

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RJ
ESCOLA SUPERIOR DE ADMINISTRAÇÃO JUDICIÁRIA - ESAJ**

Gabriela da Silva Rafael Carneiro

**Pós-Graduação em Direito Ambiental
Professora Orientadora: Cristiane Jaccoud**

2016

ARTIGO CIENTÍFICO:**MEDIAÇÃO E TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA
Aplicabilidade em Conflitos Ambientais Judicializados****Resumo:**

A presente pesquisa científica possui o objetivo de proceder a uma análise das características dos Métodos Consensuais de Resolução de Conflitos denominados Mediação e Termo de Ajustamento de Conduta, para a sua adequada aplicação às demandas judiciais que tratam de questão ambiental, especificamente no que diz respeito ao dano ambiental com repercussão em direito difuso. Para tanto, será abordada rapidamente a especificidade do direito difuso como espécie do gênero direito transindividual, assim como se realizará breves estudos sobre a ação civil pública, instrumento processual mais utilizado para a defesa do direito transindividual, aprofundando-se a discussão sobre a possibilidade de utilização da autocomposição para a solução do litígio nela contido, neste ponto inseridos o Termo de Ajustamento de Conduta e a Mediação. Proceder-se-á ainda ao estudo de caso concreto de Mediação realizada, em segunda instância, nos autos de ação civil pública.

Palavras-chave: Mediação; Termo de Ajustamento de Conduta; Conflitos Ambientais.

Abstract:

The present scientific research has the objective of analyzing the characteristics of the Consensus Methods of Conflict Resolution denominated Mediation and Term of Adjustment of Conduct, for its adequate application to the judicial demands that deal with environmental issues, specifically with regard to the Environmental damage with repercussions on diffuse law. To do so, the specificity of the diffuse right as a species of the transindividual right genre will be quickly addressed, as will brief studies on the public civil action, a procedural instrument most used for the defense of the transindividual right, and a discussion on the possibility of Use of the self-composition for the solution of the litigation contained therein, inserted here the Term of Adjustment of Conduct and Mediation. A concrete case study of Mediation will also be carried out, in the second instance, in the public civil action files.

Keywords: Mediation; Conduct Adjustment Term; Environmental conflicts.

Introdução:

O art. 225, da Constituição da República (BRASIL, 1988), consagra o direito fundamento ao meio ambiente ao dispor que:

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

Ter acesso a um meio ambiente equilibrado significa usufruir de uma vida com dignidade humana, outro direito fundamental previsto na Constituição Federal (art. 1º, inciso III), sendo responsabilidade do Poder Público e da coletividade garantir tais direitos transgeracionais.

Os conflitos ambientais revelam um descompasso nessa ordem constitucional e exigem uma solução rápida e eficiente, seja para a pacificação social seja para a preservação da própria espécie humana, em uma visão escatológica.

Sob esta perspectiva, os meios consensuais de resolução de conflitos vêm apresentando importantes resultados em solo pátrio, revelando que sua natureza democrática, participativa e pragmática, em alguns casos, pode ser mais eficiente à tutela ambiental difusa que a imposição da letra fria da lei.

Desenvolvimento:

1. Conceituação e especificidade do direito difuso.

O direito difuso é uma das três espécies do gênero denominado direitos transindividuais, estes caracterizados como “direitos de natureza indivisível, pertencentes a pessoas indeterminadas ou a uma coletividade” (MARINONI et al., 2015, p. 125), “que vão muito além do indivíduo, sem, contudo, perder totalmente contato com a ideia da pessoa em si” (RODRIGUES, 2011, p. 28/29), sendo que “seu gozo é atribuível a um conjunto mais ou menos indeterminado de pessoas, assim como a sua violação afeta a esfera jurídica desse espectro de indivíduos” (RODRIGUES, 2011, p. 30).

Como direito transindividual, o direito difuso possui natureza indivisível, titularizado por pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato, conforme disposto no art. 81, p. único, inciso I, da Lei 8078/90 (Código de Defesa do Consumidor), que o inseriu no art. 21 da Lei 7347/85 (Lei da Ação Civil Pública).

Assim, segundo ensina Rodrigues (2011, p. 41/42), as características do direito difuso são:

a) a indeterminação de seus titulares; b) a ausência de vínculo jurídico que ligue os detentores do direito; c) a sua incindibilidade objetiva, pois não se pode separar parcelas do interesse difuso; d) a sua indisponibilidade, corolário lógico da indeterminação subjetiva e da sua natureza indivisível; e) a sua natureza extrapatrimonial, uma vez que os direitos difusos não podem ser expressos em medida monetária, o que origina, quando impossível a restituição ao estado anterior, a sua ressarcibilidade indireta; f) a sua tutela pode representar uma conflituallità massima, ou seja, os direitos difusos concorrem com outros direitos difusos e a prevalência de um deles, ou quando possível a composição entre os mesmos, ocorre pela ponderação de bens no caso concreto, como por exemplo no caso de manutenção do funcionamento de uma fábrica poluente, que gera milhares de empregos e torna pujante a economia local, em uma área que tenha novas exigências ambientais.

Carvalho Filho (2009, p. 29) enriquece a pesquisa sobre o tema, afirmando que os direitos difusos, “não tendo vínculos de agregação suficientes para sua institucionalização perante outras entidades ou órgãos representativos, estariam em estado fluido, e dispersos pela sociedade civil como um todo”, estando dotados de indisponibilidade “porque a eles não podem renunciar os seus titulares, nem os órgãos incumbidos de sua proteção” (CARVALHO PINTO, pág. 169).

2. A ação civil pública como instrumento processual mais utilizado para a defesa do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A ação civil pública, criada pela Lei 7347/85 e recepcionada pelo art. 129, III, da CRFB/88, “é o instrumento legal que melhor caracteriza a inserção legislativa brasileira na denominada segunda onda do movimento do acesso à justiça, orientada para a superação dos obstáculos jurídico-processuais relacionados à proteção jurídica dos direitos difusos” (GAVRONSKI, 2015, p. 37).

Sua elaboração teve uma “influência indireta do regime jurídico das *class actions* do Direito Norte Americano” (JACCOUD, 2015, p. 24) e, no Brasil, a ação civil pública apresenta-se como uma das formas de tutela judicial dos “direitos difusos e coletivos protegidos pelo ordenamento jurídico” (RODRIGUES, 2011, p. 65), dentre eles, o meio ambiente, conforme previsto no artigo 1º, inciso I, da Lei da Ação Civil Pública.

Antunes (2008, p. 763) entende que, à luz do disposto no art. 3º, inciso I, da Lei 6938/81, o meio ambiente é um dos bens jurídicos tutelados pela ação civil pública que merecem maior destaque, porque “é o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem química, física e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”, tendo sido elevado à condição de direito fundamental pela Constituição da República, em seu artigo 225.

As pessoas legitimadas para a propositura da ação civil pública estão elencadas no artigo 5º da Lei 7347/85, valendo destacar que, se o Ministério Público não agir como parte no bojo da ação civil pública, deverá atuar como fiscal da lei, o que demonstra seu protagonismo na tutela judicial do direito ambiental, uma vez que “o sistema lhe reservou o papel de protagonista na defesa desses direitos, atuando em todos os feitos judiciais nos quais os mesmos são discutidos, quer os tenha tentado ou não” (RODRIGUES, 2011, p. 65).

3. Discussão sobre a possibilidade de autocomposição como forma de resolução do litígio ambiental, de interesse difuso, no curso da ação civil pública.

Há duas formas de resolução de litígios no Estado de Direito: a heterocompositiva (jurisdição estatal e jurisdição arbitral), em que um terceiro impõe a decisão que resolverá a controvérsia existente entre as partes; e a autocompositiva (conciliação, mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos), quando a controvérsia é resolvida pelas próprias partes.

Os métodos autocompositivos são caracterizados pela “solução consensual das partes, eventualmente intermediada por um terceiro imparcial, o qual não possui a prerrogativa de impor decisão às partes” (JACCOUD, 2015, p. 7).

Segundo Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, p. 180), “os meios autocompositivos (que entram no gênero Alternative Dispute Resolution) são normalmente apresentados como tendências gerais em termos de direito comparado e são bastante incentivados no novo Código de Processo Civil.”

Neste contexto, importante transcrever o artigo 3º, §3º, do CPC/2015 (BRASIL, 2015):

A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Vê-se, portanto, conforme ensina Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, p. 180), que:

o Código de Processo Civil de 2015 estimula formas autocompositivas de resolução de conflitos seja prevendo que, como regra, a citação do demandado no procedimento comum é para o comparecimento em audiência (e não mais para defender-se em juízo, com o que desestimula a formalização do litígio no processo logo em seu início, art. 334), seja pelo destaque que outorgou à categoria dos conciliadores e mediadores, prevendo-os expressamente como auxiliares do juízo (arts. 165 a 175) e prevendo espaços apropriados para o desempenho de suas funções ao longo do procedimento (por exemplo, art. 334).

Segundo Pinho e Vidal (2016, p. 372), “em determinadas situações as decisões autocompositivas representam saídas mais apropriadas ao problema a ser enfrentado do que imposição do poder estatal mediante a prolação de uma sentença de mérito.”

Esta nova perspectiva de relevância dos métodos consensuais de resolução de conflitos traz expectativas quanto à maior efetividade da proteção ao direito ambiental e à pacificação dos conflitos, pois, para Freitas e Ahmed (no prelo):

A crescente degradação do meio ambiente, em nível nacional e internacional, tem se constituído na grande preocupação da atualidade e merecido especial atenção por parte de vários segmentos da sociedade, o que tem levado a procura de alternativas mais eficientes para evitar a ocorrência de danos ao meio ambiente e reparar os ocorridos, considerando que os métodos tradicionais (administrativos ou jurídicos) não tem se mostrado suficientes.

Realmente, a complexidade que caracteriza o dano ambiental, via de regra envolve várias faces do meio ambiente (v.g. o ar, o solo, a água, a fauna, a flora, a biodiversidade), assim como pelos seus aspectos espacial e temporal, tudo aliado as regras e sanções jurídicas previstas para a efetiva proteção e

reparação, que nem sempre estão adequadas ao problema, levam a necessidade de adoção de novas alternativas. (...)

Os conflitos ambientais dispendo a respeito de interesses coletivos ou difusos, cujos danos em grande parte são transfronteiriços e invisíveis, afetando vários recursos naturais (v.g. ar, água, solo), em alguns casos envolvendo aspectos econômicos e políticos, como assinalado, não tem encontrado nos métodos tradicionais as soluções mais adequadas (...)

Nesse sentido, não é demasiado afirmar que, em certa medida, o sistema tradicional de resolução de conflitos pela via de um terceiro imparcial, o Estado-Juiz, não tem se mostrado bastante e suficiente para resolver a questão do alto grau de litigiosidade de da particularidade de questões envolvendo os conflitos sociais que existem no mundo contemporâneo.

Assim, a respeito da possibilidade de autocomposição no curso da ação civil pública, discorre Gavronski (2015, p. 39/41):

a autocomposição no curso da ação civil pública já proposta é alternativa que merece ser especialmente considerada pelos legitimados coletivos e pelo Poder Judiciário.

Essa alternativa, além de alinhar a ação civil pública às tendências atuais do movimento do acesso à justiça, adapta-a ao paradigma jurídico que vem emergindo no século XXI, de um direito cada vez mais informal, participativo e procedimental ou negocial. (...)

Como o Código de Processo Civil aplica-se subsidiariamente à ação civil pública por força do art. 19 a Lei 7347, na falta de previsão específica em sentido contrário dessa lei, e em prestígio ao quanto visto até aqui, impõe-se reconhecer que o ordenamento jurídico vigente já autoriza, e o advirá da vigência do novo CPC estimulará a autocomposição em ação civil pública.

Contudo, não se pode deixar de mencionar a complexidade da autocomposição em ação civil pública que trate de direito ambiental em sua faceta difusa, após o advento do Novo CPC, o que impõe um estudo acerca da indisponibilidade do direito e o objeto da autocomposição, bem como a existência de possibilidade de solução consensual do conflito antes mesmo do advento do Código de Processo Civil de 2015, através do Termo de Ajustamento de Conduta previsto na Lei da Ação Civil Pública, sobre o qual se dissertará a seguir.

3.1. O Termo de Ajustamento de Conduta realizado no curso da ação civil pública.

O Termo de Ajustamento de Conduta encontra previsão no artigo 5º, §6º, da Lei 7347/85 (Lei da Ação Civil Pública), com a redação dada pelo artigo 113 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Comumente denominado “TAC”, seu surgimento “no cenário jurídico brasileiro se deveu principalmente à necessidade de aperfeiçoamento da tutela civil dos direitos transindividuais” (RODRIGUES, 2011, p. 89), e, segundo Rodrigues (2011, p. 89):

A negociação judicial desses direitos, ainda que se revista de um maior controle, já que realizada sob o crivo do Poder Judiciário, abriu caminho para se imaginar um instituto como o ajustamento de conduta, uma vez que logrou compatibilizar a possibilidade do acordo com a indisponibilidade inata desses direitos.

Nery (2010, p. 206) o conceitua abrangendo as possibilidades de sua concretização antes ou posteriormente ao ajuizamento da ação civil pública. Vejamos:

Compromisso de ajustamento de conduta é transação híbrida, lavrado por instrumento público ou privado, celebrado entre o interessado e o poder público, por seus órgãos públicos, ou por seus agentes políticos, legitimados à propositura da ação civil pública, por cuja forma se encontra a melhor solução para evitar-se ou para pôr fim à demanda judicial, que verse sobre ameaça ou lesão a bem de natureza metaindividual.

Para Akaoui (2003, p. 70), o “compromisso de ajustamento de conduta se insere dentro de outra espécie de um gênero mais abrangente, qual seja, o acordo”, o que demonstra sua importância como meio de solução consensual de conflito ambiental e sua eficiência na proteção ambiental, considerando que “quanto antes o dano for reparado, ou afastado for o perigo, a coletividade como um todo estará melhor resguardada dos efeitos deletérios da maculação do ambiente em que vivemos” (AKAOUI, 2003, p. 105/106).

No mesmo sentido, Ahmed (2014, p. 88/89) entende que o:

Termo de Ajustamento de Conduta, em matéria de efetividade, tem-se apresentado como instrumento de tutela adequado para a proteção do meio ambiental cultural urbano no caso de conflito, uma vez que permite a solução célere, pouco dispendiosa, mediatizada, ampla, na medida em que contempla todos os aspectos da proteção, além de formar um título executivo...

Por outro lado, vale destacar que “para celebrar o compromisso de ajustamento de conduta, deve o agente público desvirtuar-se da posição jurídica de poder para – na mesma mesa de negociação – assumir a posição de credor e devedor” (NERY, 2010, p. 105/106), sob

pena de sua não concretização, caso o agente público tiver investido “da posição de poder, usual e frequentemente desempenhada em outras situações vivenciadas pelo exercício do poder do Estado” (NERY, 2010, p. 105/106).

Rodrigues (2011, p. 214) discorre sobre o Termo de Ajustamento de Conduta, afirmando ser “cabível falar em ajuste de conduta judicial e extrajudicial, posto que mesmo se tratando de questão posta em juízo, não há a possibilidade de transigir sobre o objeto de direito, apenas de definir prazos, condições, lugar e forma de cumprimento” e que, “quanto ao objeto, não há nenhuma singularidade do ajuste judicial, podendo versar sobre qualquer matéria não vedada por lei, abranger direito difuso, coletivo e individual homogêneo, prever excepcionalmente, medidas compensatórias e de ressarcimento” (RODRIGUES, 2011, p. 215). Segundo aquela autora, a partir do ajuizamento da ação coletiva e sendo cabível o ajustamento da conduta, “é de todo recomendável que o juiz designe audiência preliminar de conciliação, para desencadear um possível processo de negociação” (RODRIGUES, 2011, p. 217), nada impedindo, também, “que o ajustamento da conduta seja feito na fase da execução da sentença da ação civil pública, uma vez que não se constitui em transação sobre o direito transindividual” (RODRIGUES, 2011, p. 217). O ajuste judicial deve ser revestido de publicidade, para permitir aos colegitimados eventual impugnação, e “só surtirá efeito após a sua homologação” (RODRIGUES, 2011, p. 216) pelo juiz, que extinguirá o processo com resolução do mérito, formando-se um título executivo judicial. Conclui Rodrigues (2011, p. 219), inclusive com base em Pesquisa desenvolvida pelo Professor Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, parcialmente transcrita abaixo, que o Termo de Ajustamento de Conduta Judicial é subutilizado. Confira-se:

os dados relativos a compromissos de ajustamento de conduta realizados na fase judicial são desalentadores: um único caso, representando 1,14% do número total de ações pesquisadas. Várias causas podem ser apontadas para justificar tal situação: a) a falta de experiência e mesmo do conhecimento do que significa e como funciona o compromisso de ajustamento de conduta, em especial para o encaminhamento da negociação, e o estabelecimento das condições nos limites autorizados por lei; b) a falta de oportunidade na fase judicial, pois não se costuma realizar audiência de conciliação específica para tanto; c) o receio, mesmo das pessoas mais experientes, em celebrar tais compromissos pela responsabilidade que ele representa, em face dos direitos em jogo, sendo mais confortável promover a ação ou deixá-la prosseguir.

Como visto, vários são os motivos da pouca aplicabilidade do TAC em fase judicial, “mas a preponderante é a ausência de uma cultura da negociação dos atores do processo, e em especial do Ministério Público que, como protagonista da tutela dos direitos transindividuais, deve estar preparado para promover essa mudança de paradigma” (RODRIGUES, 2011, p. 220).

3.2. A Mediação Judicial

A Mediação representa uma novidade no sistema processual brasileiro instaurada pelo Código de Processo Civil de 2015 (Lei 13.105/2015) e pela Lei de Mediação (Lei 13.140/2015), concretizando o fomento aos mecanismos de resolução consensual de controvérsias. Alçada à norma fundamental processual, viabiliza também o alcance do princípio da duração razoável do processo.

Como visto inicialmente, é uma forma autocompositiva de resolução de litígios, na forma prevista pelo Novo CPC, em seu artigo 165, §3º, e “consiste na inclusão de um terceiro imparcial para auxiliar na negociação das partes” (MARINONI et al., 2016, p. 292). Para tanto, o mediador “deve ajudar a restabelecer o diálogo entre as partes, para que elas possam encontrar os pontos de divergência e consigam resolver sua controvérsia” (MARINONI et al., 2016, p. 292).

Pinho e Vidal (2016, p. 371) sustentam que “as interações entre o Código de Processo Civil de 2015 e o Marco Regulatório da Mediação conferem ao compromisso de ajustamento de conduta novos contornos e definições”, tanto assim que o artigo 174, III, do CPC, ao estabelecer que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem criar câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo para promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta, “realça o cabimento dos métodos consensuais em sede de compromisso de ajustamento de conduta, inserindo-os no âmbito de atuação dos órgãos da Administração Pública por intermédio da criação de câmaras de conciliação e mediação” (PINHO; VIDAL, 2016, p. 386).

Logo, “as técnicas da mediação e da conciliação exigem a imersão em um profundo processo discursivo, que possa explorar os possíveis resultados que atendam aos interesses

transindividuais trazidos ao palco deliberativo, democrático e cooperativo” (PINHO; VIDAL, 2016, p. 397) do compromisso de ajustamento de conduta, a fim de que este ocupe uma posição de destaque na “promoção de políticas públicas com o fito de concretizar os direitos fundamentais sociais carentes de realização” (PINHO; VIDAL, 2016, p. 398).

Na esteira deste entendimento, escrevem Freitas e Freitas (2015, p. 857/858):

A conciliação, atualmente, de maneira geral, é reconhecida como forma eficiente de solução dos mais diversos conflitos, inclusive quando envolvem questões ambientais. Nem sempre foi assim. Nos primeiros anos da curta existência do direito ambiental o tema mereceu grandes discussões, sendo suscitadas por vezes alegações de que, tratando-se de direito indisponível, não poderia estar sujeito a um acordo.

No entanto, a realidade sobrepôs-se à teoria. O tempo se encarregou de mostrar que conciliar é melhor que julgar, desde que no acordo fique respeitada e bem delimitada a proteção do ambiente e demais direitos envolvidos (inclusive o de moradia). Pouparam-se tempo, provas complexas, elevadas custas processuais, bem como execuções nem sempre bem-sucedidas. (...)

Os acordos celebrados perante os órgãos ambientais ou o Ministério Público denominam-se Termo de Ajustamento de Conduta – TAC. (...)

Na celebração do TAC impõe-se a máxima cautela e o resguardo contra eventual descumprimento, uma vez que não se admite que a execução se frustre depois da celebração da avença. Por exemplo, se o TAC for firmado com um município, é essencial que se preveja a possibilidade de mudança de governo, pois o prefeito que venha a suceder o celebrante pode revelar-se contrário à medida.

Assim, fica evidente que a conciliação geralmente é suficiente para solucionar a lide e é bastante utilizada no âmbito da ação civil pública, resolvendo o problema (ambiental ou não), evitando os altos gastos inerentes ao processo judicial, com grande efetividade.

E este instituto pode ser um bom aliado na resolução das questões que envolvem proteção ambiental e direito à moradia de população menos favorecida, de forma a proteger o meio ambiente, cumprindo a legislação, mas sem criar grave problema social, buscando uma solução quanto à moradia da população carente envolvida.

Freitas e Ahmed (no prelo), no artigo intitulado “A Mediação na Resolução de Conflitos Ambientais”, igualmente exemplificam as ações judiciais envolvendo invasão de áreas de preservação permanente por população de baixa renda, em que eventual sentença determinando a retirada daquelas pessoas do local não traria a resolução efetiva ao litígio, eis que “para onde serão encaminhadas as pessoas retiradas das áreas ocupadas, quando, em regra, os municípios não dispõem de áreas para colocá-las, nem meios para adquiri-las?”, razão pela qual indicam, como instrumento mais adequado à solução do conflito, a “adoção da mediação, onde as partes têm participação direta no processo”. Defendem, então, que:

considerando os instrumentos processuais colocados à disposição pelo nosso ordenamento jurídico, nem sempre o mesmo tem conseguido dar a melhor resposta, e o emprego da mediação se mostra então adequado, não só pela circunstância de apresentar uma solução em menos tempo, mas, principalmente, quando envolve a necessidade da criação de políticas públicas, regulamentação e planejamento.

Em razão do advento do Novo CPC, que joga luz sobre as soluções consensuais dos litígios, Leonel (2015, p. 765) diz que:

A indisponibilidade dos interesses metaindividuais não impede os legitimados coletivos públicos (órgãos públicos legitimados, na dicção do art. 5º, §6º, da Lei 7347/85) de obter, dos responsáveis, compromisso de ajustamento de conduta com eficácia de título executivo extrajudicial.

Claro que no compromisso de ajustamento o órgão público não realiza nenhuma disposição de conteúdo substancial, apenas pactuando questões relativas ao prazo e ao modo de cumprimento da obrigação.

Note-se, contudo, a pertinente indagação: qual a razão para que o compromisso de ajustamento, que pode ser obtido extrajudicialmente, não seja alcançado em juízo?

Assim, contrariamente a uma ideia desde logo excludente, acreditávamos que deva sim, mesmo nas ações coletivas, ser designada, ao menos em princípio, a audiência de conciliação para que, sem perder de vista a indisponibilidade dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, seja buscada solução consensual para o conflito coletivo ao menos quanto ao modo e prazos de cumprimento da obrigação por parte do demandado.

Com efeito, verifica-se a consonância dos doutrinadores e operadores do Direito acerca da possibilidade da autocomposição na ação civil pública, limitada, porém, a “especificar as condições de modo, tempo e, às vezes, lugar para a implementação dos direitos coletivos que se pretende proteger” (GAVRONSKI, 2015, p. 44), até porque, se por um lado não é útil à sociedade um litígio judicial ambiental que perdure no tempo, em prejuízo do princípio da duração razoável do processo, não se pode abrir mão de direitos e medidas legais que viabilizam e fortalecem o princípio do desenvolvimento sustentável.

A respeito dessa limitação da autocomposição, Gavronski (2015, p. 45) faz uma importante observação:

Assim, quando numa negociação em sede de ação civil pública o legitimado coletivo especifica as condições de modo, tempo e lugar para implementação de determinado direito, ou o conteúdo de algum conceito jurídico indeterminado, ou, ainda, identifica as consequências de aplicação de determinada regra ou princípio jurídico para, no caso concreto, bem definir

as obrigações do apontado responsável pela ameaça ou lesão a direitos coletivos que são necessárias para prevenir, inibir ou corrigir uma outra, não está *dispondo* desses direitos, mas antes os *concretizando*, vale dizer, interpretando-os à luz do caso concreto e definindo os elementos essenciais para sua efetiva implementação. Bem ao contrário de disposição, o que se está fazendo é afirmar que o direito coletivo invocado é aplicável àquela determinada situação concreta e definir as condições e especificações sem as quais sua efetividade ficaria prejudicada.

Quanto ao momento processual para a realização da autocomposição, embora a audiência de conciliação ou a de mediação previstas no art. 165 do Novo CPC seja um ambiente “bastante propício à autocomposição na ação civil pública, ao menos para o fim de dar início à respectiva negociação e suspender o andamento do processo, não há qualquer impedimento para que venha a ocorrer depois” (GAVRONSKI, 2015, p. 51).

Insta registrar que Freitas e Ahmed (no prelo), ao defenderem a possibilidade de “adoção de métodos alternativos para a composição de conflitos ambientais”, sugerem que a Mediação deve ser realizada por um Mediador que tenha “conhecimentos da área em que vai atuar e noções de Direito Ambiental”, e, dependendo da complexidade do caso concreto, indicam a Co-mediação, realizada por mais de um mediador “de molde a contemplar a multiplicidade de aspectos que envolvem o conflito e os perfis de variados matizes que o envolve.”

Realça-se ainda o relevante entendimento esposado no Curso de Mediação de Conflitos realizado pela Escola Nacional de Mediação e Conciliação, citado no artigo científico “A Mediação na Resolução de Conflitos Ambientais”, de Freitas e Ahmed (no prelo):

No que concerne à possibilidade de mediação envolvendo direitos indisponíveis, valem aqui as mesmas considerações que já foram feitas na doutrina acerca da celebração de ajustamento de conduta (já que este nada mais é do que modalidade de negociação direta, ou seja, também um meio consensual de solução de conflitos), seja o judicial, seja o extrajudicial: mesmo se tratando de questão posta em juízo, não há possibilidade de transigir sobre o objeto do direito, apenas de definir prazos, condições, lugar e forma de cumprimento, ainda que se utilize o termo transação” (Rodrigues, 2006, p.236)

O que essa linha de argumentação leva a concluir é que, existindo já expressa autorização legislativa para a utilização da negociação quanto à forma de cumprimento dos deveres jurídicos correspondentes aos direitos de natureza transindividual, a qual foi formulada e vem de fato funcionando como resposta aos anseios por uma tutela coletiva mais eficaz, evidente que não há que se objetar quanto à possibilidade de resolução destes mesmos conflitos pela vida da mediação.

A utilização da mediação nesta seara, aliás, se faz com ganho de qualidade, como observa com propriedade Waral (2001, p. 88):

Em termos de autonomia, cidadania, democracia e direitos humanos, a mediação pode ser vista como a sua melhor forma de realização. As práticas sociais de mediação configuram-se em um instrumento de exercício de cidadania, na medida em que educam, facilitam e ajudam a produzir diferenças e a realizar tomadas de decisões (...). Falar de autonomia, de democracia e de cidadania, em um certo sentido, é ocupar-se da capacidade das pessoas para se autodeterminarem-se em relação com os outros; a autodeterminarem-se na produção da diferença (produção do tempo com o outro).

Em realidade, a mediação revela-se como método ideal para lidar com conflitos complexos e multifacetados, dado seu potencial de ligar com as camadas a eles subjacentes e de trabalhar com múltiplos interesses e necessidades, harmonizando-os e buscando compensações e soluções criativas que maximizem a proteção do com junto, tanto do ponto de vista objetivo (dos diversos interesses em jogo) quanto sob o prisma subjetivo (dos diferentes sujeitos afetados pelo conflito).

Finalizando este tópico, resta observar que o acordo advindo da Mediação Judicial, para que se torne um título executivo judicial, igualmente deverá ser levado à homologação pelo juiz, o qual “é, sempre, o fiscal derradeiro da correção da composição alcançada consensualmente no curso de uma ação civil pública” (GAVRONSKI, 2015, p. 50), eis que estão sob sua jurisdição a interpretação do direito para o caso concreto e as medidas necessárias à efetividade desse direito.

4. Entrevista pessoal realizada, no dia 09/09/2016, perante o Professor e Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Humberto Dalla Bernardina de Pinho.

Desfrutando da honra na obtenção dessa entrevista junto a um grande jurista e pensador sobre o tema ora em questão, passa-se à transcrição de algumas de suas respostas às seguintes perguntas.

4.1. Perguntado sobre o cabimento da realização de Mediação no Termo de Ajustamento de Conduta, o entrevistado respondeu:

Eu acho que é cabível, sim, a Mediação no TAC e isso pode acontecer em diversas hipóteses. Eu acho que ela é cabível no TAC antes da ação civil pública, que é o TAC extrajudicial, no curso do inquérito civil, ela é cabível no TAC incidental a uma ação civil pública, que vai levar a uma provável homologação pelo juiz, e ela eventualmente seria cabível ainda no TAC depois da sentença, durante a execução...nas três hipóteses. Caso o processo esteja no Tribunal, me parece que também é possível que essa diligência seja determinada pelo Relator do processo, e a gente inseriria isso dentro de um daqueles poderes monocráticos do Relator lá no 932 do Novo CPC. (...)

Caso a matéria já esteja judicializada, eu acho que o ideal seria convocar uma audiência pública e dentro desta audiência pública começar um

procedimento de conciliação ou de mediação. Na verdade aí, o que você vai ter, não é tecnicamente uma mediação, você vai ter uma atividade híbrida, vai ser meio conciliação, meio mediação, vai ser uma negociação, na verdade, a gente vai estar num terreno muito cinzento, entre uma negociação e uma, na verdade, uma conciliação, dificilmente acho que seria tecnicamente uma mediação nesse caso. Mas eu acho que sim, que é cabível, é cabível mesmo depois da sentença, obviamente a gente tem que respeitar os pontos que transitaram em julgado, mas as partes têm um limite para consensuar mesmo no trânsito em julgado, mesmo na fase executória, e acho que isso é uma forma da gente também democratizar o processo, já que a tutela coletiva diz respeito a um interesse público que pertence à coletividade, nada melhor do que abrir uma audiência pública e deixar que as pessoas se manifestem, pra que esse acordo possa estar o mais próximo possível do interesse daquela coletividade.

4.2. Perguntado sobre a possibilidade de aplicação da forma da Mediação em uma ação civil pública, em que um terceiro se propõe a mediar os interesses das partes, dentre elas o Ministério Público, o entrevistado respondeu:

Eu acho que sim. Algumas Câmaras têm feito isso, e elas estão, nestas hipóteses, chamando normalmente profissionais aposentados que tiveram uma expertise muito grande nessa área (...)

De repente, em uma questão ambiental muito delicada, você convoca alguém que foi o Secretário Estadual do Meio Ambiente, que tem uma experiência em gestão pública, ou faz um painel de dois ou três mediadores, por que não? Chama um Desembargador aposentado, um MP aposentado e um Secretário Municipal aposentado, que não esteja mais nas suas atribuições, e faz um painel de mediação, que aí você vai ter os três lados conduzindo aquilo. Aí você tem algumas variáveis que eu acho que podem acontecer. Eu gosto muito, nesse aspecto, do Direito Norte-Americano, que eu acho que ele é muito pragmático. O Direito Norte-Americano tem uma regra que vai dizer o seguinte: nesses casos, tem que ter uma audiência pública, obrigatoriamente, e tem que ter homologação judicial. Só tem acordo se houver homologação judicial. Porque a audiência pública permite que a comunidade fale e a homologação judicial coloca o filtro do controle de legalidade e de razoabilidade em cima daquele acordo que vai ser feito, porque eventualmente aquele acordo pode ser bom pra comunidade, mas pode não ser razoável dentro do interesse público, e o juiz é o sujeito que vai fazer esse tipo de controle. Então, eu acho que seria interessante eventualmente o Relator suspende o processo, chama uma audiência pública, nessa audiência pública propõe-se a Mediação e aí apresenta-se um rol eventualmente de profissionais com muita experiência, com muita tarimba, que poderiam conduzir aquilo. Eu acho que, num caso como esse, nem o Desembargador Relator deva ser o Mediador, nem o Ministério Público deva ser o Mediador, e muito menos um representante do Estado deva ser o Mediador, porque o Mediador requer um equidistância, requer uma neutralidade para aquilo. Então, eu acho que nesses casos, o ideal é pegar alguém aposentado, mas que tenha uma expertise, um reconhecimento, uma confiança dentro daquela área, talvez esse seja o profissional ideal para fazer aquilo.

4.3. Perguntado sobre os limites da Mediação em direito ambiental, o entrevistado respondeu:

O direito ambiental é o mais delicado de todos porque, se você voltar para o artigo 3º, ele prevê três tipos de direito, ele fala em direito disponível, ele fala no indisponível transacionável e aí ele fala no indisponível não transacionável. Então, existe muita discussão hoje na doutrina sobre como diferenciar de maneira nítida o indisponível transacionável do indisponível não transacionável. Eu tenho sustentado o seguinte: como regra, agora, todo o indisponível é transacionável, salvo se: 1) tiver uma norma legal proibindo o acordo, como por exemplo, a adoção...; 2) no caso da tutela coletiva, existem dois pontos sensíveis, um, improbidade administrativa (...), e o direito ambiental, porque dentro daquele espectro do direito transindividual, eu acho que o direito individual homogêneo é sempre disponível, o direito coletivo é indisponível transacionável e o direito difuso tende a ser indisponível não transacionável, mas isso não é pacífico ainda. Então eu diria que talvez, no direito difuso, a gente voltaria para a mesma restrição do TAC, eu não posso fazer transação sobre o fundo do direito e somente quanto à forma e o prazo do cumprimento da obrigação.

4.4. Perguntado sobre a semelhança entre a Mediação e o Termo de Ajustamento de Conduta, e a possibilidade de o momento processual em que ela é proposta ser utilizado para se chegar a um TAC, o entrevistado respondeu:

A mediação necessariamente não leva ao TAC, eu diria que hoje, na realidade brasileira, 99% dos casos a Mediação coletiva vai levar ao TAC, mas ela pode levar a outras figuras híbridas que não estão expressamente previstas no direito brasileiro, mas que já são uma realidade no direito estrangeiro. Uma discussão que está começando a aflorar agora e que eu acho que pro direito ambiental é fundamental, é a figura do *Dispute Boards* do direito norte-americano. Na Jornada de Prevenção de Conflitos que o Min. Salomão fez em Brasília, em agosto, nós já aprovamos três enunciados sobre a figura dos *Dispute Boards*, que é um Conselho de Especialistas, um conselho de pessoas que vêm de diversas organizações...e esse Conselho acompanha e monitora a gestão e a execução daquela obra ou daquele empreendimento. Então, qualquer questão que surja durante aquele momento, ela primeiro vai para o *Dispute Boards* e ela só vai para o Judiciário se o *Dispute Board* não resolver amigavelmente. Com isso, você primeiro cria uma instância de comunicação, você aflora o nível de comunicação, depois você cria uma instância deliberativa democrática, e, terceiro, você filtra, quer dizer que, só vai para o Judiciário aquilo que efetivamente aquelas pessoas, que são os maiores especialistas, não conseguiram resolver... A ideia do *dispute Board* é que ele anteceda, e na maioria dos casos evite o processo judicial, mas nada impede que ele seja um comitê de assessoramento do Juiz ou do Relator num caso mais complicado que já esteja em andamento no Judiciário. Então, eventualmente, essa Mediação poderia redundar também pela instalação de um *Dispute Board*, enquanto os efeitos, enquanto as consequências daquela lesão ao meio ambiente estiverem se produzindo.

5. Estudo de caso concreto. Mediação obtida em ação civil pública envolvendo direito ambiental difuso.

Nos autos do processo nº 0218928-66.2007.8.19.0001, em trâmite no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, foi realizada, em segunda instância, a Mediação no curso da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público em face do Estado do Rio de Janeiro e da CEDAE, em que se pretendia a condenação dos réus à apresentação de cronograma físico, com prazo de execução não superior a dois anos, de todas as obras contempladas no Programa de Despoluição da Baía de Guanabara ainda não realizadas.

A sentença recorrida julgou extinto o feito, com fulcro no art. 267, VI, do CPC/73, dando azo à interposição do recurso de apelação cível pelo Ministério Público.

Aberta conclusão para o Relator do processo, foi proferido, em 03/06/2013, despacho determinando o encaminhamento dos autos ao Setor de Mediação da 2ª instância, diante da possibilidade da solução consensual do litígio.

Foi, então, elaborado, junto ao Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, o Termo de Entendimento em Mediação, firmado pelo Ministério Público Estadual, pelo Estado do Rio de Janeiro e pela Cedae.

Em seguida, foi homologado judicialmente o acordo, tornando-o título judicial, e julgado extinto o feito, com resolução do mérito, na forma do art. 269, III, do CPC.

Atualmente, o processo encontra-se em fase de execução do título judicial, em razão de suposto descumprimento de algumas das obrigações de fazer entabuladas no Termo de Mediação.

Conclusão:

Embora não se tenha a pretensão no presente trabalho de esgotar os estudos sobre a aplicação das técnicas da Mediação e do Termo de Ajustamento de Conduta em conflitos ambientais judicializados por meio da ação civil pública, a pesquisa realizada sinaliza

positivamente para a possibilidade de autocomposição nas questões ambientais de direito difuso, limitada, porém, à definição de “prazos, condições, lugar e forma de cumprimento” (RODRIGUES, 2011, p. 214) das obrigações lá entabuladas, a fim de que, no tempo, sejam extintas ou eventualmente reduzidas ou compensadas as lesões causadas a esse direito transindividual, e sejam pacificados os conflitos ambientais e sociais delas decorrente, pois, uma vez cumpridos os termos do acordo, toda a coletividade será beneficiada, eis que lhe será garantido o exercício do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado previsto no artigo 225, da Constituição da República.

Referências:

AHMED, Flavio. **Direitos Culturais e Cidadania Ambiental no Cotidiano das Cidades**. Flavio Ahmed. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014.

AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. **Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental**. Fernando Reverendo Vidal Akaoui. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. Paulo de Bessa Antunes. 11ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

BRASIL, República Federativa do. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. ADCT e Emendas Constitucionais**.

BRASIL, República Federativa do. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil**.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação civil pública: comentários por artigo (Lei nº 7.347, de 24/7/85)**. José dos Santos Carvalho Filho. 7ª ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

FREITAS, Gilberto Passos de; AHMED, Flavio. **A Mediação na Resolução de Conflitos Ambientais**. Gilberto Passos de Freitas, Flavio Ahmed. *In*: Revista da OAB/RJ, no prelo.

FREITAS, Vladimir Passos de Freitas; FREITAS, Mariana Almeida Passos de Freitas. **A complexidade das ações civis públicas envolvendo meio ambiente e populações vulneráveis**. *In*: MILARÉ, Édís (cord.). Ação Civil Pública após 30 anos. Coord. Edis Milaré. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Autocomposição na ação civil pública**. *In*: MILARÉ, Édís (cord.). Ação Civil Pública após 30 anos. Coord. Edis Milaré. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

JACCOUD, Cristiane. Notas de aula da disciplina “Processo Civil Ambiental 1” ministrada no Curso de Pós Graduação em Direito Ambiental da Escola de Administração Judiciária do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. ESAJ: Rio de Janeiro, 2015 (publicação restrita).

LEONEL, Ricardo de Barros. **A complexidade das ações civis públicas envolvendo meio ambiente e populações vulneráveis**. *In*: MILARÉ, Édís (cord.). Ação Civil Pública após 30 anos. Coord. Edis Milaré. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz Arenhart; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NERY, Ana Luiza de Andrade. **Compromisso de Ajustamento de Conduta: teoria e análise de casos práticos**. Ana Luiza de Andrade Nery. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. **Primeiras reflexões sobre os impactos do novo CPC e da Lei de Mediação no compromisso de ajustamento de conduta.** Humberto Dalla Bernardina de Pinho, Ludmilla Camacho Duarte. *In: Revista de Processo: RePro, São Paulo, v. 41, n. 256, p. 371-409, jun. 2016.*

RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática.** Geisa de Assis Rodrigues. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.