

UNIVERSIDADE
AUTÓNOMA
DE LISBOA



DEPARTAMENTO DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO
ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS
UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA
“LUÍS DE CAMÕES”

A MEDIAÇÃO COMO MÉTODO DE SOLUÇÃO DE
CONFLITOS AMBIENTAIS NO DIREITO PORTUGUÊS

Dissertação para obtenção do grau de Mestre em Direito

Autora: Luciana Vianna Pereira

Orientador: Professor Doutor Ricardo Lopes Dinis Pedro

Número da candidata: 20161225

Dezembro de 2020

Lisboa

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo avaliar o uso da mediação, enquanto método autocompositivo, cooperativo e consensual, para solução dos diversos tipos de conflitos ambientais e, mais especificamente, a possibilidade de adoção da mediação ambiental sob a égide da atual legislação portuguesa. Para isso, partimos de uma análise comparativa do tema nos ordenamentos jurídicos norte-americano, brasileiro e português, através do olhar da doutrina daqueles países, a fim de identificar os possíveis usos do método para conflitos ambientais. Tomamos por base a compreensão de que, em sua definição, a expressão “conflitos ambientais” pode abranger uma vasta gama de conflitos e disputas, que variam desde aqueles estritamente individuais de natureza indenizatória até outros absolutamente complexos que confrontam valores essenciais de grupos sociais, além dos chamados interesses e direitos das gerações futuras. Nesse sentido, o possível uso da mediação para solução de conflitos ambientais não comporta uma resposta única, mas deve ser moldada aos tipos diferentes de conflitos ambientais empiricamente experimentados. Iniciamos o trabalho com a análise e compreensão dos termos essenciais ao estudo, em especial, o conflito, o ambiente, o conflito ambiental e seus tipos, a justiça, o acesso à justiça, e a mediação, para então avaliarmos como a doutrina dos sistemas jurídicos analisados trata da mediação ambiental. Em seguida, identificamos e analisamos os elementos, pontos de atenção, desafios e vantagens relativos aos conflitos ambientais e o uso da mediação para sua resolução, mais comumente apontados pelos autores. Pretendemos com o trabalho, contribuir para as discussões sobre o tema em Portugal, especialmente através da identificação e sistematização dos diferentes tipos de conflitos que podem ser caracterizados como ambientais, seus respectivos elementos, especificidades, complexidades e desafios e concluir sobre a possibilidade ou adequação do uso da mediação em cada caso, além de identificar a necessidade de alteração ou complementação legislativa para tanto, no sistema jurídico português.

Palavras-chave: conflitos; conflitos ambientais; mediação; cultura de paz

ABSTRACT

This work aimed at assessing the use of mediation, as a self-driven, cooperative and consensual method, to resolve the various types of environmental conflicts and, more specifically, the possible use of environmental mediation under the existing Portuguese legislation. For that purpose, we conducted a comparative analysis of the subject under the laws of the United States of America, Brazil and Portugal, through the eyes of their tenets and legal doctrine, to identify the possible uses of the method to resolve environmental conflicts. The analysis was based on the understanding that, in its definition, the expression “environmental conflicts” may encompass several types of conflicts, which vary from strictly individual disputes over indemnification rights, to large and complex conflicts that oppose essential values of groups, communities and the interests and rights of the so called future generations. Thus, the question on the possibility to use mediation to resolve environmental conflicts does not have one single answer but must adjust to the different types of environmental conflicts. The analysis starts with the understanding of essential terms and definitions, including the conflict, the environment, the environmental conflict and its types, the justice, the access to justice, and finally the mediation. After that, we assessed the elements, components, points of attention, challenges and advantages of environmental conflicts and the use of mediation for its resolution, as described by the authors. Our intention with this work is to contribute to the discussions currently held in Portugal on the matter, specifically through the identification and systematization of the different types of conflicts that may be understood as environmental conflicts, its specificities, elements and challenges and conclude on the possibility or adequacy of using mediation in each case, besides identifying the need of changing or supplementing the current legislation in Portugal.

Keywords: conflicts; environmental conflicts; mediation; culture of peace

SUMÁRIO

Lista de abreviaturas, símbolos e siglas	7
INTRODUÇÃO	8
1 – CONFLITOS DE NATUREZA AMBIENTAL	11
1.1 – O Conflito.....	11
1.2 - O ambiente, o bem ambiental e os componentes ambientais.....	16
1.3 – Os conflitos ambientais – diferentes tipos e características	20
1.3.1 – Conflitos ambientais derivados de um dano ambiental.....	24
1.3.2 – Conflitos ambientais decorrentes de um potencial dano ambiental	27
2 – O DIREITO CONSTITUCIONAL DE ACESSO À JUSTIÇA NO QUE DIZ RESPEITO AOS CONFLITOS AMBIENTAIS	30
3 - A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE SOLUÇÃO ALTERNATIVA DE CONFLITO	39
3.1 - Definição do método.....	39
3.1.1 - Autocomposição	43
3.1.2 - Cooperação	44
3.1.3 - Consenso	46
3.1.4 – O acordo como resultado.....	47
3.1.5 – O mediador.....	51
3.1.6 – Método alternativo ou complementar à solução adjudicada	55
3.2 – Características necessárias à mediação	58
3.2.1 – Voluntariedade ou livre escolha das partes	59
3.2.2 – Confidencialidade.....	61
3.2.3 – Relação entre as partes e equilíbrio de forças	62
3.2.4 – Representatividade dos negociadores e capacidade de influência sobre os grupos que representam	64
3.3 – Tipos de conflitos mediáveis (Mediabilidade).....	65
3.3.1 – Disponibilidade de Direitos.....	66
3.3.2 - Transigibilidade	68
3.3.3 – Observância da Ordem Pública	69
3.3.4 – Análise crítica sobre a adequação dos três subcritérios e critério adotado pela Lei de Mediação Portuguesa	70
4 – MEDIAÇÃO AMBIENTAL.....	72
4.1 - Especificidades dos conflitos ambientais.....	73
4.1.1 - Quanto às partes.....	74
4.1.1.1 – O mínimo de relacionamento entre as partes	74
4.1.1.2 – A comprovação de voluntariedade.....	78
4.1.1.3 – O equilíbrio de forças	81

4.1.1.3.1 – Quanto a Administração Pública é parte no conflito.....	81
4.1.1.3.2 – Quando uma das partes tem um superior poder econômico ou informacional	86
4.1.1.4 - Multiplicidade de partes, interesses envolvidos e alta polarização.....	87
4.1.1.5 - Representatividade dos negociadores e capacidade de influência sobre os grupos que representam	89
4.1.1.6 – Multiplicidade de Partes e os Impactos na Voluntariedade	91
4.1.2 - Quanto ao objeto	94
4.1.2.1 – O ambiente como um bem difuso, indisponível, intransigível.....	94
4.1.2.2 – A mediabilidade dos conflitos ambientais – um pouco mais sobre o critério da transigibilidade	98
4.1.2.3 - Multidisciplinariedade	103
4.1.3 – Quanto ao processo de mediação ambiental	105
4.1.3.1 - Existência de incertezas científicas.....	105
4.1.3.2 - Confidencialidade – um problema relacionado aos conflitos envolvendo a Administração Pública?.....	108
4.1.3.3 - Alguns aspectos sobre o acordo resultante do processo de mediação ambiental	113
4.1.4 - Argumentos contrários ao litígio como método adequado para solução de conflitos ambientais.....	115
4.2 – Sistematização e conclusões acerca da adequação da mediação para a solução de conflitos ambientais, tendo por base as especificidades dos diferentes tipos de conflitos ambientais.....	119
4.2.1 – A mediação ambiental aplicável aos conflitos ambientais derivados de um dano ambiental	119
4.2.1.1 - Conflitos envolvendo direitos indenizatórios – interesses individuais, interesses coletivos, interesses difusos	119
4.2.1.2 - Conflitos envolvendo a Administração Pública, no exercício de seu poder sancionador, nos âmbitos penal e contra-ordenacional, ou imposição de obrigações de fazer e medidas cautelares.....	121
4.2.2 – A mediação ambiental aplicável aos conflitos relacionados a um potencial dano ambiental	123
4.2.2.1 - A mediação aplicável a elaboração de políticas públicas, edição ou revisão de normas, processo legislativo	124
4.2.2.2 - A mediação aplicável à implantação de empreendimentos potencialmente causadores de dano ambiental.....	126
CONCLUSÃO	128
BIBLIOGRAFIA.....	133

Lista de abreviaturas, símbolos e siglas

§ - Parágrafo

EDR – *Environmental Dispute Resolution*

f. – folha

Art. / art. – Artigo

CC – Código Civil

CPC – Código de Processo Civil

CPA – Código de Processos Administrativos

CPTA – Código de Processo nos Tribunais Administrativos

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CRP – Constituição da República Portuguesa

CFB – Constituição da República Federativa do Brasil

Ed. / ed. – Edição

EUA – Estados Unidos da América

LAV – Lei de Arbitragem Voluntária

LM – Lei de Mediação

MP – Ministério Público

n.º – número

ONGA – Organização Não Governamental Ambiental

p. – página

POP - poluentes organoclorados persistentes

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

STJB – Superior Tribunal de Justiça brasileiro

TAC – Termo de Ajustamento de Conduta

UE – União Europeia

INTRODUÇÃO

No presente trabalho, temos como objetivo avaliar o uso da mediação para a solução de conflitos ambientais. O tema é controvertido e, numa leitura preliminar da doutrina, será possível identificar uma série de objeções, relacionadas especialmente à certas características atribuídas aos conflitos ambientais e a este método auto compositivo de solução de conflitos.

Optamos por utilizar, como base de nosso levantamento doutrinário, autores que tratam do tema nos Estados Unidos, no Brasil e em Portugal. O motivo pela escolha desses três países decorre do fato de que os Estados Unidos podem ser considerados o berço das soluções negociadas de conflitos, adotando técnicas de mediação para a solução de conflitos ambientais desde a década de 80. Por outro lado, Brasil e Portugal, têm sistemas jurídicos parecidos e passaram a discutir o uso da mediação quase que simultaneamente, tendo editado suas leis de mediação em meados dos anos 2010.

O presente trabalho foi dividido em quatro capítulos.

O primeiro capítulo se destina a apresentar os principais conceitos desenvolvidos ao longo deste trabalho. Trataremos do conflito, avaliando suas características e a sua relação com a vida e o comportamento humano, abordando o tema não estritamente sob a perspectiva jurídica, mas também social e psicológica. Trataremos do ambiente, do bem ambiental e dos componentes ambientais, apresentando ao leitor às necessárias distinções entre esses elementos, sendo o ambiente integralmente considerado o real bem protegido pela Carta Constitucional Portuguesa e que deverá ser mantido sadio e equilibrado.

Em seguida, trataremos do que pode ser entendido ou classificado como um conflito ambiental, quando faremos a distinção, mola mestra deste trabalho, entre os conflitos ambientais que se relacionam e decorrem diretamente de um dano ambiental ocorrido, e aqueles conflitos ambientais que surgem diante de um potencial (ou um risco) de dano ambiental, que poderá ser percebido de forma distinta por membros da sociedade e, portanto, gerar conflitos sobre valores intrínsecos à vida humana.

O segundo capítulo será dedicado ao direito constitucional de acesso à justiça. A finalidade de tratar em separado do tema é necessidade de avaliar o que é a justiça e sob que bases e fundamentos o Estado tem o dever de seu provimento. Avaliaremos também a relação entre o acesso à justiça e o acesso ao Poder Judiciário ou ao provimento jurisdicional, para verificar a adequação constitucional do uso da mediação.

No terceiro capítulo, trataremos da mediação, enquanto método de solução de conflitos em geral. Apresentaremos o que se entende por mediação, quais as suas características

principais e a que tipos de conflito ela comumente se destina ou apresenta vantagens. Detalharemos os elementos caracterizadores da mediação, a saber, a auto composição, a cooperação e o consenso, para em seguida tratar daquelas características que são necessárias para que a mediação possa ocorrer com sucesso. Nesse ponto, será necessário avaliar a voluntariedade ou livre escolha das partes em conflito para o início, continuidade e conclusão do processo de mediação, o requisito da confidencialidade, como forma de permitir uma verdadeira transparência quanto ao objeto da disputa e permitir às partes falar francamente sobre ele, a necessidade de equilíbrio de forças e também a mediabilidade, conforme definida em lei e pela doutrina.

Trataremos do acordo final, resultante da mediação, passando pelos requisitos para que seja alcançado e validamente firmado, apresentando-o como um resultado desejado, mas não obrigatório ou necessário da mediação. Falaremos do mediador, este terceiro essencial para que se esteja diante de uma mediação e não de uma negociação simples, abordando o que a legislação prevê como requisitos essenciais para o válido e efetivo exercício dessa função. E encerraremos o capítulo esclarecendo as divergências sobre a mediação como um método alternativo ou complementar ao Poder Judiciário e a outros tipos de solução de conflitos.

No quarto e último capítulo, apresentaremos a mediação ambiental e trataremos de todas as especificidades relacionadas pela doutrina norte-americana, brasileira e portuguesa sobre o tema. Assim, descreveremos os problemas e dificuldades apontados quando se trata do uso da mediação para a solução de conflitos ambientais, o que dividiremos, para fins de um melhor entendimento, quanto a matéria sobre a qual se relacionam. Como veremos, as características apontadas pela doutrina como inerentes à mediação ambiental ora indicam a inadequação do método para a solução de conflitos ambientais, ora indicam, sob a legislação portuguesa especialmente, a necessidade de lei especial ou da criação de um sistema público de mediação ambiental. Mas, veremos que, em alguns casos, essas características simplesmente demandam uma adequação do processo de mediação para endereçá-las.

Trataremos da necessidade de existência de um vínculo mínimo entre as partes, das dificuldades de comprovação da manifestação de vontade para a participação no processo de mediação, do estabelecimento e manutenção de um equilíbrio de forças, em especial, quando no conflito está presente a Administração Pública ou quando uma das partes detém um maior poderio econômico e informacional sobre o conflito, além dos aspectos inerentes à representatividade dos negociadores e sua correlação com o grupo representado.

Apresentaremos o posicionamento doutrinário acerca do bem objeto do conflito ambiental, fazendo a referência ao fato de que, como apresentado no Capítulo 1, este poderá

eventualmente versar sobre o ambiente, mas mais comumente versará sobre um bem ambiental ou um componente ambiental. Trataremos, portanto, da natureza difusa desses bens, sua disponibilidade e transigibilidade e os impactos de sua natureza para o uso da mediação. Ainda sobre o objeto em disputa, trataremos da multidisciplinariedade característica de diversos conflitos ambientais.

Quanto ao processo, trataremos das incertezas científicas sobre a matéria ambiental em disputa, além de analisar os aspectos relacionados à confidencialidade e os desafios de ponderar a confidencialidade com a transparência da atuação administrativa. Trataremos também do acordo resultante do processo de mediação ambiental, especialmente, sua exequibilidade e a possibilidade de sua anulação ou revisão de conteúdo, em caso de violação da ordem pública e trataremos alguns aspectos dos conflitos ambientais que apontam, para a inadequação do Poder Judiciário como a única alternativa possível.

Na segunda parte do Capítulo 4, após apresentarmos as especificidades da mediação ambiental, faremos a correlação entre elas e os tipos de conflitos ambientais descritos no Capítulo 1, como forma de avaliar sua aplicabilidade ou a necessidade de adequação do processo ao caso concreto submetido à mediação. Falaremos dos conflitos posteriores à ocorrência de um dano ambiental, que poderão incluir conflitos estritamente privados, tendo por objeto os direitos indenizatórios de indivíduos, coletividades ou da humanidade e das gerações futuras, ou ter natureza de direito público, quando se relacionar com a imposição de sanções administrativas ou criminais pela Administração Pública.

Trataremos também dos conflitos que ocorrem independentemente de qualquer dano, versando sobre o risco de dano, como os que surgem da elaboração de políticas públicas, edição ou revisão de leis e normas versando sobre matéria ambiental. E aqui, os conflitos poderão colocar, de um lado, os representantes do povo, no exercício do Poder Legislativo, ou a Administração Pública, no exercício de sua competência administrativa, e de outro, os legitimados para defesa do ambiente que eventualmente não concordem com tais instrumentos e políticas, ou grupos, associações, empresários ou indivíduos, que eventualmente se sintam prejudicados com tais medidas. Tais conflitos sobre o risco de dano ambiental poderão ser observados também (e entendemos, prioritariamente) nos conflitos decorrentes da instalação de um empreendimento potencialmente poluidor, caso em que, poderão estar presentes todas as especificidades apontadas pela doutrina com relação à mediação ambiental.

Pretendemos com isso, avaliar, de forma conclusiva, a adequação (ou inadequação) de se restringir de início a possibilidade de uso da mediação para todo e qualquer tipo de conflito ambiental ou, caso a restrição se mostre inadequada, se haveria a necessidade de olhar para o

método como uma forma suplementar ao método adjudicatório privativamente exercido pelo Estado, cujo uso poderá eventualmente dar soluções mais razoáveis, ponderadas e satisfatórias para atender aos interesses das presentes e futuras gerações quanto à proteção ambiental.

1 – CONFLITOS DE NATUREZA AMBIENTAL

Antes de iniciarmos qualquer análise sobre a mediação como um dos métodos de solução de conflitos ambientais, é necessário avaliar que conflitos podem ser validamente designados como tal. Será preciso, portanto, responder à pergunta se quaisquer conflitos entre partes cujo pano de fundo seja um dano ambiental poderá ser qualificado como um “conflito ambiental” ou se há critérios e requisitos específicos que precisam ser observados para que um conflito jurídico possa ser assim classificado.

Para isso, há que se avaliar os elementos conceituais sobre o que se considera um conflito, e sobre quais bens ambientais, recursos ou valores tais conflitos devem versar para que estejamos diante de um conflito ambiental, objeto da análise que se pretende neste trabalho.

1.1 – O Conflito

A análise de termos como o “conflito” sob a perspectiva jurídica e para a finalidade deste texto poderia talvez simplesmente ser a de um dicionário de língua portuguesa, que o identificam como disputa, divergência, dissonância entre duas ou mais pessoas. Mas, no mundo jurídico e filosófico, comumente os vocábulos trazem conotações, preceitos e características cujo significado até intuímos, mas não necessariamente sabemos traduzir. Assim, para pôr letras e frases em sentimentos e suposições, é sempre recomendável ir aos que se debruçaram sobre os termos que queremos definir.

Nos parece que na história da filosofia, Heráclito foi o primeiro filósofo a embasar seu pensamento no conflito e ver nele o mote fundamental da vida, ainda na Grécia pré-socrática. Segundo o pensador, “a mais linda das tramas é formada pelos opostos e todas as coisas nascem da contenda”¹. Heráclito entende que o *Polemos* (a luta, a guerra, o conflito) é o que permite a harmonia entre os contrários, como o dia e a noite, a saúde e a doença, o bem e o mal. Produziria o movimento e o equilíbrio².

¹ CRESCENZO [Ano]: posição 1202.

² DARWING. SAMANIEGO [Ano]: posição 55.

Já no século XVI, autores clássicos como Hobbes, trataram do conflito como decorrentes da discordância entre os critérios e normas relativos ao senso de justiça inerente aos seres humanos³.

É possível ver que, na filosofia, assim como na psicologia e sociologia, nem sempre, o conflito tem uma conotação exclusivamente negativa. ROCHEBLAVE-SPENLÉ na obra sobre a psicologia do conflito, informa que, para alguns autores, o conflito seria um elemento constitutivo do próprio ser humano. A autora cita Hegel, em cuja obra, o “conflito é onipresente e constitui sua mola mestra”⁴ e Stern, para quem o “conflito consigo e o conflito com o mundo [seriam] condições necessárias e suficientes da tomada de consciência existencial”⁵.

Outro exemplo de uma visão positiva sobre o conflito é apresentado por LEDERACH, sociólogo, mediador e conciliador em conflitos internacionais, para quem “o conflito gera vida: através do conflito, nós reagimos, inovamos e mudamos”⁶. Este autor entende que o conflito manteria os relacionamentos humanos vivos, honestos e movidos para o crescimento. Sem ele, os relacionamentos seriam superficiais e monótonos⁷.

Assim, alguns autores de ciências diversas do conhecimento, veem no conflito um propulsor do desenvolvimento das sociedades e a existência do conflito como inerente à natureza humana.

No capítulo introdutório em seu livro sobre a resolução de conflitos ambientais, o mediador, SIDAWAY trata do que chama “o Drama do Conflito” e registra que a palavra “conflito” traria em si uma conotação emotiva, muito bem compreendida pelo jornalismo e que “implica em uma luta entre a oposição de ideias, interesses, confronto, protestos e potencialmente, violência”⁸. O termo pode ter gradações distintas, mas pressupõe emoção.

LEDERACH diz que o conflito impacta os seres humanos de modo pessoal, relacional, estrutural e cultural. No pessoal, o “conflito atinge o bem-estar físico, a autoestima, a estabilidade emocional, a capacidade de percepção clara e a integridade espiritual”⁹.

Sobre as emoções, MILÁN e GOMES trazem a imagem simplista, porém acurada, de uma bola de neve para expor que a falta de diálogo entre os polos em conflito, combinado com o diálogo e discurso constantes dentro deles, reforçando suas próprias posições individuais,

³ JOHNSTON, 2018: posição 286.

⁴ ROCHEBLAVE-SPENLÉ, 1974: 11 e 16.

⁵ ROCHEBLAVE-SPENLÉ, 1974: 20. Em outro trecho, a autora se alinha a Lagache, ao afirmar que o conflito não seria anormal em si, mas somente quando “a pessoa se instala nele, quando não consegue assumi-lo ou libertar-se dele”. ROCHEBLAVE-SPENLÉ, 1974: 138.

⁶ LEDERACH, 2012: 31.

⁷ LEDERACH, 2012: 31.

⁸ SIDAWAY, 2005: 6%.

⁹ LEDERACH, 2012: 38.

têm o condão de gerar mais emoções e sentimentos negativos contra o outro polo do conflito e sintetiza, afirmando que o “pensamento no qual baseamos nossas acções torna-se simplista e as decisões tomadas com base em estereótipos, pelo que se fazem avaliações precipitadas e se reage de forma automática”¹⁰.

O viver humano e a História da humanidade estão intrinsecamente ligados a conflitos das mais diversas naturezas e intensidades¹¹. A evolução humana está ligada aos conflitos em geral. Em grande escala, podemos pensar nas guerras e revoluções, mas pequenos conflitos, manifestações e desentendimentos de escala doméstica também são constantemente responsáveis por mudanças que impulsionam e regulam a convivência no âmago da sociedade.

Para GALTUNG, experiente mediador e consultor e autor de diversos livros sobre a solução de conflitos e a promoção da paz, se por um lado, um excesso de frustração e conflito podem ter um efeito destrutivo, por outro, um nível muito baixo de conflito e frustração podem deixar os “atores” com baixíssimos níveis de estímulos e desafios para funcionar adequadamente”¹². O autor entende que a diferença entre a frustração e o conflito estaria no fato de que a frustração seria percebida individualmente pela incapacidade do indivíduo de atingir seus objetivos e metas, enquanto que o conflito representaria a incapacidade de duas (ou mais) pessoas atingirem seus objetivos, seja porque os dois objetivos se anulam mutuamente ou porque há escassez de recursos para atingir ambos os objetivos¹³.

GALTUNG trata das fases do conflito (que vão desde o surgimento, “articulação”, até a sua “solução”), ressaltando que há uma diferença entre a repressão de um conflito (que o torna latente) e a sua efetiva resolução (que põe fim a ele). Ele ressalta que uma solução do conflito não é necessariamente justa ou equilibrada e pode ocorrer até mesmo com a aniquilação de um dos lados¹⁴.

¹⁰ MILLÁN; GÓMEZ, 2011: 30-31.

¹¹ Segundo CHANNING, “o espírito humano deve crescer forte através do conflito”. CHANNING, 1843: 123. Também GALTUNG passa por uma série de tipos de conflitos desde conflitos familiares e de abrangência limitada a dois indivíduos, um casal, uma família, que chama de microconflitos, até aqueles entre civilizações e grupos de países, aos quais chama de megaconflitos. GALTUNG, 2006. Também o historiador HARARI, em seu best-seller *Sapiens*, por exemplo, informa que apesar de uma grande parte dos doutrinadores jurídicos descrever as tribos de coletores-caçadores como pacíficas, os achados arqueológicos encontrados podem revelar a existência de guerras e lutas violentas naquelas tribos, o que se comprova com os achados referentes a Jabel Sahaba, no Sudão e Ofnet, na Bavária (HARARI, 2018: 68-70).

¹² GALTUNG, 1958: 34.

¹³ GALTUNG, 1958: 33. No mesmo sentido, segundo SPENGLER, o “conflito pode ser considerado tanto uma potencialidade quanto uma situação, uma estrutura, uma manifestação, um evento ou um processo” (SPENGLER, 2016: 114). Há necessariamente uma dialética, uma relação de força e contra-força. SPENGLER cita RUMMEL para quem o conflito seria o equilíbrio dos vetores de poder, na medida em que nenhuma das partes teria poder suficiente para suplantar a outra eliminando, assim, o conflito (RUMMEL *apud* SPENGLER, 2016: 114).

¹⁴ GALTUNG, Johan, 1958: 37-38. No mesmo sentido, PEDRO vê na imagem da flecha cujo início seria o surgimento do conflito, seguido pelos processos de resolução do litígio, atingindo o alvo quando este se resolve e executa”. PEDRO, 2016: 55.

Os elementos para o desenvolvimento de sua teoria dos conflitos seriam: (i) os atores envolvidos; (ii) seus objetivos (valores e interesses); (iii) a definição de áreas de aceitabilidade e incompatibilidade definidas e comparadas. E quanto mais detalhes se tiver sobre esses elementos, mais fácil se chegaria ao fim do conflito¹⁵.

Do compilado de textos acima, elaborados por autores de diversas áreas do conhecimento, podemos dizer, com certa segurança, que um conflito pressupõe uma relação entre dois ou mais atores e se exprime através de emoções dotadas de uma força mínima, que os leve a interagir. As emoções podem se direcionar a um objeto único (duas pessoas querem a mesma coisa exclusivamente para si) ou a objetos diferentes que de alguma forma sejam incompatíveis (se A tiver X, B não poderá ter Y), seja por escassez de recursos (A e B não tem dinheiro para ter X e Y, simultaneamente) ou por uma total incompatibilidade entre os objetos (X e Y são auto-excludentes).

Daí, podemos extrair também que o desprezo ou indiferença por uma parte negaria ou evitaria o conflito. A renúncia ao seu interesse também encerraria qualquer conflito. Para que o conflito exista, as partes envolvidas precisam necessariamente ter interesses ou valores e sentir que, de alguma forma os seus interesses e valores não podem ser alcançados se os interesses ou valores da outra parte o forem. A falta de interesse em relação a um objetivo não gera conflito, assim como o objetivo compartilhado por mais de uma pessoa não gera conflito.

A perseguição individual de um objetivo também, por si só, não gera conflito, ao menos não o conflito interpessoal sobre o qual nos debruçamos nesse trabalho. O conflito surge da percepção de que o objetivo perseguido pelo outro será incompatível com a sua jornada. Há que haver, ainda, uma vontade e, mais que isso, sentimentos e emoções tão fortes que impeçam que as partes abdicuem desse interesse ou desse valor e as motivem a, de fato, persegui-los.

A questão é que, se há vontade e disposição de pessoas em lados opostos para que o conflito ocorra, há, segundo GALTUNG, oportunidade para a composição e acordo, que surge justamente da existência de uma relação (inicialmente conflituosa) entre essas pessoas. O autor entende que se as pessoas se concentrarem na relação que existe entre elas (deixando de lado, por um instante, os preconceitos e posições assumidas) poderão conseguir construir soluções alternativas e criativas para o alcance de ambos os seus objetivos. O autor faz a ressalva, contudo, de que a “negociação é possível quando se trata de objetivos e valores, mas não quando se trata de necessidades básicas. Necessidades básicas têm de ser respeitadas. Elas são inegociáveis”¹⁶. As necessidades básicas seriam a sobrevivência, o bem-estar, a liberdade e a

¹⁵ GALTUNG, Johan, 1958: 39.

¹⁶ GALTUNG, Johan, 2006: 11.

identidade de uma pessoa e seriam mais profundas que valores, sendo os valores parte da identidade¹⁷.

Outra passagem interessante de GALTUNG é quando o autor informa que os conflitos consomem e demandam integralmente o ser humano¹⁸. Pois bem, se algumas disputas parecem se encerrar quando uma das partes (ou mais) percebem que o custo de continuar em conflito está excessivo, alguns autores dizem, que, nesses casos, quando uma das partes deixa de lutar, o conflito não se encerra propriamente, mas fica latente, aguardando uma oportunidade ou novo elemento que desperte a “vontade” de lutar e leve as partes de volta ao enfrentamento¹⁹.

Na verdade, mesmo uma decisão adjudicada não necessariamente resolve o conflito. Ela pode resolver o litígio sobre o tema específico que foi apresentado em Juízo, mas o conflito, enquanto força motriz que leva as partes a confrontarem seus interesses e valores não necessariamente se encerra com tal solução.

Como diz GALTUNG, o conflito assim, somente se encerraria com a completa aniquilação do oponente ou com a composição, que evita que uma das partes se veja como “perdedora”, o que pode resultar em uma nova frustração que possivelmente resultará em um novo confronto no futuro.

Talvez também por isso, boa parte dos textos de grandes teóricos e filósofos do Direito se dediquem à solução de controvérsias e conflitos das mais variadas naturezas: familiares, cíveis, contratuais, de trânsito, de consumo, entre a Administração e administrados.

A existência do conflito é, portanto, a razão principal pela qual o Direito existe ou foi desenvolvido e criado pela Humanidade, de forma independente. A pacificação social e a solução de conflitos representam, reconhecidamente, a principal função do Direito, e, apesar do que das distinções sobre o tema feitas por ATIENZA²⁰, o reconhecimento da existência de

¹⁷ GALTUNG, Johan, 2006: 11.

¹⁸ Diz o autor que um “conflito atinge a totalidade em nós, nossos sentimentos e pensamentos. Conflitos exigem de nós tudo o que temos para oferecer. Caso contrário, as emoções serão facilmente expressadas pela violência – verbal, física ou ambas –, insultando as necessidades básicas de outros” GALTUNG, Johan, 2006: 13.

¹⁹ GALTUNG, Johan, 1958: 31.

²⁰ ATIENZA distingue duas linhas de pensamento sobre a sociedade que influenciariam diretamente na concepção do Direito e de sua função: a dos funcionalistas e a daqueles que veem a sociedade como conflito. A primeira concepção da sociedade entenderia os conflitos como desvios, disfunções de um sistema equilibrado, que seria a sociedade. Esta concepção da sociedade a veria como um sistema em que prevalece o consenso e a observância às normas e ao Direito. A segunda concepção entenderia que a sociedade é conflito. A visão sobre o papel do Direito, na primeira concepção seria de corrigir os desvios e restabelecer o equilíbrio, enquanto na segunda seria o Direito o instrumento de solução e processamento dos conflitos. Contudo, o autor faz a ressalva de que uma sociedade tem necessariamente elementos de consenso e conflito. Não é possível rotular uma sociedade ou mesmo entender o Direito ou sua função como unicamente de solução de conflitos ou de correção de desvios. O Direito serve a ambos (e a uma série de outros) propósitos e funções complementares (ATIENZA, 2014: 172-173).

conflitos que precisam de solução e a correção de desvios nos parecem dois lados de uma mesma moeda.

Tomando em conta o objeto do presente trabalho, sendo o resultado da mediação um acordo entre as partes envolvidas, está o Direito na definição clara de suas formas, para assegurar o atendimento aos requisitos necessários para assegurar a “legitimação, interpretação, sanção e aplicação”, problemas fundamentais do Direito, nos dizeres de PARSONS²¹. O acordo em si, atende a função do Direito, na medida em que resulta, se levado a cabo pelas partes, na solução do conflito. Por outro lado, servirá também a assegurar que o desvio de seu cumprimento será punido.

Voltando a GALTUNG, a solução de um conflito dependerá da capacidade de se canalizar a energia e as emoções para criação de alternativas criativas a ele, o que faz com que se impeça o deslize do conflito para a violência²².

Assim, nos apoiando no autor, entendemos que o conflito seria o movimento anterior à violência, em que as partes entendem ou acreditam que a realização de seus valores ou seus objetivos não é possível se os valores e objetivos do outro forem realizados, e tal crença ocorre em ambas numa escala de emoções e intenções suficientes para se moverem e se colocarem em contraposição umas às outras.

1.2 - O ambiente, o bem ambiental e os componentes ambientais

Uma vez definido o conflito, passemos a avaliar o objeto capaz de transformá-lo em um conflito ambiental.

A doutrina diverge sobre a abrangência e conteúdo do termo “ambiente” como objeto a ser protegido pelo Direito. Para a maioria dos autores brasileiros, de que são exemplos, SILVA e ANTUNES, o meio ambiente englobaria tanto o ambiente natural, quanto o artificial e o cultural²³ (criados pelo Homem). Para uma outra parte da doutrina do Direito Ambiental, de que é exemplo, GOMES, o ambiente, de que se preocupa o Direito Ambiental, seria somente o ambiente natural, posto que a outros ramos do Direito interessariam o ambiente artificial, cultural e urbano²⁴.

²¹ PARSONS *apud* ATIENZA, 2014: 177.

²² GALTUNG, Johan, 2006: 14.

²³ SILVA define o meio ambiente como a “interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas” SILVA, 2003: 20. Na mesma linha, ANTUNES entende que o “meio ambiente é natureza mais atividade antrópica, mais modificação produzida pelo Ser Humano sobre o meio físico de onde retira o seu sustento”. ANTUNES, 2019: 4.

²⁴ GOMES, 2018.

Apesar de as distinções poderem ser motivadas, em alguma medida, pelos textos que tratam do ambiente nas constituições portuguesa e brasileira, pensamos que os fundamentos da distinção podem ser aplicados indistintamente nos dois países. No Brasil, talvez mais que em Portugal, houve um alargamento do conceito de ambiente, que não nos parece se coadunar com o sentido dos princípios que regem a proteção ambiental. Se o fim do direito ambiental é regular a relação do homem com seu meio, ante o reconhecimento de que esse meio é necessário para assegurar a permanência da espécie humana na Terra, é do meio natural que esse ramo do direito deve se ocupar. Alargar os princípios do direito ambiental para regular as relações culturais, o ambiente urbano ou o laboral, poderia gerar conflitos internos inconciliáveis. De mais a mais, tais temas tem tratamento próprio e estão alinhados a princípios e finalidades próprios de outros ramos do Direito, como, por exemplo, o direito do trabalho, cuja finalidade é, de certa forma, a proteção da relação de emprego e a saúde e segurança dos trabalhadores, ou o direito urbanístico e de vizinhança, cuja finalidade principal deveria ser a regulação da relação entre vizinhos, mas também entre o indivíduo e sua comunidade, preservando a beleza e a unidade de sua cidade ou do meio urbano em que mora.

Para GOMES, o objeto do Direito Ambiental deveria ser exclusivamente “o da preservação da capacidade regenerativa dos componentes ambientais naturais”²⁵, especificamente o ar, a água, o mar, a biodiversidade, o solo, o subsolo e a paisagem²⁶.

O posicionamento está alinhada com o posicionamento de CANOTILHO, para quem, por força da Constituição da República Portuguesa, o ambiente que deve ser mantido “sadio e ecologicamente equilibrado” é o bem imaterial e indivisível, composto por uma série de recursos e componentes que o integram, sem se confundir com estes²⁷.

Vê-se, já aqui, uma divisão entre o ambiente considerado em sua amplitude e os elementos que o compõem.

Ainda analisando o ambiente integralmente considerado, conforme o autor que o descreve, ele ora abrange o todo, o meio, dissociado do Homem, ora o engloba e contém²⁸.

ANTUNES expõe uma visão interessante sobre o tema. Apesar de tratar da “Natureza” e não do “ambiente”, ele busca na análise de diversos filósofos, desde os pré-socráticos, como Tales de Mileto e Demócrito, desenvolvedores das noções de “Natureza (*φύσις*), ordem natural (*cosmos*) e de lei natural (*nomos*)”²⁹ até Rousseau e Thoreau, considerado um dos

²⁵ GOMES, Carla Amado, 2018: 36.

²⁶ GOMES, Carla Amado, 2018: 33.

²⁷ CANOTILHO; MOREIRA, 2007: 844.

²⁸ Nessa seara, surgem as visões antropocêntrica e biocêntrica (ou ecocêntrica) do Direito Ambiental.

²⁹ ANTUNES, 2002: 13.

principais criadores do movimento ambientalista, para justificar seu entendimento de que a “Natureza” teria um conceito criado pela cultura, que surge simultaneamente ao próprio pensamento filosófico³⁰. Nessa medida, a Natureza existe de forma indissociável do ser humano, mas seu conceito é por ele criado e, portanto, tem valor somente quando o Homem atribui a ela esse valor. O próprio Homem se diferenciaria dos animais pela capacidade de atribuir valor à Natureza (ou ao ambiente)³¹.

Mas se a definição de ambiente já não é pacífica na doutrina e gera visões divergentes sobre sua relevância, elementos e o grau de proteção, a definição do que seria um bem ambiental parece um pouco menos controversa, apesar de incluir algumas variações.

Sobre o aspecto econômico e de valoração do bem ambiental, autores diferenciam os bens ambientais dos recursos ambientais, considerando os últimos como aqueles sobre os quais a economia se debruça, seja por serem passíveis de apropriação, seja por serem passíveis de valoração econômica. Contrariamente, os bens ambientais não seriam necessariamente valoráveis economicamente³².

GOMES, por exemplo, especifica que a proteção dos bens ambientais se direciona ao seu valor de equilíbrio do ecossistema e, portanto, de sua dimensão imaterial³³, diferenciando-se da dimensão material, objeto de direitos patrimoniais, que podem assumir certos bens ambientais³⁴.

³⁰ ANTUNES, 2002: 53.

³¹ Em que pese os posicionamentos divergentes, nos parece que o Direito é antropocêntrico, e deve ser assim, na medida em que como diz VIANNA, se analisarmos a história da Terra, em escala geológica, verificaremos que não há qualquer mal que o Homem possa fazer ao planeta que ele não tenha condição de reverter. Se há a necessidade de se proteger e preservar o planeta é para manter nossa própria espécie, manter a vizinhança de cada indivíduo, como ele lembra da infância, para permitir que seus filhos netos possam ter acesso aos componentes ambientais que lhe trazem a memória afetiva e lembrança carinhosa do espaço em que viveu. Diz o autor: “Por essa razão, preocupar-se com os impactos da atividade humana na natureza do planeta não é uma consciência que deva decorrer de uma postura paternalista em relação ao meio natural, mas, ao contrário, um reconhecimento de nossa dependência do mundo que habitamos” VIANNA et. al, 2009: 307. Nessa medida, tanto ANTUNES quanto VIANNA se aproximam da visão de SCRUTON, quando diz que o ser humano é o único capaz de apreciar as coisas “inúteis” (SCRUTON, 2016: 176). Nas divergências entre as visões biocêntrica e antropocêntrica (com suas variações, como o antropocentrismo mitigado, citado por BENJAMIN (BENJAMIN, 2011: 94), há que se diferenciar o conceito de ambiente para a ciência e para o Direito. Para a ciência biológica, faz todo o sentido considerar o Homem como parte integrante do seu meio. Afinal, ainda que tenhamos nos diferenciado como espécie, somos apenas mais uma dentro de um sem número de espécies que existem no planeta. Por outro lado, para o Direito, enquanto criação humana, não faz sentido qualquer avaliação que não coloque a sobrevivência da espécie humana no centro da discussão.

³² A diferenciação não é uníssona em todos os autores e, nessa medida, é apresentada aqui somente como referência. Para um maior detalhamento sobre o tema, por todos, ver SIQUEIRA, 2017: 11 e ss. Por outro lado, alguns autores fazem também uma distinção entre o macrobem ambiental e o microbem ambiental, sendo o primeiro o ambiente como um todo e o microbem ambiental os recursos ambientais que o compõem, como mar, solo, rios, florestas.

³³ GOMES, 2018: 40.

³⁴ GOMES, 2018: 40.

A autora faz distinção entre (i) o bem natural, que seria qualquer elemento da natureza, (ii) o componente ambiental, que seria o elemento sujeito a proteção, e (iii) o recurso natural, o elemento com valor econômico³⁵.

Para os fins deste trabalho, interessa-nos analisar o ambiente, dito natural³⁶, e o bem ambiental natural, como objeto último dos conflitos que estudaremos como passíveis ou não de soluções consensuais. Pouca diferença faz, na análise que se pretende, a distinção entre recursos ambientais (entendidos como aqueles apreciáveis economicamente) e bens naturais ou bens ambientais (como elementos da natureza).

Na verdade, se adotarmos a diferenciação feita por GOMES, é possível dizer que se há conflito, é porque estamos diante de um “componente ambiental”, ainda que não o Direito, mas somente uma comunidade ou grupo atribua valor (não no sentido econômico, mas moral) a ele e o entenda merecedor de proteção jurídica.

Pensamos, portanto, que é necessário distinguir três níveis do que se chama “ambiente”: o ambiente, enquanto meio, em que vivemos e que nos circunda, ou como alguns autores denominam, o “macrobem ambiental”³⁷, os chamados bens ambientais, que alguns autores chamam de “microbem ambiental”, que englobariam mares, rios, florestas, etc., que são também compostos por uma série de componentes ambientais, a que passaremos a tratar como tal individualmente, seguindo, em parte, a doutrina de GOMES³⁸.

Fazer a distinção entre o meio que nos cerca e um indivíduo pode parecer despropositado para o presente trabalho, mas não é. Serve para demonstrar que não se pode entender qualquer conflito ambiental como um conflito relacionado ao “ambiente” integralmente considerado (especialmente se adotarmos a visão macro do ambiente, a englobar os contributos humanos como o meio artificial, urbano, laboral ou cultural). Usualmente, os conflitos giram em torno de componentes ambientais (uma árvore, um indivíduo de uma espécie

³⁵ GOMES, 2018: 43.

³⁶ Nos filiaremos ao posicionamento de GOMES e CANOTILHO, sobre o ambiente como o ambiente natural, na medida em que aquele ambiente criado pelo Homem ou decorrente da intervenção humana na Natureza, nos parece demandar análises mais sociais e culturais.

³⁷ Para uma exposição detalhada das várias interpretações e entendimentos sobre o “bem ambiental” e suas variações, ver SIQUEIRA, 2017: 11 a 31.

³⁸ A autora usa o termo “componente ambiental” para designar o bem ou conjunto de bens naturais que possuem valor em si e para o equilíbrio do ecossistema, diferenciando-o da dimensão econômica, quando o mesmo bem passa a ter valor para o Homem, quando designa-o “recurso natural”. GOMES, 2018: 44. É importante considerar que mesmo a definição ou denominação de elementos ambientais como componentes ambientais pode ainda ser sujeita à crítica e ser considerada falha, porque podemos entender como componente uma bactéria isolada ou um indivíduo arbóreo que, em si, abriga um sem número de espécimes de formigas, animais pequenos, árvores, fungos, bactérias, vírus, etc.

rara encontrado durante uma obra de infraestrutura), ou quando muito, de bens ambientais (uma floresta, um rio, por exemplo).

Nessa medida, CANOTILHO leciona que a “Constituição não exige, porém, a *proteção máxima do ambiente* como pressuposto ineliminável da salvaguarda do núcleo essencial do direito ao ambiente se com isso se pretender significar a proibição de qualquer intervenção humana prejudicial ao ambiente”³⁹. O autor entende que o “o texto constitucional não se refere a direitos das futuras gerações”⁴⁰, limitando-se a demandar que as decisões que sejam tomadas levem em consideração o bem-estar e interesses das futuras gerações⁴¹.

Assim, o Direito não demanda uma imutabilidade das condições do meio que cerca o Homem, até porque se o fizesse, isto importaria na estagnação da vida como ela é no tempo histórico da edição da norma, o que somente poderia ser assegurada por um regime totalitário, com restrições gravíssimas às populações, como os direitos de procriação, de progressão econômica, já que estes demandam inevitavelmente o incremento do uso de recursos ambientais. Admitir tais restrições seria violar outros direitos fundamentais, algo inadmissível no sistema constitucional de um Estado de Direito Democrático, como é Portugal.

Não se pode ou deve confundir a proteção ao ambiente imposta constitucionalmente com a proteção de um determinado componente ambiental (ou bem ambiental), pretendida ou discutida no âmbito de um conflito ambiental.

GOMES entende que não todos, mas somente alguns bens ambientais são protegidos pelo Direito do Ambiente, quando considerados “especialmente merecedores de proteção em atenção ao seu potencial valor de equilíbrio para o ecossistema”⁴².

Dito isto, nota-se que quando se trata da proteção do bem ambiental, é preciso saber qual bem ambiental ou componente ambiental se pretende proteger.

1.3 – Os conflitos ambientais – diferentes tipos e características

Se, como visto, o conflito surge a partir de um entendimento de que a realização de um valor ou objetivo de uma pessoa (ou grupo) é incompatível com a realização de um valor

³⁹ CANOTILHO; LEITE, 2007: 7.

⁴⁰ CANOTILHO; LEITE, 2007: 9.

⁴¹ Interessante destacar aqui o posicionamento de SCRUTON, para quem as preocupações com as gerações futuras não são motivadas por uma “teoria abstrata de justa distribuição”, mas pelas ligações que existem entre os seres humanos com seus ancestrais, filhos e sucessores” SCRUTON, 2016: 186.

⁴² GOMES, 2018: 44.

ou objetivo de outra pessoa (ou grupo), os conflitos ambientais são aqueles sobre os quais, ao menos de um dos lados, há um objetivo ou valor de proteção ambiental⁴³.

Tal valor ou objetivo de proteção poderá se voltar ao meio ambiente como um todo (ou o macrobem ambiental), a um ou mais bens ambientais ou a um ou mais componentes ambientais. Podemos observar conflitos em que a preocupação ambiental está em ambos os polos ou em mais de um dos polos, em conflitos que envolvam uma multiplicidade de partes.

Assim, podemos ter conflitos ambientais de proporções absolutamente diversas. E, se há vários tipos de conflitos ambientais, a avaliação sobre a admissibilidade da mediação para a sua solução não pode ser una, sob pena de simplificar sobremaneira a discussão do tema.

Como se verá adiante, nos Estados Unidos, país onde as soluções consensuais de conflitos ambientais são mais difundidas, a mediação é usada nos debates prévios à instalação de empreendimentos, como forma de fazer com que as partes e comunidades envolvidas possam chegar a um consenso sobre um empreendimento novo, por exemplo.

No Brasil, há, por outro lado, alguma experiência a respeito do uso da mediação para a solução de conflitos decorrentes de danos ambientais.

ZHOURI e LASCHEFSKI propõem uma classificação de conflitos ambientais entre: (i) distributivos; (ii) espaciais; e (iii) territoriais⁴⁴.

Os conflitos distributivos são os analisados em maior detalhe desde o Relatório Brundtland⁴⁵. Eles se relacionam às desigualdades sociais no acesso a determinado recurso ambiental e sobre eles se avultam propostas de “redistribuição” de ônus e bônus decorrentes do

⁴³ Ressalte-se que alguns autores como, por exemplo, CROWFOOT e WONDOLLECK optam por não usar o termo conflito ambiental, por verem no termo uma conotação mais ampla. Para os autores, o conflito ambiental é aquele que envolve valores diferentes em relação ao ambiente e os métodos negociais não serviriam para resolver os conflitos ambientais, que por refletirem visões distintas de mundo, não seriam sanáveis. Preferem o termo disputas ambientais, que podem surgir no contexto e em decorrência do conflito ambiental e, por serem pontuais, podem se submeter a métodos de solução, como a mediação. CROWFOOT; WONDOLLECK, 1990: 6-7.

⁴⁴ ZHOURI; LASCHEFSKI, 2010: 18-26. Outros autores propõem outras distinções e classificações entre conflitos ambientais, não detalhadas no presente trabalho, pois entendemos que estas não seriam suficientemente abrangentes ou representam mais uma avaliação política do tema. Nesse sentido, por exemplo, ERNANDORENA propõe dividir os conflitos ambientais entre “(a) os conflitos de uso, nos quais ocorre uma disputa entre particulares ou destes com o Poder Público, em relação a determinado bem ou recurso ambiental; e (b) os conflitos entre empreendedores, públicos ou privados, que intentam a exploração dos recursos naturais, e a sociedade civil, que defende sua preservação ou conservação” ERNANDORENA, Ano. ROSSI propõe uma distinção entre “disputas entre partes relacionadas ao meio ambiente ou afetadas por alterações no mesmo”. ROSSI, Maria Teresa Baggio; SILVA, Victor Paulo Azevedo Valente da – Mediação Ambiental. PELAJO; JONATHAN, 2016: 581. GIRARD classifica os conflitos ambientais em cinco tipos: “(1) de parte a parte; (2) emissão de licenças ou autorizações; (3) autorização preliminar ou “em princípio”; (4) descontentamento com lei e política; e (5) *compliance* e eficácia”. GIRARD, 1999: 11.

⁴⁵ O Relatório Brundtland ficou assim conhecido pelo nome da Presidente da Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, criado pela ONU em 1985. O Relatório traçou uma síntese dos problemas ambientais de seu momento histórico e forjou o conceito de desenvolvimento sustentável. Para uma análise histórica detalhada, ver SOARES, 2001: 73.

uso de recursos, propostas de compensações Norte-Sul⁴⁶ e para eles tem lugar estudos quanto à a “pegada ecológica” de países⁴⁷.

Os conflitos espaciais se relacionariam com os efeitos ou externalidades negativas causados para além do território onde a atividade causadora é desenvolvida, de que seriam exemplos, o acidente de Chernobyl e as mudanças climáticas. Tais conflitos se desenvolveriam comumente em âmbito internacional⁴⁸.

Os conflitos territoriais seriam aqueles em que se colocam em posições opostas grupos sociais ou comunidades cujas lógicas culturais seriam divergentes, e surgiriam quando a apropriação do espaço choca-se com uma forma de viver dependente desse mesmo espaço, como por exemplo, o conflito gerado pela construção de uma hidrelétrica que remove uma população tradicional de sua região, afetando seu modo de vida de forma permanente e a força uma mudança na forma como se relacionam com o ambiente⁴⁹.

A distinção proposta pelos autores tem relação direta com a possibilidade de solução consensual para os conflitos, já que os conflitos espaciais poderiam ser solucionados por acordos, consensos, assim como por mecanismos de desenvolvimento tecnológico das chamadas tecnologias verdes; os conflitos distributivos poderiam ser solucionados por ajustes ou por uma mudança no papel do Estado; enquanto que os conflitos territoriais não seriam tão facilmente solucionáveis por métodos de consenso, já que tais confrontos afetariam o modo como uma das comunidades se relaciona com seu meio, tendo impactos sociais irreversíveis no caso do deslocamento territorial⁵⁰.

A análise sobre a dificuldade ou impossibilidade de solução consensual para os conflitos denominados como territoriais nos parece acertada se os valores relacionados ao modo de vida e a cultura da comunidade forem na verdade constitutivos de sua dignidade e sua personalidade. Nas palavras de GALTUNG, tais elementos constitutivos da personalidade seriam “necessidades básicas” e, portanto, inegociáveis. Mas um conflito que importa na realocação de uma comunidade não necessariamente será um conflito sobre necessidades básicas daquela comunidade. E mais que isso, dependendo da classificação que se atribua ao termo, poderão nem ser conflitos ambientais, na medida em que a relação de uma comunidade com seu território e sua forma de vida, nos parece mais social do que ambiental. Evidente que

⁴⁶ Especialmente nas discussões que antecederam a Rio 92 e que se vê tão presente ainda nas discussões sobre o desenvolvimento sustentável, criação de mecanismos financeiros de compensação dos países em desenvolvimento, transferências de tecnologia verde e mais limpa dos países desenvolvidos para os “em desenvolvimento”.

⁴⁷ ZHOURI; LASCHEFSKI, 2010: 18-21.

⁴⁸ ZHOURI; LASCHEFSKI, 2010: 21-23.

⁴⁹ ZHOURI; LASCHEFSKI, 2010: 23-26.

⁵⁰ ZHOURI; LASCHEFSKI, 2010: 26.

tais conflitos podem envolver a relação da comunidade com o ambiente, mas não necessariamente importar numa preocupação ou objetivo com sua preservação ou conservação.

BURGUESS e BURGUESS, professores da Universidade do Colorado, apoiando-se em Burton e Dukes, fazem uma distinção semântica entre “conflito ambiental” e “disputa ambiental”. Para os professores, os “conflitos ambientais” envolveriam uma divergência de longo-prazo entre grupos com diferentes crenças e percepções sobre como deve se dar a relação entre os seres humanos e o ambiente⁵¹. Assim, os conflitos poderiam envolver uma série de disputas ambientais, mas não serem passíveis de soluções negociadas, simplesmente por representarem visões diferentes de mundo⁵², enquanto as disputas ambientais, que se referem a um elemento específico, têm um foco específico e não materializam, necessariamente, um “conflito” preexistente.

De certa forma, as diferentes visões dos grupos podem ser entendidas como elementos constitutivos de suas personalidades e da comunidade em que os indivíduos estão inseridos e, portanto, “necessidades básicas” sobre as quais, não cabe qualquer negociação⁵³, como nos falou GALTUNG.

De toda sorte, parece uníssono que se o conflito entre grupos versar não sobre um componente ambiental ou um bem ambiental, mas sobre visões diferentes de mundo entre grupos em contraposição, a solução negociada não será um caminho. Mas, nesse caso, também não caberá a alternativa, ou seja, uma solução adjudicada. Se a divergência está posta sobre formas diferentes de compreensão do mundo ou da forma de vida comunitária, dificilmente caberá a qualquer juiz definir qual a forma correta de como uma comunidade deverá ver a vida e resolver em definitivo esse conflito⁵⁴. Usando a definição terminológica de BURGUESS e BURGUESS, de fato a mediação nunca serviria para solucionar o fato, mas ele também representaria uma disputa e não o “conflito” preexistente⁵⁵.

⁵¹ BURGESS; BURGESS, Heidi, 1994: 2.

⁵² Preferimos assim seguir com a distinção proposta por GALTUNG, pois seja um conflito ou uma disputa, nos parece que a motivação ou falta de motivação das partes para negociar está mais atrelada ao objeto proposto para negociação do que propriamente uma divergência terminológica ou semântica.

⁵³ Ver GALTUNG, 1958: 33.

⁵⁴ Pode ser até possível que uma determinação judicial impeça ou torne proibida uma prática cultural de um grupo em decorrência de uma demanda de outro grupo. Por exemplo, o sacrifício animal praticado por uma determinada prática religiosa pode ser proibido, por uma demanda de outro grupo social que entende a prática como cruel, mas é preciso reconhecer que tal decisão não alterará as crenças do primeiro grupo. No máximo, eles serão forçados a deixar de praticar um dos atos que constituem sua cultura, mas dificilmente aceitarão a decisão como justa ou correta e alterarão a forma como veem a prática.

⁵⁵ Interessante aduzir o posicionamento de LANCHOTTI e ASSUNÇÃO, para quem “A questão ambiental só se torna um conflito quando existem interesses sociais contrários à ação que está sendo questionada”. LANCHOTTI, Andressa de Oliveira; ASSUNÇÃO, 2016: 603.

Assim, optamos por uma divisão mais simples relacionada aos conflitos ambientais⁵⁶, que os separa em: (i) conflitos ambientais decorrentes de um evento ambiental único – um dano ambiental; e (ii) conflitos ambientais relacionados a um potencial dano ambiental⁵⁷ e, em cada item, distinguir entre conflitos ambientais de direito administrativo (quando envolvem a Administração Pública) e de direito privado.

1.3.1 – Conflitos ambientais derivados de um dano ambiental

Quando tratarmos de um conflito decorrente de um incidente ambiental, será preciso considerar que, independentemente do tamanho ou proporção do incidente ambiental gerador, este mesmo incidente terá sempre o potencial de gerar diversos conflitos de natureza distintas e cuja solução passará pela análise de direitos e princípios também distintos, alguns de natureza patrimonial, outros de natureza extrapatrimonial.

Assim, de um derramamento de óleo decorrente da explosão de uma plataforma de exploração de petróleo, podemos distinguir uma série de conflitos ambientais: (i) entre a operadora e o Estado, na medida em que esta cometa um ilícito, punível pelo Estado; (ii) entre a operadora e pescadores eventualmente impedidos de realizar seu trabalho; (iii) entre a operadora e a “coletividade” afetada pela eventual perda de espécimes de animais, pelos danos cênicos decorrentes da presença de óleo no mar ou na costa; (iv) entre a operadora e os hotéis e turistas eventualmente privados de usufruir da costa ou do mar, pelo tempo em que estiverem recobertas com óleo; (v) entre a operadora e os moradores da região, privados do uso costumeiro da praia e mar afetados; dentre outros.

Os conflitos listados anteriormente têm naturezas distintas: uns são eminentemente privados, como os conflitos entre a operadora e os pescadores ou a operadora e os moradores da região ou a operadora e a rede hoteleira e turística, outros são públicos, como aquele entre a operadora e a “coletividade” afetada por uma eventual perda de espécimes e outros de direito

⁵⁶ Há uma outra classificação interessante elaborada por O’LARY E BINGHAM e trazida por CLARKE; PETERSON, relativamente próxima com a que buscamos trazer em nosso texto, que diferenciaria os conflitos ambientais em *upstream*, *midstream* ou *downstream*. Os conflitos *upstream* envolveriam planejamento e elaboração de políticas, bem como a produção legislativa, os conflitos *midstream* envolveriam os conflitos relacionados a implantação de empreendimentos e licenciamento ou autorizações de atividades que possam impactar o meio ambiente, enquanto que os conflitos ambientais *downstream* seriam aqueles relacionados a cumprimento e efetividade de leis, se relacionando a forma de uso da terra ou da operação de unidade fabril. O’LEARY; BINGHAM, 2003 e CLARKE; PETERSON, 2016: 23-24.

⁵⁷ Nos parece que os conflitos ambientais territoriais propostos por ZAHOURI; LASCHEFSKI (2010) entrariam nessa categoria de conflitos, por envolverem um planejamento prévio. Não há um dano ocorrido gerador de conflito, mas a instalação de empreendimento que gerará ou potencialmente gerará o conflito.

administrativa⁵⁸, entre a operadora e o Estado que, no exercício de seu poder sancionatório, autua e multa o infrator.

É possível ainda agrupar os conflitos acima descritos conforme a abrangência dos direitos sobre os quais versam. Assim, os conflitos poderão versar sobre direitos individuais, coletivos ou difusos e envolver discussões de direito privado ou administrativo.

Quanto aos conflitos de direito privado, seriam individuais aqueles entre a empresa causadora do dano e cada um dos pescadores privados do desenvolvimento de sua atividade econômica, seriam coletivos os conflitos entre o grupo desses mesmos pescadores, a associação hoteleira ou a associação de moradores, de um lado, e a empresa causadora do dano de outro. Seria difuso o direito da coletividade como um todo pelo dano causado ao meio ambiente em si considerado, por perda de espécimes, poluição da água, e a empresa responsável.

Poderão ainda versar sobre direitos patrimoniais ou extrapatrimoniais.

Seriam claramente patrimoniais os danos decorrentes da perda da atividade econômica pelos pescadores e da perda de turistas, pelas associações hoteleiras, mas seriam extrapatrimoniais, os danos sofridos pela perda de espécimes, pela poluição, pela afetação à beleza cênica do local, pela perda do direito de frequentar livremente a praia.

Um ponto importante é que conflitos relativos a danos de natureza difusa, envolvendo o dano à coletividade e ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado demandarão sempre a existência de representantes ou legitimados extraordinários para atuar, seja em juízo, seja para negociar um acordo, participar de sessões de mediação e servir como porta-voz de um “ser coletivo” incapaz de manifestar sua vontade⁵⁹.

Ainda, seriam de direito administrativo, os conflitos envolvendo a sanção aplicada ao empreendedor pela Administração Pública, em decorrência do dano ambiental cometido.

Poderíamos, ainda, classificar os conflitos ambientais relacionados a um dano ambiental, por sua abrangência territorial. Poderíamos entender como locais os conflitos decorrentes dos danos causados no acidente petrolífero acima, regionais se imaginássemos que o acidente acima ocorreu na fronteira entre dois ou mais países, afetando suas costas, como

⁵⁸ Para os conflitos de direito administrativo, adotaremos aqui a definição proposta por DIZ, para quem os conflitos administrativos abrangem os “litígios em que uma das partes é a Administração Pública – em sentido amplo – exercendo suas funções de autoridade (desligando-se, portanto, a suposição de que a Administração opera em regime de direito privado) e a outra parte é uma pessoa privada (física ou jurídica) ou ainda uma outra Administração Pública, nos assuntos que afetam direitos, obrigações ou situações sujeitas a direito administrativo e que, a princípio, devem ser dirimidos perante os julgados e tribunais enquadrados na ordem jurisdicional contencioso-administrativo”. DIZ, 2019: 279.

⁵⁹ E como veremos adiante, o fato de a defesa de tais direitos ser feita através de legitimados extraordinários, levanta uma das críticas mais contundentes ao uso da mediação para conflitos de natureza ambiental. Voltaremos a esse ponto, no último capítulo.

ocorreu no acidente de Macondo, no Golfo do México, ou quando, por exemplo, uma fábrica situada em um determinado local ou país, polui as águas que banham diversos Estados. Além disso, há os conflitos ambientais eminentemente globais, se estivermos tratando de conflitos relativos às grandes questões do direito ambiental, como as mudanças climáticas, as disputas pela água entre países, caso em que os conflitos passam a tomar proporções imensas⁶⁰.

Nos exemplos acima, todos os eventos decorrem de uma única ocorrência geradora de danos, mas nem todos esses conflitos serão, em essência, ambientais.

GOMES entende que os conflitos que versam sobre danos patrimoniais, ainda que relacionados ou decorrentes de danos ambientais, não devem ser entendidos como conflitos ambientais, posto que não se referem a qualquer componente ambiental, mas somente a relação entre pessoas, com pano de fundo ambiental⁶¹.

Por outro lado, a doutrina brasileira traz uma multiplicidade de tipos e espécies de danos que classifica como ambientais, e, por vezes, trata danos claramente patrimoniais individuais, como aqueles sofridos por pescadores privados do desempenho de sua atividade econômica de sustento em decorrência de um evento ambiental, alargando o conceito e, por vezes, atribuindo a tais conflitos princípios e características que não lhe são próprios⁶².

Para os fins de nosso trabalho, parece bem mais simples o caminho da defesa da possibilidade do uso da mediação para solução de conflitos estritamente patrimoniais, relacionados a um dano ambiental. A admissão não é total e absoluta, posto que há autores que não a admitem, especialmente no Brasil, mas se tratarmos dos direitos relacionados a indenizações devidas a pescadores, pelo impedimento à pesca decorrente de um acidente de petróleo, como tais direitos são patrimoniais, disponíveis e individuais (podem até ser formulados como individuais homogêneos, mas os eventuais cálculos de indenização, via de regra, serão sempre individualizados, pela necessidade de se aferir prejuízos sofridos por cada um deles), não parece haver maiores obstáculos ao uso da mediação.

Lógica diversa existe quando estivermos diante do conflito em que de um dos lados esteja um legitimado e cujo objeto seja a proteção de um direito difuso⁶³.

⁶⁰ Curiosamente, em conflitos globais, em que inexistia hierarquia entre os representantes dos atores envolvidos no conflito, a negociação por soluções mostra-se como o único caminho viável. Não se discute tanto, em conflitos globais, a ilegitimidade dos delegados dos países para firmar acordos e assumir compromissos em nome da coletividade e da própria humanidade.

⁶¹ GOMES, 2014: 207.

⁶² É comum ver, por exemplo, conflitos relacionados à saúde de trabalhadores adotar princípios como o da precaução, poluidor-pagador, além de se alegar imprescritíveis os danos sofridos, temas que são tipicamente discutidos no âmbito do Direito do Ambiente.

⁶³ Voltaremos ao tema, mais adiante.

1.3.2 – Conflitos ambientais decorrentes de um potencial dano ambiental

As características dos conflitos ambientais são diferentes, se tratamos de conflitos antecedentes a qualquer dano ambiental. Será o caso, por exemplo, de conflitos relacionados a instalação ou não de um empreendimento poluidor.

Ao tratar das atividades humanas, devemos reconhecer que pouco (ou quase nada) existe ou é preservado sem o sacrifício de algo em troca. Nesses casos, os chamados “conflitos ambientais” giram em torno de, de um lado, preservar um determinado componente ambiental, o que é defendido por uma pessoa, grupo de pessoas ou legitimados por lei; e, de outro, gerar algum outro benefício, que, em raros casos, será estritamente individual, defendido por uma pessoa, grupo de pessoas, pessoas jurídicas públicas ou privadas⁶⁴.

O mais comum é que se coloquem, dos dois lados do problema, interesses coletivos ou difusos: (i) de um lado a proteção de um componente ambiental, como já dito; e (ii) do outro, um bem social ou até mesmo, outro componente ambiental.

Fazemos a distinção entre o ambiente e o componente ambiental, porque, como já dito, consideramos que o ambiente deveria ser entendido como o “ambiente de vida humano sadio e ecologicamente equilibrado”⁶⁵, o que é algo bastante vago e dificilmente posto em causa nos conflitos ambientais submetidos à decisão judicial ou outros meios de solução de conflitos.

A não ser que estejamos diante de uma potencial catástrofe de grandes proporções, como, por exemplo, a causada por uma bomba nuclear nos dias atuais, impossibilitando a vida humana no local e proximidades do seu epicentro, dificilmente, uma atividade humana conseguirá, a não ser a longuíssimo prazo, afetar diretamente o equilíbrio do ambiente ecologicamente equilibrado⁶⁶.

⁶⁴ Que, em última análise, são compostas por pessoas ou grupos de pessoas.

⁶⁵ Conforme Art. 66º da CRP.

⁶⁶ A própria visão ecocêntrica que vê o ser humano como componente do todo ambiental, parece corroborar esse entendimento. Se somos somente parte do ambiente, a perda de nossa espécie não deveria ser considerada pior do que a perda de qualquer outra. E se somos nós os causadores do desequilíbrio ambiental, responsáveis pela Era do Antropoceno, então, excluir da Terra a espécie humana, poderia beneficiar o planeta. A título de esclarecimento a visão ecocêntrica é descrita por autores como CAPRA, que diz que “a ecologia profunda não separa os seres humanos – ou qualquer outra coisa – do meio ambiente natural. Ela vê o mundo não como uma coleção de objetos isolados, mas como uma rede de fenômenos que estão fundamentalmente interconectados e são interdependentes. A ecologia profunda reconhece o valor intrínseco de todos os seres vivos e concebe os seres humanos apenas como um fio particular na teia da vida”. CAPRA *apud* CANOTILHO; LEITE, 2007: 139. Ou ainda STEIGLEIDER que segundo LEITE informa como pressuposto da ecologia profunda fazer da natureza sujeito de direito, reconhecendo a ela uma dignidade própria que pode ser imposta contra seres humanos. STEIGLEIDER, 2003: p. 203 e 238. Por seu turno, a Era do Antropoceno é descrita por CRUTZEN em artigo para a Revista *Nature* e define o que o autor entende como a era geológica marcada pelo surgimento e influência do Homem sobre o planeta Terra. Para maiores detalhes sobre o tema ver CRUTZEN, 2002.

E mais, em que pese o posicionamento ecocêntrico ter adeptos no mundo do Direito, nos parece absurdo pensar que o Direito, enquanto norma cultural⁶⁷, criada pelo Homem com o principal objetivo de promover o convívio, reger a conduta e promover a pacificação social, poderia, a qualquer tempo, ter por objetivo proteger um componente ambiental sacrificando a qualidade de vida humana ou a perda de um ser humano que seja⁶⁸.

Outro ponto que, passa despercebido em uma série de conflitos ambientais relativos a decisões sobre a implantação ou não de um empreendimento enfrentados pelo Judiciário, é que, por vezes, estamos diante de um conflito sobre qual componente ambiental proteger. Às vezes, um dos lados da disputa se arvora como o grande protetor do ambiente, quando, na verdade, está pretendendo proteger e preservar um singelo componente ambiental, em prejuízo de sacrifícios ambientais de maiores proporções. A falta de avaliação sistêmica do tema pode (e não raro leva) juízes a decidir proteger um espécime de sapo raro, para sacrificar um número maior de espécimes não tão raros ou comprometer o abastecimento de uma cidade populosa.

Devemos, portanto, iniciar qualquer análise sobre formas alternativas ou adequadas de solução de conflito pela delimitação não só de seu objeto, mas do efeito de proteção de tal objeto no meio ambiente integralmente considerado, este sim, expressamente definido como bem constitucional, no dizer de CANOTILHO, pela CRP⁶⁹.

Um outro equívoco comum é tratar de conflitos sobre a instalação de um empreendimento como um confronto entre a ecologia e a economia. Ou o desenvolvimento e a proteção ambiental. Mas a economia ou os chamados “interesses econômicos” não existem por si só. É preciso desconstruir essa autonomia que se dá aos “interesses econômicos”, já que eles só refletem outros interesses.

Uma empresa não decide construir uma estrada para lucrar com o pedágio, se não houver uma demanda populacional por essa estrada. O interesse econômico de um empresário

⁶⁷ Ver, por exemplo, RADBRUCH, 2016: 177-181. Podemos pensar ainda que se, inspirados em Bentham, adotarmos uma visão de um “utilitarismo ecocêntrico”, ou a solução malthusiana, talvez pudéssemos concluir que melhor deixar os seres humanos morrerem, já que esta seria a forma menos custosa para “salvar o planeta”. Lembremos que Bentham foi o principal autor do utilitarismo, que pensou uma sociedade em que se maximizassem os ganhos sociais à custa de perdas sofridas por menos pessoas, e que Thomas Malthus foi economista, pai do estudo da demografia, conhecido pela teoria desenvolvida em seu livro “Essay on the Principle of Population”, de 1798, de que o crescimento da produção de alimentos no mundo não seria capaz de comportar o crescimento populacional verificado durante os primeiros anos da Revolução Industrial. Malthus dizia que enquanto a produção de alimentos crescia em progressão aritmética, a população crescia em progressão geométrica, o que o levou a fazer previsões catastróficas sobre a fome no mundo. Como forma de solucionar o problema, Malthus entende que as guerras e pandemias são necessárias. Para maiores detalhes, ver HEINSOHN; STEIGER, 1980.

⁶⁸ Como diz SCRUTON (SCRUTON, 2016), a proteção do meio está alinhada com qualquer pensamento conservador que deva ser “levado a sério”, não pelo ambiente em si, mas pela necessária preservação e conservação de nossa espécie, pela valorização do ambiente de convívio e do relacionamento que o ser humano tem com os locais que fazem parte de sua memória e convivência.

⁶⁹ CANOTILHO, 2007: 4.

só surge de uma demanda real de uma comunidade, até porque se assim não fosse, não haveria lucro que justificasse o “interesse econômico”.

Além disso, empreendimentos de impacto ambiental usualmente protegem certos componentes ambientais. A pretensão de construir uma usina de reciclagem de lixo em um determinado local, resultando na perda de vegetação ou evitando sua regeneração, importa evitar que o lixo seja jogado a céu aberto em outro local, contaminando rios e solos (componentes ambientais que tem o mesmo patamar de proteção – ou deveriam ter – do que a vegetação suprimida).

O que pretendemos aqui é chamar a atenção para o fato de que nenhum conflito ambiental, especialmente quando relativos a um potencial dano ambiental, é simples. Sequer a discussão sobre parar a obra de um porto por afetar uma espécie é simples se ponderadas as alternativas da não implantação do empreendimento.

Ainda menos a discussão sobre a instalação de uma atividade petrolífera em um determinado local e não em outro é simples, se considerarmos as alternativas à ela.

Os conflitos ambientais decorrentes de um potencial dano ambiental podem ser divididos em dois subtipos: (i) aqueles que antecipam a instalação de um empreendimento e colocam em contraposição posições daqueles que querem o empreendimento e dos que são contrários a ele; e (ii) aqueles que antecipam a edição de políticas públicas ou a atividade legislativa ou normativa de autoridades públicas⁷⁰.

Trataremos em maiores detalhes sobre os tipos de conflitos que podem ser classificados como ambientais nos sistemas jurídicos que optamos por analisar e o uso da mediação em cada um deles, mas por ora, nos parece relevante pontuar que a mediação aplicada a conflitos políticos sobre o bem ambiental (macro ou micro) ou os componentes ambientais têm um caminho mais fácil na doutrina, especialmente a norte-americana. Isto porque, estamos diante de uma área tradicionalmente vinculada ao debate, à negociação e a realização de acordos. A mediação poderia “acalmar os ânimos” das negociações e atribuir maior legitimidade ao processo, permitindo uma ampla e mais focada participação dos interessados e afetados pelas políticas em discussão, além de permitir o alcance de soluções criativas⁷¹. Nessa

⁷⁰ No mesmo sentido, Christine Guy-Ecabert identifica três diferentes tipos de conflitos administrativos, que incluiriam os que surgem na criação do direito (que seriam os que surgem no âmbito da produção legislativa ou normativa), os resultantes da aplicação da lei e os resultantes dos atos de Estado. Vide GUY-ECABERT *apud* LOPES; PATRÃO, 2019: 32 [Nota de rodapé].

⁷¹ Silva Junior, por exemplo, vê na mediação, uma forma de ampliar e tornar mais eficaz a democracia deliberativa. Para o autor, a “presença de um terceiro imparcial gerenciando o processo de busca de soluções consensuais flexibiliza uma série de barreiras à plena institucionalização da democracia deliberativa, iniciando por infligir nos envolvidos uma atitude cooperativa para a busca criativa de uma solução comum ao impasse”. SILVA JUNIOR, 2014: 392.

medida, até autores críticos da mediação em matéria ambiental veem nos debates políticos um caminho frutífero para o seu uso⁷².

2 – O DIREITO CONSTITUCIONAL DE ACESSO À JUSTIÇA⁷³ NO QUE DIZ RESPEITO AOS CONFLITOS AMBIENTAIS

Antes de seguirmos para a avaliação mais detida da mediação, como forma de solução de conflito, é preciso tecer alguns comentários sobre as bases do direito fundamental contemplado constitucionalmente de acesso ao direito e aos tribunais (art. 20.º da CRP), bem como sobre o que devemos entender por justiça.

A premissa que adotamos é que, seja a justiça um valor⁷⁴ ou uma virtude⁷⁵, ela não pode se confundir com o Judiciário, que não é mais que um instrumento (ou um local) buscado pelos indivíduos para alcançar o valor ou a virtude da justiça. Vejamos:

Segundo JOHNSTON, a maioria dos teóricos concentram seus comentários sobre o conceito da justiça na dicotomia entre a teoria utilitarista e as teorias kantianas, mas há um conceito antecedente e compartilhado pelas pessoas comuns que de certa forma correlaciona o conceito de justiça ao conceito de reciprocidade⁷⁶. E o conceito de reciprocidade tem foco exatamente na relação entre as pessoas. O autor ressalta que Platão identificou essa tendência e tentou combatê-la apresentando um conceito teleológico sobre a justiça⁷⁷. Informa ainda que, a partir de Platão, as teorias foram sendo desenvolvidas de forma a confirmar ou confrontar o

⁷² Nesse sentido, Carla Amado Gomes escreve: “Mesmo que não esteja em causa a agressão (ou ameaça de) a direitos individuais ou a interesses individuais homogêneos, a mediação pode ser útil para explicar as vantagens de um determinado projecto (industrial; agrícola; silvícola; pecuário; energético; rodoviário; comercial; turístico) que implique impactos significativos para alguns componentes ambientais e para prevenir litígios futuros”. GOMES, 2014: 213.

⁷³ Optamos por usar indistintamente os conceitos de acesso à justiça e acesso ao direito, apesar de parte da doutrina distinguir o acesso ao direito, do acesso à justiça e o acesso aos tribunais. Como bem descreve CABRAL, há divergência sobre se o acesso ao direito seria mais ou menos abrangente que o acesso à justiça. Parte da doutrina entende o primeiro como um direito de informação sobre os direitos e a possibilidade de efetivá-los e o segundo um direito ao provimento jurisdicional ou a efetivação do direito do postulante. O acesso aos tribunais teria assim uma conotação mais restritiva, integrando o acesso à justiça e o acesso ao direito, mas não se equiparando a estes. Para uma análise detalhada sobre os conceitos, ver CABRAL, 2013: 130-134.

⁷⁴ Nesse sentido, CARDONA FERREIRA, para quem “a Justiça é um valor, um objetivo, não um caminho para esse valor ou objetivo”. FERREIRA, 2013: 19. Interessante também analisar o pensamento de CASTANHEIRA NEVES, para quem a justiça é o valor fundamental do sistema jurídico, correspondente a um “impulso da alma”, um princípio objetivo, como a intenção que transcende o direito, mas que ele “assume e realiza”. Sobre o pensamento de CASTANHEIRA NEVES, ver SOUSA, 2005: 239-240.

⁷⁵ Se tomarmos por base o pensamento de Aristóteles e São Tomás de Aquino. Para uma análise mais detalhada dos pressupostos éticos da justiça, e sua identidade com valor ou virtude, ver VIDOR, 2016.

⁷⁶ JOHNSTON, 2018: posição 109.

⁷⁷ Para Platão, a Justiça é derivada do metafísico, decorrente da sobreposição da razão sobre a emoção e os desejos. Platão traz uma identidade entre o homem justo e a cidade justa. Vide PLATÃO, 2018.

conceito platônico, até que surgiram dois novos entendimentos que mudaram a forma como se vê a justiça: o primeiro deles seria o de que os homens conseguem remodelar suas realidades sociais conforme suas intenções; e o segundo traria a ideia de igualdade de valores entre os homens, surgido na filosofia antiga, mas aprimorado e desenvolvido ao longo do tempo, especialmente por influência da expansão cristã⁷⁸.

RAWLS cuja teoria de justiça teria tido, segundo o próprio autor o objetivo de “generalizar e elevar a um grau mais alto de abstracção a doutrina tradicional do contrato social”⁷⁹, propunha, originalmente, dois princípios de justiça: “Primeiro: Cada pessoa deverá ter um direito igual ao esquema mais extenso de liberdades básicas que seja compatível com um esquema semelhante de liberdades para os demais. Segundo: As desigualdades sociais e econômicas deverão ser conformadas de forma tal que: a) se espere razoavelmente que sejam vantajosas para todos, e b) se vinculem a empregos e cargos acessíveis a todos”⁸⁰. Tais princípios seriam os queridos e desejados por qualquer Homem razoável se a escolha fosse tomada “sob o véu da ignorância”⁸¹.

Mesmo após as contundentes críticas de RICOEUR⁸², o autor manteve sua premissa da justiça como equidade e igualdade com relação ao exercício das liberdades e de oportunidades, sob um olhar, de certa forma, individualista e de criação de consenso sobre o que seria “o justo”.

⁷⁸ JOHNSTON, 2018: posição 109 – 131.

⁷⁹ RAWLS *apud* RICOEUR, Paul, 1995: 85.

⁸⁰ RAWLS, 2012: posição 1297.

⁸¹ RAWLS, 2012: posição 317.

⁸² RICOEUR, analisando a Teoria da Justiça de Rawls, entende que não “somente o alcance deontológico, mas também a dimensão histórica do sentido de justiça, não são simplesmente intuitivos, mas antes resultam de uma *Bildung*, vinda tanto da tradição judaica e cristã como da grega e romana”. Diz o autor que “Separada desta história cultural, a regra do *maximin* [que identifica como característico da Teoria de Justiça de Rawls] perderia a sua caracterização ética” (RICOEUR, 1995: 85). RAWLS responde a crítica de que sua teoria de justiça como equidade, por abandonar o conceito de um fim comum ou uma moral comum que une toda a comunidade seria uma teoria individualista, em que cada cidadão agiria por si para atingir seus interesses privados. RAWLS diz que sua teoria abandona o sentido de comunidade como uma união de pessoas com uma mesma compreensiva doutrina moral, filosófica ou religiosa. Ela partiria do pressuposto de que “é preciso ver a unidade social de uma forma diferente: como decorrente de um ‘consenso de sobreposição’ sobre a concepção política de justiça. [...] nesse consenso, a concepção política é afirmada por cidadãos com possuem doutrinas compreensivas diferentes e conflitantes entre si, mas eles afirmam o consenso sob sua própria e diferente visão” (RAWLS, 2001: 198). Ainda em defesa de sua teoria de justiça, RAWLS defende que “os cidadãos querem cooperar politicamente uns com os outros de forma a satisfazer o princípio liberal da legitimidade, ou seja, que possa ser justificável publicamente para todos em linha com os valores políticos compartilhados” (RAWLS, 2001: 200) e propõe, uma reordenação dos princípios da justiça, cuja interpretação e análise deveriam seguir a seguinte ordenação léxica: “(a) Cada pessoa tem o mesmo direito inafastável a um completo e adequado esquema igual de liberdades básicas, cujo esquema seja compatível com o mesmo esquema de liberdade para todos; (b) Desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer a duas condições: primeiro, devem estar atreladas a cargos e posições abertas para todos em condições justas de oportunidade; e segundo, elas devem ser para o maior benefício dos membros menos favorecidos da sociedade (o princípio da diferenciação) (RAWLS, 2001: 42).

Sob uma perspectiva que nos parece intermediária, CASTANHEIRA NEVES sob o olhar de SOUSA escreve que a autonomia humana “comporta os valores fundamentais da solidariedade e da co-responsabilidade. Logo, o princípio ou a intenção da justiça aponta para o *ponto ótimo* da dialética entre essa autonomia pessoal e a comunidade”⁸³. E esse ponto ótimo “exclui tanto o radical individualismo, como o integral totalitarismo. O primeiro porque nega os outros e assim recusa a sociedade, o segundo porque rejeita a pessoa e consequentemente sua autonomia”⁸⁴. Segundo SOUSA, para Castanheira Neves, a “justiça, a igualdade, a segurança, a continuidade e a estabilidade constituem a ordem jurídica, que radica na comunidade e, consequentemente, no valor absoluto da autonomia humana”⁸⁵.

Sobre o acesso à justiça, temos que classicamente, esse direito foi analisado por CAPPELLETTI e GARTH, para quem ele “serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico — o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos”⁸⁶. Como bem descrevem os autores, o conceito passou de um direito meramente formal, em que o direito de ir aos Tribunais para obtenção do provimento jurisdicional era acessível somente àqueles que conseguiam arcar com seus custos, passando por três “ondas” evolucionárias, que buscaram dar maior efetividade ao direito geral de acesso à justiça: (i) a primeira onda buscou garantir acesso gratuito aos mais necessitados, (ii) a segunda, buscou a representação de interesses difusos e coletivos, e (iii) a terceira, mais ampla, visaria promover uma releitura do sistema de justiça, para endereçar as diferenças entre causas, trazendo um conceito inicial de adequação do método ao caso concreto, a que chamaram de “ênfase do acesso à justiça”⁸⁷.

Assim, com a terceira onda, o direito de acesso à justiça começa a ganhar contornos mais amplos do que o direito de acesso às cortes judiciais do Estado para obtenção de um provimento jurisdicional.

CANOTILHO diz que o “direito à tutela jurisdicional efetiva se concretiza fundamentalmente através de um processo jurisdicional equitativo — *due process*”⁸⁸.

⁸³ SOUSA, 2005: 243.

⁸⁴ SOUSA, 2005: 244.

⁸⁵ SOUSA, 2005: 245.

⁸⁶ CAPPELLETTI; GARTH, 1988: 8.

⁸⁷ CAPPELLETTI; GARTH, 1988: Capítulos III e IV.

⁸⁸ CANOTILHO, 2003: 433. Ademais, A tutela jurisdicional efetiva também é defendida por autores em Espanha, com fundamento no direito de liberdade dos cidadãos, na Constituição do Estado, bem como no Convênio de Proteção de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais e na Carta Europeia de Direitos Fundamentais, como ressalta GARÍN, 2019: 41-42.

PEDRO também posiciona-se no sentido de que ao tratar do acesso à justiça é necessário fazer uma leitura da Constituição que inclua “todos os meios que o Estado criou ou deva criar para a efetivação das situações juridicamente relevantes, de modo a garantir a inexistência de obstáculos ao tráfico jurídico e à manutenção da paz social”⁸⁹, o que incluiria as eventuais formas de composição não jurisdicional de conflitos criadas na forma da lei, conforme expressamente permitido pela CRP (art. 202.º Item 4⁹⁰).

No Brasil, onde a Constituição Federal também traz o direito fundamental de um acesso à justiça, WATANABE posiciona-se no sentido de que o acesso à justiça demandado deve ser entendido como um direito a uma ordem jurídica justa, através do estabelecimento de uma política pública que privilegie o “tratamento adequado dos conflitos de interesse”⁹¹, o que, em muitos casos, só pode ser alcançada através da participação efetiva das partes (ou comunidades, acrescentaríamos) na busca da solução do conflito, já que só elas conhecem, com precisão, suas “peculiaridades, suas necessidades e suas possibilidades”⁹².

WATANABE propõe assim, uma mudança da “cultura da sentença”, que entende direcionada a uma justiça focada em demasia na “solução dos conflitos” para uma “cultura de pacificação”, que terá por objetivo maior a pacificação das partes em conflito⁹³, o que poderá ser obtido através da inserção de métodos de solução consensual dos conflitos, capazes de servir como um filtro à litigiosidade e, por conseguinte, mas não como um objetivo a ser alcançado, resultará na redução de carga do judiciário e a recuperação de seu prestígio.

Sob a perspectiva do Direito Espanhol, GARÍN entende que, em linha com a persecução do interesse geral, a disponibilização de serviços de mediação para solução de conflitos poderia ser vista como um “serviço público”, prestado pela Administração diretamente ou por terceiros, por convênio, sendo também uma forma de materialização do acesso à justiça, que não se confunde com o direito de acesso aos Tribunais⁹⁴. A autora entende o princípio da boa administração, cujo fundamento legal estaria no art. 41.º da Carta dos

⁸⁹ PEDRO, 2016: 58.

⁹⁰ CRP, “Art. 202.º 4. A lei poderá institucionalizar instrumentos e formas de composição não jurisdicional de conflito”.

⁹¹ WATANABE, 2019: 86.

⁹² WATANABE, 2019: 82.

⁹³ WATANABE, 2019: 95 e WATANABE, 2005.

⁹⁴ GARÍN, 2019: 43.

Direitos Fundamentais da União Europeia⁹⁵, como um contributo para uma reconfiguração do direito de acesso à justiça e como um “direito à tutela efetiva da justiça”⁹⁶.

A boa administração aplicada aos tribunais imporia os conceitos de efetividade, eficiência e justiça na sua atuação e assim, como descreve ZUCKERMAN, a administração da justiça é efetiva quando decide de forma razoavelmente satisfatória, em um prazo razoável e mediante um investimento razoável por parte dos litigantes, é eficiente quando os recursos empregados pelos contribuintes e pelos litigantes são empregados de forma a maximizar a eficácia das decisões e é justa quando o sistema assegura que os recursos são distribuídos de forma equitativa entre os que litigam, bem como para aqueles que litigarão no futuro⁹⁷.

Como se vê, os valores de equidade no processo e adequação das formas vêm ganhando cada vez mais força, em substituição ao papel exclusivo do juiz decisor⁹⁸.

Quando tratamos de conflitos ambientais, o acesso à justiça, a uma “ordem jurídica justa” e efetiva ganha contornos ainda mais acentuados. O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é considerado um direito fundamental de 3ª geração, portanto, um direito fundamental de fraternidade e solidariedade, e o princípio 10 da Declaração do Rio, traz em seu trecho final a obrigatoriedade de que os países deem acesso efetivo a “mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que diz respeito à compensação e reparação de danos”. Por seu turno, tanto o art. 66.º da CRP⁹⁹ quanto o artigo 225.º da CFB¹⁰⁰ atribuem não só ao Poder Público, mas também à coletividade o dever de proteger e defender o ambiente.

Assim, quando o Poder Público deixa de prover o efetivo acesso à justiça que permita o exercício desse dever de proteger e defender o ambiente, é (ou deveria ser) natural e desejável que ele permita que a comunidade exerça a solidariedade plena e resolva problemas ambientais, que o Estado não conseguiu resolver.

⁹⁵ Art. 41.º “1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições, órgãos e organismos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável [...]”. CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPÉIA.

⁹⁶ GARÍN, 2019: 44. No mesmo sentido, CESAR, para quem além de um direito humano, o acesso à justiça seria “um elemento essencial ao exercício integral da cidadania, já que, indo além do simples acesso à tutela jurisdicional, não se limita ao mero acesso ao Poder judiciário” CESAR *apud* TRISTÃO, 2010: 26.

⁹⁷ ZUCKERMAN, 2007: 3.

⁹⁸ Aliás, a cultura da solução adjudicada, de cima para baixo refletiria as soluções de soma zero, na lógica do tudo ou nada, característico da teoria dos jogos, como descrita por NEWMANN e MORGENSTERN e aprofundada por NASH JUNIOR, enquanto que, a solução consensual, obtida por métodos como a conciliação e mediação, pressuporia soluções criativas e uma teoria de cooperação, para restabelecer o diálogo e devolver à comunidade a responsabilidade pela gestão de seus próprios dilemas. Para maiores detalhes sobre a teoria dos jogos e sua história, ver SARTINI *et. al.*, 2004.

⁹⁹ CRP “Art. 66.º Todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender”.

¹⁰⁰ CFB “Art. 225º. 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.”

Em observância ao preceito constitucional, nos parece que se o Estado é incapaz de dar respostas adequadas, justas e tempestivas às demandas sociais decorrentes de conflitos ambientais, a comunidade tem também o dever de suprir tal falha, cabendo, ao Estado, não obstar as iniciativas comunitárias para tanto.

Ocorre que, ao assumir o papel de Estado providência¹⁰¹, o Estado retirou da comunidade um dever que também lhe foi imposto. O excesso de proteção estatal – ou de tentativa de proteção estatal – a todo e qualquer problema social tem um efeito único – de criar na comunidade a falsa sensação de que só tem direitos em relação à proteção ambiental, o que não é verdade e em momento nenhum foi pretendido pelo Direito Ambiental.

Desde os primeiros instrumentos jurídicos editados, o dever da comunidade de proteção ambiental sempre existiu.

Para SCRUTON, é a comunidade e os “pequenos pelotões”, citando aqui Burke, que teriam as melhores condições de resolver os problemas ambientais, por uma preocupação natural com o seu lar e sua preservação, ao que denomina “*oikophilia*”¹⁰². E aqui se coloca a discussão sobre as soluções alternativas de conflito, alinhados com os primeiros princípios e tratados de direito internacional sobre o tema, em especial, o desenvolvimento sustentável¹⁰³.

Se a sociedade organizada gerou os Estados, por uma necessidade de estabelecer um monopólio sobre o uso da força¹⁰⁴ e como meio e medida de assegurar o exercício das liberdades individuais (direitos fundamentais de 1ª geração)¹⁰⁵, e se é titular tanto do direito quanto do dever de preservar e proteger o meio ambiente, tem também o direito e o dever de prover soluções adequadas à solução efetiva dos conflitos ambientais.

¹⁰¹ Segundo CHEVALLIER, o Estado Providência mina “os fundamentos nos quais a teoria do Estado de Direito estava assentado [por ser] um Estado investido da missão de satisfazer necessidades de todas as ordens, dos indivíduos e dos grupos”. Prossegue o autor que no Estado providência, ele é “levado a se intrometer nas relações sociais de toda natureza, sem se deixar deter por um princípio de liberdade do comércio e da indústria, que se tornou, com o passar dos anos, uma concha vazia”. E assim, faz surgir um “direito intervencionista”. CHEVALLIER, 2013: 80-82.

¹⁰² Segundo SCRUTON, “a melhor coisa que pode acontecer [quando se trata de política ambiental] é que as pessoas comuns, motivadas pelo antigo sentimento de *oikophilia*, decidam se associar como voluntários, no intuito de localizar o problema e resolvê-lo” SCRUTON, 2016: 203 a 226.

¹⁰³ Conceito que surgiu na Conferência de Estocolmo em 1986, mas foi finalmente cunhado no Princípio 4 da Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 1992, que dispõe: “A fim de alcançar o estágio do desenvolvimento sustentável, a proteção do meio ambiente deve constituir parte integrante do processo de desenvolvimento e não poderá ser considerada de forma isolada”. DECLARAÇÃO DO RIO SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO (1992).

¹⁰⁴ Para um maior detalhamento sobre as exceções ao exercício desse monopólio e uma análise detalhada sobre as hipóteses e fundamentos do exercício do uso da coação como um direito privado dos particulares, quando presentes certas condições, ver GONÇALVES, 2008: 780-784.

¹⁰⁵ Como expõem SUSTEIN e HOLMES, o direito do cidadão de mover uma ação judicial representa um “direito a usar o poder do Estado para dar efeito legal a um contrato privado”. Em outra passagem, os autores explicitam que “os direitos [individuais] constituem uma uniformidade cogente imposta pelo Estado e custeada pelo público”. SUSTEIN; HOLMES, 2019: 47 e 54.

Ademais, como veremos no Capítulo 3, as negociações para solução de conflitos sempre existiram. O que se pretende com a mediação nada mais é do que criar um mecanismo que permita resolver os conflitos reais, de forma abrangente e satisfatória, para promover a composição dos interesses e permitir uma convivência de longo prazo.

É interessante aduzir que o Superior Tribunal de Justiça brasileiro, recentemente, se pronunciou pela possibilidade de se configurar o “abuso processual”, nos autos do RE 1.817.845/MS¹⁰⁶. Em seu Voto-Vista, a Ministra Nancy Andrighi entendeu que a “transgressão sistemática da lei, da ética e da boa-fé processual, nesse contexto de privação que enfrentaram os recorrentes, não causa apenas um simples desconforto, mas, sim, gera angústia severa, descrédito nas instituições, repulsa generalizada e abalos dos mais variados matizes”¹⁰⁷.

O maior problema é que esse sentimento de descrédito nas instituições e repulsa generalizada, infelizmente, não é benefício dos recorrentes no caso em questão. A defesa irrestrita de um “acesso ao Judiciário”¹⁰⁸ e um afastamento da possibilidade de permitir às partes resolver seus próprios conflitos, aliado a um processo civil antiquado e que permite um número exacerbado de recursos, instrumentos, ações, e a uma falta de vinculação das cortes aos seus próprios precedentes ou precedentes de instâncias superiores leva exatamente a um tempo nada razoável de tramitação de processos e solução de problemas e a esse descrédito nas instituições.

E se, com a “terceira onda” do acesso à justiça, descrita por CAPPELLETTI e GARTH, passou-se a avaliar a adequação do método de solução do conflito, o acesso à justiça demandaria uma adaptação do processo ao tipo de litígio, conforme sua complexidade: se demandam resoluções mais urgentes ou mais detidamente analisadas, se envolvem partes entre as quais exista um relacionamento mais prolongado ou, ao contrário, haja somente contatos eventuais¹⁰⁹.

¹⁰⁶STJ - **REsp: 1817845** MS 2016/0147826-7 (2019). No caso, se comprovou que os recorridos usaram de diversos mecanismos processuais para retardar o cumprimento de sentença que assegurava a propriedade sobre um imóvel rural pelos recorrentes. Através do ajuizamento de múltiplas ações e recursos, os recorridos ilicitamente fizeram uso do imóvel rural dos recorrentes por mais de 14 anos, privando os reais proprietários do uso e gozo de seu imóvel. Se, por um lado, a decisão é boa e pode, num futuro distante, acabar resultando num retorno à moralização do processo e ao entendimento de que o processo é meio e não fim, por outro, a decisão só evidencia a incapacidade do Estado de endereçar adequadamente um conflito. Até a decisão, no caso, se passaram 39 anos sem que o Estado fosse capaz de prover a justiça de forma adequada.

¹⁰⁷ STJ - **REsp: 1817845** MS 2016/0147826-7 (2019).

¹⁰⁸ A opção por não usar a expressão “acesso à justiça” neste momento é proposital para afastar da noção de que a Justiça seria provida exclusivamente pelo Poder Judiciário.

¹⁰⁹ CAPPELLETTI; GARTH, 1988: 71-72. Ainda, MERÇON-VARGAS aduz que “se as atividades desenvolvidas por meio de técnicas consensuais de resolução de conflitos não se compõem das mesmas características essenciais da jurisdição, há certamente, sob o prisma teleológico, coincidência entre os escopos perseguidos”. Sob a perspectiva dos resultados alcançados, também a mediação e outros métodos autocompositivos denotariam “equivalência de propósitos em relação à atividade jurisdicional”. MERÇON-VARGAS, 2012: 21

Ainda neste capítulo, é necessário reconhecer que, normalmente, o que as partes submetem ao Poder Judiciário não é o conflito em si, mas somente uma parte dele¹¹⁰. Os conflitos existem, como visto no Capítulo 1, por divergências entre valores, mas normalmente, o que se submete à decisão do Poder Judiciário são somente os argumentos e documentos que cada uma das partes entende como mais favorável ao seu pleito. O problema é menor em países em que há o processo de *discovery*¹¹¹, na medida em que ambas as partes poderão demandar a produção de provas pelo adversário, mas nos países em que não há o procedimento, documentos que eventualmente favoreçam uma posição diversa são escondidos ou não submetidos à apreciação do juiz. Países em que o juiz só pode conhecer daquilo que lhe é apresentado, como é o caso do Brasil, potencializam ainda mais a seleção pré-litigiosa do que será apresentado, o que favorece não a solução do conflito, mas a sua ampliação, na medida em que se só uma parte do conflito é apresentada e se a solução adjudicada é de perde-ganha, a parte que perde vê aumentadas suas frustrações, mas também aquela que ganha, pode ter o sentimento de que poderia ter ganhado mais. E assim, essas frustrações podem gerar novos litígios e um sentimento de inadequação ou falha no provimento de “justiça”.

Pelo exposto, parece claro que o conceito de justiça deve ser distinto da forma como ela é buscada ou alcançada. Algo que se pretende justo não é obtido necessariamente por um só caminho. É uma qualidade que deve ser buscada por qualquer decisão ou acordo¹¹².

Seguimos o posicionamento de FERREIRA, que vendo identidade entre os pensamentos de D. Diniz, os “Founding Fathers”, redatores da Constituição norte-americana e a obra de RICOEUR, diz que “o valor Justiça deve ser identificado com a paz individual e social

¹¹⁰ NOLAN-HALEY ressalta que, no processo civil, os litigantes têm pouca oportunidade de se manifestar e expressar. NOLAN-HALEY, 2012b: 70. WINKLE faz uma analogia entre o processo judicial e um trem, em que a partir do momento em que os litigantes entram, eles só terão algumas poucas oportunidades de sair. WINKLE, 2001: p. 2 e ss..

¹¹¹ Apesar de que, por lá, surgem outros problemas, como a prática de deixar para essa fase processual a investigação real sobre o direito do cliente, os fatos do caso, resultando na movimentação da máquina em casos que muitas vezes seriam melhor resolvidos por formas alternativas. Sobre o tema, ver WINKLE, 2001: 7-8.

¹¹² Em dissertação de pós-graduação sobre os métodos alternativos de conflito às questões ambientais, TRISTÃO pondera que como a sociedade é que determina a evolução “dos acontecimentos, inclusive no âmbito jurídico” (p. 79) e que quanto maior a sua participação nessa determinação, mais democrática será” (p. 80), a “interpretação do que seja a efetivação do acesso à Justiça deve ser concretizado por mais atores do que somente o Poder Judiciário, inclusive porque tal direito é um valor conquistado pela sociedade” (p. 84). Assim, não haveria razão para restringir ao Poder Judiciário as questões ambientais “porque como o acesso à Justiça é um princípio constitucional, sua normatividade irradia-se para todo o ordenamento jurídico, devendo as normas serem interpretadas de acordo com ele” (p. 28). TRISTÃO, 2010: 79, 80, 84 e 28. Ainda, no entendimento de JOHNSTON, a visão cética de Trazímaco, no A República, de Platão, em textos de Nietzsche e outros, se basearia em uma “deturpação do conhecimento que se esquece[ria] que embora a ideia de justiça seja uma ferramenta criada e aperfeiçoada pelos seres humanos, ela, assim como outras ferramentas, não é infinitamente maleável, ao menos se quisermos que ela execute o tipo de tarefa para a qual foi criada”. JOHNSTON, 2018: posição 131.

como objetivo essencial de qualquer sociedade humana, digna desta expressão”¹¹³, sendo a “paz” a expressão da segurança, bem-estar, tranquilidade, felicidade e ética”¹¹⁴.

Confundir a justiça com as cortes judiciais nos parece o mesmo que confundir o Estado com o Direito¹¹⁵. E se o Direito não é o Estado e também não é a Lei, entendido o Direito, segundo Miguel Reale, como “fato, valor e norma”¹¹⁶, também a Justiça não é o Poder Judiciário. E assim como a identidade entre o Estado e o Direito levaram a atrocidades, não nos parece ser diverso o caminho de identificar a Justiça com o seu aplicador¹¹⁷.

Um dos problemas das decisões judiciais é a mesma levantada por COHEN, quando perguntou sobre o caso Enron “Quem audita os auditores?”¹¹⁸. Aqui, indagamos “quem julga os julgadores?”. Quem resolverá o conflito gerado por uma decisão final transitada em julgado injusta ou contrária aos interesses dos litigantes ou contrária à correta aplicação do Direito? O tema é bem tratado em PEDRO, que, vê na necessidade de responsabilização civil do Estado pelo mau funcionamento da administração da Justiça uma possível solução para o problema¹¹⁹.

De toda sorte, pensamos que a solução mediada, resultante em um acordo entre as partes poderá mesmo evitar as falhas do Poder Judiciário, tão corrente em temas ambientais e em temas que tratam de conflitos que contrapõem direitos fundamentais. Poderá ainda de forma satisfatória e, desde que observados certos pressupostos, permitir a realização da justiça, em sua concepção relacional, no sentido aristotélico de que só se é justo em relação ao outro ou à comunidade, já que o ser humano é um ser político e que se reconhece e exerce justiça através do relacionar-se com o outro¹²⁰.

A mediação não é, como veremos a seguir, uma verdadeira alternativa ao Poder Judiciário, já que uma violação ao acordo resultante da mediação deverá afinal demandar uma solução adjudicada. Entretanto, também como veremos, as soluções resultantes da mediação tendem a ser menos questionadas pelas partes, o que significa que o conflito se resolve em

¹¹³ FERREIRA, 2013: 19.

¹¹⁴ FERREIRA, 2013: 19.

¹¹⁵ Sabemos que o positivismo, levado ao extremo, criou essa identidade, mas sabemos também as consequências dessa equiparação.

¹¹⁶ REALE, 1994.

¹¹⁷ Valem aqui, contudo as ponderações feitas por Orlando Vitorino, no texto “O que pensar da Injustiça”, quando identifica o Direito ao seu formalismo e que “se fecha sobre si-mesmo num sistema tão bem delineado que, em face do que é potencial não assume senão a sua forma, ou virtualidade, e que em face do que é real não aceita senão a sua forma, ou efectividade [e que, portanto] não pode dar garantias de realidade”. VITORINO, Ano.

¹¹⁸ COHEN, 2002.

¹¹⁹ PEDRO, 2016.

¹²⁰ “Pelos atos que praticamos em nossas relações com os homens nos tornamos justos ou injustos”. Em outra passagem, “chamamos de justos aqueles atos que tendem a produzir e a preservar, para a sociedade política, a felicidade e os elementos que a compõem”. E “essa forma de justiça é, portanto, uma virtude completa, porém não em absoluto e sim em relação ao nosso próximo [...] se diz que a justiça, entre todas as virtudes, é o ‘bem do outro’, visto que se relaciona com o nosso próximo” ARISTOTELES, 1933: 26, 92-93, respectivamente.

definitivo antes e sem que haja qualquer necessidade de submetê-lo a um terceiro que “dirá o Direito” para “solucionar” o caso.

3 - A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE SOLUÇÃO ALTERNATIVA DE CONFLITO

Após apresentarmos os conceitos relacionados ao conflito, o bem ambiental e o acesso à justiça, que consideramos relevantes para a análise sobre a possibilidade de aplicação da mediação à solução dos conflitos ambientais, é tempo de nos debruçar sobre a mediação.

Assim, neste capítulo, apresentaremos em mais profundidade a mediação, enquanto método de solução de conflitos, partindo de sua definição, seus elementos caracterizadores, os prós e contras de seu uso para a solução de conflitos em geral.

3.1 - Definição do método

A mediação pode ser entendida como um método, um instrumento ou uma forma de solução de conflitos¹²¹. Como tal, não é um fim em si mesmo, mas um processo ou procedimento usado para se atingir um determinado fim.

Assim como o processo judicial tem natureza jurídica procedimental, cujo objetivo é permitir às partes que a ele se submetem alcançar o fim de provimento de justiça (idealmente), a mediação também é um procedimento, que conta com seus ritos, burocracias e metodologias próprios.

Partindo de uma análise histórica, GILISSEN leciona que mesmo nos povos sem escrita, organizados em etnias¹²², a “justiça interclânica”, cujo objetivo era resolver disputas entre clãs distintos, se fundava na tentativa de conciliação entre as partes “por meio de longas negociações em vez de decidir o litígio aplicando as regras ou princípios”¹²³. Apesar de o autor chamar esse tipo de solução de litígio de arbitral, vemos na descrição mais as características de uma mediação do que de uma arbitragem, justamente por não retratar uma solução adjudicada, de cima para baixo, mas uma solução resultante do diálogo e negociação, com o auxílio de um ou mais terceiros, facilitadores da negociação em andamento.

¹²¹ Alguns autores fazem a distinção entre a mediação endoprocessual e a mediação privada, sendo a primeira a que ocorre no curso de um processo, por determinação ou recomendação judicial e a segunda, a mediação que ocorre antes da existência de um processo. A distinção é relevante para alguns aspectos previstos na LM portuguesa e, em especial, sobre a exequibilidade do acordo. Voltaremos ao tema sempre que oportuno. Em todo caso, para breves considerações sobre o tema, ver MUÑOZ, 2009: 72.

¹²² Que, segundo o autor seria uma comunidade que congrega diversos clãs, que tem nome e memória comuns, uma consciência de grupo e expressão cultural comum.

¹²³ GILISSEN, 1995: 43.

Na análise do direito canônico, GILISSEN informa que segundo as Epístolas de São Paulo, em caso de desacordo entre os cristãos, estes deveriam procurar a conciliação e somente se o acordo não fosse encontrado, se deveria recorrer à arbitragem da comunidade cristã¹²⁴. A conciliação e negociação entre os envolvidos, portanto, deveriam necessariamente preceder à procura por uma decisão adjudicada¹²⁵.

MOORE também nos apresenta uma perspectiva histórica do uso da mediação e informa que as comunidades judaicas, em tempos bíblicos usavam “a mediação, praticada por líderes religiosos e políticos, para resolver diferenças da vida civil e religiosa. Depois, na Espanha, Norte da África, Itália, Europas Central e do Leste, Império Turco e o Oriente Médio, rabinos e cortes de rabinos desempenharam um papel relevante na mediação e adjudicação de disputas entre membros de sua fé”¹²⁶. Segundo o autor, a forma de solução de conflitos de tradição judaica foi passada também para as comunidades cristãs. O autor descreve Jesus Cristo como o ‘mediador supremo’ entre Deus e os homens¹²⁷.

Na Idade Média, segundo MOORE, o Clérigo atuava na mediação de conflitos familiares, crimes e disputas diplomáticas. Guildas, associações específicas também atuavam como mediadores na solução de conflitos entre seus membros¹²⁸.

Em que pese sua origem na História antiga, a mediação ganhou força, no final do século XIX¹²⁹, nos Estados Unidos, tendo se desenvolvido, especialmente, em três escolas. A primeira delas, e mais conhecida, é a escola de negociação de Harvard, que tem como referências, os livros “*Getting to Yes: negotiating agreements without giving in*”, de FISHER e URY e revisado por PATTON e “*Breaking the Impasse: consensual approaches to resolving public disputes*”, de SUSSKIND e CHUIKSHANK¹³⁰.

¹²⁴ GILISSEN, 1995: 139.

¹²⁵ É interessante destacar que em algumas jurisdições, a intenção de submissão dos litígios à mediação como uma medida necessariamente antecedente à submissão às cortes vem sendo implementada nos dias atuais, como informa MERÇON-VARGAS, que alguns países como Itália, Argentina e Alemanha instituíram a mediação como obrigatória para determinados tipos de litígio, sendo “condição de procedibilidade da demanda judicial”. Ver MERÇON-VARGAS, 2012: 25.

¹²⁶ Tradução livre. MOORE, 2014: 62.

¹²⁷ MOORE, 2014: 62.

¹²⁸ MOORE, 2014: 63.

¹²⁹ Sobre o surgimento das discussões acerca das soluções alternativas de conflito, GOUVEIA reporta sua ligação com o movimento norte-americano intitulado “Critical Legal Studies”, surgido no final da década de 60 a partir da “constatação de que o Direito não era um saber neutral (como a Física ou a Matemática), mas carregado de ideologia e programa” e a partir daí, se conceberia a “insuficiência dos mecanismos oficiais de aplicação do Direito (legislado) e promove-se o conhecimento e a *reintegração* de mecanismos comunitários de justiça” (grifos nossos). GOUVEIA, 2019: 28-29.

¹³⁰ As outras escolas são descritas por SAMPAIO *et. al.* como sendo a escola transformativa, de que são expoentes os professores Bush e Folger, muito usada na mediação escolar e penal com jovens infratores no Brasil e a escola circular-narrativa, de que são expoentes Cobb e Suares, cuja visão associada à psicologia social. SAMPAIO *et. al.*, 2016: 46-47.

As bases fundamentais da escola de negociação de Harvard, muito usada como guia para mediações que ocorrem pelo mundo, é “não negociar sobre posições¹³¹”, mas buscar os reais interesses de fundo, o que só se alcançaria quando, com ou sem a ajuda de um mediador, as partes conseguissem ver as pessoas além dos problemas. Ou seja, quando conseguissem focar no relacionamento que existe entre elas além da disputa; nos interesses reais de cada lado, que não correspondem necessariamente ao que elas disseram ou apresentaram como suas posições no momento inicial do confronto. A solução, assim, só seria atingida quando, com ou sem a ajuda do mediador, as partes conseguissem construir soluções para atender aos seus reais interesses, pelo uso de critérios objetivos e diretos¹³².

Segundo MOORE, a prática moderna da mediação se institucionalizou e expandiu principalmente nas últimas quatro décadas. O autor atribui o fato a uma série de fatores, dentre eles: (i) ao crescimento e maior reconhecimento dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana, (ii) à expansão das aspirações por uma participação democrática em todos os níveis sociais e políticos, (iii) à crença de que os indivíduos têm o direito de participar e tomar o controle das decisões que afetam suas vidas, (iv) ao apoio ético às decisões privadas; (v) a tendências, em alguns locais, a uma maior tolerância à diversidade em todos os aspectos; (vi) além de uma crescente insatisfação com as decisões de cima para baixo de autoridade e com acordos impostos que não endereçam os interesses genuínos e mais fortemente sentidos pelas partes. Outro fator lembrado seria os custos cada vez mais altos (em dinheiro, recursos humanos e danos a solidariedade interpessoal e comunitária) de procedimentos mais adversariais e em sistemas ganha-perde das soluções de conflitos.^{133 134}

Quanto à sua definição, a mediação pode ser descrita como um método de solução autocompositiva, cooperativa e consensual, em que, através de um terceiro, que atua como um

¹³¹ Ou “pretensões jurídicas” como esclarece GOUVEIA, 2019: 44.

¹³² Para um detalhamento maior sobre o método, ver FISHER; URY; PATTON, 2011: 17-96.

¹³³ MOORE, 2014: 69.

¹³⁴ CLARKE e PETERSON se apoiam na definição de cultura trazida por LeBaron e Pillay, para quem qualquer conflito, inclusive os ambientais, devem ser analisados e entendidos em três dimensões (material, simbólico e relacional) que se relacionam intrinsecamente com a cultura. Por conseguinte, os autores propõem que qualquer solução ou gestão de conflito ambiental só será bem-sucedida se endereçar todas estas três dimensões, sendo que as dimensões simbólica e relacional só devem ser endereçadas com a construção (ou reconstrução) do relacionamento entre as partes e grupos, o que ocorre tipicamente nas soluções não adjudicatórias, como a mediação. A dimensão material corresponderia ao aspecto concreto do conflito, seu objeto material, enquanto que a dimensão simbólica representaria o significado atribuído a ele pelas partes em conflito, seus valores, sua identidade e visão de mundo e a dimensão relacional é a que vincula uma parte a outra. LEBARON; PILLAY *apud* CLARKE e PETERSON, 2016: 26-28.

facilitador do diálogo¹³⁵, e ao final de um número específico de sessões, as partes alcançam (se a mediação for bem-sucedida) um acordo sobre as causas de seu conflito¹³⁶.

SPENGLER entende que o termo “evoca o significado de centro, de meio, de equilíbrio”¹³⁷, em que o mediador, posicionando-se entre as duas partes, facilita e restaura o diálogo¹³⁸.

Para BONAFÉ-SCHMIDT, a mediação seria uma “justiça doce”, e mais que uma nova forma de prover justiça, um “novo modelo de regulação social”¹³⁹.

CEBOLA define a mediação por sua origem e resultado, natureza e função e a compreende como uma metodologia “contratual em sua origem e resultado, privada em sua natureza, e autocompositiva e não adversativa ou adversarial, em sua função”^{140 141}.

Para DAVID, a mediação é o único método de solução de conflitos que busca se distanciar da aplicação da “letra fria da lei”, que nem sempre atende a necessidade das partes¹⁴².

Diz-se que a mediação é bem sucedida quando, através das técnicas empregadas pelo mediador, as partes conseguem conversar a respeito dos reais motivos do conflito, ao invés de suas “posições”¹⁴³. Ou seja, quando conseguem ver e analisar profundamente as causas que as levaram ao conflito e, em conjunto, de forma criativa, constroem uma solução, não para aquilo que inicialmente apresentaram como objeto de divergência (“posições” eivadas de emoção e que passaram pela peneira dos argumentos mais fortes para a disputa), mas para os motivos reais que às levaram a adotar suas posições¹⁴⁴.

Das definições acima, há elementos que merecem aprofundamento:

¹³⁵ A capacidade de interferência do mediador, o papel mais neutro ou mais ativo que desempenha, varia conforme a escola seguida.

¹³⁶ A mediação integra as chamadas soluções alternativas de conflito, que incluem também a negociação, a conciliação e a arbitragem. Optamos por não trazer aqui a distinção entre esses métodos, tratando exclusivamente da mediação. De toda forma, para uma análise dos demais métodos, por todos, ver GOUVEIA, 2019.

¹³⁷ SPENGLER, 2016: 179.

¹³⁸ A autora busca em Habermas a *ratio* da mediação, por considerar que o autor proporia uma forma consensual e dialógica de formação do Estado. SPENGLER, 2016: 177.

¹³⁹ BONAFÉ-SCHMIDT, 1992: 175.

¹⁴⁰ CEBOLA, 2011: 169.

¹⁴¹ Sobre a natureza privada, não concordamos com a autora, na medida em que em alguns países, como no Brasil, começa a surgir uma mediação de natureza pública, em que os mediadores são integrantes do Estado e um passo anterior ao processo.

¹⁴² DAVID, 2016.

¹⁴³ A ideia é desenvolvida pela escola de Harvard. Ver FISHER; URY; PATTON, 2011: 19-41.

¹⁴⁴ PORTOCARRERO diz que “na mediação, não importa saber quem tem razão, juridicamente, antes procurar resolver os problemas que estão subjacentes ao surgimento do litígio” e referencia citação de MARTELLO, para quem “o acordo é são e tem longevidade tão só se o confronto entrou nas razões do conflito, não se deteve no direito, percorreu todos os interesses e, no final, conseguiu alcançar a vontade livre e consciente das partes, assumindo e cingindo, entre outros, o melhor vestido jurídico possível” PORTOCARRERO, 2019: 215.

3.1.1 - Autocomposição

Primeiro, há a composição, que se contrapõe à adjudicação. Assim, busca-se a composição entre as partes e não a decisão sobre o que é certo e errado¹⁴⁵.

Segundo CENTEMERI e CALDAS, a composição importa na concordância obtida através da deliberação e de “sucessivas redefinições da situação de tomada de decisão”¹⁴⁶ em que critérios e valores são “conversados”¹⁴⁷.

Sob a perspectiva psicológica, para ROCHEBLAVE-SPENLÉ, “se o homem é o único ser vivo a conhecer tantos conflitos e mesmo, por vezes, a cria-los, é também o único a poder resolvê-los num sentido evolutivo, graças à organização ao mesmo tempo complexa e unificadora de seu ego e à sua capacidade de conscientização”¹⁴⁸.

Nos parece que a ética da responsabilidade proposta por JONAS¹⁴⁹ tem relação intrínseca com a natureza autocompositiva da mediação¹⁵⁰. Se as partes devem construir juntas uma solução para seus problemas, sem depender de uma solução atribuída por um terceiro, elas precisam agir da forma “correta”, respeitosa, e “de medo e esperança” sobre o outro¹⁵¹.

Para CEBOLA, a autocomposição traduz-se na capacidade de as próprias partes em conflito serem as responsáveis pela sua solução. São os “mediados os autores e responsáveis pela solução do conflito”¹⁵², diz a autora.

Assim, a tônica da mediação enquanto método, está no fato de as partes mediadas protagonizarem tanto as discussões quanto a solução alcançada, diferenciando-se dos métodos entendidos como heterocompositivos, em que um terceiro soluciona o conflito. Na mediação, o terceiro não impõe qualquer resposta. São as partes que, em conjunto e na presença desse terceiro posicionado de forma equidistante entre elas, constroem a solução de seus problemas, seu litígio e, em última análise, de seu conflito¹⁵³.

¹⁴⁵ Sobre os confrontos “certo-errado” e sua aplicabilidade aos conflitos ambientais, CAPLAN diz que “mesmo quando se tem pleno entendimento entre os participantes sobre as realidades da disputa, o que eles consideram ser o ‘bom’ desejável é puramente individual” E prossegue, “usualmente, o elemento principal de um conflito se relaciona com os valores de cada um dos lados opostos e as informações acuradas e precisas é somente uma das razões pelas quais tais valores se justificam”. CAPLAN, 2010: 65 e 66-67.

¹⁴⁶ CENTEMERI; CALDAS, 2016: 232.

¹⁴⁷ CENTEMERI; CALDAS, 2016: 232.

¹⁴⁸ ROCHEBLAVE-SPENLÉ, 1974: 151.

¹⁴⁹ JONAS, 2006.

¹⁵⁰ No mesmo sentido, de que a autonomia de vontade, corolário da mediação, tem relação intrínseca com a responsabilidade, ver TAVARES, 2014: 209.

¹⁵¹ Tal forma de agir tem especial impacto sobre o necessário equilíbrio entre as partes, que será tratado no Capítulo 3.2.3, para a mediação em geral, e Capítulo 4.1.1.3, para a mediação ambiental.

¹⁵² CEBOLA, 2011: 194.

¹⁵³ Essa equidistância se reflete na forma como o mediador age no processo. Segundo CAMPOS, ele “observa, escuta e questiona e, se necessário, enuncia assertivamente princípios”. CAMPOS, 2018: 13

3.1.2 - Cooperação

A cooperação se antagoniza com a competição e a divergência, a controvérsia. Na mediação, as partes precisarão agir juntas para encontrar uma solução para a sua disputa, ao invés de buscar derrotar o seu oponente.

AXELROD parte da teoria dos jogos, em especial o dilema do prisioneiro, para concluir que a cooperação seria a tendência natural nas inter-relações sempre que presentes os seguintes elementos: (i) a cooperação se basear em reciprocidade e (ii) houver uma perspectiva realista de as partes envolvidas se reencontrarem no futuro¹⁵⁴.

O autor demonstra, através do estudo de experimentos e simulações do dilema do prisioneiro feitas em computador, que, quando presentes tais elementos, a cooperação iniciada em pequenos grupos que estejam preparados para retribuir cooperação tende a se espalhar e prevalecer, mesmo em um mundo em que ninguém mais atue de forma cooperativa.

Segundo seus experimentos, mesmo se esse pequeno grupo se comportar de maneira diferente quando está agindo entre seus membros ou com os não membros, o fato acaba “convencendo” os não membros, resultando na propagação da conduta cooperativa e da proteção mútua contra os ataques dos “outsiders”.

Em seu livro, AXELROD demonstra que o fenômeno independe da racionalidade entre os participantes, de conversas ou acordos ou qualquer relação de confiança preestabelecida¹⁵⁵. Baseando-se na premissa de que, em termos evolucionários, prevalece o princípio de que quem tem mais sucesso tende a aparecer com cada vez mais frequência, o autor entende que “o fundamento da cooperação não é a confiança, mas a durabilidade do relacionamento”¹⁵⁶.

Se a cooperação é, como diz o autor, a evolução natural do conflito, a mediação nos parece capaz de acelerar o processo, reduzindo perdas de lado a lado.

Segundo CEBOLA, esse caráter cooperativo e, portanto, não adversativo, é “consequência do uso do diálogo como via para resolução do conflito que potencializa as

¹⁵⁴ AXELROD, 2006: 173.

¹⁵⁵ AXELROD, 2006: 173-174.

¹⁵⁶ AXELROD, 2006: 182. Interessante notar que, se pensarmos em termos psicológicos da evolução humana, será possível chegar à mesma conclusão. Como nos ensina GALVÃO, para Wallon, o desenvolvimento da criança é impulsionado por conflitos. Aos 3 anos, com a consciência do “eu” se iniciam os conflitos interpessoais, que é uma busca pela afirmação de sua independência, um “expulsar do eu o não-eu”, esforçando-se para ter o papel de “vencedor”. Mas, no momento seguinte, a criança passa a uma fase de sedução (a fase da graça), que se inicia por volta dos 4 anos de idade. GALVÃO, 1995: 42, 54 e 119. A partir daí, sua capacidade de comunicação se amplia e ela passa a verbalizar suas necessidades. Os conflitos passam a ser solucionados verbalmente e não mais de forma corporal.

habilidades de autoregulação dos cidadãos que assumem a responsabilidade pela tomada das decisões em relação aos problemas jurídicos de sua vida pessoal e social”¹⁵⁷.

Nas palavras de SPENGLER, os métodos não adversais de solução de conflito, como é o caso da mediação, “conclamam a responsabilidade dos agentes em um trabalho de resolução”¹⁵⁸. Isto porque, serão as partes (ou os agentes) que construirão o acordo e as bases para a continuidade daquele relacionamento¹⁵⁹.

SPENGLER vê no direito fraterno, idealizado por Eligio Resta¹⁶⁰, as bases da mediação, vista como um “salto qualitativo para superar a condição jurídica da modernidade, que vem baseada no litígio e possuindo como escopo objetivo idealizado e fictício, como é o de descobrir a verdade que não é outra coisa que a implementação da cientificidade como argumento persuasivo”¹⁶¹.

Não concordamos totalmente com SPENGLER quando ela diz que a função jurisdicional de “descobrir a verdade” seja problemática porque “a verdade” seria imaginária, uma mera ficção ou que não se pode “predizer o real”. Nos parece que as dificuldades de o Poder Judiciário apresentar uma decisão que reflita “a verdade”, não decorrem de sua inexistência, mas do fato de que ela não se apresenta a julgamento. Nos parece que o problema está mais relacionado a uma falha de processo. Como se verifica na prática forense, as informações apresentadas em juízo nunca são completas, pois sempre haverá uma decisão prévia, pelas partes e seus assessores jurídicos, em só apresentar aquilo que lhe aprouver, lhe for mais favorável ou puder se provar. A verdade, se não for passível de prova, não importa na prática forense. Assim, não nos parece que a função do Judiciário, na prática, seja de dizer ou encontrar a verdade, mas tão somente de escolher, dentre teses, documentos e argumentos apresentados, o que melhor se coaduna com a sua própria interpretação do Direito. E aí, nos parece, estar a raiz da maioria dos problemas do Judiciário.

Similar parece ser o entendimento de BACOW e WHEELER, para quem o litígio e a solução adjudicada criariam uma ilusão de “verdade”, e a prova de que se trata de uma ilusão seria a previsão legal e o uso costumeiro de diversos recursos e instâncias de revisão. Entendem os autores que a principal distinção entre a mediação e as soluções adjudicadas é o fato de que

¹⁵⁷ CEBOLA, 2011: 194-195.

¹⁵⁸ SPENGLER, 2016: 120.

¹⁵⁹ CROWFOOT e WONDELLECK informam que o esforço de colaboração para a solução do problema está no coração do “environmental dispute settlement”, que, para os autores se contrapõem à solução adjudicada e englobam a mediação ambiental. CRAWFOOT; WONDOLLECK, 1990: 20.

¹⁶⁰ RESTA, 2005: 82-83.

¹⁶¹ SPENGLER, 2016: 155.

a primeira permite uma acomodação dos interesses em conflito e força as partes a reconhecer a legitimidade dos interesses do outro lado¹⁶². Tratemos desses pontos a seguir.

3.1.3 - Consenso

A mediação é consensual em relação ao processo e ao resultado. O consenso se contrapõe ao dissenso e a uma postura opositiva entre as partes, característica de métodos adjudicatórios, em que cada parte usa suas armas para derrotar o oponente¹⁶³.

Ao revés, o consenso é anuência. E a anuência decorre de uma visão de ganhos mútuos, de cooperação e de composição de interesses.

Segundo SPENGLER, o consenso teria como fundamentos “três ideias essenciais – escolha, confiança e razão –, que constituem juntas o sinal de união entre os homens, de um comprometimento nascido de razões comuns e, sobretudo, de uma prática inerente à democracia moderna”¹⁶⁴. A autora vê na busca pelo consenso, a melhor forma de se concretizar a democracia como elemento capaz de “gerir os desacordos/conflitos, permitindo que uma ação/relação comum se realize”¹⁶⁵.

O consenso é da essência da mediação, desde o início, na decisão de se submeter ao processo, até sua conclusão, pelo acordo¹⁶⁶.

No direito internacional, ao tratar conflitos entre países ou blocos de países, MERRILLS diz que enquanto uma das partes (no caso, um dos Governos em disputa) entende que o momento de *compromise* (assumir um compromisso, uma obrigação) não chegou ou enquanto ele crê que pode vencer a disputa, a mediação não terá lugar¹⁶⁷. Ao revés, elementos como a busca por projetar uma imagem de razoabilidade política, uma expectativa de sucesso na negociação, uma impossibilidade de seguir com a disputa, quando a disputa chega a tal ponto

¹⁶² BACOW; WHEELER, 1984: 364.

¹⁶³ Tais armas, como já frisamos acima poderão ser, por exemplo, ocultar informações relevantes sobre o caso, selecionar palavras e argumentos.

¹⁶⁴ SPENGLER, 2016: 224. No mesmo sentido, KLUNK diz “O diálogo mostra-se o caminho mais coerente na solução dos conflitos ambientais. A transformação social através da reflexão e da assunção de responsabilidade dos sujeitos frente ao meio em que vivem pode ser alcançada com a abertura do processo decisório para toda a coletividade” KLUNK, 2017: 22. Também SALES e RABELO viam na mediação uma das formas de exercício de uma cidadania efetiva, que, por sua vez, fortalece a democracia. Segundo as autoras, “No momento em que a pessoa participa da solução de seus próprios conflitos, está contribuindo para o exercício da cidadania, e sabe-se que o *processo de democratização* pressupõe a existência de cidadãos ativos SALES; RABELO, 2009: 82 e 87.

¹⁶⁵ SPENGLER, 2016: 224.

¹⁶⁶ Um movimento por uma obrigatoriedade velada às partes para se submeter à mediação foi, inclusive, apontada por NOLAN-HALEY como o principal motivo de a mediação ter ido para uma “era sombria”. A autora entende que a forma de resgate da prática da mediação e retorno dela às suas origens e aos benefícios que apresenta está intrinsecamente ligada com o resgate do elemento consensual e o exercício pleno da voluntariedade pelas partes. NOLAN-HALEY, 2015: 737 e 740.

¹⁶⁷ MERRILLS, 2018: 30.

que as partes se veem obrigadas a rever suas políticas, ou quando o risco de prosseguir é maior que o custo de encerrar a disputa; podem motivar as partes a adotar o método¹⁶⁸.

Para CEBOLA *et. al.* o consenso é o elemento principal na mediação ambiental¹⁶⁹. Segundo as autoras, o consenso seria a busca por uma “solução construída coletivamente com base nos interesses dos *stakeholders* de forma dialógica, em que todos os envolvidos se revejam e considerem como sendo a melhor solução dadas as circunstâncias concretas existentes”¹⁷⁰.

3.1.4 – O acordo como resultado

Uma das grandes diferenças entre o processo judicial e a mediação está no seu fim. O resultado de um processo judicial é invariavelmente uma decisão, enquanto, na mediação (bem sucedida), o resultado é um acordo entre as partes.

A natureza contratual, que materializa o consenso descrito no capítulo anterior, está presente desde a instauração do método e na decisão das partes por sua continuidade. Como adverte CEBOLA, a mediação prossegue enquanto as partes consentem com ela. Se qualquer das partes optar por não mais prosseguir com a negociação, a mediação se encerra¹⁷¹.

Fazendo uma análise sob a perspectiva das teorias de Estado, SCRUTON, diz que “os contratos são paradigmas de obrigações conscientemente escolhidas – que não são impostas, ordenadas ou forçadas, mas livremente adotadas. Por isso, quando a lei é fundada num contrato social, a obediência à lei é simplesmente o outro lado da escolha. Liberdade e obediência são a mesma coisa”¹⁷².

Assim, se através da mediação, as partes conseguem, de fato, alcançar um compromisso satisfatório para ambas ou que representa compromissos que ambas entendem factíveis, o nível de satisfação pessoal de cada uma delas com o resultado aumenta, aumentando também as chances de cumprimento do compromisso ajustado.

Para FISHER, URY e PATTON, um “acordo sábio seria um que alcança o máximo dos interesses legítimos de cada lado, resolve os interesses conflitantes de forma justa, é durável e leva em consideração os interesses comunitários”¹⁷³.

BOYRON, por seu turno, vê na teoria da norma jurídica de François Ost e Michael de Kerchove e na dinâmica entre as três lentes da validade da norma jurídica, um *insight* para

¹⁶⁸ MERRILLS, 2018: 31-32.

¹⁶⁹ Objeto deste trabalho e que será explorado em maiores detalhes no Capítulo 4.

¹⁷⁰ CEBOLA *et. al.*, 2020: 37. Falaremos mais sobre o consenso, sob a perspectiva da voluntariedade, nos Capítulos 3.2.1. e 4.1.1.2, a seguir.

¹⁷¹ CEBOLA, 2011: 169.

¹⁷² SCRUTON, 2016: 201.

¹⁷³ FISHER, URY e PATTON, 2011: 4.

a forma como devem ser vistas a mediação e o acordo dela resultante. As três lentes de validade seriam: uma validade formal, correspondente à legalidade, uma validade empírica, ou efetividade e uma “meta validade”, correspondente a legitimidade¹⁷⁴. A autora entende que o processo de mediação e a obtenção do acordo devem ser analisados primeiro sob os prismas da efetividade e da legitimidade. Só quando surge a necessidade de que o acordo resultante da mediação se torne eficaz, ou seja, para executá-lo, é que sua legalidade deve ser avaliada. A análise precoce da legalidade ou da “validade formal” comprometeria justamente a construção criativa, efetiva e legítima do acordo, que são os grandes benefícios da mediação¹⁷⁵.

Quando a eficácia do acordo está condicionada ao crivo do Judiciário, o processo se torna burocrático, resultando na perda de certos benefícios da mediação como a sua informalidade e a possibilidade de construção de soluções alternativas. Se os acordos firmados não forem eficazes de plano, nos parece que o fato poderá ser um desincentivo ao uso do método, especialmente, se a homologação importar em um processo longo e demorado.

Assim, filiamo-nos à autora quanto à necessidade de que a eficácia do acordo não seja perquirida *a priori*, sob pena de retirar do processo algumas de suas características mais interessantes. Nos parece que o melhor formato é o de haver, no mínimo, uma presunção de legalidade do acordo, sendo que, idealmente, ele deveria ter força executiva, afastada só excepcionalmente, se provada a inobservância dos requisitos de validade do processo ou se, de fato, o acordo resultante violar frontalmente a ordem pública, impuser obrigações impossíveis, ilegais ou restritas pelo regime jurídico do país onde deva ser executado¹⁷⁶.

Sob a perspectiva do direito norte-americano, BACOW e WHEELER informam que a problemática do cumprimento do acordo tem início durante as negociações. Segundo os autores, além de confiar nas pessoas que estão do outro lado do conflito, as partes sustentam uma preocupação de parecer confiável umas para as outras¹⁷⁷. A construção da confiança afeta

¹⁷⁴ BOYRON, 2007: 285.

¹⁷⁵ BOYRON, 2007: 285. A questão é especialmente interessante se combinada com a avaliação da autora sobre os tipos de eficácia atribuídos aos acordos resultantes da mediação em França, Alemanha e Inglaterra. Ela descreve três formas de atribuição de eficácia aos acordos de mediação e cada um desses países teria adotado uma delas. A Alemanha teria atribuído aos acordos de mediação força equivalente às sentenças judiciais, caso em que os acordos seriam executáveis de plano. A Inglaterra teria atribuído ao acordo de mediação, a eficácia de um contrato, significando isto que disputas relativas ao seu conteúdo poderiam ser submetidas a Juízo. A autora ressalva, contudo, que, na prática, os juízes ingleses têm atribuído uma força maior que a de um contrato e restringindo sua interferência nos acordos firmados através da mediação. A terceira forma seria adotada pela França, que requer a homologação do acordo de mediação, para que este tenha eficácia perante terceiros. Nesse caso, ressalta a autora, que na análise do processo de homologação, o juiz pode opinar sobre a validade jurídica do contrato e se, eventualmente este versar sobre matéria de ordem pública, poderá anular o acordo (BOYRON, 2007: 284).

¹⁷⁶ Veremos, mais a frente, como a legislação portuguesa tratou do tema.

¹⁷⁷ BACOW e WHEELER, 1984: 126.

diretamente o sucesso do acordo e a forma como as partes negociam. Se uma delas não confiar no seu oponente, dificilmente porá à mesa todos os elementos de seus interesses¹⁷⁸.

Os autores analisam os tipos de acordo e a probabilidade de cumprimento ou descumprimento de cada tipo. Para eles, os acordos firmados entre partes que manterão um relacionamento prolongado no tempo são mais facilmente cumpridos do que aquele em que as partes negociarão uma única vez e não mais se encontrarão¹⁷⁹. Também apontam que há um maior desconforto quando o cumprimento das obrigações não é simultâneo e uma parte precisa cumprir sua obrigação em contrapartida à uma promessa pela outra parte de cumprimento de sua obrigação no futuro. Mais fácil é o acordo em que as partes cumprem suas obrigações imediatamente ou assumem mutuamente obrigações de fazer futuras¹⁸⁰.

Ainda sobre a eficácia dos acordos, dizem BACOW e WHEELER, que como qualquer contrato, os acordos obtidos por mediação contêm (e devem conter) cláusulas de solução de disputas e diferenças interpretativas. Assim, poderão prever a submissão de divergências sobre seu conteúdo à arbitragem ou ao judiciário. Para os autores a submissão das disputas à arbitragem tende a estimular as partes a resolverem a disputa entre si¹⁸¹.

Como se vê, da leitura dos mecanismos descritos pelos autores, nota-se que eles não são diferentes daqueles estabelecidos para qualquer contrato entre partes que prevejam obrigações futuras. Contratos financeiros, bancários, contratos de fusões e aquisições e diversos outros, contemplam não um, mas vários dos mecanismos descritos pelos autores de forma combinada e coordenada. E independentemente das formas estritamente contratuais de promover o cumprimento, fato é que em um bom contrato, que se pretenda exequível, nunca faltará uma cláusula de foro, em que as partes acordem sobre para qual tribunal será submetida uma disputa (agora, não mais o conflito originário entre as partes, que foi resolvido pela mediação, mas) sobre os termos estritos do contrato e das obrigações assumidas através dele.

BACOW e WHEELER partem do pressuposto de que o acordo resultante da mediação tem natureza contratual e, nessa medida, terá a eficácia de um contrato.

¹⁷⁸ Sobre a confiança na eficácia do acordo envolvendo múltiplas partes e comunidades, SULLIVAN (SULLIVAN *apud* BACOW; WHEELER, 1984: 147-148) chega a sugerir que, antes de firmar, se realize um referendo popular sobre o conteúdo do acordo, o que, a nosso ver, também resolveria o problema da representatividade dos negociadores, que será explorado em maiores detalhes mais a frente.

¹⁷⁹ BACOW; WHEELER, 1984: 149.

¹⁸⁰ BACOW; WHEELER, 1984: 148-149.

¹⁸¹ BACOW; WHEELER, 1984: 152. Os autores citam outras técnicas meramente negociais de promover o cumprimento do acordo, como por exemplo, prever obrigações e contra-obrigações de forma coordenada para que uma parte se sinta estimulada a cumprir seu compromisso, objetivando o ganho que terá quando a outra parte cumprir o seu, o estabelecimento de garantias e contas “escrow”, bônus de performance e seguros, mecanismos de monitoramento, cláusulas de penalidades, etc (BACOW; WHEELER, 1984: 152-154).

Sob a perspectiva do Direito Português, LOPES e PATRÃO informam que o acordo resultante da mediação se caracteriza como um “negócio jurídico que integra simultaneamente um acordo recíproco das partes e uma declaração unilateral do mediador”¹⁸².

Para eles, o acordo resultante do processo de mediação “altera decisivamente os termos em que o conflito se apresentava, estabelecendo um novo conjunto de direitos e deveres entre as partes, que estas devem respeitar de acordo com o princípio *pacta sunt servanda*”¹⁸³.

PORTOCARRERO entende que, no art. 9º. nº. 1, alíneas a) a e) e o nº. 2 da Lei de Mediação (“LM”) portuguesa, se assegura a observância dos princípios gerais do direito e da ordem pública, motivo pelo qual, certos acordos, mesmo de direito administrativo, independeriam de homologação judicial¹⁸⁴, ressaltando, contudo que a lei portuguesa, acrescenta a estes, certas exigências referentes ao mediador e ao procedimento, conforme alíneas c), e) e nº. 2 do artigo 9º.

Entretanto, sobre a exequibilidade de contratos em geral e dos acordos resultantes da mediação, há que se atentar para uma especificidade do direito português. Com as reformas do CPC e com a LM, de 2013, os acordos privados e documentos particulares deixaram de deter força executiva, o que somente adquirirão se submetidos à homologação judicial ou se forem reduzidos em escritura pública¹⁸⁵.

Quando a eficácia é dada pelo atendimento aos requisitos previstos na Lei da Mediação, o acordo resultante da mediação seria mais eficaz que um acordo firmado entre partes, sem a interferência do mediador. De toda forma, é necessário averiguar que esta força ainda não é equivalente à de uma sentença, na medida em que, as hipóteses de questionamento do acordo envolverão o não atendimento aos requisitos descritos no art. 9º. da LM.

A força equivalente à sentença judicial, a fazer com que a execução somente poderá ser oposta nas restritas hipóteses descritas no art. 729.º do Código de Processo Civil, somente será dada com a efetiva homologação do acordo resultante da mediação, nos termos do art. 14º. da LM e com base no disposto no art. 705.º do CPC.

Sobre o tema da homologação, GOUVEIA esclarece que a homologação do acordo resultante da mediação é facultativa e convive com outras hipóteses de atribuir eficácia e auto-executoriedade ao acordo, como o atendimento dos requisitos previstos no art. 9.º da LM ou as hipóteses previstas no direito processual, como a sua transformação em “documento exarado

¹⁸² LOPES; PATRÃO, 2016: 157.

¹⁸³ LOPES; PATRÃO, 2016: 158.

¹⁸⁴ PORTOCARRERO, 2019: 216-217.

¹⁸⁵ LOPES; PATRÃO, 2016: 71.

ou autenticado por notário ou outra entidade ou profissional com competência para tal (por exemplo, um advogado)” ou com a junção ao acordo de um título de crédito¹⁸⁶.

A autora também faz uma extensa análise sobre os requisitos do art. 14.º da LM, a serem averiguados para fins da homologação do acordo, e entende que os critérios de atendimento aos “princípios gerais do direito, boa-fé, abuso de direito e ordem pública” são meros exemplos da adoção de um critério de ordem pública, que já seria o utilizado para a admissibilidade da conciliação¹⁸⁷ e que é o previsto no art. 9.º para executoriedade automática do acordo. Assim, a observância da ordem pública deverá ser analisada não *a priori*, como um critério de admissibilidade da mediação, mas pelo juiz, *a posteriori*, seja na homologação do acordo, seja no eventual processo de execução.

Ela ressalta que a homologação será obrigatória sempre que estiver em curso ação judicial envolvendo as partes e o objeto mediado¹⁸⁸, portanto na mediação endo-processual.

3.1.5 – O mediador

A doutrina e legislação portuguesa traçam algumas características específicas sobre a figura do mediador, sua função e o desempenho de sua atividade.

O mediador deverá ser imparcial e independente, no sentido de que não deve ter relacionamento prévio com nenhuma das partes, não pode influenciá-las e não se subordinar ou se sujeitar a qualquer terceiro, parte, pressão interna ou externa, no exercício de sua atuação¹⁸⁹.

Como já vimos, SPENGLER reforça a necessidade de que o mediador esteja no meio do conflito e não acima dele, como o juiz. Ele deve estar inserido entre as partes, ser “isto e aquilo”, vendo as diferenças comuns entre elas, quando estas só olharem para seus próprios pontos de vista, e agir para que retomem a comunicação sempre que esta for perdida. O mediador torna-se meio para a pacificação do conflito¹⁹⁰. Atua para facilitar o diálogo entre as partes além de, segundo alguns, assegurar o equilíbrio de poderes entre as partes em conflito¹⁹¹.

¹⁸⁶ GOUVEIA, 2019: 94.

¹⁸⁷ GOUVEIA, 2019: 91.

¹⁸⁸ GOUVEIA, 2019: 89.

¹⁸⁹ No mesmo sentido, MERRILLS informa, ao tratar dos conflitos internacionais, que nem sempre a neutralidade do mediador é requisito para o sucesso de sua atuação ou para que as partes consintam com sua indicação. MERRILLS, 2018: 32.

¹⁹⁰ SPENGLER, 2016: 202-203.

¹⁹¹ A capacidade de intervenção no processo para “restabelecer” ou fomentar um equilíbrio de forças varia conforme a escola de mediação. Em algumas, o mediador é um mero facilitador do diálogo, sem que possa interferir de qualquer forma na discussão, a não ser pela interrupção da sessão quando, eventualmente, se verificar um desequilíbrio, em outras correntes ou escolas, o mediador poderá inclusive fazer sessões privadas com cada uma das partes para entender especificidades de seus interesses e atuar mais ativamente para “equilibrar” as forças em conflito. Para uma maior elucidação sobre as diferenças do papel do mediador nas principais escolas de mediação, ver CEBOLA, 2011: 260 a 263.

Como descreve CEBOLA, citando a compilação desenvolvida por Deborah Kolb, haveria basicamente duas formas de atuação do mediador¹⁹²: (i) o facilitador, que guarda total independência das partes, não provê qualquer conselho ou avaliação sobre o conflito e foca sua atuação exclusivamente na promoção do diálogo entre elas; e (ii) o avaliador (ou *deal-maker*), em que ele pode apresentar às partes, em sessões conjuntas ou individuais, sua experiência sobre o litígio, provendo eventualmente uma análise de risco sobre a decisão que poderá ser proferida por um juiz ou corte, e aconselhar uma ou outra, ou ambas, nessa medida¹⁹³.

Veja-se que mesmo no caso do mediador avaliador, ele não recomenda o acordo ou sugere compromissos a serem assumidos pelas partes. Ele se limita a expor sua experiência com casos semelhantes e resultados de tais casos¹⁹⁴.

Na verdade, essa imparcialidade, explicitada na vedação a qualquer possibilidade de o mediador propor compromissos, obrigações a serem incluídos no acordo, é a principal distinção apontada por boa parte da doutrina entre a mediação e a conciliação, onde o conciliador agindo mais perto das partes, poderia até propor formas de acordo ou sugerir compromissos e obrigações a serem inseridos no acordo¹⁹⁵.

¹⁹² É importante aduzir aqui que CEBOLA *et. al.* citam também outros modelos de mediação, que guiam e se diferenciam muito pela atuação do mediador. Seriam eles: o modelo multipartes inclusivo e transparente, cujo objetivo seria a equidade e inclusão de todas as partes nos processos de decisão, o modelo de princípios, em que o objetivo seria alcançar a melhor alternativa para um acordo negociado, o modelo transformativo, cujo objetivo seria alcançar a autonomia individual e transformação social e o modelo circular-narrativo, cujo objetivo seria a mudança do significado da história e do conflito. Para uma análise detalhada de todos esses modelos, bem como dos modelos facilitador e avaliador, descritos no texto, ver CEBOLA *et. al.*, 2020: 37-46. ALEXANDER informa que, atualmente, haveria seis tipos de mediação, classificadas conforme o grau de intervenção e interferência no caso pelo mediador. Assim, os tipos seriam: facilitadora, mediação do sábio conselho, transformativa, diagnóstica, voltada para o acordo e mediação do consultor especialista. ALEXANDER, 2017: 6. Optamos por não detalhar os demais modelos de mediação por alguns motivos. Primeiro, por haver na doutrina alguma divergência sobre se alguns desses modelos seriam propriamente uma mediação aplicável na solução de um conflito jurídico ou modelos aplicáveis para outros tipos de conflitos sociais, como os conflitos escolares e envolvendo menores infratores. Sobre isso, se delineia, no Brasil, um movimento pela consagração da Justiça Restaurativa, que adota, em grande parte o modelo circular narrativo. Sobre o tema, por todos, ver SALMASO, 2013. Segundo, porque temos sérias dúvidas se os demais modelos não seriam somente desdobramentos e variações dos modelos aqui descritos, já que apesar dos objetivos diversos, a grande distinção se dá quando a possibilidade de o mediador intervir no processo ativamente, propondo soluções ou somente facilitando o diálogo. Na facilitação do diálogo, pode ser necessário buscar um reequilíbrio e a equidade de informações entre as partes, realizar mais ou menos sessões privadas e conjuntas e transformar a natureza do relacionamento ou simplesmente focar na solução do conflito de forma mais objetiva e material. Ademais, a transformação do relacionamento, o fortalecimento do poder de diálogo entre as partes nos parece ser buscado e aplicável a qualquer mediação.

¹⁹³ CEBOLA, 2011: 264-269.

¹⁹⁴ Em sentido um pouco diferente, PORTOCARRERO diferencia o mediador facilitador do mediador interventor, sendo que ao segundo seria admissível a propositura de acordo perante as partes. De toda forma, ressalta a autora que o tipo admitido pela legislação portuguesa é o mediador facilitador cuja função é colocar “as partes no caminho desejado e procura[r] não as deixar desviarem-se dos seus interesses reais”. PORTOCARRERO, 2019: 213.

¹⁹⁵ Vale aduzir, sobre esse tema, que GOUVEIA entende que a mediação facilitadora foi a adotada pela legislação portuguesa, em detrimento da que chama de interventora e que permitiria ao mediador propor o acordo. Não concordamos com o posicionamento da autora, de que o mandamento decorre estritamente da LM portuguesa, na medida em que o artigo 26.º b) proíbe o mediador de “impor” e não “propor” o acordo. Em todo caso, concordamos que a proposição do acordo está mais vinculada ao papel do conciliador e que a propositura do acordo macularia

SUSSKIND e CRUIKSHANK endentem que a imparcialidade do mediador não deve significar que ele não poderá ter interesse no resultado da mediação. Os autores ponderam que está entre os deveres do mediador o de se preocupar que qualquer acordo que possa ser obtido seja justo, eficiente, estável e sábio¹⁹⁶.

Para CARVALHO, o mediador teria o dever de alertar as partes quando o acordo violar uma norma jurídica ou prever uma obrigação sobre a qual as partes não poderiam dispor¹⁹⁷, mas o posicionamento do autor não é corroborado pela maioria da doutrina, que pondera, por exemplo, que tal avaliação prévia demandaria que o mediador fosse um profissional do direito, o que não é exigido pela legislação de Portugal e nem dos demais países avaliados neste trabalho.

Ainda sobre a imparcialidade do mediador, com uma visão mais fraca sobre seu distanciamento das partes, MOORE entende que a autoridade do mediador, muitas vezes “reside na sua personalidade, credibilidade e confiabilidade, experiência no fomento do processo de negociação, em lidar com casos semelhantes, sua habilidade para trazer as partes a um mesmo ponto, tomando por base seus interesses, reputações, atividades pretéritas e, em algumas culturas, seu relacionamento com as partes”¹⁹⁸.

O autor entende que, mesmo quando não se admite a influência do mediador sobre o acordo, a eventual “autoridade ou reconhecimento do direito de influenciar o resultado da disputa é atribuído pelas partes em conflito e não por uma lei, contrato ou agência externos”¹⁹⁹.

Uma outra característica essencial da atividade do mediador seria a sua independência. A independência diria respeito à ausência de qualquer subordinação e a possibilidade de atuar sem pressões internas, assim entendidas com aquelas impostas por uma das partes, ou externas, assim entendidas como forças exercidas por aqueles que não sejam parte do conflito²⁰⁰. As pressões externas poderiam advir de órgãos de representação ou supervisão dos mediadores, ou de terceiros que eventualmente tivessem algum benefício ou prejuízo decorrente do resultado do conflito, mesmo não sendo parte dele. A doutrina aponta ainda para pressões de foro íntimo do mediador, representada eventualmente por suas convicções pessoais, valores e formas de ver a vida.

o protagonismo das partes, inerente ao método. Portanto, não parece recomendável no âmbito da mediação. GOUVEIA, 2019: 49-51. Anota-se, por fim, o entendimento divergente de CARVALHO, 2011: 279.

¹⁹⁶ SUSSKIND; CRUIKSHANK, 1989: 240.

¹⁹⁷ CARVALHO, 2011: 287-288.

¹⁹⁸ MOORE, 2014: 22.

¹⁹⁹ MOORE, 2014: 22.

²⁰⁰ Artigo 7.º n.º 2 e n.º 3, da Lei n.º 29/2013, de 19 de abril.

Segundo CEBOLA *et. al.*, a independência do mediador é ao mesmo tempo um dever, que deverá ser observado por ele, podendo ser exigível pelas partes mediadas, mas também um direito, permitindo ao próprio mediador exigir sua liberdade de atuação, desde que observados os deveres éticos e deontológicos da profissão²⁰¹.

Em alguns sistemas, não é necessário que o mediador seja um desconhecido em relação às partes. A doutrina norte-americana, por exemplo, cita que em alguns casos, o fato de o mediador já ser conhecido delas ajuda no processo de mediação como um todo e no diálogo. Entretanto, ainda que haja algum relacionamento prévio com as partes, ele deverá sempre agir de modo independente e desvinculado delas ou de quaisquer terceiros ou autoridades. Sua função é meramente de facilitar e promover o diálogo e, portanto, não lhe cabe influenciar nenhuma das partes ou na sua decisão.

CEBOLA *et. al.* informam ainda que a independência deve se dar em relação às pessoas e partes envolvidas, e em relação ao processo, através, por exemplo, da assunção de posições processuais sempre neutrais e da abstenção à qualquer posicionamento quanto às soluções alcançadas ou discutidas²⁰².

O remédio imediato de uma parte com relação à verificação de falta de independência do mediador será requerer sua substituição ou declarar sua vontade de não prosseguir com o processo de mediação.

A independência é inscrita como princípio na LM portuguesa e, segundo LOPES e PATRÃO, diz respeito ao “exercício livre e descomprometido da função”²⁰³ seja em relação a pressões externas ou vínculos de subordinação com qualquer terceiro ou entidade, seja em relação às suas próprias convicções, valores e pré-conceitos.

A LM portuguesa também insere, dentre os princípios inerentes ao mediador, a necessidade de capacitação profissional e responsabilidade pessoal em caso de descumprimento das obrigações inerentes à profissão, inscritas na lei²⁰⁴. Em todo caso, em que pese ser uma consequência lógica de qualquer atuação profissional, não os vemos como princípios essenciais ou requisitos de validade da mediação. Na verdade, ainda que o mediador não seja qualificado profissionalmente como tal, se as partes, com sua ajuda, alcançarem um acordo válido e eficaz, entendemos que a mediação ocorreu e, portanto, enquanto método, não deveria ser

²⁰¹ CEBOLA *et. al.*, 2019: 112-113.

²⁰² CEBOLA *et. al.*, 2019: 114.

²⁰³ LOPES e PATRÃO, 2016: 58.

²⁰⁴ Vide art. 8.º da Lei n.º 29/2013, de 19 de Abril.

descaracterizada. A lei portuguesa, contudo, retira, nesse caso, do acordo obtido através da mediação, sua força executiva²⁰⁵.

Um outro princípio descrito na legislação portuguesa como regente da atuação do mediador é sua responsabilidade. Contudo, nos parece que a responsabilidade está alheia ao método e a realização da mediação em si. A responsabilidade profissional do mediador gerará um outro conflito e poderá, no limite, resultar na invalidade do acordo obtido através da mediação²⁰⁶, mas justamente por ser posterior ao processo e estar posicionado fora da relação entre os mediados, não nos parece que deveria ser considerado um princípio inerente à mediação ou à função do mediador. Entendemos que a responsabilidade deveria ser em verdade (e somente) uma consequência da falha de observância dos reais princípios norteadores da função do mediador²⁰⁷.

3.1.6 – Método alternativo ou complementar à solução adjudicada

Como mencionado no Capítulo 2, o litígio, como a disputa levada à Juízo, representa sempre um recorte de um conflito²⁰⁸. Assim como na fotografia, em que de toda a paisagem exuberante ao redor, o fotógrafo seleciona uma pequena parte capaz de causar a emoção pretendida naquele que aprecia a sua obra, no litígio, as partes e seus advogados, selecionam, do todo cenário factual, somente os argumentos, documentos, trechos capazes de causar no seu interlocutor (o juiz) a emoção que pretendem.

Diz GOUVEIA que nem sempre a verdade é “suficiente para resolver o problema, na medida em que cada uma das partes escolhe da verdade aquilo que lhe interessa”²⁰⁹.

Assim, de forma recorrente, há um número enorme de informações que simplesmente não são levados ao processo. As exclusões ocorrem porque uma informação não é favorável ao argumento pretendido, porque poderá ser facilmente refutada pela outra parte, ou porque, apesar de verdadeira, não poderá ser provada.

²⁰⁵ Art. 9.º da Lei n.º 29/2013, de 19 de Abril. Esta é uma especificidade da legislação portuguesa que, não se verifica, por exemplo, no direito processual brasileiro, para o qual, sempre que um contrato for firmado na presença de duas testemunhas, e versar sobre obrigações líquidas e certas, estará assegurada sua força executiva. Nesse sentido, “Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais: [...] III - o documento particular assinado pelo devedor e por 2 (duas) testemunhas”. Lei n.º 13.105/2015, de 16 de Março.

²⁰⁶ Se, por exemplo, o mediador não constar da lista do Ministério da Justiça (alínea e, do n.º 1 do art. 9.º da Lei n.º 29/2013, de 19 de Abril).

²⁰⁷ De toda forma, para um melhor detalhamento sobre a competência do mediador especificamente para a atuação em conflitos ambientais e a sua responsabilidade, ver CEBOLA et. al, 2019: 115-120.

²⁰⁸ Para GOUVEIA, no processo judicial “os poderes decisórios estão na mão de advogados, a linguagem é técnica, o procedimento é formal e opaco, o regime de declarações das partes formal e limitado” GOUVEIA, 2019: 50.

²⁰⁹ GOUVEIA, 2019: 43.

Por isso, além de uma decisão de cima para baixo, o juiz profere invariavelmente uma sentença com base em somente uma parte dos fatos.

Esses dois elementos, por si só, já nos parecem capazes de explicar porque, o nível de satisfação com as decisões judiciais não é alto e porque, em muitos casos, uma decisão pode levar (e constantemente o faz) a novos litígios, seja sobre outros temas não abordados no primeiro, seja sobre os motivos reais do conflito que as partes não expuseram a princípio.

Depois de expor que HOROWITZ diz que “processos judiciais foram idealizados para corrigir injustiças do passado e do presente e não para planejar mudanças para ocorrerem no futuro. A mera noção de planejamento é desconhecida da adjudicação”²¹⁰, BACOW e WHEELER inoformam que “as cortes são especialmente dependentes dos impactos da informação em um mecanismo de resposta único: a ação judicial seguinte [...] As propriedades judiciais promovem mais o isolamento do que o contato. E as cortes não aprendem sobre os efeitos de suas decisões por condução de investigações ou exercícios de planejamento”²¹¹.

Deixar de olhar para o que é apresentado e passar a olhar para o relacionamento entre pessoas é o que, nos parece, faz da mediação um método com boas expectativas de sucesso, se comparado com o método judicial ou arbitral.

Como diz GOUVEIA, a mediação tem lugar quando a ótica se coloca sobre os interesses e não sobre o direito²¹².

Mas ela deve ser entendida como complementar ou alternativa ao Judiciário?

Como dito acima, a mediação se define como um método de autocomposição assistida cujo resultado, quando bem-sucedida, é um acordo.

Pois bem. Se o resultado é um acordo, as partes podem cumpri-lo, cumpri-lo parcialmente ou descumpri-lo. E, portanto, a mediação nunca poderá substituir integralmente o método adjudicatório exercido pelo Poder Judiciário, pois, no mínimo, dependerá, do poder executório exercido privativamente pelo Estado.

A mediação, segundo SPENGLER é complementar ao Poder Judiciário e deve com ele “conversar”, desde que mantidas as linguagens próprias de cada um dos sistemas²¹³. A

²¹⁰ HOROWITZ *apud* BACOW; WHEELER, 1984: 16. Isso explicaria, aliás, a possibilidade bem sucedida de uso da mediação em processos administrativos autorizativos de novos empreendimentos e em processos em que, mais do que o próximo processo, as partes buscam planejar ações futuras.

²¹¹ BACOW; WHEELER, 1984: 16.

²¹² Nas palavras da autora, a “ótica dos direitos é claramente a tradicional, a dos tribunais estaduais. [...] Baseia-se na discussão de argumentos legais de cada parte (incluindo evidentemente a prova). A outra perspectiva de tratamento do problema é verdadeiramente nova para os juristas – e por isso de difícil percepção. Tem como ponto de vista os interesses das partes, individualmente considerados [...] procurando a pacificação do conflito em detrimento da solução juridicamente correta”. GOUVEIA, 2019: 20.

²¹³ É interessante pontuar que parte da doutrina entende a submissão do conflito ao judiciário como o método efetivamente alternativo, ponderando que dificilmente submete-se uma disputa em juízo sem antes buscar uma

linguagem do Judiciário serviria ao exercício de seu poder de decidir, baseado em informações colhidas na relação processual, que é (i) indireta, pelo uso de representantes, peritos, testemunhos, (ii) não participativa, e (iii) eivada de uma relação de desconfiança sobre a parcialidade dos envolvidos. Por isso, se reveste de um conteúdo técnico, formalista e burocrático cujo objetivo é permitir ao juiz decidir quando o conflito não é solucionável de outra maneira²¹⁴.

A linguagem da mediação é participativa, integrativa e relacional, na medida em que as partes são protagonistas da decisão final²¹⁵.

A mediação é um método que, ao devolver às partes o protagonismo sobre a solução de sua divergência, evita a submissão desse mesmo conflito a um terceiro para que este decida quem tem razão²¹⁶. Mas o fato irrefutável é que se descumprido o acordo que pôs fim ao conflito, a parte prejudicada necessariamente precisará do Estado, enquanto detentor do monopólio da coação, para forçar a outra parte ao cumprimento.

Ainda que o descumprimento faça com que as partes retornem à mesa de negociação em um primeiro momento, por sua natureza consensual, se já há descumprimento do acordo original, imagina-se que os níveis de confiança mútuos ficam reduzidos e, no limite, a solução demandará o uso do poder coercitivo do Estado.

Ademais, por sua natureza consensual e contratual, a qualquer tempo da negociação, se uma das partes não quiser seguir com o procedimento e desejar interrompê-lo, mas persistirem os motivos da disputa, inevitavelmente esta terá que ser submetida a uma decisão adjudicada (seja pelo Poder Judiciário, seja por uma câmara arbitral, que, no limite, também será executável somente por força da ação estatal).

É de se ressaltar ainda que como aduz SPENGLER, apoiando-se em Eligio Resta, nem todos os conflitos são sanáveis por mediação²¹⁷. Haveria casos em que a mediação não é adequada para a solução do conflito²¹⁸.

negociação com a contra-parte. É no insucesso dessa negociação que a disputa é submetida a juízo. Para SILVA, “não obstante a explosão ou a moda da mediação, reflexo de uma nova visão da autoridade e do poder, agora transferido para as partes em conflito, este método vem sendo usado, desde sempre, como forma de pôr termo aos litígios” e exemplifica com o papel desempenhado por advogados ao buscar e alcançar soluções negociadas para os conflitos de seus clientes. Vide SILVA, 2009: 74-75.

²¹⁴ SPENGLER, 2016: 199-200.

²¹⁵ SPENGLER, 2016: 201.

²¹⁶ Para PORTOCARRERO a mediação é uma “alternativa à justiça”, e não uma “justiça alternativa”, por prescindir de qualquer avaliação da “realidade substancial preexistente”, cingindo-se à uma avaliação de conveniência ao acordo pelas partes envolvidas. PORTOCARRERO, 2019: 215-216.

²¹⁷ SPENGLER, 2016: 200-201.

²¹⁸ Tais hipóteses estão ligadas à mediabilidade de alguns conflitos, o que será melhor explorado nos Capítulos 3.2.4 e 4.1.2.2, ou aos interesses reais das partes em conflito

Sobre os casos não adequados ao uso da mediação, ACLAND acrescenta, dentre outros exemplos, as hipóteses em que (i) há um interesse vital, ou como diz GALTUNG, uma necessidade básica²¹⁹, que é, por sua natureza, inegociável, (ii) quando ao menos uma das partes tenciona obter um precedente, ou uma decisão que seja punitiva (*punitive damages*), (iii) quando há benefício na lentidão normal do processo (caso em que, segundo ACLAND, o próprio uso da mediação, se visto como um passo anterior ao processo, poderá ser benéfico), e não há qualquer intenção da parte em firmar o acordo²²⁰.

Sob a perspectiva do direito português, a maioria dos autores analisados compreende a relação entre a mediação e as demais formas de solução de conflitos como uma relação de adequação²²¹.

3.2 – Características necessárias à mediação²²²

Para além dos elementos que constituem um método de solução de conflitos como mediação, devemos analisar as características necessárias para que a mediação se realize de forma satisfatória e sem as quais ela se desnaturaria.

É preciso que se faça um comentário prévio. O fato de o acordo não ser alcançado, evidentemente, não desnatura ou obsta a validade da mediação, enquanto processo para a

²¹⁹ Ver Capítulo 1.1, acima.

²²⁰ ACLAND *apud* VARGAS, 2006: 51. No texto, são citadas outras hipóteses, com as quais não concordamos. Cita-se, por exemplo, a existência de uma grande quantidade de dinheiro envolvida, que não parece ser obstáculo, especialmente se analisarmos o uso da mediação nos Estados Unidos que regularam construções de hidrelétricas em que a composição foi para viabilizar o empreendimento de forma satisfatória para os grupos em disputa. Outro exemplo seria quando uma das partes não quer o acordo. De fato, aqui não parece um empecilho à mediação, mas simplesmente um empecilho a um resultado favorável no processo, já que o acordo ou a vontade para sua realização não é uma premissa para o processo, mas um impedimento à sua conclusão de forma satisfatória. Ademais, por vezes, uma falta inicial de vontade para o acordo pode decorrer de uma visão equivocada sobre o resultado da lide, um excesso de esperança em relação ao seu resultado, o que pode mudar com o tempo e com o decurso do processo judicial ou as discussões na sessão de pré-mediação.

²²¹ LOPES e PATRÃO entendem que a relação entre a mediação e o Judiciário seria de “adequação e complementariedade”, já que a mediação “pressupõe, quando necessário, o recurso ao sistema judiciário” (LOPES; PATRÃO, 2016: 10). Também SILVA tece duras críticas ao uso do termo “solução alternativa de conflito” e escreve que “a única relação que, num Estado de Direito, pode legitimamente existir é uma relação de adequação” (SILVA, 2009: 35), sendo a mediação um método que se posiciona ao lado dos demais métodos de solução de conflitos. GOUVEIA após discordar do movimento de soluções alternativas de conflito como meios para retirar processos do Judiciário, leciona que a sua finalidade seria de prover a justiça, não necessariamente de forma mais rápida, mas de forma “diferente e, em alguns casos, melhor” (GOUVEIA, 2019: 25), alinhando-se, portanto, àqueles que entendem que o juízo sobre a submissão de um conflito ao Judiciário ou a outro meio seria de adequação.

²²² A Lei n.º 29/2013, de 19 de Abril, indica como princípios da mediação algumas das características que serão expostas no presente capítulo, como: a voluntariedade (art. 4.º), a confidencialidade (art. 5.º) e a igualdade ou imparcialidade (art. 6.º). Optamos por não usar essa terminologia por entender que a lei inclui dentre os princípios da mediação, princípios que nos parece se relacionarem à figura e atuação do mediador em si e não ao método da mediação, como: o princípio da independência (art. 7.º), da competência e da responsabilidade (art. 8.º), ou ao acordo, como resultado da mediação, como é o caso do princípio da executoriedade (art. 9.º). Lei n.º 29/2013, de 19 de Abril.

solução do conflitos. Diferente da solução adjudicada em que a solução deve ser dada a qualquer custo, na mediação, a não realização do acordo e a desistência do processo são resultados possíveis do processo.

Assim, apresentaremos a seguir as características inerentes ao processo em si (e não ao seu resultado), tomando por base a lei portuguesa, bem como os apontamentos da doutrina.

3.2.1 – Voluntariedade ou livre escolha das partes

A voluntariedade é a liberdade das partes de ingressar e prosseguir com o processo de mediação para a solução de seu conflito. Ela se dá em relação a todo o processo e precisa estar presente: no momento em que as partes decidem submeter seu conflito à mediação; diariamente e a cada sessão, quando decidem continuar no processo; e, ao final, quando acordam sobre o resultado final do conflito e firmam o acordo que porá fim à contenda. Aferir a voluntariedade é a forma de concretizar o consenso.

Algumas jurisdições optaram por instituir a mediação como um passo prévio à submissão de certos litígios a juízo²²³.

Na Europa, a Directiva 2008/52/CE, em seu art. 3º., alínea a) admite que legislações nacionais possam criar uma obrigatoriedade de submissão do litígio a uma sessão prévia de mediação ou a criação de incentivos e subsídios à sua realização²²⁴.

Em todo caso, na maioria dos países europeus, quando há obrigatoriedade, esta existe somente para a oferta às partes da alternativa negocial²²⁵. Assim, uma vez informadas

²²³ É o caso do Reino Unido, em algumas disputas de direito administrativo (GRAAF; MARSEILLE; TOLSMAN, 2014: 602-603), da Romênia, até 2014 (Apesar de mencionado no Estudo realizado pelo Parlamento Europeu em 2014, no estudo de 2016, foi informado que a obrigatoriedade na Romênia foi considerada inconstitucional. Vide PARLAMENTO EUROPEU, 2014: 137-138 e PARLAMENTO EUROPEU, 2016: 62), e do Brasil, na revisão de 2015 do Código de Processo Civil.

²²⁴ Artigo 5º. Recurso à Mediação. “2. A presente Directiva não afecta a legislação nacional que preveja o recurso obrigatório à mediação ou o sujeite a incentivos ou sanções, quer antes, quer depois do início do processo judicial, desde que tal legislação não impeça as partes de exercerem o seu direito de acesso ao sistema judicial.” DIRECTIVA N.º 2008/52/CE. Para uma análise sobre o histórico de edição da Directiva, ver NOLAN-HALEY, 2012a: 2-5.

²²⁵ Segundo as conclusões do Estudo de implantação da Directiva 2008/52/CE, da Comissão Europeia, apesar de haver alguns países que previram a obrigatoriedade da mediação em suas leis internas, na prática apenas alguns poucos deles de fato chegaram a implementar a obrigatoriedade e para alguns poucos tipos de conflitos, sendo estes Áustria, Bélgica, Dinamarca, Espanha, Finlândia, Hungria, Eslovênia, Estônia, Irlanda e Reino Unido. Na maioria deles, a obrigatoriedade cinge-se a oferecer a mediação ou obrigar as partes a participar de uma ou mais sessões de mediação, mas não há – como não poderia haver – nenhuma obrigatoriedade de as partes concluírem o processo de mediação com a assinatura de um acordo. Para maiores detalhes, ver PARLAMENTO EUROPEU, 2016: 48-49 e p. 62. A questão também é abordada em um estudo um pouco mais antigo da CE, em que as jurisdições responderam a questionários sobre diversos temas relacionados à mediação, incluindo sua obrigatoriedade e em que Áustria, Croácia, Chipre, República Checa, Hungria, Itália, Luxemburgo, Portugal, Romênia e Espanha responderam que uma sessão informativa sobre a mediação era obrigatória e Áustria, Croácia, França, Irlanda, Itália, Luxemburgo e Romênia responderam que o uso da mediação era obrigatório em alguns tipos de conflitos. PARLAMENTO EUROPEU, 2014: 137-138.

sobre o método e os benefícios da mediação, caberá às partes optar por seguir com o método ou simplesmente – o que acontece com muita frequência – declarar que não tem interesse na mediação, seguindo, o processo judicial, seu curso normal²²⁶.

Após uma análise detalhada dos sistemas estabelecidos em Alemanha e Reino Unido quanto à submissão obrigatória à mediação seja como uma medida preliminar ou no curso do processo, SILVA entende que a obrigatoriedade não traria os benefícios desejados de um método autocompositivo, se as partes fossem submetidas à mediação não pela sua livre vontade, mas por uma obrigatoriedade. Nesse caso, as partes veriam a obrigação como mais um passo a ser adotado no curso do processo e pouco interesse teriam de negociar e compor²²⁷.

CEBOLA *et. al.* parecem chegar à mesma conclusão, quando analisam a voluntariedade no âmbito das soluções de conflito de direito administrativo²²⁸, sob o aspecto do artigo 87º-C, nº. 1, do Decreto-Lei nº 214-G/2015, de 2 de outubro (o “CPTA”), que dispõe que o juiz poderá convocar as partes para apresentar uma tentativa de mediação²²⁹. As autoras posicionam-se, no sentido de que, se entendido que a lei especial a que se refere o CPTA é a Lei nº 29/2013²³⁰, de 19 de abril, a convocação feita pelo juiz corresponderia a uma sessão de pré-mediação, em que as partes são informadas sobre o processo, podendo ou não firmar o protocolo de mediação que dá início ao processo propriamente dito. Assim, para as autoras, a voluntariedade, princípio da mediação na LM portuguesa, é observada a partir do momento em que se inicia a mediação, com a assinatura do protocolo de mediação²³¹.

A voluntariedade é requisito essencial da mediação, na medida em que não há como haver acordo, negociação, ou solução consensual, sem que as partes ativamente desejem resolver seu conflito através do diálogo, da interação e cooperação mútua. A voluntariedade ou livre vontade das partes para seguir e, ao final, concluir um acordo é essencial ao método.

O mediador pode (deve, na verdade) elucidar às partes os benefícios e vantagens da mediação, mas ela só poderá ocorrer e se concluir, se as partes virem também nela, uma forma

²²⁶ Sobre as vantagens e desvantagens da dita “mediação obrigatória”, ver LOPES; PATRÃO, 2016: 32; CEBOLA *et. al.*, 2020: 50-74.

²²⁷ SILVA, 2009: 70.

²²⁸ As especificidades relativas à solução de conflitos de direito administrativo e conflitos ambientais serão tratadas em mais detalhes no Capítulo 4 do presente trabalho.

²²⁹ Ressalte-se que mesmo com tal conclusão, as autoras posicionam-se, no sentido de que uma lei especial para a mediação administrativa, que abrangeria, a mediação ambiental seria, se não necessária, desejável, para sanar divergências interpretativas apresentadas em seu texto. Para maiores detalhes, ver CEBOLA *et. al.*, 2019.

²³⁰ É importante dizer que o tema não é pacífico, havendo autores que entendem que a referência do art. 87.º do CPA não deve ser entendida como a Lei nº 29/2013, de 19 de Abril, mas uma lei ainda a ser editada. Nesse sentido, ver PEDRO, 2017: 110.

²³¹ PEDRO, 2017: 100-101. Analisaremos os aspectos específicos da mediação de conflitos de direito administrativo quando analisarmos a mediação ambiental, no Capítulo 4, a seguir.

satisfatória de resolver seu conflito. Também o juiz, nas mediações que ocorrem no âmbito do Poder Judiciário podem determinar a realização de uma sessão preliminar de mediação²³², mas o processo só tem início e só se conclui se as partes assim quiserem.

É importante ainda destacar que a vontade de seguir com o acordo deverá ser livre. Qualquer pressão externa ou interna (pelo mediador, por uma das partes com poder hierárquico sobre a outra) ou coação no curso da mediação para que a parte firme o acordo deverá ser rechaçada e tornar o procedimento inválido.

LOPES e PATRÃO identificam quatro aspectos relacionados à liberdade de escolha: com relação à adoção do método; com relação ao poder de abandoná-lo a qualquer tempo; com relação ao acordo final, que deverá ser construído pelas partes e não por um terceiro; e com relação à escolha do mediador, para aumentar a segurança dos mediados²³³. Sobre o último tópico, acrescentaríamos que, em alguns sistemas, como no brasileiro, o mediador é indicado pelo Tribunal, mas as partes geralmente podem pedir sua substituição.

3.2.2 – Confidencialidade

A confidencialidade no processo de mediação é compreendida por uma boa parte da doutrina como essencial ao bom funcionamento do processo por permitir às partes discutir com total transparência sobre o conflito e seus interesses e, assim, construir soluções com base em um quadro amplo e completo do problema²³⁴.

A proibição de divulgar o conteúdo do que se discute nas sessões de mediação permite às partes negociar e conversar sem o receio de que as informações ali prestadas sejam eventualmente usadas contra elas²³⁵ e, a nosso ver, sem que precisem pré-selecionar as informações que não possam comprovar.

Quanto maior a transparência entre as partes sobre os reais interesses e quanto mais aberta a discussão, maiores as chances de se alcançar um acordo efetivo.

A confidencialidade, segundo a doutrina, alcança as informações trocadas de parte a parte, mas também aquelas fornecidas por uma delas ao mediador, que fica impedido de

²³² Como ocorre na Alemanha, Irlanda e Rep. Checa, segundo GRAAF; MARSEILLE; TOLSMA, 2014: 602-603.

²³³ LOPES; PATRÃO, 2016: 33-35.

²³⁴ Segundo Estudo do Parlamento Europeu, a obrigatoriedade de respeito à confidencialidade no processo de mediação é uma unanimidade nos países membros. Em alguns casos, a quebra da confidencialidade é sujeita à sanção. PARLAMENTO EUROPEU, 2016: 63.

²³⁵ LOPES; PATRÃO, 2016: 47.

fornecê-las à outra parte ou divulgá-las a quaisquer terceiros²³⁶. Vincula também terceiros chamados a intervir, como peritos, advogados²³⁷.

Para CEBOLA, CASER e VASCONCELOS, é também um princípio deontológico da mediação, refletido no próprio Código de Conduta Europeu para Mediadores, consagrado também na Directiva 2008/52/CE, de 21 de maio, do Parlamento Europeu e do Conselho²³⁸.

Parte da doutrina tece algumas críticas à confidencialidade, em especial quando a mediação é usada para a solução de conflitos que envolvam direito administrativo ou interesses coletivos e difusos, por entender que a falta de transparência, especialmente em demandas repetitivas, poderia ameaçar um dos pilares do Estado Democrático de Direito²³⁹.

Voltaremos ao tema da confidencialidade aplicada às mediações envolvendo conflitos de direito público quando tratarmos da mediação ambiental, no Capítulo 4.

3.2.3 – Relação entre as partes e equilíbrio de forças

A doutrina costuma apontar para a necessidade de existência de um relacionamento de longo prazo entre as partes, como um dos requisitos da mediação. Isto porque, se o objetivo principal da mediação é restabelecer uma comunicação perdida e permitir às partes que consigam resolver seu conflito através do diálogo, quando não há relacionamento pré-existente, não haveria, a princípio, o que restabelecer²⁴⁰.

²³⁶ LOPES; PATRÃO, 2016: 46.

²³⁷ Em Portugal, a Lei n.º 29/2013, de 19 de abril, trata do tema nos artigos 5.º e 18.º, item 3.

²³⁸ CEBOLA; CASER; VASCONCELOS, 2014: 4.

²³⁹ SOUZA, 2012a: 116-117.

²⁴⁰ MOORE, por exemplo, entende que a mediação tem o condão de “a) abrir e melhorar a comunicação entre as partes; b) estabelecer ou construir relacionamentos mais produtivos e de respeito; c) melhor identificar, entender e considerar as necessidades, interesses e preocupações da outra parte; d) propor e implementar procedimentos de negociação e solução de problemas mais efetivos e e) reconhecer e construir acordos mutuamente aceitáveis” (MOORE, 2014: 9. Tradução livre). GALTUNG (GALTUNG, 2006: 243), que passa pela transformação dos conflitos e chega a um fim de transcender o conflito, e LEDERACH (LEDERACH, 2012), que adotam a terminologia de transformação do conflito, ao invés de sua resolução, buscam, cada um a seu modo, ver no conflito uma oportunidade para reconstruir relacionamentos. O foco não estaria no problema ou no conflito, mas no relacionamento entre as partes. A partir disso, propõem técnicas para restabelecer o diálogo e fazer com que as partes foquem na continuidade do relacionamento entre elas para formular soluções criativas para o conflito. O conflito, para esses autores, como já visto, é uma oportunidade de crescimento humano e de promover o diálogo. Sobre os termos relacionados à solução de conflitos, SPENGLER distingue solução, administração, resolução e tratamento dos conflitos. A solução seria a mera extinção do conflito, independente da forma como ela ocorra, a administração seria a neutralização dos choques e redução de danos, mas sem uma preocupação com o fim do conflito em si, a resolução representaria a restauração das relações, através de técnicas de interação, e tratamento seria a promoção da discussão do conflito com o objetivo de buscar uma resposta satisfatória. SPENGLER, 2016: 159-161. LEDERACH acrescentaria à lista, a expressão transformação dos conflitos, que seria, promover a construção de uma solução através da mudança do foco das partes, do conflito, para o relacionamento existente. Nesse sentido, vide LEDERACH, 2012: 37 e ss.

MOORE, por exemplo, fala de um mínimo de relacionamento que deveria haver entre as pessoas para que possam entrar em uma negociação ou mediação e identifica esse mínimo numa relação de trabalho²⁴¹.

Assim, parte da doutrina que trata da mediação é cética quanto ao seu uso quando se está diante de eventos esporádicos ou quando o único vínculo existente entre as partes é o próprio conflito²⁴².

Em todo caso, em que pese ser uma verdade que a mediação é comumente usada para solucionar conflitos entre partes que se conhecem em profundidade, que mantém um relacionamento emocional e terão a necessidade de manter esse vínculo a longo prazo, também é verdade que há casos em que a mediação é usada para resolver conflitos entre partes que não necessariamente permanecerão vinculados umas às outras, como é o caso da mediação penal²⁴³. Não parece, portanto, que a necessidade de um relacionamento pretérito, forte e de vasto caráter emocional seja um requisito essencial para a solução de um conflito através da mediação^{244 245}.

Um outro ponto a ser ressaltado sobre as partes, diz respeito à necessidade de existência e permanência de um mínimo equilíbrio de forças entre elas²⁴⁶. Isto, porque, dependendo do poder de uma das partes, esta poderia exercer esse poder para convencer ou forçar a outra parte a firmar um acordo. E, na verdade, um resultado satisfatório na mediação deveria passar necessariamente por uma neutralização dessa relação de poder ou influência.

²⁴¹ MOORE, 2014: 22. No mesmo sentido, ALMEIDA e PANTOJA entendem que a mediação é mais eficiente quando há vínculo entre os mediandos que se prolonga no tempo e “quando os fatores subjetivos são preponderantes em relação aos aspectos jurídicos ou econômicos da lide”. ALMEIDA; PANTOJA, 2016: 596.

²⁴² Trataremos do tema em detalhes no Capítulo 4.1.1.1. Por ora, ver MERÇON-VARGAS, 2012: 122.

²⁴³ A teoria da justiça restaurativa, que usa técnicas de mediação, é usada em conflitos vítima-opressor, que se colocam frente a frente para discutir o conflito e promover a auto-responsabilização do causador do dano frente a vítima. Nesse tipo de solução de conflito não existe um relacionamento pré-existente. O relacionamento surge com o crime e, ainda assim, diversos sistemas jurídicos admitem o uso de mediação, como é o caso, por exemplo, do sistema jurídico português, onde a mediação penal se rege pela Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho. Sobre a Justiça Restaurativa, ver SALMASO, 2013.

²⁴⁴ Anote-se, aqui, a crítica apresentada por NOLAN-HALEY, que, aponta que nos Estados Unidos, as mediações ocorridas no curso de processos judiciais em que não há relacionamento continuado entre as partes tem se mostrado falhas e dissociadas dos seus elementos caracterizadores. Segundo a autora, nesse caso a mediação tem se mostrado não tão voluntária, não tão confidencial e adversarial”. A autora aponta três motivos: “uma atuação adversarial e, por vezes, anti-ética dos advogados na mediação, a prática de avaliação dos mediadores e uma combinação explícita entre a mediação e a arbitragem” NOLAN-HALEY, 2012b: 73-74. Em um outro trabalho, a autora ressalta apesar de haver internacionalmente uma “obsessão com a mediação”, os problemas experimentados com seu uso, nos Estados Unidos, demandariam um “resgate do consentimento”. NOLAN-HALEY, 2015: 731-732.

²⁴⁵ Este é um ponto sensível para a mediação ambiental, que será tratado no Capítulo 4.1.1.1.

²⁴⁶ Como alertam BURGUESS e BURGUESS, a mediação não altera as relações de força existentes em uma sociedade, pelo simples fato de ser, em essência, negocial e voluntária (BURGESS; BURGESS, 1994: 3). Se uma das partes não quiser, ou como apontam os autores, se uma delas entender que terá melhor resultado por qualquer outra forma de solução do conflito, a mediação não será possível ou bem sucedida.

MOORE diz que nem sempre as relações de poder ou influência são evidentes, mas uma análise detalhada do conflito permite ao mediador perceber as fontes de poder e influência de uma parte sobre a outra²⁴⁷.

Assim, aponta, a doutrina, que o mediador deverá buscar sempre reequilibrar as forças e, por dever funcional, deverá necessariamente rejeitar continuar com o processo sempre que verificar um desequilíbrio de forças que impeça a livre negociação entre as partes.

A presença de interlocutores e advogados com experiência em negociação poderá também ser fundamental, para evitar a construção de um acordo que além de satisfazer as partes, evite o abuso do uso da força de uma parte sobre a outra.

A lei portuguesa ressalta a importância da participação dos advogados na mediação, não como responsáveis pela condução do processo, mas como consultores²⁴⁸.

Segundo CEBOLA, a equidade ou equilíbrio entre as partes deve existir durante as sessões de mediação, que deverão refletir um ambiente propício para que a negociação seja livre e o acordo final possa representar a vontade real delas²⁴⁹. Caberá ao mediador interromper o processo se estiver diante de um desequilíbrio de forças intransponível ou que comprometa a livre expressão de vontade de uma das partes²⁵⁰.

A possibilidade de encerramento do processo pelo mediador está prevista no art. 19.º, alínea c) da lei, quando não houver condições de prosseguir com o processo²⁵¹.

3.2.4 – Representatividade dos negociadores e capacidade de influência sobre os grupos que representam

Em disputas envolvendo grupos comunitários ou coletivos de pessoas em, pelo menos, um dos polos, a doutrina costuma apontar a necessidade de eleição de representantes responsáveis pela construção mais detalhada e próxima do acordo. Isto porque dificilmente se

²⁴⁷ MOORE, 2014: 151.

²⁴⁸ Art. 18, n.º. 1 “1 - As partes podem comparecer pessoalmente ou fazer-se representar nas sessões de mediação, podendo ser acompanhadas por advogados, advogados estagiários ou solicitadores”. Lei n.º 29/2013, de 19 de Abril.

²⁴⁹ A autora baseia-se na análise combinada entre o art. 19.º com o Art. 6.º. 1, da Lei, que dispõe: “1. As partes devem ser tratadas de forma equitativa durante todo o processo de mediação, cabendo ao mediador de conflitos gerir o procedimento de forma a garantir o equilíbrio de poderes e a possibilidade de ambas as partes participarem no mesmo”. CEBOLA, 2011: 249.

²⁵⁰ CEBOLA analisa algumas leis sobre mediação que proíbem seu uso em abstrato, em certos casos e pondera, a nosso ver, acertadamente, não ser possível prever em abstrato todas as circunstâncias em que o desequilíbrio de forças impedirá a livre negociação, sendo que a voluntariedade de se submeter à mediação ou encerrá-la, o remédio primeiro das partes contra qualquer desequilíbrio. A autora, assim, posiciona-se contrariamente à mediação obrigatória. O segundo remédio seria a decisão do próprio mediador de encerrar o processo, se diante de um desequilíbrio de forças que prejudique o acordo. CEBOLA, 2011: 250-252.

²⁵¹ Art. 19.º. Fim do procedimento de mediação. O procedimento de mediação termina quando: [...] c) O mediador de conflitos, fundamentadamente, assim o decida”. Lei n.º 29/2013, de 19 de Abril.

chega a qualquer lugar em grupos demasiadamente grandes. Nesses casos, é comum que as posições se tornem cada vez mais polarizadas em decorrência de um crescente efeito de massa, em que os integrantes do grupo que já concordavam inicialmente, se aproveitam dessa credibilidade preexistente ao conflito, para se convencerem mutuamente, amplificarem os argumentos e reforçarem suas próprias posições. Isto faz com que, individualmente, cada integrante do grupo passe a ter, cada vez mais, argumentos contrários ao grupo oposto²⁵².

A representatividade adequada dos grupos comunitários está atrelada diretamente ao requisito da livre escolha e voluntariedade. Como, muitas vezes, pelo tamanho dos grupos envolvidos, não é possível ter todos os indivíduos à mesa de negociação, é necessário que aqueles que, de fato, se envolvam na negociação sejam reconhecidos pela comunidade como seu representante, tenham seu respeito e a legitimação necessária para falar em nome dela.

Este ponto é especialmente relevante para a mediação ambiental, já que nem todas as demandas ambientais submetidas à mediação envolvem indivíduos ou pequenos grupos de indivíduos, e podem envolver uma comunidade inteira. Sem uma representatividade legítima e adequada, é impossível verificar se o acordo expressa a livre escolha da comunidade²⁵³.

3.3 – Tipos de conflitos mediáveis (Mediabilidade)

Analisada a mediação enquanto método e o mediador enquanto terceiro responsável por equilibrar as forças e fomentar o diálogo, passemos à análise das características dos conflitos tradicionalmente submetidos à mediação e, portanto, considerados “mediáveis”²⁵⁴.

Segundo levantamento realizado por CEBOLA, na legislação europeia e dos países europeus, a mediabilidade costuma ser definida sob três critérios: (i) disponibilidade dos direitos objeto do conflito; (ii) possibilidade de transigir sobre o objeto do conflito; e (iii) não versar, o conflito ou seu objeto, sobre matéria de ordem pública²⁵⁵. Avaliaremos cada um deles individualmente, para em seguida apresentar as críticas da doutrina e expor a opção adotada pela lei portuguesa.

²⁵² BACOW; WHEELER, 1984: 104.

²⁵³ Voltaremos ao tema, no Capítulo 4.1.1.5.

²⁵⁴ Neste passo, parece importante aduzir o posicionamento de GREGER, exposto por SILVA, que, segundo a autora, com base em sua experiência como magistrado é da opinião de que “há conflitos que nunca deveriam ser decididos por um tribunal pois o que é fundamental não é a decisão, mas a capacidade de ultrapassagem do conflito por aqueles que nele estão envolvidos”. Segue SILVA citando os conflitos “em que deve proceder-se a uma imputação de responsabilidade entre diversos intervenientes” e em “hipóteses em que o impacto emocional do conflito é elevado” e, citando o uso do método nos Estados Unidos, os conflitos envolvendo pessoas colectivas, inclusive os de aplicação de coimas decorrentes de “violação de leis ambientais” e os “conflitos ambientais”. SILVA, 2009: 76-77.

²⁵⁵ CEBOLA, 2011: 145.

3.3.1 – Disponibilidade de Direitos

A disponibilidade do direito é o critério adotado pela Directiva 2008/52/CE, em seu art. 1º, nº. 2²⁵⁶, que dispõe que as partes não poderão submeter à mediação matérias sobre as quais não possam dispor²⁵⁷.

A definição sobre quais direitos individuais não se pode dispor não é clara, mas está, em regra, relacionada em Tratados Internacionais de Direitos Humanos e direitos fundamentais previstos nas Constituições dos Estados, como ocorre com a CRP e a CFB. Apesar de parte importante da doutrina²⁵⁸ tratar simultaneamente da disponibilidade e da transigibilidade, concordamos com SOUZA, para quem a disponibilidade inclui a possibilidade de transacionar sobre o bem, mas também o poder de dispor dele e renunciá-lo²⁵⁹.

São indisponíveis, por exemplo, os direitos fundamentais, de primeira geração, como o direito à vida, os de segunda geração, que configuram os direitos sociais, de que seria exemplo, o direito ao livre exercício profissional, o direito de livre associação, dentre outros e, os de terceira geração, que mais interessam para os fins do presente trabalho, e que incluiriam, o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado^{260 261}.

Também são considerados indisponíveis os bens e o interesse público, por pertencerem à toda a coletividade e não a um indivíduo. Voltaremos à indisponibilidade do interesse público ao tratar da mediação ambiental, no Capítulo 4.1.2.1.

Mas, por ora, é importante ressaltar que o critério da disponibilidade para a definição de matérias mediáveis ou arbitráveis não é pacífica na doutrina. Dentre as críticas, prevalecem a falta de clareza sobre quais são efetivamente os direitos disponíveis e indisponíveis como critérios prévios ao início do processo de mediação²⁶².

CARAMELO faz uma análise interessante sobre o conceito da disponibilidade, inclusive sobre as correntes doutrinárias que classificam a disponibilidade em diferentes graus

²⁵⁶ “2. Os Estados-Membros devem incentivar a formação inicial e contínua dos mediadores, a fim de garantir que a mediação seja conduzida de modo eficaz, imparcial e competente relativamente às partes”. Directiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Maio de 2008.

²⁵⁷ CARVALHO ressalta, entretanto que é necessário entender o contexto da norma que visa uma relação equilibrada entre o Poder Judiciário e a mediação e permitir que os juízes possam remeter à mediação conflitos que entendam que possam se beneficiar da mediação. Assim, pondera CARVALHO que em que pese a norma europeia, nada impediria que os Estados-Membros adotassem outros critérios de mediabilidade. CARVALHO, 2011: 284.

²⁵⁸ Por exemplo, CARAMELO, 2010: 142.

²⁵⁹ SOUZA, 2012b: 170.

²⁶⁰ Nos termos do Art. n.º 66, da CRP.

²⁶¹ Segundo CANOTILHO, o direito previsto na Constituição seria um direito subjetivo público de conteúdo positivo e negativo. Positivo ao impor ao Estado os deveres de proteção ambiental e negativo ao permitir que se exija tanto do Estado quanto de particulares a abstenção de condutas que possam agredir o ambiente. CANOTILHO, 1995: 13.

²⁶² Para maior detalhamento sobre a questão, ver LOPES; PATRÃO, 2016: 80-85.

e tipos²⁶³, para, de certa forma, justificar a flexibilização do critério para definir a arbitrabilidade dos litígios, e então, se posicionar sobre a inadequação do critério²⁶⁴. O autor, contudo, parece entender que a disponibilidade poderia ser um critério aceitável quando se tratar de formas autocompositivas de solução de conflitos, citando a transação, como exemplo²⁶⁵.

GOUVEIA ressalta que ao longo do tempo, em diversos sistemas jurídicos, como no direito português, a doutrina (acompanhada pela jurisprudência) passaram a alargar o conceito de disponibilidade. Segundo a autora, a indisponibilidade passou a ser dividida em absoluta e relativa e os “negócios processuais são válidos se estiverem em causa direitos relativamente indisponíveis e inválidos se versarem sobre direitos em absoluto indisponíveis”²⁶⁶. Informa ainda que, assim como na arbitragem, o controle da natureza da indisponibilidade (absoluta ou relativa) acaba sendo aferida *a posteriori*, no momento da homologação do acordo resultante²⁶⁷.

No mesmo sentido, CEBOLA ressalta que a mediação tem lugar especialmente em conflitos penais e de família, onde há uma gama enorme de direitos indisponíveis. Assim, não seria a disponibilidade ou indisponibilidade motivo razoável para afastamento do método²⁶⁸. A autora entende, contudo, que seria necessário que a lei do Estado competente admitisse o uso do método para os tipos de conflito²⁶⁹.

²⁶³ Sobre os diferentes graus de arbitrabilidade, é interessante aduzir o posicionamento de GOUVEIA que entende que haveria uma tendência à identificação do termo indisponível somente àquele núcleo de direitos que não podem absolutamente deixar de ser exercidos. GOUVEIA, 2019: 86-87.

²⁶⁴ CAMELO, 2010: 141-142.

²⁶⁵ CAMELO, 2010: 142.

²⁶⁶ GOUVEIA, 2019: 86.

²⁶⁷ GOUVEIA, 2019: 87. Em sentido parecido e apesar de ter escrito antes da entrada em vigor da Lei n.º 29/2013, de 19 de Abril, CARVALHO pondera que, no âmbito da autonomia privada, nada impediria às partes buscar a ajuda de um mediador para solucionar qualquer conflito e ajuda-las a alcançar um acordo, sendo que as restrições quando se estivesse buscando solução para conflitos relacionados à direitos indisponíveis, se vinculariam à exequibilidade do acordo que importasse na disposição de direitos indisponíveis (CARVALHO, 2011: 284-285). O autor entendia que o Estado poderia impor restrições à mediação em matérias de direito público, mas não à relação entre duas entidades privadas, devendo somente controlar o resultado desse processo de negociação. Justifica seu posicionamento em dois pontos: um deles, o fato de que nem sempre uma negociação sobre um direito indisponível resultará na disposição deste direito, podendo, ao contrário reforça-lo ou ainda tratar o conflito de forma que não o afete; e, considerando que a função precípua da mediação é justamente afastar-se das posições para se alcançar (e compor) os interesses das partes, não há qualquer garantia de que uma negociação que se inicie versando sobre um direito indisponível não se converterá em uma solução sobre outros direitos e sobre interesses diversos daquela disputa inicial. Assim, o autor defende que o controle de disponibilidade deve ser feito sobre o acordo, resultante do processo de mediação e não *a priori* (CARVALHO, 2011: 286).

²⁶⁸ No mesmo sentido, podemos citar também VICENTE *apud* LOPES e PATRÃO, 2016: 82.

²⁶⁹ CEBOLA, 2011: 146. Vale citar ainda, VARGAS (MERÇON-VARGAS, 2012: 21) e GOUVEIA (GOUVEIA, 2019: 85), que, assim como CARVALHO, entendem que o critério da disponibilidade não seria adequado para afastar de início a aplicação da mediação. GOUVEIA defende que o critério, adotado no passado pela Lei de Arbitragem Voluntária de 1986, “era um critério na teoria adequado, na prática inexequível” e VARGAS argumenta que o princípio da inércia do Judiciário, pelo qual este somente age quando demandado, deveria analisado quanto à análise de disponibilidade. Assim, “se os próprios litigantes prescindem, nos limites de seu poder de disposição, do que seria a rigorosa atuação da vontade concreta do direito, insistir na sua consecução

Apesar de haver doutrina favorável ao critério da disponibilidade para avaliação da mediabilidade de um conflito²⁷⁰, concordamos com as críticas feitas acima e entendemos que este não seria o critério mais adequado. Se a disponibilidade do direito é avaliada previamente à submissão do litígio ao método, a ausência de objetividade no critério pode gerar um desestímulo ao seu uso ou resultar numa judicialização sobre ele. Na segunda hipótese, o juiz será chamado a definir se o conflito pode ou não ser submetido à mediação, o que é contrário, evidentemente aos benefícios da mediação para o sistema de justiça como um todo.

3.3.2 - Transigibilidade

Apesar de parte da doutrina tratar do critério da disponibilidade em conjunto com o da transigibilidade, somos da opinião de que a transigibilidade não deveria se confundir com a disponibilidade. Como escreve SOUZA, “a transigibilidade não abrange [...] a possibilidade de renúncia, mas sim, pura e simplesmente, troca, muitas vezes, aliás, com vantagens para o interesse público”²⁷¹.

A possibilidade de transacionar sobre direitos é normalmente prevista nos Códigos Civis dos Estados. Assim, sob a perspectiva do direito brasileiro, por exemplo, o Art. 841 do Código Civil, dispõe que “só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação”²⁷². No direito português, o Artigo 1249º dispõe que “as partes não podem transigir sobre direitos de que lhes não é permitido dispor, nem sobre questões respeitantes a negócios jurídicos ilícitos”²⁷³.

Assim, nota-se que há diferenças nestes sistemas entre o que pode ou não se sujeitar à transação em matéria civil, que abrange as discussões relacionadas à responsabilidade civil ambiental decorrentes de danos, objeto deste trabalho. Nota-se, pela diferença, porque, no Direito Português, ele é tratado em conjunto com o critério da disponibilidade.

Mas a transação não se restringe ao âmbito civil. No direito penal brasileiro, por exemplo, admite-se a transação penal no âmbito das disputas submetidas a Juizados Especiais criminais, que tratam de “infrações penais de menor potencial ofensivo [...] as contravenções

[quando, por exemplo, o acordo é alcançado] tornaria sem sentido o exercício da jurisdição, pois implicaria violação ao princípio da inércia” (MERÇON-VARGAS, 2012: 21).

²⁷⁰ Aqui, podemos citar: GOUVEIA, 2019: 86-87.

²⁷¹ SOUZA, 2012b: 171.

²⁷² Lei n.º 10.406/2002, de 10 de Janeiro.

²⁷³ CÓDIGO Civil, 2017: 226. Sobre a transação, MAGALHÃES escreve que, no direito português, esta “aparece como um negócio jurídico privado, nos termos do qual as partes, dotadas da autonomia que o direito lhes reconhece, dispõem e definem a situação jurídica em controvérsia, mas, paralelamente, tem eficácia processual, pois determinará uma modificação no pedido deduzido na acção ou mesmo o fim desta, por via da extinção da instância”. MAGALHÃES, 2018: 135.

penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa”²⁷⁴.

Assim, a avaliação sobre a transigibilidade de uma matéria nos parece mais ampla do que a sua disponibilidade.

CEBOLA entende que o critério da transigibilidade também não seria adequado para determinar as matérias que podem ser submetidas à mediação. Em sua tese de doutoramento, a autora defendia que, na mediação, não haveria propriamente concessões mútuas, mas a construção de uma solução consensual. Além do mais, não haveria um encerramento definitivo da disputa, já que as partes poderiam eventualmente ir à juízo, por exemplo, se o acordo resultante do processo não fosse cumprido²⁷⁵.

Em que pesem as críticas doutrinárias, a transigibilidade foi o critério adotado tanto pela LM portuguesa²⁷⁶ quanto pela LM brasileira²⁷⁷.

É preciso aduzir que, para fins do direito processual civil português, o critério da transigibilidade está intrinsecamente ligado ao da disponibilidade, na medida em que o Código Civil prevê a submissão à transação, dos direitos disponíveis²⁷⁸.

3.3.3 – Observância da Ordem Pública

Como aponta GOUVEIA, a definição de ordem pública, em que pese ser reconhecida na perspectiva teórica, não é tão simples de se fazer na prática²⁷⁹. Em teoria, entende-se a ordem pública como o “conjunto de princípios fundamentais do nosso ordenamento jurídico”²⁸⁰.

²⁷⁴ LEI N.º 9.099/95, de 26 de Setembro, Art. 61.

²⁷⁵ CEBOLA, 2011: 146-147.

²⁷⁶ “Art. 11º. Litígios objecto de mediação civil e comercial. 1. Podem ser objecto de mediação de litígios em matéria civil e comercial os litígios que, enquadrando-se nessas matérias, respeitem a interesses de natureza patrimonial. 2. Podem ainda ser objecto de mediação os litígios em matéria civil e comercial que não envolvam interesses de natureza patrimonial, desde que as partes possam celebrar transacção sobre o direito controvertido”. LEI N.º 29/2013, de 19 de Abril.

²⁷⁷ “Art. 3º Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação. § 1º A mediação pode versar sobre todo o conflito ou parte dele. § 2º O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público.” LEI N.º 13.140/2015, de 29 de Junho.

²⁷⁸ Conforme dispõe o art. 289º. da LEI N.º 41/2013, de 26 de Junho (CPC).

²⁷⁹ GOUVEIA, 2019: 331. Segundo a autora, outros autores tentaram sistematizar o que seriam os princípios de ordem pública. Tais autores, sob a perspectiva do direito privado, discutiriam se o direito da concorrência, o direito de consumo, seriam por si só direitos de ordem pública. A autora conclui, e com ela concordamos, que não se pode entender que “todas as regras desse ramo de direito [...] sejam de ordem pública” (GOUVEIA, 2019: 312-313). Ainda, Para a autora seria necessário analisar o “papel que essa regra desempenha no equilíbrio do sistema jurídico, para aferir se se trata de um normativo de importância vital” (GOUVEIA, 2019: 313).

²⁸⁰ GOUVEIA, 2019: 93.

Especificamente sobre o critério da ordem pública, CEBOLA posiciona-se no sentido de que tal critério seria equivocado na medida em que muitas vezes só se conhece o real teor do conflito, após o início do processo para sua solução, obrigando o mediador a ser jurista. A autora entende que, se por um lado, é preciso reconhecer que o acordo (que encerra a mediação) não poderá violar a ordem pública, não haveria motivo para essa averiguação durante o processo, até porque a mediação poderia sanar eventualmente, a questão de ordem pública sobre a qual versa²⁸¹.

A nosso ver, não se pode dizer que todo e qualquer tema ou disputa relacionada ao direito do ambiente será necessariamente de ordem pública. Como aduzimos no primeiro capítulo, há uma série de tipos de conflitos que podem ser entendidos como ambientais e que não necessariamente porão em causa um potencial impacto ao ambiente integralmente considerado ou representarão uma disputa sobre a proteção ou não do ambiente²⁸².

3.3.4 – Análise crítica sobre a adequação dos três subcritérios e critério adotado pela Lei de Mediação Portuguesa

Após refutar as características tradicionais de afastamento da mediação, em sua tese de doutoramento, CEBOLA posiciona-se no sentido de que a mediabilidade de um conflito deveria decorrer exclusivamente do atendimento ou não atendimento aos elementos essenciais da mediação²⁸³. Assim, antes da edição da Lei n.º. 29/2013, de 19 de Abril, a autora entendia que caberia à legislação prever expressamente as hipóteses de afastamento da mediação e não o contrário. Todos os conflitos seriam mediáveis, salvo se a lei dissesse que não são e salvo se a mediação fosse impossível pelo não atendimento a seus próprios elementos essenciais²⁸⁴.

No mesmo sentido, mas sob a égide da Lei n.º. 29/2009, de 29 de Junho, hoje revogada, CARVALHO entendia que os controles relativos à ordem pública, a disponibilidade ou indisponibilidade dos bens deveriam ser feitos *a posteriori*, no processo de homologação do

²⁸¹ CEBOLA, 2011: 145-146. No mesmo sentido, sobre o uso do critério da ordem pública para a definição da arbitrabilidade, CAMELO baseia-se na análise de como a jurisprudência e doutrina francesas acabaram mitigando, com o passar do tempo, as restrições impostas à arbitrabilidade de litígios por um critério de violação à ordem pública, para também concluir pela sua inadequação. Diz o autor que, se em um primeiro momento, bastava que uma das partes da disputa alegasse a violação à ordem pública para que o litígio não pudesse ser submetido à arbitragem, com o passar do tempo, a ordem pública passou a ser avaliada *a posteriori*, logo deixando de ser usado para definir a arbitrabilidade do litígio (CAMELO, 2010: 135-140).

²⁸² Falaremos mais sobre este ponto no Capítulo 4.

²⁸³ A autora cita como exemplo de conflito que não pode ser mediável, em matéria penal, os crimes sem vítima, posto que faltariam partes contrapostas e que pudessem validamente negociar e construir qualquer acordo.

²⁸⁴ CEBOLA, 2011: 148.

acordo resultante do processo de mediação ou no momento da sua execução, como ocorreria com qualquer outro acordo ou contrato firmado no âmbito da autonomia privada entre partes²⁸⁵.

Uma das justificativas, que julgamos adequada, é que, por sua natureza e pela forma como deve ser desenvolvido o processo de mediação, os problemas e questões solucionados pelo acordo podem não ser aqueles que levaram às partes à mediação (composição de interesses e não posições). Nessa medida, um controle prévio de mediabilidade do litígio poderia impedir uma solução acordada sobre a qual não pare qualquer invalidade prevista em lei²⁸⁶.

Mas se, por um lado, os critérios anteriores não são, também a nosso ver, adequados, por outro, isso não significa dizer que todos os conflitos são passíveis de mediação.

Tem lugar aqui, o levantamento de histórico de casos de mediação de 1970 até 1984, nos Estados Unidos, feito por BINGHAM e que a permitiu concluir que, realisticamente, nem todas as questões são susceptíveis de solução consensual, seja porque refletem uma questão legal ou de princípios, seja porque as partes são incapazes de encontrar soluções criativas para dar à outra uma solução mais palatável do que a que resultou no conflito. Nesses casos, conclui a autora, as soluções alternativas de resolução de conflito não serão mais eficientes ou eficazes do que o contencioso judicial²⁸⁷.

Ocorre que, nos casos descritos pela autora, não nos parece possível pré-definir um critério objetivo e antecedente à submissão do caso ao processo. São fatos, sentimentos ou elementos descobertos no curso do processo que impedem o acordo. Por isso, não nos parece adequado limitar a tentativa e o processo em si.

Dito isto, contudo, é preciso reconhecer que a LM portuguesa adotou o critério da patrimonialidade, combinado com o critério da transigibilidade, quando estivermos diante de direitos personalíssimos. Para LOPES e PATRÃO, tais critérios seriam adequados para a mediação em matérias civil e comercial, e, se combinados aos sistemas públicos de mediação, dariam uma abrangência suficiente ao uso do método no Direito Português²⁸⁸.

No mesmo sentido, para GOUVEIA, o foco da lei portuguesa à patrimonialidade é adequado. Diz a autora que o “que é patrimonial é muito simples: sempre que estiver em causa

²⁸⁵ CARVALHO, 2011: 284.

²⁸⁶ CARVALHO, 2011: 286.

²⁸⁷ BINGHAM, 1986: 140. No mesmo sentido, mas fazendo uma análise sobre a adequação da mediação como instrumento de fomento da participação popular em decisões políticas e audiências públicas, ver BEIERLE e CAYFORD, 2003: 127.

²⁸⁸ LOPES e PATRÃO, 2016: 85-86. CAMELO, após refutar os três critérios indicados nos itens anteriores, entendia, mesmo antes da edição da lei, que o mais adequado seria combinar os critérios da patrimonialidade, que determina que seriam arbitráveis os conflitos que versassem sobre direitos conversíveis em pecúnia, com o critério da transigibilidade, a ser aplicado aos conflitos versando sobre direitos de personalidade, mas sobre os quais se admite alguma transação e negociação (CAMELO, 2010: 150-151).

um interesse pecuniário ou económico, a mediação é admissível”²⁸⁹, alcançando também as “transações económicas [...] quando se pretenda o cumprimento de prestação de facto ou de declaração de validade ou invalidade de atos negociais”, pois a patrimonialidade deve ser aferida sobre a “relação jurídica e não o conteúdo do eventual acordo”²⁹⁰.

O critério da patrimonialidade poderá resolver alguns dos conflitos ambientais sobre os quais discorreremos no Capítulo 1, na medida em que, em sua grande maioria, os conflitos decorrentes de danos ambientais e responsabilidade civil, seja para a proteção de direitos individuais, colectivos ou difusos serão, em sua esmagadora maioria, podem ser traduzidos em obrigações patrimoniais.

Por outro lado, os conflitos ambientais relacionados a planeamento de novos empreendimentos não necessariamente se reverterão em interesses económicos. Nessa medida, será preciso avançar sobre o segundo critério previsto na LM portuguesa, qual seja o da transigibilidade, já descrito anteriormente, inclusive pelas críticas feitas a ele pela doutrina.

Passemos a seguir a discorrer sobre a mediação ambiental em si e, em especial, as especificidades relacionadas a mediação administrativa, que se aplicam, como veremos a alguns tipos de conflitos ambientais.

4 – MEDIAÇÃO AMBIENTAL

Uma vez analisada a mediação como método de solução de conflitos, suas características e elementos essenciais, passaremos a tratar da mediação ambiental, assim entendida como o método para solução de conflitos sobre o ambiente, o bem ambiental e os componentes ambientais.

O objetivo último deste capítulo é, portanto, analisar as especificidades apontadas pela doutrina nos Estados Unidos, no Brasil e em Portugal, para os conflitos ambientais e, a partir daí verificar: (i) se elas estão mesmo presentes em todos os tipos de conflitos ambientais, conforme descritos no Capítulo 1, e (ii) quando presentes, quais os reais impactos destas especificidades ao uso da mediação. Pretende-se verificar se tais especificidades devem ser consideradas impeditivas, facilitadoras ou pontos de atenção no curso do processo.

²⁸⁹ GOUVEIA, 2019: 86.

²⁹⁰ GOUVEIA, 2019: 86.

Para isso, dividiremos este capítulo em duas partes: a primeira, contendo a descrição das especificidades apontadas pela doutrina para os conflitos ambientais²⁹¹ e a forma como a doutrina trata delas²⁹², partindo de uma proposta de sistematização para separá-las conforme se relacionem às partes envolvidas, ao objeto do conflito ou ao processo²⁹³; e a segunda, apresentando a correlação entre as especificidades apontadas na primeira parte e os tipos de conflitos ambientais, sua adequação, e a forma como cada uma das especificidades apontadas influencia o uso do método de mediação.

4.1 - Especificidades dos conflitos ambientais

As especificidades aqui apontadas são, em grande medida, as descritas por autores que vivem e estudam a realidade da mediação ambiental nos Estados Unidos, Brasil e Portugal²⁹⁴.

A escolha decorre do fato de que os Estados Unidos podem ser entendidos como o berço do sistema conhecido como *environmental dispute resolution*²⁹⁵, que inclui, com relativa tranquilidade, o uso da mediação²⁹⁶ como uma das formas de solução de conflitos ambientais, ao passo que a codificação do método no Brasil e em Portugal ocorreu nesta última década²⁹⁷.

Brasil e Portugal criaram suas leis de mediação com estruturas e abrangências distintas. Exemplificativamente, a LM brasileira contempla, expressamente, sua aplicabilidade

²⁹¹ Exemplificativamente, SAMPAIO et. at. apontam a ausência de uma relação duradoura entre as partes, na medida em que os conflitos ambientais teriam natureza episódica, o entendimento do conflito como multidisciplinar, intensamente polarizado, envolver incertezas científicas e uma multiplicidade de interesses pelo grande número de agentes e grupos afetados por ele. SAMPAIO et. al, 2016: 44-46.

²⁹² Como veremos, os autores norte-americanos não negam as peculiaridades do conflito ambiental, mas, via de regra, ao invés de verem tais características como limitadoras do uso do método, entendem que a mediação em matéria ambiental requer atenção às suas peculiares características.

²⁹³ É necessário que se diga que, apesar de ser possível teoricamente fazer essa sistematização, as questões são imbricadas entre si. O fato de o conflito ambiental, por exemplo, envolver um bem difuso (uma especificidade do objeto do conflito), este fato está intimamente ligado a uma dificuldade de representatividade dos titulares do direito de usufruir desse bem difuso (que é uma especificidade com relação às partes do conflito) e de assegurar a confidencialidade do que ocorre nas sessões de mediação (uma especificidade relacionada ao processo).

²⁹⁴ Compreendemos que os Estados Unidos, de um lado, e Brasil e Portugal, de outro, adotam sistemas jurídicos distintos. O *common law* representa uma construção do direito e das leis, pela consolidação de precedentes, enquanto, no regime de *civil law*, as leis são codificadas, construídas pelos legisladores, e aplicadas pelo Poder Judiciário. As realidades desses países, em especial, quanto ao Poder Judiciário, e os efeitos mais ou menos vinculantes de suas decisões para a construção do Direito, fazem com que o uso da mediação (em especial, para a solução de conflitos ambientais) seja vista de forma diferente e tenha se desenvolvido de forma diversa.

²⁹⁵ Segundo EMERSON *et. al.*, o termo congrega um “grupo de técnicas, processos e papéis que permitem às partes numa disputa alcançar um acordo, normalmente com a ajuda de um ou mais terceiros neutrais” EMERSON et. at., 2003: 40.

²⁹⁶ Exemplificativamente, a escola de mediação mais citada pela doutrina dos três países é justamente a escola negociação de Harvard, seguidas pela escola de Yale.

²⁹⁷ Fazendo com que haja ainda questionamentos importantes ao seu uso para solução de conflitos ambientais.

aos conflitos envolvendo a Administração Pública²⁹⁸, comum nos conflitos ambientais, o que não ocorre na lei portuguesa²⁹⁹.

Assim, a escolha do Brasil para essa comparação se deve à natural afinidade entre os dois regimes jurídicos e países, mas também pelas diferenças entre as leis de mediação e posicionamento doutrinário sobre o tema nos dois países.

Passemos, então, à análise das especificidades do uso da mediação para solução de conflitos ambientais, pelos olhos da doutrina destes três países.

4.1.1 - Quanto às partes

A mediação ambiental enfrenta questões importantes com relação às partes. Primeiro, porque usualmente envolve uma multiplicidade de partes e nesta multiplicidade, usualmente há pessoas colectivas, associações e legitimados extraordinários na persecução da defesa de interesses colectivos e difusos. Tal fato traz dificuldades, por um lado, à verificação do mínimo de relacionamento entre os atores que se submeterão às sessões de mediação, e por outro, à comprovação da intenção dos interessados de submeter seu conflito ao processo de mediação. Traz dificuldades ainda à identificação de todos os grupos e indivíduos com interesses na contenda e à verificação do vínculo entre representante e representados.

Segundo, em muitos casos, verifica-se um desequilíbrio de forças no processo, seja pela presença da Administração Pública, como um dos atores (atraindo as especificidades do direito público), seja pela verificação de desequilíbrio econômico entre os envolvidos.

Passemos, então, a analisar cada um destes elementos.

4.1.1.1 – O mínimo de relacionamento entre as partes³⁰⁰

A dificuldade relacionada ao mínimo de relacionamento entre as partes costuma ser ressaltada pela doutrina nos conflitos decorrentes de um dano ambiental, em especial quando estamos diante de um evento súbito³⁰¹.

²⁹⁸ “Art. 1º. Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública”. LEI N.º 13.140/2015, de 29 de Junho. Sobre a autocomposição de conflitos, relembra BRAGA NETO que a lei buscou estimular a criação de “câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos” nos órgãos da Advocacia Pública dos entes governamentais. BRAGA NETO, 2015: 269.

²⁹⁹ “Estabelece os princípios gerais aplicáveis à mediação realizada em Portugal, bem como os regimes jurídicos da mediação civil e comercial, dos mediadores e da mediação pública” LEI N.º 29/2013, de 19 de Abril.

³⁰⁰ Para uma análise da doutrina que trata do requisito como necessário ao uso da mediação, ver Capítulo 3.1.3, acima.

³⁰¹ Que seriam os danos decorrentes de poluição súbita e não continuada, como ocorre nos desastres.

VARGAS entende o uso da mediação é questionável no caso de disputas sobre direitos difusos, pelo fato de estarem em conflito, via de regra “pessoas jurídicas [causadoras do dano] e coletividades indeterminadas de sujeitos, [o que] desconfiguraria hipótese típica de uso da mediação, técnica especialmente indicada para os conflitos marcados por alta dose de subjetivismo e grande impacto emocional”³⁰². Ainda, considerando que são conflitos “episódicos”, mesmo quando se prolongam no tempo, a mediação não desempenharia a sua principal função, que seria a de restabelecer o diálogo perdido, ressignificar o relacionamento e permitir às partes que, no futuro, consigam dialogar e resolver seus conflitos de forma cooperativa e pacífica³⁰³.

A crítica pode ser pertinente a um tipo específico de conflito ambiental: aquele que decorre de um dano e que envolve exclusivamente disputas indenizatórias e relacionadas a interesses individuais, individuais homogêneos ou, no máximo, coletivos. Mas, mesmo nesse caso, entendemos que a crítica não é absolutamente cabível.

A característica de envolver partes que não guardam entre si um mínimo de relacionamento ou uma perspectiva de continuidade desse relacionamento no futuro não nos parece ser regra para todos os conflitos que versam sobre temas ambientais. Tomemos por exemplo, o caso de uma ampliação da capacidade de geração de uma indústria resultante em um aumento de emissões.

Deste caso, destacam-se dois tipos de conflitos: o primeiro, envolvendo danos à comunidade vizinha, e em que há sim uma relação duradoura entre essa comunidade diretamente afetada pelas emissões e a indústria, seus gestores e dirigentes; e um segundo, decorrente de um dano difuso potencial e de possível impacto às gerações futuras.

Se tomarmos à risca o elemento do relacionamento direto, poderíamos entender pela inaplicabilidade da mediação ao segundo conflito, mas não podemos negar a necessidade de convivência contínua dos vizinhos com a fábrica, já que, aqui, o óbice do relacionamento duradouro e com perspectivas de novas interações futuras não se verifica.

Por outro lado, quando falamos de gerações futuras, devemos reconhecer que, na maioria das jurisdições, há entes legitimados a defender seus interesses, sejam eles criados por livre associação comunitária, como é o caso das ONGAs internacionais ou nacionais, sejam eles criados por lei, como é o caso do Ministério Público (“MP”), no Brasil. Não se pode negar

³⁰² MERÇON-VARGAS, 2012: 122.

³⁰³ MERÇON-VARGAS, 2012: 123. No mesmo sentido, mas sob a perspectiva das relações de consumo, que podem ou não envolver direitos difusos, PEREIRA relata que nos “conflitos que emergem de relações pontuais ou em que não haja necessidade de convivência reiterada, esta vertente [da mediação] mostra-se menos relevante” (PEREIRA, 2010: 201).

que a indústria do exemplo terá, ao longo de sua existência, diversas interações com tais legitimados. Assim, também não podemos falar de uma ausência de continuidade de relacionamento entre os litigantes e defensores dos interesses em conflito.

Onde estão, então, as relações episódicas citadas pela doutrina? Ao que nos parece, elas limitam-se a certos conflitos ambientais de natureza indenizatória individual, individual homogênea ou coletiva, relacionados, por exemplo, a um grande desastre ambiental. Neste caso, podemos imaginar que uma indústria que causa um dano a um indivíduo situado a quilômetros de distância de sua unidade, poderá nunca mais em sua existência relacionar-se com ele, a não ser no momento da disputa indenizatória³⁰⁴.

Atrelado à continuidade de relação entre partes, há o entendimento de que a mediação seria um método adequado a resolver conflitos em que exista uma carga emocional entre os mediados³⁰⁵, que os faça buscar restabelecer o diálogo e que promova o encontro de suas vontades para um consenso. A partir da mediação, os mediados passariam a ser capazes de resolver seus conflitos³⁰⁶.

Nos parece que a paixão evidenciada na maioria dos conflitos ambientais reflete a existência daquele mínimo de relacionamento necessário para que a mediação possa ocorrer e reflete essa carga emocional. A forma apaixonada que move os atores a litigar em matéria ambiental e defender seus valores e ideais em causas ambientais é reflexo da relação que eles têm com os demais seres humanos, com a sua comunidade, e com o ambiente em que vivem³⁰⁷.

Assim, quando uma associação ou o MP posiciona-se contrariamente à instalação de uma fábrica que considera potencialmente danosa ao ambiente ou quando uma associação alega que a comunidade que defende teria sofrido danos ambientais, estamos diante da defesa de valores e ideais quanto à proteção de seu meio, de sua comunidade e sua saúde.

³⁰⁴ Vejamos que mesmo no caso de um dano individual, decorrente de um evento súbito de poluição, por exemplo, há, geralmente, um vínculo de proximidade e vizinhança entre as partes. Salvo em casos como o desastre de Mariana-MG, em que foram atingidos indivíduos que sequer imaginavam que um rompimento de barragem de mineração naquela cidade pudesse alcançá-los, tamanha a distância percorrida pela lama, normalmente, os danos ambientais decorrentes de uma atividade, atingem vizinhos próximos ao empreendimento. É assim com efluentes despejados em córregos e rios, emissões atmosféricas, despejo irregular de resíduos, e outros.

³⁰⁵ Relembre-se, aqui, o exposto por SILVA, ao citar o magistrado GERBER, para quem os tribunais não seriam adequados para solucionar conflitos em que “o que é fundamental não é a decisão, mas a capacidade de ultrapassagem do conflito por aqueles que nele estão envolvidos”. SILVA, 2009: 76.

³⁰⁶ O entendimento está ligado ao requisito da voluntariedade na mediação e, em especial, do acordo por consenso, já visto no Capítulo 3.

³⁰⁷ Não creio que possamos afastar de pronto a existência de uma forte carga emocional no conflito entre um representante legítimo de uma empresa ou empreendimento e um representante legítimo de uma comunidade ou uma ONGA contrária ao empreendimento, por motivações ambientais. Se é verdade que o conflito não dirá respeito aos seus direitos de personalidade, eles terão sim e poderão sim exprimir os interesses, valores e emoções durante a negociação, refletindo uma visão própria sobre a melhor forma de promover a proteção do ambiente.

Não fosse a preocupação e o cuidado com a sua comunidade, os litigantes não teriam o ímpeto e a disposição de litigar sobre matéria ambiental.

Por outro lado, a intenção de firmar ou não um acordo, a boa-fé durante as sessões, a intenção de restabelecimento de diálogo e de construção de um vínculo e relacionamento de solução de conflitos que seja duradouro, elementos necessários para que a mediação seja bem-sucedida, só poderão ser avaliadas durante as sessões.

Um outro ponto é que, se a ausência de carga emocional afastasse os interesses legítimos de defesa das futuras gerações, ou por si só impedisse as partes de tomar decisões e se comprometer em nome de futuras gerações, de si mesmas, ou dos grupos que representam, pelo mesmo raciocínio, não lhes deveria ser permitido escolher temas, argumentos, teses ou documentos para ajuizar ações ou para submeter tais conflitos à decisão adjudicatória.

Entender que a ausência ou menor carga emocional entre as partes é impeditivo para firmar um acordo ou discutir verdadeiramente seus interesses e formar um consenso, mas não para propor uma ação e agir em juízo, nos parece, no mínimo, contraditório.

Se há vontade para propositura de uma ação, é porque há deliberada intenção de proteger valores que são caros ao proponente e sobre os quais, ele quer lutar³⁰⁸.

Mas ainda que o relacionamento se inicie pelo conflito, são as partes e somente elas que podem conhecer seus reais interesses. E, se estamos lidando com legitimados, há que se cuidar da representatividade adequada do grupo³⁰⁹.

Interessante aduzir o posicionamento de SILVA JUNIOR, que, ao analisar o conflito teórico entre desenvolvimento econômico e proteção do meio ambiente, conclui que os conflitos ambientais seriam melhor resolvidos por vias não adjudicatórias e compositivas, como é o caso da mediação, rompendo “com a concepção geral de que tais métodos somente seriam indicados aprioristicamente àquelas disputas de caráter eminentemente emotivo-interpessoal”. Isto porque, só nos métodos autocompositivos, como é o caso da mediação, haveria ampla

³⁰⁸ É evidente que dentre os elementos relativos à solução do conflito, a comunicação desempenha um papel extremamente relevante no processo. A maioria dos autores designa o papel fundamental da mediação como sendo o de restabelecer a comunicação entre as partes mediadas, ante a premissa de que tal comunicação foi interrompida pelo conflito. MOORE diz que a forma como se dá a comunicação entre quaisquer partes poderá “escalonar, apaziguar ou resolver um conflito” (MOORE, 2014: 143). É interessante aduzir que a comunicação entre as partes durante o processo de mediação (e na vida como um todo, na verdade) pode ser verbal ou não verbal. Comportamentos, gestos, feições também podem desempenhar um papel importante de aproximação ou afastamento entre elas. E, como ressalta MOORE, quanto maior o histórico de relacionamento entre as partes, mais a linguagem não escrita será perceptível entre elas. Assim, restabelecer a comunicação passa necessariamente por perceber os sinais de afastamento e aproximação e, de certa forma, valorizar os últimos, para que a comunicação seja saudável e voltada para a cooperação e composição. Nem sempre o fato de as partes falarem umas com as outras trará um resultado satisfatório. GALTUNG chega a dizer que, às vezes, a não comunicação é mais saudável para a composição do conflito do que a comunicação. (GALTUNG, 1958: 100).

³⁰⁹ Voltaremos a esse ponto, mais adiante.

“discussão de soluções envolvendo as partes afetadas”, permitindo “vislumbrar alternativas eficazes para evitar o dano ao bem jurídico ambiental e, ao mesmo tempo, permitir um grau máximo de desenvolvimento da sociedade”³¹⁰.

Por estes motivos, cremos que não se pode afastar a possibilidade de mediação em conflitos ambientais sob a perspectiva de que não há relacionamento e carga emocional entre os mediados. Como vimos: (i) não é regra que inexistente relacionamento duradouro entre as partes em conflitos ambientais; e (ii) não é regra que inexistente carga emocional envolvida nas negociações. A mediação em conflitos ambientais terá sempre suas especificidades quanto à relação entre os mediados, intenção de criação ou restabelecimento de um relacionamento duradouro, mas, nos parece que somente se poderá analisar a adequação ou não do método ao conflito ambiental, numa avaliação do caso concreto e não como regra geral.

4.1.1.2 – A comprovação de voluntariedade

A dificuldade relacionada à voluntariedade diz respeito essencialmente ao fato de que em muitos casos³¹¹, os conflitos ambientais envolvem direitos coletivos, individuais homogêneos ou direitos difusos³¹².

Nesse caso, há dúvida sobre como assegurar que todos os afetados ou os indivíduos que têm interesses no conflito anuíram com a submissão da questão à mediação, ou como poderiam participar validamente das sessões ou como assegurar que são os interesses dos representados (e não dos representantes) que estão sendo endereçados durante as sessões.

A questão aqui nos parece ser menos de proibir o uso do método e mais de como fiscalizar a representatividade. É fato que há complexidades nos casos que envolvem grandes grupos, mas nos parece difícil crer que o problema não exista igualmente no processo judicial.

Se a lei, como é o caso da brasileira³¹³, assegura a determinados agentes o dever e o direito de representar interesses difusos e coletivos, é porque, para ela, se justifica a economia

³¹⁰ SILVA JUNIOR, 2014: 396.

³¹¹ Como já tivemos a oportunidade de analisar no Capítulo 1, entendemos que não são todos os conflitos que podem ser entendidos como ambientais que envolvem direitos difusos. Em alguns casos, estamos sim tratando de direitos individuais decorrentes de um dano ambiental, por exemplo, mas em que a relação é direta entre um poluidor e um indivíduo afetado.

³¹² Segundo WATANABE, os interesses podem ser classificados como difusos quando “há uma indefinição do número de pessoas e entre elas inexistente uma relação-base”, enquanto nos direitos coletivos há um vínculo jurídico pre-existente que une todas as pessoas, mas cujo interesse ainda seria passível de individualização. WATANABE, 2019: 252. Os direitos individuais homogêneos foram definidos pelo Código de Defesa do Consumidor brasileiro, que é entendida como uma verdadeira norma geral quanto a proteção de direitos coletivos no Brasil. Diz o art. 81.º do CDC que são os direitos individuais homogêneos os “entendidos os decorrentes de origem comum”. LEI N.º 8.078/1990, de 11 de setembro.

³¹³ Referimo-nos aqui à Lei de Ação Civil Pública, competente para requerer a proteção judicial sobre direitos difusos, relacionados à “responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos

processual na defesa de interesses de um grupo ou da coletividade em uma só ação e não em milhares, como seria esperado em eventos de grandes proporções.

Por algum motivo, deixamos de nos perguntar sobre o que assegura que o interesse das pessoas está sendo, de fato, atendido quando uma ação civil pública é proposta com o objetivo de barrar ou impedir a instalação de um empreendimento, por exemplo. Não nos perguntamos se não haveria interesses de uma parte desta comunidade que não estão sendo contemplados ou se aquela ação não violaria frontalmente os interesses reais de outra parte.

Por algum motivo, cremos que agentes considerados legalmente legitimados sempre agem em prol do interesse difuso e coletivo, sem nos perguntar se, de fato, aquela atuação não reflete os valores individuais daquele representante, ao invés dos valores e interesses do grupo que representa.

Evidentemente que, na mediação, há o risco de o representante não defender integralmente os interesses do grupo. E isso deverá ser corrigido no âmbito da representatividade daquele grupo. Mas diferente do processo judicial em que a participação de interesses não diretamente relacionados ao processo original são admitidos em hipóteses absolutamente excepcionais³¹⁴, na mediação, o que fará com que o método seja bem sucedido é justamente a ampliação do número de participantes e de interesses afetados.

E evidentemente, os mesmos legitimados para defesa em juízo dos interesses difusos devem estar presentes à mediação, para expor suas preocupações e interesses, não como autoridade, mas como defensores daqueles interesses³¹⁵.

Em diversos casos descritos pela doutrina norte-americana, houve a participação de uma dezena de associações e interessados nas rodadas de negociação³¹⁶. Há casos em que

de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico”, que atribui, em seu art. 5º define os legitimados para sua propositura. LEI N.º 7.347/85, de 24 de julho.

³¹⁴ Vejamos quantas petições de *amicus curia* são apresentados em processos relevantes e quantos são efetivamente admitidos ou considerados nas decisões proferidas pelas cortes.

³¹⁵ Dentre os legitimados, cremos que seria interessante incluir o Provedor de Justiça, que, como descrito em sua lei de regimento é um “um órgão do Estado eleito pela Assembleia da República, que tem por função principal a defesa e promoção dos direitos, liberdades, garantias e interesses legítimos dos cidadãos, assegurando, através de meios informais, a justiça e a legalidade do exercício dos poderes públicos”. Art. 1º. LEI N.º. 9/91, de 9 de Abril. Como entende BATISTA o Provedor de Justiça deve intervir quando inexistirem outras formas de “participação cívica esclarecida e comprometida com a utilização racional e solidária dos bens de fruição colectiva”. BATISTA *apud* GOMES, 2008: 244. Nesse sentido, na medida em que por lei, este tem a atribuição e função de receber as queixas trazidas pelos cidadãos ao seu conhecimento e apresentar recomendações para “prevenir ou reparar injustiças” (Art. 3º. LEI N.º. 9/91, de 9 de Abril), podendo estar, dentre elas, queixas relativas a questões ambientais, cremos que este poderia ser um dos representante necessário no processo de mediação, para dar voz ao grupo que a ele queixou-se sobre a matéria. Frise-se, aqui que, como as recomendações do Provedor de Justiça à Assembleia ou ao responsável pelo objeto da queixa, não é vinculante e sua atuação é política, unilateral e pública, visando a emissão de recomendações para alterações legislativas, ele não substitui ou se confunde com a mediação ou o mediador (LOPES; PATRÃO, 2019: 29 [Nota de rodapé]).

³¹⁶ Exemplificativamente, podemos citar o caso da barragem de *Foothills*, descrita em detalhes por BACOW; WHEELER, 1984: 197-240.

ocorreram sessões separadas de alinhamento sobre um ou outro ponto em discussão, justamente para mapear quais eram os interesses em jogo e permitir que todos esses fossem levados em conta e apresentados ao longo do processo.

Os processos de mediação ambiental em Portugal, citados por CEBOLA *et. al.*, também deram conta da necessidade de dividir o processo de mediação em fases e contemplar diferentes momentos, com maior ou menor participação da população e até mesmo da mídia para assegurar uma ampla, porém eficaz, participação³¹⁷.

Uma ampla participação e um mapeamento efetivo prévio às sessões, de quais os interesses e grupos envolvidos parece inerente à mediação envolvendo interesses coletivos, como é o caso de muitos conflitos ambientais.

Quanto à representatividade, o mediador (ou, em casos mais complexos, o grupo de mediadores) deve verificar se o representante tem de fato o “mandato” daqueles que representa. Mas essa é uma dificuldade do processo que além de não ser exclusiva das soluções mediadas, pode ser por ela, muito melhor solucionada, se o mediador estiver atento e se estabelecer critérios de controle, como, por exemplo, a validação constante dos poderes, se demandar atas evidenciando as decisões do grupo representado e que limitarão o agir do representante, etc.

Sobre os interesses das gerações futuras nos conflitos ambientais, como expõem CEBOLA *et. al.*³¹⁸, é preciso refletir que as gerações futuras são, na verdade, uma abstração jurídica. Não há definição sobre o termo e não há qualquer direcionamento ou definição sobre, por exemplo, até que geração futura, a geração presente deve se preocupar.

Assim, quando tratamos da necessidade de considerar (ou defender) os interesses das gerações futuras, em verdade, o que se pretende é impor um dever de cuidado e precaução, um agir cauteloso. Essa solidariedade intergeracional é fundada, na verdade, na “intendência zelosa”, como escreve SCRUTON³¹⁹, com nossos descendentes.

³¹⁷ As autoras mencionam que os processos previram (i) grupos de trabalho para pontos específicos, (ii) sessões coletivas, em que os representantes das associações envolvidas poderiam participar, (iii) sessões coletivas para apresentação de resultados parciais e tomada de comentários e (iv) sessões entre um dos membros do grupo de mediadores com um grupo envolvido, para coletar informações e entender a adequação das discussões, e se os interesses estavam sendo devidamente endereçados. São citados três casos em que a mediação ambiental foi usada em Portugal: o projeto Cova da Moura, o projeto MARGov, e o projeto Plano Tejo. Os casos analisados refletem a possibilidade do uso da “mediação ambiental” tanto em situações em que haja “conflito ostensivo”, mas também naqueles em que o conflito é latente ou potencial. CEBOLA, *et. al.*, 2020: 31-36.

³¹⁸ CEBOLA *et. al.*, 2020: 26.

³¹⁹ O autor diz: “O passado vive em nós como um lugar de sendas não trilhadas, de decisões e de compromissos, e quando experimentamos o mundo dessa forma é que adquirimos o senso de intenção zelosa. Aprendemos a ver que o momento presente é também passado, mas o passado de outro que ainda está por vir”. SCRUTON, 2016: 211.

E, se por um lado, a questão pode parecer mais complexa, pela dificuldade de inquirir ou assegurar os interesses reais de gerações que ainda estão por vir, por outro, nos parece que se, ao invés de submetermos a decisão sobre o bem das futuras gerações a um iluminado indivíduo, cujo conhecimento é estritamente de Direito, optarmos por apreciar os interesses das gerações presentes preocupadas com o futuro de seus filhos e netos estaríamos em melhor situação³²⁰. E, em processos mais participativos, certamente a chance de um agir cauteloso e preocupado com o futuro é maior.

4.1.1.3 – O equilíbrio de forças

As dificuldades apontadas pela doutrina quanto ao equilíbrio de forças especificamente na mediação ambiental têm duas naturezas distintas. A primeira, diz respeito à presença da Administração Pública como parte nas negociações. A segunda (que nos parece mais simples de resolver), diz respeito ao suposto poder financeiro do empreendedor, quando contraposto a uma comunidade ou associação, eventualmente possuidora de menos recursos.

4.1.1.3.1 – Quanto a Administração Pública é parte no conflito³²¹

Muitas questões giram em torno da presença da Administração Pública no conflito. Em que pese ela estar presente em outros tipos de conflitos, como em conflitos tributários ou relacionados ao exercício do poder regulatório de forma geral, no campo ambiental, a presença da Administração Pública é quase uma constante e pode ocorrer de diversas formas e para exercer diferentes papéis.

Segundo CEBOLA *et. al.*, as entidades públicas e entes da Administração Pública atuam, muitas vezes, como intervenientes nos litígios, seja por terem determinado regras aplicáveis ao empreendimento, seja por terem autorizado uma atividade que se encontra no cerne do conflito, ou, ainda, no papel de mediadores^{322 323}.

³²⁰ Essa é a tese de SCRUTON, quando se refere às ideias de Edmund Burke, de que a motivação humana está atrelada ao respeito aos mortos, aos pequenos pelotões e à tradição. SCRUTON, 2016: 194.

³²¹ Como mencionam BASÍLIO e MUNIZ, a possibilidade de uso da mediação para solução de conflitos envolvendo a Administração Pública é prevista nos Estados Unidos, em âmbito federal, desde o *Administrative Dispute Resolution Act*, de 1996. BASÍLIO e MUNIZ, 2007: 42. A hipótese também é prevista na LM brasileira, no Art. 1.º do diploma. BRAGA NETO chega a indicar que a Lei brasileira contemplou o mesmo número de artigos para a mediação entre particulares e para a mediação envolvendo a Administração Pública. BRAGA NETO, 2015: 261.

³²² CEBOLA *et. al.*, 2020: 24.

³²³ Sobre a confidencialidade e o princípio da transparência, ver Capítulo 4.1.3.2, abaixo.

A Administração Pública poderá entrar em conflito direto com particulares³²⁴, em conflito indireto com particulares³²⁵, ou ainda estar presente em mais de um polo do conflito³²⁶.

Partimos de BOYRON, que entende que o desequilíbrio decorrente da presença da Administração no conflito é inerente à relação de direito público e, por mais que o mediador possa buscar equilibrar as forças ou a Administração “abdique do exercício de seu poder” sobre o administrado, esta seria uma falsa demonstração de equidade e não uma equidade real³²⁷.

O desequilíbrio decorreria especialmente do exercício do *ius imperium*³²⁸, como asseveram CEBOLA *et. al.*, ou da “supremacia do interesse público sobre o privado”, pressuposto clássico do Direito Administrativo³²⁹.

Mas há, pelo menos, quatro fatores relacionados à atuação da Administração Pública, em especial como defensora do interesse público que precisam ser avaliados com mais cautela: 1. grande parte da doutrina reconhece que não há mais que se falar de um interesse público uno e indivisível³³⁰; 2. também a doutrina reconhece que a Administração Pública poderá ter interesses que não correspondem e podem mesmo conflitar com certos interesses públicos³³¹; 3. a atuação administrativa, deve ser célere e eficiente sendo este também um

³²⁴ Por exemplo, na aplicação de coimas ou multas, por infrações administrativas ou penais versando sobre matéria ambiental.

³²⁵ Quando, por exemplo, nos conflitos pré-dano, houver uma ou mais autoridades governamentais a licenciar o projeto ou a intervir e fiscalizar a sua implantação.

³²⁶ O que ocorre, por exemplo, no Brasil, quando temos o MP, de um lado, atuando como legitimado para a propositura de uma ação civil pública e, de outro, o órgão ambiental licenciador e o empreendedor, defendendo a legitimidade da licença ambiental emitida.

³²⁷ BOYRON, 2007: 286-287.

³²⁸ CEBOLA *et. al.*, 2019: 108. SILVA indaga se tem o Estado o dever (e qual o limite deste dever) de colocar sua força coercitiva para o cumprimento de obrigações acordadas entre as partes. SILVA, 2009: 38

³²⁹ E se o Estado age em nome do interesse público, toda a sua atuação deverá ser regida pelos princípios da isonomia, transparência e legalidade. Esse ponto suscitará uma outra questão da qual trataremos mais adiante que será a observância do princípio da confidencialidade em contraposição à transparência.

³³⁰ MAZZILLI, por exemplo, informa que o conceito de interesse público foi se tornando cada vez mais abrangente, incluindo os interesses sociais, os individuais indisponíveis, os interesses coletivos e difusos. Ademais, os direitos individuais homogêneos, que pertencem a grupos e classes de pessoas não poderiam também ser entendidos como interesses estritamente individuais (MAZZILLI, 2015: 48). No direito português, CEBOLA *et. al.*, concordam que em conflitos ambientais usualmente estão a colidir “interesses públicos distintos e diferentes interesses privados, mas também eventualmente, podem estar em oposição quer interesses públicos, quer interesses privados entre si” (CEBOLA *et. al.*, 2020: 22). Por fim, sobre o uso da mediação e a proteção do interesse público, SOUZA, apoiando-se em Batista Junior, expõe não ser correto confundir “a proteção do interesse público globalmente considerado, a partir da ‘justa ponderação de todos os interesses públicos (muitas vezes desalinhados) e interesses privados’ (2007, p. 509), com a proteção de um interesse público específico e concreto de determinado órgão público”. Prossegue o autor, dizendo não ser correto confundir “a proteção de um direito (insusceptível de transação) com a forma pela qual se dará essa proteção, esta, sim, susceptível de transação com o(s) particular(es) interessado(s) e afetado(s)” (SOUZA, 2012b: 173).

³³¹ JUSTEN FILHO critica o princípio da supremacia do interesse público por entender que ele pressupõe que existe somente um interesse público, mas, na verdade, em casos concretos pode haver conflito entre vários “interesses públicos”. O autor entende que sempre se deverá aferir os interesses da Administração Pública e dos particulares, segundo os valores e princípios constitucionais (JUSTEN FILHO, 2012: 70-71). No mesmo sentido, TONIN apresenta a distinção entre interesse público e interesse da Administração Pública e explicita que, no seu

elemento a considerar do interesse público³³²; e 4. justamente em decorrência desses múltiplos interesses e de uma busca por maior celeridade e eficiência da Administração Pública, ela vem atuando menos através de sistemas de comando e controle e mais, através de formas consensuais e mediante acordos com particulares³³³, o que se reflete, por exemplo, em transações, conciliações e outros métodos de solução de conflitos³³⁴.

Esses pontos e questionamentos são especialmente relevantes para nosso trabalho, pois, como vimos, nos conflitos ambientais há sempre diversos interesses públicos envolvidos que podem atrair o pêndulo das discussões e argumentos para lados diametralmente opostos.

agir, a Administração Pública também tem interesses que podem se confrontar com outros interesses públicos e ceder, no conflito para os últimos (TONIN, 2019: 129).

³³² MADAUER, ao discorrer sobre o princípio da eficiência, escreve que as necessidades da coletividade (portanto, o interesse público) se realiza quando a Administração Pública age de forma célere e precisa (MADAUER, 2020: 137) e TONIN, correlaciona tal princípio à necessidade de uma célere solução de controvérsias (TONIN, 2019: 133).

³³³ Como descreve CASSESE, o momento atual define-se como aquele em que as relações entre o Estado e mercado, o público e o privado estão se aproximando e se interpenetrando, em que os “novos paradigmas do Estado colocam em discussão todas as noções, temas e problemas do direito público – a natureza do poder público e de seu agir legal-racional, movido de cima para baixo (pela lei), o lugar reservado à lei e as suas implicações (legalidade e tipicidade) e relações público-privado” (CASSESE, 2010: 145). No mesmo sentido, TONIN escreve que cada vez mais o Estado vem adotando práticas contratuais e de consenso. O autor apresenta exemplos de ampliação do uso dos contratos administrativos, ampliação da participação popular, em audiências e consultas públicas, em procedimentos administrativos, além da celebração de acordos governamentais e termos de ajustamento de conduta, tidos como desenvolvidos em direta consonância com o interesse público (TONIN, 2019: 116-117) e cita Justino de Oliveira para quem: “com a ascensão de fenômenos como o Estado em rede – em uma clara referência clara à França de Ost, que define o direito pós-moderno como um direito em rede pela proliferação de informações e complexidades não solucionáveis por uma visão de cima para baixo e da legislação piramidal do Estado Liberal e nem pelo direito jurisprudencial do juiz superpoderoso de Dworkin. (OST, 2005) - e governança pública, emerge uma nova forma de administrar, cujas referências são o diálogo, a negociação, o acordo, a coordenação, a descentralização, a cooperação e a colaboração”. (OLIVEIRA *apud* TONIN, 2019: 118).

³³⁴ Vemos a discussão sobre o objetivo do processo e o processo em si, em grande escala, na doutrina brasileira, quando trata e estuda os termos de ajustamento de conduta (“TACs”) e a transação em direito público. Nesse sentido, SOUZA entende que se “admitida a transação, deve-se garantir a máxima proteção, na medida do possível, a todos os interesses, públicos e privados, envolvidos, com a primazia natural dos primeiros sobre estes últimos em caso de conflitos insuperáveis” (SOUZA, 2012b: 173). O ponto aqui é a definição do que seriam esses conflitos insuperáveis, quando estamos diante de conflitos reais, múltiplos interesses e múltiplos interesses públicos. Ainda sobre a participação da Administração Pública em soluções alternativas de conflitos, achamos pertinente aduzir o posicionamento de FARINHO, para quem a premissa de que a Administração Pública não pode dispor de sua competência vem sendo flexibilizada pela distinção entre atos administrativos vinculados e discricionários. Diz o autor que se, e na medida em que, a Administração Pública tem discricionariedade para atuar, há de se reconhecer que também terá discricionariedade para compor conflitos relacionados a esse agir discricionariamente. (FARINHO, 2015: 493). FARINHO aponta que para a Administração Pública, a mediação seria um caminho do meio entre os meios administrativos, em que exerce amplamente seu poder, e os meios arbitral e judicial, em que exercem poder nenhum (FARINHO, 2015: 495). Diz que o grande desafio seria a conscientização por parte da Administração de que a negociação e a transação podem ser um ganho para o interesse público. FARINHO se diz otimista com o fato de que as revisões recentes ao CPA promoveram mecanismos cooperativos, como “os acordos endoprocessuais (artigo 57.º), do auxílio administrativo (artigo 66.º) e das conferências procedimentais (artigo 77.º e seguintes)” (FARINHO, 2015: 496). Em sentido parecido, mas com um olhar sobre o direito espanhol, DIZ defende a mediação como uma forma de buscar o “equilíbrio progressivo entre o tradicional princípio da legalidade administrativa com o contemporâneo princípio da boa administração”, contribuindo para uma gestão administrativa “mais transparente, direta e participativa”, além de uma “maior eficiência e qualidade de serviços públicos”. (DIZ, 2019: 289).

Vejam os exemplos da construção de uma planta de energia hidrelétrica: alguns dirão que o interesse público é a geração de energia; outros, que o impacto ambiental causado pela inundação do reservatório seria motivo suficiente para impedir o projeto; outros, ainda, poderão lembrar que as hidrelétricas são fontes de energia com baixíssimas emissões de gases do efeito estufa e, portanto, alinhadas com o interesse público de combate às mudanças climáticas. Os interesses dos moradores que precisem ser realocados poderão também refletir o interesse público, se, nessa definição, estiverem abrangidos os direitos individuais homogêneos ou coletivos.

Cada interesse público descrito no exemplo é defendido por um ente ou um grupo comunitário e a Administração Pública poderá ter, ela própria, dentre eles, interesses que considera mais relevantes a defender³³⁵.

Assim, partindo do conceito de que o Estado se desvinculou do dever absoluto de representar o interesse público, reconhecendo que o conceito, se não for imperfeito pela sua amplitude, poderá justificar soluções favoráveis a polos diversos de um conflito envolvendo a Administração Pública, e, ainda, reconhecendo que o interesse público e o interesse da Administração Pública, enquanto pessoa jurídica de direito público, são conceitos diversos, concordamos com as críticas feitas por autores como TONIN³³⁶ para quem a supremacia do interesse público não pode ser vista como empecilho *per se* ao uso de métodos alternativos de solução de conflitos em que a Administração Pública seja parte. Ainda menos, poderá ser considerado um empecilho ao seu uso para a solução de conflitos ambientais que, como vimos, englobam não um, mas vários interesses públicos, muitas vezes, conflitantes entre si.

Dito isto, nos parece que o equilíbrio de forças que deve ser buscado pelo mediador nos conflitos envolvendo a Administração Pública e que, em cada conflito, será necessário entender quais os interesses (públicos e privados) envolvidos e quem são os representantes legitimados para endereçar todos eles durante as sessões de mediação³³⁷.

³³⁵ O próprio fundamento para defesa de uma eventual supremacia do direito da Administração Pública para, por exemplo, no âmbito das discussões relacionadas ao conflito entre a confidencialidade, inerente aos processos de mediação, e o dever de transparência e publicidade que vinculam a atuação da Administração Pública, impor uma divulgação irrestrita do conteúdo das negociações na mediação, parecem não se justificar. Trataremos melhor do tema no Capítulo 4.1.3.2.

³³⁶ TONIN, 2019: 116-117.

³³⁷ Na perspectiva do direito português, CEBOLA *et. al.* defendem que “quando o Estado, órgãos administrativos ou empresas aceitam participar numa mediação, consentem, em consequência, atuar no mesmo plano que os restantes participantes” (CEBOLA *et. al.*, 2019: 108). Mas reconhecem que se o fato não for reconhecido pelos representantes a frente da negociação, a mediação poderá restar infrutífera. (CEBOLA *et. al.*, 2019: 108-109). No mesmo sentido, FARINHO aponta a “renitência dos decisores administrativos em aceitar discutir e/ou alterar uma actuação jurídica sua em ambiente de mediação”. (FARINHO, 2014: 13).

Como diz CASSESE, “não é o procedimento que modula a negociação, mas a negociação que plasma o procedimento. A série ou sequência se adapta à necessidade do acordo. A liberdade das formas próprias do direito privado penetra no direito público”³³⁸.

Mas, parece evidente que não poderá ficar somente a cargo do mediador a responsabilidade de equilibrar as forças quando em jogo diferentes interesses públicos. E, nesse caso, entendemos adequada a solução da necessária intervenção do MP nos processos de mediação ambiental³³⁹.

É interessante imaginar que ante a função atribuída constitucionalmente ao MP, mesmo quando não diretamente envolvido nas negociações dos acordos resultantes de mediação ambiental em que for parte a Administração Pública, poderia este ente ser também envolvido e ser considerado competente para, entendendo irregular o acordo, propor as medidas judiciais pertinentes.

Nesse caso, além do judiciário, a homologar o acordo resultante da mediação, também o MP atuaria na sua fiscalização, quando a Administração Pública figurar em um dos polos do processo, conferindo, a nosso ver, maior legitimidade ao documento.

Este, aliás, é o formato adotado pela lei brasileira de mediação quando, no Art. 3.º §2.º, dispõe que, nos conflitos envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, o consenso entre as partes será apreciado pelo MP e homologado em juízo³⁴⁰.

³³⁸ CASSESE, 2010: 143.

³³⁹ A questão é bem tratada por NEVES, para quem a Constituição da República Portuguesa atribuiu ao MP a “missão de ‘defesa da legalidade democrática’ (art. 219.º da CRP)”, o que é reforçado pelo Estatuto do MP quando atribuiu a ele a “competência para intervir em *todos os processos que envolvam interesse público*” fato que é corroborado em diversos outros diplomas legislativos portugueses. O MP possuiria, assim, a competência para fiscalizar atos e contratos administrativos que entenda que possam ferir a legalidade, além de fiscalizar a legalidade de regulamentos e decisões de tribunais administrativos (NEVES, 2018: 105-106). O autor esclarece que, na prática, isso significa que o MP é notificado das ações administrativas em que não é parte e recebe cópias dos documentos de instrução do caso, bem como das decisões proferidas, o que faculta a ele, dentre outras competências, a de pronunciar-se sobre “o mérito das causas, quer ‘em defesa de direitos fundamentais’, quer em defesa ‘de interesses públicos especialmente relevantes’, ou ainda em defesa dos valores ou bens que justifiquem a ação popular” e de “interpor recurso de qualquer decisão se esta ‘tiver sido proferida com violação de disposições ou princípios constitucionais ou legais’ (NEVES, 2018: 106-107). Apesar da ausência da previsão para a arbitragem em âmbito administrativo (e podemos aduzir, com ainda maior razão, também para a mediação), o autor entende que o MP poderia impugnar decisões arbitrais (e, para nós, os acordos resultantes da mediação) a fim de assegurar o “exercício de suas competências constitucionais e estatutárias”, como órgão defensor da “legalidade, do interesse público e de valores coletivos” (NEVES, 2018: 112). Entende, o autor, que como a LAV não veda e não é incompatível com os recursos extraordinários previstos no CPTA, como o recurso para uniformização de jurisprudência e o recurso de revisão, estes também seriam admissíveis contra as sentenças arbitrais, ficando a cargo do MP sua impetração, “nos mesmos termos previstos para as sentenças estaduais” (NEVES, 2018: 123). No mesmo sentido, entende admissível os recursos para o Tribunal Constitucional contra decisões arbitrais, para o eventual controle de constitucionalidade, cuja competência seria também passível de atribuição ao MP (NEVES, 2018: 125).

³⁴⁰ Art. 3.º. §2.º. “O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público”. Lei N.º 13.140/2015, de 26 de Junho. Um outro aspecto inerente ao tema é que, se a Administração Pública, através de seus agentes, representa os interesses da coletividade, como poderá assegurar que os reais titulares tenham seus interesses endereçados e validamente defendidos? A resposta

4.1.1.3.2 – Quando uma das partes tem um superior poder econômico ou informacional

Dissemos que o desequilíbrio decorrente de forças econômicas nos parecia mais simples de resolver, porque não se observam somente na mediação ambiental, apesar de poder comumente verificados nessa modalidade. O desequilíbrio econômico é amplamente estudado pela doutrina e sobre o tema, já pudemos apresentar algumas considerações no Capítulo 3.1.3.

Assim, ressalta-se a importância da participação de advogados como consultores, conforme previsto na LM portuguesa, que poderão auxiliar o mediador na fiscalização e exercício de controle do desequilíbrio de forças nos conflitos ambientais³⁴¹.

Ocorre que este desequilíbrio econômico que certamente pode ser sentido na mediação, não é uma exclusividade do método ou (menos ainda) da mediação ambiental. Mesmo em uma disputa judicial, um maior poderio econômico poderá implicar em uma maior força de tentar fazer prevalecer seus argumentos. Se há maiores recursos financeiros, melhor aparelhada poderá estar a defesa, mais assistentes técnicos poderão ser contratados, advogados melhores ou de maior prestígio poderão ser envolvidos.

Um fenômeno interessante sobre esse desequilíbrio é que, nem sempre, como se costuma pensar, ele estará ao lado do “poluidor”. No Direito Brasileiro, por exemplo, quando o MP, aparelhado por recursos públicos e orçamentários, ajuíza uma ação contra um pequeno agricultor por desmatamento irregular em sua propriedade, desfavorecido é o último.

Para além do desequilíbrio econômico, CROWFOOT e WONDOLLECK acrescentam, com um olhar sobre as organizações ambientais e associações de cidadãos, que a equidade no acesso à informação é um dos requisitos para o sucesso de uma solução de conflitos ambientais não tradicional³⁴².

Também sobre o desequilíbrio informacional, CEBOLA *et. al.* entendem que a mediação deverá ter como objetivo “permitir e encorajar a participação em equilíbrio de todos os interessados”³⁴³.

Nos parece que o desequilíbrio econômico ou informacional ou motivado por qualquer outro conteúdo ou matéria precisará ser corrigido ao longo e no curso do processo,

a essa indagação, depende da análise da representatividade dos indivíduos que se envolvem diretamente na negociação e sua capacidade de influência sobre os grupos que representam. Trataremos do assunto no Capítulo 4.1.1.5.

³⁴¹ Vale mencionar aqui o posicionamento de PORTOCARRERO, que ressalta que os advogados que irão atuar na mediação, devem fazê-lo despendo-se da postura competitiva que é comum nos processos adjudicatórios. A autora diz que os advogados que assim atuarem (com uma postura, portanto, negocial e não combativa) servirão de assistência ao mediador, assegurando uma maior segurança ao processo. PORTOCARRERO, 2019: 217.

³⁴² CRAWFOOT e WONDOLLECK, 1990: 164.

³⁴³ CEBOLA *et. al.*, 2020: 22.

seja ele, o processo judicial ou na mediação. Assim, o tema será resolvido, por exemplo, se atendido o disposto no art. 6º, I da Lei 29/2013, de 19 de Abril, que determina o tratamento equitativo entre as partes e o dever de o mediador “gerir o procedimento de forma a garantir o equilíbrio de poderes e a possibilidade de ambas as partes participarem no mesmo”³⁴⁴.

Concordamos, portanto, com CEBOLA *et. al.* que veem no artigo, um “cariz procedimental”³⁴⁵ e propõem a necessidade de uma “gestão de tempo firme e equilibrada”, uma adequada comunicação, para assegurar a compreensão por todos e a “escolha de elementos metodológicos que atendam as desigualdade” e “capacitem os ‘mais fracos’ para uma participação” adequada³⁴⁶.

4.1.1.4 - Multiplicidade de partes, interesses envolvidos e alta polarização

Antes de tratar do tema, é necessário que se diga que nem todos os conflitos que podem ser entendidos como conflitos ambientais envolverão múltiplas partes. Os conflitos que colocam em contraposição um empreendedor que causou poluição e um fazendeiro que perdeu sua plantação em decorrência da contaminação do rio não é um conflito multipartes, mas decorre de um dano ambiental. Se, ao revés, esse fazendeiro se une a diversos outros também afetados, estaremos diante de um conflito multipartes, mas ainda bipolar, que não traz as mesmas dificuldades de um conflito multipolar.

Estaremos diante de múltiplas partes e múltiplos polos, quando, por exemplo, o conflito versar sobre a instalação de um empreendimento novo em que grupos têm interesses favoráveis à proteção de um ou outro componente ambiental, têm interesse em o empreendimento adotar uma ou outra forma ou estar em uma ou outra localização.

Como informam SUSSKIND e CRUIKSHANK, disputas envolvendo direitos públicos normalmente (não sempre) envolvem uma multiplicidade de partes. Nesses casos, pode ser comum a dificuldade de identificar e mapear adequadamente todas as partes e grupos envolvidos³⁴⁷. Nesses casos, há que se avaliar quais os cuidados ou fatores relacionados à multiplicidade de partes podem influenciar no método de solução de conflitos.

Comum, ainda, é a presença de associações, ONGAs ou representantes de grupos informais de indivíduos, o que adiciona complexidades ao processo³⁴⁸.

³⁴⁴ Vide art. 6º. item 1. Lei 29/2013, de 19 de Abril.

³⁴⁵ CEBOLA *et. al.*, 2020: 93.

³⁴⁶ CEBOLA *et. al.*, 2020: 100.

³⁴⁷ SUSSKIND e CRUIKSHANK, 1989: 239. Um exemplo seria um conflito relacionado a um acidente de grandes proporções ou à instalação de um empreendimento novo.

³⁴⁸ Na análise sobre como as associações devem se portar e tomar decisões relativas a uma solução de conflito ambiental, CROWFOOT e WONDOLLECK informam que o sucesso na participação das associações e

BACOW e WHEELER ponderam, por exemplo, ser comum em casos envolvendo múltiplas partes, que pessoas se alinhem e formem coalizões em um determinado momento, e, no momento seguinte, tais alianças se desfaçam. O processo, segundo os autores, poderá ocorrer diversas vezes entre as múltiplas partes. Ou seja, alianças irão se formar e se desfazer diversas vezes ao longo do processo, o que pode dificultar uma negociação mais coordenada³⁴⁹.

Um outro alerta feito por CROWFOOT e WONDOLLECK é que, algumas vezes, as organizações de proteção ambiental têm dificuldade em migrar de uma estratégia adversarial para uma estratégia colaborativa. Além disso, em alguns casos, a mudança poderia ser mal vista pelos colaboradores da organização e afetar a própria sobrevivência da organização³⁵⁰.

A par de todos os desafios, BACOW e WHEELER veem, na multiplicidade de partes, uma oportunidade para negociações mais ricas e acordos mais eficientes, justamente por abranger um maior número de pontos de vista e interesses³⁵¹.

Concordamos com os autores que quanto maior e mais diversos forem os interesses apresentados para a solução dos conflitos ambientais, maior a probabilidade de que as questões relevantes sobre os problemas sejam trazidas e propriamente endereçadas. Maior participação e mais interesses sendo considerados resultam em uma maior legitimidade no processo^{352 353}.

organizações ambientais nos processos de solução de conflitos ambientais depende, dentre outros fatores, de uma avaliação cautelosa (i) de seu objetivo na disputa, (ii) de sua estratégia para alcançar tal objetivo, e (iii) de seu poder e recursos. Igualmente importante é ter uma liderança que entenda o processo e representantes que compreendam os objetivos e estratégia definidos e mantenham com a associação uma comunicação constante e efetiva. Os autores recomendam ainda que a associação ou organização se envolva diretamente na execução e implementação de qualquer acordo que venha a resultar do processo. (CRAWFOOT e WONDOLLECK, 1990: 152). Os autores ressaltam, a importância das coalisões para permitir uma participação mais eficaz dos grupos de cidadãos nas negociações relacionadas a solução de conflitos ambientais, mas advertem que tais coalisões só serão bem sucedidas se forem formadas considerando o que os grupos efetivamente desejam, ao invés de contra quem se posicionam (CRAWFOOT e WONDOLLECK, 1990: 77-78). Os valores de cada parte (ou grupo), elementos de sua identidade, as diferentes formas de tomada de decisão e as personalidades individuais também são lembradas por CLARKE e PETERSON como elementos que podem gerar ou potencializar conflitos entre os grupos (CLARKE e PETERSON, 2016: 25). Quanto maior o número de pessoas em um conflito ambiental, maiores serão os problemas decorrentes desses elementos pessoais. As diferenças culturais (CLARKE; PETERSON, 2016: 26-28) entre grupos, fácil de visualizar em conflitos ambientais de escala global, como os enfrentamentos às mudanças climáticas ou à necessidade de proteção da biodiversidade global, mas também presentes nos conflitos mais locais, por exemplo, que envolvam a cessão de conhecimentos tradicionais (CLARKE; PETERSON, 2016: 27) de uma comunidade para uma indústria cosmética são elementos que podem potencializar um conflito ambiental.

³⁴⁹ BACOW e WHEELER, 1984: 104.

³⁵⁰ CRAWFOOT e WONDOLLECK, 1990: 159.

³⁵¹ BACOW e WHEELER, 1984: 104. Os autores também entendem que a multiplicidade de partes não impediria, por exemplo, que algumas partes entrem em acordo sobre um ponto do conflito e entendem que nem todos os aspectos da disputa dependem de consenso entre todas as partes envolvidas (BACOW e WHEELER, 1984: 117)

³⁵² CLARKE; PETERSON, 2016: 42 e 43.

³⁵³ Uma questão prática interessante é que, como descrevem CROWFOOT e WONDOLLECK, em muitos casos, os cidadãos ou os jornais dão nenhuma ou pouca atenção ao processo de solução de conflitos até que o momento em que um acordo é firmado. Para as organizações envolvidas, isso representa um maior desafio de informar a comunidade sobre o processo e buscar apoio e força na negociação. CRAWFOOT; WONDOLLECK, 1990: 173.

Há, portanto, benefícios importantes relacionados à possibilidade de um amplo debate, a construção de soluções melhor discutidas e até mesmo a possibilidade de solução parcial do conflito, o que dificilmente poderia ocorrer em uma solução adjudicada em que, necessariamente, as partes são obrigadas a se unir em dois polos distintos e combatentes, ainda que dentro de cada um desses dois polo (autores, de um lado, e réus, do outro) haja múltiplos interesses e também ali conflito de interesses.

Sob a ótica do direito português, CEBOLA posiciona-se no mesmo sentido e entende que os processos judiciais não são adequados à solução de conflitos multipartes. Diz a autora que “Mesmo a acção popular, que visa a defesa de interesses difusos, mantém a estrutura processual de oposição entre duas pretensões distintas, não permitindo a discussão de todas as aspirações patentes num determinado conflito”³⁵⁴.

4.1.1.5 - Representatividade dos negociadores e capacidade de influência sobre os grupos que representam

Analisada a relevância da multiplicidade de partes presentes em um número significativo de conflitos ambientais, cabe aqui, detalhar um pouco mais os aspectos relacionados à representatividade dos negociadores, sua capacidade de influenciar e de validamente representar os interesses dos grupos representados.

Independentemente de se tratar de um representante e um grupo representado ou uma pessoa colectiva, associação civil ou empresa ou ente da Administração Pública, as questões relativas à representação são idênticas: a representatividade é legítima? Os compromissos assumidos pelo representante serão cumpridos pelo grupo ou pela pessoa coletiva? Há alinhamento entre os interesses e valores do representante e representados?

CROWFOOT e WONDOLLECK apontam para o fato de que representantes são responsáveis perante os grupos que representam, sendo quem formalmente assina pelo grupo e o vincula, e, por isso, tem o dever de checar os termos de todo e qualquer acordo com o grupo³⁵⁵. Entretanto, na prática, a autonomia e independência dos negociadores pode variar muito³⁵⁶ e essa diferença evidentemente traz complexidades ao processo. Se a representatividade não é

³⁵⁴ CEBOLA, 2010b: 66. Voltaremos ao tema mais a frente.

³⁵⁵ CEBOLA, 2010b: 83.

³⁵⁶ Sob o aspecto prático, os autores ressaltam que a posição, função e representatividade dos representantes varia conforme o caso. Eles apontam casos de solução negociada de conflitos ambientais em que os representantes de grupos tinham plena liberdade para falar e vincular o grupo, mas outros casos, os representantes precisaram checar constantemente com os líderes dos grupos, antes de tomar quaisquer posições (CRAWFOOT; WONDOLLECK, 1990: 83).

checada e confirmada, e se a comunicação entre representantes e representados não é adequada, o fato poderá gerar uma falta de legitimidade em todo o processo³⁵⁷.

O tema do cuidado com a devida representação dos grupos não passa despercebido pela doutrina portuguesa. CEBOLA *et. al.* ressaltam que uma outra dificuldade da mediação envolvendo grupos, pessoas jurídicas e seus representantes é a hierarquia e o poder de decisão dos representantes, ante a pessoa jurídica, associação ou grupo representado, na medida em que, especialmente quando há múltiplas partes envolvidas, a diferença do poder de vinculação do representante ao grupo representado poderá importar em um desequilíbrio de forças durante o processo³⁵⁸. As autoras não tratam do tema como um empecilho ao uso do método, mas como um fator peculiar da mediação ambiental (acrescentamos aqui, não a todas, mas certamente a alguns processos de mediação para solução de certos tipos de conflitos ambientais) a ser considerado no processo a ser desenhado e implementado³⁵⁹.

Olhando para os conflitos ambientais que versam sobre direitos difusos, SUSSKIND faz uma série de indagações sobre (i) como as partes e até o mediador poderão ser responsabilizados se, por exemplo, entrarem em acordo, mas este “resultar em um prejuízo a qualidade ambiental ou perda de recursos naturais”³⁶⁰, ou (ii) o que deve ocorrer se as partes chegam a um acordo que não considera todos os impactos àqueles que não estiveram presentes à mesa de negociação ou às gerações futuras”³⁶¹.

³⁵⁷ A importância da comunicação entre os representantes e a comunidade representada é tanta que os autores informam que a falta de comunicação, em alguns casos estudados, levou à falta de apoio ao acordo e ao processo como um todo, o que, por fim, resultou na falta de apoio às associações que participaram da negociação (CRAWFOOT; WONDOLLECK, 1990: 176). Os autores citam como exemplo, a negociação realizada para a edição de uma legislação compreensiva para o óleo de xisto (*shale oil*), em que, após um ano de negociações, a associação ambientalista retirou seu representante da negociação, gerando desconforto aos representantes dos demais grupos envolvidos e maculando negociações futuras (CRAWFOOT; WONDOLLECK, 1990: 176-177). Nessa medida, apresentam as sugestões e recomendações de Ann Montgomery, uma mediadora atuante em casos bem sucedidos, para quem o sucesso do processo de solução de conflito na área ambiental depende de o representante conseguir trabalhar dentro de seu grupo para alcançar consenso antes de fazer propostas aos demais participantes, obter junto aos demais participantes as informações e esclarecimentos necessários sobre seus valores e processos, manter o foco no objetivo principal e não se distrair deles e manter registros sobre todo o processo da negociação (CRAWFOOT; WONDOLLECK, 1990: 177)

³⁵⁸ CEBOLA *et. al.*, 2020: 98.

³⁵⁹ CEBOLA *et. al.*, 2020: 99-100.

³⁶⁰ SUSSKIND, 1981: 4-8.

³⁶¹ SUSSKIND, 1981: 4-8. O autor sugere como solução a responsabilização do mediador, contra a qual se levantaram vozes importantes, como STULBERG, para quem atribuir ao mediador tais responsabilidades violaria não só a sua independência, visto que na mediação o acordo é das partes e não do mediador, mas seria uma tarefa humanamente impossível “assegurar que o teorema de Pareto” fosse sempre cumprido (STULBERG *apud* SUSSKIND, 1981: 4-8). MCCRORY também avalia as recomendações de SUSSKIND e sugere a participação de representantes eleitos nos esforços de mediação ambiental, para assegurar a representatividade do maior número possível de grupos envolvidos, para a consideração de uma grande variedade de interesses (MCCRORY *apud* SUSSKIND, 1981: 4-8). E, diga-se, de passagem, que o primeiro item acima representaria uma evidente falha na representação, caso o interesse não contemplado no acordo tivesse um representante validamente instituído.

SULLIVAN, citado por BACOW e WHEELER, por exemplo, explica, sobre o caso da Barragem de Snoqualmie³⁶², que a identificação, pelos mediadores, de pessoas que detinham suficiente influência e poder de representação das partes em conflito foi essencial para a solução do caso³⁶³. A solução foi dada por um trabalho atento dos mediadores na identificação dos grupos envolvidos, que apontaram seus representantes para a negociação.

De toda forma, devemos ter em mente que o representante é um mandatário do grupo e, nos termos do Código Civil, terá sempre responsabilidade perante os representados³⁶⁴.

Independentemente de como poderá ser resolvida a questão, é importante considerar que a ausência de um representante para a defesa de um interesse relevante para a solução do conflito ambiental ou a falha do representante desse interesse em contemplá-lo no acordo são problemas relevantes e que precisarão ser corrigidos.

Em que pese tal necessidade, somos do entendimento de que as falhas apontadas são falhas do processo ou do acordo em si. E, nesse sentido, poderão – na verdade, deverão – ser resolvidas na análise do acordo, na sua homologação ou avaliação pelo MP, considerado um interveniente possível quando estivermos diante de interesses públicos, como já informado anteriormente.

4.1.1.6 – Multiplicidade de Partes e os Impactos na Voluntariedade

Um outro ponto relacionado à multiplicidade de partes e à representatividade dos negociadores, tão comum em conflitos ambientais está justamente na forma de assegurar a voluntariedade (já vista no Capítulo 3.2.1) quando se está diante de grupos representados.

³⁶² O caso é descrito por BINGHAM e por BACOW e WHEELER. Segundo os autores, a disputa teria surgido após uma inundação no Rio Snoqualmie em 1959, que afetou fazendas da região e acabou com plantações. Em decorrência do incidente, a pedido dos fazendeiros e de moradores prejudicados pela inundação, o Governo dos Estados Unidos determinou ao Grupamento de Engenharia do Exército que estudasse a forma de resolver a questão e evitar novas inundações. O grupamento teria, então, proposto a construção de uma barragem de grandes proporções, em 1968. Contra a proposta, se insurgiram alguns grupos ambientalistas preocupados que a barragem resultasse na inundação da entrada da área dos “Alpine Lakes Wilderness” e a indução de desenvolvimento a jusante do rio. Após a mediação, o acordo previa a mudança da localização da barragem e diversas medidas para evitar o desenvolvimento rio abaixo. Entretanto, em decorrência de estudos suplementares, se verificou que a nova localização não era viável geologicamente e o acordo acabou não sendo completamente implementado. Em todo caso, o processo de mediação permitiu que as partes transformassem uma questão de meramente aceitar ou rejeitar a barragem para a busca pela forma ambientalmente aceitável de contenção da inundação. Para uma avaliação mais detalhada sobre o caso ver BINGHAM, 1986: 239-240; e BACOW; WHEELER, 1984: 114. Ver também CEBOLA, 2010b: 69.

³⁶³ SULLIVAN *apud* BACOW; WHEELER, 1984: 114-115.

³⁶⁴ Art. n.º 1161, do Código Civil, as obrigações do mandatário são: “ a) A praticar os actos compreendidos no mandato, segundo as instruções do mandante; b) A prestar as informações que este lhe peça, relativas ao estado da gestão; c) A comunicar ao mandante, com prontidão, a execução do mandato ou, se o não tiver executado, a razão por que assim procedeu; d) A prestar contas, findo o mandato ou quando o mandante as exigir; e) A entregar ao mandante o que recebeu em execução do mandato ou no exercício deste, se o não despendeu normalmente no cumprimento do contrato”. **CÓDIGO Civil**, 2017: 214.

Aqui, como acima, cremos que a solução está em dois pilares: a atuação atenta dos mediadores ou grupos de mediadores para mapeamento dos grupos representados e, na responsabilidade dos negociadores, representantes legais do grupo. O controle sobre o tema, no limite, se o contrato resultante da mediação violar frontalmente os interesses do grupo, quanto a este, podemos vislumbrar a possibilidade de anulação do acordo, pela falta de representatividade adequada, o que se poderia processar, por decisão judicial.

Para CEBOLA *et. al.* quando estamos diante da atuação de um representante de uma associação ou pessoa coletiva, podem se distinguir quatro tipos de voluntariedade: (i) completa, quando tanto o negociador quanto a administração da entidade representada acreditam na mediação como forma de solução do conflito; (ii) parcial e condicionada, quando só um dos dois acredita na mediação, sendo que no primeiro caso, a entidade acredita e no segundo caso, o negociador; e (iii) forçada, quando a entidade não acredita na participação, mas se vê forçada a participar por questões políticas ou de imagem³⁶⁵.

A partir daí as autoras traçam situações-tipo e propõem soluções diversas na conduta do mediador, propondo, ao final, que no sistema jurídico português, seja editada legislação específica para endereçar as dificuldades de representatividade verificadas³⁶⁶.

As autoras propõem que a atuação do representante deveria ser somente de porta-voz dos interesses da entidade ou do grupo que representam, abstendo-se de apresentar suas emoções e interesses pessoais³⁶⁷.

Sobre esse ponto, ousamos divergir das autoras. Se a mediação é considerada pela doutrina como benéfica justamente pela capacidade de restabelecer diálogos e transformar relações e se o campo tradicional da mediação é justamente aquele em que as partes estão envolvidas emocionalmente no conflito, não compreendemos por que as emoções externadas pelos representantes poderia ser prejudicial ao processo. Entendemos que se elas forem contraditórias com os valores da instituição representada, de fato, surge um problema de representação, de legitimidade do representante, mas se forem alinhadas com os valores do grupo representado, entendemos que elas podem ajudar no processo como um todo, justamente por externar o que poderia ser o sentimento, se não de todos, de parte dos representados.

Como já dissemos no Capítulo 4.1.1.1., não nos parece que as mediações ambientais ou aquelas em que estão em jogo interesses e valores de coletividades e grupos sejam isentas de carga emocional. Ao contrário, as questões ambientais são recheadas de paixões e esse é um

³⁶⁵ CEBOLA, *et. al.*, 2020: 60-61.

³⁶⁶ Sobre as soluções propostas, ver CEBOLA *et. al.*, 2020: 70-71.

³⁶⁷ CEBOLA *et. al.*, 2020: 67.

dos motivos pelos quais cremos que a mediação, que logre restabelecer o diálogo e promover soluções criativas, pode ser o método mais adequado para a sua solução³⁶⁸.

Adicionalmente, como relembram CEBOLA *et. al.*, a avaliação da voluntariedade nas mediações multipartes envolvem outra questão: a de saber se o processo de mediação pode ocorrer quando uma ou algumas das partes não enviam seus representantes ou manifestam-se no sentido de não participar do processo³⁶⁹.

BACOW e WHEELER ponderam que a participação de todos os grupos envolvidos é essencial para o sucesso da mediação, já que grupos excluídos poderão questionar o conteúdo do acordo em juízo, se sentirem que seus interesses não foram contemplados no acordo³⁷⁰.

No mesmo sentido, CRAWFOOT e WONDOLLECK afirmam que para que a solução consensual de conflitos ambientais ocorra “todos os grupos com algum interesse no conflito [devem ser] identificados e envolvidos”, mas ressaltam que, quando são feitas coalisões de grupos, o que é comum, somente uma comunicação efetiva garantirá que cada grupo afetado possa validamente contribuir e manifestar seu apoio ou dissonância com o caminho adotado durante a negociação e pelo representante que se senta à mesa³⁷¹. Caso um dos principais grupos afetados não seja envolvido no processo de negociação, ele poderá eventualmente impedir o acordo ou requerer alterações ao mesmo³⁷².

A questão merece mais algumas considerações. CEBOLA *et. al.* ponderam que (apesar de tantas vezes repetirem a necessidade de se fazer o levantamento detido de todos os stakeholders afetados e todos os interesses envolvidos), a não participação de uma entidade ou um grupo não deveria por si só inviabilizar a sua realização³⁷³.

Concordamos com as autoras, pois mesmo que a mediação abranja só uma parte dos interessados, desde que assegurada a voluntariedade, a resolução satisfatória do conflito para esta parte poderá representar um ganho expressivo para o caso em si e para o interesse público, pela redução do número de grupos insatisfeitos ou reduzir a complexidade da demanda. Ademais, não haverá necessariamente uma perda para aqueles que optaram por não participar do processo de mediação, seja porque eventualmente seus interesses poderão ser contemplados

³⁶⁸ O próprio exemplo do caso da Cova da Moura citado pelas autoras, em que os representantes mudaram a sua conduta no processo e no final foram essenciais para a construção de um trabalho sério, nos parece exaltar justamente o benefício do uso da mediação quando os representantes são inicialmente guiados por emoções. Vide CEBOLA *et. al.*, 2020: 67.

³⁶⁹ CEBOLA *et. al.*, 2020: 62.

³⁷⁰ BACOW; WHEELER, 1984: 176.

³⁷¹ CRAWFOOT; WONDOLLECK, 1990: 20-21.

³⁷² CRAWFOOT; WONDOLLECK, 1990: 83.

³⁷³ CEBOLA, *et. al.*, 2020: 62.

no acordo mesmo sem sua participação, seja porque em relação a estes, restará assegurado o direito de buscar outras formas de solução para seu conflito, inclusive a via adjudicatória.

CEBOLA *et. al.* fazem uma leitura interessante da LM portuguesa sobre o tema e entendem que ficará a cargo do mediador optar por não prosseguir com a mediação caso entenda que o número de participantes é muito reduzido ou que o grupo que decide participar não possui uma representatividade adequada em relação ao conflito³⁷⁴.

No mais, como dissemos acima, se houver uma manifesta falha na representatividade de algum interesse, quanto ao grupo titular desse interesse, eventualmente, o acordo poderá ser questionado. O que não admitimos, e que é o objeto especial deste trabalho, é a possibilidade de que eventuais dificuldades relacionadas à voluntariedade possam obstar de plano e *a priori* a possibilidade do uso da mediação para solução de conflitos ambientais.

Um outro ponto é que os problemas relacionados à voluntariedade não existem necessariamente em todo e qualquer conflito ambiental. Haverá conflitos em que a identificação das partes é plenamente possível e a comprovação de sua adesão ou não ao processo é mais simples, como, por exemplo, em conflitos decorrentes de um dano ambiental afetando direitos individuais ou os direitos de um grupo ou comunidade vizinha ao empreendimento responsável.

4.1.2 - Quanto ao objeto

Com relação ao objeto dos conflitos ambientais, já vimos no Capítulo 1, que há uma diferença entre o ambiente, o bem ambiental e os componentes ambientais. Boa parte dos pontos apontados pela doutrina sobre o objeto do conflito ambiental confundem esses conceitos e acabam considerando características que são do ambiente, mesmo quando o conflito trata simplesmente de um bem ambiental ou de um componente. Veremos, adiante, em mais detalhes a discussão sobre a mediabilidade do objeto do conflito ambiental, aprofundando para os fins de nosso trabalho, os conceitos que já foram indicados no Capítulo 3.3, acima. Trataremos também da multidisciplinariedade comumente apontada pela doutrina como um elemento presente em todos os conflitos ambientais.

4.1.2.1 – O ambiente como um bem difuso, indisponível, intransigível

Como bem resume TRISTÃO, quando os bens se relacionam a um direito ou interesse coletivo ou difuso³⁷⁵, como é o caso do ambiente (integralmente considerado) ou do

³⁷⁴ CEBOLA, *et. al.*, 2020: 63.

³⁷⁵ GOMES ensina que os interesses difusos foram uma criação da jurisprudência italiana, como uma forma de “resolver situações de ausência de preenchimento do pressuposto processual da legitimidade em acções intentadas

“direito fundamental ao ambiente sadio e equilibrado”, se atribui a eles um “caráter de público” que resulta nas prerrogativas de inalienabilidade, impenhorabilidade e imprescritibilidade. Para o autor, o “bem ambiental [...] tem como esfera de proteção o caráter de ser indivisível, indeclinável e indisponível, neste caso no sentido de que sua proteção é inegociável”³⁷⁶.

Antes de qualquer avaliação individualizada sobre tais critérios que envolvem o ambiente, é preciso relembrar da distinção já feita no Capítulo 1 sobre o ambiente integralmente considerado, os bens ambientais (ou microbens ambientais) e os componentes ambientais.

Como TRISTÃO, a doutrina costuma ver o “bem ambiental” como indivisível, indisponível, mas esse bem indisponível corresponde, a nosso sentir, exclusivamente ao ambiente protegido pela CRP (e pela CFB também).

Tais características não se aplicam indistintamente aos bens ambientais e componentes ambientais. Até porque, se fosse assim, sequer seria permitido ao homem respirar, já que ao fazê-lo, ele absorve o oxigênio da atmosfera e libera o nocivo CO₂, gás de efeito estufa tão combatido no âmbito das discussões sobre mudanças climáticas³⁷⁷.

Para dar um exemplo menos singelo, fosse qualquer componente ambiental absolutamente intocável, inegociável e indisponível, seriam vedados quaisquer empreendimentos industriais, na medida em que qualquer indústria, por mais sustentável que seja, necessariamente causará pressões sobre componentes ambientais, e, às vezes, a bens ambientais, como um corpo hídrico, o ar, uma área de floresta, as aves de uma região.

Analisando a questão sob a perspectiva do direito brasileiro, ANTUNES entende a indisponibilidade como um “mito”³⁷⁸. Diz o autor que “contrariamente ao que tem sido apregoado, questões ambientais são essencialmente negociáveis”³⁷⁹, especialmente se tivermos em conta os múltiplos instrumentos existentes no direito brasileiro, como as compensações ambientais impostas a empreendimentos de significativo potencial poluidor para criação e manutenção de unidades de conservação, os termos de ajustamento de conduta e o

com a finalidade de prevenir ou fazer cessar atentados a bens de fruição colectiva como os bens ambientais”. GOMES, 2008: 248.

³⁷⁶ TRISTÃO, 2010: 101.

³⁷⁷ Em nosso projeto de dissertação, apresentado à Universidade Autónoma de Lisboa, dissemos que “se por um lado é uníssono que o macrobem ambiental, assim considerado o ambiente como um todo ou as funções ecológicas dos sistemas ambientais, é indisponível, o mesmo não se pode dizer dos componentes ambientais, devendo-se reconhecer que há na própria existência humana uma necessária pressão sobre os bens ambientais e uma reconhecida interferência adversa da atividade humana no seu meio, que, se por um lado, não serão reconhecidas pelo direito com ensejadoras de reparação, não deixam de poder gerar conflitos ambientais”. PEREIRA, Luciana Vianna – Projeto de Dissertação apresentado à Universidade Autónoma de Lisboa.

³⁷⁸ No mesmo sentido, KOKKE diz que o “afastamento de temas ambientais da esfera de métodos alternativos de solução de conflitos erige-se sobre um mito, o mito da indisponibilidade abstratamente considerada”. KOKKE, 2016: 293.

³⁷⁹ ANTUNES, 2011: 105.

procedimento administrativo de licenciamento ambiental, que, não deixa de definir “o grau de ‘poluição’ ambiental tido como aceitável pela sociedade”³⁸⁰.

O autor tem razão, especialmente se considerarmos que, em sua maioria, os conflitos ambientais não afetam o ambiente integralmente considerado, com todas as suas inter-relações, elementos e componentes, ou são capazes de afetar o direito constitucional ao ambiente sadio e equilibrado. Muitos conflitos ambientais versam sobre direitos indenizatórios individuais ou individuais homogêneos (tradicionalmente disponíveis). Há outros tantos que versam sobre interesses difusos conflitantes. E mesmo quando estão em disputa interesses genuinamente difusos, estes poderão demandar soluções mais céleres ou criativas, que normalmente não admissíveis nas decisões adjudicadas³⁸¹.

Muitos autores brasileiros se debruçaram sobre o tema da disponibilidade e transigibilidade para avaliar a natureza jurídica e admissibilidade dos TACs³⁸², rejeitando uma visão de que haveria uma indisponibilidade ou inegociabilidade absolutos³⁸³.

Se adotarmos a classificação do Capítulo 1 sobre os tipos de conflitos ambientais, conseguiremos facilmente admitir a mediação como uma forma de alcançar uma solução mais proporcional e adequada. Isto porque, se é certo que o direito ao ambiente sadio e equilibrado é um direito fundamental de terceira geração, difuso, indisponível e assegurado não só às presentes, mas também às futuras gerações, por outro lado, é necessário reconhecer que nem

³⁸⁰ ANTUNES, 2011: 109.

³⁸¹ Usualmente, o direito processual na *civil law* pauta-se pelo princípio da inércia do juiz, por meio do qual ele só pode julgar com base no que é trazido aos autos e só pode decidir e conceder o que consta do pedido.

³⁸² Os TACs são instrumentos previstos na lei de ação civil pública que pode ser tomado pelo MP, no curso do inquérito civil (que ele próprio conduz) para apuração de responsabilidade civil por danos difusos, como o dano ao meio ambiente, ou para encerrar uma ação civil pública, mediante homologação judicial.

³⁸³ Nesse sentido, SOARES, por exemplo, expõe que a regra de que o direito ambiental seria sempre indisponível e absolutamente inegociável vem sendo mitigada pela adoção de soluções (como é o caso dos TACs) que permitem “a cessação do dano e sua reparação de forma mais rápida e menos custosa que a submissão do problema ao poder jurisdicional do Estado” (SOARES, 2010: 139); PINHO, que ressalta que o surgimento dos TACs está atrelado à percepção de inadequação do processo judicial clássico para a solução de conflitos que envolvem “interesses coletivos *lato sensu*, cuja titularidade não pertence exclusivamente aos legitimados à propositura da ação civil pública”. O TAC seria, para ele, uma “ferramenta conciliatória relevante, viabilizadora do acesso à justiça consensual”, a solução negociada, ao que se assemelha, evidentemente, a nosso ver, às soluções obtidas através da mediação e após citar Angel Oquendo, para quem a indisponibilidade do direito coletivo deveria estar adstrita à renúncia do direito, e Ana Luiza Nery, para quem, a celebração do TAC teria por objetivo “alcançar a melhor alternativa para reparar ou evitar a lesão a um bem de natureza metaindividual”, defende que a decisão por celebrar ou não um TAC significa para o ente da administração pública um exercício detalhado de “proporcionalidade, em todos os seus níveis ou subníveis de aferição – necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito” (PINHO, 2020: 697-699); e PANTOJA, que pondera que “O Poder Público pode tolerar certos inadimplementos residualmente relevantes, dentro de uma política de meio-ambiente determinada, priorizando o cumprimento daquelas outras obrigações mais factíveis, ou cujo inadimplemento produza um dano maior, ou mais imediato. Esse exercício de seletividade é ínsito ao poder discricionário da Administração Pública, e será tanto maior quanto menores forem os recursos econômicos e financeiros à disposição da Administração” (PANTOJA, 2006: 83).

todo conflito que versar sobre matéria ambiental representará necessariamente uma potencial violação ou ameaça a este direito fundamental³⁸⁴.

Acrescentaríamos que, se, por um lado, há conflitos que decorrem de um dano e nem sempre neles haverá um conflito que verse sobre a “integração ecológica” dos elementos e componentes ambientais capazes de macular o direito fundamental ao ambiente equilibrado e sadio, por outro, há diversos outros conflitos que surgem meramente da existência de um risco ou da expectativa de um potencial dano a componentes ambientais ou, ainda, simplesmente colocam em confronto interesses de proteção de componentes ou bens ambientais diferentes³⁸⁵.

Mas se, por um lado, é possível imaginar conflitos ambientais que não versam propriamente sobre um direito absolutamente indisponível, por outro, há que se reconhecer que haverá conflitos em que a indisponibilidade decorrerá de uma preocupação e uma necessidade de considerar os efeitos de um determinado empreendimento ou atividade sobre os interesses

³⁸⁴ Nesse sentido, SILVA JUNIOR entende pela necessidade de se analisar de forma mais cuidadosa “os contornos caracterizadores dessa indisponibilidade em sede de direito ambiental”. Isto porque, a “tutela do meio ambiente só se mostra possível e racionalmente legítima a partir do momento em que se define a espécie de conduta capaz de gerar o dano ambiental” (SILVA JUNIOR, 2014: 393). De nosso lado, não podemos imaginar, por exemplo, que a poda de uma árvore para que não afete ou rompa a fiação elétrica em uma rua irá ameaçar frontalmente o direito a sadia qualidade de vida. Também não podemos imaginar que a realocação de fauna ou flora para construção de um reservatório de água irá também resultar em um prejuízo significativo ao meio ambiente integralmente considerado. O autor, assim como fizemos anteriormente, distingue os componentes ambientais do “próprio bem jurídico tutelado pelas normas de Direito Ambiental”, ao tratar dos conflitos relacionados aos danos ambientais, e diz que nem todo “comportamento de exploração de recursos naturais e/ou culturais” produzirá também um dano ambiental e expõe que o bem jurídico ambiental consistiria na “integração ecológica de cada um desses elementos, que se depreende de seus componentes para formar uma singularidade ficcional própria. Aqui está o principal vetor da aplicação à matéria dos métodos negociais de solução de controvérsias, pois os interesses que envolvem a tutela do meio ambiente estão intrinsecamente ligados a uma razão de equilíbrio ou equidade intergeracional e, na maioria das vezes, ocultos pelas discussões sobre posições – permitir ou proibir determinada conduta”. SILVA JUNIOR, 2014: 393-394.

³⁸⁵ KOKKE identifica que os principais argumentos na defesa do “monopólio do Estado-juiz” para julgar casos ambientais seriam “a imprescritibilidade da reparação, e portanto, a própria exigência da reparação, assim como a impossibilidade de desfazer-se juridicamente do bem ambiental”. Contudo, expõe que, na solução cooperativa não se afasta a indisponibilidade do bem ambiental, mas se trata de “formas de reparação” ou sua operacionalização. Complementa, o autor dizendo que “a restrição da aplicação de métodos alternativos de resolução de conflitos em favor da prevalência monopolística do Estado exige que estes sejam necessários para a própria definição e execução do direito”. KOKKE, 2016: 292-293. De outro lado, TONIN escreve que “a solução de conflito que verse sobre direito indisponível que admita transação não resultará na disposição do direito, já que este é indisponível. A transação, quando admitida, se dará somente em relação às condições do exercício do direito e do cumprimento da obrigação dela advinda, como prazos, forma de execução, padrões de qualidade, etc”. O autor relembra, por exemplo, os acordos de leniência, como exemplo em que a Administração Pública negocia com os administrados com relação à “aplicação de sanções e a assunção de obrigações em razão do descumprimento de uma previsão legal”. TONIN, 2019: 146. Voltaremos à transigibilidade no próximo item. Ainda sobre a indisponibilidade no direito brasileiro, CASTRO cita interessante precedente do Supremo Tribunal Federal brasileiro no RE 253.885/MG, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, sobre o interesse público e sua indisponibilidade. No julgado, a corte entendeu que “há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à últimação deste interesse” (CASTRO, 2020: 340-341). O julgado é referido pelo autor no contexto de defesa do uso da mediação para conflitos tributários, mas a frase da Ministra nos parece absolutamente adequado aos conflitos de natureza ambiental, já que o tema da proteção ambiental usualmente se confunde com a proteção do “interesse público”, do que trataremos no Capítulo 4.1.1.3.1.

de gerações futuras. Na prática, será mais comum que essas preocupações surjam em conflitos pré-dano, quando estivermos diante da implantação de um novo empreendimento, tratando de normas e limites de emissões, ou padrões de qualidade, mas eventualmente, elas poderão surgir em conflitos pós-dano, em incidentes de grandes proporções, grandes casos de poluição, quando estiver em causa uma ou outra forma de remedia-los.

Esse aspecto da indisponibilidade, a preocupação com a proteção das gerações futuras e especialmente a presença, no caso, de direitos de natureza difusa³⁸⁶, são fatores que impõem alguns cuidados para a solução de conflitos ambientais. Tais preocupações são sanáveis, a nosso ver, com a obrigatória presença de agentes cuja função seja defender tais interesses, e tais agentes devem necessariamente integrar o poder público estatal³⁸⁷.

Para os fins deste Capítulo, cabe destacar que, se por um lado, o ambiente é indisponível, intransigível e difuso, essas características são sentidas de forma diferente quando estamos diante dos conflitos ambientais reais³⁸⁸.

4.1.2.2 – A mediabilidade dos conflitos ambientais – um pouco mais sobre o critério da transigibilidade

Dito isto, é importante tecer algumas questões sobre as dúvidas comumente levantadas sobre a mediabilidade dos conflitos ambientais (ou dos conflitos envolvendo direitos administrativos ambientais), em especial sobre o critério da transigibilidade.

A presença, no sistema português, dos sistemas privados de mediação e sistemas públicos de mediação³⁸⁹, aliado às especificidades da mediação para solução de conflitos ambientais, e às disposições específicas sobre mediabilidade inscritos na LM portuguesa, faz

³⁸⁶ Com um olhar sobre o direito norte-americano, SUSSKIND e CRUIKSHANK entendem que os principais problemas relacionados às disputas envolvendo direitos difusos, seriam a dificuldade de identificar todas as partes e pessoas com interesses na disputa e o fato comum de que dentre os envolvidos poderá haver pessoas e grupos em que a ausência de acordo é uma solução satisfatória ou desejada (SUSSKIND e CRUIKSHANK, 1989: 239). Os pontos e preocupações relacionados à representatividade e a multiplicidade de partes já foram abordados nesse trabalho nos Capítulos 4.1.1.4. e 4.1.1.5. acima. Portanto, não voltaremos a eles.

³⁸⁷ No mesmo sentido, SILVA JUNIOR entende que nas “disputas ambientais, a presença de um elemento indisponível no foco do problema exigirá a presença de órgãos estatais na mediação, característica que será bastante útil a impedir a produção de efeitos nocivos” inerentes a diferenças de forças entre as partes envolvidas na disputa. (SILVA JUNIOR, 2014: 401). Acrescente-se, ainda, como fundamento da participação de agentes públicos, a dificuldade prática de assegurar a representatividade e participação de todos os interessados. SILVA JUNIOR tem igual preocupação quando diz: “representatividade adequada daqueles que, de alguma forma, são afetados pelo problema incluindo aí, além dos potenciais poluidores e grupos atingidos, todos os órgãos oficiais com finalidade institucional inserida no contexto do conflito”. SILVA JUNIOR, 2014: 402.

³⁸⁸ Por exemplo, a sensibilidade e os interesses difusos envolvidos na definição de limites de emissões de uma fábrica será diversa se esta fábrica estiver inserida no meio de uma cidade, no campo, ou em um distrito industrial.

³⁸⁹ Sobre os sistemas públicos, PORTOCARRERO entende que a lei portuguesa de mediação traz uma inovação aos sistemas jurídicos europeus sobre a matéria e a sua inclusão refletiria o entendimento do legislador português de que a mediação realiza uma função constitucional de administração da justiça. PORTOCARRERO, 2019: 208.

com que uma parte considerável da doutrina entenda pela necessidade de lei especial para tratar da mediação ambiental, ou que envolvam direitos públicos (que englobariam o direito ao ambiente sadio).

CEBOLA *et. al.*, por exemplo, defendem a edição de uma lei especial. Dizem, as autoras, que, mesmo após a edição da Lei n.º 118/2019, de 17 de setembro, e as alterações feitas por ela ao n.º 5 do art. 87.º-C do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (o “CPTA”), o requisito da voluntariedade prevista na LM não parece totalmente adaptado ao contexto da mediação processada em âmbito administrativo³⁹⁰.

A questão tem ressonância em outros autores que tratam do tema, como PEDRO, para quem a regulamentação da mediação para solução de conflitos na esfera administrativa depende de lei a editar, apesar de entender que o tema não seria tão “árido” pelos já previstos princípios da mediação, contemplados pela LM portuguesa e pelo sistema modelo que permite a mediação em contratos de gestão na saúde e dos sistemas públicos de mediação³⁹¹.

Ao transpor a Directiva n.º 2008/52/CE da União Europeia para o ordenamento português, a lei foi além da mediação em âmbito civil e comercial³⁹² e optou por contemplar os princípios gerais da mediação, o estatuto do mediador e o regime jurídico dos sistemas públicos de mediação³⁹³, se tornando, para LOPES e PATRÃO, um “regime geral” de mediação³⁹⁴.

A Lei n.º 29/2013, de 19 de Abril diz que a mediação poderá abranger os litígios que respeitem a interesses patrimoniais³⁹⁵ ou interesses sobre os quais as partes possam transacionar³⁹⁶. Portanto, o critério de mediabilidade inscrito na LM portuguesa é o critério da transigibilidade, mas é importante que se diga que o critério está inserido na parte da lei que versa sobre os conflitos civis e comerciais e não na parte geral.

Como vimos no Capítulo 3.3.2, parte da doutrina entendia pela inadequação do aspecto da transigibilidade. A crítica nos parece relevante para os conflitos ambientais,

³⁹⁰ CEBOLA, *et. al.*, 2020: 55.

³⁹¹ PEDRO, 2017: 110. Interessante aduzir que, no direito espanhol, DIZ entende que, para os fins da aplicação da mediação ao contencioso administrativo, o ideal seria que a lei prevísse as matérias de direito que poderiam se submeter à mediação, sendo certo que tais matérias deveriam atender aos pressupostos de transigibilidade, sugerindo, dentre outras hipóteses, os conflitos relativos a “legislação urbanística, de meio ambiente e de ordenação territorial, assim como a concretização de magnitudes, parâmetros e standards na aplicação de tal legislação e meio ambiente, urbanismo e ordenação e planeamento do território”. DIZ, 2019: 294-295.

³⁹² Antes deste normativo, outras normas, como a Lei n.º 29/2009, de 29 de Junho, também tiveram por objeto transpor a Directiva e tratar da mediação em Portugal. Contudo, elas foram revogadas pelo novo diploma. Para uma análise da lei revogada, ver: GOUVEIA, *et. al.*, 2012: 64. Ver também: CEBOLA, 2010a: 4 e ss.

³⁹³ Art. 1.º da Lei n.º 29/2013, de 19 de Abril.

³⁹⁴ LOPES; PATRÃO, 2016: 15.

³⁹⁵ Art. 11.º (1) da Lei n.º 29/2013, de 19 de Abril.

³⁹⁶ Art. 11.º (2) da Lei n.º 29/2013, de 19 de Abril.

especialmente se considerarmos, como CEBOLA, que nem todo conflito sobre um direito intransigível importará em um acordo em que resultará em concessões sobre esse direito³⁹⁷.

Este aspecto é bem tratado pela doutrina brasileira, especialmente na análise dos TACs³⁹⁸. Para doutrinadores brasileiros, haveria uma distinção entre objetivo-fim (a recuperação do dano ambiental) e objetivos-meio (a forma e o tempo para que a recuperação ocorra e quem a levará a cabo)³⁹⁹. Assim, haveria uma distinção clara entre o bem jurídico efetivamente indisponível (que, como já defendemos, é o direito ao ambiente sadio e equilibrado), e as formas de alcançar sua proteção efetiva⁴⁰⁰.

A nosso ver, é necessário distinguir o eventual sacrifício de um elemento de flora (uma árvore ou algumas delas) em benefício de um outro elemento ou componente ambiental, por exemplo, de um dano ambiental isolado. O processo judicial, a mediação, a arbitragem tratam meramente das formas pelas quais um conflito poderá ser resolvido. O direito indisponível, quando se avalia métodos de solução de um conflito, a nosso ver, é exclusivamente o acesso à justiça, já tratado no Capítulo 2, acima.

Na mediação, partindo dos pressupostos de que, de lado a lado, estão representantes dos interesses reais envolvidos no conflito e de que a solução deverá ser alcançada e construída por eles, parece difícil imaginar que o acordo resultante venha a ferir frontalmente o direito difuso ao ambiente sadio ou tratar de algo que não seja bastante adequado a resolver o conflito.

Em nenhum momento, deixa de haver concessões mútuas⁴⁰¹, mas nos parece que é justamente através destas concessões mútuas que se assegura a proteção do direito difuso ao

³⁹⁷ Isso, sem falar, nos diversos conflitos que podem ser abrangidos e entendidos como ambientais, mas que versam exclusivamente sobre direitos indenizatórios individuais ou individuais homogêneos, como já exposto em outras oportunidades neste trabalho.

³⁹⁸ Ao tratar da transação em matéria de responsabilidade administrativa ambiental, portanto, do exercício do poder sancionador estatal, FREITAS diz que “mais importante do que impor uma multa é conseguir a recuperação do bem ambiental lesado. Assim sendo, nada mais normal do que admitir o acordo com o infrator, a fim de que ele dê solução ao problema causado” (FREITAS, 2002: 114-115). Ainda sobre os TACs, AKAOUI informa que “os acordos nada mais são do que a composição dos litígios pelas partes nele envolvidas, sendo certo que esta composição pode ou não implicar concessões mútuas”. O autor afirma que quando houver concessões, haveria transação e quando não, por força da indisponibilidade do objeto, haveria um mero “acordo em sentido estrito”. AKAOUI, 2008: 70. Apesar de interessante e compatível com a possibilidade de se transigir em muitos dos conflitos ambientais pós-dano, a nosso ver, a distinção não parece adequada. Não cremos que a solução para a questão da transigibilidade ou não do tema ambiental se resolva com a suposição de que não ela não imporá concessões mútuas, porque de fato, sempre haverá, em algum grau ou medida, concessões mútuas.

³⁹⁹ De certa forma, a distinção entre objetivos-fim e objetivos-meio parece alinhado com o posicionamento de GOMES sobre a possibilidade de uso da mediação pré-judicial, quando ela admite a hipótese “se entendermos que o resultado não é transaccionável, mas a metodologia de composição de interesses, sim”. GOMES, 2018: 344.

⁴⁰⁰ No mesmo sentido, FABIÃO, para quem: “a celebração de uma transação, estará preenchido o requisito da disponibilidade da situação jurídica mediante a verificação casuística da pretensão apresentada pelo indivíduo, começando logo pela verificação da sua autonomia em relação a outros bens jurídicos”. FABIÃO, 2016: 5.

⁴⁰¹ Se o lado que defende a recuperação de uma área desmatada irregularmente anui com um cronograma para sua recomposição pelo agente responsável pelo dano, está eventualmente abrindo mão de ver a recuperação ocorrer em um prazo menor. Mas ele não o faz em vão ou por uma menor preocupação com a proteção de um direito

ambiente sadio e equilibrado, este sim, intransigível⁴⁰². E essas concessões mútuas são sobre posições⁴⁰³ inicialmente apresentadas e eventualmente sobre como os interesses das partes serão acomodados e satisfeitos.

Em todo caso, entendemos que, se o acordo construído violar um direito difuso, violar a ordem pública ou o direito da coletividade, o problema está no acordo resultante do processo. E como todo e qualquer acordo, resultante ou não de mediação, ele se sujeitará à revisão judicial por seu conteúdo e, eventualmente, também para rever como o processo foi conduzido (se houve falha de representatividade, má fé ou incapacidade dos negociadores, falha do mediador, etc.)⁴⁰⁴.

Sob o aspecto do direito administrativo português, LOPES e PATRÃO entendem correto que o critério da mediabilidade seja o da transigibilidade da matéria em disputa⁴⁰⁵, mas expõem que a possibilidade de transigir é controversa no direito administrativo⁴⁰⁶. Segundo os autores, os opositores ao uso desse critério, tradicionalmente se embasariam na necessária observância do princípio da legalidade⁴⁰⁷, e no fato de que a atuação administrativa serve à persecução do interesse público, que é indisponível e, portanto, sobre o qual não se poderia transigir⁴⁰⁸, mas entendem que essa visão seria ultrapassada. Isto porque haveria casos em que o próprio CPTA admitiria a transação judicial⁴⁰⁹, a Administração Pública poderia para rever seus atos e decisões, pela própria instância que emitiu o ato (por reconsideração) ou por

difuso e indivisível ao meio ambiente sadio. Ele o faz porque o cronograma representa o compromisso do agente responsável à recomposição da área e reparação efetiva do dano causado. Quem aceita o cronograma proposto o faz também porque através do compromisso, há maior certeza de que este será cumprido, o que trará muito mais eficácia à proteção ambiental do que permanecer em uma disputa judicial eterna.

⁴⁰² No mesmo sentido, e, sobre o TAC, TRISTÃO informa que “trata-se de transação que não envolve o bem ambiental em si considerado, mas todas as situações periféricas que tendem a preservá-lo” (TRISTÃO, 2010: 165) e que “preservados os direitos e interesses difusos tem-se que é possível as partes transacionarem, pois, acima de tudo, o que se pretende é dar efetividade à preservação ambiental, ressaltando-se que este fim é um dos princípios mais importantes e orientadores do Direito Ambiental” (TRISTÃO, 2010: 166)

⁴⁰³ As posições e não aos interesses, na distinção feita pela escola de negociação de Harvard e já apresentada no Capítulo 3.1, acima.

⁴⁰⁴ O que acreditamos é que o fato de versar sobre interesses difusos não deve justificar uma decisão a priori sobre adequação ou não do método usado.

⁴⁰⁵ LOPES; PATRÃO, 2019: 18-20. Em outro trecho, os autores entendem que a equiparação da mediabilidade à transigibilidade está contemplada no art. 87º.-C, nº. 1 do CPTA, quando o Código prevê a possibilidade de mediação quando “a causa couber no âmbito de disposição das partes” LOPES; PATRÃO, 2019: 36.

⁴⁰⁶ Nos pareceu interessante o ponto trazido pelos autores de que a mediabilidade não poderia ser confundida com a arbitabilidade observada pela Lei de Arbitragem Voluntária, porque sendo a arbitragem uma forma heterocompositiva de solução do conflito, a Administração poderá perseguir e defender até o fim seu posicionamento e seu interesse (que, como vimos poderá ou não espelhar um ou mais interesses públicos), enquanto que, na mediação, a Administração deverá, de alguma forma, ceder e fazer concessões para alcançar o acordo. LOPES e PATRÃO, 2019: 18-20.

⁴⁰⁷ Pelo qual a Administração não age senão em decorrência de lei.

⁴⁰⁸ LOPES e PATRÃO, 2019: 21.

⁴⁰⁹ Art. 27º, 1 - Compete ao relator, sem prejuízo dos demais poderes que lhe são conferidos neste Código: [...] e) Julgar extinta a instância por transação, deserção, desistência, impossibilidade ou inutilidade da lide; [...]. Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro.

instância superior (por recurso), no campo da discricionariedade (política ou técnica) da atuação administrativa⁴¹⁰, e também pelo princípio da boa administração, previsto no CPA^{411 412}.

LOPES e PATRÃO ainda defendem que, como o resultado da mediação e a própria mediação em si tem natureza contratual, os requisitos a serem observados para a mediabilidade envolvendo a Administração Pública devem ser similares aos critérios e requisitos para a celebração de contratos administrativos. Portanto, com fundamento, no art. 200º, 3 do CPA, poderiam abarcar qualquer matéria administrativa salvo se diversamente previsto em lei ou se contrário à natureza das relações estabelecidas⁴¹³. No mesmo sentido, os autores citam a permissão legislativa para acordos firmados no curso de processos ou procedimentos, contemplados no art. 57º., nº. 3 e art. 98º., nº. 2 do CPA.

Dizem ainda que “para além dos sinais legislativos de que a mediação administrativa pode ocorrer nos mesmos domínios que podiam conduzir à arbitragem administrativa (ainda que, em algum casos, hajam de ser convoladas em sentença arbitral), não se identificam obstáculos a que os acordos endoprocedimentais ou os que ponham termo a um procedimento (de primeiro ou segundo grau) possam ser o resultado do recurso a tal mecanismo de auto-resolução de litígios”⁴¹⁴.

Ademais, os autores entendem que “os casos em que se admite a utilização de serviços de mediação ‘no âmbito de procedimentos de impugnação administrativa’ (nº. 3 do artigo 187º. do CPTA)” colocariam o servidor público ou decisor do ente administrativo em questão, na posição de parte, como tal, dotada de discricionariedade, levando-o a “relacionar-se com o princípio da juridicidade numa base de oportunidade, dotando-a das características próprias de uma auto-composição do litígio”⁴¹⁵.

No que respeita à transigibilidade, podemos entender que há diversos tipos de conflitos ambientais, que versam estritamente sobre questões patrimoniais – como nos casos de indenizações individuais decorrentes de danos ambientais – e outros sobre os quais eventualmente poderia estar em causa um dano ao patrimônio ambiental de titularidade difusa,

⁴¹⁰ No mesmo sentido, sob a perspectiva do direito espanhol, GARÍN entende que a adoção da mediação nos conflitos administrativos “não alija a Administração do cumprimento da lei”, mas permite preencher os espaços onde há, na Lei e no Direito, conceitos indeterminados. GARÍN, 2019: 41.

⁴¹¹ Art. 5º. Princípio da boa administração. 1 - A Administração Pública deve pautar-se por critérios de eficiência, economicidade e celeridade. 2 - Para efeitos do disposto no número anterior, a Administração Pública deve ser organizada de modo a aproximar os serviços das populações e de forma não burocratizada. Código de Procedimentos Administrativos, aprovado pelo DECRETO-LEI N.º 4/2015, de 7 de janeiro.

⁴¹² LOPES; PATRÃO, 2019: 22-25.

⁴¹³ LOPES; PATRÃO, 2019: 26-27.

⁴¹⁴ LOPES; PATRÃO, 2019: 37.

⁴¹⁵ LOPES; PATRÃO, 2019: 37.

mas cujo acordo será absolutamente favorável à proteção do bem ambiental, em que pese dispor de um ou outro componente ou elemento ambiental.

Como já dissemos, a presença do MP para fiscalizar os acordos que envolvem a Administração Pública parece absolutamente adequada e suficiente para assegurar que o acordo resultante da mediação seja conforme o Direito⁴¹⁶. E como para todas as falhas do acordo há (e deve haver) remédios legalmente previstos, cremos na possibilidade de uso do método⁴¹⁷.

É interessante ainda aduzir (ainda que de passagem, por não ter sido o objeto deste trabalho), que o fato de não se poder transigir sobre o direito fundamental ao ambiente sadio e equilibrado não impede, por exemplo, que, em escala global, bens ambientais, como o clima, as medidas para o controle da expansão das mudanças climáticas ou os mecanismos para regulação e enfrentamento da perda de biodiversidade global, sejam objeto de negociação, acordo e transação⁴¹⁸.

A mediação, como é o sistema adjudicatório, é uma mera forma de alcançar uma solução para um conflito. Se a solução, ou seja, o acordo, violar um direito indisponível, difuso ou coletivo, então, o resultado, e não o método usado para chegar a ele, deverá ser questionado e eventualmente afastado, inclusive pela via adjudicatória, através do tribunal competente.

4.1.2.3 - Multidisciplinariedade

Sobre os conflitos ambientais como objeto de mediação, diz-se que eles envolvem discussões que não se restringem ao Direito ou a uma área técnica de conhecimento.

Sejam conflitos ambientais decorrentes de um dano ambiental ou conexos a um potencial dano ambiental pela instalação de uma atividade nova ou, ainda, a edição de uma norma, parâmetro ambiental ou a alteração no planejamento relacionado a atividades potencialmente poluidoras desenvolvidas em um determinado território, muito se aponta sobre as múltiplas disciplinas, matérias e temas envolvidos no conflito.

⁴¹⁶ Ainda que para assegurar isso seja recomendável a edição de norma especial que defina as hipóteses e regras para o uso da mediação em conflitos envolvendo a Administração Pública.

⁴¹⁷ Entender diferente, aliás, seria equivalente a dizer que o Poder Judiciário deveria ser proibido de julgar conflitos porque eventualmente profere decisões que inocentam culpados por falta de provas, ou condenam inocentes. Ou seja, atacar um método de solução de conflito porque através dele, há resultados que, posteriormente se revelam equivocados não nos parece razoável ou sequer conforme o direito fundamental de acesso à justiça, na acepção de uma ordem jurídica justa. Sobre o tema, ver o Capítulo 2, acima.

⁴¹⁸ Nada se discute sobre a adequação ou possibilidade das negociações realizadas e a celebração de acordos e tratados entre países versando justamente sobre os temas ambientais de maior relevância e de impacto à comunidade global e às gerações futuras. O Acordo de Paris, por exemplo, nada mais é do que uma consolidação de compromissos voluntários adotados pelos Estados com o objetivo de reduzir suas emissões. Esse fato, reforça, a nosso sentir, que a mediabilidade de conflitos ambientais não deve ser definida *a priori* ou mediante um aspecto frio de poder ou não transigir (ou ainda dispor) sobre o bem ambiental.

A multidisciplinariedade costuma se refletir, ainda, num imenso número de agentes e agências envolvidas para resolução de um caso, tendo, portanto, relação intrínseca com a multiplicidade de atores já analisada nos Capítulos 4.1.1.4. e 4.1.1.6.

Exemplificativamente, quando estamos diante de um novo empreendimento, será necessário avaliar a geologia do local, a biota, fauna e flora, aspectos sociais decorrentes do empreendimento, alterações de tráfego, não só terrestre, mas, por vezes, aéreo, marítimo, fluvial, dentre outros tantos fatores. E sobre cada matéria, pode ser necessário envolver entidades reguladoras ou agências governamentais, com interesses conflitantes a respeito de um mesmo empreendimento.

PEDREÑOS diz que os conflitos ambientais são multi e interdisciplinares. Multidisciplinares por requerer a intervenção de múltiplas disciplinas, mas interdisciplinares, porque essas disciplinas devem se interconectar de forma estreita no método de trabalho, para permitir que as partes possam chegar a um consenso⁴¹⁹.

É necessário entender que tais questões serão analisadas, conforme a legislação aplicável em cada país, pela Administração Pública ou pelo poder concedente da autorização pertinente. E, se é verdade que os conflitos ambientais podem requerer uma série de expertises e conhecimentos técnicos distintos para a solução do caso, é preciso reconhecer, primeiro, que isso não será necessariamente verdade para todos⁴²⁰ e, segundo, que a necessidade de coordenar múltiplos atores e interesses diferentes parece muito mais adequado às soluções negociais⁴²¹.

É preciso reconhecer ainda que essa complexidade inerente ao caso concreto se verificará independentemente do fórum a que a demanda seja submetida, seja ele a mediação, o Judiciário ou a arbitragem.

A vantagem, a nosso ver, da mediação é que, como o objetivo dela é justamente assegurar uma ampla participação, nos parecem ser maiores as chances de que todos os

⁴¹⁹ PEDREÑO, 2015: 59. CLARKE e PETERSON ainda acrescentam que o tema pode ficar ainda mais complexo quando se está diante de uma atividade desenvolvida em mais de um país e citam o exemplo das dificuldades de definição de estratégias de proteção de ninhos de pássaros ameaçados de extinção na região desmilitarizada entre a Korea do Norte e a Korea do Sul (CLARKE; PETERSON, 2016: 30)

⁴²⁰ Assim, por exemplo, casos de indenização financeira a uma pessoa física afetada por poluentes organoclorados persistentes (os chamados, POPs) envolverão, quando muito, um especialista médico, para definição do nexo de causalidade entre o dano sofrido e o composto.

⁴²¹ Por outro lado, quando estivermos diante de uma avaliação sobre implantar uma planta de energia solar em um imóvel rural destinado originariamente à produção de alimentos, ou quando se decidir sobre a matriz energética a ser priorizada em uma determinada região – nuclear, carvão, eólica – provavelmente, teremos a demanda por diversos especialistas

especialistas necessários se apresentem e possam expor seus interesses no tema, buscando uma solução que os congrega e não uma decisão de “sim” ou “não”⁴²².

Ressalte-se, contudo, o alerta feito por RIESEL, quanto a necessidade de se assegurar o acesso real e efetivo às informações científicas pertinentes à negociação sobre o conflito. Segundo o autor, em muitos casos, o fato de o conhecimento científico demandar recursos financeiros para sua obtenção, poderá refletir um desequilíbrio na negociação e fazer com que a parte com maior poder econômico seja relutante no fornecimento das informações técnicas e científicas necessárias⁴²³.

O alerta nos parece válido para os conflitos ambientais submetidos à mediação, apesar de não nos parecer suficiente para impedir o uso do método ou se sobrepor às vantagens da solução negociada e mais participativa⁴²⁴.

4.1.3 – Quanto ao processo de mediação ambiental

Analizados os aspectos relacionados aos conflitos ambientais que afetam as partes e o seu objeto – o bem ambiental ou um ou mais de seus componentes –, passemos a analisar outras questões relacionadas aos conflitos ambientais que não se vinculam diretamente aos aspectos tratados até aqui, mas que também costumam ser apontados pela doutrina como óbices ou dificuldades ao uso do método para a solução de conflitos ambientais, e que nos parecem mais relacionados ao processo de mediação do que aos conflitos em si.

4.1.3.1 - Existência de incertezas científicas

A doutrina constantemente descreve a existência de incertezas científicas como uma das dificuldades comuns dos conflitos ambientais. CLARKE e PETERSON informam que as incertezas podem decorrer da falta de estudos científicos suficientes sobre o tema envolvido no conflito ou a existência de divergências e conflitos entre estudos científicos⁴²⁵. Daí, dizem

⁴²² No Brasil, por exemplo, se adotássemos um sistema de mediação no curso do licenciamento ambiental, poderíamos, provavelmente, ver contemplados todos os interesses sobre aquele empreendimento, o que daria maior legitimidade ao processo e evitaria situações como as já evidenciadas no país em que uma autoridade outorga ao particular a autorização para exercício de uma atividade, enquanto o órgão ambiental a rejeita, gerando uma insegurança jurídica e não contribuindo em nada para a proteção ambiental efetiva.

⁴²³ RIESEL, 1985: 110.

⁴²⁴ Cremos que o mediador deva ser o responsável por monitorar e controlar a troca efetiva de informações entre todas as áreas e disciplinas envolvidas, como já alertamos no Capítulo 4.1.1.3.2.

⁴²⁵ No mesmo sentido, CROWFOOT e WONDOLLECK ressaltam que, se em muitos conflitos ambientais, a informação científica é inexistente ou inconclusiva, em outros, pode haver muitas interpretações possíveis sobre os dados existentes. (CRAWFOOT; WONDOLLECK, 1990: 166). Também diz BORRIE, que “Usualmente, a informação disponível é inexata, aberta à interpretação, politizada, teoria sem suporte em pesquisa e a natureza e extensão dos problemas ambientais é incerto, assim como são as consequências das ações adotadas” (BORRIE, 2002: 9).

que não é possível simplesmente confiar na ciência para solução de conflitos ambientais⁴²⁶. Os autores ressaltam ainda o fato de que conflitos ambientais não são conflitos que ocorrem só no momento presente ou no passado, mas tem (usualmente) impactos futuros⁴²⁷, o que adiciona complexidade à questão⁴²⁸.

Nos parece que, em decorrência dessa incerteza e dos embates entre técnicos ou mesmo pelo fato de estar a ciência em constante evolução, a solução adjudicada, de cima para baixo, e tomada individualmente por um juiz não pode ser considerada mais adequada⁴²⁹.

Depois de ponderar ser “comum que disputas ambientais se convertam em disputas entre especialistas contratados por cada uma das partes na defesa de um número específico de premissas”⁴³⁰ e informar que as incertezas relativas ao julgamento de questões científicas complexas, são comuns em disputas ambientais, BACOW e WHEELER ponderam que nem sempre haverá uma única resposta correta⁴³¹, afetando gravemente a possibilidade de soluções adjudicadas e favorecendo a composição de interesses, diante de todas as soluções possíveis⁴³².

Sob um outro aspecto, CEBOLA *et. al.* escrevem que as especificidades técnicas e científicas das questões ambientais podem ser o motivo dos conflitos ambientais por “falta

⁴²⁶ CLARKE e PETERSON, 2016: 29. No mesmo sentido, BACOW alerta que administradores públicos usualmente superestimam a capacidade de a ciência dar respostas incontroversas aos problemas ambientais, quando, na verdade, as modelagens envolvem decisões subjetivas BACOW *apud* BACOW; WHEELER, 1984: 99. Ainda sobre o tema, vale também a ressalva feita por Ulrich Beck, desenvolvedor do conceito da “sociedade de risco” tão amplamente difundida entre os estudiosos da área ambiental. Beck diz que os “destinatários e usuários de resultados científicos – na política, na economia e nos meios de comunicação de massa e no cotidiano – tornam-se de fato mais dependentes de argumentos científicos, mas ao mesmo tempo mais independentes de descobertas específicas e do juízo da ciência sobre a verdade ou falsidade de suas declarações”. BECK, 2011: 253. Para uma compreensão do conceito de risco e seus impactos na sociedade mundial e na tomada de certas decisões políticas, é interessante ver também BECK, 2016.

⁴²⁷ CLARKE e PETERSON, 2016: 29.

⁴²⁸ O texto nos remeta a POPPER, quando comenta sobre a superação da teoria de Newton, por Einstein, “até mesmo a teoria mais bem-confirmada pode nunca ser certa: nossas teorias são falíveis e permanecem falíveis, mesmo depois de terem sido brilhantemente confirmadas”. POPPER, 2013: XXIII - XXIV.

⁴²⁹ CLARKE e PETERSON ressaltam que a complexidade dos temas ambientais envolve também a necessidade de endereçar novos futuros entendimentos sobre um determinado conflito e a evolução tecnológica. Os autores informam que os acordos mais atuais de solução de conflitos ambientais tem incluído cláusulas de monitoramento constante e assembleias paralelas que possam promover alterações na implementação do acordo CLARKE e PETERSON, 2016: 37.

⁴³⁰ BACOW e WHEELER, 1984: 76.

⁴³¹ A mesma constatação é feita por DWORKIN, em sua tão festejada obra “Levando direitos a sério”. Em uma passagem e com o objetivo último de encontrar respostas para os “casos difíceis” no interior do sistema jurídico norte-americano e não na arbitrariedade dos juízes, DWORKIN diz que “Há casos difíceis, na política e no Direito, em que advogados razoáveis irão discordar sobre direitos e que nenhum deles terá argumentos satisfatórios e suficientes para convencer o outro”. DWORKIN, 2013: 7.

⁴³² BACOW e WHEELER, 1984: 364. No mesmo sentido, CROWFOOT e WONDOLLECK entendem que quando os participantes de um processo de solução de conflito ambiental concordam em trabalhar sobre uma mesma base de informações, o processo poderá ter sucesso, os múltiplos interesses poderão ser reconhecidos e soluções ambientais sofisticadas poderão ser encontradas. CROWFOOT; WONDOLLECK, 1990: 166

de conhecimento, fundamentação ou informação deficiente de algumas das partes envolvidas relativamente ao impacto de certa medida ou aos benefícios da mesma”⁴³³.

Ousamos discordar das autoras, nos apoiando nos autores norte-americanos anteriormente citados, pois, nos parece, como eles descrevem, que há uma certa ilusão quanto a existência de certezas científicas solucionadoras de todo e qualquer problema ambiental⁴³⁴. Em muitos dos casos ambientais, não há falta, mas excesso de informações, estudos científicos que se contrapõem e pareceres técnicos que se conflitam⁴³⁵.

Não cremos, portanto, que divergências científicas apresentadas sobre um determinado caso terão uma solução mais adequada se proferida unilateralmente, de cima para baixo, sobre qual técnico ou qual abordagem científica está correta⁴³⁶.

Um outro ponto, de alguma forma, ligado à questão, se relaciona às incertezas quanto aos potenciais impactos de uma decisão ou até da solução dada a um conflito sobre as gerações futuras. Já tratamos da questão sob a perspectiva das complexidades relacionadas às partes, mas o tema é relevante também sob a premissa do processo, em si. Nesse sentido, CEBOLA *et. al.* chamam atenção para os “efeitos decisórios em gerações futuras”, ressaltando a necessidade de que as decisões resultantes da mediação possam permitir uma “adaptação a vicissitudes não previstas”⁴³⁷.

⁴³³ CEBOLA *et. al.*, 2020: 25.

⁴³⁴ A ilusão, inclusive fomenta as preocupações apontadas por Ulrich Beck quanto a crescente interdependência e, ao mesmo tempo, distanciamento dos princípios e bases científicas para as decisões políticas e econômicas tomadas na “sociedade de risco”, que o faz questionar os perigos da usurpação da ciência pela política e pela economia que eventualmente façam com que a ciência não possa fazer o que lhe é essencial, que é evoluir. Ver o exemplo sobre as concentrações de DDT. BECK, 2011: 64-65.

⁴³⁵ Diga-se, de passagem, que o próprio princípio da precaução foi cunhado sob a percepção de que a ciência não necessariamente irá dar solução a todas as questões e sempre poderá haver incertezas sobre questões ambientais.

⁴³⁶ No mesmo sentido, NUNES e MATIAS após uma análise criteriosa do caso de co-incineração de resíduos em Portugal, em que se evidenciou, como ocorre comumente nos conflitos ambientais, controvérsias científicas importantes e um conflito que de um lado envolveu a seleção política de determinadas orientações científicas sobre o co-processamento de resíduos e, de outro, a falta de participação popular efetiva e de consideração de outros pareceres científicos cuja conclusão divergia do adotado pela Administração Pública, concluem dizendo que a luta por justiça social e participação seria “uma forma de luta que é indissociável do trazer para a discussão pública as controvérsias que dividem cientistas e técnicos em torno das respostas a dar a situações saturadas de incerteza, respostas que passam, necessariamente, por novas articulações entre o conhecimento e a ação política, um e outra entendidos em termos mais amplos do que os convencionais”. NUNES e MATIAS, 2003: 148. Nos parece que a mediação se encaixa aqui como uma luva.

⁴³⁷ CEBOLA *et. al.*, 2020: 26. No mesmo sentido, HIGGS, entende que a mediação permite às partes construírem acordos abertos e adaptáveis a mudanças eventualmente decorrentes da evolução científica, alternativa que é inimaginável nas soluções adjudicadas. (HIGGS, (Ano): 11)

4.1.3.2 - Confidencialidade – um problema relacionado aos conflitos envolvendo a Administração Pública?

A questão da confidencialidade é bem explorada por BOYRON, quando trata da mediação no direito administrativo. A autora ressalta que a noção de confidencialidade é oposta à ideia do direito administrativo em si, no qual a publicidade na justiça administrativa tem o condão de assegurar a responsabilidade da autoridade pública além de assegurar a proteção do interesse público. A autora rechaça a confidencialidade sobre negociações que impactem o interesse público^{438 439}.

Assim como BOYRON, SOUZA refuta a confidencialidade sempre que se estiver diante de conflitos que envolvam direitos públicos ou a Administração Pública, em observância aos princípios (i) da isonomia, que vincula a atuação do Estado e impede o tratamento diferenciado inclusive na celebração de acordos, e (ii) do próprio “acesso à justiça” na medida em que o acesso às provas, estudos técnicos e outros documentos usados durante o processo de mediação poderiam servir a processos semelhantes. Segundo SOUZA, a confidencialidade cede à transparência, inerente à gestão de recursos públicos e, nesse sentido, defende que todos os acordos firmados pela Administração Pública resultantes da mediação deveriam se submeter ao crivo do Poder Judiciário e à homologação⁴⁴⁰.

Sob a perspectiva do direito português, a legislação ressalva expressamente o dever de confidencialidade quando se estiver diante de “razões de ordem pública, nomeadamente para assegurar a proteção do superior interesse da criança, quando esteja em causa proteção da integridade física ou psíquica de qualquer pessoa, ou quando tal seja necessário para efeitos de aplicação ou execução de acordo obtido por via da mediação, na estrita medida do que, em concreto, se revelar necessário para a proteção dos referidos interesses”⁴⁴¹.

Em que pese os exemplos incluídos na norma serem bastante objetivos, discute-se que seriam meramente exemplos⁴⁴² e se outras razões de ordem pública poderiam também ser usadas para ressaltar a confidencialidade, como no exemplo citado por LOPES e PATRÃO de obtenção ou acesso a informações de segredo de Estado⁴⁴³, ou naquele, mais afeto ao tema do

⁴³⁸ BOYRON, 2007: 286.

⁴³⁹ Já discurremos anteriormente sobre a comum presença da Administração Pública ou de órgãos governamentais nas disputas relacionadas a conflitos ambientais, além dos diversos aspectos relacionados à defesa do “interesse público” em matéria ambiental, que não repetiremos aqui, mas nos parece pertinente aprofundar um pouco mais os impactos sobre a confidencialidade, essencial à mediação

⁴⁴⁰ SOUZA, 2012a: 118. Como já citamos anteriormente, esta foi a solução adotada pela lei brasileira para solução de conflitos envolvendo direitos indisponíveis

⁴⁴¹ Art. 5º. (3) da Lei 29/2013, de 19 de Abril.

⁴⁴² Nesse sentido, CEBOLA et. al, 2019: 104-105.

⁴⁴³ LOPES; PATRÃO, 2016: 49.

presente trabalho e citado por CEBOLA *et. al*, em que o mediador, em uma sessão de mediação, descobre que uma das partes pretenderia derramar um certa substância tóxica em corpo hídrico, atentando, potencialmente, contra a integridade física de pessoas⁴⁴⁴.

LOPES e PATRÃO fazem a ressalva de que a regra de levantamento da confidencialidade na legislação portuguesa foi pensada para conflitos de natureza cível e comercial, mas não administrativa, na medida em que, nos últimos, haveria uma “tensão intrínseca entre confidencialidade e transparência da Administração”⁴⁴⁵ e em que haverá interesse público na divulgação do resultado da mediação e do acordo firmado pela Administração⁴⁴⁶.

Somos da opinião de que se todo e qualquer conflito com a Administração Pública ou relativa a conflitos administrativos tivesse que se submeter a uma ampla transparência quanto ao seu teor, o uso da mediação em sede administrativa teria abrangência restrita. O receio da divulgação da íntegra das informações trocadas entre as partes durante as sessões inibiria a troca e discussão sob um panorama completo do caso, visando a solução do conflito.

Com relação aos conflitos ambientais, como vimos acima, há um inegável componente de interesse público e coletivo sobre disputas versando sobre a matéria, especialmente se considerarmos os conflitos de natureza coletiva ou difusa, sejam eles prévios ou posteriores a ocorrência de um dano ambiental.

Assim, para que a mediação em matéria ambiental possa se desenvolver como um método de solução adequado a determinadas demandas ambientais, nos parece ser necessário que a possibilidade de levantamento da confidencialidade sobre as informações trocadas durante o processo em decorrência de uma suposta violação à ordem pública, seja limitada ou excepcional. Não se pode admitir um eventual entendimento de que o simples fato de que toda e qualquer mediação relacionada à proteção ambiental é necessariamente uma questão de ordem pública⁴⁴⁷, até porque há casos em que o conflito oriundo de um dano ambiental versará somente sobre interesses indenizatórios que são, por sua natureza, patrimoniais disponíveis.

⁴⁴⁴ CEBOLA *et. al.*, 2019: 104.

⁴⁴⁵ LOPES e PATRÃO, 2016: 50.

⁴⁴⁶ BOYRON, 2007: 287 ss. No mesmo sentido, PORTOCARRERO informa que, sob a previsão do art. 20º. da LM, o acordo poderia ser publicado, mas não, em princípio, o teor das sessões de mediação (PORTOCARRERO, 2019: 218).

⁴⁴⁷ Nesse sentido, CEBOLA, CASER e VASCONCELOS entendem que as questões de ordem pública em matéria ambiental abrangeriam somente questões relacionadas à segurança de uma comunidade, de indivíduos ou do meio ambiente, como no caso de um iminente acidente ambiental, ficando a cargo (e sob a responsabilidade) do mediador, avaliar se há violação ou não da ordem pública que permita o levantamento da confidencialidade. Vide CEBOLA, CASER e VASCONCELOS, 2014: 6.

Se qualquer do povo puder questionar, por exemplo, a legitimidade de um acordo firmado através da mediação, o método poderá ser esvaziado e legado ao adormecimento, como reportado por KOVACH, nos Estados Unidos⁴⁴⁸.

Por outro lado, como ressaltam BACOW e WHEELER, quando um agente administrativo está envolvido na negociação, o sigilo absoluto poderá gerar questionamentos e suspeitas, afetando a imagem dos agentes públicos envolvidos e até a legitimidade do acordo. Ademais, não se pode ignorar o papel da mídia nas negociações em grandes conflitos ambientais⁴⁴⁹. Os autores ponderam, contudo, que há diferentes níveis de sigilo e publicidade e dependendo da situação, pode ser interessante manter algumas sessões confidenciais e exclusivas entre os interessados, mas em outras, contar com a participação popular ou mesmo convidar jornalistas para participar das sessões⁴⁵⁰.

Também CEBOLA *et. al.* entendem ser possível equilibrar a transparência administrativa à confidencialidade do processo de mediação envolvendo a Administração Pública. As autoras se posicionam sobre a possibilidade de divulgação a público de alguns momentos ou partes do processo de mediação e do acordo final resultante do processo⁴⁵¹.

De toda sorte, é necessário aduzir que parte da doutrina, como por exemplo, SOUZA, entende que nem mesmo em conflitos que envolvam direitos individuais homogêneos deveria ser assegurada a confidencialidade, para permitir a fiscalização pelos interessados, titulares do direito, quanto às informações obtidas e debatidas na negociação e sobre os critérios para o acordo⁴⁵². A autora, contudo, escreve sobre a perspectiva brasileira em que, por inúmeras vezes esses acordos são firmados por entidades legalmente legitimadas, como o MP ou a Defensoria Pública, sem que (o que nos parece um grande equívoco) os interessados sejam consultados ou chamados a opinar.

Nos parece que a garantia quanto à legitimidade do acordo e da atuação desse legitimado deveria se apresentar antes da celebração do acordo. Não nos parece haver uma necessidade entre a publicidade ampla e irrestrita das conversas mantidas nas sessões de

⁴⁴⁸ Nos Estados Unidos, a questão do levantamento do requisito da confidencialidade também é citada por KOVACH como um dos elementos que fez com que a mediação tenha passado por um momento de latência nos Estados Unidos, informando a autora que hoje se usa muito menos a mediação que há algumas décadas atrás. Segundo a autora, a possibilidade de levantamento da confidencialidade se verifica na execução do acordo ou nas disputas que questionam a própria validade do acordo firmado e nos casos em que se discutem questões de ordem pública, de difícil conceituação e caracterização (KOVACH, 2015: 774-775).

⁴⁴⁹ Os autores entendem que a mídia tem a capacidade de moldar e influenciar a percepção do público em geral sobre a negociação em andamento, além de poder ser usada pelos próprios participantes e atores da mediação para conseguir apoio às suas posições, fortalecendo seu poder de barganha. BACOW; WHEELER, 1984: 361.

⁴⁵⁰ BACOW; WHEELER, 1984: 361.

⁴⁵¹ CEBOLA *et. al.* 2019: 105-106.

⁴⁵² SOUZA, 2012a: 122.

mediação, nos documentos disponibilizados durante as sessões, se os interessados estiverem também vinculados sobre o dever de confidencialidade e assentirem com a conduta, atitude e resultado da negociação por seu legitimado. Como todo representante legal, o legitimado tem responsabilidade perante os seus representados, podendo, por prudência, o mediador confirmar o alinhamento entre ambos constantemente.

A confidencialidade, a nosso ver, justifica-se para assegurar uma transparência entre as partes no curso da negociação e evitar que se lide com a mediação da mesma forma como se lida com as peças processuais, produções de provas nos processos judiciais, ou seja, para evitar que haja uma seleção prévia do que as partes mostram ao outro lado, pelo simples critério de que aquilo que mostram é somente o que melhor convence⁴⁵³.

Seria suficiente, a nosso ver, a publicidade do acordo resultante e, dependendo do caso concreto, do número de participantes e comunidades participantes envolvidos, de partes do processo de mediação, em audiências públicas, por exemplo, para validação de propostas de acordo, para coleta de dados e demandas que possam eventualmente não ter sido bem entendidas ou levadas ao conhecimento dos representantes.

Este parece ser também o posicionamento de CEBOLA *et. al.*, quando ao expor os aspectos práticos da confidencialidade nos processos de mediação ambiental, as autoras informam a necessidade de assegurar a confidencialidade nas sessões prévias, de coleta inicial de informações dos *stakeholders* (ou, interessados no processo), mas a realização de alguns fóruns públicos e workshops abertos à participação popular⁴⁵⁴.

Em uma passagem, após apresentar o quadro sintético sobre os diferentes tipos de formas de comunicação desenvolvidos para o Projeto MARGov, e reconhecendo a centralidade da confidencialidade para o bom desempenho da mediação, as autoras concluem pela

⁴⁵³ E mais, se analisado sob a perspectiva do direito brasileiro, há que se reconhecer que não há a mesma exigência para as sessões de negociação de termos de ajustamento de conduta, firmados com frequência e muitas vezes, levados ao conhecimento público somente quando concluídos. Assim, por uma questão de isonomia, não nos parece justificável uma transparência ou divulgação integral de todas as sessões de mediação.

⁴⁵⁴ CEBOLA *et. al.*, 2019: 107. Em artigo sobre o tema, CEBOLA, CASER e VASCONCELOS informam a prática descrita acima, envolvendo algumas sessões públicas, semi-públicas e outras privadas (e, portanto, confidenciais) no caso da criação do Parque Marinho Professor Luiz Saldanha, em Sesimbra-Portugal (CEBOLA, CASER e VASCONCELOS, 2014). Em outro trabalho, ao relatar o caso relacionado ao Projeto MARGov, e sobre o Plano Diretor de Odivelas, CEBOLA *et. al.* informam sobre a possibilidade e, necessidade, de se estabelecer diferentes momentos de comunicação e divulgação do processo de mediação. Segundo as autoras, é preciso distinguir e articular “sessões em formatos, objetivos e níveis de confidencialidade diferentes” (CEBOLA *et. al.*, 2020: 86). A título de esclarecimento, o projeto MARGov, ao revés, envolveu uma disputa entre pescadores artesanais e uma alteração de regras do Parque Marinho Professor Luiz Saldanha, na Arrábida. O conflito envolveu uma multiplicidade de associações e resultou na definição de uma forma de gestão do parque criativa e colaborativa, tendo, inclusive, o núcleo de trabalho na solução do conflito, sido convidada a compor um grupo de aconselhamento para o Conselho Estratégico do Parque, permitindo a estes o acompanhamento dos compromissos assumidos no acordo resultante da mediação. CEBOLA *et. al.*, 2020: 33-34.

necessidade de “bom senso”, inclusive pela necessidade de, em alguns casos, se debater “aberta e publicamente” com os grupos envolvidos as questões que permeiam o conflito⁴⁵⁵.

Quanto à presença da Administração Pública, é importante destacar que a relação do administrado com a Administração Pública já é desequilibrada, na medida em que se trata de um ator com capacidade punitiva, de um lado, e outro sujeito a punição do outro. O desequilíbrio só será maior se, além disso, o administrado ainda for obrigado a divulgar para terceiros, informações que possam ser usadas contra ele, por concorrentes, por outros entes ou agências da Administração Pública.

CEBOLA, CASER e VASCONCELOS defendem a necessidade de criação de “espaços seguros” em que os participantes possam divulgar e prestar informações sensíveis, sem o medo de que tais informações sejam divulgadas amplamente ou que possam ser usadas contra si, mas ponderam que o que se espera é que, ao longo do processo de mediação e com a construção e ampliação da confiança mútua e segurança no processo, as necessidades de sigilo passem a atingir um número cada vez menor de informações⁴⁵⁶.

Feitas estas ponderações, nos parece que se o interesse público que se quer proteger é evitar o prejuízo de outros administrados e evitar um tratamento não isonômico por parte da Administração, então, uma regra geral de divulgação e publicização do acordo, parece bastar.

Cremos assim haver justificativa para que se dê publicidade ao acordo, ou, quando o caso demandar e permitir, a divulgação e envolvimento do público em geral das informações que as partes autorizem ou sobre as quais não haja necessidade ou solicitação especial de sigilo, ou, como feito, em casos de mediação levados a cabo em Portugal (como o citado Projeto MARGov), o processo seja desenhado de forma a permitir a participação do público em determinadas sessões, sendo mantidos confidenciais outras discussões e informações, ampliando a transparência do processo. Nos parece que esta medida é suficiente para atender ao princípio da transparência da atuação da Administração Pública.

Ainda sobre a confidencialidade, mas sobre seu aspecto prático, a doutrina aponta os desafios de se manter a confidencialidade nos conflitos ambientais, que, em muitos casos, envolvem uma multiplicidade de partes, grupos e comunidades, sendo um processo em que se sentam à mesa, representantes de grupos e não os afetados ou interessados em si⁴⁵⁷. Nos parece que a confidencialidade, nessa medida, é mais um dos desafios inerentes à multiplicidade de partes e da representatividade adequada dos interessados, já tratado no Capítulo 4.1.1.5., acima.

⁴⁵⁵ CEBOLA *et. al.*, 2020: 90-92.

⁴⁵⁶ CEBOLA; CASER; VASCONCELOS, 2014: 19.

⁴⁵⁷ CEBOLA; CASER; VASCONCELOS, 2014: 8-9.

4.1.3.3 - Alguns aspectos sobre o acordo resultante do processo de mediação ambiental

Neste momento, nos parece necessário tecer algumas considerações acerca do acordo resultante da mediação, sua eficácia e exequibilidade.

BOYRON trata dos sistemas jurídicos e da forma como cada um deles atribui eficácia ao acordo resultante da mediação. A autora analisa as formas adotadas por França, Alemanha e Inglaterra quanto à eficácia atribuída aos acordos, identificando três formas distintas: 1. a primeira, adotada pela Alemanha, atribui aos acordos de mediação força equivalente às sentenças judiciais, fazendo com que os acordos sejam executáveis de plano; 2. a segunda forma, radicalmente oposta, seria adotada pela Inglaterra, para quem o acordo de mediação tem a mesma eficácia de um contrato, significando isto que disputas relativas ao seu conteúdo poderiam ser submetidas a Juízo⁴⁵⁸; e 3. a terceira forma, adotada pela França, requer a homologação do acordo de mediação, para que este tenha eficácia perante terceiros. Nesse caso, ressalta a autora, que o juiz na análise sobre a homologação poderia fazer uma análise sobre o contrato, sua validade jurídica e se, eventualmente versa sobre matéria de ordem pública, anulando o acordo que a violar⁴⁵⁹.

BOYRON vê (i) na teoria da norma jurídica de François Ost e Michael de Kerchove, segundo a qual a norma jurídica deve ser vista pelas três lentes de validade: uma validade formal, correspondente à legalidade, uma validade empírica, ou efetividade e uma “meta validade”, correspondente a legitimidade⁴⁶⁰ e (ii) na relação dinâmica entre esses três critérios; um *insight* para a mediação e sua relação com os métodos adjudicatórios. Entende a autora que o processo de mediação e a obtenção de um acordo são analisados sob os prismas da efetividade e da legitimidade. Só quando surge a necessidade de torná-lo eficaz ou de executar o acordo resultante da mediação é que a análise de legalidade deve surgir. A autora diz ainda que a opção por focar previamente no prisma da legalidade ou da “validade formal” poderá comprometer justamente a construção criativa, efetiva e legítima, que são os grandes benefícios da mediação⁴⁶¹.

⁴⁵⁸ A autora ressalta, contudo, que os juízes ingleses viriam atribuindo uma força maior que a de um contrato, na prática.

⁴⁵⁹ BOYRON, 2007: 284. Sobre o tema, é interessante rever o posicionamento de SOUZA que entende que a homologação judicial, no caso de mediações relacionadas a direitos coletivos deveria passar não só por um crivo de legalidade formal, mas da análise de seu conteúdo, em especial, “se as obrigações são suficientes e apropriadas para a efetividade dos direitos coletivos discutidos no processo”. SOUZA, 2012a: 143.

⁴⁶⁰ BOYRON, 2007: 285.

⁴⁶¹ BOYRON, 2007: 285.

Se a eficácia do acordo estiver sempre condicionada a uma análise do mesmo pelo Judiciário, isso poderá gerar, como efeito adverso, uma burocratização do processo, resultando na perda de um dos grandes benefícios da mediação que seria a informalidade do processo e a possibilidade de construção de soluções alternativas.

Se os acordos firmados não forem eficazes de plano, nos parece que o fato poderia ser um desincentivo ao uso do método, especialmente, se a homologação importar em um processo longo, extenso e burocrático e capaz de invalidar as obrigações mútuas e o acordo a que as partes chegaram.

Se o juiz, que não esteve presente às negociações, puder reformular ou determinar a reformulação ou rediscussão das obrigações alcançadas, com uma análise externa e descontextualizada, que estímulo as partes terão para firmar qualquer acordo, ser transparentes nas negociações e discussões? Voltaríamos à estaca zero em que mais do que chegar a um consenso e resolver livremente a sua disputa, as partes estariam atuando para convencer alguém, ou, se de má fé, ganhar tempo comprometendo-se a um acordo que poderia tentar invalidar a *posteriori*, num trabalho de convencimento do juiz.

Assim, nos parece que a melhor solução seja realmente de existir, no mínimo uma presunção de legalidade sobre o acordo. O acordo, a nosso ver, deveria ter a mesma eficácia de qualquer contrato e ter força executiva, afastada só excepcionalmente, quando provado que não foram observados os requisitos de validade do processo ou se, de fato, o acordo resultante violar frontalmente a ordem pública ou impuser obrigações impossíveis ou ilegais.

Ao comentar o Considerando 19 da Directiva 2008/52/CE, que anuncia que os Estados-membros deveriam assegurar a executóriedade dos acordos obtidos através da mediação, SILVA entende que o dispositivo faz sentido para os “direitos internos à luz dos quais um acordo escrito, celebrado entre as partes, com ou sem homologação judicial, não é um título executivo”⁴⁶².

Em Portugal, a LM tratou da eficácia do acordo de mediação e, portanto, de sua executóriedade, em dois momentos: no art. 9º e no art. 14º.

No art. 9º, a Lei previu a possibilidade de uma auto-executóriedade para o acordo resultante da mediação, mas somente se observados uma série de requisitos, dentre eles, se

⁴⁶² SILVA, 2009: 83. Interessa aqui, anotar que, no direito brasileiro, a homologação do acordo pelo juiz, quando este resulta de conflitos que versem sobre direitos indisponíveis, não tem o condão de revisitar o processo, especialmente considerando que o MP atua como fiscal da legalidade. Assim, o que se faz é uma análise das premissas, legitimidade das partes, possibilidade do objeto e forma prevista ou não defesa em lei.

disser respeito a matéria que pode se submeter à mediação e para o qual a lei não exija o processo de homologação judicial e que não violar a ordem pública⁴⁶³.

As hipóteses em que se exige a homologação judicial do acordo resultante da mediação estão previstas no art. 14.º da Lei e correspondem à verificação se correspondem a litígio que pode ser objeto de mediação, se as partes são capazes para celebrá-lo, se respeita os princípios gerais do direito e a boa-fé, se não constituem abuso de direito e se seu conteúdo respeita a ordem pública⁴⁶⁴.

Seguindo a classificação que optamos por adotar neste trabalho, seriam auto-executórios, alguns dos acordos resultantes da mediação pós-dano firmados entre particulares, mas não todos, pois se, por qualquer motivo, a obrigação resultante do acordo depender da intervenção de uma autoridade administrativa, o acordo perderia sua auto-executoriedade.

É de se questionar se, em um acordo que preveja múltiplas obrigações, poderíamos admitir uma auto-executoriedade parcial (condicionando-se, as obrigações que dependam de alguma intervenção de autoridade administrativa de homologação judicial, para se tornarem eficazes) ou se o fato de o acordo contemplar uma obrigação que dependa de alguma intervenção de autoridade administrativa faria com que a íntegra do acordo dependesse de homologação judicial.

GRAAF, MARSEILLE e TOLSMA, após uma análise do uso de soluções alternativas de conflitos de direito administrativo em diversos sistemas jurídicos europeus e diante das dificuldades envolvidas na matéria concluem que a homologação judicial ou algum mecanismo de revisão judicial que seja robusto, estável e acessível seriam benéficos à mediação e a outras formas de negociação que gerem compromissos pela Administração Pública⁴⁶⁵.

Mas os critérios dessa homologação precisam, em nossa opinião, ser restritos, para evitar, como já dissemos, um excesso de burocratização do processo, que funcionaria como um desestímulo ao uso da mediação.

4.1.4 - Argumentos contrários ao litígio como método adequado para solução de conflitos ambientais

Por fim, e antes de partirmos para a sistematização dos tipos de conflitos ambientais e os aspectos citados pela doutrina como sensíveis para o uso da mediação a eles, cremos ser

⁴⁶³ “Art. 9º. Tem força executiva, sem necessidade de homologação judicial, o acordo de mediação: a) Que diga respeito a litígio que possa ser objeto de mediação e para o qual a lei não exija homologação judicial; [...] d) Cujo conteúdo não viole a ordem pública” Lei 29/2013, de 19 de Abril.

⁴⁶⁴ Art. 14º. 3), da Lei 29/2013, de 19 de Abril. LEI N.º 29/2013, de 19 de Abril.

⁴⁶⁵ GRAAF; MARSEILLE; TOLSMA, 2014: 605.

oportuno indicar aspectos relacionados aos conflitos ambientais e que, para parte da doutrina, depõem contra o uso do litígio e dos meios adjudicatórios como adequados para sua solução.

Já dissemos no capítulo anterior que o litígio invariavelmente representa um recorte “fotográfico” do problema. Se analisarmos a grande maioria das especificidades relacionadas aos conflitos ambientais, parece fácil concluir pela inadequação do Judiciário como local adequado para solução da maioria desses conflitos.

O Judiciário é o local para análises sobre o passado, em uma lógica excludente de certo-errado⁴⁶⁶, além de necessariamente dividir em dois polos (autores vs. réus) os atores que se apresentam para decisão.

O Judiciário não é o local adequado para debates públicos, para avaliar interesses múltiplos, “problemas policêntricos”⁴⁶⁷, com múltiplas partes que ora se opõem, ora se compõem, conforme a questão envolvida no conflito.

Conflitos ambientais não são cartesianos e não atendem um único critério, especialmente se adotarmos – como fizemos – uma noção abrangente do que se pode considerar um conflito ambiental.

Como bem apontam CLARKE e PETERSON, o litígio não costuma admitir a participação popular adequada nas decisões ambientais relevantes, além de se circunscrever às estreitas questões jurídicas que lhe são apresentadas, ao invés das questões materiais do problema ambiental. Ademais, muitas disputas ambientais levadas à juízo são resolvidas processualmente, o que faz com que muitos conflitos de fundo permaneçam sem solução⁴⁶⁸.

Sobre as soluções processuais, são normalmente estas as que decidem um conflito ou outro, assim como são essas as usadas por aqueles que ajuízam ações que versam sobre matéria ambiental. Assim, as discussões judiciais em matéria ambiental, em muitos casos circunscrevem-se à legalidade ou constitucionalidade de um ato público, à existência ou não de autorização administrativa para o desenvolvimento da atividade, ao atendimento ou desatendimento de parâmetros ambientais, e, nos casos de conflitos decorrentes de um dano ambiental, aos métodos e critérios de valoração do dano, capacidade ou incapacidade de provar o dano e o montante envolvido.

⁴⁶⁶ Que, aliás, nos remete à aplicação do Direito, na fórmula de “tudo ou nada”, como descrita por Alexy, sobre a aplicação das regras. ALEXY, 2017: 92. Relembremos a frase de Dworkin, para quem, “Há casos difíceis, na política e no Direito, em que advogados razoáveis irão discordar sobre direitos e que nenhum deles terá argumentos satisfatórios e suficientes para convencer o outro”. DWORKIN, 2013: 7.

⁴⁶⁷ A expressão de SUSSKIND e WEINSTEIN, define os conflitos que podem admitir mais de uma solução. SUSSKIND; WEINSTEIN, 1980: 349.

⁴⁶⁸ CLARKE; PETERSON, 2016: 35.

Pouco, ou nada, se discute sobre quais os reais interesses das comunidades afetadas por um determinado dano ambiental⁴⁶⁹. Querem elas o fim do empreendimento, a recomposição absoluta ao *status quo ante* ou preferem outras formas de compensação pelo dano sofrido: um emprego, uma desculpa pública, um ajuste na planta industrial para evitar que a chaminé continue visível para sua residência?

GOUVEIA escreve que ao revés do processo judicial, a mediação “dá preferência à pacificação social, isto é, tem como objetivo sanar o problema [e] este fim sobrepõe-se inteiramente à questão de direito”⁴⁷⁰ (leia-se, a nosso ver, processual). E, nessa medida, entendemos que por isso há tanta inadequação entre o Judiciário e a solução de vários tipos de conflitos ambientais. Raramente, os conflitos ambientais são uma questão estrita de direito ou um caso em que um tem razão e o outro não tem. Ao revés, conflitos ambientais usualmente envolvem formas e visões diferentes sobre um fato, decisões políticas na definição aristotélica do termo de composição de interesses.

O Judiciário não é o local adequado para debates públicos, simplesmente porque não cabe ao juiz fazer política pública, não cabe ao juiz a gestão dos recursos financeiros para implantação de uma medida de controle ambiental ou a composição dos grandes dilemas entre interesses públicos conflitantes, como o acesso à água *versus* a perda de biodiversidade decorrente do desvio de um corpo hídrico.

Pela separação de poderes, sistema desenhado por Montesquieu⁴⁷¹ e que vigora nas Repúblicas modernas, como a Portuguesa⁴⁷², a Brasileira e a norte-americana, a funções de debate público cabem ao Legislativo, enquanto a gestão cabe ao Poder Executivo.

Quando o Poder Judiciário é chamado a intervir em grandes conflitos ambientais que confrontam interesses públicos diferentes, em que não há consonância técnica, em que há múltiplos interesses, múltiplos agentes governamentais envolvidos, a sua atuação, que deveria ser de dizer sim ou não a uma demanda conforme o direito, acaba se concentrando na gestão de

⁴⁶⁹ Para KOKKE “ao invés de abordar o desentendimento em si na sua gênese conformativa [as decisões pelo Poder Judiciário], procedem na verdade ao silenciamento funcional cuja meta não é compor o confronto, mas sim findar o processo em que ele se expressa juridicamente”. KOKKE, 2016: 290.

⁴⁷⁰ GOUVEIA, 2019: 51.

⁴⁷¹ MONTESQUIEU, Ano.

⁴⁷² Como dizem CANOTILHO e MOREIRA, o “princípio fundamental da separação e interdependência dos poderes desempenha uma pluralidade de funções constitucionais: função de medida, função de racionalização, função de controlo e função de proteção”, sendo que na Constituição Portuguesa, o princípio da separação de poderes está imbricado e articulado com o da interdependência de poderes, que pressupõe a “ideia de ordenação de órgãos de soberania [...] pautada pela adequação orgânica, pois as medidas e decisões dos poderes devem ser adoptados previamente pelos órgãos que, segundo a sua organização, função, atribuição e procedimento de actuação, estão em melhor posição para analisar os pressupostos, juízos e os resultados indispensáveis a medidas ou decisões constitucionalmente ajustadas”. CANOTILHO; MOREIRA, 2007: 209.

múltiplos interesses⁴⁷³, ou a decidir a questão de forma não resolutiva sobre o conflito, mas com base em um aspecto processual. E, invariavelmente, os conflitos reais do direito material não serão plenamente endereçados e haverá partes que mesmo “ganhando a causa” não verão seu real interesse atendido.

Assim, como apontam CLARKE e PETERSON, para a solução dos conflitos ambientais, ganhou força a busca por um método que:

“1. Seja receptivo à diversidade e advogue pela aceitação de múltiplas perspectivas; 2. Valorize o envolvimento público; 3. Amplie as habilidades de colaboração e comunicação; 4. Provenha oportunidades para a deliberação e o diálogo; 5. Promova o debate criativo e construtivo; 6. Envolver a implementação efetiva de propostas; 7. Encoraje a solução coletiva de problemas e um processo inclusivo de tomada de decisão; 8. Forje os relacionamentos entre os diferentes atores (*stakeholders*) envolvidos no conflito; 9. Crie um fórum para vozes compartilhadas; 10. Valorize o progresso contínuo; e 11. Avance na promoção da responsabilidade social por parte dos participantes”⁴⁷⁴.

E a mediação atende plenamente a tais critérios.

Nas palavras de WINKLE, a solução judicial seria como uma vestimenta em tamanho único, enquanto a solução obtida através da mediação é como o terno feito sob medida⁴⁷⁵, que se adequa e amolda especificamente à necessidade do caso.

No mais, CEBOLA *et. al.* entendem que nos conflitos ambientais é comum a necessidade de uma solução célere, já que muitas vezes estarão em causa riscos de desastres como a contaminação de fontes de água, com impactos de grandes proporções⁴⁷⁶. Concordamos com as autoras sobre o tema, mas a celeridade não nos parece um privilégio só das questões ambientais ou de todos os conflitos ambientais. Nos parece que os exemplos citados por elas se apresentam com maior regularidade quando estamos diante de conflitos que antecedem um potencial dano ambiental ou que tratam do risco ambiental, mas não tanto no caso do desenvolvimento de uma política pública ou uma produção normativa.

Em outros casos, os conflitos ambientais se referem a fatos consumados, a danos ocorridos e, nesse caso, a celeridade não é necessariamente para evitar um dano ambiental maior (apesar de que isto pode sim ocorrer, quando estivermos diante da necessidade de medidas preventivas de novos danos ou de medidas de contenção), mas para assegurar uma justa

⁴⁷³ Observe-se, exemplificativamente, a recente decisão do Conselho Nacional de Justiça de criar um “Observatório do Meio Ambiente do Poder Judiciário”, para, dentre outras funções, “traçar estudo, monitoramento, pesquisas, programas, projetos e ações para a construção de diagnósticos das boas práticas, formulação de políticas e implementação de projetos e iniciativas para a tutela do meio ambiente natural da Amazônia Legal pela atuação do Poder Judiciário e do Sistema de Justiça”. Art. 1.º da PORTARIA CNJ n.º 241/2020, de 10 de Novembro.

⁴⁷⁴ CLARKE; PETERSON, 2016: 35.

⁴⁷⁵ WINKLE, 2001: 31.

⁴⁷⁶ CEBOLA *et. al.*, 2020: 27. O tema é também endereçado em outro trabalho, quando CEBOLA expõe que “o próprio efeito útil de uma sentença no âmbito de um conflito ambiental será repetidamente colocado em perigo pela morosidade dos tribunais”. CEBOLA, 2010b: 67.

indenização da vítima, ou uma justa reparação do ambiente degradado. Assim, a urgência não nos parece ser maior do que em outros casos, que envolvem, por exemplo, o direito à saúde.

4.2 – Sistematização e conclusões acerca da adequação da mediação para a solução de conflitos ambientais, tendo por base as especificidades dos diferentes tipos de conflitos ambientais

Chegamos, então, à parte final de nosso trabalho. É tempo de sistematizar e correlacionar as especificidades relacionadas à mediação para solução de conflitos ambientais com os tipos de conflitos ambientais identificados no Capítulo 1:

4.2.1 – A mediação ambiental aplicável aos conflitos ambientais derivados de um dano ambiental

Quando falamos de conflitos que decorrem de um dano ambiental, normalmente nos referimos a conflitos que decorrem das consequências previstas em lei quando há um dano. Daí, devemos fazer uma primeira segregação entre os direitos indenizatórios que surgem para indivíduos, grupos, comunidades ou a sociedade em geral e as futuras gerações, e as obrigações relacionadas à imposição de sanções penais ou administrativas (multas ou coimas) ou ainda aquelas relacionadas às obrigações de recomposição do dano, também impostas pela Administração Pública.

A Administração Pública estará necessariamente presente na imposição de sanções e penalidades e na imposição de obrigação de recompor um dano, mas nem sempre estará presente nos conflitos inerentes à indenização pelo dano causado. Nestes, estamos diante de obrigações de responsabilidade civil, cuja possibilidade de transação, é mais evidente.

4.2.1.1 - Conflitos envolvendo direitos indenizatórios – interesses individuais, interesses coletivos, interesses difusos

Nos direitos indenizatórios, portanto, de natureza civil e teoricamente abrangidos pela LM portuguesa, há claras diferenças quando estamos diante de direitos individuais, coletivos ou difusos, especialmente se considerarmos que, nos últimos, estão presentes os direitos das presentes e futuras gerações.

Entendemos que a mediação como descrita na Lei n.º 29/2013, de 19 de Abril, poderia abranger, com tranquilidade, os conflitos entre indivíduos e os responsáveis pelo dano

ambiental, posto que os interesses em jogo são passíveis de transacção, nos termos do art. 11.º, item 2, da LM, e do art. 1248.º do CC⁴⁷⁷.

A restrição à transacção contemplada pelo art. 1249.º do Código Civil não parece aplicável nesse caso, já que, como são direitos indenizatórios individuais, será permitido ao particular, titular do direito, dispor dele e não o perseguir em juízo.

Nesse tipo de conflito, as únicas especificidades apontadas pela doutrina que deverão ser consideradas no curso do processo de mediação serão: a representatividade do poluidor para a negociação, quando este for uma pessoa jurídica; e eventualmente o desequilíbrio econômico e informacional entre as partes envolvidas.

Entendemos que não há aqui qualquer impedimento para a mediação. É evidente que o mediador e demais auxiliares do processo, como advogados e consultores, deverão estar atentos a tais aspectos, mas eles estão longe de ser uma exclusividade dos conflitos ambientais. Em verdade, os elementos apontados acima serão observados sempre que, de um lado, estiver uma pessoa jurídica e, de outro, uma pessoa física.

No mesmo sentido, quando estivermos diante de direitos individuais homogêneos ou coletivos, o critério da transigibilidade parece não ser um obstáculo absoluto ao uso da mediação, pois, em tese, tais grupos poderiam sim abdicar do direito de pleitear indenização por um dano sofrido. Na verdade, mesmo quando tratarmos de direitos difusos, se considerarmos que a decisão de propor ou não uma ação é dos legitimados para defesa dos interesses difusos, veremos que, mesmo nesses casos, na prática, os direitos indenizatórios deveriam ser percebidos como disponíveis, ou, ao menos, passíveis de transacção⁴⁷⁸.

No caso de conflitos relativos a direitos difusos ou coletivos, contudo, para além dos cuidados com o desequilíbrio econômico e informacional entre os grupos titulares do direito à indenização e o responsável pelo dano, outras especificidades apontadas pela doutrina poderão se verificar. Por exemplo, a comprovação da válida manifestação de vontade dos grupos representados, os cuidados relativos à adequada representatividade do legitimado ou representante para atuar na negociação e o grupo representado, além do acréscimo de complexidade pela eventual presença de mais de um grupo, com interesses diversos sobre a

⁴⁷⁷ No mesmo sentido, se posicionam CASER et. al, para quem “não há obstáculos para a implantação da mediação” nos conflitos ambientais privados. CASER *et. al.*, 2017: 116.

⁴⁷⁸ A legislação brasileira, prevê uma série de legitimados para proposituras de ação civil pública, para evitar que um direito difuso não seja perquirido ou devidamente defendido em juízo. Contudo, na prática, pode haver e, de fato, há casos em que nenhum dos legitimados decide propor ação. Se tomarmos, por exemplo, os graves conflitos fundiários nas cidades brasileiras, veremos que há diversos casos em que grandes favelas crescem sobre áreas de preservação permanente, afetando, portanto, vastas áreas de florestas, cujo interesse de preservação é claramente difuso, sem que qualquer legitimado tenha proposto qualquer ação para sua defesa.

melhor forma de compor ou reparar o dano sofrido, serão fatores a serem considerados e validamente endereçados ao longo do processo.

Em todo caso, como já dissemos anteriormente, tais fatores não parecem impedir a tentativa de uso do método, para solução dos conflitos existentes, até porque ainda que nem todos os interessados firmem acordos através da mediação, certamente, para a solução do problema como um todo, ver uma parte das indenizações resolvidas com celeridade e de forma considerada satisfatória e adequada por aqueles que optaram por participar do processo, certamente representará um ganho para o caso em si.

É preciso entender ainda que, no caso dos conflitos pós-dano envolvendo direitos difusos, ou quando a Administração Pública estiver presente, será preciso endereçar e considerar outras particularidades. Em especial, o processo em si precisará ser adaptado para assegurar o equilíbrio entre a transparência inerente ao direito público e a necessária confidencialidade das discussões tidas ao longo das sessões de mediação. Como vimos, no Capítulo 4.1.3.2 acima, pode ser recomendável adaptar o processo de mediação, estabelecendo ritos diferenciados e momentos para envolver o público ou manter as discussões em particular.

Nesse tipo de conflito, talvez estejam mais evidentes as preocupações relacionadas com o relacionamento entre os negociadores e os representados, a capacidade de usarem a carga emocional inerente ao conflito para a transformação e construção de um acordo válido e abrangente, além da necessidade de averiguação constante sobre o atendimento dos interesses do grupo representado e da representatividade dos reais interesses do grupo.

4.2.1.2 - Conflitos envolvendo a Administração Pública, no exercício de seu poder sancionador, nos âmbitos penal e contra-ordenacional, ou imposição de obrigações de fazer e medidas cautelares

Nos conflitos entre a Administração Pública e um empreendedor ou indivíduo responsável pelo dano ambiental, quando estamos diante do exercício do poder sancionador penal do Estado, a mediabilidade do conflito não parece ainda ter lugar.

Dissemos, de relance, que a Lei n.º 29/2013, de 19 de Abril, não se aplica aos conflitos de direito penal, regidos por um sistema público de mediação e lei própria. Mas, se analisarmos a Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho, esta se restringe aos processos que dependem de “queixa ou acusação particular”⁴⁷⁹, o que não é o caso dos crimes ambientais, descritos nos artigos 278.º a 281.º do Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março.

⁴⁷⁹ Art. 2º. da LEI Nº. 21/2007, de 12 de Junho.

Em todo caso, somente para não deixar de mencionar esse tipo de conflito que também versa sobre o bem ambiental, seus componentes ou elementos, e para os estritos fins da análise da aplicabilidade das especificidades listadas na primeira parte deste Capítulo (e, sem nos aprofundar na análise dos crimes ambientais, que não estiveram no escopo de nosso trabalho), é possível perceber que esse tipo de conflito parece refletir poucas das especificidades discutidas normalmente pela doutrina para conflitos ambientais.

No dano ambiental consistente no crime de poluição, previsto no art. 279.º do Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março, por exemplo, os conflitos e disputas entre o particular e o Estado se relacionarão à comprovação do dano, adequação da penalidade e sua valoração, mas quase nenhuma das especificidades descritas pela doutrina para os conflitos ambientais seria de fato observável, exceto pelo equilíbrio entre a transparência da atuação administrativa e confidencialidade sobre o conteúdo das sessões.

No direito contra-ordenacional ambiental, descrito na Lei n.º 50/2006, de 29 de Agosto, o raciocínio poderia ser diverso, se considerarmos que os processos eventualmente relacionados ao processo para apuração das contra-ordenações ambientais será conduzido nos termos do Código de Procedimentos Administrativos e a impugnação poderá ser submetida aos Tribunais Administrativos, regidos pelo CPTA. Aqui, parece cabível uma discussão mais ampla sobre a possibilidade de uso da mediação, nos termos do art. 87.º.-C⁴⁸⁰ e n.º 3 do art. 187.^{o481}.

De toda forma, e sem repetir o que já foi dito na primeira parte deste Capítulo, entendemos que se admitida a mediação para solução deste tipo de conflito, ainda que dentro do curso do processo no âmbito dos Tribunais Administrativos, a principal, senão a única especificidade sobre os conflitos ambientais aplicáveis são as que decorrem da presença da Administração Pública, em especial, sua representatividade e o dilema transparência-confidencialidade. Até porque, como ocorre com as discussões inerentes aos crimes ambientais, a disputa estaria adstrita ao cometimento ou não da conduta infracional, a valoração da coima ou sua adequação⁴⁸². Possibilitar a divulgação irrestrita do conteúdo das sessões de mediação

⁴⁸⁰ Art. 87.º. – C. Tentativa de Conciliação e Mediação 1 - Quando a causa couber no âmbito dos poderes de disposição das partes, pode ter lugar, em qualquer estado do processo, tentativa de conciliação ou mediação, desde que as partes conjuntamente o requeiram ou o juiz a considere oportuna, mas as partes não podem ser convocadas exclusivamente para esse fim mais do que uma vez.[...] 5 - A mediação processa-se nos termos previstos na lei processual civil e no regime jurídico da mediação civil e comercial, com as necessárias adaptações. DECRETO-LEI N.º 4/2015, de 7 de janeiro.

⁴⁸¹ “3 - Aos centros de arbitragem previstos no n.º 1 podem ser atribuídas funções de conciliação, mediação ou consulta no âmbito de procedimentos de impugnação administrativa.” DECRETO-LEI N.º 4/2015, de 7 de janeiro.

⁴⁸² Cremos que questões como o desequilíbrio económico ou informacional teriam pouca, senão nenhuma relevância. Não há multiplicidade de partes, nem questões mais sensíveis sobre representatividade. Também não parece que haverá tantas questões sobre complexidades do bem ambiental.

poderá colocar o administrado em uma situação de vulnerabilidade importante, perante a Administração Pública.

Caso a disputa trate da imposição de obrigações de fazer ou medidas cautelares, acrescentaríamos a divergência sobre adequação da medida, o que poderia refletir a complexidade da matéria ambiental ou as incertezas científicas relativas a melhor forma de proteger o ambiente ou componente ambiental objeto da contenda.

4.2.2 – A mediação ambiental aplicável aos conflitos relacionados a um potencial dano ambiental

Entendemos que os conflitos decorrentes de um potencial dano gravita no campo das análises de risco. Como tal, o risco pode ser sentido de forma distinta por cada indivíduo em uma sociedade. Poderá ser sentido de forma distinta também, por um mesmo indivíduo, se este age em seu âmbito pessoal ou profissional.

É especialmente neste tipo de conflito, que envolve os sentimentos mais fortes e diversos em diferentes pessoas e diferentes grupos, que entendemos que a mediação encontra seu lugar mais propício de realização⁴⁸³. E é também aqui que se observam os maiores desafios apontados para o método pela doutrina e analisados na primeira parte deste Capítulo 4.

É nos conflitos que lidam com o risco de um (ou diversos) dano(s) ambientais que aparecem e se evidenciam a multiplicidade de partes, que podem gerar significativa polarização, as divergências científico-tecnológicas, a multidisciplinariedade do tema ambiental a demandar a interferência de diversas agências governamentais, as discussões mais acirradas a respeito da natureza difusa da proteção ambiental, dos interesses inter-geracionais, que refletem nos problemas de representatividade dos interessados.

É também aqui que nos parece que o Poder Judiciário mais falha, e é o menos adequado a dar uma solução. Afinal, nesse tipo de conflito que surge antes da ocorrência de qualquer dano ambiental, não há passado a ser corrigido por uma decisão “iluminada”. O que há são discussões sobre o futuro, sobre o que não está materializado, sobre planejamento, ponderação, equilíbrio, organização e gestão, elementos inerentes às funções desempenhadas pelo Poder Executivo e não pelo Poder Judiciário.

⁴⁸³ CASER *et. al.* posicionam-se no mesmo sentido e informam acreditar que “a melhor forma de implementar o princípio da participação inscrito na lei e os interesses inerentes à concertação serão implementados através da mediação aplicável a solução de conflitos, assim como no planejamento urbano, provendo, nesse caso, uma forma de prevenção do conflito”. CASER *et. al.*, 2017: 112.

4.2.2.1 - A mediação aplicável a elaboração de políticas públicas, edição ou revisão de normas, processo legislativo

A opção pela alteração de padrões de emissão, a definição de um zoneamento ambiental em uma determinada região, em que se defina a possibilidade de instalação de uma (e não outra) atividade potencialmente poluidora, a edição de uma norma ou lei que imponha limites sobre o consumo de produtos por motivos ambientais ou que crie tributos ou majore preços sobre tais produtos, como vem sendo discutido, no âmbito do Pacto Ecológico Europeu⁴⁸⁴, são decisões políticas, tomadas no interior do Parlamento, pelo Poder Legislativo, mas que podem gerar conflitos ambientais.

Por exemplo, a opção por alterar um determinado padrão de emissão para uma atividade econômica em uma determinada área de um distrito poderá trazer consequências para a comunidade daquele local. A definição de uma zona especial para construção de indústrias ou usinas de energia de uma matriz, como por exemplo, a energia nuclear, poderá resultar em disputas importantes relacionadas a não implantação de outras atividades no mesmo local ou rejeição à sua implantação pelas comunidades do entorno.

Também a escolha por beneficiar, com tributação reduzida a instalação de um aterro sanitário em uma determinada região, em prol da população, certamente gerará o desconforto para aqueles que residem no entorno da área; enquanto que a decisão por delimitar uma área como passível de concessão para exploração de petróleo poderá ensejar reações de associações de defesa do meio ambiente, preocupadas com os impactos da atividade para uma praia local.

Poderíamos continuar indefinidamente a citar e imaginar exemplos de decisões normativas com potencial de gerar conflitos relacionados à proteção de um bem ambiental ou um componente ambiental. Mas o que todos esses exemplos evidenciam é que sempre que houver a necessidade de edição de leis ou de normas regulamentares inerentes ao tema ambiental, essa decisão poderá resultar em uma série de conflitos.

Ainda que os aspectos ambientais, relacionados à uma decisão legislativa, devam ser avaliados no âmbito da discussão política, que, aliás, é intrinsecamente negocial e autocompositiva, fato é que, por diversas vezes, a insatisfação com a edição de uma lei resultará na sua judicialização. E a judicialização não faz mais do que evidenciar a existência de conflitos sobre decisões políticas relacionadas a proteção ambiental, de bens ambientais ou componentes ambientais, seja por divergência quanto à forma adotada de proteção, seja pelo

⁴⁸⁴ O Pacto Ecológico Europeu é um “compromisso da Comissão de enfrentar os desafios climáticos e ambientais”, cujo objetivo principal é a redução a zero das emissões de gases de efeito estufa até 2050, sem comprometimento econômico. COMUNICADO DA COMISSÃO EUROPEIA COM(2019) 640.

entendimento de que a variável ambiental não foi considerada ou foi considerada de uma forma que não parece adequada a um ou mais grupos.

Neste tipo de conflito ambiental relacionado à edição de normas, leis, definição de políticas públicas, podemos observar diversas das especificidades listadas pela doutrina. A primeira e mais evidente, é a presença da Administração Pública. Pode ocorrer de a Administração Pública estar em mais de um polo do conflito e ser representada por diferentes agências com interesses divergentes e até conflitantes⁴⁸⁵.

Veremos ainda, muito provavelmente, uma multiplicidade de partes⁴⁸⁶.

Esse tipo de conflito poderá apresentar também um severo desequilíbrio de força econômica entre as partes em conflito.

As partes podem ainda não manter qualquer relação prévia, surgindo o relacionamento exclusivamente da existência do conflito.

Além disso, este tipo de conflito poderá envolver grupos e, nessa medida, incluir desafios quanto a representatividade dos potenciais negociadores, à possibilidade de averiguação da voluntariedade das partes.

De toda forma, é preciso perceber que o surgimento de um conflito ou o movimento pelo questionamento judicial num caso como os descritos anteriormente, mais do que uma disputa que pode ser resolvida por uma decisão de “sim” ou “não”, evidenciam uma falha no processo legislativo, no processo de construção da política pública. Usualmente, essa falha decorre da falta de oitiva de todos os interessados, envolvidos e afetados pela norma.

O Judiciário, por seguir obrigatoriamente ritos processuais pré-definidos e por sua natureza e função, dificilmente conseguirá dar uma decisão que componha os interesses e enderece as aflições dos que são contrários e favoráveis à norma. O que o Judiciário fará será sustar a norma ou mantê-la. Não é sua função, adequá-la ou alterá-la.

Assim, cremos que, com o uso da mediação, capaz de promover e fomentar o diálogo entre as partes envolvidas, entre o criador da norma e os grupos afetados (que se sintam beneficiados ou prejudicados) por ela, será possível alcançar uma solução mais adequada, endereçando propriamente os interesses dos grupos participantes.

Entendem CASER *et.al.*, ao tratar dos casos de planejamento urbano, que quando a lei ambiental determina a observância do princípio da participação, a mediação pode ser

⁴⁸⁵ Pensemos, por exemplo, numa lei editada que é entendida como inadequada pelo órgão ambiental, ou que é questionada pelo MP.

⁴⁸⁶ Numa definição de opção por uma matriz energética, poderemos ter, por exemplo, aqueles que defendem a matriz escolhida pela norma, aqueles que entende que outra seria mais adequada, aqueles que se colocam contrários ao local escolhido, independente da matriz

usada, sem necessidade de edição de nova lei. Entendem as autoras que a mediação “é a melhor, senão a única, forma de fazer com que todos os stakeholders envolvidos na questão ambiental dialoguem de forma a alcançar os princípios da participação e da concertação. De outra forma, as discussões públicas de questões ambientais podem resultar num espaço vazio de opiniões sem alcançar qualquer contribuição construtiva”⁴⁸⁷.

E, se, dentre os afetados pela norma ou pela política pública estiverem as gerações futuras, cremos que tais interesses deverão também ser considerados na construção da solução mediada e defendidos, durante a negociação, por aqueles que são legalmente legitimados para fazê-lo, no exercício de cuidado, solidariedade e zelo, como já expusemos anteriormente.

4.2.2.2 - A mediação aplicável à implantação de empreendimentos potencialmente causadores de dano ambiental

De todos os tipos de conflitos ambientais, cremos que o campo mais vasto e propício para a mediação seja o da implantação de um novo empreendimento. Nesse campo, que talvez seja o principal imaginado quando a doutrina elenca as especificidades dos conflitos ambientais, podemos encontrar, rotineiramente, os múltiplos interesses, de múltiplos agentes e grupos, além da mais evidente multidisciplinariedade dos conflitos ambientais.

Como ocorreu no caso da construção de barragem no Rio Snoqualmie, nos Estados Unidos, na década de 80, ou em tantos exemplos, aqui poderão se contrapor grupos que defendem a prevalência de um bem ambiental sobre outro, como, por exemplo, a priorização do abastecimento hídrico em detrimento da proteção da fauna e flora da área que será inundada ou a instalação de uma usina de energia solar em área antes destinada à produção de alimentos.

No Brasil, a grande maioria dos empreendimentos sujeita-se ao procedimento de licenciamento ambiental, que tem uma abrangência mais restrita em Portugal. Nos licenciamentos ambientais ocorridos naquele país, quando o potencial poluidor é entendido como significativo, a legislação determina a realização de audiências públicas⁴⁸⁸. Ocorre que, em tais audiências, em que pese a coleta de informações e a possibilidade de manifestação da população, pouco ou quase nada se define. O resultado da audiência não vincula o órgão ambiental licenciador e só ocorre depois que o estudo ambiental de viabilidade do empreendimento já foi concluído. Ou seja, inexistente uma participação efetiva, não há qualquer

⁴⁸⁷ CASER *et. al.*, 2017: 116.

⁴⁸⁸ Sobre o uso das técnicas de mediação às audiências públicas, é interessante ver a avaliação feita por BEIERLE e CAYFORD, nos Estados Unidos, que concluiu que os resultados do uso da técnica foram favoráveis, se comparadas com outras formas de participação, apesar de ainda não terem ido tão bem quando o critério avaliado era de engajamento de um grande público. BEIERLE; CAYFORD, 2003: 119-121.

obrigatoriedade para o que é discutido em audiência seja sequer considerado e, portanto, os conflitos ambientais não se resolvem. Quando muito, entram num estado de latência para ressurgir num momento seguinte.

O resultado disso é que a grande maioria dos grandes empreendimentos tem seus processos de licenciamento ambiental questionados pelos legitimados à defesa dos direitos difusos, como é o direito ao ambiente sadio.

Em Portugal, amparados na análise feita por GOMES sobre os atos autorizativos emanados por uma autoridade administrativa para uma atividade potencialmente poluidora, temos que todo o exercício de ponderação entre os valores envolvidos (o risco, a preservação ambiental e da saúde, o desenvolvimento industrial, dentre outros) caberá à Administração⁴⁸⁹.

Ainda que a consulta pública esteja prevista, no curso do processo de licenciamento ambiental inscrito no Decreto-Lei n.º 127/2013, competirá exclusivamente à Administração ponderar sobre os apontamentos da comunidade ou dos afetados⁴⁹⁰.

Mas o que ocorre quando grupos não concordam com essa avaliação é o conflito cujo objeto pode ser as diferentes visões sobre como proteger o ambiente, sobre prioridades, maior ou menor sensibilidade sobre impactos ambientais inerentes à atividade licenciada.

Nesse sentido, acreditamos que o uso da mediação para solução destes conflitos poderá adicionar grandes ganhos e impactar positivamente a compreensão e aceitação sobre o projeto, além de permitir aos grupos afetados uma participação efetiva sobre os estudos necessários, sobre a apreciação de seus interesses.

Segundo LOPES e PATRÃO, “sendo a mediação um reconhecido mecanismo de resolução de litígios ao nível político-institucional (tanto no âmbito do direito internacional como, ainda que de forma aproximada, com a figura do Provedor de Justiça), é difícil aceitar que não possa desempenhar um papel análogo em matérias de natureza jurídico-administrativa”⁴⁹¹.

Nesse tipo de conflito, estão a grande maioria das especificidades apontadas pela doutrina para o uso da mediação para conflitos ambientais. A participação da Administração a pressionar um desequilíbrio de forças; de outro lado, diferenças econômicas e de poder informacional entre as partes; a multidisciplinariedade, inerente aos múltiplos aspectos ambientais que precisam ser avaliados na implantação de um empreendimento; os vários interesses públicos envolvidos; a presença de grupos afetados, com relacionamento próximo e

⁴⁸⁹ GOMES, 2007: 505.

⁴⁹⁰ GOMES, 2018: 243.

⁴⁹¹ LOPES; PATRÃO 2019: 28-29.

duradouro com o empreendimento ou não; a necessidade de proteger as gerações futuras; a consequente necessidade de assegurar a adequada representatividade e voluntariedade dos envolvidos nas negociações; além da alta probabilidade de divergências e incertezas científicas.

Em que pesem todas as complexidades presentes, é preciso reconhecer que uma vez instalado o conflito, sua solução pelo Judiciário é penosa, difícil e invariavelmente inadequada.

Esse tipo de conflito não se adequará à bipolarização, necessária para o transcurso do rito processual, além de muitas vezes demandar soluções criativas, ponderadas, construídas, soluções estas que também não poderão ser dadas pelo Poder Judiciário, adstrito à análise dos argumentos e contra-argumentos que lhe são trazidos.

Por isso, cremos que, em que pese a necessidade de adequação da legislação portuguesa, a criação de uma lei especial para a mediação ambiental desenvolvida no âmbito do processo administrativo, ou ainda, se for a opção do legislador, pela criação de um sistema público para a mediação ambiental, dotado de maior controle sobre os mediadores e sobre as matérias e temas passíveis de submissão a eles, como ocorre para os sistemas públicos existentes, vemos um campo especialmente adequado para conflitos ambientais decorrentes da instalação de novos empreendimentos.

E, neste ponto, cremos que GARÍN resume bem a possibilidade do uso da mediação em conflitos de natureza eminentemente administrativa, ao escrever que ela surge como uma “resposta à necessidade de um novo marco nas relações entre a Administração e os cidadãos baseada no diálogo”⁴⁹².

CONCLUSÃO

Nosso trabalho teve por objetivo principal avaliar a possibilidade de uso da mediação para solução de conflitos ambientais, conforme a legislação portuguesa. Na pesquisa doutrinária, utilizamos a doutrina norte-americana, berço do uso da mediação para solução de conflitos ambientais e onde esta técnica é testada desde a década de 1980, a doutrina brasileira e a doutrina portuguesa.

Para a avaliação a que nos propusemos, foi necessário, em um primeiro momento, apresentar a definição de conflito, as diferenças entre ambiente, bem ambiental e componentes ambientais, para então propor um entendimento sobre o termo “conflito ambiental”. Tais conceitos foram endereçados no Capítulo 1 deste trabalho e a partir deles, optamos por entender,

⁴⁹² GARÍN, 2019: 44.

como conflito ambiental, as divergências e disputas que versem sobre matéria ambiental. A partir daí, propusemos distinguir esses conflitos entre aqueles que surgem em decorrência de um dano ambiental, daqueles que surgem antes de qualquer dano e portanto, lidam, em verdade, com o risco ambiental, cujo impacto poderá ser sofrido pelo ambiente integralmente considerado, um ou mais bens ambientais ou um ou mais componentes ambientais.

A seguir, avaliamos o direito constitucional de acesso à justiça, para entender sua relação com o direito de acesso aos Tribunais. Assim, no Capítulo 2, pudemos perceber que o direito de acesso à justiça pode abranger o acesso aos Tribunais, mas com ele não se confunde. Vimos ainda que a melhor doutrina correlaciona o direito de acesso à justiça à boa administração da justiça, que demanda um provimento e solução para a disputa, que seja eficiente e adequado. Vimos ainda que o Estado Democrático de Direito está alinhado à permissão de outras formas de provimento da justiça pelo Estado, na medida em que quando este não consegue prover uma justiça adequada, terá o dever de não obstar ou opor à sociedade que resolva seus conflitos de forma pacífica.

O Capítulo terceiro foi integralmente dedicado à mediação enquanto método de solução de conflitos. Nele, pudemos compreender seus elementos estruturantes e, em especial, ser autocompositivo, cooperativo e consensual, além de avaliar as características da prática da solução mediada. Assim, vimos que a voluntariedade, a confidencialidade e o equilíbrio de forças são essenciais para que o processo de mediação transcorra adequadamente. Vimos em detalhes os requisitos apontados pela doutrina e pelas leis de diversos países para que um conflito possa ser submetido à mediação, em especial, não violar a ordem pública, ser disponível e poder ser objeto de transação. Avaliamos como a doutrina, em especial, a portuguesa, se posiciona quanto à adequação desses critérios e as principais críticas à adoção de critérios *a priori* para submissão do conflito à mediação, com destaque especial, para o fato de que, muitas vezes, o acordo obtido em um conflito que verse sobre direito indisponível não importará na disposição desse direito e tratamos de outros aspectos que circundam a disputa. Analisamos o acordo, como elemento desejável, mas não necessário da mediação, sua exequibilidade e a necessidade de intervenção por órgãos de controle, como o MP, caso o acordo (e não o conflito) verse sobre temas sobre os quais as partes não podem transigir.

Tratamos, também no Capítulo 3 do o papel do mediador como intermediário, não interveniente, do processo de mediação, dos requisitos essenciais para a sua atuação, e, ainda, da quimera sobre ser a mediação um método alternativo ou complementar à solução adjudicada. Concluimos que a mediação é complementar ao sistema adjudicatório, por dois motivos: (i) dependerá sempre do poder coercitivo do Estado, para execução de seu resultado desejado – o

acordo; e (ii) sempre estará sujeita ao crivo e questionamento posterior pelas partes, em caso de descumprimento do acordo ou se, por qualquer motivo, se perceber, no curso do processo, que a sua escolha não foi adequada ou se deixar de ser desejada por qualquer das partes.

No último capítulo do trabalho, analisamos a mediação ambiental. O Capítulo 4, dividido em duas partes, teve por objetivo, na primeira delas, tratar de todas as questões apontadas pela doutrina como sensíveis para o uso do método na solução de conflitos ambientais. E compilamos tais questões em três blocos:

O primeiro bloco tratou das especificidades relacionadas às partes e, nesse sentido, abordamos a presença ou ausência de um mínimo de relacionamento entre elas, já que boa parte da doutrina entende que nos conflitos ambientais inexiste relacionamento pretérito, as dificuldades quanto à comprovação da voluntariedade em conflitos ambientais, que a doutrina entende como necessariamente multipartes e direcionado a grandes grupos conflitantes. Ainda nesse bloco, tratamos do (des)equilíbrio entre as partes de conflitos ambientais, considerando que muitas vezes, a Administração Pública está presente – às vezes em mais de um dos lados – no conflito ambiental, e considerando também o comum desequilíbrio financeiro e informacional, já que quanto em confronto grupos comunitários e grandes corporações, muitas vezes, a capacidade de gerar conhecimento e informação sobre as questões de fundo do conflito ambiental estão em um dos lados. Desmistificamos alguns conceitos e preceitos de que esse desequilíbrio sempre ocorrerá em desfavor dos “afetados” pelo dano ambiental e também a suposição de que o Judiciário estaria melhor preparado para lidar com tais desequilíbrios. Tratamos também da multiplicidade de partes, como fator propulsor de polarização e, sobre o tema, ponderamos que o fato não se aplica indistintamente a todos os conflitos que podem ser classificados como ambientais e questionamos a adequação do método, na medida em que este permite um amplo diálogo entre envolvidos.

No segundo bloco, tratamos das especificidades relacionadas ao objeto. Nele tratamos do ambiente como um bem difuso, cuja natureza importa na sua indisponibilidade e intransigibilidade, para identificar se a natureza difusa é inerente ao ambiente, ao bem ambiental ou aos componentes ambientais, resgatando, portanto, os conceitos delineados no Capítulo 1. Apresentamos ainda nossas considerações sobre a vinculação dessa natureza difusa para a solução do conflito ambiental, em si. Aprofundamos nossas considerações sobre o elemento da transigibilidade, adotado pela legislação portuguesa, avaliando se a intransigibilidade do bem em disputa deveria ser impeditivo para a tentativa de solução mediada. E tratamos, brevemente, da multidisciplinariedade, entendida pela doutrina como comum aos conflitos ambientais.

No terceiro bloco da primeira parte do Capítulo 4, abordamos as especificidades do processo, no uso da mediação para solução de conflitos ambientais. E sobre eles, tratamos da comum presença de incertezas científicas nas disputas ambientais, que muitas vezes importam na necessária tomada de decisões políticas, não afetas às funções do Poder Judiciário. Tratamos das dificuldades relacionadas à observância do elemento da confidencialidade, seja pela presença da Administração Pública, cuja atuação deverá se pautar pela transparência das decisões, ou pela presença de múltiplos atores no processo. Tratamos ainda de algumas especificidades relacionadas ao acordo resultante da solução de conflitos ambientais.

Ainda nesta primeira parte, entendemos necessário avaliar alguns argumentos indicados pela doutrina como geradores de desafios à solução adjudicada para solução de conflitos ambientais. Nele, tratamos especificamente do porquê, em muitos conflitos ambientais, uma maior participação de pessoas representando múltiplos interesses do conflito ambiental poderá resultar em uma solução mais adequada, equilibrada e ponderada para um conflito naturalmente complexo.

Por fim, na segunda parte do capítulo final de nosso trabalho, propusemos uma sistematização do que foi construído ao longo da dissertação e, assim, avaliamos quais das especificidades apontadas pela doutrina se aplicam a quais tipos de conflitos ambientais. Vimos que nem todas as especificidades apontadas pela doutrina são observadas em todos os tipos de conflito ambiental. Vimos, ainda que muitas delas, longe de serem impeditivos para o uso da mediação, podem ser melhor endereçadas pela mediação, ou, quando muito, demandar adequações no processo, para permitir seu uso, com resultados bastante satisfatórios.

Concluimos assim, nossa dissertação, avaliando que a mediação como método de solução de conflitos tem um grande potencial de trazer soluções adequadas a uma série de conflitos ambientais. Com relação aos conflitos pós-dano, parece adequado dizer que seu uso já é permitido pela LM portuguesa, para conflitos relacionados aos direitos indenizatórios decorrentes do dano, uma vez que não há como negar sua natureza disponível e transigível. Contudo, quando tratamos dos conflitos ambientais que contrapõem a Administração Pública e o causador do dano, em especial, para exercício do poder sancionador da Administração, o uso da mediação ou ainda não tem lugar ou é questionável. Identificamos aqui, a necessidade de alteração legislativa, se esta for a opção do legislador, para permitir ou esclarecer o uso da mediação como método de solução de conflitos, hoje proibida, quando tratamos de crimes ambientais, ou duvidosa, quando tratamos do direito ambiental contra-ordenacional.

Por fim, avaliamos que é nos conflitos pré-dano, que lidam com riscos ambientais, que identificamos o campo mais adequado para uso da mediação. Isto porque, esse tipo de

conflito surge da falha de debates públicos mais amplos, da falta de comunicação dos impactos de um empreendimento, das divergências entre grupos sobre definições de prioridades de proteção. Os conflitos pré-dano, como os relacionados à instalação de um novo empreendimento poluidor, ou à definição ou alteração de limites e padrões de emissão ou de zoneamento de atividades, já tem natureza eminentemente negocial, deliberativa, política. A adoção de um método democrático, que devolve às partes o protagonismo sobre a solução de seus conflitos e permite um amplo debate entre os envolvidos parece atender melhor ao direito constitucional de acesso, por todos os interessados, presentes e futuras gerações, à justiça.

BIBLIOGRAFIA

Obras:

- ALEXY, Robert (2017) – **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2017, ISBN 978-85-392-0073-3.
- AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal (2008) - **Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental**. 2ª. ed. São Paulo: RT, 2008.
- ALMEIDA, Diogo A. Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina (2016) – Natureza da mediação de conflitos. ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva – **Mediação de Conflitos: para iniciantes, praticantes e docentes**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 593-609, ISBN 978-85-442-1062-8.
- ANTUNES, Paulo de Bessa (2019) - **Direito Ambiental**. 20ª ed., São Paulo: Atlas, 2019, ISBN 978-85-97-01669-7.
- ANTUNES, Paulo de Bessa (2011) – Direito Ambiental, Indisponibilidade de direitos, solução alternativa de conflitos e arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. ISSN 1679-6462. Ano 11, n.º 30 (Julho-Setembro 2011), p. 103-135.
- ANTUNES, Paulo de Bessa (2002) – **Dano ambiental: uma abordagem conceitual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, ISBN 85-7387-096-6.
- ARISTOTELES (1933) - **Ética a Nicômaco**. Rio de Janeiro: Editora Ariel, 1933 [E-book].
- ASSUMPÇÃO, Fernanda Aparecida Mendes e Silva Garcia (2016) – Mediação de conflitos socioambientais: metodologia aplicada para a prevenção e resolução de conflitos em convênio com o MP de Minas Gerais. ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva – **Mediação de Conflitos: para iniciantes, praticantes e docentes**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 593-609, ISBN 978-85-442-1062-8.
- ATIENZA, Manuel (2014) – **O sentido do Direito**. Lisboa: Escolar Editora, 2014. ISBN 978-972-592-386-3.
- AXELROD, Robert (2006) – **The evolution of cooperation**. New York: Basic Books, 2006.
- BACOW, Lawrence S. e WHEELER, Michael (1984) - **Environmental Dispute Resolution**. New York: Plenum Press, 1984, ISBN 978-1-4899-2298-4.
- BASÍLIO, Ana Tereza Palhares; MUNIZ, Joaquim (2007) – Projeto de Lei de Mediação Obrigatória e a busca da pacificação social. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Revista dos Tribunais. ISSN 1679-6462. Ano 4, n.º 13 (Abril-Junho 2007), p. 38-57.
- BECK, Ulrich (2011) - **Sociedade de risco. Rumo a uma outra modernidade**. 2ª ed. São Paulo: Editora 34, 2011. ISBN 978-85-7326-450-0.

- BECK, Ulrich (2016) - **Sociedade de risco mundial: em busca da segurança perdida**. Lisboa: Edições 70, 2016. ISBN 978-972-44-1857-5.
- BEIERLE, Thomas C. e CAYFORD, Jerry (2003) – Dispute resolution as a method for public participation, p. 111-132. In O'LEARY, Rosemary e BINGHAM, Lisa B - **The Promise and Performance of Environmental Conflict Resolution**. New York: Resources for the Future Press, 2003. ISBN 978-1-891853-65-4.
- BRAGA NETO, Adolfo (2015) – Marco Legal da Mediação – Lei 13.140/2015 – Comentários iniciais à luz da prática brasileira. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. ISSN 1679-6462. Ano 14, n.º 47 (Outubro-Dezembro 2015), p. 259-275.
- BINGHAM, Gail (1986) - **Resolving Environmental Disputes: A Decade of Experience**. [City]: Conservation Foundation, 1986. ISBN 978-0-8916-4087-5.
- BONAFÉ-SCHMIDT, Jean Pierre (1992) – **La Mediation; une justice douce**. Paris: Syros, 1992.
- BOYRON, Sophie (2007) – **Mediation in Administrative Law: The identification of conflicting paradigms**. European Public Law, Vol. 13, n.º. 2, 2007, p. 263-288.
- CABRAL, Marcelo Malizia (2013) – Os meios alternativos de resolução de conflitos: instrumentos de ampliação do acesso à justiça e de racionalização do acesso aos tribunais. *In Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n.º 73, jan. 2013 – abr. 2013, p. 130-134.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes (2007) – Direito Constitucional Ambiental Português e da União Européia. CANOTILHO, José Joaquim Gomes e LEITE, José Rubens Morato - **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2007. ISBN 978-85-020-6152-1.
- CANOTILHO, J. J. Gomes (2003) – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, ISBN 978-972-40-2106-5.
- CANOTILHO, JJ Gomes (1995) – **Protecção do Ambiente e Direito de Propriedade: crítica de jurisprudência ambiental**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, ISBN 972-32-0698-6.
- CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital (2007) – **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Vol. I. Artigos 1.º a 107, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, ISBN 978-85-203-3044-9.
- CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryan (1988) – **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1988, Reimp. 2002, ISBN 85-8278-29-4.

- CAPLAN, James A. (2010) - **The Theory and Principles of Environmental Dispute Resolution**, [City]:[Editor], 2010. ISBN 978-0-9827-5370-5.
- CARAMELO, António Sampaio (2010) - Critérios de arbitrabilidade dos litígios: revisitando o tema, p. 129-161. *In Revista de Arbitragem e Mediação – RARB*, N. 27, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- CARVALHO, Jorge Morais (2011) - A consagração legal da mediação em Portugal. **Julgar**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. V. 15. p. 272-290.
- CASER, Ursula, CEBOLA, Cátia Marques, VASCONCELOS, Lia, FERRO, Filipa (2017) - Environmental Mediation. An instrument for collaborative decision making in territorial planning, p. 109-120. **FINISTERRA: Revista Portuguesa de Geografia** No. 104, Vol. LII. Centro de Estudos Geográficos (Abril, 2017).
- CASSESE, Sabino (2010) – **A crise do Estado**. Campinas: Saberes Editora, 2010, ISBN 978-85-628-44-03-4.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira (2020) – Novas perspectivas em termos de soluções consensuais, p. 327-344. In SIMONS, Adrian, MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro et. at. – **Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover e José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Ed. Tirant lo blanch, 2020, ISBN 978-85-9477-430-9.
- CEBOLA, Cátia Marques (2011) – **La mediación: un nuevo instrumento de la administración de la Justicia para la solución de conflictos**. Tesis Doctoral. Universidad de Salamanca. Facultad de Derecho. 2011.
- CEBOLA, Cátia Marques; LOPES, Dulce; VASCONCELOS, Lia e CASER, Úrsula (2020) – **Mediação ambiental: da lei à prática à luz dos princípios da Lei n.º 29/2013**. Coimbra: Gestlegal, 2020. ISBN 978-989-8951-34-2.
- CEBOLA, Cátia Marques; LOPES, Dulce; VASCONCELOS, Lia e CASER, Úrsula (2019) – Desafios à mediação em Portugal: os princípios da Lei n.º. 29/2013, p. 95-123. FONSECA, Isabel Celeste M. **A mediação administrativa: contributos sobre as (im)possibilidades**. Coimbra: Edições Almedina, 2019, ISBN 978-972-40-7819-9.
- CENTEMERI, Laura; CALDAS, José Castro (2016) – **Valores em conflito: megaprojetos, ambiente e território**. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6815-2.
- CHEVALLIER, Jacques (2013) – **O Estado de Direito**, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013. ISBN 978-85-7700-696-0.
- CLARKE, Tracely e PETERSON, Tarla Rai (2016) - **Environmental Conflict Management**, [Cidade]: SAGE Publications, 2016, ISBN 978-1-4833-0303-1.

- CROWFOOT, James e WONDOLLECK, Julia M. (1990) - **Environmental Disputes: Community Involvement In Conflict Resolution**. [Cidade]: Island Press, 1990. ISBN 978-1-5972-6888-2.
- CRESCENZO, Luciano de (Ano) - **História da Filosofia Grega: os Pré-Socráticos**. Ed. RoccoDigital, E-book.
- COHEN, David (2002) - Quem audita os auditores?. **Revista Exame**, São Paulo. ano 36, n.3, p.10 a 11, fev./ 2002.
- DARWING, Steve e SAMANIEGO, Baque (Ano) - **Heraclito: análisis de fragmentos y sus doctrinas**. E-book.
- DRAGOS, Dacian C. e NEAMTU, Bogdana (2014) – **Alternative Dispute Resolution in Administrative Law**. London: Springer, 2014. ISBN 978-3-642-34946-1.
- DIZ, Fernando Martín (2019) – Litigios contencioso-administrativo y mediación intrajudicial: ámbito de aplicación, p. 277-298. In FONSECA, Isabel Celeste M. - **A Mediação Administrativa: contributos sobre as (im)possibilidades**. Coimbra: Editora Almedina, 2019. ISBN 978-972-40-7819-9
- DWORKIN, Ronald (2013) – **Taking rights seriously**. New York: Bloomsbury, 2013, ISBN: 978-1-7809-3833-2, [E-book].
- EMERSON, Kirk; NABATCHI, Tina; O'LEARY, Rosemary; STEPHENS, John (2003) – The Challenges of Environmental Conflict Resolution, p. 37-72. In O'LEARY, Rosemary e BINGHAM, Lisa B - **The Promise and Performance of Environmental Conflict Resolution**. New York: Resources for the Future Press, 2003. ISBN 978-1-891853-65-4.
- FARINHO, Domingos Soares (2015) – As vantagens da arbitragem no contexto dos meios de resolução de conflitos administrativos, p. 485-502. In GOMES, Carla Amado; FARINHO, Domingos Soares e PEDRO, Ricardo - **Arbitragem e Direito Público**. Lisboa: AAFDL Editora, 2015.
- FISHER, Roger, URY, William e PATTON, Bruce (2011) – **Getting to Yes: negotiating agreement without giving in**. 3ª. ed., New York: Penguin Group, 2011, ISBN 978-0-14-311875-6.
- FONSECA, Isabel Celeste M. (2019) - **A Mediação Administrativa: contributos sobre as (im)possibilidades**. Coimbra: Editora Almedina, 2019. ISBN 978-972-40-7819-9.
- FREITAS, Vladimir passos de (2002) - **Direito Administrativo e Meio Ambiente**. Curitiba: Juruá, 2002.
- HARARI, Yuval Noah (2018) – **Sapiens: uma breve história da humanidade**. 32ª ed. Porto Alegre: L&PM, 2018.

- GALTUNG, Johan (2006) – **Transcender e transformar: uma introdução ao trabalho de conflitos**. São Paulo: Palas Athena Editora, 2006. ISBN 85-7242-060-6.
- GALVÃO, Izabel (1995) – **Henri Wallon: uma concepção dialética do desenvolvimento infantil**. Petrópolis: Editora Vozes, 1995. ISBN 85-326-1402-7.
- GARÍN, Beatriz Belando (2019) - Las posibilidades de la mediación administrativa: concepto y âmbitos, p. 39-65. In FONSECA, Isabel Celeste M. (2019) - **A Mediação Administrativa: contributos sobre as (im)possibilidades**. Coimbra: Editora Almedina, 2019. ISBN 978-972-40-7819-9.
- GILISSEN, John (1995) – **Introdução Histórica ao Direito**. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. ISBN 972-31-0193-9.
- GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo (2018) – **A arbitragem administrativa em debate: problemas gerais e arbitragem no âmbito do código dos contratos públicos**. Lisboa: AAFDL Editora, 2018. ISBN 978-972-629-186-2.
- GOMES, Carla Amado; FARINHO, Domingos Soares e PEDRO, Ricardo (2015) - **Arbitragem e Direito Público**. Lisboa: AAFDL Editora, 2015.
- GOMES, Carla Amado (2018) – **Introdução ao Direito do Ambiente**. 3ª. ed. Lisboa: AAFDL Editora, 2018. ISBN 978-972-629-189-3.
- GOMES, Carla Amado (2007) – **Risco e Modificação do Acto Autorizativo Concretizador de Deveres de Protecção do Ambiente**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1536-6.
- GOMES, Carla Amado (2008) – O provedor de justiça e a tutela de interesses difusos, p. 235-299. In GOMES, Carla Amado – **Textos Dispersos de Direito do Ambiente (e matérias relacionadas) – II Vol**, Lisboa: AAFDL Editora, 2008. ISBN 978-972-629-039-1.
- GONÇALVES, Pedro António Pimenta da Costa (2008) – **Entidades Privadas com Poderes Públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas**. Coimbra: Ed. Almedina, 2008. ISBN 978-972-40-2644-2.
- GOUVEIA, Mariana França (2019) – **Curso de Resolução Alternativa de Litígios**. 3ª ed., Lisboa: Editora Almedina, 2019. ISBN 978-972-40-5570-1.
- GOUVEIA, Mariana França; GAROUPA, Nuno; MAGALHÃES, Pedro; CARVALHO, Jorge Morais; FERREIRA, João Pedro Pinto (2012) – **Justiça Económica em Portugal: meios de resolução alternativa de litígios**. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2012. ISBN 978-989-8424-92-1.
- GRAAF, K. J. de, MARSEILLE, A. T. e TOLSMA, H. D. (2014) – Mediation in Administrative Proceedings: a comparative perspective, 589-605. In DRAGOS, Dacian C. e NEAMTU,

- Bogdana – **Alternative Dispute Resolution in Administrative Law**. London: Springer, 2014. ISBN 978-3-642-34946-1.
- JOHNSTON, David (2018) – **Breve história da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2018. [E-book], ISBN 978-85-469-0223-1.
- JONAS, Hans (2006) – **O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica**. Rio de Janeiro: Editor PUC-Rio, 2006. ISBN 978-85-85910-84-6.
- JUSTEN FILHO, Marçal (2012) – **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15^a ed. São Paulo: Editora Dialética, 2012.
- KOKKE, Marcelo (2016) - Autocomposição e Conflitos Ambientais. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. ISSN 1679-6462. Ano 15, n.º 49 (Abril-Junho 2016), p. 287-315.
- KOVACH, Kimberlee K. (2015) – **The mediation coma: purposeful or problematic**. *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, Vol. 16, Issue 3 (2014-2015), pp. 755-778.
- LEDERACH, John Paul (2012) – **Transformação de conflitos**. São Paulo: Palas Athena, 2012, ISBN 978-85-60804-16-0.
- LOPES, Dulce; PATRÃO, Afonso (2016) - **Lei da Mediação Comentada**. 2.^a ed. Coimbra: Ed. Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6755-1.
- LOPES, Dulce e PATRÃO, Afonso (2019) – A mediação em litígios jurídico-administrativos: contributo para a delimitação do seu âmbito. In FONSECA, Isabel Celeste M. - **A Mediação Administrativa: contributos sobre as (im)possibilidades**. Coimbra: Editora Almedina, 2019. ISBN 978-972-40-7819-9.
- MADAUER, Odete – **Direito Administrativo Moderno**. 22.^a Ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2020. ISBN 978-65-5518-006-0.
- MAGALHÃES, Luiza (2018) – A transacção e os litígios mediáveis no âmbito da Lei N.º 29/2013, de 19 de Abril: Algumas Notas, p. 128-169. **Revista da Faculdade de Direito e Ciências Políticas da Universidade Lusófona do Porto**. No. 11 (2018).
- MARQUES, Francisco Paes (2018) – Arbitragem e multipolaridade administrativa: da necessidade de um regime específico para os contra-interessados e terceiros no processo arbitral jurídico-administrativo, p. 133-168 In GOMES, Carla Amado e PEDRO, Ricardo – **A arbitragem administrativa em debate: problemas gerais e arbitragem no âmbito do Código dos Contratos Administrativos**. Lisboa: AAFDL Editora, 2018. ISBN 978-972-629-186-2.

- MAZZILLI, Hugo Nigri (2015) – **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 28^a. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.
- MILLÁN, Juan M. Fernández e GÓMEZ, Maria del Mar Ortiz (2011) – **Conflitos: Como desenvolver capacidades enquanto mediador**. Lisboa: Escolar Editora, 2011, ISBN 978-972-592-272-9.
- MONTESQUIEU, Charles (Ano) – **Do Espírito das Leis**. Tradução de Heitor Afonso de Gusmão Sobrinho. [E-book].
- MOORE, Christopher W. (2014) – **The mediation process: practical strategies for resolving conflict**. 4a ed. San Francisco: Josey-Bass, 2014.
- MUÑOZ, Helena Soletto (2009) - La mediación: método de resolución alternativa de conflictos en el proceso civil español. p. 66-88, **Revista de Direito Processual**. Rio de Janeiro: UERJ. Vol. III. Ano 3 (janeiro-junho 2009). ISSN 1982-7636.
- NEVES, Paulo Dias (2018) – Decisão arbitral, legalidade objetiva e interesse público, p. 99-132. In GOMES, Carla Amado e PEDRO, Ricardo – **A arbitragem administrativa em debate: problemas gerais e arbitragem no âmbito do Código dos Contratos Administrativos**. Lisboa: AAFDL Editora, 2018. ISBN 978-972-629-186-2.
- O'LEARY, Rosemary e BINGHAM, Lisa B (2003) - **The Promise and Performance of Environmental Conflict Resolution**. New York: Resources for the Future Press, 2003. ISBN 978-1-891853-65-4.
- PANTOJA, Teresa Cristina Gonçalves (2006) – Anotações sobre Arbitragem em Matéria Ambiental. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. ISSN 1679-6462. Ano 6, n.º 11 (Outubro-Dezembro 2006), p. 81-92.
- PEDREÑO, Remedios Mondéjar (2015) – **Los conflictos ambientales y su tratamiento através de la mediación**. Madrid: Editorial Dykinson, 2015. ISBN 978-84-9085-326-9.
- PEDRO, Ricardo (2017) - Da efetividade do direito administrativo à efetividade da(s) justiça(s) administrativa(s). **Cadernos de Justiça Administrativa**. Braga: CeJur. ISSN 0873-6294. Ano 21, n.º 124 (Julho-Agosto 2017), p. 103-113.
- PEDRO, Ricardo (2016) – **Responsabilidade civil do Estado pelo mau funcionamento da administração da justiça: fundamento, conceito e âmbito**. Coimbra: Almedina, 2016, ISBN 978-972-40-6607-3.
- PEREIRA, Patrícia da Guia (2010) - A adequação dos meios de resolução alternativa de conflitos, em especial da mediação, aos conflitos de consumo, p. 167-212. In VASCONCELOS-SOUSA, Jose – **Mediação e criação de consensos: os novos**

- instrumentos de empoderamento do cidadão na União Europeia.** Coimbra: MEDIARCOM, 2010. ISBN 978-972-798-289-9.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (2020) – Acordos em litígios coletivos: limites e possibilidades do consenso em direitos transindividuais após o advento do CPC/2015 e da Lei de mediação, p. 697-712, *In* SIMONS, Adrian, MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro et. at. – **Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover e José Carlos Barbosa Moreira.** São Paulo: Ed. Tirant lo blanch, 2020, ISBN 978-85-9477-430-9.
- PLATÃO (2018) – **A República.** Livro I. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2018. ISBN 978-85-2094-272-7.
- POPPER, Karl (2013) – **Os dois problemas fundamentais da teoria do conhecimento.** São Paulo: Editora UNESP, 2013. ISBN 978-85-393-0498-1.
- PORTOCARRERO, Maria Francisca (2019) – A mediação em serviços públicos de saúde: utilidade no SNS, no pagamento de taxas moderadoras em falta (ou outras quantias devidas por terceiros, legal ou contratualmente) *In* FONSECA, Isabel Celeste M. - **A Mediação Administrativa: contributos sobre as (im)possibilidades.** Coimbra: Editora Almedina, 2019. ISBN 978-972-40-7819-9.
- RADBRUCH, Gustav (2016) – **Filosofia do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2016.
- RAWLS, John (2001) – **Justice as fairness: a restatement.** Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2001, ISBN 0-674-00510-4, §58. [E-book].
- RAWLS, John (2012) – **Teoría de la justicia.** Ciudad de México: Fondo de Cultura Economica, 2012 [E-book], ISBN 978-607-16-0903-8 [E-book].
- REALE, Miguel – **Teoria tridimensional do direito.** 5.^a ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1994. ISBN 978-85-02-01405-3.
- RESTA, Eligio (2005) – **Il diritto fraterno.** Roma-Bari: Laterza, 2005, ISBN 978-88-420-7660-5.
- RICOEUR, Paul (1995) – **O justo ou a essência da justiça.** Lisboa: Instituto Piaget, 1995. ISBN 972-8407-18-1.
- ROCHEBLAVE-SPENLÉ, Anne-Marie (1974) - **Psicologia do Conflito.** São Paulo: Duas Cidades, 1974.
- SALES, Lilia Maia de Moraes e RABELO, Cilana de Moraes Soares (2009) – Meios consensuais de solução de conflitos: instrumentos de democracia, p. 75-88. **Revista de Informação Legislativa.** Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal. ISSN 0034-835x. Ano 46. N.º 182, (Abril-Junho, 2009).

- SAMPAIO, Rômulo S. R.; PORTO, Antonio José Maristello; OLIVEIRA, Érica Diniz; PAVÃO, Bianca Borges Medeiros (2016) - **Resolução Consensual de Conflitos Ambientais: Um estudo de casos da experiência pioneira do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2016 ISBN 978-85-8440-800-9.
- SCRUTON, Roger (2016) - **Filosofia Verde: como pensar seriamente o planeta**. São Paulo: É Realizações, 2016. ISBN 978-85-8033-218-6.
- SIDAWAY, Roger (2005) - **Resolving Environmental Disputes: From Conflicts to Consensus**. New York: Earthscan, 2005. ISBN 978-1-84407-013-8.
- SILVA, José Afonso da (2003) - **Direito Constitucional Ambiental**, 4ª ed. São Paulo, Malheiros. 2003, ISBN 85-7420-381-5.
- SILVA JUNIOR, Sidney Rosa da (2014) – A Mediação Aplicada aos Conflitos Sócioambientais: uma via necessária. In **Arbitragem e Mediação: Temas controvertidos**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014. ISBN 978-85-309-5848-0. p. 379-413.
- SILVA, Paula Costa e (2009) – **A nova face da Justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias**. Lisboa: Coimbra Editora, 2009, ISBN 978-972-32-1751-3.
- SILVA, Victor Paulo Azevedo Valente da – Mediação Ambiental. ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva – **Mediação de Conflitos: para iniciantes, praticantes e docentes**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 593-609, ISBN 978-85-442-1062-8.
- SIMONS, Adrian, MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro et. at. (2020) – **Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover e José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Ed. Tirant lo blanch, 2020, ISBN 978-85-9477-430-9.
- SIQUEIRA, Lyssandro Norton (2017) – **Qual o valor do meio ambiente? Previsão normativa de parâmetros para a valoração econômica do bem natural impactado pela atividade minerária**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, ISBN 978-85-519-0177-9.
- SOARES, Guido Fernandes Silva (2001) – **Direito Internacional do Meio Ambiente: Emergência, Obrigações e Responsabilidades**. São Paulo: Atlas, 2001. ISBN 85-224-2781-X.
- SOARES, Samira Iasbeck de Oliveira (2010) – **Mediação de Conflitos Ambientais: Um novo caminho para a Governança da ÁGUA no Brasil?** Curitiba: Juruá, 2010. ISBN 978-85-362-2859-4.
- SOUSA, Ana Paula Loureiro de (2005) – **O pensamento filosófico-jurídico português contemporâneo**. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2005.

- SOUZA, Luciana Moessa (2012a) – **Mediação de Conflitos Coletivos: a aplicação dos meios consensuais à solução de controvérsias que envolvem políticas públicas de concretização de direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. ISBN 978-85-7700-556-7.
- SOUZA, Luciana Moessa (2012b) – **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos: negociação, mediação e conciliação na Esfera Administrativa e Judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. ISBN 978-85-7700-549-9.
- SPENGLER, Fabiana Marion (2016) – **Da Jurisdição à Mediação: Por uma Outra Cultura no Tratamento de Conflitos**. 2ª. ed., Ijuí: Editora Unijuí, 2016, ISBN 978-85-419-0197-0.
- STEIGLEIDER, Annelise Monteiro (2003) - **As dimensões do dano ambiental no direito brasileiro**. Curitiba, 2003. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná.
- SUSSKIND, Lawrence E e CRUIKSHANK, Jeffrey L. (1989) - **Breaking the Impasse: Consensus Approaches to Resolving Public Disputes**. [Local]: Basic Books, 1989. ISBN-13: 978-0-465-00750-9.
- SUSTEIN, Cass e HOLMES, Stephan (2019) – **O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos**. São Paulo: Martins Fontes, 2019. ISBN 978-85-469-0282-8.
- TAVARES, Fernando Horta (2014) – Autocomposição de Litígios no Brasil e Reformas Processuais. In **III Congresso do Direito de Língua Portuguesa. Justiça, Desenvolvimento e Cidadania**. Coimbra: Editora Almedina, 2014, p. 203-225. ISBN 978-972-40-5526-8.
- TONIN, Maurício Moraes (2019) – **Arbitragem, Mediação e Outros Métodos de Solução de Conflitos Envolvendo o Poder Público**. São Paulo: Almedina, 2019, ISBN 978-858-49-3472-0.
- TRISTÃO, Ivan Martins (2010) – **Acesso à justiça e a possibilidade dos meios alternativos de solução de conflitos em questões ambientais**. Dissertação de Pós-Graduação. Universidade de Londrina. Professor Orientador Doutor Zulmar Fachin e Professor Co-Orientador Doutora Tânia Lobo Muniz. 2010.
- VARGAS, Lúcia Fátima Barreira Dias (2006) – **Julgados de Paz e Mediação – Uma nova face da Justiça**. Dissertação de Mestrado. Apresentada à Universidade de Aveiro, 2006.
- VASCONCELOS-SOUSA, Jose (2010) – **Mediação e criação de consensos: os novos instrumentos de empoderamento do cidadão na União Europeia**. Coimbra: MEDIARCOM, 2010. ISBN 978-972-798-289-9.

- VIANNA, Sérgio Besserman; VEIGA, José Eli da; ABRANCHES, Sérgio (2009) – A sustentabilidade do Brasil. *In* **Brasil Pós-Crise: Agenda para a próxima década**. São Paulo: editora Campus, 2009.
- VIDOR, Vinícius Costa (2016) – **Pessoa, amizade e reconhecimento: pressupostos éticos do conceito de justiça na tradição clássica**. [Dissertação de Mestrado – Universidade Federal do Rio Grande do Sul]. Porto Alegre: 2016.
- WATANABE, Kazuo (2019) – **Acesso à ordem jurídica justa (conceito atualizado de acesso à justiça) processos coletivos e outros estudos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2019. ISBN 978-8-5384-0541-2.
- WATANABE, Kazuo (2005) - Cultura da sentença e cultura da pacificação. *In* **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005. ISBN 978-859-82-9016-4.
- WINKLE, John R. Van (2001) – **Mediation: a path back for the lost lawyer**. Washington: American Bar Association, 2001. ISBN 1-57073-933-1.
- ZHOURI, Andréa; LASCHEFSKI, Klemens (2010) – **Desenvolvimento e conflitos ambientais**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010. ISBN 978-85-7041-774-9.

Artigos consultados através da internet:

- ALEXANDER, Nadja (2017) – **Global Trends in Mediation**, 2017. [Em linha] Disponível em <https://ssrn.com/abstract=3327068> [Acesso em 10 / 03/ 2020]
- BENJAMIN, António Herman (2011) – A natureza no direito brasileiro: coisa, sujeito ou nada disso. **NOMOS: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**. Vol.31, N.º1, Fortaleza: 2011, p.79-96. [Em linha] Disponível em <http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/12016> [Acesso em 02 de dezembro de 2020].
- BORRIE, N. C. (2002) – **An Evaluation of the Use of Mediation in Environmental Dispute Resolution under s.268 of the Resource Management Act 1991**. Dissertação de Mestrado. Lincoln University. 2002. [Em linha] Disponível em <https://researcharchive.lincoln.ac.nz/handle/10182/2118>. [Acesso em 10 de janeiro de 2020].
- BURGESS, Guy; BURGESS, Heidi (1994) – **Environmental Mediation: Beyond the limits applying dispute resolution principles to intractable environmental conflicts**, 1994 [Em linha] Disponível em http://www.colorado.edu/conflict/full_text_search/AllCRCDDocs/9450.htm [Acesso em 17 de Junho de 2017].
- CAMPOS, Luís Melo (2018) - **Mediação de conflitos: enquadramentos institucionais e posturas epistemológicas**. [Em linha] Disponível em

<https://dspace.uevora.pt/rdpc/bitstream/10174/2473/1/Media%C3%A7%C3%A3o.pdf>

[Acesso em 20 de maio de 2018].

CEBOLA, Cátia Marques (2010a) – A mediação pré-judicial em Portugal: Análise do Novo Regime Jurídico. **Revista da Ordem dos Advogados** Vol. I/IV. Ano 70. 2010 [Em linha] Disponível em http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=31632&idsc=112472&ida=112747 [Acesso em 10 de junho de 2017].

CEBOLA, Cátia Marques (2010b) – Da admissibilidade dos meios extrajudiciais de resolução de conflitos em matéria ambiental e urbanística - experiências presentes, possibilidades futuras, p. 65-84 **Revista CEDOUA** N.º 25. Ano XIII 1.10 (2010) [Em linha] Disponível em <http://hdl.handle.net/10316.2/40026> [Acesso em 21 de maio de 2018].

CEBOLA, Cátia Marques; CASER, Úrsula e VASCONCELOS, Lia (2014) - La confidencialidad en mediación ambiental. Su aplicación al Proyecto MARGov en Portugal. *In La Trama. Revista Interdisciplinária de Mediación y Resolución de Conflictos*. No. 41, Maio de 2014. ISSN 1853-6832 [Em linha] Disponível em http://www.revistalatrama.com.ar/contenidos/larevista_articulo.php?id=286&ed=41 [Acesso em 21 de maio de 2020].

CHANNING, William Ellery (1843) – **Self-Culture**. Boston: James Munroe & Company, 1843, p. 123. [Em linha] Disponível em <https://play.google.com/books/reader?id=ERwTAAAAIAAJ&hl=pt&pg=GBS.PA1>. Acesso em 10.1.2020.

CRUTZEN, Paul (2002) - Geology of mankind. **Nature**. No. 415, 23 (2002). [Em linha] Disponível em <https://doi.org/10.1038/415023a>. [Acesso em 11.11.2020].

DAVID, Mariana Soares (2016) – **Private mediation in Portugal: What future? A comprehensive law analysis, applied to the Portuguese reality**. Article written for the Dual Certification Dispute Mediation course held by the Instituto de Certificação e Formação de Mediadores Lusófonos (“ICFML”) in partnership with the Commercial Arbitration Centre of the Portuguese Chamber of Commerce and Industry (“CAC-CCIP”), 2016. [Em linha] Disponível em https://www.imimmediation.org/wp-content/uploads/2018/05/MLGTS_LAWC-3190192-v1-Artigo-Mediac%CC%A7a%CC%83o-MSD-final-en-002.pdf [Acesso em 03 de junho de 2020].

ERNANDORENA, Paulo Renato (Ano) - **Mediação Ambiental: uma teoria pós-moderna de gestão de conflitos sociais**. [Em linha] Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/media%C3%A7%C3%A3o-ambiental-uma-teoria-p%C3%B3s-moderna-de-gest%C3%A3o-de-conflitos-sociais-0> [Acesso em 05 de abril de 2018].

- FABÍÃO, Gonçalo de Andrade (2016) – **Transação e Ambiente**. 2016 [Em linha] Disponível em http://direitodoambientesub12.blogspot.com.br/?_sm_au=iVV63nnMjD06jDTH [Acesso em 03 de março de 2018].
- FARINHO, Domingos Soares (2014) – **Mediação de litígios jurídico-administrativos: algumas notas prospectivas**. In Newsletter CAAD, setembro 2014, pp. 8-14, [Em linha] Disponível em https://issuu.com/caad.arbitragem/docs/newsletter_caad_set_2014?e=7377553/9448966 [Acesso em 21 de maio de 2020].
- FERREIRA, Jaime Otávio Cardona (2013) – **Julgados de Paz e Justiça**. Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo. Vol. III, No. 10. Junho, 2013, p. 13-32. [Em linha] Disponível em <https://www.facebook.com/stjnoticias/photos/a-bdjur-disponibilizou-o-artigo-julgados-de-paz-e-justi%C3%A7a-de-jaime-oct%C3%A1vio-cardo/10152102232941852/> [Acesso em 29 de fevereiro de 2020].
- GALTUNG, Johan (1958) – **Theories of Conflict: definitions, dimensions, negations formations** Columbia University, 1958 [Em linha] Disponível em https://www.transcend.org/files/Galtung_Book_Theories_Of_Conflict_single.pdf [Acesso em 10.1.2020].
- GIRARD, Jennifer (1999) - **Dispute Resolution in Environmental Conflicts: Panacea or Placebo?** (1999) [Em linha] Disponível em http://cfcj-fcjc.org/sites/default/files/docs/hosted/17465-dr_environmental.pdf [Acesso em 03 de março de 2020].
- GOMES, Carla Amado (2014) – **Mediação e arbitragem administrativa e direito do ambiente: qualquer semelhança   mera coincidência?** In Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, vol. 42, n. 2, 2014, p.205-223 [Em linha] Disponível em <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/29037>. [Acesso em 10 de junho de 2017].
- HEINSOHN, Gunnar; STEIGER, Otto (1980) - Understanding the rationale behind the Malthusian Theory of Population. **European Demographic Information Bulletin** Vol. 11(2-3), p. 72-81 (Fevereiro, 1980) [Em linha] Disponível em https://www.researchgate.net/publication/11137851_Understanding_the_rationale_behind_the_Malthusian_theory_of_population/link/56c6febe08ae03b93dde1a69/download [Acesso em 02 de dezembro de 2020].
- HIGGS, Stephen (Ano) - **The Potential for Mediation to Resolve Environmental and Natural Resources Disputes**. [Em linha] Disponível em

http://www.acctm.org/docs/The%20Potential%20For%20Mediation%20to%20Resolve%20Environmental%20_CONNOR-Higgs_.pdf. [Acesso em 21 de maio de 2018].

KLUNK, Luzia (2017) - **A complexidade dos conflitos socioambientais e a mediação como alternativa de resolução democrática**. (setembro de 2017) [Em linha] Disponível em <https://carollinasalle.jusbrasil.com.br/artigos/167926945/a-complexidade-dos-conflitos-socioambientais-e-a-mediacao-como-alternativa-de-resolucao-democratica> [Acesso em 04 de abril de 2018].

MERÇON-VARGAS, Sarah (2012) – **Meios Alternativos na Resolução de Conflitos de Interesses Transindividuais**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor Orientador Doutor Ricardo de Barros Leonel, 2012. [Em linha] Disponível em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-06032013-091823/pt-br.php> [Acesso em 05 de junho de 2017].

MERRILLS, J. G. (2018) – **International Dispute Settlement**. 6ª. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2018 [E-book]. ISBN 9781316683149 [Em linha] Disponível em <https://doi.org/10.1017/9781316683149.00.3> [Acesso em 18.03.2020].

NOLAN-HALEY, Jacqueline M. (2012a) - **Evolving Paths to Justice: Assessing the EU Directive on Mediation** In Proceedings of the Sixth Annual Conference on International Arbitration and Mediation, Fordham University Law School, Martinus Nijhoff Publishers, 2012 [Em linha] Disponível em <https://ssrn.com/abstract=1942391>. [Acesso em 21 de maio de 2018].

NOLAN-HALEY, Jacqueline (2015) - Mediation: The Best and Worst of Times. **Cardozo Journal of Conflict Resolution**, Vol. 16, N.º 3 (2014-2015), p. 731-740. [Em linha] Disponível em <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/cardcore16&collection=journals&id=775&startid=&end=784> [Acesso em 03 de março de 2020].

NOLAN-HALEY, Jacqueline M. (2012b) – Mediation: The New Arbitration. **Harvard Negotiation Law Review**, N.º 17 (2012), p. 61-96. [Em linha] Disponível em <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/haneg17&collection=journals&id=69&startid=&end=104> [Acesso em 03 de março de 2020].

NUNES, João Ariscado e MATIAS, Marisa (2003) - Controvérsias científicas e conflitos ambientais em Portugal: o caso da co-incineração de resíduos industriais perigosos, p. 129-150. **Revista Crítica de Ciências Sociais** N.º 65 (2003), [Em linha] Disponível em <http://rccs.revues.org/1185> [Acesso em 22 de setembro de 2019].

OST, François (2005) – **Júpiter, Hércules, Hermes: três modelos de juez**. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. Edición digital a partir de *Doxa : Cuadernos de*

- Filosofia del Derecho*. núm. 14 (1993), pp. 169-194, 2005. [Em linha] Disponível em <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcsj1v8>. [Acesso em 05.03.2020].
- PARLAMENTO EUROPEU (2014) - **Rebooting the mediation directive: assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediation in the EU**. [Em linha] Disponível em [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET\(2014\)493042_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET(2014)493042_EN.pdf) [Acesso em 10 de maio de 2018].
- PARLAMENTO EUROPEU (2016) – **Study for an Evaluation and Implementation of Directive 2008/52/CE – the Mediation Directive**. Updated Version, 2016. [Em linha] Disponível em <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/bba3871d-223b-11e6-86d0-01aa75ed71a1/language-en> [Acesso em 23 de junho de 2020]
- RIESEL, Daniel (1985) - Negotiation and Mediation of Environmental Disputes, p. 99-111. *In Journal on Dispute Resolution*, Vol 1:1, 1985 [Em linha] Disponível em https://kb.osu.edu/dspace/bitstream/handle/1811/75848/OSJDR_V1N1_099.pdf?sequence=1 [Acesso em 28 de maio de 2018].
- SALMASO, Marcelo Nalesso (2013) – **Justiça restaurativa: uma mudança de paradigma e o ideal voltado à construção de uma cultura de paz**. 2013 [Em linha] Disponível em https://www.tjsp.jus.br/Download/CoordenadoriaInfanciaJuventude/Pdf/JusticaRestaurativa/Artigos/Texto_Dr_Marcelo_Salmaso.pdf [Acesso em 18 de junho de 2020].
- SARTINI, Brígida Alexandre; GARBUGIO, Gilmar, BORTOLOSSI, Humberto José, SANTOS, Polyane Alves, BARRETO, Larissa Santana (2004) - **Uma introdução a Teoria dos Jogos**. Universidade Federal da Bahia, 2004. [Em linha] Disponível em <https://www.ime.usp.br/~rvicente/IntroTeoriaDosJogos.pdf> [Acesso em 03.02.2020].
- SUSSKIND, Lawrence e WEINSTEIN, Alan (1980) - Towards a Theory of Environmental Dispute Resolution. **Boston College Environmental Affairs Law Review**, 9(2), 311-357. (1980). [Em linha] Disponível em <http://lawdigitalcommons.bc.edu/ealr/vol9/iss2/4> [Acesso em 10 de novembro de 2020].
- SUSSKIND, Lawrence (1981) – Environmental mediation and the accountability problem. **Vermont Law Review** Vol. 6 N.º 1 (1981), [Em linha] Disponível em <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/vlr6&div=&id=7&page=> [Acesso em 12 de Julho de 2020].
- VITORINO, Orlando (Ano) – **O que pensar da Injustiça**. [Em linha] Disponível em <http://www.ofilosofo.com/ovitorino-t11.htm>. [Acesso em 20 de fevereiro de 2020].

ZUCKERMAN, Adrian (2007) – **Civil litigation: a public service for the enforcement of civil rights**. C.J.Q., VOL 26 (janeiro de 2007) [Em linha] Disponível em <https://adrianzuckerman.co.uk/publications-downloads> [Acesso em 25 de junho de 2020].

Instrumentos legislativos:

CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPÉIA. [Em linha] Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016P/TXT&from=FR> [Acesso em 03 de junho de 2020].

CÓDIGO Civil. (2017) 8.^a ed. reimp. Coimbra: Edições Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-6790-2.

COMUNICADO DA COMISSÃO EUROPEIA **COM(2019) 640** (11-12-2019). [Em linha] Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52019DC0640&from=EN> [Acesso em 22 de novembro de 2020]

DECLARAÇÃO DO RIO SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO (1992) [Em linha] Disponível em https://cetesb.sp.gov.br/proclima/wp-content/uploads/sites/36/2013/12/declaracao_rio_ma.pdf [Acesso em 17 de junho de 2020].

DECRETO-LEI N.º 147/2008, de 29 de Julho. **Diário da República I Série**, N.º 147 (29-07-2008), p. 5027-5038.

DECRETO-LEI N.º 4/2015, de 7 de janeiro. **Diário da República I Série**, N.º 4/2015 (07-01-2015), p. 50 – 87.

DECLARAÇÃO do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. [Em linha] Disponível em <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf> [Acesso em 21 de maio de 2018].

DIRETIVA N.º 2008/52/CE [Em linha] Consult. em 15 Jun 2017] Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32008L0052 &from=PT>.

LEI N.º. 7.347/85, de 24 de julho. [Em linha] Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm [Acesso em 20.06.2020].

LEI N.º. 8.078/1990, de 11 de setembro. [Em linha] Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm [Acesso em 20 de novembro de 2020].

LEI N.º. 9/91, de 9 de Abril. **Diário da República I-A Série** N.º 82/1991 (09-04-1991), p. 1868-1873.

LEI N.º 9.099/95, de 26 de Setembro. [Em linha]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm [Acesso em 18 de agosto de 2020].

LEI N.º 10.406/2002, de 10 de Janeiro. [Em linha] Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm [Acesso em 19 de agosto de 2020].

LEI N.º 15/2002, de 22 de Fevereiro. [Em linha] Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=1&artigo_id=&nid=439&pagina=1&tabela=leis&nversao=&so_miolo= [Acesso em 20 de novembro de 2020].

LEI N.º 21/2007, de 12 de Junho. **Diário da República I Série**, N.º 112/2007(12-06-2007), p. 3798-3801.

LEI N.º 29/2013, de 19 de Abril. **Diário da República I Série**, N.º 77/2013 (19-04-2013), p. 2278-2284.

LEI N.º 41/2013, de 26 de Junho. **Diário da República I Série**, N.º 121/2013 (26-6-2013), p. 3518 – 3665.

LEI N.º 13.105/2015, de 16 de Março. [Em linha] Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm [Acesso em 12 de novembro de 2020].

LEI N.º 13.140/2015, de 29 de Junho. **Diário Oficial da União** Seção 1 (29-06-2015), p. 4.

PORTARIA CNJ n.º. 241/2020, de 10 de Novembro. **DJe/CNJ** N.º 358/2020 (11-11-2020), p. 8-9.

STJ - **REsp: 1817845** MS 2016/0147826-7 (2019), Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Julgamento: 10/10/2019, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/10/2019) [Em linha] Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859730172/recurso-especial-resp-1817845-ms-2016-0147826-7/inteiro-teor-859730182?ref=serp> [Acesso em 12.01.2020].

