

TRIBUNAL ARBITRAL DA ÁGUA – (IN)VIABILIDADE?

Celso Maran de Oliveira – Universidade Federal de São Carlos; José Wamberto Zanquim Junior, mestrando em Ciências Ambientais na Universidade Federal de São Carlos.

celmaran@gmail.com; jwzanquim@yahoo.com.br

RESUMO

A água ao longo da história da humanidade constituiu-se e se mantém na atualidade num fator essencial ao seu desenvolvimento. Sua qualidade e quantidade permeiam as ações estatais e privadas no anseio de garantir preservação e oferta nos limites suficientes às necessidades básicas dos indivíduos sem qualquer distinção de classe econômica, social e cultural. O Estado por meio do Poder Judiciário assumindo a tutela do meio ambiente disponibilizou diversas medidas judiciais para sua proteção e reparação, como por exemplo, o uso da ação popular e da ação civil pública em matéria ambiental viabilizando a participação efetiva da população e democratização do acesso à justiça. Contudo, devido ao assobramento do sistema, ausência de políticas públicas e a morosidade judiciária, referidas ações se mostram ineficazes ou insuficientes frente às necessidades cotidianas. Surge imperiosa a adoção de métodos alternativos à atuação do Poder Judiciário visando seu desafogo e maior eficácia nas tutelas emergenciais, preventivas e reparadoras, tais como, a conciliação, mediação e arbitragem. Encontramos na Lei 9433/97 (Política Nacional de Recursos Hídricos) em seu artigo 38, II, a atribuição aos Comitês de Bacias para o uso da arbitragem nas vias administrativas nos conflitos hídricos. Assim, a criação de um Tribunal Arbitral da Água com atuação extrajudicial paralelamente às medidas judiciais apontadas efetivamente contribuiria para a prevenção/minimização dos danos ambientais e consequente viabilização indiscriminada ao acesso do recurso natural. Neste compasso, um Tribunal de águas atrelaria maior celeridade e aplicabilidade das normativas/sanções às soluções dos conflitos hídricos, garantindo aos indivíduos o desfrute igualitário e isonômico do recurso.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à água. Igualdade. Solução de conflitos.

ABSTRACT

The water throughout the history of humanity was and remains today a key factor for its development. Their quality and quantity permeate State and private actions in the yearning to ensure preservation and offer sufficient limits to the basic needs of individuals without any distinction as to economic, social and cultural class. The State through the Judiciary assuming the guardianship of the environment released several legal measures for their protection and repair, as for example, the use of popular action and public civil action in environmental matters enabling the effective participation of the population and democratisation of access to justice. However, due to the overloading of the system, the absence of public policies and the tardiness, referred judicial actions are ineffective or insufficient in the face of everyday needs. Imperiously arises the adoption of alternative approaches to the role of the Judiciary to its relief and greater effectiveness in emergency, preventive and reparatory guardianship, such as conciliation, mediation and arbitration. Found on 9433/97 Law (national water resources Policy) in its article 38, II, the

assignment to Committees of basins to the use of arbitration in administrative channels in water conflicts. Thus, the creation of an Arbitral Tribunal of the water with extrajudicial action alongside the judicial measures would effectively contribute to prevent / minimize environmental damage and consequent indiscriminate access to this natural resource. In this compass, an Arbitral Tribunal of the water would harness greater speed and applicability of normatives/sanctions to the solutions of hydric conflicts, ensuring individuals level and isonomic resource use.

KEYWORDS: Right to water. Equality. Conflict solution.

1. INTRODUÇÃO

A escassez hídrica é uma realidade em muitos países, normalmente sentida com mais intensidade nas regiões áridas e semiáridas. Podemos apontar como um dos principais fatores, o ritmo acelerado de degradação ambiental que vem ocorrendo, acabando por transformar regiões que outrora eram prósperas em áreas que perderam consideravelmente sua produtividade, aumentando, assim, o problema de disponibilidade de água em termos quantitativos.

Não ocorre simplesmente a diminuição da quantidade de água no mundo; mas, também, o grave problema da diminuição da disponibilidade de água de boa qualidade, para usos e para manutenção da vida. Existe, portanto, uma relação direta entre a quantidade e a qualidade. Uma vez que a oferta de água diminui, a sua qualidade pode degradar-se por diversos fatores, como por exemplo, o aumento da concentração de sais, de substâncias tóxicas solúveis e contaminantes microbiológicos, entre outros.

Diante desse grave problema, tanto de pouca quantidade, como de qualidade duvidosa da água é que se torna oportuna a abordagem do assunto estresse hídrico, que é baseado em um nível mínimo aproximado de necessidade de água, per capita. Essa necessidade é de 100 litros de água por pessoa por dia como sendo um valor mínimo requerido para as necessidades básicas (beber e uso doméstico). Enquanto que, para satisfazer as necessidades dos setores industrial, agrícola e produção de energia, esse número é aumentado de 5 a 20 vezes. Em uma escala mais alargada, considerou-se que um país que disponha mais de 1.700 metros cúbicos de água doce renovável por pessoa/ano, poderá enfrentar problemas de falta de água somente em alguns períodos do ano. Para aqueles países que dispõem entre 1.000 a 1.700 metros cúbicos de água potável por

pessoa/ano, é inevitável o quadro de estresse hídrico, tendendo a uma situação crônica. Pior é a situação de países que dispõem de menos de 1.000 metros cúbicos de água doce renovável por pessoa/ano, pois já se encontram em situação de escassez.

Essa situação de estresse hídrico para muitos países decorre, principalmente, pelo mau uso desse recurso e pelo crescente aumento da população mundial. A situação de escassez de água no mundo tende a piorar, uma vez que continua havendo um crescimento populacional acelerado, e consequentemente, ainda mais pessoas para a mesma quantidade de água (REBOUÇAS, 2003).

Quando um país se encontra em situação de estresse hídrico, tal estado acaba por criar-lhe diversos problemas internos como, por exemplo, a importação de água para suprir as primeiras necessidades de sua população. Uma solução para esse problema é a negociação internacional como forma de gerir a partilha e utilização conjunta desse recurso. Porém, no âmbito interno, os países têm de criar normas jurídicas materiais apropriadas, bem como normas jurídicas processuais eficientes para que aquelas sejam devidamente cumpridas.

Neste compasso, o presente trabalho tem como objetivo demonstrar que é possível a adoção de outros métodos de solução de conflitos em recursos hídricos, além dos atualmente existentes. Para atingir o objetivo, efetivar-se-á o estudo da Política Nacional de Recursos Hídricos na parte concernente à competência dos Comitês de Bacia para arbitrar os conflitos relacionados aos recursos hídricos, através do uso de ferramentas ditas alternativas. Devido à grande importância que a Lei 9.433/97 atribuiu aos Comitês de Bacias, principalmente o de arbitrar administrativamente os conflitos existentes em seu âmbito de atuação, este trabalho abordará o significado de referida atribuição, justificando um alargamento da compreensão atual, na forma de delegar maior poder para as possíveis e futuras decisões proferidas no âmbito dos Comitês de Bacias.

Serão apresentadas as fundamentações legais e extralegais, e a identificação dos dispositivos legislativos que necessitam ser alterados como forma de dar legalidade ao(s) novo(s) método(s) de solução de controvérsias proposto(s), com o escopo de contribuir com a melhoria dos recursos hídricos no Brasil.

2. A NECESSIDADE DE IMPLANTAR MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS EM RECURSOS HÍDRICOS

2.1 Onde reside o problema da efetividade das normas ambientais para os recursos hídricos?

Podemos partir dos seguintes questionamentos: a qualidade das águas superficiais e subterrâneas no Brasil está piorando cada vez mais pelo motivo de as sanções previstas em leis serem brandas, ou devido à grande crise que o Poder Judiciário enfrenta?

É incontestável que a legislação ambiental brasileira é uma das mais avançadas do mundo em termos de proteção ambiental, e cujas sanções nelas existentes são quase sempre compatíveis com a violação (SILVA, 2000). A partir do momento em que a visão do ambiente muda, novas leis ambientais são criadas como forma de regulação mais apropriada a resolver as questões. Isso pode ser notado, devido, principalmente, ao advento, em 1998, da Lei 9.605, chamada Lei de Crimes Ambientais; uma de suas principais inovações foi a de punir penalmente a pessoa jurídica (FREITAS, 2002), combinado com o Decreto 6.514/08, que regula a responsabilidade administrativa ambiental com a imposição de uma série de sanções nesse domínio.

Além dessas normas, ainda deve ser feita menção à própria Política Nacional de Recursos Hídricos (Lei 9.433/97), que aprimorou o Código de Águas de 1934; à Política Nacional do Meio Ambiente de 1981 e todas as outras leis ordinárias que fornecem instrumentos à Política Nacional de Recursos Hídricos (PNRH); sem deixar de mencionar a previsão constitucional ao meio ambiente, encontrada no artigo 225 da Constituição Federal de 1998, que alcançou “status” de norma imperativa.

A PNRH reconhece a água como um bem finito, e toda a política hídrica nacional foi pensada com o escopo de gerenciar com inteligência o uso desse recurso natural tão valioso e escasso. Na PNRH toda uma estrutura institucional foi criada com esse objetivo, atribuindo competências a fim de que trabalhem conjuntamente com a sociedade civil para se conseguir uma gestão descentralizada e eficiente no sentido de se utilizar racionalmente esse recurso natural.

A política hídrica brasileira pode ser apontada como um marco legal inovador para nossa sociedade. Então, não sendo possível imputar a “responsabilidade” às normas jurídicas materiais, restaram às normas jurídicas processuais, através das ações judiciais existentes atualmente. Se a norma não é branda, então o problema poderá estar em sua aplicação pelos tribunais.

Se o problema pode estar na maneira como a norma jurídica é aplicada ao caso concreto, e essa é incumbência dos tribunais, fez-se necessária uma abordagem dos meios judiciais mais utilizados com o escopo de solução de conflitos ambientais.

A Ação Popular Ambiental não chega a ser muito utilizada pelos cidadãos. Embora tenha em seu texto (4.717/65), e na Constituição Federal de 1988 (artigo 5º, inciso LXXIII), a isenção das custas judiciais, salvo em caso de má-fé, ainda resta ao demandante o ônus do pagamento dos honorários advocatícios de seu patrono. Outro problema enfrentado no curso de uma Ação Popular é a vagarosa e complicada máquina do Poder Judiciário, que faz uma demanda judicial como esta se arrastar por muito tempo nas diversas instâncias da Justiça. Provavelmente, por esses motivos a Ação Popular não seja muita exercitada.

A Ação Civil Pública Ambiental vem se mostrando o meio judicial mais utilizado para resolver problemas ambientais, muito provavelmente pela atuação do Ministério Público Ambiental, e mesmo pelas associações ambientais, dentre muitos outros entes jurídicos que também podem intentá-la.

Embora seja um instrumento jurisdicional útil, com um fim nobre, nota-se a “contaminação” da problemática crise do Poder Judiciário sobre esta ação, assim como à anterior, por se tratar de processos que devido à sua complexidade implicam em certa lentidão no transcorrer de suas fases, até se chegar à sentença, a qual por garantia constitucional poderá, dependendo do caso, ser objeto de recurso ao tribunal. Essa lentidão pode representar malefícios para o ambiente até se chegar a resultados definitivos no processo de cognição; e somente, após anos de discussão, ter-se-á uma sentença condenatória que possa ser executada. A efetiva reparação do dano ambiental aguardará ainda a sentença judicial ser executada, dentro do processo de execução de título judicial, perante o Poder Judiciário, embora a medida cautelar possa ser requerida no início do processo de cognição, sem que se tenha certeza do seu deferimento pelo juiz (Freitas, 2002).

É incontestável a crise que o Poder Judiciário brasileiro enfrenta, nomeadamente em relação ao grande volume de processos, obstruindo toda e qualquer possibilidade de resolução dos conflitos de forma célere (YARSHELL, 2004). Há, ainda, para as demandas ambientais a pouca especialização dos juízes; a onerosidade das demandas judiciais tradicionais; a problemática dos inúmeros procedimentos judiciais podendo engendrar em possíveis recursos judiciais, fazendo com que o processo judicial se arraste por anos, e às vezes décadas, sem uma solução definitiva.

2.2 Onde reside a solução do problema?

A solução pode ser encontrada na própria PNRH. Nesta lei há previsão de competência para os Comitês de Bacia Hidrográfica, no âmbito de sua área de atuação, “arbitrar, em primeira instância administrativa, os conflitos relacionados aos recursos hídricos,” (artigo 38, inciso II). Porém, da simples leitura deste dispositivo não se sabe se o legislador desejou trazer a arbitragem aplicada tradicionalmente no campo contratual para os recursos hídricos, ou se essa forma de arbitragem administrativa é somente uma tentativa de se chegar a uma solução do conflito, sem se transformar em título executivo judicial a decisão dos integrantes do Comitê de Bacia.

Chegamos ao ponto principal desse trabalho, ou seja, o de alcançar uma compreensão da competência dos Comitês de Bacia em “arbitrar” os conflitos existentes em seu campo de atuação. Será que essa arbitragem deve existir somente em relação à gestão administrativa dos recursos hídricos? Ou, o que deve haver é uma ampliação dessa competência, fazendo que seja juridicamente possível resolver, no âmbito de um Comitê de Bacia Hidrográfica, outros conflitos, nomeadamente envolvendo questões de responsabilidades civil e administrativa?

Uma vez identificado o problema da morosa e nem sempre eficiente atuação do poder judiciário para resolver os conflitos hídricos, e a solução apresentada pela própria PNRH, com a utilização de um método considerado alternativo de resolução de conflitos, que é a arbitragem. Defendemos a utilização da arbitragem para a resolução de todos os conflitos envolvendo recursos hídricos. A seguir, serão apresentados os motivos que nos levaram à escolha deste método; depois, a justificação da proposta; e em seguida serão apresentadas as sugestões de alterações em determinados dispositivos legais como maneira de uma implantação imediata, para que, assim, seja apresentada uma solução a esse quadro preocupante de degradação dos recursos hídricos.

3. ARBITRAGEM HÍDRICA

A introdução de um novo regime de juízo arbitral é positiva, já que irá proporcionar “maior agilização ao Poder Judiciário, porquanto reduzirá o seu volume de trabalho em questões complexas e que, via de regra, demandavam elevados custos aos litigantes, seja de ordem econômica seja temporal” (FIQUEIRA JUNIOR, 1997). Sendo, portanto, considerado por este mesmo autor, como um “novo instrumento de democratização da justiça, colocado à disposição dos jurisdicionados”.

Os processos perante um juiz togado costumam ser morosos e dispendiosos. A arbitragem é um meio alternativo para os litigantes que buscam a celeridade e a economia.

Além desses motivos, que muito contribuem para a opção tradicional pela arbitragem, há, ainda, a ausência de formas solenes no julgamento; a possibilidade de julgar por equidade, ou de escolher livremente a norma jurídica a ser aplicada pelos árbitros; a esperada neutralidade dos árbitros; e, finalmente, a grande capacidade dos árbitros, por serem especialistas renomados. Passa-se, então, a abordar as principais vantagens com maiores detalhes.

3.1. Arbitragem hídrica – maior celeridade

Em se tratando de recursos hídricos, bens naturais finitos, a morosidade na resolução do conflito tende a ser pior do que a própria agressão, uma vez que a situação poderá agravar-se até que a demanda chegue, algumas vezes, às últimas instâncias da Justiça, alcançando a coisa julgada. É inegável que a arbitragem tem condições de superar esse entrave, criado pelo Estado na organização de sua máquina burocrática, conseguindo, assim, maior rapidez.

Em se utilizando a arbitragem hídrica pode haver a escolha de um procedimento mais célere para a solução do litígio, sem que seja suprimido o princípio do contraditório e igualdade no processo perante os julgadores. Nessa escolha do procedimento, as partes poderão diminuir prazos, e até suprimir alguns atos que sejam, dependendo de cada caso, desnecessários para aquela demanda. Outro fator favorável é que em uma demanda perante árbitros estes terão mais tempo para apreciação do caso, uma vez que não atuam em diversos processos ao mesmo tempo, e de diversas naturezas.

Não raramente os operadores do direito se deparam com processos judiciais com mais de trinta anos de tramitação, importando um tempo médio de duração de 12 anos por demanda, enquanto no procedimento arbitral esse mesmo período se aproxima dos 14 meses, portanto, qualquer reparação de dano e possibilidade de minimização de seus efeitos resta bem possibilitada por meio das soluções arbitrais. (LIMA, 2010)

3.2. Arbitragem hídrica – menor solenidade

Geralmente as audiências arbitrais são menos solenes do que aquelas que se processam perante juízes togados. Um fator diferenciador é a utilização dos princípios da concentração e da oralidade, principalmente este último (ZEPEDA, 1987). Dentro do princípio da oralidade, as partes poderão ter maior possibilidade de defesa, podendo dirigir-se pessoalmente aos árbitros para elucidação de algum ponto controvertido.

É o que ocorre, por exemplo, no Tribunal das Águas de Valência, que atribui a sua milenar eficiência em resolver litígios sobre recursos hídricos na região do rio Túria ao princípio da oralidade, o qual desencadeia diversos outros, com o fito de se conseguir rapidamente a solução do caso (OLIVEIRA, 2008). É certo que não se pode transpor, na integralidade, um modelo estrangeiro para o Brasil, pelo simples fato de ser eficaz para aquela sociedade. O que deve ser feito é o aproveitamento das experiências bem sucedidas e sua adaptação ao sistema jurisdicional brasileiro, para que, assim, seja possível conseguir maior proteção aos recursos hídricos existentes no Brasil.

Os Comitês de Bacias poderão buscar, por exemplo, nos pontos favoráveis do Tribunal de Valência, no momento da criação do procedimento a ser utilizado pela sua Câmara arbitral.

3.3. Arbitragem hídrica – livre apreciação dos julgadores

Trata-se da possibilidade dos árbitros poderem decidir a causa através da livre escolha da norma jurídica a ser aplicada, ou seja, dentre as fontes jurídicas disponíveis, ou mesmo optarem pela equidade. Abre-se, assim, um imenso leque de possibilidades, sempre tendo como bem maior a defesa dos recursos hídricos. Qualquer norma jurídica que seja a melhor a ser aplicada, com respeito ao ordenamento jurídico brasileiro, coloca os árbitros em uma situação cômoda à busca da Justiça.

Em relação à equidade, chamado por Ascensão (1997) de “um critério formal de decisão de casos singulares”, não se considera propriamente uma fonte do direito por faltar o critério material, apresentando-se para a solução de litígios apenas como uma alternativa a mais. Pode também ser entendida como uma forma de evitar que o juiz cometa injustiças, como se fosse um recurso do magistrado (VENOSA, 1999)

Com o uso da equidade pelos árbitros, por exemplo, conseguir-se-á uma análise individualizada do litígio, e no momento da aplicação da norma jurídica ao caso concreto, os árbitros poderão evitar que injustiças sejam cometidas com a aplicação literal da norma jurídica. Teriam uma flexibilidade de aplicação da norma, sempre tendo como norteadora a defesa dos recursos naturais, mas compatibilizada com o fato ocorrido.

3.4. Arbitragem hídrica – neutralidade dos árbitros

A partir do momento em que os julgadores são pessoas totalmente desvinculadas das partes, e estas mesmas os escolhem, chega-se à imparcialidade dos árbitros no momento da decisão, com maior certeza de Justiça na decisão (LEMES, 2001; LAGARDE, 2001).

Alie-se ao fato, a confidencialidade desejada e presente nas demandas arbitrais em virtude da escolha e especialização do árbitro ensejando maiores vantagens às partes, diversamente do sistema jurisdicional tradicional, regido pelo princípio da publicidade.

Neste sentido assevera Lima (2010) que a confidencialidade constitui-se num poderoso fator de controle presente no procedimento arbitral em conformidade com a natureza do conflito submetido.

3.5. Arbitragem hídrica – maior especialização dos árbitros

Como último benefício da arbitragem hídrica e talvez o mais importante deles é a especialização dos julgadores, porque no momento da escolha dos árbitros as partes optarão pelos que detêm mais conhecimentos sobre aquela questão em específico, viabilizando uma decisão mais adequada e fundamentada a questão em análise.

Sabe-se que dentro do estudo do meio ambiente é necessário um esforço interdisciplinar envolvendo todos os profissionais num trabalho coeso com a finalidade de chegar a resultados satisfatórios. E é por esse motivo que, no momento da escolha de árbitros para solucionarem determinados problemas (como por exemplo, poluição de um curso d'água, ou mesmo desmatamento da mata ciliar) é preciso mais do que simples peritos, oferecendo os seus pareceres; necessita-se de árbitros expertos que possam interpretar os laudos apresentados, para que, assim, tenham certeza da lesão ao recurso hídrico, podendo, por conseguinte chegar a uma decisão justa.

A formação dos árbitros não precisa ser necessariamente jurídica. Podem-se ter juristas dentre os integrantes do colegiado arbitral hídrico, mas obrigatoriamente dever-se-á ter especialistas de muitas outras áreas, assim como houve no inovador Tribunal da Água de Florianópolis, cujos jurados eram professores de Direito, advogado, militante ambientalista e engenheiro químico. Essa providência fez que este “Tribunal da Água” tivesse outra aparência, mais preocupada em avaliar os danos causados aos recursos hídricos, com decisões riquíssimas em detalhes técnicos, angariando, assim, maior valor. Outro exemplo apontado é o dos Síndicos do Tribunal das Águas de Valência, que são pessoas integrantes da própria comunidade de proprietários rurais da região abrangida pela jurisdição do Tribunal das Águas (OLIVEIRA, 2008).

Entender a complexidade das relações nos ambientes afetados e suas variáveis específicas requer acesso aos conhecimentos específicos para uma decisão adequada e suficiente, sendo este, o ponto crucial para a existência dos árbitros especializados na tutela do meio ambiente (LIMA, 2010).

4. JUSTIFICATIVAS DA PROPOSTA

Após a apresentação dos motivos que levaram à escolha do método, passa-se à justificativa da proposta, tendo-se a água como um bem valioso a todos; o meio ambiente entendido como sendo um direito fundamental do ser humano; o direito de todos de terem seus conflitos solucionados, como sendo um direito fundamental. São justificativas fundamentadas na Constituição Federal, em dispositivos que recebem o “status” de normas imperativas, ou seja, normas que imperam sobre todas as outras, mesmo constitucionais.

4.1. Água como bem “valioso” para todos

A primeira justificativa à utilização de um método alternativo versa sobre a escassa oferta desse recurso natural. Poder-se-ia incorrer no erro de pensar que pelo fato de o Brasil ter a tutela sobre uma grande proporção da água doce do mundo, não haveria a necessidade de um bom gerenciamento de recursos hídricos, ou mesmo de imposição de sanções àqueles que poluírem.

A água é fator de crescimento econômico para um país, podendo até mesmo ser o pivô de conflitos. A Lei 9.433/97 afasta definitivamente a possibilidade da existência de águas de domínio particular, como fazia o Decreto 24.643/34, tendo em seu artigo 1º, inciso I, que a água é um bem de domínio público.

Uma vez que todas as águas são de domínio público, não cabe aos particulares o direito de poluir, usurpar, eliminar ou esgotar um manancial, entre outras ações tendentes a usar de forma livre esse recurso natural. A partir do instante em que a coletividade é titular desse bem, cria normas de conduta para todos, a fim de buscar um uso racional, implicando, claro, a aplicação de sanções para o caso de descumprimento.

Pode ser considerado um avanço a publicização dos recursos hídricos no Brasil, mas infelizmente não chegou a coibir os particulares de atos atentatórios aos recursos naturais. Não chegou a proteger totalmente, uma vez que se presenciam, ainda: o derramamento de esgotos, óleos e demais substâncias nocivas; a questão dos resíduos sólidos que poluem os lençóis freáticos na forma dos líquidos percolados; os agrotóxicos que naturalmente chegam aos cursos d’água; dentre muitos outros problemas que fazem haver uma diminuição, cada vez maior, da disponibilidade de água de boa qualidade para as pessoas.

Ao ser legalmente possível a utilização da arbitragem hídrica, esse recurso natural poderá ser protegido de modo mais efetivo, propiciando maior disponibilidade de água de boa qualidade para todos. A partir do momento em que uma reclamação ocorrer perante o juízo arbitral, este, com o respeito ao seu processo e procedimentos, através de seus árbitros, aplicarão sabiamente e rapidamente a norma jurídica ao caso concreto, preservando ainda mais todo esse bem valioso que o Estado brasileiro detém.

4.2. Meio ambiente – um direito fundamental do ser humano

Além de os recursos hídricos passarem ao domínio público, transformando-se em bem de domínio público de uso comum, a Constituição Federal de 1988 considera o meio ambiente um direito fundamental do ser humano, diretamente ligado ao princípio constitucional do direito humano fundamental, ou seja, à vida. Em fazendo parte dos direitos fundamentais do homem, fruto principalmente dos tratados internacionais ratificados pelo Estado brasileiro, ganha um “status” de “jus cogens”, que significa norma que impera sobre todas as outras.

Se as normas ambientais que versam sobre recursos hídricos são cláusulas pétreas, pode-se considerar a grande relevância das normas jurídicas ambientais, e em havendo eventual confronto com normas jurídicas “inferiores”, aquelas se sobrepõem sobre estas (MARUM, 2002). Quando se fala em eventual confronto, refere-se ao confronto das importantes leis ambientais, nomeadamente envolvendo recursos hídricos, com todas as outras, como as processuais ou mesmo com a lei da arbitragem (Lei 9.307/96), em cujo artigo 1º, impõe a arbitragem somente “para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”, determinando que litígios envolvendo recursos ambientais em sucinta análise fiquem excluídos desse método de solução de conflitos.

Uma vez que há a supremacia dos direitos fundamentais sobre quaisquer outros direitos, e a Lei da arbitragem é uma lei ordinária, consequentemente inferior às leis constitucionais, há a possibilidade da utilização da arbitragem para os recursos hídricos, afastando a limitação do artigo 1º da lei da arbitragem.

A partir do momento em que é encontrado fundamento jurídico para a arbitragem em se tratando de recursos hídricos, uma eventual discussão a respeito do objeto lícito ou ilícito da demanda poderá ser afastada. Basta fundamentar-se na hierarquia das normas jurídicas, em que a norma constitucional se sobrepõe à ordinária. E mesmo em confronto entre a lei das águas com a da arbitragem, deve prevalecer a ambiental, devido a sua característica de norma imperativa.

Quando se discute a proteção do meio ambiente, imprescindível para a vida das pessoas, não há mais como se apegar a conceitos e limitações pré-estabelecidos com o escopo de impedir a utilização de métodos eficientes de defesa. Não se estará dispondo do meio ambiente através de um acordo realizado no decorrer do processo arbitral. É muito importante a separação das matérias a serem discutidas, porque nem tudo que envolve meio ambiente refere-se a direitos indisponíveis, como, por exemplo, uma disputa entre dois agricultores pelo uso de um curso d'água: um utilizando em quantidade excessiva o recurso natural com prejuízo para o seu vizinho. A demanda dessa natureza cabe conciliação prévia, e mesmo antes de qualquer decisão dos árbitros, as partes podem chegar a um consenso.

O mesmo não pode ocorrer, o consenso, em relação a outras implicações decorrentes dos recursos hídricos, como, por exemplo, a questão da contaminação de águas superficiais ou subterrâneas. Como se trata de interesses de todos, a de ter água de boa qualidade para os diversos usos, já não cabe transação, como o de conceder ao poluidor uma cota de poluição. Em boa parte dos casos, depara-se com direitos indisponíveis, quando afeta um número indeterminado de pessoas, então, a única possibilidade de acordo é o reconhecimento da infração por parte do demandado, e a aplicação da sanção prevista na norma jurídica a esta pessoa, seja física ou jurídica.

4.3. Direito fundamental do ser humano: o acesso à Justiça.

É direito fundamental das pessoas o acesso à Justiça, mediante tribunal instituído por lei, e sendo uma obrigação de todos de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

Como é direito de todos o acesso à Justiça, essa Justiça pode ser alcançada, também, através da arbitragem, bastando proceder a pequenas alterações em alguns dispositivos legais para as pessoas se valerem de mais um mecanismo jurídico a defender os recursos hídricos. Com isso, ter-se-á maior participação da comunidade na resolução dos conflitos, na maneira participativa de alguns membros de uma comunidade, pertencente a uma determinada bacia hidrográfica, de poderem auxiliar de forma ativa na solução de algum conflito, até mesmo com a nomeação de árbitro.

Com essa nova forma de acesso à Justiça, através da arbitragem, e com a participação ativa da própria comunidade, haverá uma confiabilidade do novo modelo ora proposto, da mesma forma como ocorre com o Tribunal das Águas de Valência (OLIVEIRA, 2008). Assim, estará servindo como um contributo para a superação do

descrédito que o modelo atual da Justiça apresenta, devido principalmente à distância do Poder Judiciário.

A implantação de tribunais arbitrais nos Comitês de Bacias estaria em consonância com o princípio da precaução, uma vez que, mesmo em não se imaginando o dano que possa causar (consequência de um demanda judicial tradicional, como a ação civil pública), estar-se-ia optando por um método muito mais eficiente e, principalmente, mais célere de resolução de conflitos, evitando-se, assim, prováveis danos àquele recurso hídrico.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A arbitragem do modo que atualmente está disposta em lei especial (9.307/97) somente pode ser utilizada para direitos patrimoniais disponíveis, em princípio não podendo ser usada para resolver os conflitos ambientais.

Ao se esperar que o Poder Judiciário se manifeste e resolva todos os casos submetidos à sua apreciação, sem deixar de mencionar os milhares que nem mesmo são submetidos, ocorrerá uma degradação ainda maior dos recursos naturais. Não é essa inflexão jurídica, ou seja, a taxatividade contida na Lei da Arbitragem, que deve obstar a possibilidade de soluções mais céleres, e, possivelmente mais acertadas. Deve acontecer um alargamento da legislação da arbitragem, assim como de sua interpretação, para conduzir a uma adaptação de toda a legislação sobre recursos hídricos, principalmente a PNRH, e legislação correlata, a fim de que seja possível resolver os milhares de conflitos envolvendo uso inadequado, poluição em larga escala, cobrança pelo uso da água, enfim, todos os problemas envolvendo esse recurso natural, que é vital ao homem, em todos os sentidos.

O objetivo deste trabalho não é subtrair do Poder Estatal sua jurisdição, criando uma Justiça paralela, como um tribunal de exceção, proibido pela Constituição Federal. O objetivo é propor a utilização de mais um método de resolução de conflitos. O ideal é a utilização concomitante dos dois métodos, dependendo do posicionamento dos legitimados a defender os recursos hídricos. É bem provável que, se for realmente adotada a proposta ora apresentada, num futuro haverá a adoção da arbitragem para a maioria dos casos, diante da eficiência que se comprovará a toda sociedade e das experiências internacionais evidenciadas.

Em se tratando de recursos hídricos, nota-se que, a partir do momento em que países onde há uma diminuição da quantidade de água, em surgindo conflitos em sua equitativa distribuição, e para fazer frente à divisão, dentro do possível, a todas as necessidades, aparecem imediatamente tribunais especializados na resolução, ou mesmo na prevenção de tais conflitos (FREITAS, 2002).

Como resolver, no Brasil, essa restrição legal em relação ao objeto (artigo 1º da Lei 9.307/96), advinda de uma norma infraconstitucional, que quer se sobrepor a um direito fundamental como é o meio ambiente, constitucionalmente protegido? Isso não pode mais ocorrer, e a arbitragem deve ser trazida para os recursos hídricos. Não há mais tempo para grandes divagações a respeito da burocrática e protetiva máquina jurisdicional brasileira, quando está em jogo a vida das pessoas de uma forma tão imediata como é presenciado neste momento. Simplesmente alegar que um método tão eficaz e célere como a arbitragem não pode ser utilizado para direitos indisponíveis (meio ambiente), é assumir a ruína do sistema jurisdicional brasileiro.

Esse ponto, o da possibilidade da existência ou não da arbitragem para direitos indisponíveis, está estreitamente relacionado ao fato de poder haver, no curso da arbitragem, a transação. Pelo fato de se tratar de direitos indisponíveis, não cabe transação, mas é necessária certa cautela, quando taxa de forma absoluta os recursos hídricos em direitos indisponíveis.

Para saber se se trata de direito indisponível ou não, dependerá muito de qual relação jurídica foi formada envolvendo os recursos hídricos. Exemplificando, pode-se estar tratando de uma disputa entre vizinhos a respeito da má utilização da água, engendrando em escassez para um deles. De outro lado, é essencialmente um direito indisponível, não cabendo qualquer forma de transação, a questão da contaminação de um curso d'água, como, por exemplo, na forma de derramamento de substâncias tóxicas acima dos níveis de suportabilidade, causando: a mortandade de peixes e a restrição ao uso de um determinado curso d'água; a supressão da mata ciliar, prejudicando, assim, a qualidade da água; enfim, quando implicar direitos difusos.

Problemas dessa ordem o Tribunal das Águas de Valença já enfrentou em seus mais de mil anos de existência e chegou a soluções no sentido de: quando se tratar de violação dos direitos de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, não cabe qualquer forma de transação, ou melhor, a única forma de “acordo” possível é a de aceitação por parte do demandado da sanção prevista na norma jurídica, ou seja, a aplicação da norma. Outras questões envolvendo pessoas determinadas, em que uma pleiteia indenização pela

privação de água, contaminação de poços particulares, entre outros, cabe transação no sentido de se chegar a uma solução mais rapidamente (OLIVEIRA, 2008).

É certo que questões envolvendo a responsabilidade penal não poderão ser levadas ao juízo arbitral ora proposto. Estas matérias continuarão a ser resolvidas através do sistema jurisdicional próprio, em que há a aplicação da Lei de Crimes Ambientais com seus procedimentos judiciais próprios.

Mesmo em se excluindo a responsabilidade penal do juízo arbitral para recursos hídricos, ainda apresentar-se-á como um método inovador e eficiente para resolver questões envolvendo responsabilidade administrativa e civil. Vê-se isso, por exemplo, no caso da constatação de que alguém esteja poluindo um curso d'água, e dessa poluição engendrar a possibilidade de aplicação de sanções administrativas com o escopo de recuperar, suspender a outorga e muitas outras. Aliada a estas sanções, o “Tribunal Arbitral das Águas” poderá identificar as pessoas prejudicadas e estabelecer o “quantum” indenizatório devido àquelas pessoas. A celeridade marcará a atuação desse tribunal arbitral para recursos hídricos, porque um número maior de questões será resolvido, através de procedimentos mais simplificados e céleres.

Para que a arbitragem possa ser utilizada para os recursos hídricos, além do problema do objeto, ainda há a questão do compromisso arbitral, ou seja, um acordo entre os litigantes com o escopo de atribuir a um determinado tribunal arbitral o poder de resolver a controvérsia, em vez da Justiça ordinária. A solução para a questão do compromisso arbitral é a atribuição aos Comitês de Bacia a fim de poderem intervir junto ao possível demandado com a finalidade de buscar o seu consentimento, dando legitimidade ao tribunal arbitral, a ser criado no seio de cada Comitê de Bacia, fazendo que o laudo tenha plena validade como título executivo.

Em se conseguindo a aquiescência do possível demandado, e em se tratando de direitos indisponíveis, tanto o demandado quanto o demandante poderá participar do processo arbitral, assegurando, assim, todas as garantias constitucionais para o julgamento do caso, principalmente a imparcialidade, princípio do contraditório, ampla defesa, entre muitos outros. A partir do momento em que se tiver o compromisso arbitral dos litigantes, estes estarão vinculados à decisão final do juízo arbitral.

Porém, como imaginar uma parte demandada (alegado poluidor, por exemplo) a atuar perante um juízo arbitral célere e eficiente, se se pode aguardar uma demanda perante a Justiça tradicional, da qual se poderá buscar “favorecimentos” através da pouca celeridade, pouca especialização dos juízes, duplo grau de jurisdição, entre outros

benefícios? Um dos benefícios a essa parte demandada pode ser apontado como sendo o de chegar mais rapidamente à solução do caso, evitando, assim, danos maiores à sua imagem, no caso de não cabimento de responsabilidade ao mesmo. Outro benefício seria a certeza de que o demandado teria seu caso analisado e resolvido por peritos, pessoas habilitadas naquela área específica e que não estariam simplesmente aplicando a norma ao caso concreto, como ocorre atualmente com os magistrados.

Algumas vezes o magistrado ao aplicar a Lei baseia-se simplesmente na análise que teve de um laudo arbitral, podendo até cometer incorreções na interpretação do referido laudo. Melhor seria se o próprio experto tivesse a possibilidade de interpretar um laudo que conhece com profundidade, desde os métodos de análise até a conclusão final do perito. Os árbitros, por serem escolhidos dentre profissionais das mais variadas formações, poderão mais rapidamente identificar o problema, como por exemplo: a poluição, desmatamento da mata ciliar, se a contaminação ocorreu por fenômenos antrópicos ou naturais. Em sendo assim, o demandado terá a plena certeza de que a norma está sendo corretamente aplicada ao caso concreto, podendo até mesmo não ser responsabilizado. Isso ocorreu em alguns casos perante o Tribunal da Água de Florianópolis, em que alguns demandados foram absolvidos, após terem apresentado suas defesas e serem bem analisadas pelo júri (OLIVEIRA, 2008).

Evidente que não se pode desprezar aquele possível demandado que se conscientizou do dano por ele causado, adere ao juízo arbitral para ver exatamente as consequências de sua ação ou omissão danosa, a fim de que, assim, possa reparar o meio ambiente e indenizar as pessoas de uma forma justa.

Como a arbitragem no Brasil não é imposta com obrigatoriedade faz-se necessário sempre o compromisso arbitral entre os litigantes, o que poderá impedir a utilização desse meio. Para aqueles casos em que não se conseguir o compromisso, ainda restam as ações judiciais que foram referidas neste trabalho, como a ação popular e a ação civil pública.

Para que seja efetivamente possível a instalação de tribunais arbitrais das águas nos Comitês de Bacia é necessário promover a alteração de alguns dispositivos legais (artigo 1º da Lei da arbitragem e artigo 38 da PNRH), embora a Política Nacional de Recursos Hídricos já atribua aos Comitês competência para dirimir conflitos existentes no âmbito da bacia hidrográfica. Porém, como apontado anteriormente, o artigo 38 da Lei 9.433/97 deve ser interpretado de uma forma mais abrangente, ampliando a competência administrativa, com a finalidade de atribuir ao Comitê poder jurisdicional, ou seja, para que suas decisões a respeito de violação das normas tenham caráter vinculante, com força de título executivo,

podendo ser executadas assim que não houver o cumprimento da determinação acostada no laudo arbitral. Outra questão é o da competência para resolver litígios que envolvam responsabilidade civil, cabendo a possibilidade de as pessoas poderem demandar com o escopo de buscar a reparação dos prejuízos. Para que isso possa ocorrer, faz-se mister a alteração do dispositivo 38 da PNRH, na parte que limita a atuação dos Comitês a meros órgãos administrativos.

A fim de que se tenha uma completa consonância legal, necessária se faz a alteração do artigo 1º da Lei da Arbitragem, suprimindo as limitações existentes para somente as pessoas capazes de contratar, bem como para somente os direitos patrimoniais disponíveis. Referidas alterações de leis ordinárias poderão ocorrer através do respeito ao artigo 59 da Constituição Federal, bem como ao artigo 12 da Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, e à Lei Complementar nº 107, de 26 de abril de 2001. As propostas, endereçadas ao Congresso Nacional, poderão ser feitas pelas pessoas elencadas no artigo 61 da Constituição Federal. Em sendo de iniciativa popular, deverá ser subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles. Os projetos de Lei ordinária condicionam-se à maioria dos votos dos membros da respectiva Câmara, presente a maioria absoluta de seus membros (artigo 47 da Constituição Federal).

Diante dessas alterações, fundadas principalmente no “jus cogens” das normas jurídicas ambientais, reconhecidamente um direito fundamental, em todos os seus princípios constitucionais e infraconstitucionais, bem como o direito fundamental ao acesso à Justiça, haverá a possibilidade dos litígios serem resolvidos no seio de um Comitê de Bacia, através dos juízos arbitrais, e com isso, se poderá alcançar maior proteção dos recursos hídricos, bem como das pessoas vinculadas a eles.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASCENÇÃO, J.O. *O direito – introdução e teoria geral*. 10.ed. Almedina, Coimbra, 1997.

FREITAS, V.P. *A constituição federal e a efetividade das normas ambientais*. 2.ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002.

LAGARDE, X. *Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges*. Revue de l'Arbitrage, n.3, jul./set. 2001, p.423-449.

LEMES, S.M.F. *Árbitro - princípios da independência e da imparcialidade*. LTr., São Paulo, 2001.

LIMA, Bernardo. *A arbitrabilidade do dano ambiental*. Atlas, São Paulo, 2010.

MARUM, J.A.O. *Meio ambiente e direitos humanos*. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, n.28, out./dez. 2002, p.117-138.

OLIVEIRA, C.M. *Tribunais de recursos hídricos: abordagem sobre o tribunal da água de Florianópolis o tribunal da água de Valência e a possibilidade de implantação no Brasil*. Revista de Direito Internacional, Econômico e Tributário, v. 03, 2008, p. 107-142.

REBOUÇAS, A.C. *Proteção dos recursos hídricos*. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, n.32, out./dez 2003, p. 34-67.

SILVA, J.A. *Direito ambiental constitucional*. 3.ed. Malheiros, São Paulo, 2000.

VENOSA, S.S. *Direito civil: teoria geral - introdução ao direito romano*. 5.ed. Atlas, São Paulo, 1999.

YARSHELL, F.L. *A reforma do Judiciário e a promessa de “duração razoável do processo”*. Revista do Advogado, São Paulo, ano XXIV, n.75, abril 2004, p.28-33.

ZEPEDA, J.A. *Contribución al desarrollo de las bases para la reforma de la legislación procesal civil de los países latinoamericanos*. Revista de Processo, São Paulo, v.46, 1987, p.106-151.