

MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM ADMINISTRATIVA E DIREITO DO AMBIENTE: QUALQUER SEMELHANÇA É MERA COINCIDÊNCIA?*

Carla Amado Gomes**

SUMÁRIO

- 0. Pré-compreensões necessárias sobre a natureza do interesse “ambiente”
- 1. Arbitragem administrativa em litígios ambientais: uma solução tendencialmente inviável
- 2. Mediação em questões ambientais: uma hipótese viável?
 - 2.1. Mediação no âmbito da Lei 29/2013, de 19 de Abril
 - 2.2. “Mediação” e participação pública
 - 2.3. Provedor de Justiça e mediação em questões ambientais
 - 2.4. Mediação penal ambiental: uma via a explorar
 - 2.5. Mediação em questões ambientais: uma hipótese supérflua?

0. PRÉ-COMPREENSÕES NECESSÁRIAS SOBRE A NATUREZA DO INTERESSE “AMBIENTE”

Associar mediação, arbitragem e ambiente, parece óbvio. Porque se trata de vias extrajudiciais de resolução de litígios¹ que contornam a já clássica

* Este texto foi escrito para integrar o *Liber Amicorum* do Senhor Juiz Conselheiro Simas Santos.

** Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Investigadora do Centro de Investigação de Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

¹ Concordamos com a proposta de Cátia Marques Cebola, louvando-se em Carl Moore, que prefere a expressão meios *extrajudiciais* à expressão meios *alternativos*, na medida em que estas vias “não visam anular o sistema judicial e que deverão ser apresentados às partes como opcionais e não obrigatórios” – Cátia MARQUES CEBOLA, *A Mediação Pré-judicial em Portugal: análise do novo regime jurídico* [2009], disponível em http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=31632&idsc=112472&ida=112747 – ponto 1.

morosidade judicial, porque se valem de metodologias de composição mais flexíveis, porque se pautam por uma maior informalidade, enfim, porque são voluntárias². A sensibilização crescente para as questões da protecção do ambiente, da preservação da qualidade dos componentes ambientais naturais, da estreita associação entre ambiente, saúde e qualidade de vida, incrementam a litigiosidade ambiental; daí que a opção por caminhos diversos das exauridas vias judiciais suscite, *prima facie*, alguma expectativa.

Com efeito, é muito comum, sobretudo nos manuais de Direito do Ambiente de autores norte-americanos, a referência à resolução extrajudicial de litígios ambientais, sob a forma da *Environmental Conflict Resolution*, a qual constitui uma variante da *Alternative Dispute Resolution*, movimento que tem ganhado força nas últimas décadas, em virtude da crescente inércia do sistema judicial³. Esta modalidade inclui vários desdobramentos, que vão desde a negociação informal à mediação, passando pela conciliação até à arbitragem⁴.

No entanto, e apesar das reconhecidas vantagens da maior flexibilização e celeridade induzida por estes métodos, por um lado, a natureza metaindividual dos interesses em jogo pode levar a questionar a possibilidade do recurso à arbitragem, pelo menos sempre que se preveja a hipótese de julgamento segundo regras de equidade (entre outros escolhos) e, por outro lado, a existência de diversas metodologias de concertação no domínio do Direito do Ambiente pode relegar para plano longínquo a via da mediação.

² Descartamos aqui os casos de arbitragem necessária, como, por exemplo, o previsto no artigo 38º/1 do Código das Expropriações (Lei 168/99, de 18 de Setembro, com última versão dada pela Lei 56/2008, de 4 de Setembro).

³ Para uma visão sobre o sistema norte-americano, *Environmental Dispute Resolution: An anthology of practical solutions*, coord. de Ann L. MacNaughton e Jay G. Martin, New York, 2002; e James CAPLAN, *The theory and principles of Environmental Dispute Resolution*, Washington, D.C., 2010 [também com referências ao direito comparado]. No plano europeu, veja-se *Résolution extrajudiciaire des litiges en droit de l'environnement/Non-judicial resolution of disputes in environmental law*, coord. de Mary Sancy, Conseil européen du Droit de l'Environnement, Série Bleue/Blue Series, vol. 2, 2001. E no Direito brasileiro, Fernanda Aparecida GARCIA ASSUMPTÃO, *O método técnico-jurídico na resolução dos conflitos socioambientais*, Belo Horizonte, 2012.

⁴ Sobre a delimitação do âmbito destas figuras, vejam-se Mariana FRANÇA GOUVEIA, *Meios de Resolução Alternativa de Litígios: Negociação, Mediação e Julgados de Paz*, in *Estudos Comemorativos dos 10 Anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, II, Coimbra, 2008, pp. 727-758, e Dário MOURA VICENTE, *A directiva sobre a mediação em matéria civil e comercial e a sua transposição para ordem jurídica portuguesa*, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, III, Coimbra, 2010, pp. 99 segs, 100-103.

Deve aqui introduzir-se, desde já, a precisão de que, para nós, *ambiente* equivale a um interesse de fruição colectiva de componentes ambientais naturais⁵ (cfr. o artigo 10º da Lei 19/2014, de 14 de Abril = LBA), cuja protecção e promoção está entregue primordialmente ao Estado mas com a participação de todos, entidades privadas e públicas, singulares e colectivas, nos termos da Lei Fundamental (artigos 66º/2 da Constituição da República Portuguesa = CRP; 2º/2 e 8º da LBA). Ou seja, trata-se de um interesse individualmente indisponível, regulado em larga medida por normas cujo desrespeito implica a nulidade (logo, de carácter imperativo) e cuja tutela reclama sempre a protecção mais elevada (cfr. os artigos 193 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, 37 da Carta Europeia dos Direitos Fundamentais, e 2º, 4º/a) e 13º da LBA) – salvo necessidade de ponderação de outros interesses que se revelem contextualmente superiores.

Estas características do interesse ambiental *stricto sensu*, como *objecto* – que assim se afasta do interesse ambiental em sentido amplo, enquanto *contexto*⁶ – colocam dúvidas sobre a compatibilização da resolução extra-judicial de litígios quer com a arbitragem, quer com a mediação. Na primeira situação, e a título principal, porque esta dimensão metaindividual do interesse e a necessidade de protecção mais elevada casam mal com o âmbito de arbitrabilidade, sempre que se abrir a possibilidade de o tribunal não aplicar o Direito estrito, derivando para a equidade (cfr. o artigo 39º da Lei 63/2011, de 14 de Dezembro, Lei da arbitragem voluntária = LAV⁷). No segundo caso, porque, apesar de a mediabilidade não ser incompatível com a metaindividualidade do interesse, a utilidade do meio é discutível em face de vias paralelas.

Colocando-nos especificamente sob a égide do Direito Administrativo, devemos ainda considerar a falta de menção do domínio do Ambiente, no elenco dos domínios “arbitráveis” previstos nos artigos 180º e 187º do CPTA – ao contrário do que sucede relativamente ao Urbanismo. Talvez porque aí os conflitos são maioritariamente decorrentes de relações de vizinhança, titula-

⁵ Para mais desenvolvimentos, veja-se Carla AMADO GOMES, *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente*, Coimbra, 2007, pp. 168-180; *idem*, *Os bens ambientais como bens colectivos*, in *Bem comum: Público ou Privado*, org. de João Pato, Luísa Schmidt e Maria Eduarda Gonçalves, Lisboa, 2013, pp. 189 segs.

⁶ José Joaquim GOMES CANOTILHO, *Procedimento administrativo e defesa do ambiente*, in *RLJ*, n.º 3794 segs, n.º 3799, p. 290.

⁷ Sobre a LAV, veja-se Armindo RIBEIRO MENDES, *A nova Lei da Arbitragem Voluntária*, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, n.º 5, 2012, pp. 17 segs.

dos por direitos subjectivos individualizados ou homogéneos – ao contrário do Ambiente em sentido estrito, âmbito no qual se travam razões em torno de interesses difusos⁸. É certo que a falta de inscrição no CPTA não é impeditivo dirimente, porque a lei pode criar, avulsamente, centros de arbitragem em matéria ambiental – e, em razão da indefinição do objecto “ambiente”, poderia até duvidar-se da correcção da inscrição de tal permissão num diploma de cariz juspúblico. Porém, no que concerne particularmente à arbitragem administrativa, a exclusão de questões relacionadas com a validade dos actos administrativos da jurisdição arbitral pode acrescer às razões de inviabilidade, por estarmos num domínio de *permissão sob reserva de permissão* – logo, estando em causa actividades exercidas ao abrigo de actos autorizativos [prévios]. Vejamos mais de perto.

1. ARBITRAGEM ADMINISTRATIVA EM LITÍGIOS AMBIENTAIS: UMA SOLUÇÃO TENDENCIALMENTE INVIÁVEL

A LAV é de aplicação genérica, nada referindo, portanto, sobre os âmbitos materiais da arbitragem. Do artigo 1º/1 e 2 da LAV resultam dois limites negativos à arbitragem voluntária: a não exclusividade de jurisdição dos tribunais do Estado ou de tribunais arbitrais necessários; a natureza transaccional dos interesses. Do mesmo preceito, no seu n.º 5, consta uma previsão da possibilidade de Estado e demais pessoas colectivas públicas realizarem convenções de arbitragem, desde que para tanto estejam autorizados por lei⁹.

⁸ Sendo certo que as tangentes com grandezas metaindividuais como a estética das povoações, a qualidade arquitectónica ou mesmo a segurança podem fazer infiltrar no Direito do Urbanismo problemas de idêntica natureza.

⁹ Sobre a arbitragem administrativa, vejam-se João CAUPERS, *A arbitragem nos litígios entre a Administração Pública e os particulares*, in CJA, n.º 18, 1999, pp. 3 segs; *idem*, *A arbitragem na nova justiça administrativa*, in CJA, n.º 34, 2002, pp. 65 segs; Mário AROSO DE ALMEIDA, *A arbitragem no Direito Administrativo português*, in *La contratación pública en el horizonte de la integración europea*, V Congreso Luso-Hispano de profesores de Derecho Administrativo, Madrid, 2004, pp. 95 segs; *idem*, *Sobre o âmbito das matérias passíveis de arbitragem de Direito Administrativo em Portugal*, in *Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles*, II, Coimbra, 2012, pp. 7 segs; Ana PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Arbitragem de litígios com entes públicos*, Coimbra, 2007, max. pp. 45 segs; Isabel Celeste FONSECA, *A arbitragem administrativa: uma realidade com futuro?*, in *A arbitragem administrativa e tributária*, coord. de Isabel Celeste Fonseca, Coimbra, 2012, pp. 61 segs.

Tal lei é, desde 2004, o CPTA, mais concretamente o seu artigo 180^o¹⁰, do qual resultam limites de duas ordens: materiais e funcionais.

Limites materiais, por um lado, em termos de domínios jurídicos (ou seja, de Direito Administrativo especial) de utilização da arbitragem, que se prendem, sobretudo, com uma análise do panorama das áreas de maior litigiosidade. Assim, são arbitráveis os litígios emergentes de relações de emprego público, desde que não envolvam direitos indisponíveis ou acidentes e doenças profissionais, conforme dispõe o artigo 180^o/1/d). Julgamos que devem ser também compreendidos nos domínios passíveis de arbitragem aqueles a que se refere o artigo 187^o do CPTA e aos quais o artigo 180^o/1 não alude, a saber, litígios emergentes da aplicação de normas de Direito da Segurança Social e de Direito do Urbanismo [artigo 187^o/1/d) e e)]. Isto para além de outros domínios introduzidos através de lei especial¹¹.

Limites funcionais, por outro lado, em razão do tipo de relação jurídica administrativa. Aqui se contemplam os clássicos domínios dos contratos e da responsabilidade civil extracontratual por facto da função administrativa¹² (inclusive, sobre o direito de regresso), aqueles que integravam o chamado *contencioso de plena jurisdição* no quadro anterior ao CPTA, caracterizados pela ausência de poderes de autoridade e pela disponibilidade dos direitos em jogo¹³. Além disso, o CPTA aditou a arbitrabilidade de questões relacionadas com a revogação de actos administrativos com base em fundamentos de oportunidade¹⁴. Acresce o disposto no artigo 180^o/2, que coloca reservas à

¹⁰ Neste sentido, Mário AROSO DE ALMEIDA e Carlos CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, Coimbra, 2005, p. 882.

¹¹ Por exemplo, no domínio da arbitragem tributária, o DL 10/2011, de 20 de Janeiro.

¹² A arbitrabilidade está excluída no tocante às acções de efectivação da responsabilidade por factos da função jurisdicional e legislativa (e política, depreende-se igualmente).

¹³ Cumpre sublinhar, acompanhando Ana PERESTRELO DE OLIVEIRA (*Arbitragem...*, cit., pp. 70-73), que “o critério da disponibilidade sobre a situação jurídica controvertida não decorre da natureza da arbitragem”, antes se prendendo à possibilidade de os árbitros julgarem segundo a equidade – ou seja, a um número circunscrito de arbitragens. Segundo a autora, o critério da indisponibilidade do direito prende-se à menor confiança que, na prática, os tribunais arbitrais merecem em face da justiça estatal.

¹⁴ Mário AROSO DE ALMEIDA e Carlos CADILHA (*Comentário...*, cit., p. 887) defendem que a alínea c) do n.º 1 do artigo 180^o abre também a possibilidade de arbitragem de validade em relação à revogação de actos precários (ou não constitutivos de direitos), na medida em que estes actos podem ser revogados sem fundamento na sua invalidade. Mário AROSO DE ALMEIDA vai mesmo mais longe, admitindo a possibilidade de controlo de validade dos actos administrativos, em geral – *Sobre o âmbito...*, cit., pp. 12-24. Neste sentido, também Rui MEDEIROS (*Arbi-*

arbitrabilidade de litígios em que existam contra-interessados, salvo se estes [devidamente pré-identificados] aceitarem o compromisso arbitral¹⁵.

No que aqui directamente releva, tendo em consideração que:

- nos litígios ambientais em sentido estrito estão em causa interesses metaindividuais; no âmbito de relações multilaterais (que envolvem: entidades que tutelam o interesse público ambiente; associações e cidadãos que pugnam pela sua defesa com base numa legitimidade cívica; actores que desenvolvem actividades potencialmente lesivas da qualidade dos componentes ambientais naturais – e da saúde); cuja defesa é tendencialmente altruísta; que acarreta normalmente a apreciação da validade de actos autorizativos;

tragem necessária e Constituição, 2013, p. 17-18, texto disponível em http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/jmm_MA_22901.pdf], afirmando que, “como o exemplo do regime jurídico da arbitragem institucionalizada em matéria tributária evidencia, há um amplo espaço para a previsão por lei do recurso à arbitragem mesmo quando estão em causa relações jurídicas administrativas (em sentido amplo) que envolvam o exercício de poderes de autoridade. A própria fungibilidade funcional entre contrato – domínio em que tradicionalmente se admite o recurso à arbitragem administrativa – e ato, crescentemente admitida, favorece o alargamento do âmbito da arbitragem nestes domínios”.

Ressalte-se que o Anteprojecto de revisão do CPTA contempla a possibilidade de arbitragem sobre validade de actos administrativos, no novo artigo 180º/1/c) – hipótese da qual nos destacamos, tendo em consideração a possibilidade de afastamento do Direito estrito e recurso à equidade detida pelos tribunais arbitrais, nos termos da LAV – cfr. Carla AMADO GOMES, *Uma acção chamada... acção: apontamento sobre a reductio ad unum (?) promovida pelo anteprojecto de revisão do CPTA (e alguns outros detalhes)*, in *E-publica*, n.º 2, 2014, ponto 1 – disponível em <http://e-publica.pt/cpta.html>. Manifestando idêntica preocupação pelo mesmo motivo, José Manuel SÉRVULO CORREIA, *Direito do Contencioso Administrativo*, I, Lisboa, 2005, p. 688, onde escreve que os limites à arbitrabilidade em sede de contencioso de validade dos actos administrativos poderiam ser minorados se: i) o recurso à equidade fosse vedado; ii) o legislador proibisse a renúncia ao recurso da decisão e, iii) o Ministério Público fosse notificado das decisões arbitrais anulatórias para efeitos de recurso, caso entendesse haver indícios de degradação da legalidade. Leiam-se ainda as reflexões de Suzana TAVARES DA SILVA, *Alargamento da jurisdição dos tribunais arbitrais, in O anteprojecto de revisão do Código de Processo nos Tribunais Administrativos e do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais em debate*, coord. de Carla Amado Gomes, Ana Neves e Tiago Serrão, Lisboa, 2014, pp. 401 segs, esp. 410-417.

Apoiando a solução expansionista da reforma, Domingos SOARES FARINHO, *O alargamento da jurisdição dos tribunais arbitrais, in O anteprojecto de revisão do Código de Processo nos Tribunais Administrativos e do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais em debate*, coord. de Carla Amado Gomes, Ana Neves e Tiago Serrão, Lisboa, 2014, pp. 421 segs, 426.

¹⁵ Desenvolvidamente sobre os problemas levantados pela existência de contra-interessados quer no momento constitutivo do tribunal arbitral, quer no decurso do processo, veja-se Ana PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Arbitragem...*, cit., pp. 75-79.

– os tribunais arbitrais não estão preparados para lidar com relações que envolvem um número muito alargado de sujeitos, nomeadamente mais alargado do que o conjunto de sujeitos que pedem a constituição do tribunal arbitral; que os custos podem ser altos, concretamente em razão dos honorários dos árbitros, e os valores em jogo, do ponto de vista patrimonial, serão tendencialmente reduzidos; que as partes podem determinar o julgamento segundo regras de equidade, o que pode implicar o afastamento de normas de protecção ambiental, em regra [quando impositivas] imperativas enquanto sustentáculo de interesses colectivos individualmente indisponíveis e comunitariamente vitais – logo, de aplicação não transaccionável¹⁶; que os actores populares [associativos ou outros] perdem no tribunal arbitral os favores que a Lei 83/95, de 31 de Agosto, prevê (em especial, no tocante à isenção de taxa de justiça inicial e de custas: cfr. o artigo 20º)¹⁷,

por tudo isto, enfim, parece-nos tendencialmente inviável, por razões práticas e jurídicas, e no quadro legislativo actual, a arbitrabilidade de litígios ambientais *stricto sensu*.

Hesitamos, no entanto, em dar uma resposta absolutamente excludente da arbitragem em Direito do Ambiente sempre que:

– não houver julgamento segundo a equidade mas sim de acordo com o Direito estrito (facto que afasta o risco de preterição ou degradação de normas imperativas e admite a possibilidade de correcção da decisão em via de recurso para o Tribunal Central Administrativo¹⁸);

¹⁶ Neste sentido, Silvia CAPPELLI, *Acesso à justiça, à informação e à participação popular em temas ambientais no Brasil*, in *Aspectos processuais do Direito Ambiental*, org. de José Rubens Morato Leite e Marcelo Buzaglo Dantas, 3.ª ed., Rio de Janeiro, 2010, pp. 279 segs, 309.

¹⁷ Relativamente às associações não governamentais do ambiente vale o disposto no artigo 11º/2 da Lei 35/98, de 18 de Julho: isenção total do pagamento de taxa de justiça inicial e de custas processuais.

¹⁸ Criticando a possibilidade de recurso das decisões arbitrais, considerando-a “desajustada na prática dominante nos países da União Europeia” e fragilizante da arbitragem em face da justiça comum, Agostinho PEREIRA DE MIRANDA e Célia FERREIRA MATIAS, *Regresso ao futuro: apontamentos sobre a história da arbitragem*, in *Revista Internacional de arbitragem e mediação*, 2008, pp. 23 segs, esp. 33-35. O recurso de sentenças arbitrais terá surgido com as Ordenações Afonsinas, reiterada nas Ordenações Manuelinas e Filipinas e pela primeira vez consagrada num Código de Processo Civil em 1876 [embora com admissibilidade de renúncia ao recurso].

- não estiver em causa a validade de um acto administrativo mas antes, e por exemplo, a inibição da sua prática em nome da preservação de valores ambientais ou a condenação em operações materiais de prevenção¹⁹;
- houver forma de garantir a representação processual expressiva do interesse ambiental, nomeadamente através da publicitação alargada da demanda arbitral e do tipo de sujeitos que a promovem (preferencialmente, ONGAs de âmbito nacional).

Esta hesitação é sobretudo válida para a arbitragem desenvolvida em centro de arbitragem a criar²⁰ – porque o recurso a estes centros é substancialmente mais barato do que a constituição de um tribunal arbitral (tendo sobretudo em consideração a despesa com os honorários dos árbitros), e porque os meios logísticos e administrativos disponíveis são presumivelmente em maior quantidade e especificidade.

Esta nossa hesitação desaparece, contudo, relativamente a hipóteses de dano ecológico, ou seja, de ocorrência de uma alteração adversa significativa mensurável sobre um componente ambiental natural, nos termos do DL 147/2008, de 29 de Julho²¹, e da sua reparação. Nestes casos, e apesar de aparentemente se tratar de situações expressamente admitidas no artigo 180º do CPTA (responsabilidade civil extracontratual)²² – quando a lesão tiver

¹⁹ Cátia MARQUES CEBOLA (*A arbitragem no contexto ambiental e urbanístico*, in *A arbitragem administrativa e tributária*, coord. de Isabel Celeste Fonseca, Coimbra, 2012, pp. 13 segs, 26), apesar da abertura manifestada à mediação e arbitragem, não deixa de frisar que estas estão excluídas sempre que se tratar de anular um acto administrativo ou "de declarar a ilegalidade de uma dada actividade".

²⁰ Actualmente, existe o CAAD – Centro de Arbitragem Administrativa –, criado pelo Despacho 5097/2009, de 12 de Fevereiro, que se ocupa de litígios relativos a contratos administrativos e funcionalismo público (além de realizar arbitragem e matéria tributária, possibilidade aberta pelo DL 10/2010, de 20 de Janeiro), estando em funcionamento desde 21 de Fevereiro de 2010. O seu Regulamento encontra-se disponível em <http://www.caad.org.pt/userfiles/file/CAAD%20-%20Regulamento%20NOVO%20-%202010-06-22.pdf>

²¹ Sobre o regime e o conceito, veja-se Carla AMADO GOMES, *De que falamos quando falamos de dano ambiental? Direito, mentiras e crítica*, in *Actas do Colóquio A responsabilidade Civil por dano ambiental*, e-book disponível no site <http://www.icjp.pt/publicacoes>, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 18, 19 e 20 de Novembro de 2009, Lisboa, 2010, pp. 153 segs; *idem*, *Introdução ao Direito do Ambiente*, 2.ª ed., Lisboa, 2014, pp. 248-265.

²² Admitindo que os casos de responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas por dano ecológico são arbitráveis com base na alínea b) do n.º 1 do artigo 180º do CPTA, Cátia MARQUES CEBOLA, *A arbitragem...*, cit., p. 33.

por agente uma entidade pública, sublinhe-se, a via não deverá ser a jurisdicional, seja ela arbitral ou preconizada pelos tribunais administrativos (ou comuns, no caso de o dano ter por fonte entidades privadas). Isto porque o DL 147/2008 tem por objectivo desjudicializar o procedimento de reparação do dano ecológico, colocando-o preferencialmente em sede intra-administrativa (cfr. o artigo 16º do diploma), atendendo à complexidade das situações e à necessidade de actuação tão célere quanto possível²³.

A verdade é que, se a intenção é desafogar os tribunais, por um lado, e permitir uma maior especialização, por outro lado, uma solução alternativa que nos parece (mais) interessante seria a de criar, à semelhança do que sucede na Bélgica ou na Dinamarca, uma instância administrativa especializada à qual os particulares podem – não devem – recorrer em sede ambiental antes de sindicarem a actuação ou omissão pública nos tribunais. Das decisões do *Collège de l'Environnement* belga (constituído por cinco peritos independentes e presidido por um juiz) cabe recurso para o Governo regional e daí para o *Conseil d'État*, podendo o *Collège* avaliar do mérito e da legalidade da causa sem intervenção de advogado²⁴; das decisões do *Nature and Environment Appeals Board* dinamarquês, que podem anular ou substituir o acto sindicado, cabe igualmente recurso para os tribunais, tendo este órgão duas composições possíveis, consoante a especificidade de protecção ambiental em jogo (uma configuração geral, com um juiz presidente, dois conselheiros do Supremo Tribunal e sete membros designados pelo Parlamento – para casos de revisão de planos e protecção da natureza; uma configuração especial, com um juiz presidente e um número variável de peritos (dois a quatro) – para casos de poluição e químicos)²⁵.

²³ Devemos, ainda assim, referenciar aqui as situações de dano ecológico que extravasam o âmbito subjectivo de aplicação do DL 147/2008 – nomeadamente, aquelas cuja fonte seja uma actividade “não ocupacional”, nos termos do artigo 2º/1 do diploma [isto caso se entenda que o conceito de dano ecológico vale por analogia para um âmbito subjectivo de aplicação diverso].

²⁴ Cfr. o relatório *Access to justice in environmental matters – Belgium*, disponível em https://e-justice.europa.eu/content_access_to_justice_in_environmental_matters-300-BE-en.do?clang=en

²⁵ Cfr. o relatório *Access to justice in environmental matters – Denmark*, disponível em <https://e-justice.europa.eu/resultManagement.do?stext=environment&itext=environment&sco=any&slang=any&spage=25&slmo=anytime&soption=c,n,a,&showPage=1&hval=6582a298caaa347a2e19d1833bceccd1> (Ponto II).

2. MEDIAÇÃO EM QUESTÕES AMBIENTAIS: UMA HIPÓTESE VIÁVEL?

A *mediação* caracteriza-se por ser uma metodologia de resolução de litígios, voluntária, independente de um processo judicial e por acarretar a intervenção de um terceiro neutral – o mediador –, que tem por missão disciplinar a discussão do problema em discussão e propor soluções de resolução vertidas num acordo²⁶.

2.1. MEDIAÇÃO NO ÂMBITO DA LEI 29/2013, DE 19 DE ABRIL

No Direito português, a mediação está actualmente disciplinada pela Lei 29/2013, de 19 de Abril [LM]. Este diploma tem diversos níveis de aplicação:

- mediação em qualquer domínio, “independentemente da natureza do litígio” (artigo 3º) – aplicação dos princípios gerais reunidos no Cap. II [artigos 3º a 9º]²⁷;
- mediação privada em matéria civil e comercial [Cap. III]²⁸, aqui se abrindo, por seu turno, duas possibilidades: a pré-judicial (que antecede a propositura de acção, suspendendo prazos de prescrição e caducidade, nos termos do artigo 13º da LM); e a mediação simples, que não precede necessariamente um litígio judicial. Neste âmbito de aplicação da LM, relativo aos litígios civis e comerciais²⁹, julgamos que ele não abrange a mediação ambiental em sentido estrito, por estarem aí em causa interesses metaindividuais de natureza pública;

²⁶ Para uma reflexão sobre as diferenças mas também as sinergias possíveis entre a mediação e a arbitragem, José Miguel JÚDICE, *Arbitragem e mediação: separadas à nascença?* in *Revista Internacional de arbitragem e mediação*, 2008, pp. 61 segs, *passim*.

²⁷ Podemos questionar-nos, todavia, se à mediação de controvérsias juspúblicas se aplicam idênticas restrições às que se verificam em sede de arbitragem, nomeadamente a que se prende com a tendencial impossibilidade de recurso a tribunal arbitral em litígios que envolvam contra-interessados (artigo 180º/2 do CPTA).

²⁸ Anotem-se os domínios excluídos da aplicação deste Cap. III: mediação familiar, laboral e penal – artigo 10º/2/a), b) e c). Para esta última, veja-se *infra* no texto, 2.4..

²⁹ Âmbito para que aponta idênticamente a directiva 2008/52/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Maio, relativa a certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial – cfr. o artigo 1º. Sobre a directiva, vejam-se Sonia RODRÍGUEZ LLAMAS, *La directiva 2008/52/CE, sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles*, in *Revista de Derecho patrimonial*, 2010/2, pp. 153 segs, e Dário MOURA VICENTE, *A directiva...*, *cit.*, pp. 105-111.

- mediação pública (Cap. V), em tudo o que não estiver regulado nos actos constitutivos dos sistemas públicos de mediação – artigos 32º segs da LM.

Descartada a aplicação do regime da mediação em sede ambiental estrita, resta a questão de saber se a metodologia básica da mediação e os princípios gerais inscritos no Cap. II da LM têm alguma valia para os litígios tipicamente ambientais. A lógica de gerar consensos e de promover a pacificação social subjacente à mediação prende-se inquestionavelmente com interesses metaindividuais do tipo dos interesses difusos³⁰. 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. Desse ponto de vista, as características do mediador enquanto terceiro independente e imparcial, a sua vocação de tratamento equitativo das partes e respectivos argumentos em debate, o seu compromisso de confidencialidade³¹, podem constituir motivos de adopção desta metodologia num momento *prévio* à publicitação deste tipo de empreendimentos.

A natureza metaindividual do macro-bem ambiente (componentes ambientais naturais e suas interacções) convida a uma abordagem abrangente, pulverizada pelos actores sociais – cidadãos, associações de defesa do ambiente, operadores económicos, autoridades públicas com competência de implementação da política de ambiente. Por isso, são traços identificativos dos procedimentos autorizativos os momentos de participação pública, mormente através de audiências públicas previamente anunciadas, no âmbito das quais se disponibiliza a informação relativa aos projectos em curso de avaliação e licenciamento, com vista à geração de um contraditório alargado do qual podem resultar indicações relevantes para a conformação dos deveres de protecção do ambiente associados aos actos autorizativos finais (se con-

³⁰ Para Dário MOURA VICENTE [A *directiva...*, *cit.*, p. 103], uma das mais valias da mediação, sobretudo em face da arbitragem, traduz-se na oportunidade de criação de valor através do diálogo, numa lógica de *win-win solution*.

³¹ Sobre o dever de confidencialidade na mediação em particular, veja-se Joana CAMPOS, *O princípio da confidencialidade na mediação*, in *SI*, n.º 318, 2009, pp. 311 segs.

cedidos). A pergunta que se impõe, perante esta constatação, é a seguinte: há aqui espaço útil para a mediação ambiental?

Deve notar-se, antes de explorar a questão equacionada, que a possibilidade *teórica* de, através de mediação, se chegar a um acordo, em matéria estritamente ambiental numa fase mais avançada (ou seja, já com o projecto em curso ou mesmo com o equipamento ou infraestrutura em funcionamento) no quadro dos princípios da LM, não pode ser liminarmente descartada – apesar de se não configurar uma via óbvia. Isto porque o artigo 9º da LM admite que, fora dos casos previstos no seu âmbito de aplicação imediato, possa haver acordos mas estes deverão ser “filtrados” por um juiz, através da homologação³². Ora, esta homologação poderá sanar questões de mediabilidade duvidosa³³ [nomeadamente, quanto à transaccionabilidade dos interesses em presença³⁴ – analogamente ao que já se observou em sede de arbitragem, em razão da natureza do bem e do princípio de protecção elevada em sede ambiental]. A eleição do tribunal competente para proceder à homologação deverá fazer-se tendo em atenção a natureza da relação jurídica – que nós tendemos a identificar como primacialmente pública quando envolve o bem jurídico “ambiente” (e não outros bens como direitos de personalidade ou de

³² A homologação será necessária sempre que a lei o estabeleça expressamente e/ou sempre que o mediador não esteja inscrito na lista de mediadores certificados, e ainda quando, apesar de não necessitar de homologação, alguma das partes a requeira ao tribunal (por querer dar ao acordo uma eficácia transfronteiriça ou quando queira conferir ao acordo força executiva análoga à da sentença judicial, reduzindo os fundamentos de oposição à execução) – cfr. Dulce LOPES e Afonso PATRÃO, *Lei da mediação comentada*, Coimbra, 2014, p. 62 [anotação ao artigo 9º da LM].

³³ Sobre a “mediabilidade” dos litígios em sede civil e comercial, cfr. a síntese das principais posições na doutrina portuguesa em Dulce LOPES e Afonso PATRÃO, *Lei da mediação...*, cit., pp. 67-73 [anotação ao artigo 11º da LM]. Sobre a mediabilidade, em geral, veja-se Felix STEFFEK, *Mediation in the European Union: An Introduction*, 2012, pp. 4-5, disponível em http://www.diamesolavisi.net/kiosk/documentation/Steffek_Mediation_in_the_European_Union.pdf [o autor enumera como factores de adequação de um conflito à mediação os seguintes: i) natureza do conflito; ii) susceptibilidade de alcançar uma solução consensual; iii) susceptibilidade de chegar a uma solução razoável; iv] exaustão de outros métodos de resolução; v] comparação de custos entre métodos extrajudiciais de resolução; vi] comparação de tempos de resolução do conflito em vários métodos; vii] estabelecimento de um relacionamento de diálogo entre as partes; viii] importância do controlo do resultado final do acordo; ix] ponderação do factor comunicacional na opção pela mediação; x] vontade de resolver problemas acessórios ao conflito principal].

³⁴ Sublinhe-se que a LM, em sede de princípios gerais, não inclui qualquer restrição à mediabilidade dos litígios, o que, para Jorge MORAIS DE CARVALHO [A *consagração legal da mediação em Portugal*, in *Julgar*, n.º 15, 2011, pp. 271 segs, 286], constitui um ponto positivo, desde que se assegure o controlo *a posteriori* (ou seja, a homologação).

propriedade] – mas a “confusão” de interesses difusos e interesses individuais homogêneos com o interesse ambiental pode complicar a determinação desta competência.

Resta saber, e retomando a questão deixada em suspenso acima, se a mediação ambiental consegue ganhar espaço perante realidades co-essenciais ao Direito do Ambiente já operativas.

2.2. “MEDIAÇÃO” E PARTICIPAÇÃO PÚBLICA

A participação pública é a dimensão pretensiva central do “direito ao ambiente”. Anote-se o apelo do artigo 66º/2 da CRP no sentido de a realização do objectivo da protecção e promoção da qualidade ambiental se fazer com o empenho de todos, entidades públicas e privadas, cidadãos e empresas. A actual LBA concretiza esta dimensão no artigo 6º, enfatizando a vertente procedimental da posição jussubjectiva inscrita no artigo 66º/1, 1.ª parte, da CRP, estabelecendo o direito de participação de “cidadãos, associações não governamentais e demais agentes interessados em matéria de ambiente na adoção das decisões relativas a procedimentos de autorização ou referentes a actividades que possam ter impactes ambientais significativos, bem como na preparação de planos e programas ambientais” (artigo 6º/2/a) da LBA].

É verdade que esta participação, no que tenha de oposição, total ou parcial, ao projecto em avaliação, não envolve um mediador *formal*. Por outras palavras, os interessados, estribados na informação fornecida pelo dono do projecto e pelas autoridades públicas, não estão propriamente envolvidos num procedimento de conciliação de interesses, mas apenas num momento de manifestação dos mesmos num espaço público de esclarecimento e discussão. Caberá à entidade com competência para emitir a decisão final a incorporação, ou não, das sugestões formuladas sob a forma de medidas minimizadoras dos impactos apontados. A autoridade com competência decisória final – bem como aquelas que intervêm nos procedimentos parciais de avaliação das várias componentes de risco ambiental dos projectos (no caso de actos autorizativos) –, embora se não posicione como um terceiro imparcial, acaba por assumir a função *material* de mediação na lógica da ponderação óptima dos interesses em presença, sociais, económicos e ambientais.

Temos consciência de que esta afirmação é questionável. Isto porque as autoridades com competência decisória são parciais na medida em que concretizam essa realidade mítica que é “o interesse público”, o qual, todavia,

num procedimento autorizativo ambiental, se revela poliédrico – ou seja, é um interesse público construído a partir da *acomodação* de interesses públicos, privados e colectivos, um interesse *compósito*, numa equação que nunca pode ser neutra. Por outras palavras, o interesse de promoção da qualidade do ambiente, enquanto interesse metaindividual e metageracional, deverá ser especialmente tido em conta em todas as decisões que possam implicar impactos significativos no meio, o que implicará – sobretudo em face de projectos privados – um papel particularmente harmonizatório da parte das entidades com competências na protecção do ambiente.

Quando o procedimento envolver entidades públicas, esta vertente conciliatória poderá ficar mais esbatida – apesar de as autoridades com competência ambiental se perfilarem como detendo competência especializada para a ponderação de uma determinada faceta do “interesse público”. Ou seja, aí teremos o público, em defesa de interesses difusos, de interesses individuais homogéneos, e de interesses individuais *tout court*, de um lado e, do outro lado, a entidade pública que pretende prosseguir um projecto (por exemplo, abrir ciclovias em várias artérias da cidade; instalar um complexo cultural numa área protegida de um jardim da cidade; construir espigões para defesa da costa).

Existindo mais do que uma alternativa para prossecução do projecto, ou algumas medidas de minimização que não estejam a ser devidamente ponderadas, poderá haver espaço para aproximação de perspectivas. Claro que tal propósito continua a ser, pelo menos tendencialmente, concretizável a partir da avaliação de impacto ambiental – ou estratégica³⁵. Porém, pode dar-se o caso de esta(s) não ser(em) necessária(s) (em razão das características ou dimensão do projecto), ou de a tensão surgir depois de o projecto já estar em fase de implementação. E tal constatação impõe uma segunda pergunta: haverá aí espaço para a mediação? É neste ponto que cabe referir a figura do Provedor de Justiça.

2.3. PROVIDOR DE JUSTIÇA E MEDIAÇÃO EM QUESTÕES AMBIENTAIS

O Estatuto do Provedor de Justiça (Lei 9/91, de 9 de Abril, com última alteração pela Lei 17/2013, de 18 de Fevereiro) reconhece, no artigo 20º/e), a atribuição deste órgão no sentido de

³⁵ Sobre estas metodologias de avaliação de impactos, veja-se Carla AMADO GOMES, *Introdução...*, *cit.*, pp. 141 segs.

"Intervir, nos termos da lei aplicável, na tutela dos interesses coletivos ou difusos, quando estiverem em causa entidades públicas, empresas e serviços de interesse geral, qualquer que seja a sua natureza jurídica".

Esta disposição é complementada pelo artigo 21º do Estatuto, do qual consta o elenco de competências do Provedor. A alínea c) do n.º 1 deste preceito vem particularmente a propósito do tema destas linhas:

"No exercício das suas funções, o Provedor de Justiça tem poderes para:

[...]

c) Procurar, em colaboração com os órgãos e serviços competentes, as soluções mais adequadas à tutela dos interesses legítimos dos cidadãos e ao aperfeiçoamento da ação administrativa".

A mediação social protagonizada pelo Provedor é inegável e o seu prestígio institucional contribui para gerar confiança nas potencialidades da sua intervenção junto das autoridades administrativas³⁶. Mesmo ao nível da União Europeia, o Parlamento Europeu já teve oportunidade de sublinhar "o papel dos Provedores de Justiça nacionais como importantes mediadores para ajudar os cidadãos a tomar medidas contra potenciais conflitos de interesse e casos de má administração em geral no interior da administração dos Estados-Membros"³⁷. O Provedor de Justiça exerce o seu papel fiscalizador e conciliador a partir de queixas que lhe são enviadas pelos cidadãos alegadamente prejudicados por acções ou omissões administrativas. A queixa pode dizer respeito a lesão de interesses difusos, não sendo necessário configurar uma ofensa a um direito subjectivo. A grande parte dos casos circunscrever-se-á a "falsos" interesses difusos, ou seja, a direitos individuais homogêneos – direitos subjectivos de um conjunto de pessoas lesadas por uma mesma fonte de risco, normalmente agrupadas em razão de um critério geográfico (cfr. o artigo 15º da Lei 83/95, de 31 de Agosto, que aponta para o critério do local de

³⁶ Cfr. as intervenções reunidas nas *Actas do VII Congresso Anual da Federação Ibero-Americana de Ombudsman*, Lisboa, 2004 [veja-se o ponto dedicado à mediação do Ombudsman nos conflitos entre a Administração e os cidadãos, a pp. 51 a 80].

³⁷ *Relatório sobre o Relatório Especial do Provedor de Justiça Europeu na sequência do seu inquérito à queixa 2591/2010/GG contra a Comissão Europeia (Aeroporto de Viena) [2012/2264(INI)]*, de 31 de Janeiro de 2013, Considerando Q – disponível em <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2013-0022+0+DOC+XML+V0//PT>

residência]. Mas nada o impede de intervir numa controvérsia ambiental em sentido estrito.

A verdade é que o comodismo linguístico (e jurídico) de confundir ambiente com *ambiance* atrai para a área “ambiental” um conjunto muito amplo de problemas, desde a saúde pública ao património cultural, desde a qualidade estética das povoações à correcta gestão urbana. Esta intensa inextricabilidade é constatada pela Provedoria de Justiça no documento sobre *Boas práticas no controlo municipal do ruído*, que constitui as *Conclusões do inquérito do Provedor de Justiça aos municípios*, levado a cabo em 2012³⁸. Respondendo a múltiplas queixas de particulares sobre práticas incómodas e actividades ruidosas no âmbito de relações de vizinhança e outras, e reclamando da omissão das autoridades públicas em efectuar medições periódicas e levantar autos de contraordenação em caso de emissões sonoras acima do limite permitido, a Provedoria conduziu um inquérito junto dos municípios no sentido de averiguar quais os principais problemas de poluição sonora sinalizados na circunscrição municipal e quais as medidas preventivas e repressivas adoptadas pelas autoridades municipais relativamente aos infractores.

No texto destas *Boas práticas* podem ler-se afirmações relevantes para o tema que nos ocupa (sublinhados nossos):

- “O reconhecimento da poluição sonora, não apenas como fator de perturbação da ordem pública, mas também como agressão a direitos, liberdades e garantias pessoais, justifica uma intervenção pública preventiva e reativa cujo grau de eficácia é, nessa justa medida, um indicador da prioridade atribuída à defesa e promoção dos direitos do homem nas políticas públicas” (pág. 4 – *Preliminares*);
- “1] Apesar de a ordem jurídica não poder garantir um direito ao silêncio, a preservação do sono e de um mínimo de tranquilidade no interior das habitações integra o conteúdo essencial do direito fundamental a um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado [artigo 66.º, n.º 1, da Constituição]” (pág. 5 – *Considerações gerais*);
- “5] Insiste-se, pois, em que a proteção contra o ruído excessivo deve ser tratada como uma questão de interesse público e não, simplesmente, como circunscrita a conflitos entre particulares. Algo que, aviadamente, a Lei de Bases do Ambiente [Lei n.º 11/87, de 7 de abril]

³⁸ Disponível em

http://www.provedor-jus.pt/site/public/archive/doc/Boas_praticas_municipal_ruído.pdf

gravou no artigo 22.º, n.º 1 [actual artigo 11º/c] da Lei 19/2014, de 14 de Abril que revogou a LBA de 1987], usando a expressão «luta contra ao ruído» para obrigar a uma política pública ambiental específica que salvguarde a saúde e o bem-estar das populações, seja por correções na fonte ruidosa, seja através de um prudente ordenamento da localização de atividades presumidamente ruidosas” (pág. 6 – *Considerações gerais*);

- “6) Isto, sem prejuízo de a aplicação de normas civis pelos tribunais e julgados de paz, quer para defesa dos direitos de personalidade (artigo 70.º do Código Civil), como também no quadro das relações jurídicas entre proprietários (artigos 1346.º e seguinte do Código Civil), dever ser explicada e encorajada, considerando a especial adequação destes meios a atividades ruidosas de natureza doméstica” (pág. 6 – *Considerações gerais*).

Da leitura destes considerandos facilmente se extrai que um domínio como o do ruído pode levantar questões tributárias dos direitos de personalidade e da ordem pública, no conjunto reconduzíveis à qualidade de vida das populações e ao bom ambiente. Não havendo uma ligação directa ao ambiente em sentido estrito [nomeadamente, à afectação de espécies de fauna pela poluição sonora], esta não é, a nosso ver, uma controvérsia ambiental. Mas caso esta vertente esteja *camuflada*, a protecção da saúde humana pode constituir um pretexto para a melhoria da qualidade do meio na vertente do ecossistema [v.g., os casos de colocação de barreiras anti-ruído em autoestradas para proteger a fauna silvestre ou animais de pastoreio susceptíveis ao barulho do trânsito]. E a verdade é que a noção ampla de ambiente se encontra ainda muito enraizada, mesmo junto de juristas com alto grau de especialização, o que faz com que os planos facilmente se confundam.

Curiosamente, o Provedor de Justiça Europeu também foi recentemente chamado a pronunciar-se sobre uma controvérsia *ambiental* que envolveu a ampliação do aeroporto de Viena de Áustria, levada a cabo sem prévia avaliação de impacto ambiental, omissão em tempo denunciada à Comissão Europeia e relativamente à qual esta preferiu negociar com o Governo austríaco uma avaliação *ad hoc* e *ex post* (à margem da legislação europeia), não tendo avançado para um processo judicial por incumprimento. O Provedor Europeu agiu na sequência de múltiplas queixas de cidadãos vienenses denunciando os altos níveis de poluição sonora produzidos na sequência da ampliação, bem como a

ausência de efectivas medidas de minimização em razão da omissão de realização de avaliação de impacto ambiental. O Provedor sinalizou a má administração por parte da Comissão Europeia e relatou-a ao Parlamento Europeu, que advertiu a Comissão no sentido de exercer com mais zelo o seu papel de guardião do bom cumprimento da legislação relativa à avaliação de impacto de potenciais impactos significativos para o ambiente e para a saúde e qualidade de vida das populações, decorrentes de grandes obras de infraestruturas³⁹.

Destes exemplos se extrai que, ainda que a delimitação de litígios ambientais em sentido estrito seja na grande maioria dos casos difícil em face da multiplicidade de interesses transversais que se lhe colam, o papel do Provedor de Justiça em sede de mediação é assinalável e pode reduzir sensivelmente o espaço útil de mediadores privados.

2.4. MEDIAÇÃO PENAL AMBIENTAL: UMA VIA A EXPLORAR

A Lei 21/2007, de 12 de Julho (LMP), introduziu em Portugal a mediação penal⁴⁰, para crimes com moldura penal inferior a cinco anos (além de outros pressupostos de verificação negativa enunciados no artigo 2º/3)⁴¹. Nas palavras de ANABELA RODRIGUES, “do que se trata é de enxertar no sistema punitivo mecanismos ‘mais construtivos e menos repressivos’, de superação do conflito entre autor e vítima, que são tendencialmente estranhos ao conceito ‘tradicional’ de sanção punitiva”⁴². A mesma autora realça a flexibilidade dos termos de fixação do acordo, “que tanto pode consistir em prestações económicas, prendas, pedido de desculpas, encontro de reconciliação ou prestação de serviços”⁴³ – é, de resto, este o sentido do artigo 6º/1 da LMP (cujo n.º 2 exclui, todavia, “sanções privativas da liberdade ou deveres que ofendam a dignidade do arguido ou cujo cumprimento se deva prolongar por mais de seis meses”).

³⁹ *Relatório sobre o Relatório Especial do Provedor de Justiça Europeu na sequência do seu inquérito à queixa 2591/2010/GG contra a Comissão Europeia (Aeroporto de Viena)*, supra citado.

⁴⁰ A Lei 21/2007 constitui “execução do artigo 10.º da Decisão Quadro n.º 2001/220/JAI, do Conselho, de 15 de Março, relativa ao estatuto da vítima em processo penal”.

⁴¹ Sobre os momentos de aplicação da LMP, Rui do CARMO, *Um exercício de leitura do regime da mediação penal*, in *RPCC*, n.º 3, 2010, pp. 415 segs.

⁴² Anabela MIRANDA RODRIGUES, *A propósito da introdução do regime de mediação no processo penal*, in *RMP*, n.º 105, 2006, pp. 129 segs, 131.

⁴³ Anabela MIRANDA RODRIGUES, *A propósito...*, cit., p. 131.

A mediação penal visa, assim, recuperar uma dimensão de justiça restaurativa⁴⁴, que no domínio ambiental nos parece particularmente interessante. Isto porque mais do que uma multa ou mesmo uma sanção privativa da liberdade, o que importa é sensibilizar o infractor para a necessidade de rever os seus comportamentos relativamente ao meio natural, objectivo que a mediação pode concretizar de forma bastante efectiva (sendo recomendável que os mediadores penais tenham formação específica nessa área).

A mediação opera na fase de inquérito (artigo 3º/1 da LMP)⁴⁵ e depende da iniciativa do Ministério Público⁴⁶, caso considere que “desse modo se pode responder adequadamente às exigências de prevenção que no caso se façam sentir”, que designa um mediador para tentar alcançar um acordo entre agente e vítima – ou quem *fale* por ela que será, no caso de crimes ecológicos, o Ministério Público, agindo oficiosamente ou por denúncia de qualquer cidadão ou associação não governamental de defesa do ambiente. O arguido – que pode ser uma pessoa singular ou colectiva, nos termos do artigo 11º/2 a 11 do Código Penal – tem que dar o seu acordo, sob pena de o processo de mediação não poder avançar (artigo 3º/6 da LMP).

Note-se que, nos termos do artigo 4º/1 da LMP, o acordo deve contemplar a reparação de danos e constituir um contributo para a restauração da paz social. Realce-se ainda que o n.º 3 deste dispositivo prevê a possibilidade de serem associados ao acordo outros lesados. Estes pontos merecem-nos duas notas: por um lado, o dano que está em causa nos crimes “ecológicos” – pensemos nos tipos descritos nos artigos 278º, 279º, 279ºA, 281º do Código Penal (em que as molduras penais de privação de liberdade não excedem os três anos), que protegem a integridade de componentes ambientais naturais *qua tale*, independentemente de lesão para a pessoa – deverá ser reparado

⁴⁴ Segundo Ana PERESTRELO DE OLIVEIRA (*Arbitragem...*, cit., p. 103), é esta vertente de justiça restaurativa que viabiliza a mediação mas, em contrapartida, afasta a arbitragem, uma vez que nesta avulta a vertente de dizer o Direito de forma punitiva, domínio que a Constituição desde logo reserva aos tribunais do Estado.

⁴⁵ J. D. CARDONA FERREIRA teria preferido o alargamento da mediação a qualquer fase processual, ainda que de forma experimental – *A mediação como caminho da justiça: a mediação penal*, in Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles, 90 anos: homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2007, pp. 517 segs, 524.

⁴⁶ Porque o crime ecológico “puro” pressupõe uma iniciativa penal de base pública, não vemos aqui necessidade de referir a segunda via de acesso à mediação, ou seja, por iniciativa conjunta de ofendido [a Natureza, aqui representada pelo Ministério Público] e o arguido – cfr. o artigo 3º/2 da LMP.

nos termos do DL 147/2008, *supra* referenciado (se não e preferencialmente através de um procedimento administrativo liderado pela APA, pelo menos por apelo aos critérios de reparação descritos no Anexo V); por outro lado, ainda que a *vítima* de um crime ecológico seja um componente ambiental natural, este pode revestir utilidades para o seu proprietário, pelo que a compensação da afectação da eventual dimensão utilitária do bem não deve ficar esquecida no acordo de reparação.

2.5. MEDIAÇÃO EM QUESTÕES AMBIENTAIS: UMA HIPÓTESE SUPÉRFLUA?

Em face do que antecede, julgamos que a mediação ambiental *stricto sensu* acaba por ter no Direito do Ambiente um papel secundário e subsidiário, tendo sobretudo em mente os esquemas de activação de uma cidadania responsável que os diplomas de cariz ambiental contemplam. A mediação, a ocorrer, surgirá mais facilmente em relação a ofensas a direitos individuais, em casos de lesão ou ameaça de lesão mais circunscrita (ou seja, tendencialmente conflitos de vizinhança, que pertencem ao universo dos Direitos Reais e ao Direito do Urbanismo). Parece ser esta, de resto, uma potencial zona de aplicação dos acordos endoprocedimentais emergentes da revisão do Código do Procedimento Administrativo. Através do novo artigo 57º e conforme se explica no diploma preambular, “os sujeitos da relação jurídica procedimental podem convencionar termos do procedimento que caibam no âmbito da discricionariedade procedimental ou o próprio conteúdo da decisão a tomar a final, dentro dos limites em que esta possibilidade é legalmente admitida. No n.º 2 do artigo 57º, além de se deixar absolutamente claro o carácter jurídico dos vínculos resultantes da contratação de acordos endoprocedimentais, configura-se uma possível projecção participativa procedimental da contradição de pretensões de particulares nas relações jurídico-administrativas multipolares ou poligonais”. Em casos “mistos” [de interferência de interesses difusos e interesses individuais (homogéneos)], a mediação poderá ter aqui algum espaço útil.

Também a figura da conferência procedimental, acolhida no Código do Procedimento Administrativo revisto (cfr. os artigos 77º a 81º) pode constituir palco de aproximação de pretensões, com ou sem mediação formal de um mediador. Com efeito, a possibilidade de promover a audiência dos interessados em conferência deliberativa (com produção de acto único ou múltiplos actos, em coordenação) com a presença de todos os órgãos competentes

para a emissão de actos (parciais) em procedimentos complexos, traduz um momento privilegiado de composição de interesses, na medida em que sejam acomodáveis nos termos das normas aplicáveis.

A mediação não deve, contudo, constituir uma desculpa para a inacção das autoridades com competência de fiscalização e repressão de comportamentos ilícitos. Com efeito, e como se sublinha no documento *Boas práticas no controlo municipal do ruído*, elaborado pela Provedoria de Justiça (*supra* mencionado) (sublinhados nossos),

- “10) Julga-se de incentivar, sempre que possível, o diálogo entre o queixoso e o responsável pela propagação do ruído, privilegiando-se, numa primeira fase, a tentativa de resolução amigável do conflito, por contenção das emissões sonoras. Os sistemas públicos de mediação, recentemente firmados na Lei n.º 29/2013, de 19 de abril, podem vir a revelar-se um instrumento muito idóneo [artigos 30.º e seguintes], a este propósito” – (pág 7/8 – *Considerações gerais*);
- 11) As autoridades municipais não devem, porém, alhear-se e relegar para essa esfera o que lhes compete determinar no exercício do poder público. Para o efeito deve ser fixado um prazo ajustado às circunstâncias concretas. Expirado este prazo sem que se obtenham desenvolvimentos significativos na perspetiva da debelação da incomodidade, a Administração Pública deve atuar com firmeza e prontidão”.

O Direito do Ambiente, enquanto ramo no qual imperam os princípios da proteção mais elevada e da proibição sob reserva de permissão, encontra nos procedimentos de avaliação de impacto ambiental e afins os momentos de mediação por excelência face a empreendimentos públicos, e no Provedor de Justiça um importante mediador entre a Administração de infraestruturas e os particulares, quando se ponham problemas relativamente a empreendimentos públicos. Este quadro não fecha a porta à possibilidade de mediação – sobretudo no que tange à mediação penal ambiental, cujo intuito conscientizador é altamente relevante, bem como a questões relativas a conflitos de vizinhança –, mas reduz certamente em muito o seu espaço útil⁴⁷.

⁴⁷ Panorama, de resto, comum no espaço da União Europeia, como se extrai da leitura dos 23 relatórios já publicados em <https://e-justice.europa.eu/resultManagement.do?stext=environment&itext=environment&sco=any&slang=any&spage=25&slmo=anytime&soption=c,n,a,&showPage=1&hval=6582a298caaa347a2e-19d1833bceccd1>, sobre o estado da justiça ambiental na União Europeia.