições estatais.

Afinal, essa crise do Direito e do Estado se reflete na proclamada crise do Judiciário e na problemática da Administração da justiça pelo poder público. O sistema judicial estatal se encontra circunscrito ao limite territorial do Estado e ainda se prende ao modelo de solução de conflitos individuais, vindo a assumir papéis na sociedade pós-moderna e de massificação de conflitos para os quais não se encontra estruturado para solucionar.

Os problemas enfrentados pelo Judiciário, não deixam de ser problemas advindos da Crise do Estado de Direito. Como explica José Eduardo Faria, “A função do Judiciário deriva

de sua própria inserção no Estado. Seus desafios hoje em boa parte são os mesmos desafios com que se defrontam outros poderes. ” (FARIA, 1989, p. 141)

Santos, Marques e Pedroso (1995) vão trabalhar com três funções dos tribunais na atualidade, as quais podem ser relacionadas às tensões existentes no sistema jurídico e judicial. Segundo eles, as funções são: instrumental, política e simbólica.

A crise da Justiça resultaria na ineficiência no cumprimento destas funcionalidades no Estado Democrático. Explica José Eduardo Faria (2005) que: “A ineficiência do Judiciário no exercício dessas três funções decorre da incompatibilidade estrutural entre sua arquitetura e a realidade socioeconômica a partir da qual e sobre a qual tem de atuar. ” (FARIA, 2005, p. 24).

A função instrumental está relacionada ao desempenho de uma atuação social específica, tal como a resolução dos litígios, controle social<sup>15</sup>, administração e criação de direito. O controle social, conforme Santos, Marques e Pedroso (1995), refere-se ao papel exercido pelos tribunais na manutenção da ordem pública por meio da resolução de conflitos e, de forma mais evidente, no exercício da persecução criminal.

A administração engloba as tarefas gerais que não são relacionadas à resolução de conflitos ou controle social. A criação do direito representa a mais problemática das atividades instrumentais para Boaventura *et al*, sobretudo no exercício da resolução de conflitos, em que as fronteiras entre criação e aplicação de direito se tornam tênues e exsurge a criação judicial do direito, conforme nos ensinam Santos, Marques e Pedroso (1995).

As funções instrumentais são compridas, segundo os autores supracitados, quando há o desempenho eficaz de suas atribuições específicas. No caso dos tribunais se traduz no exercício da jurisdição, <sup>16</sup>por meio da resolução dos litígios. Neste aspecto, os obstáculos ao acesso aos tribunais, a morosidade, o congestionamento das vias judiciais afeta o regular desempenho desta funcionalidade.

O abarrotamento e a morosidade do Judiciário se dão por uma série de motivos, desde a falta de número de servidores e recursos financeiros até a problemática da burocratização e excesso de formalismo característicos da justiça brasileira. Perpassa por uma série de problemas

---

<sup>15</sup> “O controle social é o conjunto de medidas – quer influências interiorizadas, quer coerções – adoptadas numa dada sociedade para que as acções individuais não se desviem significativamente ao padrão dominante de sociabilidade por esta razão designado por ordem social. ” (SANTOS; MARQUES; PEDROSO, 1995, p. 56).

<sup>16</sup> Conforme doutrina processualista a Jurisdição é poder, função e atividade, “Como *poder*, é manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade e decidir imperativamente e impor decisões. Como *função*, expressa o encargo que têm os órgãos jurisdicionais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo. E como *atividade* ela é o complexo de atos do juiz ou do árbitro no processo, exercendo o *poder* e cumprindo a função que a lei lhes compete. ” (DINAMARCO; GRINOVER; CINTRA, 2015, p. 165).

estruturais, e são verificadas críticas na literatura antes mesmo da redemocratização e da consagração dos direitos fundamentais na Constituição de 1988.

Nos últimos anos, conforme dados do Conselho Nacional de Justiça, os tribunais brasileiros têm apresentado custos crescentes quanto aos recursos disponíveis<sup>17</sup>, contratação de servidores públicos, além da implementação de tecnologias de informação responsáveis, por exemplo, pela instalação do processo judicial eletrônico, que promete agilizar o serviço judicial.

Do total de gastos do terceiro poder de 89% é referente aos custos com recursos humanos, os quais incluem remuneração de servidores e demais auxílios (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016, p. 33). A força de trabalho total no final do ano de 2015 corresponde a 451.497 servidores, sendo o total de 17.338 magistrados, incluso o percentual de juízes que estavam afastados do cargo, responsáveis por um total de 102 milhões de processos. Desta forma, em média, cada juiz ficou responsável por 6.577 processos e conseguiu baixar 7,3 por dia (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016, p. 44).

O índice de atendimento à demanda foi de 105%, ou seja, o número de casos baixados foi maior que o número de novos casos que adentraram (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016, p. 381).

Apesar do desempenho positivo, o relatório demonstra que a questão temporal é importante preocupação constante dos sistemas judiciais. O tempo médio para a finalização de um processo no Brasil englobando a fase de conhecimento e de execução em primeira instância na justiça estadual, que apresenta o maior volume de processos, é de 6,2 anos. Já na justiça federal dura, em média, 7 anos (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016, p.71).

Inegavelmente o processo judicial é formal, burocrático e demanda tempo. E como destacam Cintra, Grinover e Dinamarco: “[...] o tempo é inimigo da efetividade da função pacificadora.” (2015, p. 47). Rui Barbosa já expressava a problemática ao declarar a máxima, “Mas justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta.” (BARBOSA, 1991, p.40).

A resposta dada por vários sistemas jurídicos de ampliação da acessibilidade como forma de recepcionar o número crescente de litígios não tem sido suficiente para garantir a “[...]a afirmação da cidadania pela via judicial” (CAMPILONGO, 2010, p.15). Um efeito direito do alargamento da porta de entrada do Judiciário é o aumento no número de processos,

---

<sup>17</sup> “No ano de 2015, as despesas totais do Poder Judiciário somaram R\$ 79,2 bilhões, o que representou um crescimento de 4,7% e, considerando o quinquênio 2011-2015, um crescimento médio na ordem de 3,8% ao ano. Essa despesa equivale a 1,3% do Produto Interno Bruto (PIB) nacional, ou a 2,6% dos gastos totais da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios ou a um custo pelo serviço de Justiça de R\$ 387,56 por habitante.” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016, p. 33).

o que resulta na morosidade da máquina judicial, uma vez o sistema de justiça estatal não se encontra preparado para atender a demanda.

Como salienta Dinamarco: “Isso significa que não basta alargar o âmbito de pessoas e causas capazes de ingressar em juízo, sendo também indispensável aprimorar internamente a ordem processual, habilitando-as a oferecer resultados úteis e satisfatórios aos que se valem do processo.” (DINAMARCO, 2009, 118)<sup>18</sup>.

Rodolfo Camargo Mancuso (2014) critica a atuação do Judiciário nacional ao atestar que:

A notória morosidade da prestação jurisdicional, decorrente do acúmulo de processos em primeiro e segundos graus, evidencia que a Justiça não soube antecipar os fatos, nem ao menos traçar estratégias e programas de atuação para enfrentá-los, demorando a *internalizar* as sucessivas transformações por que foi passando a sociedade brasileira, massificada e globalizada, implicando profundas alterações nos costumes, interesses e necessidades, que recrudescentes os conflitos existentes e fizeram emergir outros novos (MANCUSO, 2014, p. 268).

O congestionamento da via judicial é outra face deste problema. Conforme dados da “Justiça em números” a taxa de congestionamento em primeiro grau continua sendo mais elevada em relação à segunda instância. O relatório referente ao ano base de 2015, teve como novidade a taxa de congestionamento líquido, que excluem do computo os processos, suspensos, ou em arquivo provisório, havendo uma redução em 3 pontos percentuais.

Nesse sentido, segundo as estatísticas, a segunda instância apresenta taxa de congestionamento líquida de 43,1%. Por sua vez, o primeiro grau apresenta taxa de líquida de 71,3%. A diferença entre a taxa de congestionamento bruta da primeira instância e a segunda, que em 2014 era de 25%, cresceu para 28% no ano de 2015. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016, p. 48).

Dá a instituição CNJ 194, de 26 de maio de 2015 da “Política Nacional de Atenção Prioritária ao Primeiro Grau de Jurisdição” com o objetivo de priorizar as reformas e políticas para a primeira instância, numa tentativa de melhorar a eficiência desta por meio da realocação de servidores e de recursos financeiros. Com a resolução, tais recursos passam a ser distribuídos proporcionalmente à demanda processual, o que não era a realidade, até então, por exemplo, grande parte dos servidores estavam alocados em segunda instância.

---

<sup>18</sup> Complementa Dinamarco que “Acesso à justiça não equivale a mero *ingresso em juízo*. ” (2009, p. 118). “Acesso à justiça é *acesso à ordem justa* (ainda, Kazuo Watanabe). É a obtenção de justiça substancial. Não obtém justiça substancial quem não consegue sequer o exame de suas pretensões pelo Poder Judiciário e também quem recebe soluções atrasadas ou mal formuladas para suas pretensões ou soluções que não lhe melhorem efetivamente a vida em relação ao bem pretendido.” (DINAMARCO, 2009, 118).

A sobrecarga dos tribunais também é uma decorrência no desequilíbrio no desempenho de suas funções políticas. As funções políticas decorrem do fato de que os tribunais são órgãos de soberania estatal, traduzem-se principalmente no controle social e na reivindicação de direitos pela via judicial com a afirmação da cidadania, o que configura também outro mister, o da legitimidade do sistema político, conforme assinalam Santos, Marques e Pedroso (1995).

Tem-se que os direitos sociais são distribuídos politicamente pelo Legislativo e Executivo, principalmente pela formulação de políticas públicas, e de certa forma também pelo Judiciário, a quem coube a garantia de preservação em caso de violação pelos outros dois poderes.

A crise do Estado Social nos países centrais e a dificuldade de implementação do garantismo social em países semiperiféricos e periféricos promovem a chamada “transferência compensatória da legitimação do sistema político para os tribunais” (SANTOS; MARQUES; PEDROSO, 1995, p. 60), gerando maior sobrecarga de funções políticas nestes.

A judicialização da política e das relações sociais é resultado deste processo de “transferência compensatória” da legitimidade do sistema político para o Judiciário, que passa a ser o “guardião das promessas” (GARAPON, 1999, p. 270). Contudo, o “guardião” também enfrenta obstáculos para concretização destas promessas.

Os números crescentes de processos sugerem não só alta litigiosidade, podendo configurar a chamada “cultura de litígios”, em que a sociedade, incapaz de resolver os próprios problemas, busca um terceiro (Estado-juiz) para solucioná-los, como indicaria também alta acessibilidade aos tribunais. Contudo, dados estatísticos revelam que a questão é mais complexa.

Segundo Maria Tereza Sadek: “Com efeito, os mais frequentes usuários do Judiciário são: a Caixa Econômica Federal, a União, o INSS, os bancos, as empresas de telefonia, os municípios. O setor público é responsável por 51% das demandas judiciais em tramitação no país.”<sup>19</sup> (SADEK, 2014, p.60). E embora a maioria dos processos envolvam o próprio poder público e instituições financeiras a consequência deste congestionamento afeta toda a sociedade, conforme assinala Cahali (2015).

Tem-se, como bem descreve Sadek (2014), uma situação paradoxal em que há poucos utilizando muito o sistema judicial e muitos procurando pouco, em que parcela reduzida da

---

<sup>19</sup> Os dados informados pela autora são com base na pesquisa “Os Cem Maiores Litigantes” feita pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias do CNJ, 2011. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa\\_100\\_maiores\\_litigantes.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf)> Acesso em: julho de 2016.

população que se aproveita, sabe como utilizar este sistema. Os “clientes habituais da Justiça estatal” praticam a chamada “mora judicialmente legalizada” (MANCUSO, 2014, p. 38). A morosidade do Judiciário favorece inegavelmente aos proteladores, principalmente ao setor financeiro, que ocupa parte preponderante no polo passivo entre “Os cem maiores litigantes”.

De forma que, conforme ressalta Sadek (2014), o alto número de processos nos gabinetes dos magistrados revela não necessariamente a afirmação da cidadania pela via judicial, como seria o objetivo pretendido pelo movimento de democratização de acesso à justiça, mas revela a perpetuação das desigualdades através do Judiciário, que por sua vez encontra-se isolado das demandas sociais.

Pesquisa promovida há mais de oito anos pela Fundação Getúlio Vargas de São Paulo busca apurar o Índice de Confiança do Brasileiro na Justiça (ICJ). A proposta visa avaliar dois subíndices, a saber, de percepção e de comportamento. O primeiro, retrata a visão que a população tem do Judiciário, quanto aos quesitos “confiança, (ii) à rapidez na solução dos conflitos, (iii) aos custos do acesso, (iv) à facilidade no acesso, (v) à independência política, (vi) à honestidade, (vii) à capacidade para solucionar os conflitos levados a sua apreciação e (viii) ao panorama dos últimos 5 anos (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, 2016).

O segundo subíndice diz respeito ao comportamento dos cidadãos se defrontados com uma situação conflituosa, se procurariam ou não o sistema judicial, excluídas as situações que envolvam a justiça criminal, uma vez que nem sempre os casos a ele competente permitem escolha quanto a se envolver o Judiciário (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, 2016).

O relatório referente ao primeiro semestre de 2016 tem como base a população acima de 18 (dezoito) anos de idade, habitantes das regiões metropolitanas das unidades federativas: “Amazonas, Pernambuco, Bahia, Minas Gerais, Rio de Janeiro, São Paulo, Rio Grande do Sul e Distrito Federal” (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, 2016, p. 04). De acordo com o relatório, numa escala de 0 a 10 “O ICJ Brasil, para 2016, é de 4,9 pontos. O subíndice de comportamento é de 8,6 pontos e o subíndice de percepção é de 3,4 pontos”. (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, 2016, p. 9).

No que tange aos principais tipos de conflitos que poderiam levar os entrevistados a buscarem o Poder Judiciário, englobam três matérias principais: trabalho, família e consumo. Observa-se ainda que a maior porcentagem de pessoas que buscariam o sistema judicial estatal envolvem aqueles que apresentam ensino superior completo. O número também é mais significativo em residentes nas capitais (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, 2016). Mais uma vez a importância entre o caráter socioeconômico e a maior capacidade para reconhecer um direito e reivindicar a sua proteção em caso de violação.

Conquanto a pesquisa da FGV SP com relação ao subíndice de comportamento apresente valor elevado, pesquisa do IPEA revela que 63% dos entrevistados declaram ter um problema sério sem que tivessem buscado o poder Judiciário para a sua resolução, conforme ressalta Sadek (2014).

A análise dos dados supracitados permite inferir que a judicialização da política e das relações sociais é um fato. Contudo, o ingresso ou a porta de entrada aos tribunais não é uma realidade geral. Assim como a obtenção de um resultado útil em tempo eficaz, também é ponto a ser trabalhado e melhorado.

Uma vez que as vias judiciais se encontram congestionadas por processos envolvendo em sua maior parte o próprio poder público, setor financeiro e mercantil, infere-se que resta pouca abertura para o cumprimento das garantias constitucionais.

Faria e Lopes identificam que: “A grande questão, na verdade, é aquilo que muitos parecem não ver: o estar formado numa cultura jurídica incapaz de entender a sociedade e seus conflitos e a má vontade em discutir a democratização efetiva desse ramo do Estado.” (FARIA; LOPES, 1989, p. 163).

Antônio Carlos Wolkmer considera que Judiciário e o Legislativo nacionais refletem “[...] uma estrutura de poder consolidada, no início do século XX, no contexto de uma sociedade burguesa agrário mercantil, defensora de uma ordenação positivista e de um saber jurídico inserido na melhor tradição liberal-individualista.” (WOLKMER, 2001, p.97).

Analisando o perfil do terceiro poder, Wolkmer considera que:

Trata-se de uma instância de decisão não só submissa e dependente da estrutura do poder dominante, como, sobretudo, de um órgão burocrático do Estado, desatualizado e inerte, de perfil fortemente conservador e de pouca eficácia na solução rápida e global de questões emergenciais vinculadas, quer às reivindicações dos múltiplos movimentos sociais, quer aos interesses das maiorias carentes de justiça e da população privada de seus direitos. A crise vivenciada pela Justiça oficial, refletida em sua inoperacionalidade, lentidão, ritualização burocrática, comprometimento com os “donos do poder” e falta de meios materiais e humanos, não deixa de ser sintoma de um fenômeno mais abrangente, que é a própria falência da ordem jurídica estatal. (WOLKMER, 2001, p. 99-100).

Deste modo, no desempenho de suas funções instrumentais e políticas, em especial na resolução de litígios, o sistema judicial enfrenta obstáculos pontuais (morosidade, congestionamento, inacessibilidade, etc.) para atender com adequação aos conflitos oriundos de sociedades complexas, plurais e economicamente desiguais.

Tais fatores demonstram a dificuldade da Justiça brasileira em atender não só os anseios sociais, mas também atestam que a deficiência no desempenho de funções instrumentais e

políticas afeta a eficácia simbólica. As funções simbólicas: “[...] são o conjunto das orientações sociais com que os diferentes campos de actuação social contribuem para a manutenção ou destruição do sistema social no seu conjunto.” (SANTOS; MARQUES; PEDROSO, 1995, p. 55).

Ligada às duas funções anteriores, a simbólica diz respeito à legitimidade dos tribunais em relação ao sistema social. E como preleciona Santos, Marques e Pedroso, “No entanto, a maior eficácia simbólica dos tribunais deriva do garantismo processual, da igualdade formal, dos direitos processuais, da imparcialidade, da possibilidade de recurso. Em termos simbólicos, o direito processual é tão substantivo quanto o direito substantivo.” (SANTOS; MARQUES; PEDROSO, 1995, p. 62).

Resulta, deste aspecto, a importância da boa administração da justiça, uma vez que essa ressoa os processos sociais, atua de forma a buscar respostas aos problemas que vão surgindo e aos novos conflitos ou megaconflitos. Numa tentativa de melhoramento da atividade de solução de conflitos, o enfoque dessa administração tem se voltado fortemente para a criação de políticas judiciais de tratamento de conflitos de terceira onda, a saber, processos de informalização e desjudicialização.

#### **2.4 Movimento pela desjudicialização e a construção de um novo modelo de administração da justiça**

O acolhimento pelo Estado da pacificação social por meio da resolução dos conflitos surgidos no bojo da sociedade com a vedação à chamada “justiça com as próprias mãos” ou autotutela<sup>20</sup>, é um processo que se fortalece com a configuração do Estado de Direito no século XIX.

Este sistema, conforme assinala Mancuso (2014), se consolida com a aclamação dos direitos fundamentais, em especial os direitos sociais, que criam para o Estado a obrigação positiva de prestar à sociedade as garantias previstas nas Constituições. Entretanto, o acolhimento pelo Estado da função precípua de resolução de litígios não foi seguido por um bom sistema de gestão da crescente massa numérica de processos.

Como revela Mancuso:

---

<sup>20</sup> Vale lembrar que o ordenamento pátrio abrange algumas exceções quanto à regra de vedação da autotutela, como por exemplo: legítima defesa; estado de necessidade; desforço imediato em defesa da posse, dentre outros casos previstos em lei.



A sobrecarga dos tribunais, a morosidade dos processos, seu custo, a burocratização da Justiça, certa complicação procedimental; a mentalidade do juiz, que deixa de fazer uso dos poderes que o Código lhe atribuiu, a falta de informação e orientação para os detentores dos interesses em conflito; as deficiências do patrocínio gratuito, tudo leva à insuperável obstrução das vias de acesso à Justiça, e ao distanciamento cada vez maior entre o Judiciário e seus usuários. (MANCUSO, 2014, p. 59).

Como pode ser percebido até o momento, e conforme os dados revelados na seção anterior, as demandas geradas pela sociedade contemporânea vão muito além da capacidade do aparato estatal. A busca por novos direitos ou a procura pela efetivação de direitos garantidos meramente no âmbito formal<sup>21</sup> tem desencadeado novos conflitos sociais, conforme ressalta Wolkmer (2001).

Isso demonstra a necessidade de reformular e melhorar a política nacional de tratamento adequado dos conflitos. O modelo contemporâneo de administração da justiça, segundo Pedroso (2011), se assenta ainda quase que completamente no monopólio estatal de solução de conflitos por meio dos tribunais judiciais.

Nesse sentido, parte da crise presenciada pela justiça oficial residiria no fundamento de confiar que a prestação jurisdicional seja sozinha capaz de dizer o direito de forma eficaz e adequada aos diversos casos apresentados na sociedade atual, cada vez mais complexa e plural. De forma que, cresce o incentivo a uma nova vertente, em que a noção de jurisdição se desconecta do conceito tradicional como função, atividade e poder do Estado, para abranger concepção mais ampla, para admitir instituições e formas de resolução para além das contempladas no sistema judiciário nacional.

A essa concepção de “jurisdição compartilhada” entre o poder público e entidades não estatais se coaduna com as percepções das transformações pelas quais passa o direito atual, segundo André García Inda (2001). Caminha-se em direção a um pluralismo jurídico, necessitando-se que se reforme também o conceito de jurisdição como monopólio do Estado, para que se concretize a pluralidade de métodos e instâncias de solução de conflitos e consequentemente promova a democratização do acesso à justiça.

João Pedroso considera a necessidade de reformulação deste modelo. Em suas palavras: “Ora, as transformações do Estado moderno, do mercado e da sociedade, mas também da

---

<sup>21</sup> O autor determina que esses direitos “[...] no âmbito das instituições periféricas latinas (caso do Brasil), afirmam-se como básicos para a própria sobrevivência de grandes parcelas da população. As demandas por direitos cobrem largo espectro de necessidades e privações exigências que alcançam o direito à água, saúde, saneamento, assistência médica; o direito de igualdade para a mulher, o direito à creches para as mães que trabalham; bem como o direitos dos índios às suas terras, o direito das minorias étnicas, o direito de proteção às crianças exterminadas nas ruas e os direitos da população por proteção e segurança contra as diversas formas de violência. (WOLKMER, 2001, p. 92).

procura dos cidadãos pela defesa dos seus direitos individuais ou coletivos têm como consequência a necessidade de um novo paradigma de política pública de justiça.” (PEDROSO, 2011, p.99).

Para o referido autor, os tribunais não conseguem dar conta da ampla diversidade de conflitos existentes nas sociedades contemporâneas, sendo necessária a criação de um modelo que permita a efetivação do acesso à justiça, capaz de promover a inclusão social dos cidadãos e reduzir as tensões sociais.

O acesso à justiça constitui-se importante instrumento democrático de garantia de direitos uma vez que viabiliza a efetivação de direitos fundamentais, de forma que a necessidade de ampliação de acesso constitui inevitavelmente a demanda por uma nova Justiça por meio de políticas públicas que reformulem o tratamento adequado aos conflitos.

Neste modelo de Administração da justiça proposto pelo autor português se encaixa a definição de tribunal como “[...] a entidade que os litigantes considerem mais legítima e adequada para a resolução do seu conflito e defesa dos seus direitos. Essa entidade tanto pode ser o tribunal judicial como qualquer instância que cumpra essa finalidade.” (PEDROSO, 2011, p. 100).

Complementa ainda o jurista:

Neste sistema de resolução de litígios reconfiguram-se as funções do Estado e da sociedade civil, desenvolvem-se parcerias entre o público, a comunidade e, eventualmente, o mercado e assume-se um novo modelo de justiça, ou seja, um sistema integrado de resolução de litígios, em que a pluralidade dos ADR tanto podem consistir em alternativas aos tribunais judiciais (resolvem litígios que os tribunais também dirimem) ou antes um seu complemento (para os litígios que nunca chegariam a tribunal) ou, ainda, um seu substituto (a transferência de competências de resolução de litígios dos tribunais para estes meios).

O desenvolvimento de um sistema integrado de resolução de litígios, que defendo, tem como consequência a assunção e reconhecimento, pelo Estado, de uma política pública de justiça, que inclui os tribunais judiciais e o denominado “pluralismo jurídico e judicial”, ou seja, reconhece-se também aos meios não judiciais que o Estado e a sociedade geram, informal ou formalmente, legitimidade para dirimir litígios. (PEDROSO, 2011, p. 100).

A adoção efetiva deste sistema depende da reorganização dos papéis exercidos pela entidade Estatal e a sociedade civil. O que, para que se alcance este resultado necessariamente perpassa pelos caminhos da informalização e desjudicialização da justiça, que compreendem em sentido lato, “diferentes realidades que permitem prevenir ou resolver um litígio, ou seja, um conflito social que dois ou mais interessados pretendam que seja dirimido sem recurso ao tribunal judicial” (PEDROSO, 2002, p. 18).

A informalização está relacionada ao movimento pelos “meios alternativos de resolução de conflito” (MARC), do inglês *alternative dispute resolution* (ADR). Esse processo, em regra, é oriundo de movimentos que partem da sociedade, por exemplo, organizações sociais e econômicas. O fundamento, segundo Pedroso (2002), reside na crítica aos moldes centralizados e estatais de resolução de conflitos e privilegiava métodos informais e descentralizados, focados na consensualidade e na maior participação das partes.

Vale lembrar que nos Estados Unidos tem-se um profícuo desenvolvimento de métodos alternativos e formas híbridas de solução de litígios. Contudo, ao contrário dos países europeus, o movimento de acesso à justiça neste país, segundo Cappelletti, “[...] não é visto ali como um "direito social", mas antes como um "problema social", do qual uma solução consiste em retirar dos tribunais boa quantidade de litígios.” (CAPPELLETTI, 2014, p. 292).

A desjudicialização, segundo Pedroso (2002), é estruturada no contexto do direito estatal e se apresenta como uma resposta à ineficiência dos tribunais no tratamento dos conflitos que lhes são dispostos, à morosidade na obtenção de um provimento final, e à dificuldade no acesso à justiça.

A temática da desjudicialização é controversa e recente<sup>22</sup>, uma vez que não há uma definição clara e específica sobre o termo e como se desenrola o fenômeno. Observa-se, por meio da análise de artigos e documentos sobre o tema, que a palavra é um neologismo, em regra, empregada na cultura jurídica atual, tanto pela doutrina quanto por membros do Judiciário, como uma reação à judicialização excessiva dos conflitos e também como uma tentativa de solucionar os problemas da morosidade e falta de eficiência da justiça oficial.

Silvia Cappelli (2011) seguindo essa corrente considera que a desjudicialização é uma reação ao congestionamento do Judiciário e a necessidade por acesso à justiça. Nas palavras da autora:

O termo desjudicialização é um neologismo que corresponde a uma reação jurídica contra o excesso de demandas decorrente do aumento da complexidade das relações sociais e da necessidade de ampliar o acesso ao Judiciário para acolher ações coletivas ou individuais estas, no mais das vezes, repetitivas. Em consequência, a morosidade e os custos de um processo judicial geraram a busca por soluções alternativas aos conflitos. (CAPPELLI, 2011, p.71).

<sup>22</sup> Como revela Almeida “Os estudantes da minha geração jamais poderiam pensar, naquelas décadas de sessenta e setenta, que veriam emergir uma força normativa a buscar exatamente o caminho inverso, a descentralização de parte das atividades jurisdicionais, ou seja, que setores da sociedade pudessem voltar a contribuir com a administração da Justiça, praticando atos que anteriormente eram reservados apenas aos Órgãos Judiciários, por meio de seus Juízes e auxiliares diretamente a eles ligados. A bem da verdade, esta tendência vem-se acentuando apenas recentemente, por meio de um fenômeno que se convencionou denominar “desjudicialização.” (ALMEIDA, p.103, 2011).

Os caminhos de desjudicialização têm se desenvolvido sob várias e amplas vertentes. Em um primeiro momento tem-se a simplificação dos procedimentos judiciais e a utilização de meios consensuais (mediação; conciliação) dentro do rito processual. Ademais abre-se um leque de possibilidades quanto aos métodos de resolução de conflitos, configurando o chamado tribunal multiportas, conforme assinala Pedroso (2002).

Ainda conforme o mesmo autor, um segundo segmento deste processo se dá quando o conflito social deixa de ser judicializável, seja por processos de descriminalização ou desjuridificação, em que determinado assunto deixa ter relevância para o direito estatal. Outro percurso possível é por meio da transferência de competência para instituições “não judiciais”, sejam essas privadas (conciliação, mediação, arbitragem), administrativas (comissões administrativas) ou híbridas, que passam a ser responsáveis pela resolução de litígios, ainda que em primeira instância (PEDROSO, 2002).

Descreve ainda o autor a remodelação das profissões jurídicas, devido à criação de novos ofícios como o do mediador ou conciliador familiar, e a atribuição de novos encargos a antigas profissões como notários (PEDROSO, 2002), que no ordenamento nacional, possuem a competência para a realização de divórcios e partilhas extrajudiciais pela via administrativa nos termos da Lei n. 11.441/2007.

Por fim, Pedroso identifica: “[...] a regulação dos conflitos sociais através da prevenção dos litígios com recurso a divulgação de informação jurídica [...]” (PEDROSO, 2002, p. 20). No Brasil alguns institutos têm sido facilitadores na prevenção de futuros litígios, como por exemplo, a recuperação extrajudicial de empresas (Lei 11.101/2005).

Os percursos da desjudicialização são amplos e nem sempre definidos. Entrementes, como consequência desse processo verifica-se a intensificação do debate no meio acadêmico e entre operadores do direito, bem como esforço de instituições particulares ou profissionais no desenvolvimento de vias adequadas ao tratamento dos conflitos.

A retomada das técnicas de resolução de conflitos “parajudiciais” ou “equivalentes jurisdicionais”, comumente conhecidos como meios alternativos de resolução de conflitos (MARCs) ou meios extrajudiciais de resolução de conflitos (MERCs), representam uma reavaliação do conceito de jurisdição e uma tentativa de desafogo do Judiciário.

Insta ressaltar que, preliminarmente, a doutrina processualística contemporânea considera a terminologia, “alternativo”, inadequada, pois tal vocábulo configura os MARCs como sendo uma segunda opção, diante da incapacidade da jurisdição estatal tradicional de cumprir o seu papel. Convenciona-se a terminologia, “adequada”, como sendo opção

conveniente, pois trata-se de considerar qual o mecanismo mais pertinente para a solução de determinado conflito<sup>23</sup>.

Compreende-se, outrossim, que a utilização de métodos ou formas alternativas de resolução de conflitos não é nova, o que é diferente, segundo Pedroso (2002), é o modo como esse processo tem sido incentivado por legisladores e doutrinadores como forma alternativa, substitutiva ou complementar aos tribunais judiciais.

A proposta aventada pela “desjudicialização” é a de construção de um novo modelo de Administração fundada na reforma do Judiciário e do sistema de justiça incluindo práticas alternativas de solução de conflitos. A proposição do autor é semelhante à proposta norte-americana, a saber, o sistema multiportas de solução de conflitos (do inglês *Multidoor Courthouse System*).

Originário do ordenamento norte americano na década de 1980, o sistema multiportas prevê a existência de várias possibilidades (portas) para a resolução das disputas trazidas ao Judiciário. A iniciativa foi apresentada inicialmente em 1976 pelo professor da Harvard Law School, Frank Sander, na conferência conhecida como *The Pound Conference*, conforme informam Sales e Sousa (2011).

Neste modelo de Administração da justiça, as partes, em um primeiro momento, são orientadas pelo órgão jurisdicional sobre qual via de resolução adequada para determinado tipo de litígio. A indicação não é vinculativa, e tem a vantagem de possibilitar maior eficiência.

Defendem processualistas que, desde a resolução 125/2010 e com a promulgação do novo Código de Processo Civil no ordenamento nacional, pode-se considerar inaugurado no processo brasileiro o modelo de solução multiportas<sup>24</sup>. Entretanto, a verdade é que há ainda longo caminho a ser percorrido na propagação deste modelo, a começar pelos próprios operadores do Direito.

Os dois últimos anos (2015/2016) comprovam a tendência desjudicializante. O principal incentivo por esse processo de desjudicialização e informalização advém da própria comunidade jurídica, seja pela doutrina, ou pelo próprio poder Judiciário, sob influência do CNJ.

No ano de 2015 tem-se a aprovação de Novo Código de Processo Civil, que além da simplificação dos procedimentos judiciais e instauração dos precedentes judiciais, tem como

---

<sup>23</sup> Contrário a esse posicionamento, Francisco José Cahali (2016) defende que a terminologia “alternativa” não tem a intenção de diminuir essas vias em relação ao Poder Judiciário.

<sup>24</sup> Cahali (2015) defende que com a implementação da resolução 125 do CNJ e a publicação do novo Código de Processo Civil inaugurou-se efetivamente o tribunal multiportas no país.

um de seus princípios informadores o incentivo a métodos alternativos de solução de conflitos. Neste mesmo ano foi publicado o Marco Legal da Mediação, regulamentando tanto a mediação judicial, quanto a extrajudicial, bem como a mediação tendo como parte a Administração Pública. Em 2016 comemora-se o aniversário de 20 anos da lei de Arbitragem, que foi reformada significativamente em 2015, admitindo-se também que a Administração Pública faça o uso da arbitragem para a composição de conflitos envolvendo direitos patrimoniais disponíveis.

Foi apresentada no Congresso Nacional a proposta de Emenda à Constituição nº 108 de 2015, que visa incluir o inciso LXXIX ao art. 5º da Constituição Federal, com o intuito de expressamente prever os meios extrajudiciais de solução de litígios no rol dos direitos fundamentais. A justificativa é que diante a insuficiência do Judiciário e devido ao número crescente de processos faz-se necessário tratar da questão não apenas em nível infraconstitucional, mas erigi-la à categoria constitucional, transformando em dever do Estado a criação de políticas incentivadoras de adoção de métodos extrajudiciais.

O texto original da PEC prevê a seguinte redação: “art. 5º, LXXIX - O Estado estimulará a adoção de métodos extrajudiciais de solução de conflitos”. Após ser encaminhada para a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) o parecer de relatoria, do então senador Blairo Maggi, sugeriu uma emenda para que o texto passe a ter a seguinte redação: “O Estado promoverá os meios necessários para a resolução de conflitos por meio da mediação, da conciliação, da arbitragem, sem prejuízo de outros métodos de autocomposição previstos em lei”. A PEC nº 108 de 2015 continua em trâmite no Congresso Nacional e resta observar o seu deslinde nos anos vindouros.

O Conselho Nacional de Justiça, desde a sua criação como órgão externo de controle administrativo e financeiro do terceiro poder, tem se empenhando na linha de promoção às formas dialogais de conflitos. Como exemplo da atuação ativa nesse sentido, tem-se o desenvolvimento desde 2008 da chamada “semana da conciliação”, que visa a promoção, nas diversas comarcas do país, de conciliações em massa de processos que estejam em condições para tanto.

O CNJ é responsável pela edição da resolução 125/2010, considerada um marco para a promoção da cultura de pacificação. A medida traz uma série de inovações na promoção da “Política Judiciária de Tratamento Adequado de Conflitos”, com a criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, que segundo dados do Conselho impediram a entrada de mais de 270 mil novos processos no ano de 2015 (BANDEIRA [CNJ], 2016).

A busca pela desjudicialização por meio dos MARCs foi estabelecida como uma das doze prioridades na gestão do CNJ de 2015-2016 e mantém-se para o ano de 2017. O CNJ também editou a resolução 225/2015, que promove a chamada Justiça Restaurativa, a qual consiste numa série de princípios e métodos que visem a solucionar conflitos de ordem criminal, aproximando ofensor e vítima, buscando uma solução adequada para a situação de conflitualidade.

Recentemente, no ano de 2015, o Tribunal de Justiça do Amapá criou o chamado “Comitê Interinstitucional Estadual da Desjudicialização”, que representa uma parceria no âmbito estadual entre outros órgãos do poder público, na tentativa de resolução de conflitos de massa (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA; 2015<sup>a</sup>). O Superior Tribunal de Justiça aprovou alteração regimental em 2016 para criação do Centro de Mediação no STJ.

Outra novidade no ano de 2016 foi a implementação do sistema de mediação online no site institucional do Conselho. O serviço é público e gratuito, o que permite a qualquer pessoa interessada se cadastrar no sistema e propor a mediação para determinado conflito. A mediação nestes casos se dá por meio da troca de mensagens digitais entre as partes e caso se chegue a um acordo este pode ser homologado eletronicamente por um juiz, caso contrário, ao final, inexistindo acordo, é marcada uma mediação presencial com os participantes.

Este sistema foi desenvolvido principalmente para solucionar casos envolvendo consumidores e grandes empresas e instituições bancárias, as quais se enquadram no perfil dos chamados “litigantes habituais”, sendo responsáveis por boa parte dos litígios em trâmite no Judiciário.

Resta mencionar que apesar de se ter incorporado e incentivado esses novos e velhos métodos de solução, conforme consta relatório do CNJ, dentro do Poder Judiciário apenas 11% dos conflitos foram resolvidos por meios das vias consensuais, apesar da intensa campanha realizada pelo órgão desde de 2006. (CONSELHO, NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016, p. 382).

A falta de conhecimento e familiaridade em relação a esses métodos é um ponto que dificulta o seu acesso pela população. Mesmo nas faculdades de direito do país a temática é recente. Pela análise curricular das principais faculdades de direito<sup>25</sup> já é possível verificar que a inclusão de disciplinas orientadas ao assunto é hodierna. Quando há tal previsão no currículo da graduação, nem sempre esta se encontra entre as disciplinas obrigatórias.

---

<sup>25</sup> Tendo como base o Ranking da Folha que divulgou a classificação de faculdades de Direito do país com base em critérios tais como avaliação do mercado, qualidade de ensino Doutorado e Mestrado, nota no Enade, professores com dedicação integral e parcial e avaliadores do MEC.

Dentre os inúmeros exemplos das iniciativas do CNJ e magistrados singulares, resta como fato marcante da desjudicialização no Brasil a condição de se desenvolver como uma política, principalmente no âmbito do poder Judiciário, ainda atrelado à noção do monopólio da jurisdição estatal por este poder e progride mediante um sistema hierarquizado.

Além disso, o programa de incentivo aos meios alternativos se desenvolve aliado à problemática da crise da justiça, representada na morosidade e ineficiência na solução de litígios. Mancuso (2014) considera que, “O notório crescimento – quantitativo e qualitativo – dos *meios alternativos* se verifica em proporção inversa à perda de eficiência e prestígio do serviço estatal de distribuição da Justiça, comprometendo a credibilidade do Judiciário ao interno da coletividade. ” (MANCUSO, 2014, p. 235).

Santos, Marques e Pedroso (1995) entendem que, de fato, há um certo desvio de litígios dos tribunais para outras vias de resolução, ainda que seja questionável em termos quantitativos, e a própria atuação judicial acabou por impulsionar esse movimento, devido à morosidade e os custos da justiça estatal, que a tornou menos atrativa aos litigantes.

Essa é justamente a crítica de Michelle Taruffo (2013) aos *alternative dispute resolution* (métodos alternativos de solução de conflitos). Para o autor italiano, esse sistema só é incentivado em países cujo sistema de justiça oficial é ineficiente, pois onde este sistema funciona adequadamente o uso da via alternativa ou complementar é marginal.

É importante considerar, nesse sentido, que para reformulação de um novo modelo de administração da justiça é necessário não só a implementação e a divulgação de modelos “parajudiciais”, bem como é importante a implementação de um processo judicial adequado. Afinal, não há realmente equilíbrio entre as alternativas se nem todas elas se mostram aptas ou eficazes.

Mancuso adverte: “Portanto, tanto é insustentável (e discriminatória) a postura depreciativa em face dos meios alternativos – neles vislumbrados uma Justiça de segunda classe – como também o é a postura derrotista em face da Justiça estatal, apostando na sua *débâcle* irreversível. ” (MANCUSO, 2014, p. 274).



### 3 DESJUDICIALIZAÇÃO E MEIO AMBIENTE

Como visto no capítulo anterior, o termo “desjudicialização” seria o movimento contrário à judicialização. Na desjudicialização busca-se que outros atores sejam capazes de contribuir na resolução de questões, que envolvem problemas políticos, sociais ou econômicos, sob o fundamento de concretização e democratização do acesso à justiça.

Uma das vertentes desse processo é a adoção de modos adequados de solução de conflitos. Dentre essas vias, como visto, tem-se métodos adjudicatórios como a arbitragem e métodos dialogados ou consensuais, nos quais se reconhece a conciliação, negociação e a mediação.

Nesse aspecto, por meio da desjudicialização, instâncias ou tribunais não judiciais assumem a competência para a resolução de litígios, de forma a substituir ou complementar a atividade jurisdicional desenvolvida pelo Estado.

Há, contudo, críticas a esse processo, que se estaria incorrendo numa “privatização da justiça”. Mauro Cappelletti (2014), quando trata dos métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento do acesso à justiça, reconhece o processo de “privatização” como um dos elementos evolutivos do sistema jurídico moderno.

Essa privatização é percebida, segundo o autor italiano, na segunda onda de acesso à justiça, em que se tem a participação de entidades privadas na defesa de direitos coletivos e difusos e na terceira onda com o surgimento de novas profissões ou transferências de novas funções para particulares, que passam a ter poderes decisórios ou “quasedecisórios” (CAPPELLETTI, 2014, p. 291).

José Carlos Barbosa Moreira (1998), por outro lado, considera que não se trata de uma “privatização” da justiça ou do processo, mas de uma publicização da função desempenhada pelos particulares. Nas palavras do autor: “Pois bem: a meu ver, longe de ser o processo que assim se privatiza, ao contrário, os particulares é que vêm sua atividade revestida de caráter público. Dá-se, a bem dizer, publicização, e não privatização.” (MOREIRA, 1998, p. 15).

Rodolfo Mancuso por sua vez entende que “A disseminação de órgãos, métodos e instâncias de julgamento fora e além do Judiciário estatal não significa, a rigor, uma *terceirização ou privatização* da Justiça, mas antes pode ser vista como uma *expansão* da própria distribuição da Justiça [...]” (MANCUSO, 2014, p. 259).

Sem deter-se em discussões sobre a privatização da justiça ou a publicização da função exercida por particulares, tem-se que a atuação de tribunais parajudiciais ou não governamentais é motivo de questionamentos em searas consideradas como passíveis de solucionar unicamente ou preferencialmente sob o pálio do poder jurisdicional do Estado,

situação que Carlos Alberto Salles (2011) define como “reserva de jurisdição”, uma vez que constituem questões de interesse coletivo e indisponível.

É o caso do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado previsto no art. 225 da Constituição Federal de 1988. A indisponibilidade do meio ambiente o torna, conforme entende doutrina tradicional, insuscetível de ser transacionado. De modo que, seguindo essa linha de raciocínio, os conflitos oriundos das relações que envolvam o meio natural não seriam passíveis de serem solucionados por métodos extrajudiciais, em especial no que diz respeito à arbitragem.

Contudo, como se verá nas páginas seguintes, a desjudicialização do meio ambiente no âmbito interno já é um fato, como pode ser observado pela ampla adoção do termo de ajustamento de conduta ambiental, assim como da mediação e conciliação ambiental, que ainda que tenham utilização reduzida, representam a possibilidade de transação em matéria ambiental.

A resistência maior a esse processo de desjudicialização em matéria ambiental diz respeito, não tanto aos métodos dialogados, mas principalmente à arbitragem ambiental. Diante disso, a importância de se discutir essa questão, que ainda não apresenta contornos definidos na doutrina nacional.

A priori, pode se considerar certa incompatibilidade entre a arbitragem, justiça privada, e o meio ambiente, bem de interesse difuso e indisponível. Contudo a experiência na ordem global tem demonstrado que é possível a aproximação entre esses dois ramos. A utilização da arbitragem ambiental no âmbito internacional, inclusive com sua previsão em tratados nos quais o Brasil é signatário, faz questionar os entraves para a sua aplicação no âmbito interno.

Entretanto, antes de se adentrar propriamente na aplicação da arbitragem à conflitos socioambientais no direito brasileiro, tema do próximo capítulo, é necessário primeiro entender as peculiaridades do meio ambiente e sua tutela no ordenamento jurídico.

Além disso, analisa-se os possíveis conflitos socioambientais e suas principais características. Verifica-se também quais as vantagens e críticas na aplicação de outros métodos adequados de solução (conciliação e mediação) às disputas ambientais, bem como cita-se exemplos desta aplicação.

Por fim, aborda-se o desenvolvimento do instituto da arbitragem e lista-se casos e situações internacionais de sua aplicação às questões ambientais. Demonstra-se também a importância da arbitragem ambiental internacional, inclusive para o desenvolvimento do direito ambiental internacional.

### 3.1 Meio ambiente: conceito e proteção jurídica

Ao falar sobre o meio ambiente e os conflitos oriundos destes na contemporaneidade é indispensável que se trate da situação de desequilíbrio ambiental no planeta provocada pela atuação humana. Como explica Édís Milaré, “Num prazo muito curto – e que se torna sempre mais curto – são dilapidados pela humanidade os patrimônios formados lentamente no decorrer dos tempos geológicos e biológicos, cujos processos não voltarão mais.” (MILARÉ, 2015, p. 54).

Historicamente, a conscientização da finitude dos recursos ambientais se dá principalmente a partir da segunda metade do século passado<sup>26</sup>. Até então, poucos documentos internacionais tratavam da proteção ambiental. Salvo algumas tentativas específicas de tutela<sup>27</sup>, os bens ambientais valiam pelo seu mero caráter econômico e não por sua essencial necessidade à manutenção da vida no planeta.

De fato, a lógica de mercado é ainda predominante num cenário mundial cada vez mais globalizado e permeado pelas práticas neoliberais, não é incomum a concessão de privilégios à grupos econômicos em detrimento do bem-estar ambiental. Daí a necessidade do debate e da substituição desse modelo por um novo modelo de desenvolvimento sustentável.

Observa Édís Milaré que:

A exploração desastrosa do ecossistema terrestre, de um lado, e a ampliação da consciência ecológica e dos níveis de conhecimento científico, de outro lado, produziram mudanças de natureza técnica e comportamental que, embora tímidas, vêm concorrendo para superar a falsa antinomia “proteção ambiental vs. crescimento econômico.” (MILARÉ, 2015, p. 65).

Nesse aspecto, o desafio do novo século é compatibilizar a relação entre o crescimento econômico e a preservação do equilíbrio ambiental. Esse é o cerne do chamado desenvolvimento sustentável, definido como “aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de gerações futuras atenderem a suas próprias necessidades.” (COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO, 1991, p. 46).

---

<sup>26</sup> Nesse período cita-se algumas obras literárias de elevada importância para o debate: “*Silent Spring*” (Primavera Silenciosa) de Rachel Carson lançada em 1962; “*The Limits to Growth*” (Limites do Crescimento) em 1972 relatório lançado por intelectuais, que compunha o chamado Clube de Roma e alertavam para o crescimento desmedido, sem preocupar-se com a sustentabilidade. Cita-se também a Conferência de Estocolmo de 1972, marco importante ao definir os principais problemas ecológicos a serem enfrentados.

<sup>27</sup> Alguns exemplos de conferência que visavam a proteção ambiental antes de 1972: I Congresso Internacional para a Proteção da Natureza (1923); Convenção Internacional para a Prevenção da Poluição do Mar por Óleo (1954)

Norberto Bobbio (2004), quando entrevistado sobre as problemáticas do futuro da humanidade, destacou o aumento populacional, a destruição ambiental e o poder armamentista destrutivo e quando indagado sobre a existência de algum ponto positivo nessa situação considerou que “ [...] via pelo menos um desses sinais: a crescente importância atribuída, nos debates internacionais, entre homens de cultura e políticos, em seminários de estudo e em conferências governamentais, ao problema do reconhecimento dos direitos do homem.” (BOBBIO, 2004, p. 26).

O mesmo posicionamento é válido para a questão ambiental. É fato que ainda hoje, esta não tem o destaque e a preocupação necessária. Contudo, a crise ambiental<sup>28</sup> tem conclamado a necessidade de efetivação das propostas protetivas previstas no século passado e início do século XXI. De modo que, apesar do avanço tímido na construção de um desenvolvimento sustentável, as discussões e debates sobre a temática têm reforçado positivamente a necessidade da afirmação de uma ética ambiental.

O surgimento desta concepção de sustentabilidade ambiental e as manifestações ambientalistas na ordem internacional no século passado influenciaram as Ciências, dentre elas o Direito, contribuindo para a formação de um novo ramo, qual seja, o Direito Ambiental, assim como promoveu o delineamento do chamado paradigma ambiental.

Ricardo Luís Lorenzetti (2010) traz a concepção do que denomina paradigma<sup>29</sup> ambiental, que diferentemente dos modelos anteriores (paradigma da liberdade e paradigma da igualdade), os quais se baseavam na defesa da propriedade e do ser humano, traz um outro objeto que é o meio ambiente.

O autor considera que, “O paradigma ambiental introduziu a necessidade de uma definição jurídica do meio ambiente, a fim de estabelecer qual é o objeto de proteção”. (LORENZETTI, 2010, p.25). Afinal, o surgimento de um novo ramo jurídico, tendo como o objeto central a figura do “meio ambiente” requer necessariamente a delimitação do seu conteúdo. Desta forma, passa-se à análise primeiramente do que é o meio ambiente, objeto de

---

<sup>28</sup> Antônio Herman Benjamin considera essa crise como “[...] multifacetária e global, com riscos ambientais de toda ordem e natureza: contaminação da água que bebemos, do ar que respiramos e dos alimentos que ingerimos, bem como perda crescente da biodiversidade planetária”. (BENJAMIN, 2007, p.60).

<sup>29</sup> Para o autor paradigmas são “[...] os modelos decisórios que tem um *status* anterior à regra e condicionam decisões. O vocábulo tem sido amplamente utilizado em numerosos campos filosóficos e científicos com diferentes acepções, mas em nosso caso refere-se unicamente ao modelo de pré-compreensão que guia as ações humanas em um determinado tempo e lugar” (LORENZETTI, 2010, p.19).

estudo e proteção do Direito Ambiental, uma vez que a sua caracterização influirá posteriormente quanto aos tipos de conflitos socioambientais.

Inicialmente, deve-se compreender que a expressão “meio ambiente” não apresenta significação unânime. Esta apreende em seu contexto uma série de elementos, podendo ser identificada como o conjunto de seres vivos e a interação destes com o meio que os cerca, ou melhor, em termos utilizados pela ecologia, é o complexo formado pela junção do mundo biótico (seres vivos) e abiótico.

Juridicamente identifica-se a expressão “meio ambiente” numa acepção restrita próxima à do parágrafo anterior<sup>30</sup> e outra mais ampla, englobando a noção de meio ambiente cultural e artificial. A atual Constituição não o define, contudo é a primeira a trazer a expressão em seu bojo. Esse é apenas um dos fatos que atestam que a preocupação ambiental é recente na política nacional.

É na lei 9.638/1981 a qual trata da Política Nacional do Meio Ambiente, que se tem a definição normativa, no art. 3º considera-se “meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”. (BRASIL, 1981).

A definição, segundo Milaré (2015), tem seus méritos ao buscar estabelecer parâmetros para o que se considera como o objeto de tutela do Direito Ambiental. Contudo, é criticada por apresentar uma visão estática e exclusiva. A doutrina, conforme assinala Leite (2007), considera que a definição legal adota o chamado “antropocentrismo alargado”.

O antropocentrismo encontra sua crítica no ecocentrismo que considera a necessidade de tutela do bem ambiental não somente por seu caráter utilitário à humanidade, mas por seu valor em si mesmo. Nas palavras de Milaré (2015), “Convindo em que o ecossistema planetário (ou o mundo natural) tem valor intrínseco por força do ordenamento do Universo, não apenas valor de uso, estimativo ou de troca, é imperioso admitir que ele necessita da tutela do Direito, *pelo que ele é em si mesmo* [...]”. (MILARÉ, 2015, p.114).

Por outro lado, o “antropocentrismo alargado” segundo José Rubens Morato Leite consiste:

Já o antropocentrismo alargado, mesmo centrando as discussões a respeito de ambiente na figura do ser humano, propugna por novas visões do bem ambiental. Assim, centre a preservação ambiental na garantia da dignidade do

---

<sup>30</sup> Nesse sentido, Édís Milaré considera: “No conceito jurídico mais em uso de meio ambiente podemos distinguir duas perspectivas principais: uma estrita e outra ampla. Numa visão estrita o meio ambiente nada mais é do que a expressão do patrimônio natural as relações com e entre seres vivos. Tal noção, é evidente, despreza tudo aquilo que não diga respeito aos recursos naturais. Numa concepção ampla, que vai além dos limites estreitos fixados pela Ecologia tradicional, o meio ambiente abrange toda a natureza original (natural) e artificial, assim como os bens culturais correlatos.” (MILARÉ, 2015, p. 139).

próprio ser humano, renegando uma estrita visão econômica do meio ambiente. (LEITE, 2007, p. 137).

Além da definição legal, a doutrina tem realizado inserções próprias sobre o tema. Ricardo Lorezenti (2010) entende que a definição de “meio ambiente” é melhor compreendida a partir da diferenciação entre microbem e macrobem. O meio ambiente é o macrobem, no qual os microbens, “[...] são partes do meio ambiente que em si mesmo têm as características de subsistemas, que apresentam relações internas entre suas partes e relações externas com o macrobem. ” (LORENZETTI, 2010, p. 26). Como exemplo cita-se a biodiversidade, fauna, flora, dentre outros.

A concepção de macrobem compreende o meio ambiente numa concepção globalizante, sendo concebido “[...] como a estabilidade de leis, interações e influências de ordem física, química e biológica [...] ” (LIMA, 2010, p. 27), sendo, portanto, bem incorpóreo e imaterial e não suscetível de apropriação (bem de interesse difuso).

Os microbens, por outro lado, como define Leite (2015), são os elementos componentes do macrobem, são corpóreos e sujeitos à proteção jurídica própria, como por exemplo, Código de Águas, Código Florestal<sup>31</sup>. Os microbens são passíveis de apropriação, o que não significa em autorização para sua destruição ou exaurimento. Eles são detentores de proteção na medida em que são essenciais para o equilíbrio ecológico, afinal são os componentes materiais do macrobem.

Lorenzetti (2010) ainda destaca a diferença entre o direito subjetivo ao ambiente saudável e a tutela do meio ambiente, que se trata de bem coletivo. O primeiro, se funda no indivíduo e na dignidade humana, o segundo, compõe o novo paradigma ambiental e traz novos direitos e deveres para com a biodiversidade e o ecossistema. Desta forma, a tutela do meio ambiente não se molda na noção subjetiva e individualista dos direitos de primeira dimensão, ela parte do coletivo para o particular.

A par das questões sobre a definição, verifica-se que discussões sobre conflitos ambientais têm estado em voga na atualidade diante da crise ecológica vivenciada. Problemas como a poluição, o aquecimento global, desastres ecológicos, dentre outros, tornam necessária a preocupação com a proteção de importante patrimônio. O assunto é interdisciplinar e não é

---

<sup>31</sup> Destaca ainda o autor: “Quando se fala, assim, na proteção da fauna, flora, do ar, da água e do solo, por exemplo, não se busca propriamente a proteção desses elementos em si, mas deles como elementos indispensáveis à proteção do meio ambiente como bem imaterial, objeto último e principal visado pelo legislador. ” (LEITE, 2015, p. 85).

primazia do Direito a sua compreensão, contudo, este tem importante papel na tutela protetiva do meio ambiente.

As primeiras manifestações de tutela ambiental, conforme recorda Milaré (2015), estiveram fundadas na proteção da saúde humana. Não é sem motivo, que nos anais da Constituinte de 1988 tem-se a subcomissão da saúde, seguridade e meio ambiente. Com o desenvolvimento do discurso ecológico, a questão ambiental, ainda que esteja relacionada à saúde, ganha autonomia.

O movimento ambientalista<sup>32</sup> do século passado propiciou o advento da ecologização das Constituições ou constitucionalização do meio ambiente no final do século XX. Antônio Herman Benjamin (2007) identifica três ondas da constitucionalização do meio ambiente: a primeira sob influência da Declaração de Estocolmo de 1972, abrange alguns países do continente europeu; num segundo momento, ainda sob influência tardia da Conferência, atinge Estados como o brasileiro e, por derradeiro, o terceiro grupo engloba novos conceitos como biodiversidade, princípio da precaução e desenvolvimento sustentável, agora sob a ingerência da Conferência do Rio de 1992.

Benjamin (2007) ainda enumera benefícios substantivos e formais da elevação do meio ambiente à categoria constitucional. Primeiramente destaca a positivação de um dever fundamental de não degradação, dever esse geral, automático e imediato, que vincula particulares e o poder público, podendo ser exigível a qualquer tempo.

O segundo benefício, de acordo com o mesmo autor, com liame em relação ao primeiro, consagra o condicionamento do direito à propriedade ao cumprimento de sua funcionalidade, que abrange a proteção às normas ambientais<sup>33</sup>. Diferentemente de período anterior de exploração devastadora dos recursos naturais, há que se ter como orientação, no gozo da propriedade, o respeito aos atributos ambientais.

Em terceiro lugar, Benjamin (2007) destaca o meio ambiente saudável como direito fundamental, que o eleva ao patamar de valores como à propriedade, não mais ocupando o segundo plano no ordenamento jurídico. E mais, o meio ambiente ganha autonomia, pois deve ser protegido não somente em razão de sua valoração econômica para a humanidade, mas por seu próprio caráter fundamental para o planeta.

---

<sup>32</sup> Nesse mesmo sentido revela Lorenzetti (2010) que: “O ambientalismo introduziu novos valores que têm ingressado nos textos constitucionais e supranacionais, cumprindo a função de limite material para a legislação.” (LORENZETTI, 2010, p. 33).

<sup>33</sup> Como exemplo do respeito ao meio ambiente como forma de cumprimento da função social da propriedade cita-se o art. 186, II, CF/1988.

Desta forma, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é incluso na categoria da terceira dimensão de direitos fundamentais<sup>34</sup>, que se preocupa com as garantias decorrentes de uma nova realidade pós-moderna. É importante verificar que a noção de direitos fundamentais relacionada à noção de pessoa e direito subjetivo não é suficiente para promoção da proteção aos direitos de terceira dimensão como se dá com os de primeira e segunda dimensões.

Para que estes direitos possam ser devidamente protegidos é necessário, segundo Ricardo Luis Lorenzetti, “[...] encontrar um ponto de conexão entre indivíduo e a sociedade, entre os bens individuais e coletivos. É neste campo em que se deve completar a teoria dos direitos ampliando os bens tutelados: individuais e coletivos.” (LORENZETTI, 2010, p.24).

O quarto aspecto para Herman é a “legitimação constitucional da função estatal reguladora” (BENJAMIN, 2007, p. 74). Como direito fundamental de terceira dimensão, o meio ambiente saudável faz jus não somente à função de defesa<sup>35</sup>, a saber, não degradação, mas também à função protetiva, que exige a atuação do poder público na regulamentação da sua proteção eficaz. Cria uma obrigação de fazer, que em caso de omissão, gera a quebra de um dever objetivo de cuidado.

O quinto, e também correlacionado aos demais, é a redução na discricionariedade do administrador público, que deve pautar-se em qualquer ato ou ação da administração pela defesa

---

<sup>34</sup> Quanto às chamadas dimensões ou gerações, são convencionalmente reconhecidas três delas, embora outros autores venham a relatar outras. De acordo com Nunes Júnior (2009), a primeira dimensão compreende as chamadas liberdades negativas, que contemplam os direitos civis e políticos. O conteúdo de tais direitos visava evitar o abuso do poder estatal. A segunda dimensão corresponde aos dos direitos sociais, econômicos e culturais que privilegiam a igualdade. A terceira dimensão tem-se em evidência o valor solidariedade (fraternidade), que está diretamente relacionada aos direitos coletivos e difusos, como por exemplo, à proteção do meio ambiente São direitos que não atingem somente o indivíduo ou um grupo específico, mas que garantam a proteção da humanidade. Como ressalta Bobbio, os direitos de terceira geração, “[...] constituem uma categoria, para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga, o que nos impede de compreender do que efetivamente se trata. O mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído”. (BOBBIO, 2004, p.4).

<sup>35</sup> Os direitos fundamentais são caracterizados pela sua multifuncionalização. Dentre as suas funções, segundo Martins (2011), destacam-se a de defesa e de proteção, sendo esta última subdividida em outras três: função de organização e procedimento, função de prestação propriamente dita e função de proteção. A função de defesa visa impor limites à atuação estatal em relação à sociedade. Sua característica principal é a abstenção, de modo que, sua violação pode dar lugar a pretensões preventivas, tais como a tutela inibitória. A função de proteção, lado outro, requer uma ação positiva por parte do Estado. Não basta que o poder público se abstenha de interferir, é necessário que promova a igualdade social. Assim sendo, há uma obrigação de fazer por parte do ente estatal. A função de proteção está relacionada à chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Sabe-se que o Estado não é o único órgão capaz de ameaçar o indivíduo. Assim, prescreve-se ao poder público a obrigação de garantir que os direitos fundamentais sejam preservados nas diversas relações sociais, sejam estes ameaçados por outros particulares ou por grupos ou organizações sociais.



do ambiente, sob pena de configuração de improbidade administrativa e oportuna aos cidadãos a possibilidade de fiscalizar e exigir tal postura. Esse é o mandamento contido no art. 225, §1º da CF/1988.

O último aspecto substantivo, ainda conforme Benjamin (2007), evidencia o caráter participativo da constitucionalização, que municia a população em geral com mecanismos para requerer processualmente, seja administrativamente ou judicialmente, a proteção e qualidade ambiental.

Como explica Milaré:

Lembrando que a proteção ao meio ambiente é pressuposto para o atendimento de outro valor fundamental – o direito à vida –, cuidou o ordenamento constitucional de prescrever uma série de *garantias* ou mecanismos capazes de assegurar à cidadania os meios de tutela judicial sobre aquele bem (dentre outros; ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, ação civil pública, ação popular constitucional, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção). (MILARÉ, 2015, p. 163).

Nesse aspecto, o Estado deve criar aparatos e procedimentos suficientes à garantia do equilíbrio ambiental. Esse dever se reflete em todas as esferas de atuação da função estatal, logo influi também na tutela jurisdicional. É necessário que estejam à disposição mecanismos propícios ao acesso concreto à justiça e à obtenção do resultado útil pretendido. A essa imposição não compreende o mero acesso ao tribunal, sentido estrito do direito de acesso à justiça, mas sim a disposição de uma “jurisdição compartilhada”, conforme assinala Mancuso (2014), que coloque à disposição métodos judiciais e extrajudiciais de resolução de conflitos.

Quanto aos benefícios formais, enumera a preeminência e proeminência das normas ambientais, que por se encontrarem na Constituição, estão no topo do ordenamento jurídico, sendo parâmetro de validade para toda a legislação infraconstitucional. Assim sendo, Benjamin (2007) ressalta que são consideradas inválidas aquelas normas infraconstitucionais que não se conformarem com o mandamento constitucional.

Ademais, conforme o referido autor, são as normas constitucionais dotadas de maior segurança jurídica em Constituições rígidas, seja pela forma procedimental mais rigorosa para se emendar a Constituição, seja por serem cláusulas pétreas, como no caso brasileiro.

José Joaquim Gomes (2007), por sua vez, enumera cinco dimensões da juridicidade ambiental: dimensão garantístico-defensiva (não intervenção estatal); positivo-prestacional (dever de proteção); dimensão jurídica irradiante para todo o ordenamento (vinculação dos particulares ao direito fundamental ao meio ambiente equilibrado) e dimensão jurídico participativa (defesa de bens ambientais por parte dos cidadãos e de toda sociedade civil). O

conjunto dessas dimensões, conforme Canotilho (2007), permite que o autor considere a existência de um Estado de Direito Ambiental e Ecológico.

Quanto ao sistema constitucional brasileiro, verifica-se que a tutela ambiental vem delineada no título oitavo, que trata da ordem social, no capítulo VI, art. 225. No caput do referido artigo é estabelecido que, “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).

O §1º do artigo supracitado é dividido em sete incisos<sup>36</sup>, que compõem deveres e obrigações correlacionados ao Poder Público para a garantia de defesa do meio ambiente, os quais implicam numa obrigação de fazer por parte do Estado (função protetiva). Sempre bom relembrar que a sociedade civil desempenha importante papel na fiscalização e na execução destes deveres, bem como é corresponsável pela preservação do macrobem ambiental.

Vale ainda destacar que uma das dificuldades na efetivação, segundo Lorenzetti (2010), reside na ausência de incentivos individuais para a tutela de bens coletivos ou difusos, visto que estes não são bens do Estado e não pertencem a um sujeito definido, afinal apresenta caráter transindividual

Cappelletti e Garth (2002), quando trataram da segunda onda, identificaram problema semelhante, uma vez que por ser direito de todos não há um incentivo, para que grupos ou indivíduos tomem partido, sendo relegada esta função somente ao órgão estatal.

---

<sup>36</sup> 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.

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

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

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

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

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

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

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

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

Norberto Bobbio (2007) já fazia menção à função promocional do direito. Para o jurista italiano, para além da função de repressão (direito como sanção), o Estado desenvolve uma função positiva de estímulo às condutas desejáveis, ao invés de reprimir as indesejáveis. Afinal, como esclarece o autor: "Em suma, a diferença entre a técnica do incentivo, e a técnica tradicional da sanção negativa está precisamente no fato de que o comportamento que tem consequências jurídicas não é a inobservância, mas a observância." (BOBBIO, 2007, p.101).

Acredita-se que, ao menos em termos de tutela jurisdicional, a utilização de métodos extrajudiciais permita maior inserção da população quanto aos aspectos relativos à gestão ambiental. Verifica-se na próxima seção a importância de métodos preventivos ou alternativos de solução de conflitos que não se baseiam no caráter impositivo, mas sim na consensualidade. É o caso da mediação ambiental, que pode ser instalada antes da existência de um conflito, servindo como mecanismo preventivo e de estímulo de condutas adequadas para a observância do equilíbrio ambiental.

Quanto ao regime de sanções negativas, este é previsto em legislação específica (lei de crimes ambientais) e no §2º do art. 225, CF/1988 que trata das penalidades em caso de ação lesiva ao meio natural, em que o agente infrator poderá incorrer nas três esferas de responsabilização: civil, penal e administrativa, sendo estas independentes entre si, ou seja, a instalação de uma delas não impede as demais de virem a ser propostas.

Além do art. 225, o constituinte prevê instrumentos para a tutela jurisdicional do meio ambiente através da ação civil pública (art. 129 da CF/1988), ação popular, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, previstos no art. 5º do texto constitucional. Ademais, confere ao Ministério público o dever institucional de tutela ambiental (art. 129, CF/1988).

Como visto, são inegáveis os benefícios da constitucionalização do meio ambiente, tendência essa inclusive internacional. Entretanto, o grande entrave à tutela do meio ambiente e dos Direitos Fundamentais como um todo reside não na sua implementação normativa, mas na efetivação prática. Adverte Antônio Herman Benjamin (2007): "[...] constitucionalizar é uma coisa; constitucionalizar bem é outra bem diversa. Ninguém deseja uma Constituição reconhecida pelo que diz e desprezada pelo que faz ou deixa de fazer." (BENJAMIN, 2007, p.61).

François Ost, quando busca analisar a crise ecológica sob o viés jurídico, questiona quanto às normas impostas pelo Direito se, "Estarão estas em condições de se opor à lógica de delapidação dos recursos e poluição dos rios? Serão elas eficazes e efectivas?" (OST, 1995, p.103). Este é o ponto central da problemática jurídica do meio ambiente, a saber, a (in)efetividade da tutela do ambiente pelo Direito.

Uma das formas criadas para ampliar a efetividade das normas de direito ambiental foi a implementação de instrumentos procedimentais, os quais permitem à sociedade, às pessoas ou a ente públicos e órgãos governamentais requererem a proteção jurisdicional do bem ambiental. Afinal, não basta a existência normativa, são necessários mecanismos para reivindicação desses direitos.

Pode-se observar aqui o estabelecimento, como visto no capítulo anterior, de uma relação entre o acesso à justiça e o exercício da cidadania, de modo que, a tutela jurisdicional do meio ambiente, compreendida a partir do tratamento constitucional dado ao meio ecológico, consiste numa série de mecanismos materiais e processuais na promoção da garantia deste bem. É necessário que além de mecanismos para que se acione esta tutela, que o seu desenvolvimento seja rápido e efetivo para que cumpra com a sua finalidade.

Desta forma, a tutela jurisdicional do meio ambiente relega importante papel ao Poder Judiciário na efetivação de normas protetivas. Com a ampliação do acesso à justiça este é buscado como modo de exercício dos direitos de cidadania e como forma de dirimir conflitos socioambientais.

Contudo, como prevê José Rubens Morato Leite (2015), a efetividade desta via “[...] levanta uma série de questionamentos, tais como: duração do trâmite processual e acúmulo de demandas no Poder Judiciário, legitimidade e relações poligonais, coisa julgada, vários aspectos processuais e muitas outras reflexões”. (LEITE, 2015, p. 29).

Assim, devido aos óbices encontrados no modelo jurisdicional tradicional, tem-se se resgatado e incentivado vias alternativas. Como visto, no segundo capítulo a questão é controversa sob os aspectos dos fundamentos da implementação desta justiça coexistencial, que abre a possibilidade de dois caminhos diversos de solucionar tensões: o da via tradicional (judicialização do meio ambiente) ou vias alternativas ou parajudiciais (desjudicialização), configurando a chamada jurisdição compartilhada.

A judicialização do meio ambiente gera preocupações com relação à sua não efetividade. Além da questão recorrente da demora no deslinde do litígio, verifica-se que inexistente no sistema nacional um Código de Processo Coletivo, ao contrário, fala-se em “Microsistema Brasileiro de Processo Coletivo” constituído pela integração da Lei de Ação Popular, Lei de Ação Civil Pública, e Código de Defesa do Consumidor, sendo estes os diplomas base na resolução de conflitos de interesses difusos.

Há muito já se discute a criação de um Código de Processo Coletivo, porém sem concretude até o momento. Apesar dos diplomas que compõem o “Microsistema Brasileiro de Processo Coletivo”, a tradicional visão processual civil brasileira é orientada na resolução

de conflitos individuais, não estando preparada para resolver conflitos relacionados à direitos difusos e coletivos.

Como bem ressalta Mancuso “Admite-se que, ainda hoje, o ambiente da jurisdição coletiva não esteja suficientemente difundido e aclarado na experiência brasileira, o que explicaria (mas não justificaria!) Certas posturas conservadoras, tradicionalistas, infensas a novas propostas e experimentos” (MANCUSO, 2014, p. 346)

Por fim, tem-se que a resolução de litígios ambientais envolve um caráter multidisciplinar englobando não somente a seara jurídica, mas conhecimentos mínimos das condições socioeconômicas e ecológicas que envolvam determinada situação (MILARÉ, 2015, p. 1403). Desta forma, trata-se nas próximas páginas sobre as peculiaridades do dano ambiental nas sociedades pós-modernas e a complexidade no deslinde desses.

### **3.2 Crise ecológica, sociedade de risco e conflitos socioambientais**

A sociedade atual é marcada por novos e crescentes desafios, e dentre as teorias que caracterizam e buscam analisar a sociedade pós-industrial não se pode deixar de mencionar a teoria da “sociedade de risco” desenvolvida por Ulrich Beck (2011) e correlacioná-la com a situação de crise ambiental.

Já no prefácio de sua obra, o referido autor reconhece que o século XX não foi pobre em catástrofes: as duas grandes guerras mundiais, Auschwitz, os desastres de Harrisburg, Bhopal e Chernobyl. Todos esses acontecimentos e em especial o perigo de contaminação nuclear, marcam uma nova modernidade, definida pelos riscos, os quais diferem de outros períodos “[...] fundamentalmente por conta da globalidade de seu alcance (ser humano, fauna, flora) e de suas causas modernas”. (BECK, 2011, p. 26).

Os riscos civilizatórios de períodos anteriores eram circunscritos a regiões específicas ou mesmo tendiam a atingir determinada classe. Por outro lado, Beck (2011) alerta que os riscos da modernidade atual são marcados pelo “efeito bumerangue”, o que significa que seus efeitos são pulverizados e até mesmo insensíveis às diferenças de classes (ricos, pobres). Em um certo ponto eles atingem até os seus causadores ou aqueles que lucram com as suas causas, promovendo uma “unidade entre culpado e vítima”. (BECK, 2011, p.44).

Nas palavras do autor:

O efeito bumerangue não precisa se refletir, portanto, unicamente em ameaça direta à vida, podendo ocorrer também através de mediações: dinheiro, propriedade, legitimação. Ele não apenas atinge em repercussão direta o causador isolado. Ele também faz com que todos, globalmente e por

igualmente arquem com o ônus: o desmatamento causa não apenas o desaparecimento de espécies inteiras de pássaros, mas também reduz o valor econômico da floresta e da terra. (BECK, 2011, p. 45).

Nesse sentido, há consciência dos riscos que não se submete estritamente aos contornos territoriais ou de classes. Estes são fatores que têm contribuído para a complexidade dos conflitos demandando novas formas de solução. Como descreve Beck (2011): “A sociedade de risco dispõe, nessa medida, de novas fontes de conflito e de consenso”. (BECK, 2011, p. 57).

A sociedade pós-moderna torna-se cada vez mais complexa e plural, de modo que, os conflitos também são influenciados por esses aspectos, demandando outros métodos de gerenciamento. A desjudicialização dos conflitos abre a possibilidade de uma nova arena para além da justiça estatal, para resolução de novos conflitos característicos desta sociedade pós-moderna (sociedade de riscos) com a transferência do poder decisório para novos atores sociais. A intenção não é isenta de incertezas e desvantagens, especialmente em matéria de tutela ambiental, mas surge como alternativa viável para a falta de efetividade das normas ambientais.

O conflito faz parte da convivência humana em sociedade. Conforme expõem Schnitman e Littlejohn (1999): “Os conflitos são inerentes à vida humana, pois as pessoas são diferentes, possuem descrições pessoais e particulares de sua realidade e, por conseguinte, expõem pontos de vista distintos, muitas vezes colidentes.” (SCHNITMAN; LITTLEJOHN, 1999, p.170)<sup>37</sup>. Estes podem ser vistos sob uma perspectiva negativa e indesejável ou como uma oportunidade para mudança, ainda segundo os autores supracitados, podendo-se construir novos aspectos sociais.

A seara ambiental é eminentemente conflitiva, pois compreende campo fértil para pretensões e insatisfações no que diz respeito tanto à proteção, quanto à utilização dos bens ambientais. Paulo E. Little define os conflitos ambientais como sendo aqueles oriundos das, “[...] disputas entre grupos sociais derivadas dos distintos tipos de relação que eles mantêm com seu meio natural.” (LITTLE, 2001, p. 107). Para este autor tais disputas se traduzem sob diversos aspectos, mas podem ser agrupadas de modo didático em três ordens distintas: conflitos pelo controle dos bens ambientais; conflitos gerados pelo impacto ou dano ambiental; e conflitos relacionados aos conhecimentos ambientais.

O primeiro aspecto colacionado reside na disputa pelo uso e gozo dos recursos ambientais. Como adverte Milaré (2015), “Tudo decorre de um fenômeno correntio, segundo o

---

<sup>37</sup> Ainda completam: “A forma de dispor tais conflitos mostra-se como questão fundamental quando se pensa em estabelecer harmonia nas relações cotidianas”. (SCHNITMAN; LITTLEJOHN, 1999, p.170).

qual os homens, para a satisfação de suas novas e múltiplas necessidades, que são ilimitadas, disputam bens da natureza, por definição limitados.” (MILARÉ, 2015, p. 55).

Dentro desta primeira classificação pode-se perceber tensões advindas de divergência pela posse, utilização ou propriedade de recursos, que envolvem caráter eminentemente econômico. Contudo, podem ocorrer tensões cujo o pano de fundo se desdobre em fatores sociais ou políticos. Afinal, os conflitos socioambientais se encontram inseridos no contexto das relações sociais. Na verdade, são espécies dentro da grande área dos conflitos sociais. Sendo assim, conforme Acselrad (2004), não há como se dissociar os problemas socioeconômicos e ecológicos <sup>38</sup>.

De modo que, as relações culturais, históricas e sociais que envolvem os bens ambientais também influem no contorno do conflito ou no surgimento deste. Acselrad (2004) traz à luz, como exemplo, o caso dos recursos hídricos que para comunidades ribeirinhas não possuem a mesma significação que possuem para empresas hidroelétricas.

Ademais, Beck defende que, “[...] a natureza não pode mais ser concebida *sem a sociedade*, a sociedade não mais *sem a natureza*”. (BECK, 2011, p.98). As teorias do século XIX embasam-se na separação homem versus natureza, contudo contesta este autor que os problemas ambientais não devem ser vistos como “alheios”, a saber, ao “outro”, mas são problemas sociais, cujas causas e contornos têm como responsáveis a humanidade e sua atuação perante o meio.

A questão ambiental passa a ser retomada dentro da arena dos conflitos em sociedade<sup>39</sup>. Nesse aspecto, o desafio ao tratar de conflitos ambientais é estruturá-los não como elementos autônomos, mas compreendê-los a partir das relações políticas, socioeconômicas e culturais nas quais estão envolvidos. Daí a importância de projetos, como destaca Henri Acselrad, “[...]”

---

<sup>38</sup> Sobre o tema Henri Acselrad (2004) complementa que: “A ‘guerra pela água’, envolvendo as comunidades camponesas nas cidades bolivianas de Cochabamba e Achacachi, em 2000, as rebeliões antiprivatistas ocorridas em Arequipa no Peru em 2002 e a insurreição indígena nucleada pela contestação dos acordos de exploração de gás, que resultou na renúncia do presidente da Bolívia em 2003, vieram mostrar que o modo de apropriação, exploração, uso e regulação dos processos ecológicos da base material do desenvolvimento é visto como questão decisiva pelas populações que acreditam, a seu modo, depender da ‘Natureza’ para a construção de seu futuro.” (ACSELRAD, 2004, p. 7).

<sup>39</sup> Ulrich Beck, Anthony Giddens, Scott Lash no prefácio da obra “Modernização Reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna” reconhecem que “[...] as questões ecológicas só vieram à tona porque o “ambiente” na verdade não se encontra mais alheio à vida social humana, mas é completamente penetrado e reordenado por ela. Se houve um dia em que os seres humanos souberam o que era “natureza”, agora não o sabem mais. Atualmente, o que é “natural” está tão intrinsecamente confundido com o que é “social”, que nada mais pode ser afirmado como tal, com certeza.” (BECK; GIDDENS; LASH, 1997, p.08).

voltados para a disseminação de tecnologias de resolução de conflitos ambientais. ” (ACSELRAD, 2004, p. 8).

O segundo grupo dos conflitos socioambientais, como visto, envolve as ações lesivas e a responsabilização do agente causador destas. As ações lesivas podem ser divididas, segundo Lorenzetti (2010) em: ações direcionadas ao meio ambiente (macorbem), as quais afetam o bem coletivo; ações lesivas à direitos individuais, quando o bem coletivo é atingido pode gerar reflexamente dano a interesses de particulares; e lesão de direitos individuais com efeitos sobre o meio ambiente.

Assim sendo, o dano ambiental (ação lesiva) pode atingir interesses jurídicos múltiplos. É devido a esse fator que José Rubens Morato Leite, considera que a expressão “dano ambiental” é ambígua, pois “[...] designa, certas vezes, alterações nocivas ao meio ambiente e outras, ainda, os efeitos que tal alteração provoca na saúde das pessoas e em seus interesses. ” (LEITE, 2015, p. 94).

O dano ambiental, caracteriza-se também pela “pulverização de vítimas” (MILARÉ, 2015, p. 322). Portanto, observa-se que atinge a esfera individual e coletiva simultaneamente, sendo os danos de origem patrimonial ou moral (extrapatrimonial). Aliás, sabe-se que os efeitos da ação humana sobre o meio podem perpetuar-se por anos, atingindo, inclusive, as gerações futuras. São conflitos que envolvem, portanto, a esfera transindividual e intergeracional.

Além da multiplicidade de esferas que podem ser afetadas por meio de uma ação lesiva, outros dois fatores aumentam a complexidade do dano ambiental, a saber, a incerteza e o risco. Como atesta Milaré, “O dano ambiental, gravame significativamente intensificado com o advento da sociedade industrial, tem características próprias, que acabam por orientar o tratamento que as várias ordens jurídicas a ele conferem [...]”. (MILARÉ, 2015, p. 321).

Como retratado anteriormente, não se pode deixar de reconhecer que se vive numa sociedade de riscos em que sempre é possível identificar com exatidão a fonte ou valorar a extensão do dano. Cita-se recentemente o desastre ambiental de Mariana causado pelo rompimento de uma das Barragens de resíduos da empresa Samarco, cujas consequências futuras para a biodiversidade são ainda questionadas e sopesadas.

Ademais, os riscos na pós-modernidade não se restringem às fronteiras territoriais dos Estados. E como adverte José Rubens Morato Leite (2015), “ No caso da proteção ao meio ambiente os obstáculos são ainda maiores, pois as suas exigências dizem respeito a uma dimensão planetária, ou seja, demandam instrumentos em nível internacional ou intercomunitário e não isoladamente no interior do Estado de Direito. ” (LEITE, 2015, p. 31).



De forma que outra característica do dano ambiental é o seu caráter supranacional, pois mais das vezes a lesão não envolve a área territorial de um só Estado, interferindo no equilíbrio do meio ambiente de vários países. De fato, a constatação do dano ambiental transfronteiriço é decorrência do caráter horizontal da expansão do dano, e um dos fatores, que dificulta a sua resolução pela via judicial. Nesse aspecto, é inegável que as técnicas de desjudicialização propiciam maior maleabilidade na resolução de conflitos de tais ordens.

Além disso, situações que envolvem lesão ao meio ambiente são sensíveis, dotadas de riscos e incertezas, e não podem sujeitar-se à demora processual sob pena de irreversibilidade ou agravamento do dano. Demandam, portanto, resposta rápida a fim de garantir sua efetiva proteção. Afinal, como visto até o momento, o dano ambiental apresenta características multidimensionais, em que o risco da demora somente tende a agravá-lo.

Por fim, o terceiro grupo de conflitos ambientais refere-se às disputas decorrentes das divergências de percepções sobre o conhecimento em matéria ambiental. Nesse aspecto cita-se como exemplo situações que envolvem a instalação de usinas nucleares, utilização de substâncias químicas ou alimentos transgênicos. Não há um consenso quanto aos riscos advindos, sendo comuns posições dissonantes. Conforme Little (2001), outra fonte de tensões diz respeito às descobertas científicas ou conhecimentos protegidos pela propriedade intelectual.

Esses são alguns exemplos de conflitos existentes na seara socioambiental e que podem vir a resultar futuramente em uma ação judicial, sendo a demora no resultado útil do processo um dos principais entraves para o tratamento adequado do conflito e para a concretização da efetiva proteção ambiental. Daí a intenção de se disponibilizar formas alternativas para a problemática ambiental, que garantam outros modelos e formas de tratamento dos litígios e que possam vir a ser mais adequadas para determinadas situações.

Além disso, como pôde ser observado até o presente momento, o conteúdo que envolve o meio ambiente é complexo e apresenta várias facetas, o que leva a questionar, inclusive, sobre a possibilidade de utilização da arbitragem para determinados tipos ou aspectos de conflitos socioambientais, uma vez que oferece uma abordagem mais especializada, questão essa a ser melhor discutida no quarto capítulo

### **3.3 Resolução adequada de disputas socioambientais**

Como visto no segundo capítulo, o fenômeno da desjudicialização tem como uma de suas facetas o incentivo aos métodos alternativos de solução de conflitos (MARCs), ou melhor,

mecanismos para a resolução adequada das disputas (RADs) para além da esfera do Poder Judiciário como uma opção apropriada para os conflitos na pós-modernidade.

Muitos desses mecanismos são antigos, anteriores à própria figura do Estado nos moldes em que este exsurge nos séculos XVIII e XIX, no qual passa a deter o monopólio da produção do Direito e da Jurisdição. Entretanto, mesmo com o monopólio da função jurisdicional pelo Estado, esses métodos nunca foram completamente extintos, convivendo de forma paralela à justiça oficial, sendo por isso considerados “parajudiciais” ou “parajurisdicionais”<sup>40</sup>.

Como esclarece Ada Pellegrini Grinover:

Se é certo que, durante um longo período, a heterocomposição e a autocomposição foram considerados instrumentos próprios das sociedades primitivas e tribais, enquanto o processo jurisdicional representava insuperável conquista da civilização, ressurgiu hoje o interesse pelas vias alternativas ao processo, capazes de evitá-lo ou encurtá-lo, conquanto não o excluam necessariamente. (GRINOVER, 2014b, p. 1017).

O que há de novo hodiernamente é o maior incentivo legislativo e doutrinário a esses métodos frente à insuficiência da administração da jurisdição pelo Estado. Conforme atesta a autora supracitada, nas sociedades pós-industriais há maior interesse pelas vias alternativas, que não só se apresentam como mecanismos de gerenciamento de conflitos, mas também como instrumentos na formação de uma consciência política. Há uma clara retomada na importância de tais meios alternativos frente à crise da administração da justiça estatal.

Dentre os métodos, tradicionalmente se destacam: a negociação, a mediação, conciliação e arbitragem. De modo que, verifica-se a utilização destes mecanismos citados, seja com novos formatos de aplicação ou até mesmo a criação de formas híbridas, compostas pela mistura da estrutura desses quatro métodos principais, como por exemplo, é o caso da mediação-arbitragem (Med-Ar<sup>41</sup>) ou das chamadas formas inominadas<sup>42</sup>.

<sup>40</sup> Vale lembrar que Francesco Carnelutti denomina as vias autocompositivas como “equivalentes jurisdicionais” (CARNELUTTI, 1989, v.I, p. 109),

<sup>41</sup> Med-arb é um procedimento de resolução de conflitos que mistura elementos da mediação e arbitragem. O procedimento se inicia como uma mediação e caso não seja atingido o acordo, ou ainda reste algum impasse, este se transforma em uma arbitragem. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA; AZEVEDO, 2016, p.24). Nesses casos, ou o próprio mediador, se qualificado, pode ser o árbitro da disputa ou outro pode assumir a posição. Outro mecanismo semelhante o é Arb-med, em que a lógica é inversa, a saber inicia-se por meio da arbitragem, para posterior utilização da mediação. No Brasil o procedimento não é comum. A nova lei de mediação no art. 16 permite que ainda que tenha processo judicial ou arbitral em curso, que ocorra a suspensão destes para que as partes se submetam à mediação. Contudo, no art. 7º veda-se que o mediador atue como árbitro ou testemunha em processos judiciais ou arbitrais atinentes aos conflitos em que atuou na condição de mediador.

<sup>42</sup> Conforme o “Manual de Mediação” editado pelo Conselho Nacional de Justiça denomina-se como práticas inominadas, as iniciativas que visem a prevenção de disputas mediante a realização de práticas educativas oferecidas à sociedade sobre como lidar ou resolver seus próprios conflitos. Cita-se as

Nesta seção trata-se mais especificamente da mediação, negociação e conciliação e sua relação na pacificação de conflitos ambientais. Optou-se por falar brevemente sobre cada um desses institutos a fim de diferenciá-los em relação à própria arbitragem e exemplificar outros modelos de desjudicialização ambiental.

A arbitragem será tratada separadamente em seção própria devido à sua relevância para o trabalho, bem como pela diferenciação na natureza desta em relação às demais. Afinal, mediação, negociação e conciliação são formas consensuais, ao passo que a arbitragem semelhante ao processo judicial é modo adjudicatório de solução de litígios.

A consensualidade é o diferencial que separa os mecanismos autocompositivos dos adversariais (processo judicial e arbitragem). No primeiro modelo, conforme Moraes e Splenger (2012), o poder de decisão sobre o litígio se concentra entre as partes interessadas, ao passo que no segundo, este poder é transferido a um terceiro imparcial, que irá impor a sua decisão ao caso.

Desta forma, tem-se que arbitragem, processo judicial, mediação e conciliação preveem a figura de um terceiro. Contudo, o mediador ou o conciliador não têm o condão de impor uma decisão sobre os atores processuais, como árbitros ou juízes. O terceiro na autocomposição não tem o poder de decisão.

No que tange à diferenciação entre os meios consensuais, tem-se que a negociação consiste em forma consensual de solução de conflitos, em que não há a presença de um terceiro. Os atores envolvidos em situação conflituosa, de modo voluntário, negociam os termos, acordando a solução para o problema. É forma antiga de relação entre as partes e bastante utilizada, principalmente em relações comerciais.

A mediação e a conciliação são métodos institucionalizados e previstos no Novo Código de Processo Civil, devendo a sua utilização ser estimulada por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, conforme art. 3º, §3º da Lei 13.105/2015.

Moraes e Splenger (2012) ressaltam que a mediação, do latim *mediare*, evoca a ideia de um terceiro entre duas partes. A legislação brasileira define a mediação no parágrafo único, artigo 1º da lei 13.140/2015 como a, “[...] a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para as controvérsias” (BRASIL, 2015).

---

oficinas de parentalidade ou oficinas pais e filhos, que acompanham processos de divórcio, oficinas de auxílio a dependentes químicos, dentre outros projetos. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA; AZEVEDO, 2016, p. 25-26).

Já a conciliação, do latim *conciliare*, traz a previsão de colocar em acordo, por meio de técnicas adequadas, as partes em conflito. O terceiro, neutro à relação, a saber, o conciliador, atua de modo a influir diretamente na solução a ser obtida ao final do processo. Na prática, observa-se que mediação e conciliação tendem a se confundir.

A diferenciação entre mediação e conciliação é controvertida no Brasil. Um dos fatores principais seria quanto ao papel do terceiro. Na mediação o terceiro funciona meramente como facilitador do diálogo entre os litigantes, ao passo que na conciliação, este atua ativamente na promoção do acordo, inclusive propondo soluções próprias, que podem ou não ser acatadas pelas partes.

Para Cintra, Grinover e Dinamarco:

A mediação assemelha-se à conciliação: os interessados utilizam a intermediação de um terceiro, particular, para chegarem à pacificação de seu conflito. Distingue-se dela somente porque a conciliação busca sobretudo o acordo entre as partes, enquanto a mediação *trabalha o conflito*, surgindo o acordo como mera consequência. Trata-se mais de uma diferença de método, mas o resultado acaba sendo o mesmo. (2015, p. 50).

Outro fator de distinção é que a conciliação visa o acordo, enquanto a mediação tem como função restaurar a comunicação entre os conflitantes. Daí a mediação ser indicada para participantes que apresentam uma relação pré-constituída ao conflito, como são os casos, por exemplo, de conflitos que envolvem direito de família ou direito de vizinhança e a conciliação nos casos em que não há essa relação anterior.

Inclusive o Novo Código de Processo Civil parte desta visão ao determinar que no art. 165, § 2º, “O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.” (BRASIL; LEI, 13.105, 2015, art. 165).

E complementa no § 3º do mesmo artigo que:

O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos. (BRASIL; LEI 13.105, 2015, art. 165).

No Brasil a institucionalização e incentivo desses métodos têm estado intimamente ligados ao próprio Poder Judiciário, em especial após a atuação do CNJ e da resolução 125/2010 editada pelo órgão. Entrementes, mesmo antes da criação do CNJ, no âmbito do Judiciário já se instituíam práticas consensuais na tentativa de “desafogar o Judiciário”, como por exemplo a

realização de Audiência de Conciliação no antigo CPC de 1973. Ademais, o Ministério Público, a Defensoria Pública e os núcleos de prática jurídica das Faculdades de Direito têm sido fonte efetiva na utilização dessas práticas na resolução das disputas.

Importante destacar que os mecanismos de RAD não são formados sob moldes fechados, ao contrário, são compostos de práticas diversificadas e se alteram conforme as condições sociais e culturais. Ou seja, podem haver variações nas estruturas destes, desde que respeitados os princípios gerais<sup>43</sup> a que submetem e a autonomia dos participantes.

Afinal, como descreve o próprio Manual de Mediação do CNJ:

Nenhum desses métodos deve ser percebido ou conceituado de forma rígida. Ao contrário, tratando-se de mecanismos adequados de resolução de disputas, deve-se ter em mente uma abordagem pluralista de que podem existir, para cada um desses métodos, definições igualmente corretas ainda que distintas entre si. Ademais, a conceituação, especialmente no campo de RADs, deve ser flexível (para que os processos também o sejam), podendo ser ampliada, reduzida e reformulada, de forma a se adequar à disputa e às partes em um caso concreto. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA; AZEVEDO, 2016, p.18).

De fato, a informalidade e a flexibilidade destes mecanismos são um dos principais pontos que os defensores dos RADs exaltam em relação à via judicial. Essas são características que contribuem para maior agilidade e adequação ao caso concreto, e a consequente justiça nas decisões.

Para Ada Pellegrini (2014b), a Justiça Conciliativa, que compreende tanto a mediação quanto a conciliação, se desenvolveu nas últimas décadas e deixa de se focar sobre o aspecto meramente negocial, como era antes concebida, para apresentar-se como uma equivalente à própria jurisdição estatal, apresentando funcionalidades para além da faceta de solucionar litígios. Neste aspecto, a autora destaca três fundamentos das vias consensuais (GRINOVER, 2014b).

O primeiro fundamento reside no eficientismo. Os meios “parajudiciais” contribuem para melhorar o acesso material à justiça, ao se demonstrarem como formas adequadas para determinados conflitos, além de também serem métodos passíveis de utilização pelo próprio Poder Judiciário (GRINOVER, 2014b).

---

<sup>43</sup> O Marco Legal da Mediação (lei 13.140/2015) normatizou os princípios gerais que vigoram na mediação destacando em seu artigo 2º os princípios da: imparcialidade do mediador; isonomia entre as partes; oralidade; informalidade; autonomia da vontade das partes; busca do consenso; confidencialidade; e boa-fé. Por sua vez, o Novo CPC na esteira deste dispositivo considera no art. 166 que, “A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada”. (BRASIL, lei 13.105, 2-15, art. 166).

O segundo fundamento é o da pacificação social, que é mais dificilmente alcançada com o processo judicial. A sentença impõe uma decisão às partes, que mais das vezes sentem-se inconformadas, gerando tensões ou rupturas sociais, podendo prorrogar os conflitos por meio das vias recursais por vários anos ou inclusive gerar um novo conflito a partir da insatisfação com o resultado disposto em juízo. Ao passo que a Justiça Conciliativa, por sua natureza informal e dialogada, é mais produtora no sentido de promover a real pacificação das tensões, prevenindo novos litígios sobre o mesmo fato (GRINOVER, 2014b).

O último fundamento é político e trata a respeito da participação popular na própria Administração da Justiça, um dos corolários da democracia participativa. A Justiça Conciliativa se apresenta como canal para que leigos possam intervir na tomada de decisões e ainda como forma de reivindicação de direitos por meio da mediação e conciliação (GRINOVER, 2014b).

Todavia, nem todos os aspectos são positivos. Entre as críticas a tais mecanismos citam-se dentre as principais: o desequilíbrio entre as partes; a questão da representação; a redução da funcionalidade da jurisdição oficial. Preocupa-se também com quem são as pessoas responsáveis por realizar a tarefa de mediador e conciliador e qual a qualificação destas, uma vez que não apresentam os mesmos requisitos formais de um processo judicial e diferentemente da justiça oficial, em que os magistrados apresentam os deveres e as garantias funcionais próprias da magistratura.

Estes são pontos importantes a serem levados em consideração quando se trata de uma “Justiça Consensual”. Quanto ao primeiro fator, e talvez este seja o mais preocupante, e mais comum, uma das partes apresenta maiores condições financeiras e técnica do que a outra, podendo contribuir na geração de acordos desiguais, conforme assinalam Moraes e Splenger (2012).

No processo judicial, devido às reformas sofridas, principalmente sob orientação do movimento pelo Acesso à Justiça realizado por Mauro Cappelletti, vige o princípio da paridade no diálogo, corolário do devido processo legal ou processo justo<sup>44</sup>, como a doutrina processual mais recente denomina. Tal princípio objetiva a redução da desigualdade entre as partes, por meio, por exemplo, da concessão de assistência judiciária gratuita, ou mecanismo como a distribuição dinâmica do ônus da prova, o que permite que o magistrado atue diretamente na

---

<sup>44</sup> A garantia do processo justo é princípio mor que visa obter uma prestação jurisdicional que se fundamenta na inserção do princípio democrático, permitindo a coparticipação das partes e juízes na relação processual, o que propicia a prolação de decisões justas. Para tanto, o procedimento que origina esta decisão deve ser aquele capaz de promover a proteção das garantias fundamentais. Para mais informações sobre o tema ver: MITIDIEIRO, Daniel. Direito Fundamental ao Processo Justo. In **Revista Magister de Direito Civil e Processual**, Porto Alegre, nº 45, nov-dez/2011.

promoção da paridade processual. Esse princípio envolve, destarte, a garantia de equilíbrio das partes em influenciar igualmente na decisão final do processo.

Ao contrário do sistema judicial, nas vias consensuais o poder de decisão está nas mãos dos participantes destas. Como explicam Moraes e Splenger, “Na ordem consensuada, as partes mantêm do início ao fim o controle sobre o procedimento e o seu eventual resultado”. (MORAIS; SPLENGER, 2012, p. 112). Todavia, ainda que o terceiro neutro (conciliador ou mediador) tenha poder de decisão limitado, é de sua responsabilidade informar se o resultado obtido não atende aos fins propostos por esses métodos, qual seja, a pacificação social.

Afinal, deve-se lembrar que práticas consensuais devem ser orientadas pela concepção ganhador/ganhador e não ganhador/perdedor<sup>45</sup> como em um processo heterocompositivo. A boa negociação, mediação ou conciliação se dá quando todos encontram-se satisfeitos com o resultado obtido, o que garante a maior efetividade no cumprimento do acordo.

Necessário, portanto, que as partes em conflito tenham condições técnicas e financeiras paritárias de realizar esse bom acordo e que sejam bem orientadas sob as condições do conflito. Afinal, o fim último a que se destinam, tanto a jurisdição estatal, quanto os métodos consensuais, é a pacificação das relações sociais, todavia, não se deve perder de vista a justiça das decisões frente à ânsia de pôr fim aos conflitos.

Quanto ao fundamento da redução da credibilidade da justiça oficial pela adoção da “Justiça Conciliativa” tem-se, como relatado no capítulo anterior, o movimento pela “desjudicialização” que é encabeçado sob a premissa da “Crise da Justiça” e da incapacidade e insuficiência desta em resolver todos os conflitos que lhe são dispostos, o que geraria inevitavelmente um descrédito e uma deslegitimação do próprio Poder Judiciário.

Atestam Moraes e Splenger (2012) que: “Vivemos uma transição de paradigmas, e a contrapartida que se apresenta, nestes tempos de crise dos sistemas judiciários de regulação dos conflitos, é percebida pelo crescimento em importância dos instrumentos consensuais e extrajudiciais”. (MORAIS, SPENGLER, 2012, p. 111).

Considera-se que a melhor opção não é a relação tudo ou nada entre a via judicial e os meios parajurisdicionais. Por que não a utilização das duas vias? O incentivo aos RADs pode

---

<sup>45</sup> Sobre o sistema ganhador/perdedor esclarece Dora Fried Schnitman: “Nossa cultura privilegiou o paradigma ganhar-perder, que funciona com uma lógica determinista binária, na qual a disjunção e a simplificação limitam as opções possíveis. A discussão e o litígio – como métodos e a simplificação limitam as opções possíveis. A discussão e o litígio – como métodos para resolver diferenças – dão origem a disputas nas quais usualmente uma parte termina “ganhadora”, e outra, “perdedora”. Essa forma de colocar as diferenças empobrece o espectro de soluções possíveis, dificulta a relação entre as pessoas envolvidas e gera custos econômicos, afetivos e relacionais” (SCHNITMAN, 1999, p. 17).

ser feito sem fundamentar-se sob a desregulação da atividade jurisdicional do Estado, servindo ao contrário para legitimá-la, a partir do momento que contribui para desafogá-la dos números de processos que crescem a cada ano em suas fileiras. De fato, essa é a proposta por detrás do sistema multiportas.

Compreende-se que há vantagens e desvantagens de ambos os sistemas, o estatal e a “Justiça Consensual” e como esclarece Rodolfo de Camargo Mancuso, entre essas duas vias, “[...] não existe antinomia ou incompatibilidade, mas em verdade, são planos que devem se integrar [...].”(MANCUSO, 2014, p. 17).

Não se trata de uma disputa mercadológica entre diversos métodos de resolução de litígios, mas sim de organização de um sistema de Administração da Justiça que seja capaz de fornecer diferentes “portas” para diferentes casos, permitindo aos cidadãos a escolha do mais adequado.

Entende-se, assim, que cabe no Brasil a implementação eficaz de um sistema de multiportas, com a propositura de políticas públicas informacionais de incentivo ao tratamento adequado dos conflitos, de modo a combater a cultura demandista e efetivar o acesso à justiça.

Nas palavras de Rodolfo Mancuso:

A logística do sistema, portanto, deve ser outra: partindo da premissa de que ambas as vertentes de distribuição da Justiça buscam objetivo comum – a justa composição dos conflitos – então é fundamental que as duas *funcionem bem*, situação otimizada que gera mais de uma externalidade positiva: a demanda por justiça não fica concentrada só no Judiciário, mas pode se distribuir por outras modalidades resolutivas, ao mesmo tempo em que o consumidor final – o jurisdicionado – fica bem servido, podendo escolher o meio ou o órgão mais apropriado ao caso concreto. (MANCUSO, 2014, p. 237).

Considera-se ingênuo o posicionamento de que somente o processo judicial é capaz de solucionar todos os litígios propostos. Do mesmo modo que seria ingenuidade creditar aos métodos extrajudiciais a “salvação da crise da Justiça”, uma vez que esses, semelhantes à jurisdição estatal, também apresentam seus desafios. Daí a necessidade de existência de múltiplas formas e métodos de resolução de disputas, especificamente em matéria ambiental, que deve prezar pela agilidade na solução a fim de garantir a devida proteção ambiental.

A lógica do sistema de tribunal multiportas é que diante de várias alternativas os participantes de um litígio possam escolher a que lhes seja mais adequada. Não se trata de escolher a menos pior entre várias, mas sim, de qual método é o mais adequado para aquela situação.

Nesse aspecto, para que se tenha realmente a modificação do sistema, o ponto central é que na fase inicial tenha-se à disposição vários métodos de solução e não necessariamente



passar por uma mediação obrigatória ou impossibilidade de transação. De fato, conforme Sales e Sousa (2011), a idealização do tribunal multiportas engloba um processo ainda mais completo e de não fácil realização, em que é realizada uma triagem a indicar as partes quais procedimentos ou combinações destes é ou são mais indicado(s) para as particularidades de cada conflito.

Outro fator a ser considerado são as consequências desses novos modelos de solução consensual de conflitos para o Direito, “Na verdade, estas novas formas de argumentar sobre o direito implicariam também, não apenas novas formas de argumentação sobre o direito e de atingir a solução jurídica, como a relação do saber jurídico com outros saberes.” (HESPANHA, 2012, p. 461).

De modo que, consoante o historiador português, essas novas formas aproximam a linguagem jurídica do discurso comum e a argumentação judicial da prática negocial. Nesse contexto, quando se trata da “desjudicialização” ambiental há dúvidas quanto à capacidade das vias extrajudiciais de propiciar a devida tutela aos interesses transindividuais. Parcela tradicional da doutrina compreende que para que seja resguardada a tutela protetiva ambiental, seja necessária a opção pela via judicial em detrimento da justiça alternativa.

De forma que, quanto à aplicação dos mecanismos de solução dialogadas vistos até o momento, no que se refere à conflitos socioambientais são necessárias algumas considerações iniciais. Assim como a Lei de Arbitragem, no art. 1º, limita a aplicação deste instituto a conflitos de interesses de natureza patrimonial disponível, os mecanismos consensuais também encontram entrave semelhante.

Para Citra, Dinamarco e Grinover (2015), “Sendo disponível o interesse material, admite-se a autocomposição”. (p. 52). A grande maioria da doutrina apresenta semelhante concepção. De modo que, a resolução consensual de conflitos difusos esbarraria na disponibilidade do direito em questão, situação essa que será melhor tratada no último capítulo.

Mas desde já, adianta-se que, segundo Carmona, direitos disponíveis são:

Diz-se que um direito é disponível quando ele pode ser ou não exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência. Assim, são disponíveis (do latim *disponere*, dispor, pôr em vários lugares, regular) aqueles bens, que podem ser livremente alienados ou negociados, por encontrarem-se desembaraçados, tendo a alienante plena capacidade jurídica para tanto. (CARMONA, 2009, p. 38)

Assim, conforme a definição acima apresentada, elege-se o meio ambiente à categoria dos direitos indisponíveis por se tratar de um direito difuso, pertencente a sujeitos

indeterminados e, portanto, a princípio não passível de transação. Todavia, como adverte Milaré sobre a categorização dos direitos transindividuais como indisponíveis e a possibilidade de transação destes: “[...] situações concretas de dano ambiental iminente ou consumado, em que o responsável acede em adequar-se à lei ou 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, 2015, p. 1465).

A legislação brasileira já admite como objeto da mediação direitos disponíveis ou indisponíveis, desde que estes sejam passíveis de transação. Nos casos que envolvam direitos indisponíveis, ainda que a mediação seja extrajudicial, o acordo deve ser homologado em juízo, mediante a oitiva do Membro do Ministério Público (BRASIL; LEI 13.140, 2015, art. 3º caput e §2º).

A lei 13.140/2015 representa um marco ao considerar a possibilidade de mediação em questões de indisponibilidade, contudo, traz um conceito jurídico indeterminado, pois não esclarece quais são os interesses indisponíveis passíveis de transação. A questão é polêmica, ainda mais sob a luz da doutrina clássica que considera os conceitos de disponibilidade e transação como complementares. Entrementes, fato é que a norma abre uma possível abertura e incentivo para a mediação de conflitos socioambientais.

Mesmo antes da abertura legislativa criada pelo Marco da Mediação em 2015, há no Brasil exemplos de desjudicialização ambiental, cujos resultados obtidos corroboram com a premissa da importância de se explorar “novas” formas de solução de conflitos, ainda que em searas consideradas, a priori, como indisponíveis.

Exemplo que foge ao padrão de judicialização foi a criação da Câmara de Mediação de Conflitos Socioambientais em Nova Lima, Minas Gerais, em funcionamento desde de 2012. O projeto partiu de um convênio entre o Ministério Público Estadual e Faculdades Milton Campos.

Os casos de infrações ambientais submetidos são encaminhados pelo Ministério Público à câmara de mediação. Posteriormente, estes são entregues para apreciação de um mediador, que realizará um estudo sobre o conflito. Este estudo será apresentado às partes, que poderão, então, fazer adendos e demonstrar a sua opinião sobre o problema e finalmente optar pela melhor solução. A mediação pode contar com a participação de membros da sociedade civil, da Administração Pública e da própria promotoria.

O acordo firmado entre os envolvidos tem a natureza jurídica de título executivo extrajudicial, podendo ser objeto de uma futura execução em caso de descumprimento. Caso

não seja possível se chegar a um consenso, o procedimento volta para o gabinete da promotoria, que então poderá dar o regular andamento ao feito.

Segundo uma das promotoras envolvidas no projeto, “Busca-se uma solução científica e executável, tendo em vista a natureza do dano, a realidade fática do local, tempo e partes envolvidas e os limites do impacto ambiental legalmente estabelecidos.” (LANCHOTTI, 2014, p. 62).

Sem dúvidas, a iniciativa tem como vantagem a aproximação e a condução do diálogo entre promotores do meio ambiente, representantes da Administração Pública e a população da região. Além da resolução de conflitos, oferece-se cursos informativos sobre os MARCs para o público em geral, no intuito de expandir o conhecimento sobre o tema e apresentar as vantagens da Justiça Consensual.

Outro exemplo que ocorre em Portugal, e que pode ser implementado no país, é a chamada mediação ambiental e sócio territorial (MAST)<sup>46</sup>. Segundo Caser (2012), a medida envolve o diálogo entre diversos profissionais ligados a este campo de atuação (geólogos, agrônomos, engenheiros), sejam integrantes da sociedade civil, organizações não governamentais ou cientistas, que em conjunto fazem o planejamento e a tomada de decisão sócio-territorial.

A vantagem da atuação é que os atores do procedimento são justamente pessoas com conhecimento técnico e científico em matéria ambiental. Além disso, é aplicável a casos em que não haja necessariamente um conflito estabelecido, funcionando também como forma preventiva.

No que diz respeito à conciliação ambiental, uma importante medida foi realizada pelo estado de São Paulo. A secretaria de meio ambiente instituiu a Resolução SMA nº 51, de 05 de junho de 2014, que trata sobre a criação do Programa Estadual de Conciliação Ambiental. O programa se desenvolve no âmbito da Administração Pública e visa, nos termos de seu Artigo 2º, I, “garantir e assegurar os direitos dos autuados a um atendimento conciliatório para o cumprimento dos deveres e resolução dos processos relacionados aos Autos de Infração Ambiental”. (SECRETARIA DE ESTADO DO MEIO AMBIENTE, 2014)

O empreendimento envolve a atuação de membros da Coordenadoria de Fiscalização Ambiental (CFA) e da Polícia Militar Ambiental, que trabalham de forma dialogada juntamente

---

<sup>46</sup> Mais informações em: Caser, U.; Vasconcelos, L. **A Mediação Ambiental e Sócio-Territorial (MAST) Um Campo de Intervenção por Excelência para Geógrafos!**. Revista de Geografia e Ordenamento do Território, n.º 2 (Dezembro). Centro de Estudos de Geografia e Ordenamento do Território, 2012.

com o autuado. O intuito é gerar formas negociadas de pagamento como alternativa às penalidades previstas em lei.

A proposta já apresenta resultados significativos, conforme dados obtidos no balanço de 2015. Os processos que envolviam os autos de atuação, que chegavam a durar até 3 (três) anos, agora são resolvidos em até 180 dias. E a porcentagem de 15% de processos resolvidos saltou para 70% (SECRETARIA DE ESTADO DO MEIO AMBIENTE DE SÃO PAULO, 2016, s/p).

O Conselho Nacional de Justiça também tem incentivado a criação de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejuks) específicos em matéria ambiental, inclusive com a instalação em Minas Gerais, a fim de colaborar com a solução rápida dos litígios envolvendo o desastre ambiental causado na região de Mariana e proximidades, pela empresa Samarco. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015b).

Outro exemplo na lista de “desjudicialização” do meio ambiente e que tem apresentado grande repercussão no sistema nacional é o termo de ajustamento de conduta (TAC), previsto na Lei de Ação Civil Pública e na Lei de Crimes Ambientais. Este termo é um acordo firmado entre o agressor e aqueles que se encontram no rol de legitimados para propositura da Ação Civil Pública, que na maioria das vezes é proposto pelo membro do Ministério Público.

O acordo pode ser realizado em momento anterior ou durante o curso da Ação Civil Pública e consiste numa série de obrigações assumidas pelo poluidor. Caso o que foi pactuado não seja cumprido, nada obsta a instauração de futura Ação Civil Pública. Não se discute no termo a responsabilidade civil do infrator, este é um compromisso de reparação do dano.

Diferentemente da mediação realizada em Nova Lima, as cláusulas do acordo são fruto de uma atuação dialogada entre o causador do dano e o membro do *parquet* ou outro órgão público competente. Como explica Milaré (2015), “O que seria objeto de pedido na ação civil pública deve estar presente no compromisso. Admite-se convenção apenas no que se refere às condições de cumprimento das obrigações (modo, tempo, lugar etc.). ” (MILARÉ, 2015, p. 1471).

A doutrina verifica como óbice para a maior efetividade deste instrumento extrajudicial de solução de conflitos a desvinculação entre as esferas de responsabilidade civil e penal. A assinatura do TAC não gera, a *priori*, impedimento para a propositura de futura ação penal contra o infrator pelo mesmo fato gerador.

A questão é controvertida e alguns autores<sup>47</sup> propõem a previsão de que TAC seja capaz de gerar reflexos na esfera penal, a fim de que este aspecto seja um incentivo a mais para a proposição de novos termos, devido à maior economicidade da via e agilidade na reparação do dano ambiental.

Esses são apenas alguns exemplos da tendência à desjudicialização das questões ambientais, passa-se à análise da arbitragem.

### **3.4 Arbitragem: conceito, aplicação e a arbitrabilidade dos conflitos ambientais internacionais**

A arbitragem considerada como uma forma de justiça privada em que o terceiro árbitro emite, ao final do processo, sentença com eficácia de título executivo judicial, demonstra-se eficaz na solução de conflitos complexos, de modo que se discute a possibilidade de sua aplicação em conflitos socioambientais. Importante, portanto, conhecer melhor as bases deste instituto.

Carlos Alberto Carmona define a arbitragem como: “[...] mecanismo privado de solução de conflitos, por meio do qual um terceiro, escolhido pelos litigantes, impõe sua decisão, que deverá ser cumprida pelas partes.” (CARMONA, 2009, p.31).

Como já retratado, a arbitragem é a via adequada para dirimir controvérsias. É computada na categoria dos métodos heterocompositivos, em que a solução do litígio não é encontrada diretamente pelos participantes do processo, mas pela intervenção de um terceiro ou colegiado, que irá impor sua decisão sobre as partes ao final do procedimento, a saber, a sentença arbitral.

Cahali (2016) assinala que a arbitragem é indicada como instrumento hábil na deliberação de conflitos complexos, que necessitam de maior aprofundamento em matérias específicas e um tratamento mais dedicado, o que é difícil de ser obtido no procedimento judicial, devido à grande quantidade de processos e à morosidade notável desta via.

A arbitragem pode ser nacional (doméstica) ou internacional, a classificação não é pacífica, mas compreende-se a arbitragem nacional segundo Ricardo Soares Santos (2004) como a que: “[...] ocorre dentro de determinado Estado, instaurada por partes nacionais ou

---

<sup>47</sup> Sobre o tema ver: GOMES, Luiz Flávio. MACIEL, Silvio. **Crimes ambientais e Termo de Compromisso Ambiental ou TAC: reflexos penais**. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 20 de outubro de 2015. DELALIBERA, Camila Gomes. Efetividade do termo de ajustamento de conduta ambiental e reflexos penais. *In Revista do Ministério Público de Goiás*. Goiânia: ESMP, 2010.

domiciliadas, tendo por árbitro um nacional ou domiciliado, tendo regras e procedimentos e materiais fixadas pela ordem jurídica interna e cuja sentença arbitral seja passível de execução nesse mesmo Estado.” (SANTOS, 2004, p. 29).

Por sua vez, a arbitragem internacional seria aquela que tem algum elemento estrangeiro em sua constituição, a saber, concernente à ordem estrangeira, como exemplo, segundo Santos (2004), cita-se partes de nacionalidades diferentes, natureza da disputa de caráter externo.

A Lei modelo da Uncitral estabelece que a arbitragem será internacional quando:

Art. 1º, item (3) Uma arbitragem é internacional se: a) As partes em uma convenção de arbitragem tiverem, no momento da sua conclusão, as suas sedes comerciais em diferentes Estados; ou b) Um dos locais a seguir referidos estiver situado fora do Estado no qual as partes têm a sua sede; (i) O local da arbitragem, se determinado na, ou de acordo com, convenção de arbitragem; (ii) Qualquer local onde deva ser cumprida uma parte substancial das obrigações resultantes da relação comercial ou o local com o qual o objeto da disputa tenha vínculos mais estreitos; ou c) As partes tiverem convencionado expressamente que o objeto da convenção de arbitragem envolve mais de um país. (UNCITRAL, 2008, p. 01, tradução nossa)<sup>48</sup>.

Cahali (2016) ressalta que a arbitragem, assim como a mediação e a conciliação, é um instituto jurídico antigo, anterior à própria justiça estatal, tendo, segundo alguns doutrinadores, auxiliado na estruturação desta. Valério de Oliveira Mazzuoli (2016) considera que a origem deste mecanismo se remete à Grécia, ao Egito e ao Império Romano, sendo a experiência romana a que influenciou significativamente no desenvolvimento do procedimento arbitral.

Francisco José Cahali (2016) adverte que são encontrados registros sobre a arbitragem no direito grego para a resolução de conflitos entre cidades-Estado<sup>49</sup> e entre particulares. Era comum na antiguidade que se buscasse um terceiro de confiança de ambas as partes para que ficasse responsável por dirimir as controvérsias entre ambas. A figura do árbitro poderia ser uma autoridade, um rei ou cidadão grego.

Em Roma, a arbitragem também era uma opção para solucionar controvérsias. Morais e Spengler (2012) compreendem que a origem do instituo remonta ao processo civil romano

<sup>48</sup> Original: Article 1. (3) An arbitration is international if: (a) the parties to an arbitration agreement have, at the time of the conclusion of that agreement, their places of business in different States; or parties have their places of business: (i) the place of arbitration if determined in, or pursuant to, the arbitration agreement; (ii) any place where a substantial part of the obligations of the commercial relationship is to be performed or the place with which the subject-matter of the dispute is most closely connected; or (c) the parties have expressly agreed that the subject matter of the arbitration agreement relates to more than one country (UNCITRAL, 2008, p. 01).

<sup>49</sup> Ricardo Soares Santos afirma que a arbitragem era utilizada para pacificar as relações entre Atenas e Esparta que disputavam a hegemonia entre as Cidades Estados gregas. (SANTOS, 2004, p. 25).

(*ordo iudiciorum privatorum*), em que a figura do árbitro é semelhante ao papel desempenhado pelo *iudex* romano e o compromisso arbitral, análogo à chamada *litis contestatio*.

A Idade Média, caracterizada por seu pluralismo jurídico, pluralidade de fontes de emanções jurídicas e de regulamentações jurídicas, segundo assinala Cahali (2016), conviveu também com o instituto da arbitragem utilizado, por exemplo, em conflitos relacionados às partilhas ou tutelas.

Posteriormente, com o fortalecimento do Estado, este avoca a função de resolução de conflitos, contudo não há a extinção da arbitragem, que continua a existir paralelamente ao processo estatal, com menor ou maior força conforme os ordenamentos jurídicos de cada Estado nação.

No Brasil a arbitragem existe desde as Ordenações Filipinas<sup>50</sup>, quando então o país era colônia pertencente ao Reino de Portugal. A Constituição de 1824 e o Código Comercial de 1850 também traziam previsão do instituto, contudo havia certa resistência à sua utilização devido à necessidade de homologação do laudo arbitral por juiz de direito, restrição essa prevista no Código Civil de 1916<sup>51</sup>.

O Código de Processo civil de 1973, seguindo a orientação do CC/1916 também exigia a necessidade de homologação judicial do laudo arbitral, que ampliava os custos e prejudicava a celeridade do procedimento arbitral. O incentivo à arbitragem no país, segundo Cahali (2016), viria com a publicação da lei 9.307 de 23 de setembro de 1996, que regulou de forma mais dinâmica e eficiente, reconhecendo a cláusula arbitral e dispensando a necessidade de homologação.

Atualmente, o procedimento arbitral é ainda regulado pela lei nº 9.307, que por sua vez sofreu alterações substanciais pela lei 13.129/2015. A legislação de 2015 ampliou o rol de aplicação deste mecanismo, para expressamente prever a utilização deste pela Administração Pública direta e indireta.

Desde a edição da lei de Arbitragem em 1996 surgiram certos questionamentos sobre o instituto, a começar pela sua constitucionalidade. Questionou-se incidentalmente a questão frente o art. 5º, XXXV, que consagra o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional exercida pelo Judiciário.

O entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal foi pela constitucionalidade da lei, uma vez que a escolha pelo procedimento arbitral é voluntária e não obrigatória. A decisão

---

<sup>50</sup> Ordenações Filipinas, no Título XVI, Livro III.

<sup>51</sup> Art. 1.045. A sentença arbitral só se executará, depois de homologada, salvo se for proferida por juiz de primeira ou segunda instância, como árbitro nomeado pelas partes. (BRASIL, LEI Nº 3.071, 1916).

de não perquirir a jurisdição estatal cabe aos participantes. Ademais, o árbitro não decide contra *legis*, caso sua decisão fira norma jurídica a sentença poderá ser invalidada judicialmente.

É ainda polêmica na doutrina o reconhecimento da natureza jurisdicional à arbitragem e Cahali (2016) destaca quatro correntes principais quanto à sua natureza jurídica, a saber, teoria privatista (arbitragem como negócio jurídico), jurisdicionalista, intermediária<sup>52</sup> (contratual-publicista) e autônoma<sup>53</sup>.

A diferenciação entre as correntes perpassa pela noção do que é jurisdição. Nesse aspecto a corrente jurisdicionalista contempla a arbitragem como dotada de natureza jurisdicional. De modo que, segundo essa concepção: “A jurisdição, em tese, enquanto autoridade abstrata de *dizer o direito (jurisdicatio, jus dicere)*, é conferida ao Estado (a ser manifestada pelos magistrados) e também excepcionalmente aos particulares [...]” (CAHALI, 2016, p. 127).

Cintra, Grinover e Dinmarco (2015) assinalam que a diferença entre a jurisdição arbitral e estatal, segundo essa corrente, seria que a primeira é exercida por particulares, investidos nesta função por vontade das partes e a segunda é atribuída ao Estado e manifestada por magistrados.

Essa posição parece a que mais se adéqua à proposta deste trabalho, qual seja, a noção de jurisdição compartilhada, que antagoniza com o dogma do monopólio estatal do exercício da jurisdição, para que se possa focar nos objetivos da jurisdição, a saber a efetiva e justa composição do conflito.

O que se extrai hoje no Brasil sobre a arbitragem vai muito além do texto legislativo. Há certa influência da arbitragem desenvolvida em âmbito internacional e ademais, maior abertura para a intervenção das partes, uma vez que, como Carlos Alberto Salles explica, “Até porque a peculiaridade dessa modalidade de mecanismo de solução de controvérsias é, exatamente, deixar grande espaço para definições a serem adotadas no âmbito da autonomia da vontade das partes.” (SALLES, 2011, p. 33).

A utilização da arbitragem no país, longe de representar uma aclamada solução para a crise numérica de processos no Judiciário, é ainda muito limitada. Segundo Francisco Cahali:

---

<sup>52</sup>Francisco Cahali entende que: “Já a teoria intermediária ou mista agrega os fundamentos de uma e outra das teorias anteriores, para concluir que, mesmo pautada no negócio jurídico realizado entre as partes, e sendo dele decorrente, não se pode desenvolver a arbitragem fora de um sistema jurídico, pois esse método de solução de conflitos submete-se a ordem legal existente, embora não controlada inteiramente por esse sistema.” (CAHALI, 2016, p. 126-127)

<sup>53</sup> A teoria autônoma, segundo Cahali (2016), identifica no instituto da arbitragem um sistema de solução de conflitos totalmente separado de qualquer sistema jurídico existente, essa corrente mais se adéqua à noção de arbitragem internacional.



“Mesmo que por questões culturais ainda se mostre reservada a sociedade com relação a esse Instituto, o Brasil hoje ocupa a liderança na utilização da arbitragem entre os países latino-americanos, situando-se em quarto lugar no *ranking* mundial [...]” (CAHALI, 2016, p. 31).

Tem-se que apesar do maior incentivo que a lei de arbitragem propiciou na utilização desta forma de solução de conflitos, ainda não há uma difusão horizontal no seu uso. Não há relatos de sua aplicação em massa. É ainda principalmente um mecanismo presente no ramo empresarial.

Pesquisa realizada pela advogada Selma Lemes entre 2010 e 2015 revela a quantidade e os principais temas solucionados por meio da arbitragem. Os dados foram colhidos conforme informações das câmaras de arbitragem: Centro de Arbitragem da AMCHAM – Brasil (AMCHAM); Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC); Câmara de Mediação, Conciliação e Arbitragem de São Paulo- CIESP/FIESP (CAMCIESP/FIESP); Câmara de Arbitragem do Mercado- CAM-BOVESPA; Câmara de Arbitragem da Fundação Getúlio Vargas (CAM- FGV); Câmara de Arbitragem Empresarial-Brasil (CAMARB).

Em 2010 tinha-se 128 novos casos nas 6 câmaras, em 2015 o número cresceu para 222 novos casos. Ao todo, conforme pesquisa de Lemes (2016), tramitaram pelas câmaras um total de 1043 casos novos entre 2010 e 2015. Esses registros foram feitos nas principais câmaras de arbitragem do país, o que demonstra que este é um instituto pouco utilizado e restrito a um pequeno grupo de pessoas, não atingindo a grande massa populacional.

Ainda conforme Lemes (2016), os principais temas que foram objeto de conflitos dizem respeito às questões societárias, fornecimento de bens e serviços, principalmente relacionados aos setores de construção civil, sistema financeiro, e energia. De fato, a pesquisa confirma a tendência histórica da arbitragem de se destacar na resolução de litígios privados.

No campo internacional o instituto mais se destacou na solução de controversas que versam sobre Direito Internacional Público envolvendo divergências entre Estados. Assim como é bastante utilizada em questões relativas ao comércio internacional<sup>54</sup>, devido à

---

<sup>54</sup> Revela Francisco Cahali: “E, no caminho traçado pela globalização da economia, a maneira eficaz para tornar seguras as relações comerciais internacionais foi depositar confiança na arbitragem, como já há muito faziam países europeus nas suas relações continentais. Basta notar a edição, pela Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional, em 1985, de uma *lei modelo* para oferecer uma referência aos Estados na reforma e modernização de suas normas sobre arbitragem comercial, cuja regras representam consenso mundial sobre os mais importantes pontos da disciplina arbitral.” (CAHALI, 2016, p. 37).

dificuldade de se resolver a disputa numa jurisdição estatal que resolvesse as tensões oriundas de uma comunidade internacional e globalizada.

A arbitragem internacional tem ampliado cada vez mais seu campo de atuação. A aproximação entre arbitragem e meio ambiente é um ponto em franco desenvolvimento e se inicia diante da necessidade de resolução de conflitos socioambientais, cujos elementos diziam respeito à ordem jurídica de mais de um Estado.

A proposta da arbitrabilidade de divergências socioambientais pode parecer incompatível num primeiro momento por levar-se em conta que a arbitragem é justiça privada por excelência e o meio ambiente, bem fundamental de natureza difusa. Todavia, como avaliam Thomas Clay e Luiz Cláudio Aboim (2004), “Mas a realidade é mais sutil, porque a arbitragem é a justiça do mundo globalizado, e o meio ambiente, por sua vez, é precisamente a questão mais global desse mesmo mundo.” (CLAY; ABOIM, 2004, p.33).

De fato, a previsão da arbitragem ambiental e sua efetiva aplicação é uma realidade. Como exemplo, cita-se a utilização da arbitragem para dirimir conflitos relativos à dano ambiental. Tem-se nesta seara o caso paradigmático da Fundição Tradil (*Trial trail smelter case*). Considerada como uma das primeiras exteriorizações do Direito Ambiental Internacional, a disputa refere-se ao processo arbitral entre os Estados Unidos (EUA) e o Canadá, que durou de 1926 à 1941.

A origem do conflito refere-se à poluição causada pela empresa canadense Consolidated Mining and Smelting Company Limited que atuava no Rio Columbia próximo à fronteira com o estado de Washington. No período referente ao ano de 1925 e 1935 o governo estadunidense constatou que as emissões de dióxido de enxofre resultantes da operação da empresa causaram danos ao Rio Columbia e à região em torno deste, vindo a prejudicar a flora e a fauna da região e comprometendo a atividade de agricultores.

A situação envolvia, portanto, a ocorrência de danos transfronteiriços provocados por um Estado a outro. A problemática foi apresentada duas vezes à arbitragem, a primeira de 1928 à 1931 e a segunda de 1935 à 1941. Em ambas arbitragens o resultado do processo determinou a compensação monetária pelo governo canadense aos Estados Unidos pelos danos ambientais causados.

A referida decisão arbitral foi emblemática por introduzir as bases do princípio da prevenção, um dos pilares do Direito Ambiental. Nos termos desta:

O Tribunal conclui, por conseguinte, que as decisões supramencionadas, tomadas no seu conjunto, constituem uma base adequada para as suas conclusões, ou seja, que, segundo os princípios do direito internacional, bem

como do direito dos Estados Unidos, nenhum Estado tem o direito de utilizar ou permitir a utilização do seu território de forma a causar lesões por fumaça internamente ou no território de outro ou às propriedades ou pessoas nele, quando o caso é de consequência grave e o prejuízo é estabelecido por clara e convincente evidência. (TRAIL SMELTER ARBITRATION, 1935, s/p, tradução nossa)<sup>55</sup>.

Esclarece Milaré (2015) que o princípio da prevenção<sup>56</sup> é aplicado para situações em que o perigo é certo e há elementos comprobatórios de que a atividade é perigosa para o equilíbrio ambiental, impondo que sejam impostas medidas cautelatórias para que se evite a concreção do dano ambiental.

No caso em tela, estabelece-se pela primeira vez em seara internacional o dever de um Estado em não provocar danos, os quais prejudiquem o espaço ambiental de outro. Chama a atenção também pela atuação de atores não governamentais no processo arbitral. A *Citizen's protective association* (associação de proteção do cidadão) do lado americano e da Consolidate no polo canadense, as quais influíram, cada qual ao seu modo, no debate, conforme relata Moniz (2012).

Outro caso famoso trata-se da controvérsia entre França e Espanha relativa ao lago Lanoux. O lago é situado completamente em território francês, contudo suas águas se juntam ao Rio Carol na França e seguem para a Espanha. A disputa se deu em razão da tentativa do governo francês de utilizar às águas do lago para geração de energia elétrica por meio da transposição destas. A Espanha, compreendendo possível lesão a seus interesses, recorreu ao procedimento arbitral para dirimir o problema.

Como esses, existem inúmeros outros casos em que tensões relativas a bens ambientais foram dirimidas mediante arbitragem. Há que se considerar que nem sempre a questão ambiental é a matéria principal do debate. Muitas vezes é pano de fundo em discussões de cunho político, social e econômico. Afinal, como visto, as tensões ambientais estão incluídas num contexto mais amplo das relações sociais, que envolvem problemas histórico-culturais, políticos e socioeconômicos.

---

<sup>55</sup> Original: "The Tribunal, therefore, finds that the above decisions, taken as a whole, constitute an adequate basis for its conclusions, namely, that, under the principles of international law, as well as of the law of the United States, no State has the right to use or permit the use of its territory in such a manner as to cause injury by fumes in or to the territory of another or the properties or persons therein, when the case is of serious consequence and the injury is established by clear and convincing evidence" (TRAIL SMELTER ARBITRATION, 1935, s/p).

<sup>56</sup> Difere-se do princípio da prevenção, o princípio da precaução, que subentende não um risco certo ao meio, mas incerto ou sem indícios concretos dos possíveis danos que poderiam a ser causados, conforme ressalta Milaré (2015).

A arbitragem ambiental internacional também apresenta suas dificuldades, como exemplo, o principal fator diz respeito à problemática da efetivação de suas decisões. Entretanto, como esclarece Bernardo Lima (2010): “[...] o problema da efetividade das decisões dos tribunais internacionais, especialmente quando se está diante de um litígio entre Estados, não é exatamente um problema da via arbitral, mas do Direto Internacional de um modo geral.” (LIMA, 2010, p. 10).

Etapas importantes para o desenvolvimento da arbitragem ambiental se deu com a criação de cortes internacionais de arbitragem com procedimentos específicos para tratar de conflitos socioambientais. É o caso da criação do Tribunal Internacional de Arbitragem e Conciliação Ambiental (*International Court of Environmental Arbitration and Conciliation*) em 1994 no México.

A corte atualmente conta com sede na cidade do México e em San Sebastião na Espanha. O objetivo da constituição desta corte é promover a conciliação e arbitragem de disputas ambientais entre Estados, entre pessoas naturais ou jurídicas, bem como oferecer consultas quanto a aspectos de legislação ambiental e proteção do meio ambiente, realizando, portanto, além da função declaratória, a função preventiva.

Outro exemplo diz respeito à Corte Permanente de Arbitragem (CPA). Estabelecida em 1899, a corte internacional foi regulada para a resolução de diversas controvérsias não especificamente relacionadas ao meio ambiente. Entretanto, adotou em 2001 o “*PCA - Optional Rules for Arbitration of Disputes Relating to the Environment and/or Natural Resources* (‘Environmental Rules’)”, que trata-se de um regulamento opcional específico para resolução de disputas ambientais, que veio para suprimir a lacuna existente sobre o tema até então.

Além da existência de cortes internacionais específicas para a arbitragem ambiental, convenções internacionais também elegem o instituto como mecanismo de solucionar disputas socioambientais. Dentre estas convenções cita-se as principais em que o Brasil é signatário: Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar<sup>57</sup>; a Convenção de Viena para a proteção

---

<sup>57</sup> Artigo 287. Um Estado ao assinar ou ratificar a presente Convenção ou a ela aderir, ou em qualquer momento ulterior, pode escolher livremente, por meio de declaração escrita, um ou mais dos seguintes meios para a solução das controvérsias relativas à interpretação ou aplicação da presente Convenção [...] um tribunal arbitral constituído de conformidade com o Anexo VII; d) um tribunal arbitral especial constituído de conformidade com o Anexo VIII, para uma ou mais das categorias de controvérsias especificadas no referido Anexo. (DECRETO Nº 1.530).

da Camada de Ozônio<sup>58</sup>; a Convenção sobre Mudança de Clima<sup>59</sup>; a Convenção sobre Diversidade Biológica<sup>60</sup>; e a Convenção de Basiléia sobre o controle de movimentos transfronteiriços de resíduos perigosos.

O Brasil, como Estado participante destas convenções, se compromete a utilizar a arbitragem ambiental internacional no que tange às disputas oriundas dos termos previstos nestes tratados. De modo que, abre-se assim campo para a maior aproximação entre os institutos: arbitragem e meio ambiente também no campo interno, tema de discussão do próximo capítulo.

---

<sup>58</sup> Artigo 11: Na ocasião em que ratificar, aceitar, aprovar ou aderir à presente Convenção, ou em qualquer momento subsequente, um Estado ou organização de integração econômica regional poderá declarar ao Depositário, por escrito, que em relação a uma disputa não resolvida nas condições previstas no parágrafo 1 ou parágrafo 2, acima, o referido Estado ou organização aceita um ou ambos os meios seguintes, como compulsórios, para decidir disputas: a) arbitragem, de acordo com procedimento a serem adotados pela Conferência das Partes em sua primeira reunião ordinária; b) submissão da disputa à Corte Internacional de Justiça. (DECRETO No 99.280, 1990)

<sup>59</sup> Artigo 14: 2. Ao ratificar, aceitar, ou aprovar esta Convenção ou a ela aderir, ou em qualquer momento posterior, qualquer Parte que não seja uma organização de integração econômica regional pode declarar, por escrito ao Depositário, que reconhece como compulsório ipso facto, e sem acordo especial, com respeito a qualquer controvérsia relativa à interpretação ou a aplicação desta Convenção e em relação a qualquer Parte que aceite a mesma obrigação: (a) Submissão da controvérsia à Corte Internacional de Justiça e/ou (b) Arbitragem, de acordo com os procedimentos a serem estabelecidos pela Conferência das Partes, o mais breve possível, em anexo sobre arbitragem. (DECRETO N° 2.652, 1998).

<sup>60</sup> Artigo 27: Os Estados terão a obrigação de solucionar suas controvérsias por meio de negociações, inquirição, mediação, conciliação, arbitragem, acordo judicial, recurso a organismos ou ajustes regionais ou outros meios pacíficos de sua escolha. (DECRETO N° 2.519, 1998).

#### 4 ARBITRAGEM AMBIENTAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Constituição de 1988 inegavelmente ampliou o sistema de acesso judicial em questões relativas ao meio ambiente<sup>61</sup>, o que permite maior espaço para o exercício da cidadania ambiental. Entretanto, a burocratização da via judicial e sua morosidade são aspectos que dificultam a concretização deste acesso, uma vez que este não envolve apenas o ingresso ao sistema de justiça, mas também a sua porta de saída.

Nesse sentido, Sadek (2014) ressalta que é importante que tanto a porta de entrada quanto a de saída do sistema de justiça (*lato sensu*) sejam ampliadas. Esta ampliação perpassa pela construção de novas arenas de resolução e prevenção de conflitos. Como bem enuncia a referida autora: “O Poder Judiciário não possui o monopólio da efetivação dos direitos e da resolução de conflitos. Não é a única porta de acesso à justiça.” (SADEK, 2014, p. 65).

É necessário o maior envolvimento de setores da sociedade civil para com a administração da justiça e a própria gestão ambiental, a fim de concretizar o ideal de uma justiça ambiental<sup>62</sup> e propiciar o desenvolvimento sustentável. Nesse aspecto, a tendência à desjudicialização pode ser um ponto positivo a propiciar maior terreno para a implementação de caminhos alternativos à judicialização, e promoção da acessibilidade a uma ordem jurídica justa e incentivo à democracia participativa<sup>63</sup>.

De forma que, diante do cenário de desjudicialização, crise do Judiciário, e frente à necessidade de efetivação e eficiência na proteção jurisdicional do meio ambiente, passa-se à

---

<sup>61</sup> Nesse sentido Patrícia Bianchi “Inicialmente, importa destacar que a atual Constituição Federal tornou a defesa dos direitos mais acessível aos jurisdicionados, na medida em que assegurou a assistência judiciária, determinou a organização em carreira da defensoria pública, manteve o Mandado de segurança; estendeu a Ação popular aos casos envolvendo o meio ambiente, criou o *habeas data* e o Mandato de Injunção, entre outras providências que ampliaram constitucionalmente as possibilidades de acesso à justiça” (BIANCHI, 2010, p. 319).

<sup>62</sup> Cavedon e Vieira expõem os escopos da justiça ambiental ao considerar que “A concepção de Justiça Ambiental, desenvolvida pelo movimento, tem como foco central a distribuição equitativa de riscos, custos e benefícios ambientais, independentemente de fatores não justificáveis racionalmente, tais como etnia, renda, posição social e poder; o igual acesso aos recursos ambientais e aos processos decisórios de caráter ambiental, traduzindo-se na democratização destes processos decisórios. Para tanto, faz-se necessário a criação de condições estruturais favoráveis à organização e empoderamento da sociedade como sujeitos ativos do processo de gestão ambiental. Parte da constatação de que grupos fragilizados em sua condição socioeconômica, étnica e informacional, que afetam a sua aptidão para o exercício da cidadania, arcam com uma parcela desproporcional de custos ambientais e enfrentam maiores dificuldades de participação nos processos decisórios ambientais” (CAVEDON; VIEIRA, 2007, p. 02).

<sup>63</sup> Afinal como bem assinala Mancuso “Sob o prisma constitucional estamos, sob uma democracia *participativa* e *pluralista*, e não apenas representativa (CF, § único do art. 1º), significando que a boa gestão da coisa pública e a consecução da paz social não constituem encargos só do Poder Público e dos mandatários políticos, mas também da própria sociedade civil, através de cada um de seus indivíduos, isoladamente ou coalizados em grupos representativos” (MANCUSO, 2014, p. 110).

análise de questões específicas: é possível a arbitragem ambiental no Brasil? Por que permitir-se que a via arbitral seja utilizada para resolução de conflitos socioambientais? E em quais parâmetros poder-se-ia desenvolver a arbitragem ambiental no ordenamento brasileiro?

As respostas para essas questões são complexas e não se tem a pretensão de analisar todos os meandros e situações possíveis neste trabalho, mas antes elucidar os possíveis caminhos para a concretização desta proposta. A arbitragem relacionada às disputas socioambientais envolve muitos aspectos, uma vez que se trata de submeter matérias de interesse metadividuais à justiça privada. Acrescenta-se a esse fato o ônus argumentativo de justificar possível alteração legislativa ou interpretativa.

A proposta é controversa, pois enquanto no direito interno a posição consolidada veda esse tipo de situação (art. 1º da lei de arbitragem), no campo internacional, o Brasil é signatário de diversos tratados internacionais ambientais, que preveem a arbitragem como um dos métodos a ser perquirido em caso de controvérsias sobre os termos pactuados entre os Estados.

Pode-se considerar, diante desta situação, um fenômeno peculiar, em que haveria uma indisponibilidade interna e uma disponibilidade internacional do meio ambiente. Há, portanto, dois pesos e duas medidas sobre o mesmo tema, o que configura uma incongruência, quando se analisa da coerência e unidade sistêmica de qualquer ordenamento jurídico.

Nesse sentido, com o intuito de adequar o direito à realidade social e a fim de perseguir a coerência sistêmica do ordenamento jurídico, verifica-se a necessidade de se repensar o tratamento dado aos direitos e interesses indisponíveis em relação ao critério objetivo de arbitrabilidade e o direito ambiental.

Além disso, os diversos casos de desjudicialização ambiental retratados no capítulo anterior e as colocações sobre os conflitos socioambientais e suas peculiaridades levam a se considerar como sendo plausível a possibilidade de aplicação da arbitragem às diversas situações em que o meio ambiente esteja envolvido em tensões e disputas.

Para tanto enfrenta-se aqui, já num primeiro momento, a problemática da norma restritiva do art. 1º da Lei de Arbitragem, que consagra como suscetíveis de arbitrabilidade apenas os direitos patrimoniais disponíveis. Nos termos deste artigo e conforme interpretação majoritária da doutrina, o meio ambiente ecologicamente equilibrado é taxado como indisponível, e, portanto, as matérias que lhe digam respeito não são passíveis de serem objeto de litígio arbitral.

Necessário entender o critério da indisponibilidade e as razões deste ser atrelado como requisito de exclusão de métodos extrajudiciais. Posteriormente tece-se considerações sobre os

parâmetros para o desenvolvimento da arbitragem ambiental e suas vantagens e riscos para a garantia de proteção do meio ambiente.

#### **4.1 Arbitrabilidade e direitos difusos: a problemática da indisponibilidade do meio ambiente**

A arbitrabilidade define quais são os conflitos passíveis de serem submetidos ao procedimento arbitral. É subdividida em exame de arbitrabilidade subjetivo e objetivo. O primeiro diz respeito aos participantes do processo arbitral, já o segundo refere-se às matérias que podem ser apreciadas.

A lei de arbitragem estabelece em seu art. 1º ambos os pressupostos ao prever que: “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.” (BRASIL, 1996). Pelo conteúdo do artigo apreende-se que a condição *sine qua non* subjetiva é a capacidade das partes, a saber a aptidão genérica para ser titular de direito. (art. 1º do Código Civil de 2002).

Ao processo arbitral aplicam-se as regras da capacidade para se estar em juízo do processo civil. Há, portanto, necessidade de representação ou assistência aos incapazes. No âmbito das pessoas jurídicas, possuem capacidade tanto as pessoas de direito público (entes federados, autarquias e fundações públicas), quanto de direito privado (empresa pública e sociedade de economia mista, associações, sociedades, fundações, organizações religiosas e partidos políticos). A participação da Administração Pública, que antes era objeto de controvérsias, foi consolidada com as recentes alterações legislativas (BRASIL; LEI 9.307, 1996).

O exame objetivo de arbitrabilidade exige que a matéria discutida trate de direito patrimonial disponível. Carlos Alberto Carmona (2009) resume esse requisito ao afirmar que: “São arbitráveis, portanto, as causas que tratem de matérias a respeito das quais o Estado não crie reserva específica por conta do resguardo aos interesses fundamentais da coletividade, e desde que as partes possam livremente dispor acerca do bem sobre que controvertem.” (CARMONA, 2009, p. 39).

Desta forma, o maior obstáculo para a aplicação da arbitragem às disputas socioambientais refere-se à arbitrabilidade objetiva, que perpassa pelas noções de “direitos patrimoniais disponíveis”. De modo que, faz-se necessário num primeiro momento compreender o pressuposto objetivo para, posteriormente, examinar se de fato há possibilidade



de realização de arbitragem ambiental no ordenamento brasileiro e quais parâmetros para que esta possa se desenvolver.

Quanto ao quesito da patrimonialidade, há que se ter em consideração que a extrapatrimonialidade não implica necessariamente em exclusão da via arbitral, desde que haja discussão de valor patrimonial a ser pago. Por exemplo, pode-se citar indenização por dano ambiental extrapatrimonial individual ou coletivo<sup>64</sup>.

Já a determinação da disponibilidade do objeto para fins de instauração de um processo arbitral é tarefa sobre a qual doutrinadores têm se debruçado e que ainda gera questionamentos. É fato que não há uma delimitação precisa sobre os conceitos de disponibilidade/indisponibilidade.

Segundo José Cretella Neto (2007): “*Direitos patrimoniais disponíveis* são aqueles referentes à tutela dos interesses de âmbito meramente individual; *direitos patrimoniais indisponíveis* são aqueles os que têm impacto sobre interesses gerais.” (CRETELLA NETO, 2007, p.39). A diferenciação para o autor refere-se à esfera, se individual ou coletiva.

Por sua vez, Cahali (2016) entende que: “A disponibilidade do direito se refere à possibilidade de seu titular ceder, de forma gratuita ou onerosa, estes direitos sem qualquer restrição.” (CAHALI, 2016, p. 135). A disponibilidade, nesse contexto, é condicionada à possibilidade de cessão do bem de forma livre. De modo contrário, indisponível é o direito que não é passível de disposição, dentre os quais em regra cita-se o direito à vida, à liberdade, e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Contudo, em termos práticos, a diferenciação não é tão simples. Carlos Alberto Salles (2011) considera que os conceitos apremem caráter dicotômico e mutuamente excludentes, o principal óbice reside na delimitação entre ambos, uma vez que são termos plurívocos, aplicados para situações que apresentam efeitos e naturezas diversas.

Salles identifica duas modalidades de indisponibilidade com base na origem e consequência jurídica: a saber, material e normativa. A primeira se dá pelas características do bem, pela sua natureza e titularidade deste, as quais que impedem a sua disposição. É o caso

---

<sup>64</sup> Sobre essa espécie de dano, José Rubens Morato Leite ressalta que “O dano extrapatrimonial está muito vinculado ao direito da personalidade, mas não restringido, pois este é conhecido tradicionalmente como atinente à pessoa física e no que concerte ao dano ambiental, abraçando uma caracterização mais abrangente e solidária, tratando-se, ao mesmo tempo de um direito individual e um direito da coletividade. O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado está ligado a um direito fundamental de todos e se reporta à qualidade de vida que se configura como valor imaterial da coletividade” (LEITE; AYALA, 2015, p. 264).

para o autor de bens de interesses coletivos ou difusos caracterizados pela sua indivisibilidade. (SALLES, 2011, p. 290).

Tradicionalmente classificam-se os interesses em individuais, difusos e coletivos. Como o próprio nome permite aferir, interesses individuais dizem respeito à esfera de ingerência do indivíduo isoladamente. Não abrangem o contexto coletivo ou grupal. Segundo Rodolfo Mancuso (2013): “[...] é individual o interesse cuja fruição se esgota no círculo de atuação de seu destinatário.” (MANCUSO, 2013, p. 36)

Os interesses coletivos são aqueles pertencentes a um grupo ou classe de pessoas. Diferem dos interesses difusos, pela capacidade de se identificar quem são os elementos do grupo ao qual se destinam. Como esclarece José Luis Bolsan de Moraes, “Para a caracterização destes, pressupõe-se a delimitação do número de interessados com a existência de um *vínculo jurídico* que uma os membros desta comunidade que, assim, a titularidade possa ser coletivamente definida.” (MORAIS, 1999, p.50).

Os interesses difusos dizem respeito a uma coletividade não identificada. Moraes (1999) complementa que: “Os interesses difusos significam uma indeterminação subjetiva de sua titularidade [...]” (p. 55). O meio ambiente ecologicamente equilibrado pertence à categoria dos interesses difusos e, portanto, indisponível segundo a classificação de Salles (2011) em razão de sua natureza.

A segunda espécie de indisponibilidade é caracterizada quando o ordenamento cria uma proteção jurídica especial a determinados bens. É o resultado de uma escolha legislativa na formulação de normas cogentes ao invés de dispositivas, e não em razão da natureza ou titularidade do bem ou direito em questão, como na indisponibilidade material. Como exemplo desta espécie, Salles (2011) cita a indisponibilidade do interesse público pela Administração.

O direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado foi erigido à categoria dos direitos fundamentais, e estes, por sua vez, são considerados indisponíveis, sendo dever do Estado e da sociedade a promoção de sua proteção. Haveria aqui, portanto, conforme a classificação de Salles (2011), a indisponibilidade material, em razão da natureza difusa e normativa por se tratar de direito fundamental de terceira geração.

O referido autor identifica que essas duas espécies de indisponibilidade são condicionadas ao que denomina de reserva de jurisdição. A reserva de jurisdição corresponde a situações, “[...] quando o processo judicial é necessário para a produção de um efeito jurídico válido.” (SALLES, 2011, p. 93). O maior exemplo de reserva de jurisdição nesse sentido seria a respeito do processo penal, pela máxima *nulla poena sine iudicio*, não há pena sem processo anterior.

A indisponibilidade, seja material ou normativa, é alegada como justificativa para a existência de uma reserva da jurisdição estatal e evitar a via arbitral. Salles (2011) salienta que a indisponibilidade normativa ou material de um bem não gera necessariamente a necessidade da existência de uma reserva de jurisdição para que se produza efeitos válidos.

A submissão do conflito à via arbitral não implica na perda da indisponibilidade normativa ou material, uma vez que não gera necessariamente a renúncia ou alienação de determinado direito. Consoante, leciona o autor supracitado: “Na verdade [...] indisponibilidade e reserva de jurisdição não se apresentam em relação de causa e consequência como se pretende afirmar.” (SALLES, 2011, p. 287).

A marca da indisponibilidade no direito nacional historicamente pressupõe que há um arcabouço jurídico protetivo especial a esses direitos, a começar pela Constituição Federal que atribui ao Ministério público no art. 127 a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, e reflete diretamente em qual via será possível a resolução do conflito, judicial ou extrajudicial. Elton Venturi ressalta que: “A imprescindibilidade da adjudicação pública de todo e qualquer conflito envolvendo direitos indisponíveis sempre foi a tônica do sistema de Justiça brasileiro.” (VENTURINI, 2016, p.394).

Contudo, como visto, há inegavelmente um processo desjudicializante sendo implementado, e que implica na transferência de competência de resolução de litígios para setores privados e na busca pela implementação efetiva de um tribunal multiportas de solução de conflitos. O movimento de desjudicialização surge como uma demanda do próprio Estado e inclusive do Judiciário, que anteriormente apresentava uma aversão aos métodos extrajudiciais, alteração que vem sendo incentivada gradativamente pelo CNJ.

A lei 13.140/2015, ao estabelecer a possibilidade de mediação em conflitos que versem sobre direito patrimoniais indisponíveis<sup>65</sup>, se torna um marco que representa a mudança na administração dos métodos de solução de conflitos. Apesar de manter a imprecisão conceitual do que viria a ser esses direitos, reabre a discussão sobre a possibilidade de transação em matérias antes consideradas de jurisdição exclusiva do Estado. Cria-se assim, paralelamente ao binômio direitos disponíveis e indisponíveis, uma terceira categoria, indefinida, de direitos indisponíveis transacionáveis.

A questão é polêmica e é fundamentada também em aspectos políticos ideológicos, uma vez que depende da visão de jurisdição adotada e da funcionalidade dos meios alternativos de

---

<sup>65</sup> Art. 3º Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação (BRASIL; Lei 13.140, 2015).

solução de litígios dentro da administração da justiça. Meirelles (2007) ressalta que há críticas fortes a esse processo principalmente daqueles que consideram que a adoção de meios alternativos não se presta à legitimação do acesso à justiça, mas estaria ligada às políticas de redução do Estado.

Segundo Delton Meirelles (2007):

Nesta perspectiva, poderíamos identificar entre os argumentos pró-MARC's uma defesa da redução do papel do Estado na resolução de conflitos. Este discurso ganhou força com a crise do modelo de *welfare state* e ressurgimento do liberalismo econômico como ideologia hegemônica do capitalismo globalizado. Sendo assim, a sobrecarga de trabalho dos tribunais e a conseqüente morosidade da prestação jurisdicional justificariam os meios alternativos como medida garantidora de maior eficiência estatal, já que não seria economicamente viável maiores investimentos no aparelho judicial [...]. (MEIRELLES, 2007, p. 75).

Conforme esta concepção, as ideias neoliberais das últimas décadas operaram modificações nos sistemas judiciais de países latino-americanos. Neste período chama a atenção orientações de organismos interacionais com relação ao Judiciário latino-americano provenientes do Banco Mundial e de outros organismos internacionais a partir da década de 1990.

Dentre os documentos cita-se o relatório 319 do Banco Mundial, que destaca especialmente a adoção dos métodos alternativos nos países latino-americanos. Segundo o Meirelles: “Assim, o estímulo às soluções privadas se explica não só pela eficiência e rapidez, mas especialmente para que a ‘mão invisível do mercado’ possa ditar o ritmo das negociações.” (MEIRELLES, 2007, p. 77).

As discussões acerca dos fundamentos políticos, jurídicos e sociais do processo e da administração da justiça são sempre importantes. A pretensa neutralidade destas disciplinas apenas serve como subterfúgio para mascarar aspectos políticos-ideológicos. Entrementes, considera-se que a participação privada na resolução de conflitos pode sim ser fator de legitimação do acesso à justiça, desde que seja acompanhada de políticas nacionais informacionais e educativas.

No que tange especificamente à arbitragem, as considerações sobre essa nova categoria de “direitos indisponíveis transacionáveis” parecem se afinar com a nova tendência doutrinária, que considera a desnecessidade do requisito da disponibilidade como parâmetro de verificação da arbitrabilidade de litígios patrimoniais. A esses casos tem-se denominado de arbitrabilidade

de questões sensíveis, em que se discute semelhante à problemática ambiental, a aplicação do instituto à: dissídios individuais trabalhistas, direito de família, dentre outros ramos<sup>66</sup>.

Nesse sentido, Leonardo Faria Schenk (2009) traz exemplos na legislação internacional, que não utilizam mais como requisito para a solução arbitral a disponibilidade do interesse, cita como modelo o art. 1.030 da ZPO alemã. Segundo o autor: “[...] parece inexistir uma necessária vinculação entre a arbitragem e a disponibilidade do objeto da controvérsia, ficando o tema antes entregue à política legislativa de cada Estado.” (SCHENK, 2009, p.61).

Além disso, entende-se que a indisponibilidade nem sempre será absoluta, haverá aspectos sobre os quais se pode transacionar, nem que seja sobre o modo, tempo ou lugar de cumprimento de uma determinada obrigação. É o que Ada Pellegrini Grinover (2006) leciona ao considerar que “[...] mesmo que se trata de direitos indisponíveis há sempre um campo de interesses patrimoniais disponíveis dentro do qual a arbitragem pode ser utilizada. (GRINOVER, 2006, p. 251).

Bernardo Lima (2010), ao interpretar o artigo 852 do Código Civil de 2002, entende que este teria derogado o sistema de arbitrabilidade da lei 9.307/1996. O texto legal estabelece que: “É vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial.” (art. 852, Lei 10.406/2002), não havendo menção às situações indisponíveis em geral. Nas palavras de Lima: “O nosso entendimento é que o conteúdo da norma, de fato, autoriza arbitrabilidade de situações jurídicas indisponíveis que possuam conteúdo patrimonial.” (LIMA, 2010, p. 76).

Ricci apud Lima (2010), segue posicionamento semelhante e identifica a falta de fundamentos para que a arbitrabilidade seja condicionada à disponibilidade do direito. Segundo autor esta conexão residiria em razão de um fundamento político, a saber a concepção de jurisdição como poder do Estado e expressão de sua soberania.

Consoante a interpretação de Lima e Ricci não represente posicionamento majoritário, considera-se que o critério da disponibilidade não seja o mais adequado como parâmetro de arbitrabilidade, até mesmo por seu grau de imprecisão. A disponibilidade e a transigibilidade

---

<sup>66</sup> Bernardo Lima revela, “No entanto, modernamente a utilização do instituto tem se espalhado por outras áreas do Direito, abrangendo, por vezes, disciplinas aparentemente com ele incompatíveis. Em realidade, os limites de arbitrabilidade impostos pelas legislações conduziram um desenvolvimento da arbitragem objetivamente restrito. Esse panorama, entretanto, vem sendo paulatinamente modificado, levando-se em conta que temas como Direito do Trabalho, legislação antitruste, atos de império em contratos públicos e até conflitos envolvendo propriedade intelectual tem sido recorrentemente objeto de discussões concernentes à possibilidade de sua apreciação por juízo arbitral.” (LIMA, 2010, p. 76).

não são sinônimos<sup>67</sup>, uma vez que se considera a possibilidade de transação em situações jurídicas indisponíveis, como já relatado, previsão esta que consta no Marco Legal da Mediação.

Ademais, os árbitros também se encontram adstritos às regras jurídicas, desde que a arbitragem seja de direito e não de equidade<sup>68</sup>, sendo vedada naquela a decisão contra *legem*. Desta forma, a arbitrabilidade da matéria ambiental, em teoria, não resulta na sua livre disposição. É claro que o processo arbitral relativo ao meio ambiente não deve se desenvolver nos mesmos moldes de arbitragens essencialmente privadas, sendo necessário como realizado na seara internacional a criação ou adoção de um procedimento próprio e voltado para esse tipo de conflito.

O meio ambiente é direito indisponível, o que não significa que não apresente um núcleo de disponibilidade quando se trata dos fatores sociais e econômicos quando da utilização de recursos naturais ou na restauração ambiental e indenização, em caso de dano. É a situação dos exemplos citados no capítulo anterior de realização do termo de ajustamento de conduta (TAC) entre o membro do Parquet e eventual responsável por dano ao meio natural. Quando o acordo se dá antes da instauração da Ação Civil Pública e há o efetivo cumprimento de todas as obrigações assumidas é desnecessário o acionamento da via judicial.

Há, portanto, no TAC, na mediação e conciliação ambiental, a possibilidade de transação de bens, que não obstante à sua natureza difusa ou coletiva, são passíveis de serem objetos de transação, ainda que esta transação seja condicionada pelas normas protetivas do direito ao meio ambiente.

Imagina-se possível, por exemplo, que numa situação de dano ambiental comprovado e que tenha a presença de mais de um infrator possa-se discutir por meio da arbitragem o regime de compensação e restauração que cada qual venha a assumir, bem como os moldes, lugar, tempo, em que se deva dar o adimplemento da obrigação, conforme salienta Gonçalves (2006). Além disso, no caso de dano ambiental, vale lembrar, que nem sempre o interesse atingido será difuso, uma vez que pode vir a infringir interesses individuais ou individuais homogêneos.

---

<sup>67</sup>Bernardo Lima esclarece melhor essa questão ao constatar que: “Na grande maioria dos ordenamentos jurídicos, as matérias disponíveis não são passíveis de transação, o que pode desencadear, em alguns, a crença de que, ao falar em disponibilidade e transigibilidade, se está tratando da mesma questão. Isso não é exato. A transigibilidade é a possibilidade de submeter determinado litígio, a transação, a qual, por sua vez, constitui o negócio jurídico destinado à realização da autocomposição de uma controvérsia” (LIMA, 2010, p. 52).

<sup>68</sup> Nos termos do art. 2º da lei 9.307/1996 a arbitragem pode ser de direito ou equidade, nesta admite-se as partes escolherem livremente as regras de direito aplicada, desde que respeitadas a ordem pública e os bons costumes, podendo o árbitro decidir contra as normas do direito positivo vigente.

De mais a mais, Grinover (2006) salienta que, se mesmo em campos que se trata de direito público em sentido estrito, já se admite a utilização de meios extrajudiciais de solução de conflitos, mais uma razão para se repensar a viabilidade em circunstâncias que tratem de direitos ou interesses metaindividuais.

Pode-se considerar a existência, nesse caso, do que Salles (2011) denomina como “disponibilidade condicionada” de certos bens, que devem se sujeitar a normas substanciais e processuais próprias para que se tenha a possibilidade de realização de transação. Diante dessa postura, passa-se a tratar da arbitrabilidade de conflitos ambientais.

Foi retratado no capítulo 3 a definição meio ambiente a partir da diferenciação entre macrobem e microbem ambiental. Recorda-se que o macrobem ambiental<sup>69</sup> é indisponível por se tratar de direito difuso, e, claro, em razão de sua própria natureza como bem incorpóreo e insuscetível de apropriação. Os microbens são parcelas corpóreas do macrobem e, portanto, passíveis de fracionamento e apropriação pelo homem conforme as regras estabelecidas em legislação própria.

Édis Milaré (2015), ao invés da diferenciação entre macrobem e microbem trata da noção de bens ambientais e patrimônio ambiental, este último bem indivisível e unitário e global. Para o autor: “[...] é, enquanto tal, intangível por natureza, consistindo mais em uma categoria abstrata, uma espécie de rubrica etérea que serve como *grife* para caracterizar determinadas espécies de bens.” (MILARÉ, 2015, p. 511).

Lado outro, os bens ambientais (microbens) “[...] são dotados de muitos valores diferentes, dentre os quais, o valor econômico, como os recursos hídricos e os florestais, na medida em que entram na categoria de insumos para os processos produtivos.” (MILARÉ, 2015, p. 510).

Nesse sentido, enquanto o macrobem ou patrimônio ambiental é uma categoria abstrata, o mesmo não ocorre com os recursos naturais (microbens), que são passíveis de valoração até mesmo econômica, sendo objeto de conflitos, seja pela sua posse ou propriedade e utilização, ou são objetos de agressões (dano ambiental) gerando a necessidade de reparação.

A proteção aos microbens se dá na medida em que a sua degradação influi nas relações ecossistêmicas<sup>70</sup> e, conseqüentemente, conforme nos ensina Milaré (2015), na manutenção do

---

<sup>69</sup> “O conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (BRASIL; LEI 9638, 1981, art. 3º).

<sup>70</sup> Como revela Milaré “[...] fato incontestável de que as relações existentes nos ecossistemas e, por igual, no meio ambiente como um todo são sistêmicas, isto é, os elementos constitutivos estão ligados por teias e redes de interdependências, de modo que a alteração de um ou de alguns deles repercute nos demais,

equilíbrio ambiental, que é o objeto do direito fundamental resguardado no art. 225 da Constituição Federal. Nesse sentido José Afonso da Silva (2013) leciona que, “O direito que todos temos é a qualidade satisfatória, ao equilíbrio ecológico do meio ambiente. Essa qualidade é que se converteu em um bem jurídico. A isso é que a Constituição define como *bem de uso comum do povo* e essencial à sadia qualidade de vida.” (SILVA, 2013, p. 87-88).

Desta forma, os elementos que constituem o patrimônio ambiental, ainda que sejam objeto de apropriação<sup>71</sup> de particulares ou do Poder Público estão sob controle do arcabouço protetivo uma vez que são constitutivos do todo. De modo que, segundo Milaré (2015), eventuais conflitos que envolvam esses elementos devem presar no momento de sua composição pelo equilíbrio ecológico e seu valor socioambiental.

Isso não significa que não haja uma margem de disponibilidade, da qual aqueles que se apropriam de recursos naturais possam se utilizar. Como exemplo tem-se que não é permitido pela legislação que o proprietário de determinado terreno no qual se encontre o cinturão de Mata Atlântico proceda o seu desmatamento para uso alternativo do solo, porém o imóvel pode ser vendido, doado e até mesmo usado para valorização econômica, como o ecoturismo, esclarece Lima (2010).

Daí a importante questão, e a dificuldade em se harmonizar em termos práticos a destinação econômica de determinado bem e sua função socioambiental. Ressalta Ayala (2007) que a Constituição Federal regula os regimes de apropriação dos recursos naturais de diferentes modos dependendo da função no contexto socioeconômico nacional.

A condição de arbitrabilidade, nesses casos, vai depender da legislação ambiental específica. Patryck Ayala (2007) diferencia duas espécies de regimes constitucionais quanto aos bens ambientais: regime de apropriação de bens ambientais situados em espaços territoriais especialmente protegidos; e sistema de bens ambientais que formam considerados como suscetíveis de valoração econômica, como os recursos hídricos e a mineração.

Seja qual for a forma de apropriação ou acesso ao recurso natural, o referido autor ressalta que há que se ter em consideração: “A obrigação de defesa do meio ambiente e a função social da propriedade condicionam a forma de valoração dos bens para a finalidade de apropriação.” (AYALA, 2007, p. 263).

---

seja em escala que for. Daí a solicitude com as áreas a serem particularmente protegidas, porquanto elas são a garantia de perpetuação dos sistemas vivos” (MILARÉ, 2015, p. 513).

<sup>71</sup> Como ressalva Patryck de Araújo Ayala “O direito de apropriação não necessariamente pressupõe a propriedade do bem. A apropriação compreende diversas formas de uso e acesso aos recursos naturais e aos espaços onde se localizam” (AYALA, 2007, p. 268).



#### 4.2 Vantagens e críticas em relação à arbitragem ambiental

Importante também discutir os prós e contras a respeito da adoção da arbitragem ambiental. A análise desses quesitos perpassa pelos princípios estruturantes deste instituto. Ademais, permite avaliar, ainda que teoricamente, como a sua aplicação à seara ambiental se difere do processo judicial, e em que pontos é mais adequada ou não do que a justiça oficial para dirimir tais conflitos.

Ressalva-se, todavia, que esta avaliação é meramente teórica. Em termos práticos os resultados ou divergências entre arbitragem e processo judicial podem ser diversos. Afinal, é plenamente possível que o desfecho de cada um desses procedimentos contrarie as expectativas iniciais.

Introduz-se este item com colocações sobre os principais fatores que são motivo de crítica à via arbitral. Lima (2010) assinala que a causa de rejeição à arbitragem mais ressaltada em geral diz respeito ao seu “caráter elitista”, por esta ser uma “clínica de luxo”, sendo o seu uso voltado para os casos notáveis, os quais envolvem grandes complexos empresariais ou questões internacionais entre Estados.

Ainda que não seja verdadeira a sua restrição a apenas grandes litígios, uma vez que esta pode ser aplicada para disputas de menor porte, fato é que a pesquisa “arbitragem em números” retratada no capítulo anterior demonstra que não é realmente um instituto utilizado pela grande massa populacional. A realidade ainda é outra.

Mesmo na seara empresarial, em que é difundida a sua utilização, verifica-se que é uma prática mais comum entre conglomerados econômicos do que parte do dia a dia de pequenos empresários, que muitas vezes se voltam para o processo judicial ou para os meios consensuais, mediação e conciliação, que se demonstram mais acessíveis, até mesmo em termos econômicos.

As razões para esse processo se dão inclusive por fatores históricos. Segundo Sadek (2014), a institucionalização dos meios alternativos de conflitos não se deu no mesmo grau e extensão de outros países, tais como Argentina e Chile. Ademais, as limitações ao uso da arbitragem no Código Civil de 1916 e posteriormente a própria resistência à aprovação da lei de arbitragem e as opiniões depreciativas à respeito do instituto<sup>72</sup>, confirmam que em termos culturais a arbitragem não é muito popular no direito brasileiro.

Além disso, devido ao seu franco desenvolvimento na seara empresarial, criou-se uma aureola de desconfiança a seu respeito, por ser relacionada à “figura do burguês”, ao capitalismo

---

<sup>72</sup> Pontes de Miranda já declarou sobre o juízo arbitral “é primitivo, regressivo mesmo, a que pretendem volver, por atração psíquica a momentos pré-estatais, os anarquistas de esquerda e os de alto capitalismo”. (MIRANDA *apud* CARMONA, 2009, p. 01).

e forma de exploração da parte mais forte em relação à hipossuficiente, em que o litigante que pagasse mais, teria mais condições de ganhar.

A institucionalização da arbitragem por meio da lei 9.307/1996, nesse sentido, teve importante função de melhor incentivar o uso deste instituto, ao conferir eficácia de título executivo judicial à sentença arbitral, sem necessidade de homologação posterior por magistrado e também de “quebrar” algumas noções preconcebidas a seu respeito. Para Carmona, “Não foi necessário muito tempo para que essas opiniões pessimistas fossem totalmente destroçadas pela realidade: a arbitragem não se revelou método selvagem e abusivo de resolver litígios [...]”. (CARMONA, 2009, p. 02).

Eduardo Damião Gonsalves tem percepção semelhante ao considerar que: “O Brasil superou a histórica resistência à arbitragem. Eu acho que hoje já é até demodee se falar em resistência à arbitragem no Brasil, passados já quase dez anos da Lei de Arbitragem, de 1996, e essa resistência vem sido superada [...]”. (GRINOVER; GONSALVES, 2006, p. 253).

De fato, agora mais de vinte anos da publicação da lei de arbitragem e do retorno do debate sobre o instituto com as alterações de 2015 as desconfiças iniciais já se encontram amenizadas. Começa a ganhar força agora o que Francisco Cahali (2015) denomina como “segunda geração de arbitragem”, “arbitragem democrática” ou “arbitragem social”

A essa nova etapa, a que o Prof. Cahali se refere, diz respeito às perspectivas futuras da arbitragem, em que passadas duas décadas de consolidação técnica do instituto e de sua credibilidade, parte-se para a democratização. Pretende-se a maior aproximação do método com a grande massa populacional, e também que se possa ampliar o rol de matérias suscetíveis de serem resolvidas por arbitragem, com a inclusão de novos conteúdos, que antes eram considerados “tabus” em termos de arbitrabilidade.

Haveria, desta forma, um terreno fértil para se considerar a expansão da via arbitral. A perspectiva de Cahali (2015) é positiva em relação ao instituto, contudo há ainda entraves a serem superados para que se possa atingir essa “segunda geração da arbitragem”. Um dos óbices refere-se ao desconhecimento deste método por boa parcela da população. Como revela Bernardo Lima (2010), “Com efeito, o desconhecimento do mecanismo efetiva a sua subutilização, consubstanciada na restrição do âmbito material das pretensões existentes ao setor empresarial/comercial”. (LIMA, 2010, p. 05).

A falta de conhecimento e mesmo a dificuldade no acesso físico a tribunais arbitrais dificultam a sua popularização. Outro aspecto que acrescenta a impopularidade refere-se aos custos do procedimento. O Comitê Brasileiro de Arbitragem em conjunto com o Instituto de Pesquisas Ipsos realizou no ano de 2012 pesquisa de opinião a respeito das percepções da

arbitragem, por árbitros, advogados e membros de departamentos jurídicos de empresas e câmaras arbitrais, pessoas ligadas à prática do procedimento a certo período de tempo.

De acordo com os dados, 60% dos entrevistados consideram que a principal desvantagem da arbitragem comparada aos processos judiciais diz respeito aos custos, segundo informação de Abbud (2013). Além do que, conforme pesquisa apresentada no capítulo 03, “Arbitragem em Números” de Selma Lemes (2016), entre 2010 e 2015 as 6 principais Câmaras de Arbitragem brasileiras consideradas em conjunto representaram, em termos de valores, mais de 38 bilhões, sendo que o número de casos novos entrantes foi de 1.043 no mesmo período.

Diante destes dados, percebe-se que para que ocorra a efetiva aproximação entre a arbitragem e a acessibilidade desta à população em geral é necessário que o instituto não se restrinja a permanecer como uma clínica de luxo, ou, como compreendem os críticos dos MARCs, como instrumento do capital globalizado.

Para tanto, precisa-se desenvolver programas de educação quanto aos meios extrajudiciais de solução de conflitos, bem como oferecer sistemas de arbitragem mais acessíveis em termos econômicos. Observa-se que em alguns casos o desconhecimento com relação ao instituto e a problemática dos custos vêm sendo superados com o auxílio de atuações setoriais do próprio poder Judiciário.

O exemplo mais marcante desta situação é o do Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE). O tribunal criou as chamadas Centrais de Conciliação, Mediação e Arbitragem previstas nos artigos 73 a 75 da Lei Complementar Estadual nº 100, de 21/11/2007 (Código de Organização Judiciária do Estado de Pernambuco) e da Resolução TJPE nº 222, de 04/07/2007, do Tribunal de Justiça.

As Centrais de Conciliação, Mediação e Arbitragem são órgãos vinculados às unidades jurisdicionais de 1º e 2º grau, que atuam de modo paralelo a estas. Conforme informações no sítio eletrônico do TJPE, o tribunal conta atualmente com sete centrais espalhadas pelo estado, nas quais os cidadãos podem comparecer e requerer um parecer sobre o seu problema, no qual será informado dos seus direitos e encaminhado para a “melhor porta”. Ainda que, as unidades sejam coordenadas pelo Poder Judiciário, este não influi diretamente no conflito. O magistrado competente atua na execução de atos de árbitros, mediadores e conciliadores.

Além das centrais, existem ainda Câmaras de Mediação, Conciliação e Arbitragem, unidades ligadas a entidades privadas ou públicas, por exemplo instituições de ensino superior, associações de classe e registro profissional, as quais são conveniadas ao TJPE. As câmaras são mantidas pelas entidades, contudo o tribunal oferece apoio técnico, inclusive com a realização de cursos de capacitação do pessoal a ser indicado pelas instituições mantenedoras. No site do

TJPE constam 24 câmaras, dentre as quais a maioria é sustentada por instituições de ensino superior.

Existem ainda as chamadas Casas de Justiça e Cidadania previstas no art. 15 da Resolução TJPE nº 222/2007, que são unidades mantidas tanto pelo TJPE, quanto por entidades privadas ou públicas. As Casas de Justiça podem ser instaladas em qualquer região ou bairro, o que permite a maior aproximação entre o cidadão e o sistema de justiça. Dentre as suas atribuições funcionais encontra-se a realização de políticas públicas de promoção da cidadania mediante o envolvimento da população com a solução de problemas, atuando, portanto, na prevenção e resolução de conflitos, com utilização também da mediação, conciliação ou arbitragem em comunidades carentes.

As Centrais, as Câmaras e Casas da Justiça e Cidadania instaladas em Pernambuco representam o cerne do sistema multiportas e demonstram a possibilidade de perante esforço conjunto entre sociedade civil e poder Judiciário propiciar a democratização do acesso à justiça e estimular o exercício da cidadania. Percebe-se, portanto, que as barreiras podem ser superadas. O caso do TJPE é um bom exemplo que pode ser aplicado e ampliado.

Observa-se com iniciativas como essa, que é sim possível superar as barreiras para a acessibilidade da arbitragem, seja por iniciativa do Judiciário ou da própria sociedade civil. Desta forma, considerando que a potencialidade da arbitragem em se tornar um importante instrumento de alternativa ao processo judicial, passa-se a tratar quais as vantagens, que o método pode trazer no tratamento adequado dos conflitos.

Pode-se assinalar que comparado ao processo judicial, a arbitragem apresente dentre as suas principais vantagens: maior autonomia conferida aos participantes, tempo reduzido para obter o provimento final, a informalidade do procedimento, confidencialidade, e a análise especializada do conflito.

Carlos Alberto Salles (2011) em sentido semelhante enumera os benefícios da arbitragem em litígios privados:

Os prós da arbitragem quando se trata de sua utilização no âmbito de relações privadas são bem conhecidos: a celeridade, a confidencialidade, a especialização no tema a se decidir, a economia de recursos materiais e humanos, o menor grau de enfrentamento entre as partes, a flexibilidade, a maior participação das partes e a maior proximidade delas com o arbitro. (SALLES, 2011, p.29).

Sem dúvida a primazia da autonomia da vontade das partes é um dos valores centrais do procedimento arbitral, sendo uma das maiores diferenças em relação ao processo judicial.

As partes apresentam liberdade de escolha no momento de eleição pela via e também em como será regulamentado o seu procedimento.

A autonomia conferida aos participantes se inicia na escolha do instituto e prossegue quanto ao procedimento. Cahali (2015) ressalta que as partes têm liberdade, por exemplo, para eleição da quantidade de árbitros, estabelecimento do calendário de prazos próprios, definição de locais onde serão praticados os atos, restrição da apreciação de tutelas de urgência sem oitiva a outra parte, e mesmo definição de quais as regras de direito aplicáveis se a arbitragem for de equidade.

O prestígio à liberdade das partes, portanto, é o quesito que garante maior flexibilização e adequação do litígio às particularidades do caso concreto, podendo inclusive, desde que, em comum acordo, mudar-se as regras do procedimento anteriormente acordadas. Como revela Cahali (2015), “Assim, a autonomia aqui confirma o poder das partes de modelar, em conjunto, toda a arbitragem, desde sua eleição e início, até a sua conclusão, passando pelo seu conteúdo. E assim, este princípio é da essência deste instituto”. (CAHALI, 2015, p. 138).

Tem-se que levar em consideração que no caso dos conflitos socioambientais, a depender se a situação envolve determinado bem natural, haverá que se respeitar os termos da legislação específica que regula este bem. De forma que, a autonomia de regulamentação do procedimento seja mitigada, por exemplo, quanto à possibilidade do sigilo sobre os atos e/ou quanto à escolha da regra aplicável ao caso.

No que tange aos conflitos socioambientais o maior benefício diz respeito ao tempo. O procedimento arbitral é reconhecido pela maior agilidade na obtenção de um posicionamento final. Nos termos da legislação, “A sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada tendo sido convencionado, o prazo para a apresentação da sentença é de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro”. (Art. 23, Lei 9.307/1996).

De fato, a questão temporal é um dos maiores atrativos. Conforme pesquisa de opinião anteriormente mencionada, a principal vantagem técnica eleita da arbitragem em relação ao processo judicial pelos entrevistados foi “o tempo necessário para ter uma solução definitiva para o conflito”(ABBUD, 2013, p. 11). O desrespeito ao prazo em sede arbitral é fundamento inclusive para a responsabilização civil do árbitro e anulação da sentença proferida, o que demonstra a seriedade do quesito temporal neste procedimento.

Ainda que, o novo Código de Processo Civil venha adotando procedimentos mais simples o que conjuntamente com a informatização por meio do processo judicial eletrônico contribui para maior agilidade, o processo judicial é inegavelmente instrumento mais formal e menos flexível, quando comparado aos métodos extrajudiciais.

Como visto no capítulo 02, o tempo médio para a finalização da demanda judicial ainda é maior em comparação com o prazo legal de 6 (seis meses) da arbitragem, caso as partes não convençionem em contrário. Esse aspecto, a saber, a rápida cognição da matéria tratada é essencial em conflitos socioambientais, por exemplo, em situações de dano ambiental, que exigem resposta rápida, a fim de evitar impactos maiores.

A maior flexibilização do procedimento arbitral é outro ponto positivo em comparação ao processo judicial. Como esclarece Maria Tereza Sadek (2014), no processo judicial, “O excesso de formalismo somado à linguagem hermética, prolixa, ostentando cultura e erudição, também são apontados como causas da morosidade, provocando o retardamento das decisões e, na maior parte das vezes, a incompreensão por parte dos jurisdicionados”. (SADEK, 2104, p. 61).

A informalidade do procedimento arbitral e o uso de linguagem menos formal ou prolixa contribuem para que os participantes, que em geral não são operadores do direito, compreendam melhor o que está sendo tratado e a partir daí tenham mais condições de influir no resultado final.

Além disso, a arbitragem permite análise de profissional especializado. Este inclusive foi o segundo fator positivo apresentado pelos participantes da pesquisa de opinião acima tratada, a saber, “o caráter técnico e a qualidade das decisões” (ABBUD, 2013, p. 11).

Como visto, o meio ambiente é um fenômeno complexo, formado de relações ecossistêmicas, o que exige o conhecimento especializado da questão. Lima (2010) ressalta que ainda que se crie varas especiais nos tribunais de justiça para dirimirem questões ambientais, não se pode negar, que a visão do profissional do Direito, não seja tão ampla a respeito de questões técnicas, como de outras profissionais com formação específica, seja em biologia, ecologia, engenharia ambiental, dentre outros.

Como revela Rodolfo Mancuso (2014), diante da complexidade de certos litígios e frente à enorme carga de trabalho, a judicialização de questões multiplexas não resultam exitosas, nas palavras do autor

Nessas relações multiplexas, a judicialização não costuma revelar-se exitosa, por mais de um fator: dificuldade, para o órgão julgador, para captar a controvérsia em toda a sua extensão, com todas as nuances e particularidades; tempo excessivamente longo para a instrução probatória; necessidade de aguardar a formação da coisa julgada para ter-se como firme a decisão; leniência no cumprimento de mandados judiciais [...]. (MANCUSO, 2014, p. 218).

Outro ponto considerado favorável diz respeito à ausência de recursos. Nos termos da lei “O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário” (BRASIL, Lei. 9307/1996, art. 18).

Ademais, arbitragem é um meio global de solução de litígios não limitada à circunscrições territoriais. De acordo com Clay e Aboim (2004), o meio ambiente é indiscutivelmente um problema global, os danos e disputas não necessariamente se restringem a territórios, principalmente em sociedades complexas e globalizadas.

Nesse contexto, uma reformulação sobre a possibilidade do uso da arbitragem pode ser uma solução adequada a fim de garantir a chamada eficácia social da norma. Afinal, tal modificação seria capaz de propiciar a efetiva tutela ambiental, bem como gera menor onerosidade à máquina estatal, por tratar-se claramente de um meio alternativo de solução de controvérsias.

Sobre a vantagem de se instaurar um procedimento arbitral em conflitos ambientais, esclarece Paulo de Bessa Antunes:

O litígio entre as empresas, no juízo arbitral, estaria definido no prazo máximo de 6 (seis) meses, com a grande vantagem de que, nos termos do Art. 31 da Lei de Arbitragem, “A sentença arbitral produz entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo”. A decisão arbitral, portanto, pode ser um poderoso elemento para resguardar responsabilidades ambientais futuras, visto que o seu valor é igual ao de uma decisão do Poder Judiciário. Mesmo o acordo entre as partes, uma vez instaurado o juízo arbitral, será declarado em sentença pelo árbitro. Há, como se vê, um fortíssimo grau de segurança jurídica. (ANTUNES, 2002, p.01)

Destarte, a arbitragem tem a vantagem de poder-se utilizar de árbitros especializados, que tenham amplo conhecimento do assunto e, conseqüentemente, permite espaço para que tenha uma maior capacidade técnica para decidir sobre o litígio. Ao mesmo tempo, garante uma solução mais rápida para o conflito, pois apresenta prazo máximo para apresentação do laudo arbitral, lapso temporal que deve ser respeitado.

A resolução demorada de casos na justiça estatal apenas garante a ineficácia das normas ambientais. Nesse sentido, a possibilidade da arbitragem pode propiciar maior efetividade à proteção do meio ambiente.

Apesar das comparações feitas, deve-se lembrar que o bom êxito da arbitragem depende do Poder Judiciário<sup>73</sup>. Afinal como ressalta Selma Lemes “O árbitro, por sua vez, tem

---

<sup>73</sup> Gonçalves considera que “A arbitragem não existe sem o Judiciário. O Judiciário é fundamental para que a arbitragem possa existir. A arbitragem não é fundamental para que o Judiciário possa existir. Essa é verdade” (GRINOVER; GONÇALVES, 2006, p. 253).

jurisdição, mas não tem *imperium*, o poder de constrição” (LEMES, 2006, p. 03). Para que se tenha a execução da sentença arbitral, ou execução de tutelas de urgência, depende-se da atuação do magistrado.

Daí a importância de se manter varas com juízes voltadas para atuar nas situações previstas na lei de arbitragem e que exigem o concurso do magistrado para que se possa dar efetividade as decisões. Inclusive a proposta de varas especializadas para tratar de questões da arbitragem é uma das metas da Corregedoria Nacional de Justiça para promover a própria eficiência no deslinde do litígio.

Há, portanto, um princípio de complementariedade e cooperação entre a arbitragem e o Judiciário. Sendo de suma importância, a assunção do terceiro poder na organização do sistema de solução de conflitos.

#### **4.3 Parâmetros para a arbitragem ambiental**

A arbitragem ambiental devido às peculiaridades do direito ao meio ambiente suscita algumas indagações iniciais, tais como: de que modo se iniciará o procedimento arbitral; qual a norma aplicável, a saber, se a arbitragem deve ser de direito ou pode ser de equidade e, portanto, não adstrita às normas do direito positivo, e também se possível ou não a confidencialidade.

Inicia-se a ponderação destas questões quanto aos moldes em que se poderá dar instalação do juízo arbitral. Afinal, em grande parte dos conflitos socioambientais não há contrato prévio entre as partes, que estipule cláusula de eleição desta via. Ada Pellegrini Grinover (2006) quando trata da arbitragem de disputas de interesses coletivos e difusos sugere que a iniciativa poderia se dar por meio do próprio Judiciário.

Para a autora:

Eu penso que a única maneira pela qual se pode alimentar a arbitragem para a solução, a heterocomposição, desses conflitos, é através da intervenção do próprio Poder Judiciário. Não se pode ter uma cláusula arbitral, em muitos casos porque não há sequer contrato, em outros, porque se trata de contratos de adesão, então a única maneira que vislumbro – mas quem sabe aqui na discussão surjam outras idéias –, mas a única maneira que, por enquanto, me ocorre com relação à inserção da arbitragem para solução desses conflitos é pela intermediação do juiz. Então a arbitragem não seria propriamente um meio de evitar o processo, mas seria um meio de encurtá-lo (GRINOVER; GONÇALVES, 2006, p. 252).

A criação de centrais de conciliação, mediação e arbitragem semelhantes às existentes no TJPE se alinha com as colocações de Grinover. O Judiciário atuaria como órgão central, a



receber os conflitos coletivos e indicar qual o método mais adequado. Outra alternativa para a introdução da arbitragem em conflitos, cujo o interesse seja difuso ou coletivo, é por meio da intervenção do próprio membro do *parquet* ou outros órgãos legitimados à celebrarem o termo de ajustamento de conduta.

É o caso concreto noticiado por Rosana Siqueira Bertucci de arbitragem envolvendo o Ministério Público, a Empresa Fiat e a Secretária de Meio Ambiente do Estado de São Paulo. Ao que tudo indica foi levado ao conhecimento do Ministério Público que a atividade exercida pela montadora estava incompatível com às normas de emissões de gases, a solução obtida em sede de arbitragem foi encaminhada ao Conselho do Ministério Público local e ao conselho Nacional do Meio ambiente (BERTUCCI, 2003).

Não há mais informações sobre o caso ou adimplemento das obrigações, contudo resta claro, por meio de mais este exemplo, que a tendência de desjudicialização em matéria ambiental já é uma realidade. O próprio Ministério Público diante do conhecimento de uma situação de conflituosidade em assuntos de interesses coletivos e difusos poderia assim propor a solução pela via arbitral.

De mais a mais, se em conflitos de interesses coletivos ou difusos dificilmente haverá como manter uma cláusula arbitral devido à própria natureza do bem discutido, o mesmo não se pode dizer em disputas de caráter individual, ainda que não se tenha cláusula arbitral prévia, há a opção de se firmar após a controvérsia compromisso arbitral, elegendo esta via. Essas são apenas algumas considerações sobre a introdução da arbitragem nos conflitos socioambientais, focaliza-se a análise quanto aos fatores ou critério limitativos que irão condicionar a arbitragem ambiental.

Há que se lembrar que, a arbitrabilidade subjetiva e objetiva não são os únicos requisitos de validade ao processamento arbitral. A lei de arbitragem é exígua em sua regulamentação, até mesmo como forma de privilegiar a autonomia das partes, isso não implica que inexistam outros critérios oriundos do sistema jurídico para a verificação da arbitrabilidade de determinada disputa

Rodolfo Mancuso (2014) qualifica a legislação arbitral como processualista por apresentar conteúdo de caráter instrumental ou formal, sem tratar de assuntos de direito material. Consequentemente, apenas o texto do art. 1º não é suficiente para revelar todos os pressupostos de validade para instauração do procedimento arbitral. Carlos Alberto Salles exemplifica a questão ao lembrar que “É o caso do objeto lícito e juridicamente exigível, não referidos no dispositivo e que devem ser considerados para fins de verificação da arbitrabilidade de determinada relação” (SALLES, 2011, p. 216).

De modo que, em relações estritamente privadas, como num conflito oriundo de um contrato de compra e venda entre particulares, deve-se observar a licitude do objeto e sua exigibilidade<sup>74</sup>. Da mesma forma, também deve-se assumir que quando se tratar de disputas que envolvam o direito ambiental haverá requisitos próprios decorrente do sistema de tutela ambiental, o qual Antônio Herman Benjamim denomina de *due process* (devido processo) ambiental (CANOTILHO; LEITE, 2007, p. 67).

Para que se possa conjecturar em uma arbitragem relativa ao microbem é necessário que sejam respeitadas as especificações da legislação material para a sua devida proteção. Haveria, aqui, a possibilidade aqui de se realizar à semelhança do que preceitua Cláudia Lima Marques um “diálogo de fontes”<sup>75</sup> entre a lei de arbitragem e a legislação ambiental nacional.

Flávia Witkowski Frangetto lembra que em razão da legislação ambiental a arbitragem apresentará algumas limitações, conforme a autora “Em consequência, eventual ‘juiz’ criado pelas partes que acordam o sistema arbitral não poderá se afastar do que está definido como sendo obrigatório em termos de bom uso dos recursos ambientais” (FRANGETTO, 2006, p. 60).

Devido ao caráter protetivo a ser reservado na tutela do meio ambiente, questiona-se a possibilidade da escolha da arbitragem por equidade. A lei 9.307/1996 resguarda às partes a opção no art. 2º. A eleição pela “equidade” permite ao arbitro ou colegiado de árbitros decidam sem estarem presos às normas do direito positivo vigente.

Carmona explica o julgamento por equidade nos seguintes termos:

Em outros termos, sendo a norma abstrata, criada para reger fatos-tipos, pode acontecer que em dado caso concreto ocorra circunstâncias que o legislador não havia previsto, torando a incidência da norma injusta e inadequada. É nesta hipótese que atuaria a equidade, autorizando o legislador a mitigar a severidade da norma. Assim, quando autorizado a jogar por equidade, o julgador pode com largueza eleger as situações em que a norma não merece mais aplicação, ou porque a situação não foi prevista pelo legislador, ou porque a norma envelheceu e não acompanhou a realidade, ou porque a

<sup>74</sup> Objeto lícito, possível, determinado ou determinável são alguns dos requisitos de validade do negócio jurídico previstos no art. 104, II, do Código Civil de 2002. Tais fatores devem ser extrínsecos à arbitragem por tratarem de matéria de ordem pública.

<sup>75</sup> Nas palavras de Cláudia Lima Marques sobre “diálogo de fontes”: “Seguirei aqui novamente a teoria de Erik Jayme, que propõe – em resumo – no lugar do conflito de leis, a visualização da possibilidade de coordenação sistemática destas fontes: o diálogo de fontes. Uma coordenação flexível e útil (*effet utile*) das normas em conflito no sistema, a fim de reestabelecer a sua coerência. Muda-se, assim, o paradigma: da retirada simples (revogação) de uma das normas em conflito do sistema jurídico ou do “monólogo” de uma só norma (à “comunicar” a solução justa), à convivência destas normas, ao “diálogo” das normas para alcançar a sua “*ratio*”, a finalidade visada ou “narrada” em ambas. Este atual e necessário “diálogo de fontes” permite e leva à aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas convergentes, com finalidade de proteção efetiva” (MARQUES, 2004, p. 59).

aplicação da norma causará desequilíbrio entre as partes [...]. (CARMONA, 2009, p. 65).

Como pode-se perceber pela preleção de Carmona, o julgamento por equidade é uma excepcionalidade permitida em situações específicas no ordenamento para que se possa alcançar a justiça da decisão. A alternativa é encarada com desconfiança, em razão do maior grau de subjetividade que traz em relação à arbitragem de direito.

Todavia, deve-se esclarecer que o julgamento por equidade não é uma carta em branco para o julgador decidir conforme o seu senso de justiça. A própria norma traça alguns parâmetros ao definir “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, Lei 9.307, art. 2º, § 1º).

Os bons costumes e a ordem pública são os critérios limitativos à liberdade conferida aos participantes quanto à escolha do direito material a ser aplicado. Ambas as expressões são amplas com conceitos imprecisos. Os bons costumes relacionam-se à moralidade e comportamento padrão do homem médio. Por sua vez, quanto a ordem pública, esclarece Carmona que “As normas de ordem pública são aquelas que estabelecem princípios cuja manutenção se considera indispensável à organização da vida social, segundo os preceitos do direito” (CARMONA, 2009, p. 69).

Poder-se-ia aqui incluir a tutela do meio ambiente ecologicamente equilibrado na órbita dos princípios de ordem pública, o que garantiria a preservação do valor socioambiental. Outro ponto, é que o desrespeito dos preceitos de ordem pública enseja a apreciação do magistrado, que antes de proceder a execução, analisa as condições da sentença arbitral que lhe foi submetida (CARMONA, 2009).

Acontece que, para os recursos naturais para os quais se estabelece a apropriação por parte do Estado haveria impedimento, uma vez que a Administração Pública só pode fazer uso da arbitragem de direito e deve seguir o princípio da publicidade. Logo, não cabível a arbitragem de equidade nos casos em que a Administração figure como parte. Restaria a possibilidade de arbitragem por equidade para os conflitos relativos a interesses individuais.

No que tange, a possibilidade de confidencialidade na arbitragem ambiental, concebe-se que se o interesse em disputa é difuso não há como haver sigilo. Bernardo Lima considera que “Não é o fato de ser o procedimento arbitral presidido por decisores não vinculados ao Estado que autoriza a confidencialidade do processamento da demanda, mas a matéria sobre a qual se está decidindo” (LIMA, 2010, p.155).

Quanto a quais disputas poderiam ser submetidas à arbitragem, retoma-se à classificação de Paulo E. Little no capítulo 03 com relação aos tipos de conflitos socioambientais, nos quais identificou-se três grupos principais: (a) conflitos pelo controle dos bens ambientais; (b) conflitos gerados pelo impacto ou dano ambiental; (c) conflitos relacionados aos conhecimentos ambientais (LITTLE, 2001, p.109).

No primeiro caso, conflitos relacionados à apropriação e uso de recursos ambientais, resta descobrir primeiro de quais bens se trata. Compreende-se resumidamente que o patrimônio ambiental é constituído pelo: patrimônio ambiental natural, que abrange os elementos abióticos (ar; água, solo) e elementos bióticos (flora e fauna); patrimônio ambiental cultural; e patrimônio ambiental artificial.

Quanto aos recursos bióticos, nos quais se enquadram a flora<sup>76</sup> e a fauna<sup>77</sup>, e mantém importante papel na preservação do equilíbrio ambiental, e também apresentam valor de utilidade para o homem seja na produção de alimentos, combustível renovável, indústria de móveis e inúmeros outros fatores, desde que preservado o valor ecológico.

A Constituição estabelece que incube ao poder público proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade (art. 225, §1º, VII, CF/1988), sendo competência comum dos entes federados a sua preservação.

Dentre os recursos abióticos em termos de arbitrabilidade confere-se especial atenção àqueles suscetíveis de exploração econômica nos termos da Constituição Federal. Esses microbens, recursos hídricos, jazidas minerais, e recursos minerais são sujeito a um regime de dominialidade diferenciado que “[...] atribui aos entes federados a titularidade sobre os recursos naturais que constituem fontes de potenciais energéticos, reconhecendo-lhes a autonomia jurídica em relação ao solo” (AYALA, 2007, p. 288).

É o caso, por exemplo do art. 20, III, CF1988 que declara como bens da União os lagos, rios e os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais. Também são inclusos

---

<sup>76</sup> “A flora é entendida como a totalidade de espécies que compreende o componente vegetal de uma determinada região, sem qualquer conotação de importância individual dos elementos que a compõem. Essas espécies podem pertencer a grupos botânicos os mais diversos, desde que esses grupos tenham exigências semelhantes quanto aos fatores ambientais, por exemplo, os fatores biológicos do solo e do clima” (MILARÉ, 2015, p. 549).

<sup>77</sup> “Entende-se ordinariamente por fauna o conjunto dos animais que vivem, ou viveram, numa determinada região, ambiente ou período geológico” (MILARÉ, 2015, p. 556)

o mar territorial (art. 20, VI, CF/1988); os recursos minerais inclusive os do subsolo (art. 20, VII, CF/1988). A esses recursos o regime de exploração por particulares no caso de fontes não renováveis depende de autorização ou concessão da União (art. 176, CF/1988).

As tensões pela apropriação de recursos é fonte antiga de conflitos, guerras na história da humanidade já surgiram em razão disso. De modo que, não é difícil de se imaginar inúmeras controvérsias que possam surgir em relação ao uso desses recursos, contudo boa parte destas não chegam ao Judiciário. Cita-se como exemplo, a tensão entre os governos de São Paulo e Rio de Janeiro em razão da utilização das águas do Rio Paraíba do Sul, bem como as controvérsias entre as empresas exploradoras de bauxita na Amazônia e a população local.

Nesse sentido, conflitos de tais espécies, que muitas vezes se encontram fora do sistema de justiça estatal, poderiam ter melhor recepção perante a resolução arbitral, uma vez que o congestionamento de processos no Judiciário compromete o devido desempenho da demanda, principalmente em relações multiplexas, que para além do ponto de conflito central, disputa sobre uso do bem, envolvam controvérsias periféricas, como fatores histórico-culturais por exemplo.

Entende-se que quando a titularidade for atribuída à entes públicos, conforme as disposições da lei de arbitragem, o procedimento arbitral deve seguir as regras do direito positivo, sendo vedado o sigilo. Outrossim, considera-se que a utilização da arbitragem para essa categoria de conflitos seria melhor utilizada para a prevenção de litígios.

Frangetto examina a questão e considera que:

A formação da ideia de um grupo composto por pessoas de diferentes origens e atividades com pretensão de fazer uso de recursos ambientais aos quais todas tenham acesso e direito de exploração sem dano ao meio ambiente, pode aparentar uma desordem que precise de um árbitro para distinguir os papéis de cada um deles no ambiente e o grau de impactos que possam vir a provocar ao longo de suas interações com os elementos do ambiente (FRANGETTO, 2006, p. 57).

A arbitragem desenvolver-se-ia nesta situação como forma de definir previamente os papéis a serem desempenhados na exploração dos recursos, a fim de evitar futuras tensões e prevenir eventuais danos ao meio.

Quanto ao segundo grupo de conflitos tem-se aqueles oriundos do dano ambiental. Como visto o dano ambiental é ambivalente e atinge interesses múltiplos podendo-se caracterizar resumidamente duas espécies de dano conforme o interesse atingido, a saber dano individual ou coletivo.

Sobre o dano ambiental individual Leite e Ayala (2015) consideram duas possibilidades distintas de tutela. Na primeira leva-se em conta os interesses individuais propriamente ditos, como por exemplo, questões de direito de vizinhança que embora não configurem tutela direta do meio ambiente, não deixam de estar a ela relacionados, por exemplo, no caso de uma indústria que emite poluentes, que afetam diretamente os vizinhos. A segunda hipótese é quando o indivíduo busca a justiça a fim de reivindicar individualmente a tutela do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado que foi lesado pela ação danosa de outrem.

Na primeira hipótese não há dúvidas quanto ao cabimento e processamento do litígio ambiental, uma vez que se trata da proteção de direitos e interesses individuais, o meio ambiente como interesse difuso é protegido de modo reflexo. Na segunda hipótese volta-se para o início desta seção à respeito das dúvidas com relação em como poderá ser instaurada essa arbitragem.

A respeito da utilidade da arbitragem por dano ao macrobem Flávia Frangetto traz uma situação em que se pode constituir contratualmente cláusula arbitral prévia, que é quando da existência de contratos de seguros de riscos ambientais (FRANGETTO, 2006, p. 61). Os seguros de riscos ambientais são relativamente recentes no Brasil e são mais utilizados em atividades empresariais, cujo o exercício é passível de risco ao meio ambiente.

O seguro por risco ambientais não apresenta ainda uma regulamentação específica no ordenamento nacional, é comumente concebido conforme o regime de responsabilidade civil e contratos de seguros previsto no Código Civil. A apólice serve como garantia, que caso uma empresa cause danos ao meio ambiente, tenha-se um aporte financeiro mínimo a garantir à título de indenização.

A lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos traz a previsão de contratação de seguro de responsabilidade civil por danos ambientais ou à saúde pública, nos termos do art. 40:

Art. 40. No licenciamento ambiental de empreendimentos ou atividades que operem com resíduos perigosos, o órgão licenciador do Sisnama pode exigir a contratação de seguro de responsabilidade civil por danos causados ao meio ambiente ou à saúde pública, observadas as regras sobre cobertura e os limites máximos de contratação fixados em regulamento (BRASIL, 2010, Lei nº 12.305/2010).

Os contratos de seguro pelo risco ambiental são complexos em razão da imprevisibilidade do dano, que pode ser superior ao valor da cobertura, contudo, podem ser boas opções em assuntos de gestão ambiental. Segundo Walter Polido os seguros de risco ambiental carecem de incentivo no país, a começar pela própria atuação do Judiciário, que não tem o aparelhamento necessário para tratar das situações de danos ambientais frequentes que

acontecem no país, o que permite que muitas dessas situações sequer cheguem ao Judiciário (POLIDO, 2004, p. 142), o que influi na irresponsabilidade ambiental.

Outra situação seria a respeito dos conflitos relacionados aos conhecimentos ambientais. Entende-se que aqui também nessas hipóteses a disputa pode apresentar interesses múltiplos e que a arbitragem poderia ser a via elegida a fim de se ter-se uma decisão técnica e especializada, sem prejuízo da indisponibilidade do interesse ou direito difuso ou coletivo.

A aproximação entre a arbitragem e meio ambiente pode-se revelar benéfica em vários dos casos citados, a fim de melhor propiciar uma tutela jurisdicional do meio ambiente, ecologicamente equilibrado e viabilizar o exercício de direitos ambientais, para além do Judiciário.

A acessibilidade à justiça em conteúdos ambientais tem o potencial de tornar eficaz as normas protetivas e garantir melhorias na gestão ambiental. A inclusão da arbitragem no rol de métodos adequados para tratar essas situações é mais um caminho para que se possa chegar a efetividade da tutela jurisdicional do meio ambiente.

A Declaração das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, comumente conhecida como Rio 92 ou ECO 92 já reconhecia no princípio 10 que a melhor forma de tratar as questões ambientais é por meio de assegurar a participação popular seja por meio de informações ao público sobre o meio ambiente, ou pelo acesso efetivo às vias administrativas e jurisdicionais.

A Convenção de Aarhus de 1998<sup>78</sup> buscando efetivar os princípios da Rio 92 já preconizava que a fim de garantir a proteção ao direito das presentes e futuras gerações de um ambiente ecologicamente equilibrado deve-se assegurar o acesso à informação, a participação do público no processo de tomada de decisão e o acesso à justiça em matéria ambiental (COMISSÃO ECONÔMICA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EUROPA, 1988, art. 1º).

A legislação ambiental nacional é considerada avançada, contudo o grande entrave para a melhor gestão ambiental diz respeito a falta de participação da sociedade nas questões ambientais e o despreparo do próprio Judiciário a tratar com estes assuntos, como pondera Walter Polido “Essas questões de defasagem passam, de um lado, pela falta de educação adequada do povo e, por outro, mas na mesma linha da educação, pela falta de aprimoramento

---

<sup>78</sup> A Comissão Econômica das Nações Unidas para a Europa adotou a Convenção de Acesso à Informação, Participação do Público no Processo de Tomada de Decisão e Acesso à Justiça em Matéria de Ambiente na cidade de Aarhus, Dinamarca em 25 de junho de 1998. É importante documento internacional que se preocupa com a relação entre a sociedade e o governo numa concepção democrática, com o intuito de privilegiar a proteção ao meio ambiente.

do Judiciário Nacional em matéria de Direito Ambiental, cuja disciplina é bastante recente entre nós” (POLIDO, 2014, p. 20).

Esses três pilares: acesso à informação, participação popular no processo decisório e acessibilidade à justiça ambiental são essenciais na formação de um Estado Democrático de Direito Ambiental, fundado sob as premissas do desenvolvimento sustentável e da solidariedade intergeracional.



## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na pesquisa desenvolvida ficou evidenciado que a crise do sistema judicial demanda a retomada de discussões sobre a acessibilidade à justiça, aqui compreendida em sentido amplo, como ingresso à tribunais ou instituições não estatais. As recentes transformações legislativas (lei de mediação, novo CPC, alterações na lei de arbitragem) promovem o enfoque da acessibilidade sob a perspectiva dos métodos extrajudiciais e adequados de solução de conflitos.

O desafio deste processo de desjudicialização é a efetivação dos valores de justiça e democracia participativa, sem que se volte como instrumento de manipulação, em que a parte “mais capaz” se aproveite deste como forma de dominação do participante vulnerável. Ademais, que o discurso de fundamentação de um campo amplo de mecanismos de prevenção e composição de conflitos não tenha como base o descrédito ao Judiciário, mas sim a democratização do acesso a uma ordem justa e implementável.

Verificou-se no segundo capítulo, que há um paradoxo, muito acesso para poucos, os chamados litigantes habituais, e muitos sem acessibilidade alguma, em que a falta de conhecimento em relação aos direitos é um dos principais motivos dessa deficiência, aspecto relacionado também a questões socioeconômicas.

Nesse cenário, verifica-se a falta de conhecimento em relação aos direitos, problema esse que se aplica também à esfera ambiental. No caso específico do meio ambiente, este desconhecimento associa-se à falta de motivação ao exercício da cidadania em um campo que o interesse é transindividual e que necessita, para a sua efetiva proteção e consagração do princípio do desenvolvimento sustentável, da presença do Poder Público e da sociedade.

De modo que, a preocupação com o acesso à justiça se inicia antes do ingresso efetivo ao sistema jurisdicional por meio de tribunais e instituições não estatais, perpassa pela fase anterior, envolve, portanto, a capacidade de reconhecimento dos direitos e a tomada de ação diante deste fato.

A ampliação da acessibilidade à justiça ambiental por meio da disposição de novos instrumentos para a prevenção e resolução de conflitos socioambientais é importante na aproximação entre a sociedades e os problemas socioambientais, que devem fazer parte da pauta diária do desenvolvimento humano.

Considera-se, assim, as vantagens de implementação de um sistema multiportas, que aproxime o cidadão do sistema de justiça e que apresente um leque de opções para a resolução adequada dos litígios socioambientais, sem que os jurisdicionados sejam encaminhados obrigatoriamente para o processo judicial.

Contudo, ampliar o rol de possibilidades e métodos de prevenção e resolução de conflitos por si não é suficiente para incentivar o exercício à cidadania ambiental, devendo a mesma ser acompanhada por políticas públicas informacionais e educacionais, a fim de que o ingresso à justiça, aqui compreendido em sentido amplo, ou seja, não somente como acesso aos tribunais, seja efetivado.

Não adianta disponibilizar várias “portas” se não há a difusão do conhecimento sobre elas e de como cada qual pode contribuir na composição dos conflitos. A deficiência neste aspecto se inicia na própria formação do operador do Direito, quiçá poderá ser dito das grandes massas populacionais. Diante disso, ressalta-se a importância de um plano educacional associado à disposição de um tribunal multiportas.

Examinada as questões relativas ao meio ambiente e à arbitragem constata-se a possibilidade de arbitralidade dos conflitos socioambientais. Conquanto a posição doutrinária majoritária se demonstre claramente desfavorável, por se tratar de matéria de interesse difuso e indisponível, constata-se que a pretensa impossibilidade de eleição da via arbitral é suscitada mais em razão de uma visão tradicional de jurisdição focada nesta como atividade, função e poder do Estado, do que em atividade à serviço dos cidadãos para se efetivar os valores e direitos de todos.

O fato da disputa ser dirimida por meio da justiça privada e não pelo ente estatal a julgar determinada controvérsia não implica em renúncia à tutela protetiva do meio ambiente. A responsabilidade ambiental é compartilhada entre o Estado e os particulares, a opção pela via arbitral estimula a cooperação entre a sociedade civil e o Judiciário.

Ademais, entende-se que a indisponibilidade não se apresenta como o melhor critério de verificação de arbitralidade, mesmo porque, como bem elucida a prof. Ada Pellegrini Grinover, haverá mesmo nesses casos um certo âmbito de disponibilidade da matéria, sobre a qual poderá se transacionar ou buscar a solução pela via arbitral.

Quanto aos porquês de se pretender a solução ou prevenção de conflitos pela arbitragem certifica-se que esta é uma opção caracterizada pela maior eficiência na resolução do litígio, ponto essencial quando se trata do meio ambiente, uma vez que o risco da demora pode gerar danos irreparáveis ao equilíbrio ecossistêmico. Ademais, os conflitos socioambientais são complexos e multifacetados, a arbitragem pelo seu caráter técnico e especializado apresenta-se como método viável para o tratamento desse tipo de controvérsia.

Reconhece-se que arbitragem ainda é instituto pouco utilizado frente a outros métodos extrajudiciais de conflitos e que necessita de maiores incentivos para que seja acessível à todos e não se torne apenas uma “clínica de luxo”, a atuar apenas em questões empresariais. Atesta-

se que, conquanto a arbitragem não gere uma diminuição considerável das fileiras de processo no Judiciário, é método adequado de resolução de conflitos oriundos de relações multiplexas, que demandam conhecimento especializado e uma decisão pormenorizada a respeito dos impactos que possa trazer ao equilíbrio ambiental.

Quanto aos parâmetros pelos quais o procedimento arbitral pode se desenvolver perpassa pelo diálogo entre a lei de arbitragem (9.307/1996) e a legislação ambiental pertinente. É necessário em especial a verificação do interesse em questão, se difuso, coletivo, individual ou individual homogêneo para a definição dos critérios limitativos, a saber, se a arbitragem poderá ser de equidade ou meramente de direito e se aplica ou não a confidencialidade.

Compreende-se assim, ser importante reconsiderar posicionamentos a respeito da impossibilidade de arbitragem ambiental no âmbito interno, uma vez que como demonstrado, o meio ambiente é bem de interesse múltiplo composto por vários elementos, a saber patrimônio ambiental natural, cultural e artificial e que faz se necessário a conjunção de atores sociais públicos e privados para garantir a sua tutela.

## REFERÊNCIAS

- ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. **Arbitragem no Brasil – Pesquisa CBar-Ipsos**. Comitê Brasileiro de Arbitragem CBar & IOB, 2013. Disponível em: <[http://www.cbar.org.br/PDF/Pesquisa\\_CBar-Ipsos-final.pdf](http://www.cbar.org.br/PDF/Pesquisa_CBar-Ipsos-final.pdf)>. Acesso em: dezembro de 2016.
- ACSELRAD, Henri (org). **Conflitos ambientais no Brasil**. Rio de Janeiro: Relume Dumará: Fundação Heinrich Böll, 2004.
- ALMEIDA, João Alberto de. Desjudicialização: a relação entre a arbitragem e os serviços notariais e registrais. **Revista Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 59, p. 101 a 122, jul./dez. 2011.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. Arbitragem em Matéria Ambiental. **Gazeta Mercantil**. 2002. Disponível em: <[http://www.cesa.org.br/arquivos/sec\\_rj\\_est\\_11.pdf](http://www.cesa.org.br/arquivos/sec_rj_est_11.pdf)>. Acesso em 11 de dezembro de 2015.
- AYALA, Patryck de Araújo. Deveres ecológicos e regulamentação da atividade econômica na Constituição brasileira. In CANOTILHO, José da Costa Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BANDEIRA, Regina. **Conciliação: mais de 270 mil processos deixaram de entrar na Justiça em 2015**. CNJ. 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81709-conciliacao-mais-de-270-mil-processos-deixaram-de-entrar-na-justica-em-2015>>. Acesso em: junho de 2016.
- BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997.
- BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, p.23-32, 2012.
- BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.
- BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização Reflexiva: Política, tradição e estética na ordem social moderna**. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997.
- BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do Ambiente e ecologização da constituição brasileira. In CANOTILHO, José da Costa Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BERTUCCI, Rosana Siqueira. Direito Ambiental e a realidade brasileira. **Gazeta Mercantil**. Disponível em: <[http://www.arbitragemsantos.com.br/conteudo/noticia\\_30.htm](http://www.arbitragemsantos.com.br/conteudo/noticia_30.htm)>. Acesso em: outubro de 2016.
- BIANCHI, Patrícia. **Eficácia das normas ambientais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Barueri: Manole, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 11ªed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRASIL. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Lei nº 3.071, de 1º de Janeiro de 1916**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm)>. Acesso em: outubro 2016.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: setembro de 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Proposta de Emenda Constitucional nº 108 de 2015**. 2015. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/122592>>. Acesso em: outubro de 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: setembro de 2016.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm)>. Acesso em: novembro de 2016.

BRASIL. **DECRETO Nº 1.530, de 22 de junho de 1995**. Declara a entrada em vigor da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1995/decreto-1530-22-junho-1995-435606-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: novembro de 2016.

BRASIL. **DECRETO Nº 2.519, DE 16 DE MARÇO DE 1998**. Promulga a Convenção sobre Diversidade Biológica. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D2519.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2519.htm)>. Acesso em: novembro de 2016.

BRASIL. **DECRETO Nº 2.652, de 1º de julho de 1998**. Promulga a Convenção sobre Mudança de Clima. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D2652.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2652.htm)>. Acesso em: novembro de 2016.

BRASIL. **DECRETO Nº 99.280, de 6 de junho de 1990**. Promulgação da Convenção de Viena para a proteção da Camada de Ozônio. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D99280.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99280.htm)>. Acesso em: novembro de 2016.

BRASIL. **Lei da Política Nacional do Meio Ambiente**. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm)>. Acesso em: setembro de 2016.

BRASIL. **Lei da Política Nacional dos Resíduos Sólidos**. Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm)>. Acesso em: dezembro de 2016.

BRASIL. **Lei de Arbitragem**. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm)>. Acesso em: novembro de 2016.

BRASIL. **Lei de Mediação**. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm)>. Acesso em: setembro de 2016.

BRASIL. **Ordenações Filipinas. Livro III**. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l3p586.htm>>. Acesso em: novembro de 2016.

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem: mediação, conciliação, resolução CNJ 125/2010**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judicial**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CAMPILONGO, Celso. Apresentação realizada na Sessão “O Judiciário e o acesso à Justiça, In SADEK, Maria Tereza (org). **O Judiciário em Debate**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010. Disponível em: <<http://books.scielo.org/id/82r9t>>. Acesso em: fevereiro de 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional Ambiental Português e da União Europeia. In CANOTILHO, José da Costa Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 41, p. 405 – 423, abr/jun. 2014.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002.

CAPPELLI, Sílvia. Ação Civil Pública: e experiência brasileira, análise de jurisprudência. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, RT. Nº 33, p. 175, jan./mar. 2004.

CAPPELLI, Sílvia. Desformalização, Desjudicialização e Autorregulação: tendências no Direito Ambiental?. **Revista de Direito Ambiental**, vol. 63, p. 69 – 99, jul/set. 2011.

CARMONA, Carlos Alberto. **Comentários à lei de arbitragem e processo: um comentário à lei 9.307/96**. 3º ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del proceso civil**. Tradução de Santiago Sentis Melendo. V. I. Buenos Aires: Juridicas Europa-America, 1989.

CASER, U.; Vasconcelos, L. A Mediação Ambiental e Sócio-Territorial (MAST) Um Campo de Intervenção por Excelência para Geógrafos!. **Revista de Geografia e Ordenamento do Território**, n.º 2, dez. Centro de Estudos de Geografia e Ordenamento do Território, 2012.

CAVEDON, Fernanda de Salles; VIEIRA, Ricardo Stanziola. Socioambientalismo e justiça ambiental como paradigma para o sistema jurídico-ambiental: estratégia de proteção da sóciobiodiversidade no tratamento dos conflitos jurídico-ambientais. *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, X, n. 40, abr 2007. Disponível em: < [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo\\_id=1736&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=1736&n_link=revista_artigos_leitura)>. Acesso em: dezembro de 2016.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 31º ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

CLAY, Thomas; ABOIM, Luiz Claudio. Arbitragem e Meio Ambiente. **Revista Brasileira de Arbitragem**, nº 4, p. 33-43, out/dez, 2004.

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. **Nosso Futuro Comum**. 2º ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **100 maiores litigantes**. Brasília, 2011. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa\\_100\\_maiores\\_litigantes.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf)>. Acesso em: julho de 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Judiciário cria comitê interinstitucional de desjudicialização**. 2015a. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/79857-judiciario-cria-comite-interinstitucional-de-desjudicializacao>>. Acesso em: abril de 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Justiça em Número 2016**. 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbfff344931a933579915488.pdf>>. Acesso em: novembro de 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Resolução 125/2010**. 2010. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs\\_cnj/resolucao/arquivo\\_integral\\_republicacao\\_resolucao\\_n\\_125.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/arquivo_integral_republicacao_resolucao_n_125.pdf)>. Acesso em: abril de 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (BRASIL); Azevedo, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**. 6ª ED. Brasília/DF: CNJ, 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Tragédia em Mariana leva tribunal mineiro à criação de Cejus Ambiental**. 2105b. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/81184-tragedia-em-mariana-leva-tribunal-mineiro-a-criacao-de-cejus-ambiental>>. Acesso em: julho de 2016.

COMISSÃO ECONÔMICA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EUROPA. **Convenção de Aarhus de 25 de junho de 1998**. Disponível em: <http://www.unece.org>. Acesso em: janeiro de 2017.

CRETELLA NETO, José. **Comentários à Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

DELALIBERA, Camila Gomes. Efetividade do termo de ajustamento de conduta ambiental e reflexos penais. *In Revista do Ministério Público de Goiás*. Goiânia: ESMP, 2010

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DUARTE, Alessandra; OTÁVIO, Chico. Brasil faz 18 leis por dia, e a maioria vai para o lixo. **O Globo**. 2011. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/politica/brasil-faz-18-leis-por-dia-a-maioria-vai-para-lixo-2873389>. Acesso em: agosto de 2016.

ECONOMIDES, Kim. **Lendo as ondas do “Movimento de Acesso à Justiça”: epistemologia versus metodologia?**. Tradução Paulo Martins Garchet. Disponível em: <<http://gajop.org.br/justicacidade/wp-content/uploads/Lendo-as-Ondas-do-Movimento-de-Acesso-aa-Justica.pdf>>. Acesso em: setembro de 2016.

ERNANDORENA, Paulo Renato. **Resolução de conflitos ambientais no Brasil: do patriarcal ao fraternal**. Estud. soc [online]. 2012, vol.20, n.40, p.11-30. Disponível em: <[http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_isoref&pid=S0188-45572012000200001&lng=es&tlng=pt](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_isoref&pid=S0188-45572012000200001&lng=es&tlng=pt)>. Acesso em: 20 de outubro de 2016.

FARIA, José Eduardo. A crise do Judiciário no Brasil *In* LIMA JR, Jayme Benvenuto. (Organizador). **Independência dos juízes no Brasil: aspectos relevantes, casos e recomendações**. Recife: Gajop; Bagaço, 2005.

FARIA, José Eduardo. **Direito e Justiça: a função social do Judiciário**. São Paulo: Editora ática, 1989.

FARIA, José Eduardo. **O Direito na economia globalizada**, São Paulo: Malheiros, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. 4º ed. Madrid: Trotta, 2004.

FRANGETTO, Flavia Witkowski. **Arbitragem Ambiental: solução de conflitos (r)estrita ao âmbito (inter)nacional?**. Campinas: Millennium, 2006.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Relatório ICJ/Brasil (1º semestre de 2016)**. Outubro de 2016. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10438/17204>. Acesso em: novembro de 2016.

GALANTER, Marc. Direito em abundância: a actividade legislativa no Atlântico Norte. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, vol. 36, p. 103-145, fev. 1993.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Tradução Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.



GOMES, Luiz Flávio. MACIEL, Silvio. **Crimes ambientais e Termo de Compromisso Ambiental ou TAC: reflexos penais.** Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 20 de outubro de 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Deformalização do processo e deformalização das controvérsias. **Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação**. vol. 6, p. 33 – 64, set. 2014a.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Os Fundamentos da Justiça Conciliativa. **Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação**, vol. 6, p. 1017 -1024, set. 2014b.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GONÇALVES, Eduardo Damião. Conferência sobre arbitragem na tutela dos interesses difusos e coletivos. **Revista de Processo**, vol. 136, p. 249 267, jun / 2006.

GROSSI, Paolo 2010. **O Direito entre o poder e o ordenamento.** Trad. Amo Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Europeia: síntese de um milénio.** Coimbra, Almedina, 2012.

HESPANHA, António Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático.** São Paulo: Annablume, 2013.

HIRSCHL, Ran. **The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts.** Vol 11. Annual Review of Political Science, 2008. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1138008>>. Acesso em: abril de 2016.

HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism.** Harvard University Press, 2009. Acesso em: abril de 2016.

INDA, Andrés García. **Cinco apuntes sobre derecho y postmodernidad.** Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho. v.24, p. 05-39. 2001. Disponível em: <<http://publicaciones.ua.es/filespubli/pdf/02148678RD2306611.pdf>>. Acesso em: setembro de 2016.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Estimativas da população residente no Brasil e unidades da Federação com data de referência em 1º de julho de 2015. **Diário oficial da União.** 2015. Disponível em: <[ftp://ftp.ibge.gov.br/Estimativas\\_de\\_Populacao/Estimativas\\_2015/estimativa\\_dou\\_2015\\_20150915.pdf](ftp://ftp.ibge.gov.br/Estimativas_de_Populacao/Estimativas_2015/estimativa_dou_2015_20150915.pdf)>. Acesso em: agosto de 2016.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo. **Revista Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 18, p. 389-402, dez. 1996. ISSN 2178-1494. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/view/2025>>. Acesso em: 06 fevereiro 2016.

LANCHOTTI, Andressa de Oliveira. Ministério Público e a mediação - A experiência da Câmara de Mediação de Conflitos Socioambientais de Nova Lima. **Revista Institucional do Ministério Público de Minas Gerais**, Ano IX, ed. 22, p.60-63, mar. 2014.

LEITE, José Rubens Morato Leite. Sociedade de Risco e Estado. *In* CANOTILHO, José da Costa Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. 7ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

LEMES, Selma. **O Papel do Árbitro**. 2006. Disponível em: <[http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo\\_juri11.pdf](http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri11.pdf)>. Acesso em: novembro de 2016.

LEMES, Selma. **Pesquisa: Arbitragem em Números e Valores (2010-2015)**. 2016. Disponível em: <<http://selmalemes.adv.br/noticias/An%C3%A1lise%20da%20pesquisa%20arbitragens%20em%20n%C3%BAmeros%202010%20a%202015.pdf>>. Acesso em: novembro de 2016.

LITTLE, Paul E.. Os conflitos socioambientais: um campo de estudo e de ação política. *In*: BURSZTYN, Marcel (Org.). **A difícil sustentabilidade: política energética e conflitos ambientais**. Rio de Janeiro: Garamond, 2001.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria Geral do Direito Ambiental**. Tradução de Fábio Costa Morosini e Fernanda Nunes Barbosa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MANCURSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir**. 8º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. 2º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES, Cláudia Lima. **Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o CDC e o CCB/02**. Revista de direito do consumidor. Vol. 51. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 41/64.

MARTINS, Fernando. **Princípio da Justiça contratual**. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 10º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MEIRELLES, Delton R. S. Meios alternativos de resolução de conflitos: Justiça coexistencial ou eficiência administrativa? **Revista eletrônica de direito processual**, v. 1, n. 1, out./nov. 2007. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/23661>>. Acesso em: agosto de 2016.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 15º ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MONIZ, Maria da Graça de Almeida D'êça do Canto. Direito Internacional do Ambiente: O Caso da Fundação de Trail. **Revista Diversitates**, vol. 04, nº. 2, dez. 2012.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Mediação e arbitragem: alternativas a jurisdição!** Colaboração de Anarita Araujo da Silveira, Adriano Luís de Araujo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem: Alternativas à Jurisdição!**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.  
MOREIRA, José Carlos Barbosa. Privatização do Processo?. **Revista da EMERJ**, v.1, n.3, p. 13-25, 1998.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais**. São Paulo: Editora Verbatim, 2009.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Brasil, sozinho, tem mais faculdades de Direito que todos os países**. 2010. Disponível em:  
<<http://www.oab.org.br/noticia/20734/brasil-sozinho-tem-mais-faculdades-de-direito-que-todos-os-paises>>. Acesso em: setembro de 2016.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Quadro de advogados**. Disponível em:  
<<http://www.oab.org.br/institucionalconselhofederal/quadroadvogados>>. Acesso em: novembro de 2016.

OST, François. **A Natureza à margem da Lei: a ecologia à prova do Direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

PEDROSO João; TRINCÃO Catarina; DIAS João Paulo. E a justiça aqui tão perto? As transformações no acesso ao direito e à justiça. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 65, p. 77-106, maio, 2003. Disponível em: <[www.ces.uc.pt/rccs/includes/download.php?id=818](http://www.ces.uc.pt/rccs/includes/download.php?id=818)>. Acesso em: setembro de 2016.

PEDROSO, João. **Acesso ao Direito e à justiça: um direito fundamental em (des)construção: o caso do acesso ao direito e à justiça da família e das crianças**. 2011. 647 f. Tese (Doutorado em Sociologia do Estado, do Direito e da Administração). Faculdade de Economia, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011.

PEDROSO, João. **Percursos (s) da (s) reforma (s) da administração da justiça - uma nova relação entre o judicial e o não judicial**. Centro de Estudos Sociais, Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, Coimbra, v. 171, p.1-43, abr. 2002. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/171.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2016.

POLIDO, Walter. **Programa de seguros de riscos ambientais no Brasil: estágio de desenvolvimento atual**. 2.ed. Rio de Janeiro: Funenseg, 2014.

POLIDO, Walter. **Seguros para Riscos Ambientais**. Revista Brasileira de Risco e Seguro, v. 1, nº 0, Dezembro de 2004. Disponível em: <[http://www.rbrs.com.br/arquivos/rbrs\\_0\\_8.pdf](http://www.rbrs.com.br/arquivos/rbrs_0_8.pdf)>. Acesso em janeiro de 2017.

**Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 36, p. 103-145, fev. 1993. Disponível em: <[www.ces.uc.pt/rccs/includes/download.php?id=499](http://www.ces.uc.pt/rccs/includes/download.php?id=499)>. Acesso em: outubro de 2016.

SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à Justiça: um direito e seus obstáculos. **REVISTA USP**, São Paulo. n. 101. p. 55-66, março/abril/maio 2014. Disponível em:

<<http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/87814>>. Acesso em: março de 2016.

SALES, Lília Maia de Moraes; SOUSA, Mariana Almeida de. O sistema de múltiplas portas e o Judiciário brasileiro. **Revista Direitos Fundamentais & Justiça**. Ano 5, nº 16, p. 204-220, jul./set. 2011.

SALLES, Carlos Alberto de. **Arbitragem em contratos administrativos**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução à sociologia da administração da justiça**.

Revista Crítica de Ciências Sociais, n. 21, p. 11- 44, nov. 1986. Disponível em:

<[http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Introducao\\_a\\_sociologia\\_da\\_adm\\_justica\\_RCCS21.PDF](http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Introducao_a_sociologia_da_adm_justica_RCCS21.PDF)>. Acesso em: julho de 2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para Uma Revolução Democrática da Justiça**. 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SANTOS, Boaventura; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas**. Porto, Afrontamento, 1995.

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

SCHENK, Leonardo Faria. **Notas sobre a (In)Disponibilidade do Objeto Litigioso e a Arbitrabilidade**. Revista da EMERJ, v. 12, nº 48, 2009. Disponível em:

<[http://www.emerj.rj.gov.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista48/Revista48\\_59.pdf](http://www.emerj.rj.gov.br/revistaemerj_online/edicoes/revista48/Revista48_59.pdf)>.

Acesso em: 11 de dezembro de 2015.

SCHNITMAN, Dora Fried; LITTLEJOHN, Stephen (orgs.). **Novos paradigmas em mediação**. Porto Alegre: Artmed Editora, 1999.

SECRETARIA DE ESTADO DO MEIO AMBIENTE DE SÃO PAULO. **Programa Estadual de Conciliação Ambiental apresenta balanço de 2015**. Disponível em:

<<http://www.ambiente.sp.gov.br/2016/01/12/programa-estadual-de-conciliacao-ambiental-apresenta-balanco-de-2015/>>. Acesso em: outubro de 2016.

SECRETARIA DE ESTADO DO MEIO AMBIENTE DE SÃO PAULO. **Resolução SMA nº 51, de 05 de junho de 2014**. Disponível em:

<<http://arquivos.ambiente.sp.gov.br/legislacao/2014/06/RESOLUCAO-SMA-51-05062014.pdf>>. Acesso em: outubro de 2016.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 10º ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e decisão jurídica**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TARUFFO, Michele. **Un'alternativa alle alternative: modelli di risoluzione dei conflitti**. Argumenta Journal Law, Jacarezinho - PR, n. 7, p. 257-270, fev. 2013. ISSN 2317-3882.

Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/84>>. Acesso em: novembro de 2016.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn (coord.). **The Global Expansion of Judicial Power**. New York, London: New York University Press, 1995.

TRAIL SMELTER ARBITRATION. **Convention for settlement of difficulties arising from operation of Smelter at trail, B.C. U.S.** Treaty series No. 893. 1935. Disponível em: <<http://www.lfip.org/laws666/trailsm.htm#first>>. Acesso em: novembro de 2016.

UNCITRAL (UNITED NATIONS). **UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 With amendments as adopted in 2006**. 2008. Disponível em: <[http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/1985Model\\_arbitration.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html)>. Acesso em: outubro de 2016.

VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis?. **Revista de Processo**, vol. 251/2016, p. 391-426, jan. 2016.

VIANNA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. **Dezessete anos de judicialização**. Tempo Social, Revista de Sociologia da USP, v. 19, n. 2, p 39-85. São Paulo: FFLCH-USP, 2007. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-20702007000200002](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702007000200002)>. Acesso em: 10 de maio de 2016.

WATANABE, Kazuo. **Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses**. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/ParecerDesKazuoWatanabe.pdf>>. Acesso em: dezembro de 2015.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito**. São Paulo: Alfa-ômega, 2001.