

FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO.
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* DA FACULDADE DE DIREITO.

CATHARINE BLACK LIPP JOÃO

A arbitragem e a tutela jurisdicional do meio ambiente.

Porto Alegre

2019

CATHARINE BLACK LIPP JOÃO

A arbitragem e a tutela jurisdicional do meio ambiente.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, para obtenção do título de Mestre em Direito.

Linha de Pesquisa: Tutelas à efetivação dos direitos transindividuais.

Orientador: Prof. Dr. Anízio Pires Gavião Filho

Porto Alegre

2019

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Paulo Pinto de Carvalho e setor de Tecnologia da Informação, com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

Black Lipp João, Catharine

A arbitragem e a tutela jurisdicional do meio ambiente.
/ Catharine Black Lipp João. -- Porto Alegre 2019.
253 f.

Orientador: Anízio Pires Gavião Filho.

Dissertação (Mestrado) -- Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, Mestrado em Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis, Porto Alegre, BR-RS, 2019.

1. Arbitragem. 2. Direito Ambiental. 3. Direitos Fundamentais. 4. Direitos Indisponíveis. 5. Tutela Coletiva. I. Pires Gavião Filho, Anízio, orient. II. Título.

CATHARINE BLACK LIPP JOÃO.

A arbitragem e a tutela jurisdicional do meio ambiente.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, para obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovada em: 30 de outubro de 2019

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Dr. Anízio Pires Gavião Filho.

Instituição: Fundação Escola Superior do Ministério Público.

Assinatura: _____

Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet.

Instituição: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. Handel Martins Dias.

Instituição: Fundação Escola Superior do Ministério Público.

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Porto Alegre

2019

...
*E a vida vai tecendo laços
Quase impossíveis de romper:
Tudo que amamos são pedaços
Vivos do nosso próprio ser.¹*

Para meus pais.

¹ Manuel Bandeira, "A Vida Assim nos Afeiçoa" - A Cinza das Horas, 1917

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador Professor Anízio Pires Gavião Filho, pelas valiosas sugestões, correções e orientações e pela disposição para debater as diversas questões levantadas pelo tema deste trabalho. A ele, não só o meu agradecimento, mas a minha admiração. Tenho muito orgulho de ter sido sua orientanda.

Aos professores da linha de pesquisa em Tutelas à Efetivação dos Direitos Transindividuais do curso de Pós-Graduação, agradeço por todas as lições e pelo estímulo para a dedicação acadêmica: Professor Anízio Pires Gavião Filho, Professora Raquel Fabiana Sparemberger, Professor Plauto Faraco de Azevedo, Professora Maren Guimarães Taborda, Professor Handel Martins Dias, Professor Maurício Martins Reis, Professora Cristina Stringari Pasqual e Professora Betânia de Moraes Alfonsin.

Especialmente, ao Professor Handel, membro da banca examinadora de qualificação, pelos importantes apontamentos e pelo grande incentivo, aos Professores Raquel Sparemberger e Daniel Martini pelas sugestões bibliográficas e pela generosidade ao me oportunizar praticar o ensino em suas turmas, e ao Professor Maurício, por ter me oferecido a oportunidade de publicarmos em conjunto.

Também a Camila da Secretária de Pós-Graduação, pelo constante apoio prestado e por me ajudar a realizar o curso de maneira tranquila e produtiva.

Aos meus pais, por me ensinarem o amor na sua maior pureza. Ao meu irmão, pela amizade e confiança eternas.

Não poderia deixar de fazer menção ao meu filho do coração, o canino Jones, por ser meu companheiro há dezesseis anos, inclusive em todos os momentos de escrita desta dissertação – literalmente.

E, por fim (e sempre), agradeço a Deus, por tudo.

JOÃO, Catharine Black Lipp. A arbitragem e a tutela jurisdicional do meio ambiente. 2019. 253 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Fundação Escola Superior do Ministério Público, 2019.

RESUMO

A presente dissertação tem por objeto a análise da arbitragem como meio de solução adequado para os conflitos envolvendo questões com mérito ambiental. A abordagem se desenvolve por meio do método hipotético-dedutivo, cujas etapas mais concretas de investigação se baseiam no método de procedimento comparativo e de estudo de caso, a partir da pesquisa científica com finalidades exploratória e explicativa e procedimentos técnicos documental e bibliográfico. Nesse sentido, o primeiro capítulo examina o instituto da arbitragem, investigando principalmente as condições para que possa ser escolhida pelas partes. O segundo capítulo aborda o contexto jurídico em que o direito ao meio ambiente está inserido, analisando o microsistema de responsabilidade ambiental reparatória no que diz respeito aos danos ao microbem e ao macrobem ambientais. No terceiro capítulo, são relacionados os conceitos e considerações propostos no primeiro capítulo com aqueles apresentados no segundo. Assim, é possível concluir que são arbitráveis as questões com mérito ambiental e que há a necessidade de observar aspectos procedimentais específicos, tal como na dinâmica das arbitragens coletivas no Direito comparado, a fim de que sejam admitidas no âmbito doméstico à luz das particularidades do processo coletivo brasileiro. No quarto capítulo, analisa-se, através de casos concretos, o uso da arbitragem internacional como uma garantia de acesso à justiça (ambiental) em controvérsias que envolvam o meio ambiente, o que permite constatar a sua larga difusão no âmbito dos conflitos internacionais entre Estados e o seu recente desenvolvimento para as disputas entre investidores estrangeiros e Estados de acolhimento. Ainda, conclui-se que a opção pela arbitragem é favorável na perspectiva do Estado brasileiro ao tratamento de controvérsias internacionais cujo objeto envolva o meio ambiente.

Palavras-chave: Arbitragem. Direito ambiental. Direitos fundamentais. Direitos indisponíveis. Tutela Coletiva.

ABSTRACT

This dissertation aims to the analysis of arbitration as a means of solving conflicts involving an environmental merit. The approach is developed through the hypothetical-deductive method, which most concrete steps of investigation are based on the method of comparative procedure and case study, through scientific research with exploratory and explanatory purposes and legal documentary and bibliographic technical procedures. In this sense, the first chapter examines the institute of arbitration, investigating especially the conditions for its choosing by the parties. The second chapter deals with the legal context in which the right to the environment is inserted, analyzing the microsystem of reparatory environmental liability regarding damages to environmental goods. In the third chapter, the concepts and considerations proposed in the first chapter are related to those presented in the second one. Thus, it is possible to conclude that the issues with environmental merit are arbitrable and that there is the need to observe specific procedural aspects, likewise in its dynamics in comparative law, so that collective arbitrations are admitted in the domestic context in the light of the particularities of the Brazilian collective process. In the fourth chapter, is analysed, through concrete cases, the use of international arbitration as a guarantee of access to (environmental) justice in controversies involving the environment, which demonstrate its widespread dissemination in the context of international conflicts between States. and its recent development for disputes between foreign investors and host States. Moreover, it is concluded that the use of arbitration is favorable from the perspective of the Brazilian State to the treatment of international disputes whose object involves the environment.

Keywords: Arbitration. Environmental law. Fundamental rights. Undisposable rights. Collective redress.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

AAA	American Arbitration Association (Associação Americana de Arbitragem)
ACFI	Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos
ADR	Alternative Dispute Resolution (Meios Alternativos de Solução de Conflitos)
ALC	Acordo de Livre Comércio
Art.	Artigo
CAFTA-DR	Central America Free Trade Agreement and Dominican Republic (Tratado de Livre Comércio entre Estados Unidos, América Central e República Dominicana)
CAM/CCBC	Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá
CC	Código Civil de 2002
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CERCLA	Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act (Lei Abrangente de Resposta, Compensação e Responsabilidade Ambiental dos Estados Unidos)
CF	Constituição Federal de 1988
CP	Contrato de Participación (Contrato de Participação)
CPC	Código de Processo Civil de 2015
EPA	Environmental Protection Agency (Agência de Proteção Ambiental dos Estados Unidos)
EUA	Estados Unidos da América
IBAMA	Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis
ICJ	International Court of Justice (Corte Internacional de Justiça)
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes (Centro Internacional para Resolução de Controvérsias sobre Investimentos)
JAMS	Judicial Arbitration and Mediation Services (Serviços de Arbitragem e Mediação Judicial)
LACP	Lei da Ação Civil Pública
LINDB	Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro
MERCOSUL	Mercado Comum do Sul
MP	Ministério Público
MPF	Ministério Público Federal

NAAEC	North American Agreement On Environmental Cooperation (Acordo Norte-Americano sobre Cooperação Ambiental)
NAFTA	North American Free Trade Agreement (Tratado Norte-Americano de Livre Comércio)
PCA	Permanent Court of Arbitration (Corte Permanente de Arbitragem)
PCB	Polychlorinated biphenyl (bifenila policlorada)
RISTJ	Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TAC	Termo de Ajustamento de Conduta
TBI	Tratado Bilateral de Investimento
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law (Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional)
USD	United States dollar (dólar norte americano)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 O TRATAMENTO DOS CONFLITOS PELA ARBITRAGEM.....	19
1.1 A função jurisdicional, o consenso das partes e o poder dos árbitros	23
1.2 Os domínios da Arbitragem.....	30
1.3 A arbitrabilidade	33
1.3.1 Os limites à arbitragem: arbitrabilidade e ordem pública.....	36
1.3.2 O controle jurisdicional da convenção de arbitragem e da violação à ordem pública	45
1.3.3 A capacidade para contratar e os direitos patrimoniais disponíveis	49
1.4 Os direitos tradicionalmente indisponíveis analisados sob uma teoria liberal dos direitos fundamentais 55	
1.4.1 A tese da correlatividade e os direitos primários e secundários	60
1.4.2 Uma proposta de direitos (in) disponíveis para fins de arbitragem.....	69
2 A TUTELA JURÍDICA DO MEIO AMBIENTE.....	77
2.1 O direito ao meio ambiente	78
2.2 As dimensões dos danos ao meio ambiente e os interesses jurídicos protegidos.....	83
2.3 A responsabilidade pelo dano ambiental e a realização do direito fundamental ao meio ambiente pela sua reparação	91
2.4 A legitimidade ativa na tutela coletiva para a reparação ambiental	101
2.5 O termo de ajustamento de conduta	105
3 A ARBITRAGEM E O DIREITO AO MEIO AMBIENTE	119
3.1 Microbem e interesses individuais e individuais homogêneos.....	120
3.1.1 A arbitrabilidade	121
3.1.2 As arbitragens coletivas no direito comparado.....	130
3.1.3 A tutela arbitral ambiental dos direitos individuais homogêneos no Brasil.....	138
3.2 Macrobem e interesses difusos	145
3.2.1 A arbitrabilidade	145
3.2.2 As arbitragens ambientais no direito comparado	156

3.2.3 A tutela arbitral ambiental dos direitos difusos no Brasil	162
4 A ARBITRAGEM AMBIENTAL NO CENÁRIO INTERNACIONAL	170
4.1 O Brasil e as arbitragens internacionais envolvendo o meio ambiente	170
4.2 Caso Trail Smelter, Estados Unidos v. Canadá: o início da proteção internacional do ambiente	177
4.3 Caso Iron Rhine, Bélgica v. Holanda: a interpretação dos tratados internacionais	177
4.4 Caso S.D Myers v. Canada e Caso Aven v. Costa Rica: a violação das normas ambientais como fundamento da defesa do Estado	183
4.5 Caso Chevron v. República do Equador e caso Caso Burlington v. Equador: a responsabilidade pelos danos ambientais	190
4.6 Desafios e perspectivas das arbitragens envolvendo o meio ambiente	200
CONCLUSÃO.....	209
REFERÊNCIAS.....	214

INTRODUÇÃO

Após a consciência da crise ambiental, evidenciada no final do século XX, decorrente do temor de um colapso ecológico pelo uso irracional dos bens e recursos naturais para servir aos padrões de produção e consumo modernos, houve o surgimento de um pensamento sustentável, “como uma necessidade de restabelecer o lugar da natureza na teoria econômica e nas práticas de desenvolvimento, internalizando condições ecológicas de produção que assegurem a sobrevivência da vida e um futuro para a humanidade”.² A partir do cenário de evidente descaso com o meio ambiente, construiu-se uma promessa de conservação da natureza, pautada pelo reconhecimento desta como um direito humano e fundamental a ser protegido, para que as futuras gerações pudessem conhecer a sua riqueza tal como a presente a conhece, abrangendo à tutela jurídica ambiental a capacidade funcional do meio ambiente.

Não obstante esteja se desenvolvendo em ritmo lento e parcimonioso esta admirável intenção em prol do reconhecimento de que a natureza tem valor em si mesma, é perceptível a predominância, no cenário contemporâneo, da ideia de que a “ordem jurídica brasileira –todas as normas, inclusive as ambientais– tem como centro o indivíduo humano. Porém, é inegável que uma existência digna em toda plenitude depende da preservação do meio ambiente, motivo pelo qual há alta relevância no bem jurídico tutelado”.³ Ainda assim, é em razão dessa tendência de colocar os seres humanos no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável que se acaba por admitir práticas gerenciais de empresas cuja única preocupação se dá com a internalização e contingenciamento do custo da prevenção ambiental -ou mesmo da reparação de degradações- no valor final dos produtos e serviços que comercializam ou exploram no mercado. Trata-se de uma falsa ideia de progresso da civilização.

Em realidade, vive-se em uma sociedade de crises, “sem precedentes, pela sua extensão e profundidade”⁴, na qual “o colapso ecológico aparece como uma crise de civilização em que fomos suspensos (aturdidos?)”⁵. Um dos grandes paradoxos da atualidade se manifesta justamente pela sensibilização do homem ao compreender o quão danosa a sua

² LEFF, Enrique. Saber ambiental. sustentabilidad, racionalidad, complejidad, poder. Coyoacán: Siglo XXI, 1998, p. 42.

³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.674.059 - PR. Recorrente: Ministério Público Federal e Outro. Recorrido: Odair de Vicente. Relator: Ministro Og Fernandes. Brasília, DF, 17 set. 2018.

⁴ AZEVEDO, Plauto Faraco de Azevedo. Ecocivilização ambiente e direito no limiar da vida. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 14-15.

⁵ LEFF, Enrique. Op. Cit., p. 105.

conduta é, mas “não pretende[r] abdicar dos padrões de consumo conquistados”.⁶ O resultado produzido pelo desconcerto da relação de evidente superioridade do homem e de sua instrumentalização no trato com a natureza são os responsáveis pelos inúmeros efeitos ecodestrutivos, entre os quais estão envolvidos o desmatamento, a perda da biodiversidade, o esgotamento de recursos naturais, a mortandade da fauna terrestre e marítima, cujos efeitos atingem, direta ou indiretamente, a própria qualidade de vida dos seres humanos.

Exemplo disto é a grave tragédia, classificada como “de muito grande porte”, causada no ano de 2015 pelo rompimento da Barragem de Rejeitos de Fundão, operada pela Samarco Mineração S.A, em Mariana, no estado de Minas Gerais, cujos impactos ambientais de grande extensão, além de terem reflexos no ecossistema por tempo indeterminado, também repercutiram -e repercutem- na vida, na saúde física e psicológica, no patrimônio e na segurança das populações atingidas.⁷ Ao decretar o estado de emergência no município, foi reconhecido pelo Governo Federal que o rompimento da barragem se tratou de um desastre “tecnológico” “relacionado a obras civis”,⁸ ou seja, induzido pelo homem.

A partir da percepção de que os principais fatores que promovem a destruição do meio ambiente são os processos tecnológicos desenvolvidos pelo homem,⁹ revela-se mais do que nunca ser necessária a responsabilidade humana com a natureza. Isso porque é imprescindível que o homem assuma, mais do que uma responsabilidade decorrente da imputação causal pelos atos cometidos, a responsabilidade pelo futuro do próprio homem. Nas palavras do filósofo Hans Jonas: “a esse tipo de responsabilidade e sentido de responsabilidade, e não à responsabilidade formal e vazia de todo agente por seu ato, é o que queremos dizer quando falamos sobre a ética, hoje necessária, de responsabilidade voltada para o futuro”.¹⁰ A vida, tanto a presente, quanto a futura, deve ser objeto de responsabilidade. É nesse sentido que o

⁶ STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 12.

⁷ BRASIL. IBAMA. Laudo técnico preliminar. impactos ambientais decorrentes do desastre envolvendo o rompimento da barragem de fundão, em mariana, minas gerais. Brasília, DF, nov. 2015, p. 04. Disponível em http://www.ibama.gov.br/phocadownload/noticias/noticias2016/laudo_tecnico_preliminar_Ibama.pdf. Acesso: 14 jan. 2019.

⁸ “Art. 1º Reconhecer, em decorrência de rompimento/colapso de barragens, COBRADE: 2.4.2.0.0, a situação de emergência por procedimento sumário no Município de Mariana-MG.” BRASIL. Ministério da Integração Nacional. Portaria n. 222, de 10 de novembro de 2015. Reconhece situação de emergência por procedimento sumário no Município de Mariana-MG. Brasília, DF, 10 nov. 2015. Disponível em <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&data=11/11/2015&pagina=28>. Acesso: 26 set. 2018. BRASIL. Ministério da Integração Nacional. Classificação e Codificação Brasileira de Desastres (COBRADE). p. 07. Disponível em www.integracao.gov.br/documents/3958478/0/Anexo+V++Cobrade_com+simbologia.pdf/d7d8bb0b-07f3-4572-a6ca-738daa95feb0. Acesso: 26 set. 2018

⁹ LEFF, Enrique. Saber ambiental. sustentabilidad, racionalidad, complejidad, poder. Coyoacán: Siglo XXI, 1998, p. 253.

¹⁰ JONAS, Hans. El principio del responsabilidad: ensayo de una ética para la civilizacion tecnologica. Barcelona: Editorial Herder, 1995, p. 164.

autor aponta para uma ética em que a preservação do meio ambiente passa a ser uma esfera de responsabilidade, na qual o imperativo categórico kantiano é alterado para: “age de tal forma que os efeitos de tua ação sejam compatíveis com a permanência de uma vida humana autêntica sobre a terra”.¹¹ Sem dúvida, a preservação da natureza é imprescindível para dar continuidade a existência da humanidade – o fim último da própria natureza humana.

Trata-se de uma questão não apenas sensível do ponto de vista civilizatório, mas relevante para o discurso jurídico, uma vez que o Direito “tem de ser considerado no contexto social sobre o qual atua e de que recebe as influências”.¹² Em razão disso, revela-se a seriedade com que o Direito deve tratar os direitos ao meio ambiente e a responsabilidade ambiental, para fins de prevenção e, caso se faça necessário, de reparação *integral* dos danos. A consequência dessa opção pela Constituição brasileira é que o direito ambiental é categoricamente identificado como um direito fundamental e conceituado como bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida, a ser defendido e preservado pelo Poder Público e pela coletividade para as futuras gerações, sendo que as condutas e atividades que lhe sejam lesivas obrigam a reparação dos danos causados e sujeitam a sanções penais e administrativas. Nesse sentido, é entendido que, por sua própria natureza fundamental e titularidade difusa, o meio ambiente seria um direito indisponível.

Embora essa consideração sobre a indisponibilidade do direito pudesse, a princípio, extinguir a sua suscetibilidade à via arbitral, atualmente, essa conclusão já vem sendo desconstruída em relação a certas controvérsias ambientais, notadamente sobre a reparação de danos, justamente para ampliar as formas de acesso à justiça ambiental. Com base na perspectiva segundo a qual a solução de litígios envolvendo o meio ambiente pode se dar em sede de arbitragem, reconhece-se a existência de uma recente – e, talvez, crescente – discussão jurídica sobre o tema em exame, tanto no que se refere ao macrobem, quanto no que diz respeito ao microbem ambiental.

É possível dizer que a opção pela arbitragem dar-se-ia levando em conta os próprios elementos que envolvem o direito ao meio ambiente, o qual, em razão da especificidade dos seus fenômenos e da complexidade dos seus prejuízos, exige que a tomada de decisões seja baseada nas suas normas específicas, bem como na ciência. Sabe-se que os “juízes e legisladores raramente são oriundos de uma formação científica e geralmente não têm

¹¹ JONAS, Hans. El principio del resposabilidad: ensayo de una ética para la civilizacion tecnologica. Barcelona: Editorial Herder, 1995, p. 40.

¹² AZEVEDO, Plauto Faraco de Azevedo. Ecocivilização ambiente e direito no limiar da vida. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 14-15.

treinamento extensivo em epidemiologia, biologia, ciências ambientais ou o método científico em geral”.¹³ No entanto, por meio da arbitragem, é possível contar com árbitro(s) com conhecimento específico e técnico no assunto, o que, não apenas ajuda para a avaliação correta da evidência apresentada pelas partes, mas também “contribui para uma quantificação correta dos danos e a correspondente indenização. Finalmente, um árbitro ou tribunal com expertise nesses temas pode avaliar facilmente os padrões aplicáveis nas demandas ambientais”.¹⁴

Além disso, é preciso reconhecer a importância de uma atuação célere no tratamento do dano ambiental, para corrigi-lo o mais breve possível e para evitar a sua propagação. Considerando que o tempo e a eficácia são aspectos imprescindíveis nas questões ambientais, a arbitragem se mostra uma via célere e adequada, na medida em que as partes têm a oportunidade de decidir o prazo para apresentação da sentença, a qual não fica sujeita à recurso. Aliás, uma vez que a demora na resolução do conflito pode proporcionar o aumento da lesão e, por conseguinte, dos custos do prejuízo que as partes estão discutindo, percebe-se que também a economia do procedimento se encontra diretamente ligada com a celeridade em que este se desenvolve, razão pela qual a arbitragem poderia ser vista pelo causador do dano como uma forma mais econômica de decidir os conflitos ambientais em que esteja envolvido.

Nesse contexto está inserida a problemática do presente trabalho, o qual se propõe a investigar a possibilidade de submissão à arbitragem das questões com mérito ambiental, notadamente relacionadas à responsabilidade e reparação pelos danos ambientais, superando os óbices da arbitrabilidade objetiva, que diz respeito à delimitação do objeto do litígio, quais sejam os direitos patrimoniais disponíveis, e da arbitrabilidade subjetiva, que trata dos sujeitos que podem se submeter ao seu procedimento, previstos no artigo 1º da Lei 9.307/96. É a atualidade, tanto da ocorrência de sérios danos ambientais e, conseqüentemente, da necessidade ética e jurídica de consciência e responsabilização ambiental, quanto da discussão jurídica sobre o uso desta via alternativa para a matéria, que justifica, no seu conteúdo, a presente investigação. Nesse sentido, também se pretende compatibilizar o ordenamento jurídico nacional com a perspectiva desenvolvida para o cenário internacional.

Para tanto, esta dissertação se desenvolve em quatro capítulos, cuja abordagem, em sua configuração, é formulada a partir do método hipotético-dedutivo, com objetivo

¹³ SHELTON, Dinah. Complexities and uncertainties in matters of human rights & environment. In. KNOX, John H.; PEJAN, Raamin. (Org.). The human right to a healthy environment. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2018, p. 106.

¹⁴ ORELLANA, Daniel Robalino; DÁVALOS, Leyre Suárez. Arbitraje en disputas ambientales: análisis comparado. Revista Ecuatoriana de Arbitraje, Quito, n. 4, p. 239-260, 2012, p. 242.

exploratório e explicativo. Sem renunciar ao viés crítico, o presente estudo se utiliza de extenso material bibliográfico e documental para fundamentar os pontos abordados. Outrossim importa referir que, para facilitar uma leitura fluida e uma melhor compreensão do texto, todas as passagens de língua estrangeira reproduzidas ao longo deste trabalho foram traduzidas para o português pela autora.

No primeiro capítulo, serão examinados aspectos inerentes à arbitragem, a sua natureza jurídica e a sua relação com o Poder Judiciário. Como a análise da possível submissão à arbitragem passa necessariamente pelo exame da arbitrabilidade, serão verificadas as condições para que determinado conflito seja submetido a um procedimento arbitral, as implicações da arbitrabilidade e a sua relação com a questão da ordem pública. A partir da aparente problemática relacionada à transigibilidade dos direitos indisponíveis, os quais, a princípio, não poderiam ser submetidos à arbitragem, será apresentado o sentido de disponibilidade que importa para fins de aferição da arbitrabilidade. A fim de sedimentar uma base para a posterior compreensão dos direitos que serão examinados à luz dos critérios de arbitrabilidade no terceiro capítulo, serão abordadas as relações entre o direito fundamental como um todo e posições jurídicas fundamentais e entre direitos primários multitaís e direitos secundários paucitaís. No mais, serão aprofundados fundamentos relativos à (in) disponibilidade no contexto do paradigma atual da resolução de conflitos, condizente com a forma pela qual os direitos são tutelados na Constituição.

Por sua vez, no segundo capítulo, busca-se identificar o contexto jurídico em que o direito ao meio ambiente está inserido, para fins de verificar o panorama da responsabilização civil e reparação ambiental. Serão estudadas as dimensões do dano ambiental e dos distintos interesses jurídicos por ele atingidos, bem como a amplitude de sujeitos poluidores solidários. Então, serão delineados o conteúdo das obrigações pelas quais o responsável pode ser condenado e os aspectos pertinentes à tutela coletiva dos danos ambientais pelos entes legitimados na Lei 7.347/85 – Lei da Ação Civil Pública. Também será investigada a natureza do instituto do termo de ajustamento de conduta enquanto meio conferido aos legitimados públicos para resolver extrajudicialmente a controvérsia ambiental.

No terceiro capítulo, a fim de refletir a respeito da (in) arbitrabilidade do direito (à reparação) ambiental, será necessário relacionar entre si os conceitos e considerações propostos no primeiro capítulo com aqueles que foram apresentados no segundo. Ainda, serão examinados certos aspectos procedimentais específicos que precisam ser enfrentados, a fim de se conceber essas demandas em sede de arbitragens coletivas. Nessa perspectiva, a apreciação

será especificada em relação aos danos ambientais ao microbem e aos interesses individuais e individuais homogêneos, bem como aos danos ambientais ao macrobem e aos interesses difusos, sendo, em cada um dos casos, analisada a ocorrência de arbitragens sobre o assunto no Direito comparado.

Por fim, no quarto capítulo, o fundamento para considerar o macrobem como disponível e patrimonial será esclarecido, porquanto será possível perceber que se trata da posição brasileira nas arbitragens internacionais. Assim, será examinada a perspectiva do Estado brasileiro no contexto internacional para solução das controvérsias ambientais. Após, serão apresentados alguns casos internacionais que demonstram que o meio ambiente vem sendo, direta ou indiretamente, objeto de discussões por tribunais arbitrais internacionais, não mais apenas em arbitragens públicas, mas também em privadas.

Trata-se, portanto, de levantar hipóteses para verificar se seria objetiva e subjetivamente admissível, nos termos da Lei de Arbitragem, que a tutela jurídica das questões com mérito ambiental seja prestada por um tribunal arbitral, alternativamente ao Poder Judiciário, e, em resposta afirmativa, como deveria ser estabelecida a dinâmica processual dessas arbitragens envolvendo direitos ambientais. Isso porque a sua comprovada ocorrência no cenário internacional não é suficiente para a sua admissibilidade indistinta tanto no cenário doméstico brasileiro, quanto nas relações internacionais em que o país esteja envolvido ou em que a aplicação da lei brasileira se faça necessária. É, antes, preciso investigar se essa possibilidade estaria em conformidade com as limitações legais previstas no ordenamento jurídico brasileiro.

1. O TRATAMENTO DOS CONFLITOS PELA ARBITRAGEM

A arbitragem não se trata de um fenômeno novo, pois é possível considerar que a sua origem remonta à própria criação do Direito. Tanto o é que “um notável traço do cenário grego antigo é a arbitragem, que ocorria em disputas sobre fronteiras, sobre direitos a córregos e fontes, e em outras questões de direito público”.¹⁵ Exemplifica-se pelo “famoso acordo de paz de 445 A.C entre Esparta e Atenas [...], estabelecendo a arbitragem das disputas que pudessem surgir e incluindo uma garantia de Atenas de que o comércio entre os estados não seria perturbado por seus navios”.¹⁶ Aliás, pode-se dizer que a reverência conferida à arbitragem ultrapassava o mundo dos homens para o dos deuses, pois “os gregos da antiguidade foram tão afetados pela ideia da arbitragem que assumiram a sua existência entre os deuses”,¹⁷ tal como se observa pela arbitragem entre Poseidon e Helios, o mar e o sol, sobre a titularidade da terra de Coríntio, perante Briareus, o gigante de cem braços, que, para resolver a disputa, concedera o Istmo de Coríntio ao primeiro e a Acrópole ao segundo.¹⁸

Ainda que tenha revivido a sua força na idade média, na qual “existiu em uma escala generalizada”,¹⁹ pode-se dizer que a arbitragem caiu em desuso com o estabelecimento de tribunais judiciais e com a evidente facilidade para as partes em disputa simplesmente litigarem. Não obstante, a partir do século XIX, a arbitragem passou a ser a forma preferível de resolução das disputas entre Estados, posição que se mantém no cenário internacional.²⁰ De modo geral, percebe-se que, “no final do século XIX o interesse pela arbitragem é renovado, e sua utilização plenamente revigorada no século XX”.²¹ No âmbito doméstico brasileiro, a importância e a crescente adesão ao método de solução das disputas pela arbitragem podem ser atribuídas, em grande parte, ao saturamento da jurisdição tradicional e ao crescimento de um movimento em prol de “alternativas” e de uma prestação jurisdicional adequada e efetiva.

¹⁵ NUSSBAUM, Alfred. A concise history of the law of nations. Nova Iorque: Macmillan Company, 1947, p. 14.

¹⁶ JOHNSTON, Douglas M. The historical foundations of world order. the tower and the arena. Leida: Martinus Nijhoff, 2008, p. 194

¹⁷ RALSTON, Jackson H. International arbitration from athens to locarno. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2004, p. 15.

¹⁸ Em [2.1.6]. PAUSANIAS. Pausanias description of greece. Traduzido para o inglês por William Henry Samuel Jones. Cambridge: Harvard University Press, 1918. Disponível em <http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Paus.+2.1.6&fromdoc=Perseus%3Atext%3A1999.01.0160>. Acesso: 07 jan. 2019.

¹⁹ FRASER, Henry S. Sketch of the history of international arbitration. Cornell Law Review, Ithaca, v. 11, n. 2, p. 179-208, 1926, p. 190.

²⁰ BORN, Gary. International commercial arbitration, volume 1. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2009, p. 15.

²¹ MARTINS, Pedro Batista. Arbitragem através dos tempos. obstáculos e preconceitos à sua implementação no brasil. In. GARCEZ, José Maria Rossini; PUCCI, Adriana Noemi; et. al. (Org.). A arbitragem na era da globalização. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 37.

No final dos anos setenta, Cappelletti entendeu que, em um sistema jurídico moderno, a efetivação do acesso à justiça era determinante para a garantia a todos dos seus direitos substantivos, na medida em que “a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação”.²² Para o autor, o interesse em torno do acesso efetivo à justiça, visto como um dos pontos principais da processualística moderna, manifestou-se em três “ondas”, das quais a última estava focada “no conjunto geral de meios instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas”.²³ Nessa terceira onda, alguns movimentos foram examinados, entre os quais a aceitação das limitações enfrentadas pelo Poder Judiciário e o uso de métodos alternativos para desviar as causas judiciais.

Veja-se que a versão de 2019 do Relatório Analítico “Justiça em Números”, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, na sua compilação de dados das atividades do Judiciário brasileiro referentes ao ano de 2018, constatou que o Poder Judiciário finalizou o ano de 2018 com 78,7 milhões de processos em tramitação, aguardando alguma solução definitiva. O relatório destaca, ainda, que, “em 2018, pela primeira vez na última década, houve de fato redução no volume de casos pendentes, com queda de quase um milhão de processos judiciais”.²⁴ Não obstante seja admirável a diminuição do estoque processual em mais de um milhão de processos nos últimos dois anos (-1,4%), ainda há que se apontar ser um número expressivo de demandas. Em relação à morosidade, extraí-se do relatório que a duração média exclusivamente no 1º grau em relação à fase de conhecimento dos processos pendentes em varas estaduais ou federais é de quase quatro anos, desconsiderando o tempo (considerável) a ser acrescido em se tratando dos casos que recorrem até a última instância possível.²⁵

Segundo Spengler e Spengler, a crise enfrentada pelo Poder Judiciário compreende uma crise de eficiência, abrangida por diversas outras crises, entre as quais estão a estrutural (que diz respeito a infraestruturas de instalações, pessoal, equipamentos, custos), a objetiva (relacionada a formalidade procedimental, burocratização, acúmulo de demandas) e a

²² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Traduzido para o português por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988, p. 11-12.

²³ *Ibid.*, p. 67-68.

²⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em números 2019. Brasília: CNJ, 2019, p. 79. Disponível em https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf.

Acesso: 25 nov. 2019.

²⁵ *Ibid.*, p. 148.

subjetiva (concernente à incapacidade de lidar com as novas realidades fáticas).²⁶ Para Faria, destacar-se-iam dois grandes problemas da crise no âmbito judicial, “o excessivo individualismo e o formalismo na visão de mundo”, diante do que a magistratura “enfrenta dificuldades para interpretar os novos conceitos dos textos legais típicos da sociedade industrial, principalmente os que estabelecem direitos coletivos, protegem os direitos difusos”.²⁷ Ante a insuficiência do Poder Judiciário para resolver sozinho todos os conflitos a ele submetidos, fortalece-se a ideia de os tribunais estatais não serem “os únicos foros para a resolução dos conflitos ou disputas e a busca da satisfação de pretensões resistidas ou insatisfeitas”.²⁸

Sobre o processamento dos conflitos, o jurista norte-americano Frank Sander, considerado “o mentor do campo de resolução de disputas”,²⁹ criou, em 1976, a expressão traduzida para o Brasil como “justiça-multiportas”, concebendo a existência de, para além de um simples tribunal, um verdadeiro centro de resolução de disputas, no qual o lesado “seria primeiro canalizado por um atendente da triagem que o direcionaria ao processo (ou sequência de processos) mais apropriado para o seu tipo de caso”.³⁰ Haveria no saguão de tal centro, segundo o autor, um diretório das várias salas nele existentes, como, entre outras, as de arbitragem. Ainda que um dos objetivos fosse aliviar o congestionamento judicial e excessivos atrasos, a “principal promessa” dessas alternativas se encontraria na facilitação do acesso à justiça e na prestação de uma resolução de disputas mais efetiva,³¹ justamente o que as tornou a terceira “onda” de acesso efetivo à justiça defendida por Cappelletti.

Essas opções de acesso à justiça são comumente denominadas como meios alternativos de resolução de conflitos (“ADR”), cujo emprego do termo “alternativo” não

²⁶ SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. A crise das jurisdições brasileiras e italianas e a mediação como alternativa democrática da resolução de conflitos. In. SPENGLER, Fabiana; SPENGLER NETO, Theobaldo. (Org.) Mediação enquanto política pública: o conflito, a crise da jurisdição e as práticas mediativas. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2012, p. 20-27.

²⁷ FARIA, José Eduardo. O poder judiciário no Brasil: paradoxos, desafios e alternativas. Brasília: Conselho de Justiça Federal, 1995, p. 15.

²⁸ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Arbitragem (legislação nacional e estrangeira) e o monopólio jurisdicional. São Paulo: LTr, 1999, p. 18-19.

²⁹ HOFFMAN, David; MOFFITT, Michael. Frank sander: mentor to the field of dispute resolution. Dispute Resolution Magazine, Washington, v. 19, p. 14-16, set./nov. 2012.

³⁰ SANDER, Frank E. A. The multi-door courthouse. The Barrister, Charleston, v. 3, p. 18-42, 1976, p. 20.

³¹ Segundo o autor, quatro são os objetivos das alternativas: “1) aliviar o congestionamento judicial, bem como os excessivos custos e atrasos; 2) aumentar o envolvimento da comunidade no processo de resolução da disputa; 3) facilitar o acesso à justiça; 4) prestar uma resolução de disputas mais efetiva”. Id. Alternative methods of dispute resolution: an overview. University of Florida Law Review, Gainesville, v. 37, n. 1, p. 1-18, dez./fev., 1985, p. 03.

poderia, contudo, ser entendido como “substituto” ao método tradicional/judicial.³² Muito embora sejam conhecidas como “alternativas”, vem sendo desenvolvida a ideia de que “a atual tecnologia teórica e prática das abordagens de ADR para questões jurídicas seria melhor descrita como resolução de disputas ‘adequada’, ao invés de resolução de disputas ‘alternativa’”.³³ Essa alteração decorre do fato de que “a expressão adquiriu uma conotação negativa, pois permite a interpretação de que tais mecanismos sejam segundas opções, ou seja, inferiores à via litigiosa jurisdicional”,³⁴ quando, em realidade, “aos olhos do CPC não existe superioridade da justiça estatal aos demais meios de solução de controvérsias”.³⁵

Diante do desenvolvimento das relações globalizadas, facilitadas pelo avanço da tecnologia, o que se observa é que, no século XXI, vem ocorrendo a ampliação da arbitragem para disputas em diversas atividades da indústria global, tais como construção, seguros, transportes, energia, trabalho, esportes, etc. Nesse contexto, passa-se a considerar, dado o crescimento de relações cada vez mais massificadas, a arbitragem como o palco de novos conflitos, inclusive coletivos. Em grande parte pelas crises vivenciadas pelo Judiciário, pode-se refletir, ainda que tudo referente ao futuro seja incerto, sobre a tendência de as partes, cada vez mais, convencionarem a forma de solução para os seus conflitos, até mesmo em certas questões que tradicionalmente não seriam cogitadas.

Para verificar a possibilidade de as partes interessadas submeterem a solução de seu litígio envolvendo o meio ambiente ao juízo arbitral, faz-se necessário, antes, examinar aspectos inerentes à arbitragem, o que é objeto deste primeiro capítulo. Assim, serão estudadas a natureza jurídica da arbitragem e a sua relação com o Poder Judiciário, bem como será analisada a noção de arbitrabilidade. Feitas as considerações gerais sobre a arbitrabilidade, mostra-se necessário examinar se a violação à ordem pública implica necessariamente na inarbitrabilidade, a partir do que serão identificadas as consequências tanto da inarbitrabilidade, quanto da violação à ordem pública. Após, serão examinados os critérios de arbitrabilidade previstos na lei brasileira, bem como uma proposta para a sua

³² Para Sander, o argumento para o emprego do termo é, antes, “baseado na necessidade de ganhar uma melhor compreensão do funcionamento desses mecanismos e processos alternativos” Ibid., p. 02.

³³ MEADOW, Carrie Menkel-. When litigation is not the only way: consensus building and mediation as public interest lawyering. Washington University Journal of Law & Policy, Washigton, v. 10, p. 37-62, 2002, p. 43.

³⁴ MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis Chagas. Métodos ou tratamentos adequados de conflitos? Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR, Curitiba, a. 3, n. 1, p. 323-350, maio, 2018, p. 329.

³⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos. In. ZANETI JÚNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Org.). Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 37.

interpretação. Ainda, serão abordadas uma teoria liberal dos direitos fundamentais e a tese da correlatividade entre direitos e deveres para fins de compreender a distinção entre os direitos primários e secundários, o que será necessário para esclarecer, no terceiro capítulo, os direitos que serão objetos de análise à luz dos critérios de arbitrabilidade.

1.1 A função jurisdicional, o consenso das partes e o poder dos árbitros.

O procedimento da arbitragem já era positivamente regulado entre os cidadãos romanos antigos, havendo previsões normativas sobre o assunto compiladas em todo o capítulo oitavo do quarto livro do Digesto de Justiniano, algumas das quais, de certa forma, podem ser percebidas como modernas ainda nos dias de hoje, tal como a de que “a arbitragem se assemelha a uma ação judicial e se destina a pôr fim ao litígio”,³⁶ perante a qual “toda a discussão é tirada dos termos da referência à arbitragem [...] Assim, o *arbiter* não pode decidir como quiser ou sobre o que quiser, a não ser que tenha havido referência sobre essa questão e a extensão a ela permitida”.³⁷ É possível considerar que, ao expressamente identificar a arbitragem com a ação judicial, os romanos antigos estariam lhe atribuindo uma natureza processual equiparada à jurisdição estatal.

Ainda que existam duas teorias opostas sobre a natureza jurídica da arbitragem, uma conferindo-lhe um caráter jurisdicional e a outra, um contratual, cuja “divergência se deve muito ao sistema de direito positivo de cada país”,³⁸ no Brasil, já foi entendido pelo Superior Tribunal de Justiça que “a atividade desenvolvida no âmbito da arbitragem tem natureza jurisdicional”.³⁹

Percebe-se a jurisdição como uma das funções do Estado “atribuída a terceiro imparcial (a) de realizar o Direito de modo imperativo (b) e criativo (c), reconhecendo/efetivando/protegendo situações jurídicas (d) concretamente deduzidas (e), em decisão insuscetível de controle externo (f) e com aptidão para tornar-se indiscutível (g)”.⁴⁰ Na perspectiva da moderna processualística, segundo a qual a legitimidade de seu sistema está na utilidade do exercício da jurisdição, a finalidade desta pode ser entendida como a busca,

³⁶ DIGESTA. The digest of justinian. vol 1. Traduzido para o inglês por Alan Watson. Philadelphia: Univesity of Pennsylvania Press, 1998, p. 149.

³⁷ *Ibid.*, p. 157.

³⁸ THEÓDORO JÚNIOR, Humberto. A arbitragem como meio de solução de controvérsias. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 97, n. 353, p. 107-115, jan./fev. 2001.

³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência n. 111.230 - DF. Suscitante: S.E LTDA. Suscitado: Tribunal Arbitral do Centro de Arbitragem e outros. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 08 maio 2013. Sobre o assunto, ver nota 46.

⁴⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Curso de direito processual civil. introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento, volume 1. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 173.

através do processo, diante dos titulares de interesses conflitantes, pela “pacificação do conflito que os envolve, com justiça”.⁴¹ Mostra-se oportuno considerar que a jurisdição, no Estado contemporâneo, também deve ser entendida como uma forma específica de tutela aos direitos fundamentais difusos que exigem uma proteção autônoma, independente dos interesses conflitantes entre os particulares, tal como o direito ambiental.

A partir dos elementos que envolvem a caracterização da jurisdição, entende-se que a “jurisdicionalização da arbitragem é uma realidade, que o legislador brasileiro já reconheceu”.⁴² O reconhecimento na legislação pode ser identificado pela existência de disposições que equiparam a decisão proferida na arbitragem à decisão judicial, porquanto a Lei de Arbitragem não apenas iguala o árbitro, para os efeitos da legislação penal, aos funcionários públicos (artigos 17), mas lhe confere o *status* de juiz de fato e de direito, cuja sentença proferida, que não fica sujeita à recurso ou à homologação judicial (artigo 18), produz os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário (artigo 31) e, quando condenatória, constitui título executivo judicial nos termos do Código de Processo Civil (artigo 515, VII).

Além das previsões normativas referidas, considera-se que o fundamento normativo determinante para o reconhecimento da jurisdição fora do próprio Poder Judiciário está estabelecido no capítulo das normas fundamentais do processo civil do Código de Processo Civil (artigo 3º), ao ser reproduzido o princípio constitucional da ação ou inafastabilidade do controle judicial, utilizando-se a expressão “apreciação jurisdicional”, ao invés de “pelo Poder Judiciário”, tal como contido no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal. Nesse ponto, não apenas é determinado que a ameaça ou lesão a direito não será excluída da “apreciação jurisdicional”, mas, ainda, é feita expressamente alusão, pelo parágrafo primeiro, à permissão de arbitragem na forma da lei.

Daí porque, no que diz respeito à natureza jurisdicional, entende-se que a “jurisdição é monopólio do Estado, mas não é correto dizer que há monopólio de seu exercício. O Estado brasileiro autoriza [...] o exercício da jurisdição por juízes privados”.⁴³ A ideia é a de que ao árbitro foi delegada pelo Estado a autoridade para conduzir o processo, porquanto o

⁴¹ DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos Araújo. Teoria geral do processo. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 165.

⁴² CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e jurisdição. Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação, v. 1, p. 833-844, set. 2014, base de dados RT online. No mesmo sentido: “é fácil é concluir que a opção do legislador foi pela atribuição do caráter publicístico ao juízo arbitral, tornando-o um completo equivalente jurisdicional, por escolha das partes”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. A arbitragem como meio de solução de controvérsias. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 97, n. 353, p. 107-115, jan./fev. 2001.

⁴³ DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Curso de direito processual civil. teoria geral do processo e processo de conhecimento, volume 1. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 195.

ordenamento jurídico lhe permitiu desempenhar uma função que, em princípio, estaria reservada ao Estado. Possibilita-se aos jurisdicionados que convençionem a renúncia ao *exercício* da jurisdição por juízes do Estado – e, jamais, renúncia à própria jurisdição, em atenção à inafastabilidade jurisdicional – em prol do seu exercício por juízes particulares.

Portanto, “a jurisdição exercida pelo árbitro tem as mesmas características fundamentais e a mesma eficácia da jurisdição estatal, ressalvados os atos [...] excluídos de sua competência”.⁴⁴ Nesse ponto, merece ser feita a ressalva de que à arbitragem não foi conferida a aptidão para executar as suas próprias decisões, ensejando, para tanto, a atuação coercitiva dos órgãos jurisdicionais estatais, que detém o poder de império, caso a decisão instituída não seja cumprida voluntariamente pela parte condenada em determinada obrigação. Não obstante, isso não lhe retira o caráter jurisdicional,⁴⁵ manifestado através do juízo de cognição⁴⁶ exercido pelo árbitro para resolver as questões ligadas ao mérito da causa, ainda que fique “reservada exclusivamente ao órgão judiciário oficial a execução do que aquele decidir acerca da questão”.⁴⁷

Assim, sendo convencionada a arbitragem, inexistente a competência funcional do árbitro para efetivar processo de execução, bem como inexistente a competência do órgão judicial para conhecer o mérito da demanda, reconhecendo-se como “perfeitamente admissível a convivência harmônica das duas jurisdições, desde que respeitadas as competências correspondentes”.⁴⁸ Em abril de 2019, foi elaborada pelo Superior Tribunal de Justiça uma edição de Jurisprudência em Teses, na qual é admitida a possibilidade de existir conflito de

⁴⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos Araújo. Teoria geral do processo. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 165.

⁴⁵ Nesse sentido: “não pode ele [o árbitro] executar a própria sentença, e, pelo fato de não podê-lo, ninguém lhe nega o poder de proferi-la. O poder de ‘decretar’ compreendido no poder de jurisdição (e de cognição), que o árbitro adquire [...] não tem necessariamente a ver com o poder de ‘efetivar’ ou ‘executar’ a própria decisão, que ele não tem, por decorrer do poder de império”. ALVIM, José Eduardo Carreira. Direito arbitral. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 336.

⁴⁶ Sobre a autoridade do árbitro para o processo de conhecimento: “a Lei de Arbitragem brasileira garante ao árbitro o pleno uso de seu poder de cognição, declarando-o, em seu art. 18, como ‘juiz de fato e de direito’. E essa expressão procura traduzir o real significado da cognição: analisar, raciocinar e formar um juízo de valor sobre os fatos a partir das regras jurídicas incidentes, em verdadeiro silogismo”. FICHTNER, José Antônio. Temas de arbitragem: primeira série. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 122.

⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.465.535 - SP. Recorrente: Fundação Patrimônio Histórico da Energia e Saneamento. Recorrido: Corumbataí Eletricidade Ltda. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, DF, 21 jun. 2016.

⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.733.685 - SP. Recorrente: Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotores Ltda. Recorrido: Metalzul Indústria Metalúrgica e Comércio Limitada. Relator: Ministro Raul Araújo. Brasília, DF, 06 nov. 2018.

competência entre os juízos, justamente diante da natureza jurisdicional da atividade desenvolvida tanto no âmbito do Judiciário, quanto da arbitragem.⁴⁹

Sobre o respeito devido às competências de cada juízo, cita-se, por exemplo, a questão das tutelas cautelares e de urgência pretendidas depois de instituída a arbitragem, as quais, segundo a Lei de Arbitragem, podem ser requeridas diretamente aos árbitros (artigo 22-B, parágrafo único), a quem cabe processar e julgar o pedido, e, em caso de deferimento, expedir carta arbitral ao órgão judicial, que, então, será o juízo competente para praticar ou determinar o cumprimento do ato (artigo 22-C). Por outro lado, as partes podem recorrer diretamente ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência, apenas nas hipóteses em que: a) não tiver sido instituída a arbitragem (artigo 22-A), b) o tribunal arbitral estiver formalmente instituído, mas, na pendência de sua constituição, momentaneamente impedido de se manifestar,⁵⁰ ou, ainda, c) estiver se tratando de determinadas situações excepcionais⁵¹ – de qualquer forma, em todos os casos, caberá ao juízo arbitral, ao assumir o processamento da ação, reapreciar a tutela conferida (artigo 22-B, *caput*).

Com efeito, foi possível identificar duas correntes no campo da teoria jurisdicional da arbitragem, uma que enfatiza a função do árbitro e a decisão por ele proferida e outra que, antes disso, trata da fonte de autoridade a ele conferida. Qualquer que seja a perspectiva adotada, o que importa é a compreensão de que os árbitros são julgadores e a sentença arbitral é um ato jurisdicional. Até porque, como visto, o fato de o juízo arbitral deter o *jus cognitio*, mas não o *jus imperium* não lhe afasta o amplo poder de jurisdição, mas simplesmente o limita à cognição da causa. Outro aspecto essencial a ser destacado é o de que a jurisdicionalidade da arbitragem não é contrária ao reconhecimento de que a sua instauração

⁴⁹ Tese n. 9. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência em teses. edição n. 122: da arbitragem. Brasília, DF, 05 abr. 2019. Disponível em http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%C3%A2ncia%20em%20Teses%20122%20-%20Arbitragem.pdf. Acesso: 11 maio 2019.

⁵⁰ Segundo o Superior Tribunal de Justiça: “na pendência da constituição do Tribunal Arbitral, admite-se que a parte se socorra do Poder Judiciário, por intermédio de medida de natureza cautelar, para assegurar o resultado útil da arbitragem”, caso em que “desatende-se provisoriamente as regras de competência, submetendo-se o pedido de tutela cautelar ao juízo estatal; mas essa competência é precária e não se prorroga, subsistindo apenas para a análise do pedido liminar”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.297.974 - RJ. Recorrente: Itarumã Participações S/A. Recorrido: Participações em Complexos Bioenergéticos -PCBIOS. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 12 jun. 2012.

⁵¹ Algumas situações capazes de excepcionar a regra do parágrafo único do artigo 22-B são exemplificadas pela ausência/indisponibilidade dos árbitros; pelo afastamento, por consenso das partes, do poder dos árbitros para apreciarem medidas cautelares; pela existência de interesses extremamente urgentes que não podem suplantar as dificuldades naturais do conhecimento pela arbitragem de pedidos acautelatórios; pela apreciação da liminar com pedido para que a parte adversa não seja ouvida. NANNI, Giovanni Ettore; GUILHARDI, Pedro. Medidas cautelares depois de instituída a arbitragem: reflexões à luz da reforma da lei de arbitragem. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 45, p. 123-153, abr./jun. 2015.

somente ocorre a partir de um negócio jurídico entre as partes:⁵². Isso porque, conforme a Lei de Arbitragem brasileira, é mediante uma convenção de arbitragem que as partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral (artigo 3º). Percebe-se que, “enquanto uma convenção de arbitragem tem os aspectos formais de um contrato, por sua própria natureza ela assume a ausência de qualquer acordo entre as partes em relação a uma disputa que não seja a forma de solução”.⁵³ Essa convenção de arbitragem “não sendo capaz de introduzir uma nova fonte do poder dos árbitros, indica simplesmente o ‘acordo’ com o qual o poder de decisão é dado aos árbitros”.⁵⁴ Assim, entende-se que “a vontade das partes é que autoriza a arbitragem, escolhe os árbitros, define a lei que deve aplicar e a sede na qual vai funcionar, mas não interfere no modo de decisão”.⁵⁵

Tal liberdade que os indivíduos têm de atuar conforme a sua vontade não é senão a ideia jurídica de autonomia da vontade, conceituada como “o princípio de direito privado pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos”.⁵⁶ Isso significa que os sujeitos são livres, nos limites da lei, para convencionar entre si a instituição da arbitragem, bem como os árbitros, o local, a lei aplicável. A convenção arbitral não é senão o consenso formado pelo encontro livre das vontades das partes em autorizar o juízo arbitral. Diante disso, observa-se a existência de um “princípio abecedário de que uma parte não pode ser forçada a arbitrar se não concordar em fazê-lo”,⁵⁷ sendo feita a comparação de que, “como o romance consumado, a arbitragem se apoia no consenso”.⁵⁸

Sobre o seu caráter híbrido, consoante estabelecido pelo Superior Tribunal de Justiça, a convenção de arbitragem se reveste das características de obrigação contratual, por ser assumida livremente pelas partes, e de elemento jurisdicional, porque elege um árbitro para

⁵² CONSOLO, Claudio. Codice di procedura civile comentário, tomo IV. 6. ed. Milano: Wolters Kluwer, 2018, p. 317.

⁵³ CARLSTON, Kenneth S. Theory of the arbitration process. Law and contemporary problems, Durham, v. 17, n. 4, p. 631-651, set./nov., 1952, p. 632.

⁵⁴ BARBIERI, Bianca. I rapporti tra arbitro e giudice. 2015. 243 f. Thesis (Master in Law) - Dipartimento di Giurisprudenza, Libera Università Internazionale Degli Studi Sociali Guido Carli, Roma, 2015, p. 33.

⁵⁵ WALD, Arnaldo. O espírito da arbitragem. Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 1, p. 743-756, set. 2014.

⁵⁶ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. perspectivas estrutural e funcional. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 26, n. 102, p. 207-230, abr./jun. 1989, p. 212.

⁵⁷ ESTADOS UNIDOS. Court of Appeals for the First Circuit. Caso 344 F. 3d 134. Apelante: Intergen N.V. Apelado: Eric F. Grina, e outros. Relator: Circuit Judge Selya. Boston, 22 set. 2003. Disponível em <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/344/134/603027/>. Acesso: 11 maio 2019.

⁵⁸ PARK, William. Non-signatories and international arbitration: an arbitrator's dilemma. In. THE INTERNATIONAL BUREAU OF THE PCA. Multiple party actions in international arbitration. Oxford: University Press, 2009, p. 03.

proferir a sentença.⁵⁹ A partir da convenção entabulada entre as partes, como consectário lógico se originam dois efeitos justamente com “o propósito de impedir esse *bis in idem*”⁶⁰ entre os dois juízos: o efeito positivo é o que possibilita o acesso à via arbitral para decidir o conflito contemplado no objeto da convenção, e o negativo, o que obsta o julgamento de mérito pelo Judiciário. No âmbito do efeito positivo, destaca-se que a arbitragem, uma vez acordada, não pode mais ser renunciada de modo unilateral, já que a convenção pactuada “possui força vinculante, obrigando as partes da relação contratual a respeitar, para a resolução dos conflitos daí decorrentes a competência atribuída ao árbitro”.⁶¹

A importância da convenção de arbitragem, para além de possibilitar a instauração do procedimento arbitral, também se demonstra no âmbito da “validação” da sua decisão definitiva, na medida em que, nos termos da Lei de Arbitragem, a sentença arbitral será nula quando for nula a convenção ou proferida fora dos seus limites (artigo 32, I e IV). Sobre a convenção arbitral, é preciso observar que o legislador a compreendeu tanto como cláusula compromissória, quando as partes contratantes convencionam, por escrito, submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente ao contrato (artigo 4º), quanto como compromisso arbitral, quando as partes convencionam submeter à arbitragem o litígio que já se instaurou entre elas (artigo 9). Observa-se o aspecto temporal como elemento da diferença funcional entre ambas as espécies, pois, enquanto a cláusula compromissória convencionada a arbitragem para eventuais litígios que possam ocorrer dali para frente, o compromisso serve para os litígios que já ocorreram, ou seja, “é o futuro condicional, por oposição ao presente”.⁶² Com relação à forma, a cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira (artigo 4º, §1º), e o compromisso arbitral pode ser judicial, por termo nos autos onde tem curso a demanda, ou extrajudicial, por escrito particular assinado por duas testemunhas ou por instrumento público (artigo 9, §1º e §2º). A lei ainda estabelece que, especificamente nos contratos de adesão, caso não seja o aderente quem tome a iniciativa de inserir a cláusula compromissória, esta só tem eficácia se houver a sua concordância expressa, por escrito em

⁵⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 612.439 - RS. Recorrente: AES Uruguaiana Empreendimentos Ltda. Recorrido: Companhia Estadual de Energia Elétrica CEEE. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Brasília, DF, 25 out. 2005.

⁶⁰ ALVIM, José Eduardo Carreira. Direito arbitral. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 119.

⁶¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.694.826 - GO. Recorrentes: Vilson Pereira Rodrigues e outros. Recorrido: Marcelo Antonelli e outros. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 07 nov. 2017.

⁶² BAPTISTA, Luiz Olavo. Cláusula compromissória e compromisso. Doutrinas essenciais obrigações e contratos, São Paulo, v. 6, p. 977-988, jun. 2011.

documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para tal cláusula (artigo 4º, §2º).

O legislador conferiu ao árbitro o poder para decidir de ofício, ou por provocação da parte – na primeira oportunidade que tiver para se manifestar, após a instituição da arbitragem (artigo 20) –, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória (artigo 8, parágrafo único). Essa previsão legal do Direito Arbitral, reforçada pelo Código de Processo Civil,⁶³ incorpora o princípio da competência-competência (do alemão “*kompetenz-kompetenz*”), conferindo “ao árbitro o poder de decidir sobre a sua própria competência, sendo condenável qualquer tentativa, das partes ou do juiz estatal, no sentido de alterar essa realidade”.⁶⁴ A negativa de aplicação da convenção arbitral “significa, em última análise, violar o princípio da autonomia da vontade das partes e a presunção de idoneidade da própria arbitragem, gerando insegurança jurídica”.⁶⁵

A partir das premissas expostas, foi possível identificar que a arbitragem é a atividade jurisdicional cujo procedimento resolve os conflitos que lhe foram submetidos em decorrência de um acordo para esse fim, fruto da livre vontade das partes em optar pelo processamento e julgamento da sua causa, por, ao invés de um órgão judiciário, um árbitro único ou um tribunal arbitral. Pode-se considerá-la privada na sua origem contratual, ante a vontade das partes como autorizadora do tribunal, e pública no seu resultado, em atenção à função jurisdicional exercida pelo tribunal. A sentença a ser proferida, no prazo estipulado pelas próprias partes, ou, caso nada tenha sido convencionado, no prazo de seis meses da instituição da arbitragem (artigo 23), será, porque irrecorrível (artigo 18), decisão de mérito definitiva, que, ao fazer coisa julgada material, é obrigatória e tem força de título executivo judicial.

Diante das noções basilares apresentadas ao longo desse tópico é que se colocam as questões sobre saber *quem* pode resolver seus conflitos por meio de arbitragem e, ainda, *quais* são os interesses opostos ou categoria de bens discutidos pelas partes envolvidas que ensejam o acesso efetivo à justiça arbitral.

⁶³ O Código de Processo Civil estabelece que o juiz não resolverá o mérito quando acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência (artigo 485, VII).

⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência n. 156-133 - BA. Suscitante: Dm construtora de obras ltda. Suscitado: Juízo de Direito da 5 vara da Fazenda Pública de Salvador e Tribunal Arbitral. Relator: Ministro Gurgel de Faria. Brasília, DF, 02 maio 2018.

⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.550.260 - RS. Recorrente: Kreditanstalt für Wiederaufbau Bankengruppe. Recorrido: Companhia de Geração Térmica de Energia Elétrica. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, DF, 12 dez. 2017.

1.2 Os domínios da Arbitragem

É crescente hoje a ideia de um direito arbitral internacional, na medida em que existe um conjunto de variados instrumentos normativos que dispõe sobre o assunto. Nota-se que a arbitragem busca assegurar interesses e necessidades não apenas nos âmbitos nacionais internos, ou domésticos, mas também no âmbito internacional, no qual as partes podem optar por submeter seus conflitos tanto às arbitragens administradas por instituições permanentes, quanto a tribunais *ad hocs*. As arbitragens internacionais podem ser privadas (ou comerciais) e públicas. Como regra, a arbitragem internacional pode ser entendida como “uma arbitragem entre partes de diferentes nacionalidades, ou uma arbitragem entre partes da mesma nacionalidade onde existe um ou mais de um fator que conecta a arbitragem a um segundo país”.⁶⁶

No primeiro quartel do século XX, com o objetivo de facilitar a arbitragem, principalmente na resolução de disputas internacionais, foi negociado, em Genebra, um protocolo relativo à cláusula de arbitragem, que foi ratificado pelo Brasil e promulgado através do Decreto 21.187/1932,⁶⁷ a fim de reconhecer a validade das cláusulas compromissórias e compromissos, entre partes submetidas respectivamente à jurisdição de Estados diferentes, “em matéria comercial ou em qualquer outra suscetível de ser resolvida por meio de arbitragem por compromisso” (artigo 1º).

É preciso esclarecer que, atualmente, a noção de comercialidade envolvendo as arbitragens internacionais privadas é universalmente considerada por uma perspectiva ampla e evoluída, traduzindo a ideia de que, quando a disputa é econômica na sua essência, será considerada comercial, não sendo feitas, portanto, distinções entre arbitragem civil e comercial.⁶⁸ Para o Brasil, essa interpretação deve ser considerada acertada. Isso porque a Convenção de Nova Iorque de 1958, considerada “de longe o mais significativo instrumento legislativo contemporâneo relacionado a arbitragem comercial internacional”,⁶⁹ permitia aos países signatários fazer uma “reserva comercial”, isto é, a distinção das regras aplicáveis à arbitragem internacional comercial e à não-comercial, conforme a disputa seja ou não

⁶⁶ MCILWRATH, Michael; SAVAGE, John. International arbitration and mediation. a practical guide. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010, p. 05.

⁶⁷ BRASIL. Decreto n. 21.187, de 22 de março de 1932. Promulga o Protocolo relativo à cláusula de arbitragem, firmado em Genebra a 24 de setembro de 1923. Brasília, DF, 22 mar. 1932. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21187-22-marco-1932-548999-publicacaooriginal-64245-pe.html>. Acesso: 29 abr. 2019.

⁶⁸ GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John. (Org.). Fouchard, gaillard, goldman on international commercial arbitration. Haia: Kluwer Law International, 1999, p. 34-36.

⁶⁹ BORN, Gary. International commercial arbitration, volume 1. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2009, p. 92.

comercial nos termos do seu próprio direito interno.⁷⁰ O Brasil, ao ratificar a Convenção e promulgá-la, através do Decreto 4.311/2002, optou por não fazer a referida reserva comercial, prevendo a sua execução e cumprimento inteiramente nos seus termos.⁷¹

Tal é o sentido adotado no mais recente instrumento internacional universal sobre arbitragem, segundo o qual “ao termo ‘comercial’ deve ser dada uma interpretação ampla para que abranja assuntos decorrentes de todas as relações com uma natureza comercial, sejam contratuais ou não”.⁷² Trata-se da Lei Modelo da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL) de 1985, considerado veículo normativo não vinculante, que estabelece um padrão dirigido aos Estados de referência a ser observada pelos legisladores nacionais, em decorrência da necessidade de harmonização “baseada na descoberta de que as leis domésticas são em geral inapropriadas para casos internacionais e que existe considerável disparidade entre elas”.⁷³ Embora o legislador brasileiro não tenha diretamente adotado o texto completo da Lei Modelo, entende-se que ele incorporou a gênese dos seus preceitos na lei brasileira: a “Lei nº 9.307/1996, com clara inspiração na Lei Modelo, possibilitou que o Brasil se tornasse uma jurisdição *arbitration-friendly*”.⁷⁴

De forma geral, no contexto das fontes do direito arbitral internacional privado, existem diversas outras convenções multilaterais que, assim como a Convenção de Nova Iorque, regulam aspectos processuais da arbitragem, bem como convenções bilaterais que, embora substancialmente digam respeito a outros assuntos, incidentalmente estão ligadas à instituição ou exclusão da arbitragem. No aspecto procedimental, é possível que as partes adotem, para resolver disputas internacionais, as regras regulamentadas em instrumento próprio pelas diversas instituições arbitrais organizadas, tais como as Regras de Arbitragem

⁷⁰ A referida reserva encontra previsão no artigo 1º, parágrafo 3º, da Convenção: “Quando da assinatura, ratificação ou adesão à presente Convenção, ou da notificação de extensão nos termos do Artigo X, qualquer Estado [...] poderá igualmente declarar que aplicará a Convenção somente a divergências oriundas de relacionamentos jurídicos, sejam eles contratuais ou não, que sejam considerados como comerciais nos termos da lei nacional do Estado que fizer tal declaração”.

⁷¹ BRASIL. Decreto 4.311, de 23 de julho de 2002. Promulga a convenção sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras. Brasília, DF, 23 jul. 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4311.htm. Acesso: 28 abr. 2019.

⁷² NAÇÕES UNIDAS. Comissão para o Direito Comercial Internacional. Lei modelo sobre arbitragem comercial internacional. Viena, 1985. Disponível em http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/06-54671_Ebook.pdf. Acesso: 28 abr. 2019.

⁷³ NAÇÕES UNIDAS. Comissão para o Direito Comercial Internacional. Nota explicativa do secretariado da uncitral sobre a lei modelo sobre arbitragem comercial internacional com as alterações adotadas em 2006. Viena, 2008. Disponível em <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/MLARB-explanatoryNote20-9-07.pdf>. Acesso: 08 maio 2019

⁷⁴ GREBLER, Eduardo; LOPES, Christian Sahb Batista; POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. Notas introdutórias. arbitragem e lei modelo uncitral: balanço de seus 30 anos em perspectiva. In. EBLER, Eduardo; LOPES, Christian Sahb Batista; POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. (Org.). Lei modelo uncitral sobre arbitragem comercial internacional: estudos e perspectivas. Belo Horizonte: Arraes, 2018, p. 03.

da UNCITRAL, as Regras da Câmara Internacional de Comércio, as Regras Internacionais da Associação Americana de Arbitragem, etc.

Ainda, percebe-se a configuração de um direito arbitral internacional público, originado da relação entre Estados. No âmbito das disputas internacionais públicas, entende-se que as partes optam pela arbitragem para que a disputa em causa, que não é política, mas jurídica, porque baseada em direito legais e não na conveniência, seja resolvida por um tribunal arbitral através da interpretação de regras existentes.⁷⁵ Nesse contexto, também existem instituições administradoras de arbitragem, entre as quais se destacam a Corte Permanente de Arbitragem (PCA) e a Corte Internacional de Justiça (ICJ),⁷⁶ às quais são confiadas a determinação das disputas a elas submetidas pelas partes e cujas regras para resolver disputas internacionais públicas podem integrar as convenções entre os Estados. Percebe-se que a principal distinção entre as arbitragens públicas e privadas diz respeito aos sujeitos envolvidos, porquanto a arbitragem pública envolve Estados, enquanto a arbitragem privada envolve entes físicos ou jurídicos de direito privado.⁷⁷

Há, ainda, uma figura peculiar de arbitragem que normalmente ocorre entre Estados e nacionais de outros Estados nas disputas de investimentos, a qual, embora tenha um Estado como uma das partes do seu procedimento, deve ser considerada uma arbitragem comercial, dada a interpretação conferida à ideia de comercialidade presente em tais disputas.⁷⁸ Através da Convenção de Washington de 1965, com apoio do Banco Mundial foi criado, para resolver as disputas relacionadas a investimentos internacionais (artigo 1º), o Centro Internacional para Resolução de Controvérsias sobre Investimentos (ICSID). O ICSID atua como a principal instituição no cenário global que organiza as arbitragens sobre disputas internacionais de investimento, cuja previsão como foro consta na maioria dos tratados, leis e contratos de

⁷⁵ SAMMARTANO, Mauro Rubino-. International arbitration. law and practice. 3. ed. Nova Iorque: Juris Publishing, 2014, p. 1462.

⁷⁶ Dispõe o artigo 92 da Carta das Nações Unidas que a CIJ “será o principal órgão *judiciário* das Nações Unidas”. [Grifou-se]. NAÇÕES UNIDAS. Carta das nações unidas. 1945. Disponível em <https://nacoesunidas.org/carta/cap14/>. Acesso: 28 abr. 2019. Não obstante o termo pelo qual a Corte é referida, isso não lhe retiraria o seu caráter arbitral, pois, “enquanto esses órgãos [PCA e ICJ] não puderem participar a menos que as partes concedam seu consentimento quanto a essa disputa específica, sugere-se que sua natureza arbitral, e não judicial, deva ser considerada” SAMMARTANO, Mauro Rubino-. Op. Cit., p. 1472.

⁷⁷ FERNANDES, Almir Garcia; BORGES, Florença Drummond. A arbitragem internacional privada como método de resolução de disputas comerciais. Revista Jurídica Uniaraxá, Araxá, v. 21, n. 20, p. 15-40, ago. 2017, p. 22.

⁷⁸ Nesse sentido: “baseado no entendimento de ‘comercialidade’ acima discutido, disputas envolvendo entidades públicas e decorrentes das suas transações comerciais internacionais devem ser incluídas na definição de arbitragem comercial internacional”. GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John. (Org.). Fouchard, gaillard, goldman on international commercial arbitration. Haia: Kluwer Law International, 1999, p. 41. Tais arbitragens que “não dizem respeito ao direito internacional público”. SAMMARTANO, Mauro Rubino-. International arbitration. law and practice. 3. ed. Nova Iorque: Juris Publishing, 2014, p. 1478.

investimentos internacionais,⁷⁹ a fim de serem evitados os inconvenientes da proteção diplomática.

Com efeito, a arbitragem de investimento se aplica às demandas feitas contra uma nação soberana por pessoas estrangeiras que tenham relação sob um acordo internacional de investimento. No âmbito do Direito internacional dos investimentos, importa perceber que “a maioria dos acordos de proteção dos investimentos prevê a arbitragem entre investidores e Estados”.⁸⁰ Os acordos internacionais de investimento estão inseridos notadamente no contexto dos Tratados Bilaterais de Investimento (TBIs), Acordos de Livre Comercio (ALCs), ou acordos multilaterais. Como o objetivo é a proteção do investimento, normalmente os dispositivos desses acordos envolvem a proteção contra expropriação, tratamento justo, tratamento nacional, liberdade para transferir fundos, entre outros.

Por fim, é fundamental observar o papel da soberania dos Estados sobre o cabimento da arbitragem, porquanto “as leis nacionais estabelecem o domínio da arbitragem, em oposição ao dos tribunais locais. Cada Estado decide quais assuntos podem ou não ser resolvidos por arbitragem de acordo com sua diretriz política, social e econômica”.⁸¹ Em razão disso, os critérios definidos para as arbitragens internacionais podem, ou não, ser iguais aos estabelecidos para as arbitragens domésticas do respectivo Estado. Quer dizer, não apenas um determinado país pode ter critérios diferentes de outros países na ordem internacional, mas também critérios distintos para as suas arbitragens internas.

1.3 A arbitrabilidade

Viu-se que a jurisdicionalidade da arbitragem também se funda em uma privatização geral de parcela da jurisdição do Estado. Representa esses limites justamente a concepção de “arbitrabilidade”. O termo é utilizado “para designar a suscetibilidade de uma controvérsia (ou litígio) ser submetida a arbitragem”.⁸² Em sua acepção jurídica, entende-se que a arbitrabilidade pode ser objetiva (*ratio materiae*), quando tratar das matérias que podem ser arbitráveis, ou subjetiva (*ratio personae*), quando versar sobre os sujeitos que, consensualmente, podem acordar que essas matérias sejam assim resolvidas. Por sua vez, o

⁷⁹ BANCO MUNDIAL. About ICSID. Disponível em <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/about>. Acesso: 25 abr. 2019

⁸⁰ MONEBHURRUN, Nithish. Crônicas do direito internacional dos investimentos. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 11, n. 1, p. 10-18, 2014, p. 12.

⁸¹ REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. Law and practice of international commercial arbitration. 4. ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2004, p. 138.

⁸² CAMELO, Antônio Sampaio. Critérios de arbitrabilidade dos litígios. revisitando o tema. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 27, p. 129-161, 2010.

vocábulo “inarbitrabilidade” se refere àquilo que *não* pode ser, objetiva ou subjetivamente, submetido à arbitragem.

Percebe-se que os requisitos contidos no conceito de arbitrabilidade são determinados pelo contexto e pela cultura do Estado no qual este é contemplado, posto que variam conforme a opção escolhida pela política legislativa de cada ordenamento jurídico. Observa-se que a lei estabelece os limites objetivos à arbitragem normalmente por meio da previsão de um critério geral positivo,⁸³ de um critério geral negativo,⁸⁴ de um rol de hipóteses específicas,⁸⁵ de critérios distintos conforme o âmbito interno ou internacional,⁸⁶ de critérios alternativos.⁸⁷ Enfim, entre as várias opções possíveis, destacam-se expressões que fazem

⁸³ Por exemplo, na Espanha, são suscetíveis de submissão à arbitragem “as controvérsias sobre matérias de livre disposição conforme a lei”. Artigo 2º, n. 1. ESPANHA. Ley n. 60/2003. Madrid, 23 dez. 2003. Disponível em <https://www.boe.es/buscar/pdf/2003/BOE-A-2003-23646-consolidado.pdf>. Acesso: 07 jan. 2019. Igualmente no Peru, são admissíveis à arbitragem as “matérias de livre disposição conforme o direito”. Artigo 2º, n. 1. PERU. Decreto Legislativo n. 1071. Ley de Arbitraje. Lima, 28 de julho de 2008. Disponível em [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/488DA732CA72637705257D0800548587/\\$FILE/D_L_1071_ley_norma_arbitraje.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/488DA732CA72637705257D0800548587/$FILE/D_L_1071_ley_norma_arbitraje.pdf). Acesso: 12 abr. 2019.

⁸⁴ Na Itália, a arbitragem é admitida “desde que o objeto não trate de direitos indisponíveis, exceto nos casos de expressa previsão por lei”. Artigo 806. ITÁLIA. Regio Decreto n. 1443. Codice di procedura civile. Roma, 28 out. 1940. Disponível em <http://www.gazzettaufficiale.it/dettaglio/codici/proceduraCivile/>. Acesso: 07 jan. 2019. No Uruguai, para as arbitragens domésticas, em regra, “toda controvérsia individual ou coletiva poderá ser submetida pelas partes a resolução de um tribunal arbitral”, exceto “as questões a respeito das quais está proibida a transação”. Artigos 472 e 476. URUGUAI. Ley n. 15.982. Código General del Proceso. Montevideo, 18 out. 1988. Disponível em <https://iberred.org/sites/default/files/cdigo-procesal-civiluruguay.pdf>. Acesso: 12 abr. 2019.

⁸⁵ Nos Estados Unidos, a lei apenas trata das hipóteses de inarbitrabilidade, referentes aos marinheiros, empregados de estradas de ferro ou qualquer outra classe de trabalhadores envolvidos em comércio exterior ou interestadual. Artigo 1º. ESTADOS UNIDOS. Public Law 68-401. To make valid and enforceable written provisions or agreements for arbitration of disputes arising out of contracts, maritime transactions, or commerce among the States or territories or with foreign nations. Washington, 12 fev. 1925. Disponível em <https://www.govinfo.gov/app/details/USCODE-2011-title9/context>. Acesso: 07 fev. 2019. No âmbito da arbitragem interna no Chile, as partes podem submeter seus conflitos à arbitragem voluntária, exceto nas questões sobre alimentos, direito de pedir a separação de bens do casal, causas criminais, polícia local, relações entre representante legal e seu representado, e, ainda, aquelas em que tiver que ser ouvido o Fiscal Judicial (que, antes da reforma processual penal chilena, era chamado de Ministério Público). Artigos 229 e 230. CHILE. Ley n. 7421. Código Orgánico de Tribunales. Santiago, 15 jun. 1943. Disponível em <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=25563>. Acesso: 14 abr. 2019.

⁸⁶ Os interesses arbitráveis contemplados na legislação da Suíça se distinguem conforme o contexto, uma vez que, para arbitragens domésticas, pode ser submetida “qualquer demanda sobre a qual as partes podem livremente dispor”, e, para arbitragens internacionais, “qualquer controvérsia de interesse econômico”. Respectivamente, conforme: artigo 354. SUIÇA. Zivilprozessordnung. [Código de Processo Civil]. Berna, 19 dez. 2008. Disponível em <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/20061121/201801010000/272.pdf>. Acesso: 07 jan. 2018 e artigo 177, II, 1. SUIÇA. Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht. [Código Federal de Direito Internacional Privado]. Berna, 18 dez. 1987. Disponível em https://www.swissarbitration.org/files/34/Swiss%20International%20Arbitration%20Law/IPRG_english.pdf.

⁸⁷ Na Alemanha, a lei admite como arbitráveis tanto qualquer demanda envolvendo interesse econômico, quanto àquelas que não envolvam um interesse econômico, mas que as partes possam acordar sobre a questão em causa. Artigo 1029, n. 1. ALEMANHA. Zivilprozessordnung. [Código de Processo Civil]. Berlin, 05 dez. 2005. Disponível em https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/. Acesso: 07 jan. 2019. De maneira similar à Alemanha, em Portugal, a lei aceita que sejam submetidos à arbitragem “qualquer litígio respeitante a interesses de natureza patrimonial”, bem como os “litígios que não envolvam interesses de natureza patrimonial, desde que as partes possam celebrar transação sobre o direito controvertido”. Artigo 1º. PORTUGAL. Lei n. 63/2011. Lei

referência à livre disposição, à transigibilidade, à patrimonialidade, a interesses econômicos, à presença do Ministério Público.

Na arbitragem internacional, os árbitros analisam os critérios de arbitrabilidade normalmente pela lei escolhida pelas partes,⁸⁸ mas, “quando as partes não tiverem expresso a sua vontade em relação à lei aplicável à convenção de arbitragem, os árbitros têm liberdade para determinar a lei aplicável.⁸⁹ Nesse caso, como os critérios de arbitrabilidade podem ser distintos entre os ordenamentos jurídicos, para enfrentar a questão sobre a arbitrabilidade, o tribunal arbitral deve decidir pela aplicação da lei do lugar, ou sede, da arbitragem (*lex loci arbitri*),⁹⁰ da lei da jurisdição em que se pretende executar a decisão⁹¹ ou de outra lei. Então, conforme a substância da lei escolhida pelas partes ou determinada pelos árbitros como aplicável, será analisada a possibilidade ou não de submissão da controvérsia à via arbitral.

No viés internacional, os critérios de arbitrabilidade estabelecidos pela legislação de um Estado são importantes para o estágio de reconhecimento e execução de uma sentença arbitral estrangeira dentro do regime da Convenção de Nova Iorque, pois o tribunal estatal pode recusar a execução se descobrir que, “segundo a lei do seu país, o objeto da divergência não é passível de solução mediante arbitragem” (artigo V, n. 2, a). Isto é, são aferidos pelo Judiciário os critérios de arbitrabilidade sob a lei do país em que se tenciona o reconhecimento e a execução da sentença arbitral (*lex fori*). Tal vai ao encontro da Lei de Arbitragem brasileira, segundo a qual será denegada, pelo Superior Tribunal de Justiça, a homologação para o reconhecimento ou a execução da sentença arbitral estrangeira quando se

da Arbitragem Voluntária. Lisboa, 14 dez. 2011. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=1579A0001&nid=1579&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo. Acesso: 07 fev. 2019.

⁸⁸ É entendido que a melhor forma para determinar a lei aplicável à arbitrabilidade é verificar a lei aplicável à arbitragem (*lex arbitri*), aquela escolhida pelas partes para reger os aspectos procedimentais. DRLÍČKOVÁ, Klára. Arbitrability and public interest in international commercial arbitration. International and Comparative Law Review, Olomouc, v. 17, n. 2, p. 55–71, 2017, p. 56.

⁸⁹ HANOTIAU, Bernard. The law applicable to arbitrability. Singapore Academy of Law Journal, Singapura, v. 26, p. 874-885, 2014, p. 879.

⁹⁰ Observa-se que, “estritamente falando, um tribunal arbitral não tem uma *lex fori*. Mas, tradicionalmente a lei nacional do lugar da arbitragem (*lex loci arbitri*) sempre teve um papel significante na determinação da arbitrabilidade pelo tribunal. Isso por duas razões: primeiro, a lei do lugar é expressamente referida na Convenção de Nova Iorque. Segundo e mais importante, os árbitros tendem a aplicar a lei do lugar ao decidir a arbitrabilidade a fim de evitar que a sentença seja anulada pelos tribunais estatais do lugar”. BREKOULAKIS, Stravos. Law applicable to arbitrability: revisiting the revisited *lex fori*. In. MISTELIS, Loukas; BREKOULAKIS, Stravos (Org.). Arbitrability: international & comparative perspectives. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Law & Business, 2009, p. 111.

⁹¹ Embora o tribunal possa decidir pela lei da jurisdição em que se pretende executar a decisão, pode ser observado que “os árbitros geralmente não querem recusar a arbitrar porque a disputa não é considerada arbitrável no Estado que executa a decisão. Afinal, em muitos casos, as partes voluntariamente acordam em pagar a sentença uma vez proferida. Ainda, uma sentença pode ser executada em mais de um Estado, se ativos puderem ser encontrados em mais de um”. MOSES, Margaret. The principles and practice of international commercial arbitration. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2008, p. 69.

constatar que, segundo a lei brasileira, o objeto do litígio não é suscetível de ser resolvido por arbitragem (artigo 39, inciso I).

1.3.1 Os limites à arbitragem: arbitrabilidade e ordem pública

A ordem pública possui, em certos pontos, reflexos fundamentais à arbitragem, tanto doméstica, quanto internacional. Para que essas relações possam ser analisadas, é, desde já, essencial esclarecer que são casos distintos a aplicação de normas de ordem pública e a inarbitrabilidade com base em critérios relativos à ordem pública. Antes, contudo, de adentrar no assunto, faz-se necessário delinear alguns aspectos sobre o conteúdo da expressão.

A “ordem pública” se trata de um conceito de textura aberta, indeterminado, vago, usado pelos legisladores, razão pela qual “tem de ser densificado ou integrado pela jurisprudência, com o auxílio da doutrina, conferindo-se-lhe conteúdo preceptivo que o habilite a auxiliar as normas de caráter casuístico na regulação das situações concretas”.⁹² Como sinônima da ordem social, a ordem pública, segundo Castro, são todas as manifestações sociais relevantes, que, embora não se confundam com o direito, o abarcam: “são os preconceitos informativos do viver de um grupo, ou patrimônio espiritual inquebrantável de um povo, como reflexo de seus costumes e suas tradições, de suas ideias políticas, econômicas, morais, religiosas, jurídicas, em determinada época. É o bem comum”.⁹³ A ordem pública interna diz respeito a “normas e princípios jurídicos absolutamente imperativos que formam os quadros fundamentais do sistema, sobre eles se alicerçando a ordem econômico-social, pelo que são inderrogáveis pela vontade dos indivíduos”.⁹⁴

Percebe-se que, ao serem inderrogáveis pela vontade dos indivíduos, configuram-se restrições à autonomia privada. Nesse sentido, explica Amaral Neto que “os limites da autonomia privada são a ordem pública [...] como conjunto de normas jurídicas que regulam e protegem os interesses fundamentais da sociedade e do Estado, e as que, no Direito privado, estabelecem as bases jurídicas fundamentais da ordem econômica”.⁹⁵ Daí se extrai a percepção de ordem pública enquanto disposições obrigatórias que não podem ser afastadas pela vontade dos particulares, as quais, por sua vez, caracterizam as chamadas normas imperativas. Explica Leal que, no âmbito das classificações tradicionais das disposições

⁹² CAMELO, António Sampaio. Anulação de sentença arbitral contrária à ordem pública. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 32, p. 133-173, 2012.

⁹³ CASTRO, Amílcar de. Ordem social. Revista da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, v. 11, p. 27-47, out. 1959, p. 29.

⁹⁴ MACHADO, João Baptista. Lições de direito internacional privado 3. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 254.

⁹⁵ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Autonomia privada. Revista CEJ, Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, Brasília, v. 3, n. 9, p. 25-30, set./dez. 1999, p. 27.

legais, “a verdade jurídica está em identificar as normas imperativas com as de ordem pública, sem identificar estas últimas com o direito público”,⁹⁶ sendo atinentes à ordem pública tanto as normas jurídicas imperativas de direito privado, quanto as de direito público.

Com importância no que toca às questões enfrentadas nos tribunais para o reconhecimento das sentenças arbitrais, observa-se que a noção de ordem pública nacional é dividida em seu âmbito⁹⁷ com base no grau da sua violação, pela referência à ordem pública interna, até então abordada, e à ordem pública internacional. Em um conceito amplo de ordem pública internacional, identificam-se as leis imperativas de ordem pública, os princípios fundamentais, pertencentes à moralidade e à justiça, que o Estado deseje proteger mesmo quando não esteja diretamente envolvido, e as relações obrigacionais entre os Estados.⁹⁸

A ordem pública internacional é “limitada à violação das realmente fundamentais concepções do ordenamento jurídico no país envolvido”.⁹⁹ Tal vai ao encontro da previsão de direito positivo no Brasil, encontrada no Código de Bustamante, segundo a qual as normas constitucionais são consideradas como de ordem pública internacional (artigo 4º).¹⁰⁰ O chamado sistema de delibação para o exame das sentenças estrangeiras pelo Superior Tribunal de Justiça observa “as formalidades da sentença à luz de princípios fundamentais para se considerar justo um processo, tais como: respeito ao contraditório e à ampla defesa, legalidade dos atos processuais, respeito aos direitos fundamentais humanos, adequação aos bons

⁹⁶ LEAL, Victor Nunes. Classificação das normas jurídicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, p. 931-948, 1945, p. 937.

⁹⁷ Ressalva-se que a divisão não é da ordem pública em si, porquanto “a ordem pública constitui princípio único, [mas] que irradia seus efeitos em planos diversos”. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 32.

⁹⁸ Tal vai ao encontro da recomendação 1(d) do anexo da resolução 2, que é fruto de um estudo de seis anos sobre ordem pública, segundo a qual, dentro do conteúdo amplo da ordem pública internacional, estariam identificados as leis de ordem pública/ *lois de police*, os princípios fundamentais e as relações exteriores. A esse respeito, a recomendação 1(e) ilustra: “um exemplo de princípio substantivo fundamental é a proibição do abuso de direitos. Um exemplo de princípio processual fundamental é a exigência de os tribunais serem imparciais. Um exemplo de norma de ordem pública é a lei antitruste. Um exemplo de obrigação internacional é uma resolução das Nações Unidas impondo sanções. Algumas regras, como aquelas proibindo a corrupção, encaixam-se em mais de uma categoria”. INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, Committee on International Commercial Arbitration. Resolution 2/2002. In. *Seventieth Conference of the International Law Association*, New Delhi, 2002. Disponível em https://www.juridice.ro/wp-content/uploads/2015/01/197_ila-resolution-on-public-policy-2002.pdf. Acesso: 12 abr. 2019.

⁹⁹ SANDERS, Pieter. Commentary. In. INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (Org.). *60 years of icc arbitration - a look at the future*. Paris: ICC Pub. 1984, p. 364.

¹⁰⁰ BRASIL. *Decreto n. 18.871*, de 13 de agosto de 1929. Promulga a Convenção de direito internacional privado, de Havana. Rio de Janeiro, RJ, 13 ago. 1929. Disponível em <http://legis.senado.leg.br/norma/435904/publicacao/15693455>. Acesso: 12 abr. 2019.

costumes”.¹⁰¹ Veja-se, por exemplo, o caso em que, por incidirem juros compostos sobre verbas condenatórias na sentença arbitral, foi alegada, porque o ordenamento jurídico brasileiro repudia a usura, ofensa à ordem pública em sede de homologação de sentença arbitral estrangeira, diante do que se decidiu que não é “qualquer contrariedade ao sistema jurídico local que pode implicar ofensa à ordem pública, de tal sorte que descabe ao STJ fazer análise profunda acerca do conteúdo e(ou) da justiça da decisão estrangeira quando não constatada malversação a valores fundamentais da cultura jurídica pátria”.¹⁰² Logo, importa ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça, para homologar decisões arbitrais estrangeiras, não se aprofunda em questões de mérito, na medida em que, nas suas palavras, “exerce juízo meramente delibatório. Vale dizer, cabe ao STJ, apenas, verificar se a pretensão atende aos requisitos legais e regimentais aplicáveis (Lei da Arbitragem, CPC, LINDB e RISTJ), sendo-lhe defeso adentrar o mérito das questões decididas”.¹⁰³

Nessa perspectiva, algo que diz respeito à ordem pública nas relações internas “não necessariamente pertence à ordem pública nas relações internacionais. Segundo essa distinção, o número de matérias consideradas abrangidas pela ordem pública nos casos internacionais é menor do que nos domésticos”.¹⁰⁴ Conforme explicado por Aprigliano, “a ordem pública internacional de um país é necessariamente mais tolerante que a sua ordem pública interna, sendo aquela somente manejável em situações mais drásticas, em que haja manifesto risco de afronta aos valores consagrados e protegidos pela Constituição”,¹⁰⁵ motivo pelo qual, nos exemplos citados pelo autor, estariam sentenças reconhecendo efeitos a escravidão, leis que permitam discriminação racial, processo sem citação regular, violação ao devido processo legal e falta de motivação da decisão. Daí porque as bases para a recusa ao

¹⁰¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sentença Estrangeira Contestada n. 10.076 - GB. Requerente: Bnp Paribas Commodity Futures Limited. Requerido: Manoel Fernando Garcia e S/A Fluxo Comércio e Assessoria Internacional. Relator: Ministro Og Fernandes. Brasília, DF, 20 maio 2015.

¹⁰² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sentença Estrangeira Contestada n. 4.024 -GB. Requerente: Keytrade Ag. Requerido: Ferticitrus Indústria e Comércio de Fertilizantes Ltda. Relator: Ministra Nancy Andri ghi. Brasília, DF, 07 ago. 2013.

¹⁰³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Homologação de decisão estrangeira n. 120 - US. Requerente: Levi Strauss de Espana AS. Requerido: Ganaderia Brasil Indústria e Comércio de Acessórios de Moda Ltda. Relatora: Ministra Nancy Andri ghi. Brasília, DF, 12 mar. 2019.

¹⁰⁴ BERG, Albert Jan van den. The new york convention of 1958: an overview. In. GAILLARD, Emmanuel; PIETRO, Domenico di. (Org.). Enforcement of arbitration agreements and international arbitral awards: the new york convention in practice. Londres: Cameron May, 2008, p. 63. Nesse sentido: “as normas e princípios de ordem pública internacional são normas e princípios de ordem pública interna, mas o inverso não é verdadeiro, ou seja, nem todas as normas e princípios de ordem pública interna são de ordem pública internacional”. MONTEIRO, António Pedro Pinto. Da ordem pública no processo arbitral. In. GUEDES, Armando Marques; GOUVEIA, Mariana França, et. al. Estudos em homenagem ao prof. doutor José Lebre de Freitas - vol. II. Coimbra: Coimbra, 2013, p. 617.

¹⁰⁵ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. A ordem pública no direito processual civil. 2010. 335 f. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 75.

reconhecimento da sentença arbitral estrangeira pelo Superior Tribunal de Justiça são interpretadas restritivamente, originando uma tendência pró-arbitragem.¹⁰⁶

Viu-se que a origem do conceito de arbitrabilidade está ligada à ideia de soberania dos Estados para decidir, conforme os seus próprios interesses, quais áreas de disputas devem ser resolvidas exclusivamente nos tribunais nacionais. Nesse contexto, mesmo que “esses limites variem de estado para estado, todos eles decorrem de um conjunto comum de preocupações relacionadas ao uso da arbitragem para resolver disputas ‘públicas’”.¹⁰⁷ Ainda que existam críticas à admissibilidade da arbitragem em que houver o envolvimento de questões de ordem pública, entre elas, a de que a arbitragem comprometeria o devido processo legal na resolução dessa disputa, em razão das características de privacidade, irrecorribilidade da sentença, entre outras, verifica-se que “se esse fosse o caso, todas as disputas -as de ordem pública ou não- deveriam ser excluídas da arbitragem completamente. Até mesmo disputas puramente comerciais requerem garantias processuais inabaláveis”.¹⁰⁸

Com relação ao ordenamento jurídico brasileiro, é certo que o devido processo legal, garantia ampla prevista na Constituição Federal (artigo 5º, inciso LIV), também foi assimilado para a arbitragem (ainda que as partes possam estabelecer as regras para o procedimento na sua convenção), a partir da exigência de um respeito obrigatório aos princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento, consagrados na Lei de Arbitragem (artigo 21, §2º). Segundo o Superior Tribunal de Justiça, nota-se que, mesmo sendo necessário preservar as particularidades do processo judicial e da arbitragem, regida por princípios próprios (notadamente o da autonomia da vontade e da celeridade da prestação jurisdicional), as dúvidas quanto à admissão de certos institutos no procedimento arbitral devem ser examinadas no enfoque da sua adequação com o sistema processual vigente, com base nas principais noções do processo judicial, dado o seu

¹⁰⁶ ABBUD, André de Albuquerque. Fifty years in five? the brazilian approach to the new york convention. In. JEMIELNIAK, Joanna; MIKLASZEWICZ, Przemyslaw (Org.). Interpretation of law to the global world: from particularism to a universal approach. Heidelberg: Springer, 2010, p. 290.

¹⁰⁷ BORN, Gary. International commercial arbitration, volume 1. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2009, p. 775.

¹⁰⁸ BREKOULAKIS, Stavros. On arbitrability: persisting misconceptions and new areas of concern. Queen Mary University of London, School of Law, Legal Studies Research, Londres, n. 20, p. 18-45, 2009, p. 25. Para ressaltar que as disputas puramente comerciais, diante dos seus impactos sociais, também exigem garantias processuais, o autor complementa que “milhares de ‘disputas privadas’ surgem todos os anos, as quais prima facie não têm implicações de ordem pública. No entanto, elas coletivamente valem bilhões de dólares e, com efeito, têm um impacto de grande alcance na economia e na sociedade que ultrapassa as partes de um contrato privado” Ibid., p. 25.

paralelo com a arbitragem, igualmente ramo do Direito Processual, a fim de que sejam garantidos às partes o tratamento isonômico, o pleno contraditório e a ampla defesa.¹⁰⁹

Uma suposta inaptidão do árbitro também foi objeto de críticas quando envolvidas questões de ordem pública, na medida em que estas, consoante o Juiz Posner, “são consideradas muito difíceis de serem decididas competentemente por árbitros - que não são juízes, e muitas vezes nem mesmo advogados - e importantes demais para serem decididas de outra forma senão por tribunais competentes”.¹¹⁰ Hoje em dia, considerações nesse sentido dificilmente se sustentam, na medida em que prevalece a compreensão de que o árbitro é juiz de fato e de direito. Além disso, aponta-se que, para ser árbitro, com relação aos requisitos consagrados no artigo 13 da Lei de Arbitragem, a “capacidade” é interpretada como a civil e a técnica, quando for o caso, para decidir a matéria.¹¹¹

Outra crítica existente vislumbra que a política por trás de legislações dirigidas a proteção de grupos sociais específicos, como a consumerista e a trabalhista, só seria implementada por um juízo inclinado a estes grupos de consumidores e empregados. Trata-se do “medo de que os árbitros privados iriam aplicar inadequadamente disposições de direito público [...]. A imagem dos árbitros como ‘homens do comércio’ tendenciosos ao negócio e hostis às questões de regulação de direito público tem alimentado esse clássico medo”.¹¹² No entanto, conforme Brekoulakis, não se poderia entender que, para que o objetivo da ordem pública fosse alcançado, seria necessária uma condição externa de que o decisor seja favoravelmente predisposto ao grupo social, pois os “decisores são exigidos a aplicar *corretamente* as normas relevantes. Em princípio, as normas podem ser aplicadas corretamente tanto por uma pessoa contratada pelo estado (i.e. um juiz) quanto por uma pessoa contratada pelas partes (i.e. um árbitro)”,¹¹³ em um procedimento que assegura o

¹⁰⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.543.564 - SP. Recorrente: Fischer, América Comunicação Total Ltda. Recorrido: Euler Alves Brandão, et. al. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, DF, 25 set. 2018.

¹¹⁰ ESTADOS UNIDOS, Court of Appels for the Seventh Circuit. Caso n. 699 F.2d 846. Recorrente: Unimarc Ltd. Recorrido: University Life Insurance Co. of America. Relator: Circuit Judge Richard Posner. Chicago, 12 jan. 1983. Disponível em <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/699/846/231942/>. Acesso: 12 maio 2019.

¹¹¹ A capacidade pode ser técnica “quando assim for estabelecido pelas partes como condição para a indicação do árbitro, por exemplo, o árbitro deve ser engenheiro civil com 10 anos de atuação em determinado segmento, ou conhecer e estar afeito ao mercado de capitais etc.” LEMES, Selma Ferreira. O dever de revelação do árbitro, o conceito de dúvida justificada quanto a sua independência e imparcialidade (art. 14, § 1.º, da lei 9.307/1996) e a ação de anulação de sentença arbitral (art. 32, ii, da lei 9.307/1996). Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 36, p. 231-251, jan./mar. 2013.

¹¹² YOUSSEF, Karim Y. The death of inarbitrability. In. MISTELIS, Loukas; BREKOULAKIS, Stavros (Org.). Arbitrability: international & comparative perspectives. Haia: Kluwer Law International, 2009, p. 50.

¹¹³ BREKOULAKIS, Stavros. On arbitrability: persisting misconceptions and new areas of concern. Queen Mary University of London, School of Law, Legal Studies Research, Londres, n. 20, p. 18-45, 2009, p. 29.

tratamento equânime às partes, seja ele arbitral, nos termos da Lei de Arbitragem (artigo 21 § 2º) seja judicial, nos termos do Código de Processo Civil (artigo 139, inciso I).

Além disso, esse discurso de inadequação do juízo arbitral para a proteção de certos grupos sociais não se identifica com a realidade do direito brasileiro, na medida em que, no que diz respeito a esses campos específicos do direito, é prevista expressamente, na Constituição Federal de 1988 a partir da Emenda Constitucional n. 45 de 2004, a utilização da arbitragem no âmbito do direito coletivo do trabalho, em sede de dissídio coletivo de natureza econômica (artigo 114, §§1º e 2º). Ainda, no Código de Defesa do Consumidor, é estabelecida a nulidade de pleno de direito das cláusulas contratuais que determinem a utilização compulsória de arbitragem (artigo 51, inciso VII), cuja regra, incidente sobre contratos derivados de relação de consumo, sejam de adesão ou não, significa uma limitação que veda à “adoção prévia e compulsória da arbitragem, no momento da celebração do contrato, mas não impede que, posteriormente, diante de eventual litígio, havendo consenso entre as partes (em especial a aquiescência do consumidor), seja instaurado o procedimento arbitral”.¹¹⁴

Por sua vez, uma das mais interessantes críticas analisadas por Brekoulakis questiona se o árbitro tem o dever de aplicar o direito do país cuja ordem pública está envolvida na disputa tratada em uma arbitragem que não ocorre nesse país. Trata-se do cenário do notório caso *Mitsubishi v. Soler*, no qual a disputa surgiu relacionada à Lei Sherman, norte-americana, mas as partes acordaram que o lugar da arbitragem seria no Japão e a lei aplicável ao mérito seria a da Suíça. A Suprema Corte norte-americana, “reformando a decisão que tinha fixado o entendimento de que a disputa não era passível de ser submetida à arbitragem, entendeu que não havia óbices para que o tribunal arbitral decidisse uma disputa na qual se reclamava a aplicação do Sherman Act”.¹¹⁵ O *dictum* do caso *Mitsubishi v. Soler* considerou que um tribunal arbitral internacional não era vinculado a normas de Estados particulares, senão conforme a intenção das partes, bem como que qualquer risco à ordem pública de um país poderia ser examinada pelos seus próprios tribunais nacionais quando da análise do reconhecimento e execução da sentença arbitral.¹¹⁶ Ainda que existam críticas válidas em

¹¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.753.041 - GO. Recorrente: Flávio Roberto Alves. Recorrido: Emisa Engenharia e Comércio Limitada. Relator: Ministra Nancy Andrichi. Brasília, DF, 18 set. 2018.

¹¹⁵ MENDES, Rodrigo Octávio Broglia. Arbitragem, lex mercatória e direito estatal: uma análise dos conflitos ortogonais no direito transnacional. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 42.

¹¹⁶ Nas palavras da Suprema Corte norte-americana: “Com certeza, o tribunal arbitral internacional não deve obediência prévia às normas legais de estados particulares; portanto, não tem obrigação direta de reivindicar seus ditames legais. O tribunal, no entanto, está obrigado a efetuar as intenções das partes”. Ainda: “Tendo permitido

relação ao argumento usado pela Suprema Corte que diz respeito à doutrina norte-americana do segundo olhar [*second look doctrine*], para garantir a consideração adequada da ordem pública,¹¹⁷ Brekoulakis esclarece que “está dentro dos deveres do árbitro ponderar todas as circunstâncias fáticas relevante da disputa e decidir se aplica, ou pelo menos se leva em consideração, a ordem pública ou normas cogentes de um país ao invés daquelas regras cujas partes acordaram”.¹¹⁸ Tanto é que, no caso sob análise, a referida lei antitruste norte-americana fora aplicada na arbitragem, apesar da convenção das partes contemplar a lei suíça. Assim, cabe aos árbitros, decidir levar em consideração a doutrina do segundo olhar ou não, embora, nesses casos, seja recomendável que o façam para certas questões.¹¹⁹ Nessa perspectiva, “os árbitros são autorizados a ignorar as previsões da lei aplicável escolhida pelas partes onde eles considerem que essas previsões sejam contrárias a ordem pública internacional. [...] Praticamente em todos os países, uma sentença pode ser anulada ou ter reconhecimento negado se contrária à ordem pública”.¹²⁰ Aliás, há quem fale na existência de um “dever geral de que os árbitros profiram uma sentença executável”.¹²¹ Diante disso, faz-se importante considerar que “não há nada para indicar que os árbitros em si são incapazes de realizar essa espécie de ponderação. [...] Igualmente, não existe nada para sugerir que os

que a arbitragem avance, os tribunais nacionais dos Estados Unidos terão a oportunidade, na fase de execução de premiação, de garantir que o interesse legítimo na aplicação das leis antitruste tenha sido tratado”. ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. Caso n. 83-1569 - 473 U.S. 614. Requerente/Requerido (primeira parte): Mistubishi Motors Corporation. Requerente/Requerido (segunda parte): Soler Chrysler-Plymouth Inc. Relator: Justice Harry Andrew Blackmun. Washington, 01 jul. 1985. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/473/614/>. Acesso: 12 abr. 2019.

¹¹⁷ Isso porque tratar-se-ia de uma “válvula de segurança problemática [...]”. Se exigir uma revisão sobre o mérito, ela desfaz o processo arbitral. Mas se exigir apenas um exame mecânico em face da sentença, pode não fazer uma verificação eficaz de um árbitro que menciona a Lei Sherman antes de continuar a ignorá-la”. PARK, William. Private adjudicators and the public interest: the expanding scope of international arbitration. Brooklyn Journal of International Law, Nova Iorque, v. 12, p. 629-674, 1986, p. 642. Critica-se a doutrina norte-americana do segundo olhar, pois, “na prática, o recurso à doutrina do 'segundo olhar', invocada quando há temas que tocam a ordem pública, importa num verdadeiro 'escrutínio', 'revisão' da decisão arbitral pelos tribunais estatais, a fim de lhe conferir executividade” MAZZONETTO, Nathalia. Arbitragem e propriedade intelectual: aspectos estratégicos e polêmicos. São Paulo: Saraiva, 2017.

¹¹⁸ BREKOULAKIS, Stavros. On arbitrability: persisting misconceptions and new areas of concern. Queen Mary University of London, School of Law, Legal Studies Research, Londres, n. 20, p. 18-45, 2009, p. 31.

¹¹⁹ Nota-se que: “como parte dos seus melhores esforços para proferir uma sentença executável, os árbitros deveriam garantir que a questão é capaz de ser resolvida pela arbitragem e não é contrária a nenhum princípio e/ou leis mandatórias de ordem pública prevalecentes na sede da arbitragem ou em um lugar de conhecido reconhecimento e execução” CHARTERED INSTITUTE OF ARBITRATORS. International arbitration practice guideline. jurisdictional challenges. Londres. 2015, p. 10. Disponível em <https://www.ciarb.org/media/4192/guideline-3-jurisdictional-challenges-2015.pdf>. Acesso: 12 maio 2019

¹²⁰ GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John. (Org.). Fouchard, gaillard, goldman on international commercial arbitration. Haia: Kluwer Law International, 1999, p. 860-861.

¹²¹ NAGY, Csongor István. Arbitrability of company law disputes: a comparative patchworking. In. VERESS, Emőd (Org.). Arbitrability of company law disputes in central and eastern europe. Cluj-Napoca: Forum Iuris Books, 2018, p. 12.

juízes nacionais, que são 'vinculados' a aplicar normas imperativas dos seus países [...], vão eventualmente aplicar essas normas corretamente”.¹²²

Com efeito, concorda-se que estas objeções seriam concernentes mais à aplicação de normas de ordem pública pelos árbitros, que, caso não aplicadas, poderiam ensejar a anulação da sentença nacional ou a não homologação da sentença estrangeira, do que à discussão da inarbitrabilidade do litígio, perante a qual a relevância da ordem pública estaria, portanto, essencialmente limitada.¹²³ No que diz respeito à arbitrabilidade, verifica-se que essa questão pode *ou não* ser determinada por referência a critérios de ordem pública. Nesse contexto, nota-se que “recentemente testemunhamos uma tendência em expandir o escopo da arbitrabilidade”.¹²⁴ Tanto o é que já é possível identificar, diante da comparação das previsões de alguns países, a possibilidade de serem estabelecidos requisitos de arbitrabilidade que não dizem respeito à ordem pública, através da referência, por exemplo, ao “interesse econômico” ou à “patrimonialidade”.¹²⁵

Logo, embora a arbitrabilidade tenha surgido, na origem, como uma questão intimamente ligada à possibilidade de os Estados definirem, a partir da ordem pública, que matérias poderiam ser submetidas à arbitragem, hoje, a ocorrência da inarbitrabilidade não pode mais ser compreendida como necessariamente relacionada à ordem pública. Assim, o que se observa é que “a marginalização da ordem pública, o crescimento da confiança na arbitragem internacional e a assimilação dos árbitros aos juízes permitiu que o domínio da arbitragem se estendesse a áreas da atividade econômica envolvendo significativo interesse público”.¹²⁶ Inclusive, vem sendo compreendido que, em uma redefinição contemporânea da teoria da inarbitrabilidade, a inarbitrabilidade “deveria ser examinada à luz das limitações inerentes à arbitragem enquanto meio de resolução das disputas de origens contratuais. Baseada no consenso, a arbitragem possui dificuldades intrínsecas em afetar um círculo de pessoas que não as partes contratantes de uma convenção de arbitragem”.¹²⁷ Ou seja, nas

¹²² BREKOULAKIS, Stavros. On arbitrability: persisting misconceptions and new areas of concern. Queen Mary University of London, School of Law, Legal Studies Research, Londres, n. 20, p. 18-45, 2009, p. 31.

¹²³ *Ibid.*, p. 31-32.

¹²⁴ DRLÍČKOVÁ, Klára. Arbitrability and public interest in international commercial arbitration. International and Comparative Law Review, Olomouc, v. 17, n. 2, p. 55-71, 2017, p. 56.

¹²⁵ Nesse sentido: “A questão atinente a direitos patrimoniais não constitui matéria de ordem pública, não podendo, portanto, ser apreciada, de ofício”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 1.083.810 - SP. Agravante: Tst-Aica Auditores Independentes & Consultores Associados - Sociedade Simples Ltda Agravado: Condominio Edificio Palacio das Americas e Vitrine da Iguatemy. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, DF, 18 fev. 2019.

¹²⁶ YOUSSEF, Karim Y. The death of inarbitrability. In. MISTELIS, Loukas; BREKOULAKIS, Stavros (Org.). Arbitrability: international & comparative perspectives. Haia: Kluwer Law International, 2009, p. 52.

¹²⁷ BREKOULAKIS, Stavros. On arbitrability: persisting misconceptions and new areas of concern. Queen Mary University of London, School of Law, Legal Studies Research, Londres, n. 20, p. 18-45, 2009, p. 32.

espécies de disputas que ainda seriam consideradas inarbitráveis, a inarbitrabilidade não estaria relacionada à ordem pública, mas às limitações inerentes à arbitragem enquanto método consensual, preocupando-se muito mais com os casos em que o procedimento arbitral dificilmente poderia, superando as barreiras da convenção, alcançar todas as partes efetivamente relacionadas àquele procedimento e à sua decisão.

Assim, defende-se que a inarbitrabilidade não é um conceito que corresponde à ordem pública. Para essa compreensão, é essencial observar a introdução do artigo 39 na Lei de Arbitragem brasileira, em 2015, estabelecendo duas hipóteses para a denegação da homologação, para o reconhecimento ou a execução, da sentença arbitral estrangeira, a saber: quando, segundo a lei brasileira, o objeto do litígio não for suscetível de ser resolvido por arbitragem (inciso I) e quando a decisão ofender a ordem pública nacional (inciso II). Daí porque, ante a previsão de duas bases autônomas para essa denegação, a segunda (a ordem pública nacional) não se confundiria com a primeira (a inarbitrabilidade).¹²⁸

Não obstante, embora não sejam conceitos idênticos, diante do exame de diversos critérios que delineiam a inarbitrabilidade pelo cenário mundial, ainda é possível observar que prevalece, *como base* para alguns requisitos, razões de relevante interesse público, como, por exemplo, a referência à “presença do Ministério Público” e à própria “contrariedade à ordem pública”. No caso da lei brasileira, identifica-se claramente a arbitrabilidade com base em um critério relativo ao interesse público, qual seja o de “disponibilidade” do direito em causa. Assim, a inarbitrabilidade não se confunde com a ordem pública, muito embora a ordem pública possa ser subjacente ao seu requisito legal. Por essa razão, o ponto relativo à submissão de uma disputa à arbitragem deve ser analisado sob o prisma dos critérios previstos em lei. A aplicação das normas de ordem pública, de forma geral, é questão a ser examinada durante o procedimento arbitral, para fins de ser proferida uma sentença eficaz.

Portanto, *o exame da arbitrabilidade* não trata de analisar a violação das regras e princípios de ordem pública outros que não àqueles eventualmente previstos como seu critério, porquanto isso seria relativo ao tema de *aplicação da* norma de ordem pública. Isto é, uma coisa é a determinação do objeto suscetível de solução arbitral e a outra é a aplicação pelo árbitro das normas de ordem pública. E, no que diz respeito à aplicação do direito,

¹²⁸ A previsão assemelha-se àquela contida no artigo V, parágrafo 2, da Convenção de Nova Iorque, segundo a qual: “o reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral também poderão ser recusados caso a autoridade competente do país em que se tenciona o reconhecimento e a execução constatar que: a) segundo a lei daquele país, o objeto da divergência não é passível de solução mediante arbitragem; ou b) o reconhecimento ou a execução da sentença seria contrário à ordem pública daquele país”, em que “a)” diz respeito à inarbitrabilidade e “b)” à ordem pública.

reitera-se que as visões de que essas normas de interesse público seriam complicadas demais para os árbitros ou tratadas por eles em uma perspectiva negocial levando a subutilização das leis projetadas para proteger o interesse público, vem sendo revisadas e, destaca-se, não mais se sustentam nos ordenamentos jurídicos modernos e amigáveis à arbitragem¹²⁹ – tal qual o brasileiro.

1.3.2 O controle jurisdicional da convenção de arbitragem e da violação à ordem pública

A partir do que foi abordado até agora, é possível examinar as consequências processuais da inarbitrabilidade e da violação à ordem pública. A discussão a respeito da arbitrabilidade da questão pode ser levantada em diversos momentos, como, nos termos da Lei de Arbitragem, quando os árbitros decidirem sobre sua própria competência (artigo 20), quando o árbitro verificar de ofício questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem (artigo 8^a, parágrafo único), quando os árbitros decidirem sobre alegação de nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem (artigo 20), quando for pleiteada a declaração de nulidade da sentença arbitral nacional (artigo 33), quando em execução judicial houver impugnação ao cumprimento dessa sentença (artigo 33, §3º), quando for permitida a homologação de sentença estrangeira para reconhecimento e execução no âmbito jurídico interno (artigo 39, I).

Sobre a convenção de arbitragem, explica Roque que, se “celebrada fora dos limites da arbitrabilidade, o resultado será um negócio jurídico inválido, seja porque dele participou pelo menos um agente que não tinha capacidade para este fim (falta de arbitrabilidade subjetiva), seja porque o seu objeto não era admitido pela lei (ausência de arbitrabilidade objetiva)”.¹³⁰

A importância e consequência dos critérios *sine qua non* abrangidos pela arbitrabilidade são observadas pelo fato de que a inarbitrabilidade de um litígio “significa que [este] não pode ser solucionado por tribunal arbitral, de modo que a arbitrabilidade é uma condição de validade da convenção de arbitragem e, conseqüentemente, da competência dos

¹²⁹ KOZUBOVSKA, Beata. Trends in arbitrability. *IALS Student Law Review, School of Advanced Study, University of London*, Londres, v. 1, n. 2, p. 22-29, mar./maio, 2014, p. 23. Acrescenta-se que, em Portugal, Estado igualmente amigável à arbitragem, “parece decididamente posta de lado a tese de que a existência de normas imperativas limita a arbitrabilidade do litígio. A doutrina é praticamente unânime neste ponto, assim como a larga maioria das decisões sobre o tema”. GOUVEIA, Mariana França. *Curso de resolução alternativa de litígios*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 125.

¹³⁰ ROQUE, André Vasconcelos. A evolução da arbitrabilidade objetiva no Brasil: tendências e perspectivas. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 33, p. 301-337, abr./jun. 2012.

árbitros”.¹³¹ Nessa linha, da inarbitrabilidade decorre a nulidade da convenção de arbitragem, o que, por sua vez, implica, caso o vício não tenha sido detectado em momento anterior, na nulidade da sentença arbitral proferida, cuja declaração deve ser pleiteada pela parte interessada perante o Poder Judiciário. Também da inarbitrabilidade, analisada sempre pelos critérios da lei brasileira, decorre a denegação da homologação de sentença arbitral estrangeira pelo Superior Tribunal de Justiça.

Com efeito, nota-se que a nulidade da sentença cuja origem primeira do vício é a inarbitrabilidade não se funda por ser o caso de uma decisão proferida fora dos parâmetros da convenção (artigo 32, IV, Lei de Arbitragem), mas, sim, por ser uma decisão proferida em um procedimento instaurado a partir de uma convenção nula (artigo 32, I). Logo, a questão da inarbitrabilidade seria presumida no artigo 32, inciso I, da Lei de Arbitragem, ante a nulidade da convenção de arbitragem.¹³² Isso pode ser percebido a partir do caso H.R.M.L vs. V.M.R.L e L.F.R.L,¹³³ ação de execução proposta para cobrança dos valores inadimplidos decorrentes da obrigação alimentar assumida em juízo arbitral, no qual, em sede de Agravo de Instrumento, o Tribunal de Justiça do Mato Grosso declarou nulidade do título executivo, qual seja a sentença arbitral, justamente em razão da inarbitrabilidade do litígio (obrigação alimentar), extinguindo, assim, a ação de execução. Sem adentrar sobre a controvérsia doutrinária existente a respeito da possibilidade de serem arbitráveis os valores da pensão alimentícia, o Grupo de Trabalho fruto da parceria institucional acadêmico-científica da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas com o Comitê Brasileiro de Arbitragem esclareceu o equívoco em que incorrera a decisão na aplicação do artigo 32 da Lei de Arbitragem, que “determinou a invalidade do laudo com base no inciso IV, do art. 32, que dispõe sobre os limites da convenção arbitral. Contudo, o presente caso refere-se à inarbitrabilidade do tema (art. 1º c/c art. 32, I)”.¹³⁴

Nessa perspectiva, a arbitrabilidade opera no plano da validade da convenção arbitral, e, por conseguinte, da sentença. Há, porém, divergência com relação a sua incidência no sistema das invalidades processuais. Para Vicente, ao se compreender o sistema arbitral dentro do sistema processual brasileiro, mesmo que a inarbitrabilidade leve à nulidade da

¹³¹ TIBÚRCIO, Carmen. Arbitragem envolvendo a administração pública: estado atual no direito brasileiro. *Revista Direito Público*, Brasília v. 11, n. 58, p. 62-82, jul./ago. 2014, p. 64.

¹³² LEE, João Bosco. *Arbitragem comercial internacional nos países do mercosul*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 207.

¹³³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso. *Agravo de Instrumento n. 54131/2007*. Agravante: H.R.M.L. Agravado: V.M.R.L e L.F.R.L. Relator: Desembargador Antônio Horácio da Silva Neto. Cuiabá, MT, 28 jan. 2008. A decisão transitou em julgado em 17 out. 2008.

¹³⁴ BRAGHETTA, Adriana; GONÇALVES, Eduardo Damião; et. al. *Relatório do 1º tema: invalidade da sentença arbitral*. 2009, p. 55. Disponível em http://cbar.org.br/PDF/Pesquisa_GV-CBAr_relatorio_final_1_etapa_2fase_24.06.09.pdf. Acesso: 11 maio 2019.

convenção de arbitragem, porque atingida no plano da validade, a sentença arbitral, no caso, não seria inválida, mas, sim, inexistente, em razão da ausência de jurisdição dos árbitros.¹³⁵

Se, nas palavras da tese 1 consolidada pelo Superior Tribunal de Justiça, a eficácia positiva da convenção de arbitragem válida acaba por definir “ao juízo arbitral eleito a competência para dirimir os litígios relativos aos direitos patrimoniais disponíveis, derogando-se a jurisdição estatal”,¹³⁶ então, inversamente, uma convenção inválida, sem eficácia positiva, acabaria por definir a competência ao juízo estatal, derogando-se a jurisdição arbitral. Nesse caso, eventual processo julgado por pessoa não investida em jurisdição é ato inexistente. E o defeito das decisões proferidas, sendo inexistentes, não se encerra com o término do feito. A partir disso, no contexto de impugnação dessa sentença arbitral, mostra-se pertinente o exame levantado por Vicente de que a consequência não é propriamente uma ação de declaração de nulidade, mas uma ação declaratória de inexistência jurídica, sem incidência do prazo de 90 dias do artigo 33, §1º, da Lei.

Com relação aos limites à arbitragem decorrentes da violação à ordem pública, a questão pode ser analisada pelo Poder Judiciário, na homologação de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil (artigo 39, II) e na ação de anulação da sentença arbitral nacional (artigo 33), bem como, ao longo do procedimento, pelo tribunal arbitral, em sede de afastamento das regras de direito escolhidas pelas partes.

A primeira hipótese, com expressa previsão na Lei de Arbitragem, é analisada perante um juízo de delibação pelo Superior Tribunal de Justiça. Daí porque, como se viu, mostra-se importante a observância da ordem pública do país cuja execução da sentença se pretende, notadamente sob pena de ineficácia da mesma. Convém retomar que ordem pública cuja violação será analisada em sede de homologação da sentença arbitral estrangeira é a internacional, com âmbito mais restrito e mais grave do que a interna, notadamente no que diz respeito às formalidades da sentença à luz de princípios fundamentais.

No que toca à ação de declaração de nulidade da sentença nacional, prevista no artigo 33, ainda que haja considerações no sentido de que o rol do artigo 32 dos casos ensejadores de nulidade seria exaustivo, parece prevalecer atualmente a sua compreensão como sendo exemplificativo. Assim, a violação à ordem pública também seria uma hipótese de nulidade da sentença, em que pese não prevista expressamente no rol do artigo 32. Por coerência, tal

¹³⁵ VICENTE, Fabrizio Matteucci. Arbitragem e nulidades: uma proposta de sistematização. 224 f. 2010. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 210.

¹³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência em teses. edição n. 122: da arbitragem. Brasília, DF, 05 abr. 2019.

não poderia ser diferente, pois, como explica Martins, é “inaceitável que se controle a ordem pública em sentenças estrangeiras e o mesmo não aconteça naquelas exaradas em nossa própria jurisdição”.¹³⁷ Dessa maneira, concorda-se que “tanto as sentenças arbitrais nacionais quanto as sentenças arbitrais estrangeiras estão sujeitas à mesma condição geral de validade, qual seja, não atentar contra a ordem pública”.¹³⁸

Em consonância com o que se vem sustentando, a nulidade da sentença arbitral em razão de violação à ordem pública interna é, antes, uma questão de aplicação da norma imperativa, isto é, de observância da ordem pública pelo árbitro. Tal vai ao encontro da possibilidade de as partes escolherem, livremente, as regras de direito aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação à ordem pública, conforme prevê a Lei de Arbitragem (artigo 2º § 1º). Isso porque, caso as partes venham a infringir a ordem pública com a escolha da lei, tal escolha da lei será inválida e ineficaz, diante do que se entende que cabe ao árbitro, afastando a lei escolhida, observar as normas de ordem pública “ao realizar os procedimentos arbitrais e proferir sua decisão, sob pena de não se revestir de validade”.¹³⁹ A anulação da sentença decorrente da violação à ordem pública não seria senão uma interpretação sistemática teleológica da própria Lei de Arbitragem, na medida em que “de nada adianta uma previsão legal que exige respeito à ordem pública (art. 2º, §1º), se não é possível combatê-la, caso necessário”.¹⁴⁰

Sobre a hipótese de violação à ordem pública interna, Vicente também acredita se tratar de inexistência jurídica e não de nulidade.¹⁴¹ Nesse ponto, contudo, discorda-se do autor, uma vez que pode haver sentenças que violem a ordem pública sem que, no caso, a convenção arbitral das partes seja inválida. Nessa situação, dada a jurisdição do árbitro (porque a validade da convenção é indicativa da existência de jurisdição arbitral, ante sua eficácia positiva), entende-se que a sentença existe, mas não é válida.

Por fim, reitera-se que a questão geral da ordem pública importa à aplicação do direito pelo árbitro, não repercutindo no exame da sua competência e jurisdição, o que é, por sua vez,

¹³⁷ MARTINS, Pedro Batista. Normas e princípios aplicáveis aos árbitros. In. MARTINS, Pedro Batista; LEMES, Selma M. Ferreira, CARMONA, Carlos Alberto (Org.). Aspectos fundamentais da lei de arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 320.

¹³⁸ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo. um comentário à lei 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 418.

¹³⁹ BELTRÃO, Irapuã Gonçalves de Lima. Arbitragem, regulação e normas de ordem pública: limites da autonomia das vontades, Revista da AGU, Brasília, a. 12, n. 36, p. 89-105, abr./jun. 2013, p. 103.

¹⁴⁰ OLIVEIRA, Humberto Santarosa. Anulação da sentença arbitral nacional por violação da ordem pública. In. CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; GRECO, Leonardo, PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Pinho. (Org.). Temas controvertidos na arbitragem à luz do código de processo civil de 2015. Rio de Janeiro: GZ, 2018, p. 183.

¹⁴¹ VICENTE, Fabrizio Matteucci. Arbitragem e nulidades: uma proposta de sistematização. 224 f. 2010. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 213-214.

delimitado pela arbitrabilidade. Viu-se também que a distinção entre a arbitrabilidade e a ordem pública reflete no reconhecimento da sentença, pois a violação a esta se manifesta com vício de invalidade e àquela de inexistência.

1.3.3 A capacidade para contratar e os direitos patrimoniais disponíveis

Feito o exame a respeito de uma teoria da arbitrabilidade, em consonância ao ordenamento jurídico brasileiro, amigável à jurisdição arbitral, defendeu-se que o ponto da arbitrabilidade não deve ser analisado a partir das matérias atinentes à ordem pública, mas a partir das delimitações da sua própria previsão legal. Nesse contexto, cabe verificar, no presente momento, os critérios previstos na legislação brasileira que dizem respeito tanto aos interesses controvertidos podem ser legalmente submetidos à arbitragem (arbitrabilidade objetiva), quanto às pessoas que podem convencionar submete-los (arbitrabilidade subjetiva). Pois bem, na perspectiva da Lei de Arbitragem, as *peçoas capazes de contratar* poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a *direitos patrimoniais disponíveis* (artigo 1º).

No início do presente trabalho foi tratada a importância, para fins de se falar em jurisdição arbitral, do consenso formado pelo encontro das vontades autônomas, não viciadas, das partes. É essencial a ideia do livre consenso, pois a *ratio* da norma cujo texto exige “pessoas capazes de contratar” trata do fato de que “a opção pelo juízo arbitral não se presume, nem pode ser imposta, devendo decorrer da vontade expressa das partes, formalizada por escrito”.¹⁴² A arbitrabilidade subjetiva, enquanto “expressão utilizada quando se examina se os polos litigantes (ativo e passivo) são legalmente aptos a se sujeitarem à arbitragem”,¹⁴³ está intimamente relacionada ao requisito subjetivo de validade dos negócios jurídicos em geral, qual seja a capacidade do agente (artigo 104, I, Código Civil).¹⁴⁴ A capacidade do agente se trata de uma *conditio sine qua non* para firmar uma convenção de arbitragem e utilizar-se dessa via.

No contexto do Código Civil, a capacidade civil plena, enquanto medida da personalidade da pessoa, é a soma da capacidade de direito ou de gozo e da capacidade de fato ou de exercício. A primeira é conferida, de forma geral, a todas as pessoas, sem

¹⁴² TIBÚRCIO, Carmen. Arbitragem envolvendo a administração pública: estado atual no direito brasileiro. *Revista Direito Público*, Brasília, v. 11, n. 58, p. 62-82, jul./ago. 2014, p. 64.

¹⁴³ SALLA, Ricardo Medina. Novas características da arbitragem envolvendo a administração pública. In. SALLA, Ricardo Medina; HOLANDA, Flávia (Org.). *A nova lei da arbitragem brasileira. lei nº 13.129/2015*. São Paulo: Sage, 2015, p. 22.

¹⁴⁴ BRASIL. *Lei n. 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso 22 maio 2019.

distinções, para que sejam *sujeitos* de direitos e deveres na ordem civil (artigo 1º), todavia, algumas pessoas não têm a segunda, aquela para *exercer* os direitos, porque incapazes (artigos 3º e 4º);¹⁴⁵ direitos estes que são exercidos em seu nome por seu representante. Em atenção à exigência de capacidade das partes envolvidas, para que possam submeter-se à arbitragem é preciso que sejam sujeitos de direitos e deveres (capacidade de direito) e não sejam absoluta ou relativamente incapazes (capacidade de exercício). Diante disso, entende-se que os incapazes não poderiam instaurar processo arbitral, ainda que representados ou assistidos.¹⁴⁶ Com relação às partes que não tenham personalidade jurídica, tais entes despersonalizados, como condomínios, massas falidas, espólios, sociedades de fato, podem submeter demandas a julgamento arbitral, desde que autorizados, seja judicialmente, no caso do inventariante e do síndico da falência, seja pela assembleia de condôminos, na hipótese do condomínio, porquanto detém capacidade de ser parte e de estar em juízo.¹⁴⁷

Mesmo que já se enquadrasse na previsão geral do *caput* do artigo 1º da Lei de Arbitragem, porquanto se trata de pessoa jurídica capaz de contratar, a arbitrabilidade subjetiva no que toca à Administração foi interpretada, durante vinte anos da Lei, de modo restritivo pelo Tribunal de Contas da União, no sentido de ser inadmissível a adoção do juízo arbitral para a solução de conflitos em contratos administrativos.¹⁴⁸ No entanto, ressalta-se que essa antiga controvérsia existente sobre a arbitrabilidade subjetiva envolvendo entidades públicas foi encerrada em 2015, ao ser inserido o §1º no artigo, expressamente prevendo que a Administração Pública, direta e indireta, pode se utilizar do processo arbitral. Não existem mais dúvidas neste ponto, de forma que “qualquer agente que venha a negar o uso da arbitragem a qualquer ente da Administração direta ou indireta, alegando falta de competência/capacidade, estará agindo em evidente desconformidade com a lei, e deverá, desse modo, sofrer as sanções que lhes sejam cabíveis”.¹⁴⁹

No que toca à arbitrabilidade objetiva, para avaliar se a causa controvertida pode ser solucionada pela jurisdição arbitral, são identificados pela expressão “direitos patrimoniais disponíveis” do artigo 1º da Lei 9.307/96 dois elementos do direito: a patrimonialidade e a

¹⁴⁵ Embora o Estatuto da Pessoa com Deficiência tenha estabelecido que a pessoa com deficiência é plenamente capaz, isso se refere aos atos existenciais familiares (artigo 6º), pois eventuais restrições à capacidade atingem os atos patrimoniais (artigo 84 e 85), justamente aqueles relevantes para a arbitragem.

¹⁴⁶ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo. um comentário à lei 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 37.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 37-38.

¹⁴⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.099/2006 - Plenário. Relator: Ministro Augusto Nardes. Brasília, DF, 05 jul. 2006.

¹⁴⁹ SALLA, Ricardo Medina. Novas características da arbitragem envolvendo a administração pública. In. SALLA, Ricardo Medina; HOLANDA, Flávia (Org.). A nova lei da arbitragem brasileira. lei nº 13.129/2015. São Paulo: Sage, 2015, p. 23-24.

disponibilidade. A propósito da patrimonialidade, importa observar a noção de patrimônio, que, como elucidada por Fachin, “embora sua definição não esteja pacificada, diz respeito a um conjunto de direitos, relações ou bens que sejam aferíveis em pecúnia, ou seja, tenham valor de troca”.¹⁵⁰ Daí porque a expressão “direitos patrimoniais” faz alusão “a direitos que possam ser aferíveis em espécie, vale dizer, que possuam valor econômico ou de troca”.¹⁵¹ Pelos fatores apontados, percebe-se que as demandas sobre direitos patrimoniais remontam ao envolvimento de interesses econômicos. É por essa razão que o Código Civil proíbe a submissão à arbitragem das questões de estado e direito pessoal de família (artigo 852). Não obstante tais questões não sejam de natureza a ser resolvida pela via arbitral, é preciso apontar que “se o problema é a determinação do *quantum*, isto é, a fixação do valor de uma pensão alimentar, por exemplo, o litígio deveria ser arbitrável”.¹⁵²

Uma vez que a arbitrabilidade objetiva também exige a disponibilidade dos interesses litigiosos, é necessário examinar o significado atribuído à (in) disponibilidade, ausente de expressa conceituação no ordenamento jurídico. Os direitos indisponíveis, nas palavras de McConnell “têm parecido muito misteriosos e confusos na melhor das hipóteses, e suspeitos ou mesmo incoerentes na pior delas”.¹⁵³ Isso porque tal locução, segundo o autor, seria empregada de múltiplas formas: “em um sentido livre e popular, direitos indisponíveis são aqueles que nunca podem ser retirados de uma pessoa. Mas, em um sentido mais específico e um tanto técnico, direitos indisponíveis são aqueles que não podem ser renunciado ou transferidos por seus possuidores”.¹⁵⁴ Observa-se que o sentido referido como popular parece corresponder à ideia de um direito que não pode ser sofrer ablações,¹⁵⁵

¹⁵⁰ FACHIN, Luiz Edson. Estatuto jurídico do patrimônio mínimo: à luz do novo código civil brasileiro e da constituição federal. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 43.

¹⁵¹ TIBURCIO, Carmen. A competência do tribunal arbitral para solução de litígios extracontratuais. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 50, p. 95-113, jul./set. 2016.

¹⁵² LEE, João Bosco. O conceito de arbitrabilidade nos países do mercosul. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, São Paulo, v. 8, p. 346-358, abr./jun. 2000.

¹⁵³ MCCONNELL, Terrance. Inalienable rights: the limits of consent in medicine and the law. Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 09.

¹⁵⁴ MCCONNELL, Terrance. Inalienable rights: the limits of consent in medicine and the law. Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 09.

¹⁵⁵ Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, diante do oferecimento pelo Ministério Público Federal da proposta de suspensão condicional do processo mediante, entre outras cláusulas, a desistência do benefício previdenciário, compreendeu que não seria possível renunciar um benefício previdenciário, sob pena de inconstitucionalidade por violação ao artigo 5º, inciso LV da Constituição, porque tratar-se-ia da renúncia de um direito, para cuja a perda a constituição e a lei impõe que seja precedida do devido processo legal. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 60.447 - RJ. Impetrante: André Emílio Ribeiro Von Melentovytych e Outros. Impetrado: Segunda Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Paciente: José Carlos D' Almeida. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. Brasília, DF, 03 out. 2006. Por outro lado, já se entendeu que, “tratando-se de benefício previdenciário, em que não há interesse individual indisponível, mas sim, direito patrimonial disponível, suscetível de renúncia pelo respectivo titular [...]”.

enquanto, pelo sentido mais técnico, a indisponibilidade “aparece associada à renúncia, a acordos, contratos ou transações que diminuem ou afastam a incidência de um dado direito em face de terceiros. [...] no sentido de ser a indisponibilidade ligada a *comportamentos* do titular que conduzem ao enfraquecimento do direito perante terceiros”.¹⁵⁶ Daí porque se relacionam à indisponibilidade “aqueles direitos cujo titular não pode, por ato de manifestação da vontade, transferir, alienar, extinguir ou modificar, devendo exercê-los na forma que a lei determinar”.¹⁵⁷ Por sua vez, a noção de direito disponível diz respeito à possibilidade de ser “alienado, isto é, vendido, doado, dado em pagamento ou permutado”,¹⁵⁸ “dado em penhor ou em hipoteca”,¹⁵⁹ “negociado”,¹⁶⁰ “renunciado, transmitido ou transacionado”.¹⁶¹

Apresentado esse panorama geral, importa destacar que, segundo o Supremo Tribunal Federal, seria prevalente a opinião dos que “-partindo de disponibilidade da pretensão, objeto da lide- concluem que, *da possibilidade de transação ou mesmo da renúncia do direito*, surge a legitimidade do acordo que confia a terceiros a solução da controvérsia em torno dele”.¹⁶² Com relação à possibilidade de renúncia do mesmo, pode-se considerar corriqueira a análise da (in) disponibilidade do direito pela sua (ir) renunciabilidade, o que é, inclusive, estabelecido de maneira circular, porquanto a (ir) renunciabilidade também é compreendida pela (in) disponibilidade: “é irrenunciável, ou seja, as partes litigantes não podem dele dispor”.¹⁶³ Isso é entendido pelo Superior Tribunal de

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 762.136 - RS. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Ministra Laurita Vaz. Brasília, DF, 06 jun. 2006.

¹⁵⁶ MARTEL, Letícia de Campos Velho. Direitos fundamentais indisponíveis - os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida. 2010. 461 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro: 2010, p. 22.

¹⁵⁷ ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito ambiental. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 76.

¹⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. Proteção do meio ambiente na constituição brasileira. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n. 2, p. 58-81, abr./jun. 1993, p. 64.

¹⁵⁹ CARNEVALI, Ugo. Appunti di diritto privato. ed VIII, Milano: Cortina Libreria, 2007, p. 50.

¹⁶⁰ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à lei 9.307/96. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 38.

¹⁶¹ MATTOS NETO, Antônio José de. Direitos patrimoniais disponíveis e indisponíveis à luz da lei de arbitragem. Revista de Processo, São Paulo, n. 122, p. 151-166, abr. 2005.

¹⁶² [Grifou-se]. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Sentença Estrangeira 5206 - EP. Agravante: MBV Commercial and export management establishment. Agravado: Resil industria e comércio ltda. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 12 dez. 2001.

¹⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 49099 - SP. Impetrante: Luciana Maschietto Talli Sandoval - Procuradoria da Assistência Judiciária. Impetrado: Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo. Paciente: W S S. Relator: Ministra Laurita Vaz. Brasília, DF, 02 fev. 2006.

Justiça, por exemplo, nos casos do direito de reconhecimento da paternidade¹⁶⁴ ou de percepção de alimentos dos filhos.¹⁶⁵

No entanto, importa observar que, em certas situações, a indisponibilidade do direito não significa a sua irrenunciabilidade. Verifica-se que, “embora o bem jurídico seja indisponível, outros valores constitucionais podem justificar que, mediante lei, o Estado renuncie a determinadas decorrências ou derivações do bem indisponível. Assim, a potestade tributária é indisponível, mas é possível lei autorizando a remissão, a anistia, do crédito fiscal”.¹⁶⁶ Isso não ocorre somente no âmbito da autoridade estatal, porquanto também é o caso do direito de personalidade na perspectiva do nome civil, entendido como indisponível e irrenunciável, cuja parcela do direito, contudo, pode ser destacada para fins de disposição, conforme a legislação nacional, como na sua registrabilidade enquanto marca.¹⁶⁷ O porquê de ser possível dizer a indisponibilidade não significa a irrenunciabilidade em certos casos será esclarecido adiante, notadamente ao se tratar da diferença entre renúncia ao direito e renúncia ao seu exercício.

Além da renúncia, o Supremo Tribunal Federal, a partir da referência a afetações que dizem respeito ao direito material e processual, também destaca a possibilidade da transação como marca do domínio de disponibilidade do direito. Foi lançado questionamento atinente ao tema, pelo Ministro Relator do Recurso Especial n. 369.822 - PR, sendo por ele brevemente respondido que um bem disponível enseja transação, em contraposição ao direito insuscetível de disposição ou transação por parte de seu detentor.¹⁶⁸ A partir dessa nota compartilhada pelos tribunais superiores, a doutrina igualmente aponta a disponibilidade associada a transações. De acordo com Grinover e Damiano, a disponibilidade “corresponde

¹⁶⁴ Nesse sentido: “O direito de reconhecimento da paternidade é *indisponível*, imprescritível e *irrenunciável*, ou seja, ninguém é obrigado a abdicar de seu próprio estado, que pode ser reconhecido a qualquer tempo”. [Grifou-se]. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.531.093 - RS. Recorrente: P A F e outros. Recorrido: J E L - Sucessão. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, DF, 04 ago. 2015.

¹⁶⁵ Nesse sentido: “A percepção de alimentos configura direito *indisponível* e *irrenunciável* dos filhos, desautorizando renúncia ou transação dos genitores que possam prejudicá-los”. [Grifou-se]. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial 1.391.790 - TO. Agravante: K M da C S, e outro. Agravado: Ministério Público do Estado do Tocantins. Relator: Ministro Raul Araújo. Brasília, DF, 21 set. 2017.

¹⁶⁶ TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória) - versão atualizada para o cpc/2015. Revista de Processo, São Paulo, v. 264, p. 83-107, fev. 2017.

¹⁶⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.432.522 - SP. Recorrente: Instituto Einstein da Saúde Ltda. Recorrido: Sociedade Beneficente Israelita Brasileira Hospital Albert Einstein. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, DF, 17 abr. 2018.

¹⁶⁸ Veja-se: “os benefícios previdenciários são bens disponíveis ou não? Ensejam renúncia ou transação? [...] Refere-se à espécie de direito subjetivo, ou seja, pode ser abdicado pelo respectivo titular, contrapondo-se ao direito indisponível, que é insuscetível de disposição ou transação por parte de seu detentor”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 369.822 - PR. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Gilson Dipp. Brasília, DF, 25 mar. 2003.

àquilo em que pode haver transação. Se puder haver transação, estamos perante um bem disponível”.¹⁶⁹

Inclusive, apresenta-se que, no âmbito do direito positivo, quando a matéria da arbitrabilidade era regulada no Capítulo XIV (do juízo arbitral) do Código de Processo Civil de 1973, antes da Lei 9.307/96, o artigo 1.072 estabelecia que as pessoas capazes de contratar poderiam se louvar, mediante compromisso escrito, em árbitros que lhes resolvessem as pendências judiciais ou extrajudiciais de qualquer valor, concernentes a direitos patrimoniais, sobre os quais – destaca-se – *a lei admitisse transação*. Nesse sentido, entende Carmona que, mesmo que a previsão atual tenha preferido uma redação mais objetiva, “pode-se continuar a dizer, na esteira do que dispunha o Código de Processo Civil [de 1973] (art. 1.072, revogado), que são arbitráveis as controvérsias cujo respeito os litigantes podem transigir”.¹⁷⁰

Não obstante, questiona-se se os direitos indisponíveis não poderiam ser transigíveis. Essa questão é escancarada pela Lei de Mediação, em vigor desde 2016, que trata de situações em que os direitos indisponíveis admitam disposição pela transação. Isso porque a Lei 13.105/2015 estabeleceu o cabimento da solução mediadora para os conflitos “sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação” (artigo 3º).¹⁷¹ Contempla-se um direito disponível, cuja disposição se presume pela possibilidade de transação, mas paradoxalmente admite-se a transação sobre um direito tido por indisponível. À primeira vista, poder-se-ia assinalar um claro descompasso lógico e conceitual, pois a qualidade de renunciáveis e transigíveis, justamente o que integra o conceito de direitos disponíveis, não poderia existir nos direitos indisponíveis. Trata-se de uma problemática sensível, pois envolve a disposição de direitos que, em princípio, pela própria natureza, seriam indisponíveis. É imprescindível para as conclusões do presente trabalho a desconstrução dessa aparente contradição, a fim de se identificar dois sentidos à expressão, um dos quais importa para fins de aferição da arbitrabilidade. Assim, serão aprofundados fundamentos relativos à (in) disponibilidade no contexto de um paradigma atual de resolução de conflitos, condizente com a forma pela qual os direitos são garantidos na Constituição.

¹⁶⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GONÇALVES, Eduardo Damião. Conferência sobre arbitragem na tutela dos interesses difusos e coletivos. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 31, p. 249-267, 2006.

¹⁷⁰ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 39.

¹⁷¹ BRASIL. *Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015*. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública [...]. Brasília, DF, 26 jun. 2015. Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm. Acesso: 24 maio 2019.

1.4 Os direitos tradicionalmente indisponíveis analisados sob uma teoria liberal dos direitos fundamentais

A respeito da arbitrabilidade objetiva, viu-se no subcapítulo anterior que os direitos disponíveis são compreendidos notadamente pelas circunstâncias de sua renunciabilidade e transigibilidade, as quais, contudo, mostram-se confusas e complexas em se tratando dos direitos qualificados como indisponíveis, como comumente o são os direitos fundamentais. Ora, ainda que os direitos fundamentais sejam tradicionalmente caracterizados como sendo indisponíveis,¹⁷² a realidade demonstra a sua comum disposição em diversas ocasiões da vida contemporânea, como, por exemplo, na renúncia de parcela da integridade física para fazer uma doação de órgão ou mesmo uma tatuagem, na renúncia de parcela do direito de voto, por falta de condições físicas que permitam o seu exercício, na transação de parcela do direito de liberdade nos casos de delação premiada e acordos de leniência, *sursis* processual, transação penal e composição dos danos civis.¹⁷³

Daí porque é possível compreender que não apenas os direitos tipicamente disponíveis são transigíveis e renunciáveis, mas “parcelas”, ou, como será visto, posições jurídicas, dos direitos indisponíveis também podem sê-lo. Já se mostra evidente que, para a questão da indisponibilidade dos direitos, deve-se evitar as tradicionais formulações demasiadamente generalizantes. A fim de desconstruir a ideia de que os direitos fundamentais são sempre indisponíveis, serão investigadas as consequências da adoção de uma teoria liberal moderada dos direitos fundamentais. Então, para apreciar a disponibilidade do direito subjetivo no domínio dos “direitos indisponíveis”, serão analisadas a diferença entre direitos (e deveres) primários e secundários, a distinção entre renúncia ao direito e ao exercício do direito e a existência de sentidos diversos de (in) disponibilidade.

Na proposta de Alexy, interessam as posições de direitos fundamentais na sua expressão individual, posto que da sua união elas se distinguem em um direito fundamental completo, abrangente, multifacetado e de caráter dinâmico.¹⁷⁴ Ou seja, os elementos que compõe o dito direito fundamental completo, ainda que este seja complexo, têm estrutura bem definida de posições individuais dos cidadãos e do Estado. Assim, compreende-se que um

¹⁷² Entre as características dos direitos fundamentais, está a “inalienabilidade: são direitos intransferíveis, inegociáveis, porque não são de conteúdo econômico-patrimonial. Se a ordem constitucional os confere a todos, deles não se pode desfazer, *porque são indisponíveis*”. [Grifou-se]. SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 40 ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 182.

¹⁷³ VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis? Revista de Processo, São Paulo, v. 251, p. 391-426, jan. 2016.

¹⁷⁴ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Traduzido para o português por Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 253.

direito fundamental completo é “um feixe de posições definitivas e *prima facie*, relacionadas entre si por meio das três formas apresentadas e que são atribuídas a uma disposição de direito fundamental”.¹⁷⁵ Para uma dogmática adequada dos direitos fundamentais, Alexy aliou à teoria das posições jurídicas fundamentais a teoria dos princípios, diante do que entende ser o direito fundamental completo um feixe de posições e de relações entre elas, não apenas definitivas, mas também *prima facie*, bem como compreende ser possível atribuir tanto regras quanto princípios às disposições de direitos fundamentais, diante do duplo caráter das suas normas.¹⁷⁶

Nesse contexto de redução das múltiplas relações de direitos fundamentais à posições e relações mais elementares, uma vez que a ideia de direito subjetivo é vista como “um supraconceito para posições em si bastante distintas”,¹⁷⁷ Alexy sistematiza que as posições jurídicas, na perspectiva das relações normativas entre pessoas e entre pessoas e ações, que concebem os direitos subjetivos em sentido amplo (direitos fundamentais) devem ser apresentadas de maneira tríplice com base em uma teoria analítica dos direitos, como (1) direitos a algo, (2) liberdades e (3) competências. Em síntese, (1) os direitos a algo são ações ou omissões do Estado, (2) as liberdades são alternativas de ação, possibilidades de o titular fazer ou não-fazer¹⁷⁸ e (3) as competências são capacidade de o titular, por meio de determinadas ações, alterar uma situação jurídica de algo ou alguém.¹⁷⁹

Os (1) direitos a algo são divididos entre direitos a ações negativas e direitos a ações positivas. Aqueles, também chamados de direitos de defesa, incluem três grupos compostos por direitos a que o Estado *não* impeça/dificulte determinadas ações, afete determinadas características ou situações e elimine determinadas posições jurídicas – todas essas ações, características e posições relacionadas ao titular do direito.¹⁸⁰ Por sua vez, os direitos que o cidadão tem a ações estatais positivas são compreendidos como direitos tanto a uma ação positiva fática (ação fática para satisfação do direito, independente da forma jurídica), quanto a uma ação positiva normativa (atos estatais de criação de normas). Ainda, quando tais ações também puderem ser realizadas por particulares, fala-se em direitos a prestações em sentido estrito (prestações fáticas) e direitos a prestações em sentido amplo (prestações normativas

¹⁷⁵ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Traduzido para o português por Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 252. As três formas referidas pelo autor são aquelas bem definíveis que extrapolam a simples coexistência no feixe de posições: uma relação de especificação, uma relação meio-fim e uma relação de sopesamento. *Ibid.*, p. 251.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 252.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 193.

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 222.

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 236.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 196-201.

positivas).¹⁸¹ É no âmbito dos direitos a prestações em sentido amplo que são verificados os direitos fundamentais ao procedimento.¹⁸²

A liberdade constitui um aspecto importante na teoria dos direitos fundamentais de Alexy, ao ser concebida, pelo autor, a existência de um direito geral de liberdade definido por uma concepção formal-material – formal porque pressupõe a liberdade negativa e a encara como um valor em si mesmo¹⁸³ e material porque determina o peso relativo do princípio da liberdade negativa no caso concreto de colisão.¹⁸⁴ Com efeito, uma vez entendida como liberdade negativa em sentido estrito (a liberdade liberal), o seu objetivo é, entre outros, a maior medida possível de liberdade jurídica, o que exige que as alternativas de ação sejam afetadas o mínimo possível por proibições. Para que tais proibições possam negativamente afetar a sua realização, elas podem ser objeto de um exame de adequação, de necessidade e de ponderação.¹⁸⁵ Nesse contexto do modelo de ponderação de Alexy, incide a máxima *in dubio pro libertate*, isto é, de que, na dúvida, prevalece a liberdade, na medida em que é sustentada uma precedência *prima facie* do princípio da liberdade jurídica, ou seja, uma carga de argumentação a seu favor.¹⁸⁶ Explica-se. No caso de uma colisão, em que razões igualmente boas sejam apresentadas a favor de uma e de outra solução, há uma precedência *prima facie* que sustenta que a solução que corresponde ao princípio da liberdade jurídica é a solução correta de acordo com a Constituição.¹⁸⁷

Percebe-se a adoção pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal desse direito geral de liberdade no julgamento em controle incidental da constitucionalidade de dispositivos da

¹⁸¹ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Traduzido para o português por Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 201-203.

¹⁸² Veja-se o nítido sentido processual judicial: “os procedimentos dizem com a possibilidade de assegurar os direitos fundamentais, havendo previsão no Direito vigente de um amplo controle de sua observância pelo Judiciário, o que, no Direito alemão, pode ser identificado, exemplificativamente, no direito de recorrer à via judicial” WALDIR, Alves. Direito fundamental ao processo. Revista da Ajuris, Porto Alegre, v. 42, n. 137, p. 479-520, mar. 2015, p. 488. É considerado que a dimensão processual dos direitos fundamentais diz respeito tanto aos processos judicial, quanto aos administrativos. GUERRA FILHO, Willis Santiago. A dimensão processual dos direitos fundamentais e da constituição. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 35, n. 137, p. 13-22, jan./mar. 1998, p. 15.

¹⁸³ Aliás, a importância do valor em si da liberdade já era afirmada por Kant, como o único direito inato a todos os homens. Nas palavras do autor: “a liberdade (a independência de ser constrangido pela escolha alheia), na medida em que pode coexistir com a liberdade de todos os outros de acordo com uma lei universal, é o único direito original pertencente a todos os homens em virtude da humanidade destes”. KANT, Immanuel. A metafísica dos costumes. Bauru: Edipro, 2005, p. 83.

¹⁸⁴ ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 359.

¹⁸⁵ Ibid., p. 351-352.

¹⁸⁶ Ibid., p. 569.

¹⁸⁷ Ibid., p. 570.

própria Lei de Arbitragem,¹⁸⁸ posto que haveria violação à garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (artigo 5º, XXXV, Constituição Federal), direito fundamental indisponível que não poderia ser objeto de disposição pelas pessoas. Observe-se alguns trechos em que a apreciação dessa noção ampla de liberdade pode ser verificada. O Ministro Nelson Jobim, ao analisar o legislador como destinatário da previsão constitucional de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, entendeu que se “preservou ao cidadão o direito de opção e não a obrigatoriedade do cidadão de compor os seus conflitos pela via judicial. Abre-se ao cidadão, portanto, o respeito à sua liberdade; a liberdade de tentar compor seus conflitos fora da área do Poder Judiciário”. Sobre isso, o Ministro Relator Sepúlveda Pertence ponderou que “toda liberdade negativa implica a proibição ao Estado de intervir na área de autonomia por ela coberta”. Em relação ao contraponto levantado pelo Ministro Moreira Alves de que “a indisponibilidade é de um direito fundamental, que é o de livre acesso ao Judiciário. A premissa é esta: Posso renunciar de antemão a ação judicial? Ao acesso ao Judiciário?”, reiterou o Ministro Nelson Jobim que “o legislador não pode criar condições. A parte pode. [...] Eles respeitam a individualidade do cidadão. A Constituição respeita”. Assim, para o Ministro Nelson Jobim, a questão não se trataria de uma renúncia abstrata à jurisdição, mas do reconhecimento da liberdade individual: “é o reconhecimento da liberdade individual. É esse o âmbito de validade da L. 9.307/96”. Em igual sentido, o Ministro Marco Aurélio apontou ver “na garantia constitucional do inciso XXXV do artigo 5º a consagração da liberdade”, concluindo que “a Lei de Arbitragem [...] consagra a liberdade. E esta - a liberdade- é valor maior a ser preservado”.

A partir da existência de um direito geral de liberdade *prima facie* concebida por Alexy, explica Martel que a indisponibilidade de um direito fundamental obsta a livre disposição do titular e retira dele uma das alternativas, constituindo, dessa maneira, uma constrição no direito geral de liberdade (ou em outros direitos).¹⁸⁹ Destaca-se que a consequência disso no plano normativo é que os direitos fundamentais são, *prima facie*, disponíveis, na medida em que, pelo exercício do direito geral de liberdade (ou de outros direitos), seria possível dispor de posições jurídicas dos demais direitos. Daí a disposição de posições jurídicas de um direito fundamental ser algo complexo, porquanto trata de um

¹⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Sentença Estrangeira 5206 - EP. Agravante: MBV Commercial and export management establishment. Agravado: Resil industria e comércio ltda. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 12 dez. 2001.

¹⁸⁹ MARTEL, Letícia de Campos Velho. Direitos fundamentais indisponíveis - os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida. 2010. 461 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro: 2010, p. 97.

exercício de posições jurídicas do direito geral de liberdade.¹⁹⁰ Por sua vez, a (in) disponibilidade *definitiva*, segundo a autora, é determinada por argumentos no plano conceitual, ou seja, nas razões para se exercer direitos, diante do que, devendo o Estado arcar com o ônus argumentativo suficiente e demonstrar a hipótese de restrição¹⁹¹ do direito geral de liberdade, algumas posições jurídicas subjetivas de direito fundamental poderiam ser consideradas indisponíveis.¹⁹²

Também é possível atribuir essa ideia dos direitos fundamentais *prima facie* disponíveis a Novais, para quem “a titularidade de uma qualquer posição de direito fundamental envolve, em princípio, o poder de disposição sobre todas as possibilidades de ação que dela decorrem, mormente o poder de disposição acerca do <se>, do <quando> e do <como> do seu exercício (ou não exercício) fático”.¹⁹³ Conforme Novais, esse poder de disposição, visto como exercício do direito fundamental em causa, assume a natureza de princípio. Assim, o poder de disposição sobre posições jurídicas tuteladas por normas de direitos fundamentais não “repercute indiferenciadamente sobre quaisquer daquelas posições e independentemente da respectiva natureza”,¹⁹⁴ nem é absoluto, ou seja, “a medida concreta da disponibilidade não é pré-determinável em termos absolutos, dependendo não apenas da natureza do bem tutelado, como das circunstâncias do caso concreto e do peso relativo das razões e interesses em conflito”.¹⁹⁵

Dada a natureza de princípio atribuída por Novais, diante do que se exige uma “realização tão otimizada quanto possível, tendo em conta as possibilidades fáticas e jurídicas, pelo que, num quadro de ponderação de bens, só deve ceder na sua realização quando houver disposições constitucionais ou princípios mais fortes que exijam uma solução diversa”,¹⁹⁶ o ônus argumentativo é atribuído a quem pretenda impugnar essa possibilidade. É explicado que, embora exista uma corrente significa que se apoia no caráter essencialmente indisponível

¹⁹⁰ MARTEL, Letícia de Campos Velho. Direitos fundamentais indisponíveis - os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida. 2010. 461 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro: 2010, p. 98.

¹⁹¹ Reitera-se que pela adoção do modelo de princípios é possível a restrição a direitos fundamentais, ou seja, às suas posições jurídicas, pois, nas palavras de Alexy “se se parte do modelo de princípios, o que é restringido não é simplesmente um bem protegido pela norma de direito fundamental, mas um direito *prima facie* garantido por essa norma. No modelo de princípios, portanto, é correto falar em restrição a direitos fundamentais”. ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Traduzido para o português por Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 280.

¹⁹² MARTEL, Letícia de Campos Velho. Op. Cit., p. 98-99.

¹⁹³ NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In. MIRANDA, Jorge. Perspectivas constitucionais nos 20 anos da constituição de 1976. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 286.

¹⁹⁴ Ibid., p. 322.

¹⁹⁵ Ibid., p. 322.

¹⁹⁶ Ibid., p. 291.

dos direitos fundamentais, mesmo relativamente ao próprio titular, os seus argumentos *não* podem deixar de reconhecer a liberdade jurídica como marca ineliminável do Estado de Direito, *nem* pretender “que o interesse público, a função social ou a funcionalização do exercício dos direitos fundamentais a fins supra-individuais sobrelevem sempre, em todos e cada um dos direitos fundamentais em concreto, o interesse do titular na sua utilização”.¹⁹⁷

Destaca-se que, segundo Novais, a ideia de que o indivíduo deveria ser privado de disposição, na medida em que há interesse público na colocação de um bem protegido de direito fundamental à disposição de alguém, não seria senão um apelo paternalista ao interesse público que se traduziria em um absurdo, porque o interesse público, mesmo que não defendida a sua concepção liberal (enquanto a soma de interesses particulares), “não pode ser instrumentalizado contra um poder de disposição, tão amplo quanto possível, que a ordem jurídica deve atribuir aos indivíduos na prossecução dos seus direitos fundamentais”.¹⁹⁸

A partir da concepção de um direito geral de liberdade, enquanto princípio, viu-se que *prima facie* os direitos fundamentais seriam disponíveis e, em definitivo, nenhum direito é estruturalmente disponível ou indisponível, sendo necessário identificar concretamente. É, nesse sentido, que se pode perceber que a (in) disponibilidade “não se afere instituto a instituto [...]. A disponibilidade ou indisponibilidade deve ser avaliada questão a questão, considerando a causa de pedir e, eventualmente, os termos em que é formulado o pedido”.¹⁹⁹

1.4.1 A tese da correlatividade e os direitos primários e secundários

Nota-se que, de acordo com Novais, a classificação tripartida dos direitos subjetivos proposta por Alexy, concentrada em termos de cada posição jurídica tomada *a se*, careceria de complementação por uma tipologia que atendesse à diferente natureza, função e estrutura jurídico-formal dos direitos fundamentais quando perspectivados, isto é, enquanto complexo de posições jurídicas diferenciadas, mas referenciáveis à mesma norma de direito fundamental. Isso serviria para compreender a relação entre direito principal e direitos ou pretensões instrumentais derivadas, atendendo à justificação funcional do direito fundamental *como um todo*, o qual, mesmo que normalmente previsto na Constituição por uma formulação

¹⁹⁷ NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In. MIRANDA, Jorge. Perspectivas constitucionais nos 20 anos da constituição de 1976. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 295.

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 296.

¹⁹⁹ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Convenção de arbitragem. conteúdo e efeitos. In. CENTRO DE ARBITRAGEM COMERCIAL; ASSOCIAÇÃO COMERCIAL DE LISBOA (Org.). I Congresso do centro de arbitragem da câmara de comércio e indústria portuguesa. Coimbra: Almedina, 2008, p. 86. O autor exemplifica que “a exclusão global da arbitrabilidade de litígios relativos a direitos de personalidade, de família, sucessórios ou ao contrato de arrendamento não tem fundamento legal nem político, porque, em relação a todos estes institutos, há matérias suscetíveis e matérias insuscetíveis de decisão arbitral”.

abrangente, não significa que todas as pretensões nele integradas ou a ele associadas tenham igual natureza.²⁰⁰

Para fins de examinar as relações entre os direitos subjetivos, mostra-se pertinente verificar também a incidência dos deveres jurídicos. Segundo Hohfeld, para quem *todas* as relações jurídicas poderiam ser indicadas por oito conceitos fundamentais em uma perspectiva de oposição ou correlação,²⁰¹ a fim de se reconhecer um significado apropriado ao “direito” (subjetivo) em sentido estrito, “a pista se encontra no correlativo ‘dever’, porque é certo que até aqueles que usam a palavra e o conceito de ‘direito’ no sentido mais amplo possível estão acostumados a pensar em ‘dever’ como seu invariável correlativo”.²⁰²

No que diz respeito a um dever jurídico, este é compreendido como a “condição de uma pessoa a quem o direito comanda fazer ou não fazer um ato”,²⁰³ sendo os atos, que formam o dever, definidos por referência a algumas de suas atuais ou possíveis consequência.²⁰⁴ Uma vez verificado que o conteúdo da relação é um ato, uma parte é o sujeito e a outra é o objeto deste conteúdo da relação, é possível voltar a ideia da correlação jurídica entre o direito e o dever, baseada no fato de que “uma relação é correlativa a outra se e apenas se é verdadeiro que, *se* (1) ambas as relações tem o mesmo conteúdo, (2) o objeto da primeira relação é o sujeito da segunda relação e (3) o objeto da segunda relação é o sujeito da primeira relação, *então* as relações são logicamente equivalentes”.²⁰⁵ Assim, o sentido da correlação entre o direito e o dever é esclarecido pelo enunciado “X tem um direito em face

²⁰⁰ NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 128-131.

²⁰¹ Os oito conceitos fundamentais de Hohfeld são “direito”, “dever”, “não direito”, “privilégio”, “poder”, “sujeição”, “incapacidade” e “imunidade”. Sobre o direito e o dever dentro do esquema que envolve esses oito conceitos, seriam correlativos jurídicos o “direito” e o “dever”, bem como o “não-direito” e o “privilégio”, e seriam opositivos jurídicos o “não-direito” e o “direito”, bem como o “privilégio” e o “dever”.

²⁰² HOHFELD, Wesley Newcomb. Legal conceptions as applied in judicial reasoning and other legal essays. New Haven: Yale University Press, 1919, p. 38. Percebe-se que H.L.A Hart, ao elucidar o termo “direito”, também compreende que o direito de alguém envolve, em outrem, um dever jurídico correspondente: “a afirmação do tipo ‘X tem um direito’ é verdadeira se as seguintes condições são satisfeitas: (a) um ordenamento jurídico existe (b) sob uma norma ou normas do ordenamento alguma outra pessoa Y é, nos eventos que tenham acontecido, obrigada a fazer ou não fazer alguma ação. (c) Essa obrigação é feita pelo direito dependente em uma escolha tanto de X ou alguma outra pessoa autorizada a agir em seu nome de forma que tanto Y é vinculado a fazer ou não fazer alguma ação apenas se X (ou alguma pessoa autorizada) assim escolher ou alternativamente apenas até que X (ou tal pessoa) escolha de outro modo”. HART, H. L. A. Essays in jurisprudence and philosophy. Oxford: Clarendon Press, 1983, p. 35.

²⁰³ TERRY, Henry T. The correspondence of duties and rights. Yale Law Journal, New Haven, v. 25, n. 3, p. 171-193, jan. 1916, p. 172.

²⁰⁴ As chamadas “consequências definicionais”, cuja expressão corresponde às consequências em relação às quais o ato é definido, podem ser efetivas (a pessoa não deve/deve agir de uma certa forma a produzir a consequência), prováveis (não deve fazer o que seja provável de causar a consequência ou deve fazer o que seja razoável para evita-la) ou intencionais (não deve agir com a intenção de produzi-la). Id. Legal duties and rights. Yale Law Journal, New Haven, v. 12, n. 4, p. 185-212, fev. 1903, p. 186-187

²⁰⁵ RAINBOLT, George. The concept of rights. Dordrecht: Springer, 2006, p. 02.

de Y em relação ao ato A, se e apenas se Y tem um dever a X em relação ao ato A”, diante do que há quem diga que o “dever é simplesmente um direito visto do ponto de vista do indivíduo que deve fazer ou se abster de fazer o ato em questão”.²⁰⁶

Com efeito, certos atos, comissivos ou omissivos, passam a ser o conteúdo dos deveres jurídicos quando escolhidos por um determinado ordenamento jurídico para induzir o sujeito a fazê-los. Tais deveres jurídicos são criados, conforme explica Corbin, “para a proteção e satisfação de interesses e desejos humanos”,²⁰⁷ podendo ser de um homem específico, de vários específicos, de alguma classe de não específicos, ou de todos os homens em geral. Seja como for, “estes homens com os interesses fáticos a serem protegidos são os homens com ‘direitos’”.²⁰⁸ Com relação à satisfação do interesse humano, esclarece-se que, embora os direitos protejam o interesse do seu titular, essa consideração não trata de adotar uma tese completamente individualista dos direitos, pois em todos os direitos há a incidência de um interesse público, segundo Joseph Raz, na medida em que os direitos “são justificados porque servem ao interesse do seu titular e, ao fazê-lo, também servem ao bem comum”.²⁰⁹

Sobre o surgimento da relação entre direitos e deveres, mostra-se imprescindível observar que existem direitos e deveres primários e secundários. Já em 1823, Austin havia estabelecido que os direitos e deveres se dividiam em duas classes, a saber, aqueles que “existem *in e per se*: que são, por assim dizer, os fins para os quais o direito existe: ou que servem imediatamente aos fins ou propósitos do direito” e aqueles que “implicam a existência de outros direitos e deveres, e que são meramente conferidos para melhor proteção e imposição daqueles outros direitos e deveres cuja existência eles supõem”.²¹⁰ O autor apontava a obediência ou violação ao direito como critérios que demonstravam o surgimento das classes diferentes por ele nomeadas como direitos e deveres “primários” e “secundários”, na medida em que, enquanto os primários seriam aqueles “que nunca surgem da violação de

²⁰⁶ SAUNDERS, Kevin W. A formal analysis of hohfeldian relations. Akron Law Review, Akron, v. 23, n. 3, p. 465-506, 1990, p. 468.

²⁰⁷ CORBIN, Arthur L. Rights and duties. Yale Law Journal, New Haven, v. 33, n. 5, p. 501-527, jan. 1924, p. 514.

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 515. Em geral, trata-se dos deveres que correspondem a direitos e direitos que correspondem a deveres, mas é preciso fazer a ressalva de que há quem fale em deveres absolutos, aqueles que existem sem que o sujeito a quem estejam relacionados tenha qualquer direito correspondente, tal como o dever de não fazer crueldades com animais, já que os animais não são sujeitos de direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, muito embora também se pudesse considerar que o titular do direito fosse a coletividade.

²⁰⁹ RAZ, Joseph. Rights and politics. Indiana Law Journal, Bloomington, v. 71, n.1, p. 27-44, dez./mar. 1995, p. 39.

²¹⁰ AUSTIN, John. Lectures on jurisprudence: or the philosophy of positive law. volume 2. 4. ed. Londres: J. Murray, 1873, p. 789.

outros direitos ou deveres diretamente”,²¹¹ os secundários “supõem que a obediência ao direito não é perfeita, e surgem inteiramente dessa obediência imperfeita”.²¹² Na perspectiva do direito subjetivo, explica Corbin que a sua classificação como primário ou secundário vai depender diretamente do seu surgimento por certos fatos operativos e da sua relação com o dever correspondente, porquanto, “entre esses fatos, pode ou não haver conduta de B, que representa uma violação de um dever legal anterior. Se não houver, o direito em questão é considerado ‘primário’; se houver tal violação, o direito contra B é considerado ‘secundário’”.²¹³ Do ponto de vista do dever jurídico, o dever primário “se trata de todos os casos nos quais, no nível do direito substantivo, é fornecida uma exigência principal para manter um certo comportamento ativo”, enquanto o secundário “se origina de um dever anterior que não foi cumprido e que tem uma função em um sentido repriminador”.²¹⁴

No mesmo sentido, parece que Beale também teria compreendido que as relações entre os direitos abrangem os deveres jurídicos, pois “os direitos primários dizem respeito a deveres jurídicos que as pessoas têm uma com as outras na ausência de violação de dever. Direitos secundários dizem respeito a deveres jurídicos que surgem quando direitos primários são violados”.²¹⁵ Assim, nas palavras de Beale, o direito, a fim de pacificar as relações sociais, cria uma “sucessão de direito sobre direito”²¹⁶, razão pela qual todos os direitos estariam divididos em três categorias compreendidas como primários, secundários e de garantia. São incluídos, na primeira categoria, os direitos que existem no correto curso ordinário de eventos, na segunda, os que surgem da interferência ou da violação aos direitos primários, e, na terceira, os que são criados para processar e para exigir a execução e, assim, obter verdadeiro cumprimento dos direitos secundários.²¹⁷ A partir da natureza dos direitos secundários, destaca-se que “o esforço do direito não é meramente criar um direito a danos, mas criar um direito que seja equivalente ao direito destruído”.²¹⁸

²¹¹ AUSTIN, John. Lectures on jurisprudence: or the philosophy of positive law. volume 2. 4. ed. Londres: J. Murray, 1873, p. 791.

²¹² *Ibid.*, p. 790.

²¹³ CORBIN, Arthur L. Rights and duties. Yale Law Journal, New Haven, v. 33, n. 5, p. 501-527, jan. 1924, p. 515.

²¹⁴ LUISO, Francesco Paolo. Diritto processuale civile, volume 3. Milão: Giuffrè, 2009, p. 04-05.

²¹⁵ GREEN, Michael S. Legal monism: an american history. In. BEZEMEK, Cristoph; POTACS, Michael; SOMEK, Alexander (Org.). Vienna lectures on legal philosophy, volume 1: legal positivism, institutionalism and globalisation. Oxford: Hart Publishing, 2018, p. 36.

²¹⁶ BEALE, Joseph H. A treatise on the conflict of laws, volume 1. Nova Iorque: Baker, Voorhis & Co., 1935, p. 84.

²¹⁷ *Ibid.*, p. 67.

²¹⁸ *Ibid.*, p. 83.

É preciso deixar claro que nem sempre haverá direitos e deveres secundários, podendo ser extinta a relação no âmbito dos próprios direitos e deveres primários. Veja-se com um exemplo didático do Código Civil brasileiro: é um dever (primário) do mutuário de restituir, em coisa de mesmo gênero, qualidade e quantidade, ao mutuante o que dele recebeu pelo empréstimo de coisa fungível (artigo 586), sendo um direito (primário) do mutuante ser restituído na coisa emprestada. No caso de a relação ser desempenhada nesses termos previstos, o dever e o direito (primários) das partes são extintos.

No entanto, em algumas situações, é possível conceber que a violação do direito primário origina o direito secundário, positivado no direito material a fim de que aquele seja restaurado. Ou, com base na perspectiva do dever jurídico: a violação do dever jurídico primário origina um dever jurídico secundário a fim de restaurar o direito relativo àquele. Ilustra-se novamente pelo Código Civil a partir de um exemplo simples: o proprietário B têm o dever jurídico (primário) de construir de maneira que o seu prédio não despeje águas diretamente sobre o prédio vizinho (artigo 1.300), do que se extrai que o proprietário do prédio vizinho A têm o direito (primário) de que não sejam despejadas águas em seu prédio diretamente por aquele. No entanto, se B construir de tal forma que o seu prédio acabe por despejar diretamente águas sobre o prédio de A, surgirá para A um direito subjetivo (secundário) à demolição das construções e às perdas e danos (artigo 1.312) e para B um novo dever correlativo (secundário) de demolir as construções feitas e responder por perdas e danos. É relevante notar que, conforme Corbin, existem duas diferenças substanciais entre os direitos e deveres primários e os direitos e deveres secundários: “primeiro, para fazer o direito secundário, um novo fato operativo é adicionado a esses fatos que criaram o direito primário. Em segundo lugar, a performance exigida de B para satisfazer o comando social é uma performance diferente”.²¹⁹ No cenário apresentado no exemplo, é possível identificar que o dever primário de B exigia que ele não construísse o seu prédio de forma que este despejasse águas sobre o do vizinho, mas, após a ocorrência de novo fato operativo, isto é, do efetivo despejamento de águas no prédio vizinho, o dever secundário é outro, o de demolir a construção e reparar A pelos danos sofridos.

Feitas essas considerações, passa-se a examinar a diferença na natureza dos direitos primário e secundário, retornando às ideias de Hohfeld, a partir das categorias chamadas de relações *in personam* e das relações *in rem*, também denominadas, respectivamente, de relações “paucital” e “multital”. Ao tratar os direitos correlativos aos deveres sob essa

²¹⁹ CORBIN, Arthur L. Rights and duties. Yale Law Journal, New Haven, v. 33, n. 5, p. 501-527, jan. 1924, p. 516.

classificação, o autor distingue o direito paucital como aquele que vale “contra uma única pessoa (ou grupo único de pessoas), [...] ou contra algumas pessoas definidas” e o direito multital, “contra pessoas que constituem uma classe muito grande e indefinida de pessoas”.²²⁰ Nas palavras de Terry, os “direitos *in rem* são invocados contra todo mundo, direitos *in personam* [...] contra pessoas particulares apenas”.²²¹ Com relação à diferença existente entre esses direitos, Hohfeld exemplifica que, se B deve mil dólares a A, A tem um direito paucital de que B deve transferi-lo a propriedade jurídica dessa quantia, enquanto, em uma situação contrastante, se A já tiver a propriedade dos mil dólares, os seus direitos contra outros em relação a isso são direitos multital.²²²

Para o autor, a titularidade dos direitos é sempre individual, sendo que o direito individual pode, no caso do direito paucital, e sempre vai, no caso do direito multital, pertencer a uma classe (pequena naquele e grande neste) de direitos fundamentalmente similares ainda que separados.²²³ Daí porque cada pessoa individualmente tem um dever correlativo a determinado direito multital, embora possam ser várias as pessoas que o têm, individualmente, diante do que se percebe que as relações “direito-dever” separadas e distintas poderão ser tão infinitas quanto infinitas forem as pessoas sujeitas a um dever, único a cada uma delas.

Apreciada a noção dos direitos paucital e multital, importa destacar que, de acordo com Hohfeld, um direito multital primário deve ser cuidadosamente diferenciado do direito paucital secundário que surge da violação do primeiro. É exemplificado pelo autor através do caso em que A é o proprietário de um terreno: “se B cometer uma invasão ilícita na terra de A, ali surge naquele momento um novo direito, ou pretensão, em favor de A –i.e, o assim chamado direito secundário de que B deve paga-lo uma quantia em dinheiro como

²²⁰ HOHFELD, Wesley Newcomb. Legal conceptions as applied in judicial reasoning and other legal essays. New Haven: Yale University Press, 1919, p. 72. Esclarece-se que, embora à primeira vista se possa pensar que os direitos *in personam* (paucital) seriam direitos contra uma pessoa e os *in rem* (multital) contra uma coisa, isso não é verdadeiro, pois não apenas o direito multital não é direito contra uma coisa, já que os direitos exigem uma conduta humana, como não é sempre relativo a uma coisa, podendo estar relacionado a uma pessoa ou um bem intangível. *Ibid.*, p. 74-84 e 85-91.

²²¹ TERRY, Henry T. Legal duties and rights. Yale Law Journal, New Haven, v. 12, n. 4, p. 185-212, fev. 1903, p. 196-197.

²²² *Ibid.*, p. 73.

²²³ Assim, Hohfeld esclarece que o direito multital entendido corretamente é “um de um grande número de direitos fundamentalmente similares residindo em uma pessoa; a cada um de tais direitos tem como o seu correlativo um, e apenas um, de um grande número de deveres gerais ou comuns – deveres fundamentalmente similares apoiados respectivamente em *multas* pessoas diferentes”. HOHFELD, Wesley Newcomb. Op. Cit., p. 95.

indenização; e é claro B se torna simultaneamente sob um dever correlativo”,²²⁴ situação na qual o direito secundário é um direito paucital, *in personam*. Também é ilustrado que, se Y indevidamente tomar a posse e o controle do cavalo de X, surge em Y um dever de devolver o animal a X, e X tem um direito correlativo, que é o direito secundário paucital, *in personam*, “porque não existem quaisquer direitos fundamentalmente semelhantes contra pessoas em geral. Isso é verdade mesmo que, por óbvio, os direitos de X contra outros de que eles não devem alterar ou prejudicar o cavalo quando em posse de Y sejam direitos *in rem*”.²²⁵

O autor ainda estabelece que o direito primário multital (*in rem*) não deve ser confundido, ou pensado como dependente, com a natureza do procedimento pelo qual o direito secundário paucital (*in personam*) surgido da sua violação pode ser reivindicado. Veja-se que, na hipótese do direito *in rem* de A ser violado, surgindo um direito secundário *in personam* de A contra B, “A pode processar B por uma indenização e ter, como resultado do ‘primeiro estágio’ do procedimento, um julgamento ordinário *in personam* por (digamos) USD\$500”.²²⁶ Assim, tal julgamento, segundo o autor, cria, “fundindo” ou extinguindo o direito secundário *in personam* de A junto com o dever secundário de B, uma nova obrigação, que seria um direito *in personam* e um dever correlativo. Um segundo estágio do procedimento começaria com a aplicação dos procedimentos de execução para satisfação do julgamento, sendo que, se o procedimento total²²⁷ terminar por esse segundo estágio, este vai ser considerado *quasi in rem*: porque “(1) o primeiro estágio do procedimento total, i.e., ir a julgamento, é considerado *por si*, um procedimento *in personam*; (2) o primeiro estágio e o segundo estágio (do julgamento e depois dele) são considerados *juntos*, um procedimento *quasi in rem*, com referência à propriedade particular vendida na execução”.²²⁸

Para Raz, tais teses da correlatividade entre direitos e deveres devem ser examinadas com cautela, porquanto “um direito de uma pessoa não é o dever da outra. É o fundamento de um dever, fundamento que, se não for contrariado por considerações conflitantes, justifica que essa outra pessoa tenha o dever”.²²⁹ Ou seja, os “direitos são bases dos deveres nos outros”,²³⁰ no sentido de que “uma forma de justificar manter uma pessoa sujeita a um dever é que isso

²²⁴ HOHFELD, Wesley Newcomb. Legal conceptions as applied in judicial reasoning and other legal essays. New Haven: Yale University Press, 1919, p. 101.

²²⁵ *Ibid.*, p. 102.

²²⁶ *Ibid.*, 108.

²²⁷ A reivindicação jurisdicional dos direitos *in rem*, além de se manifestar através dos dois estágios procedimentais, pode iniciar diretamente no “segundo estágio”, por exemplo, quando houver título executivo, caso em que todo o procedimento é *quasi in rem*, ou terminar no “primeiro estágio”, em todo o procedimento é *in personam*, por exemplo, quando houver o cumprimento voluntário da obrigação. *Ibid.*, p. 109.

²²⁸ *Ibid.*, p. 109.

²²⁹ RAZ, Joseph. The morality of freedom. Oxford: Clarendon Press, 1988, p. 171.

²³⁰ *Ibid.*, p. 167.

serve ao interesse sobre o qual se baseia o direito de outra”.²³¹. Assim, segundo Raz, para quem os direitos são razões, ao invés de posições normativas, a tese da correlatividade entre um direito e um dever seria contingente, porquanto o direito realmente poderia ser o fundamento de um dever, entendido como a ele correlativo, mas também, em outra situação, poderia não sê-lo, quando existirem outras razões de maior peso, conflitantes ao direito, que justificassem a imposição de um determinado dever. No mesmo sentido, para MacCormick, os direitos não existem com base em deveres anteriores, mas são razões necessárias para que certos deveres sejam conferidos,²³² de modo que, por exemplo, “é porque as crianças têm um direito a cuidado e nutrição que os pais têm o dever de cuidado para com elas”.²³³ Assim, para MacCormick e Raz, é um pressuposto que os direitos sejam anteriores aos deveres.

No entanto, é imprescindível notar que isso não seria incompatível com a tese da correlatividade. Segundo Kramer, ao estabelecer uma moldura analítica hohfeldiana, ninguém deve renunciar à ideia das teorias políticas baseadas nos direitos ou baseadas nos deveres, já que “um foco de justificação não compromete ninguém a noção de uma hierarquia existencial ou analítica”.²³⁴ Caso o legislador tenha entendido os interesses protegidos por um direito como razões suficientes para a criação do dever no outro, nos termos da teoria de justificação de Raz, esse dever, então, é visto como correlativo àquele direito, na medida em que consiste no outro lado da mesma relação, em conformidade com as considerações feitas sobre os direitos e deveres correlativos de Hohfeld. Isso porque o “Axioma da Correlatividade”, de acordo com Kramer, é “completamente consistente com um foco de justificação que fixa importância primária aos direitos (ou deveres) e importância secundária aos deveres (ou direitos)”.²³⁵

Ainda, sobre os deveres correlativos aos direitos, Raz supostamente difere de Hohfeld no que diz respeito a sua quantidade e dinâmica, pois compreende que um direito pode basear não um, mas muitos deveres, que não estão inseridos em um rol exaustivo, de modo que “uma mudança de circunstâncias pode levar a criação de novos deveres baseados no velho direito”.²³⁶ Mostra-se pertinente referir a ideia de “ondas de dever” criada por Waldron, no sentido de que o interesse do direito, de suficiente importância moral, provavelmente impõe

²³¹ RAZ, Joseph. The morality of freedom. Oxford: Clarendon Press, 1988, p. 183.

²³² MACCORMICK, Neil. Rights in legislation. In. HACKER, Peter Michael Stephan; RAZ, Joseph. (Org.) Law, morality, and society: essays in honour of h.l.a hart. Oxford: Clarendon Press, 1977, p. 199.

²³³ Id. Legal right and social democracay. Oxford: Claredon Press, 1982, p. 162.

²³⁴ KRAMER, Matthew H. Rights without trimmings. In. KRAMER, Matthew H.; SIMMONDS, N.E.; STEINER, Hillel. A debate over rights. philosophical enquiries. Nova Iorque: Oxford Univesity Press, 2002, p. 38.

²³⁵ Ibid., p. 40.

²³⁶ RAZ, Joseph. The morality of freedom. Oxford: Clarendon Press, 1988, p. 171.

as chamadas “ondas sucessivas de dever”,²³⁷ independente de se descobrir que se tratam de uma “multiplicidade de deveres ou de múltiplas facetas de um único dever correlativo ao direito”.²³⁸ Sobre o ponto, Kramer reconhece que a doutrina da correlatividade de Hohfeld seria perfeitamente compatível com a distinção entre direito geral (ou abstrato) e específico (ou concreto) – o direito geral pode compreender um número indefinido de direitos específicos que o exemplificam ou o desenvolvem –,²³⁹ na medida em que a tese da correlatividade “aponta a correlação um-a-um entre direitos e deveres do *mesmo* grau de especificidade. Não aponta para correlações entre direitos e deveres de graus *diferentes* de especificidade, e, de fato, rejeita esse alinhamento”.²⁴⁰ Nesse contexto, Kramer também nota um aspecto importante da relação entre direitos geral e específico, qual seja de que, em conformidade com o caráter dinâmico atribuído por Raz, “um direito geral pode levar a novos direitos específicos, conforme as circunstâncias evoluem”²⁴¹ –sendo que esse direito geral não seria correlativo aos deveres específicos, mas, sim, ao dever geral, bem como os direitos específicos seriam correlativos aos respectivos deveres específicos.

Por fim, para esclarecer, na prática, a tese da correlatividade, a respeito das distinções entre direito primário e secundário, multital e paucital, aponta-se o caso decidido em Portugal atinente a danos aos direitos de personalidade sofridos por uma apresentadora de televisão em que, não obstante a recorrente alegasse que a questão dos autos seria inarbitrável porque o litígio respeitaria a direitos indisponíveis, o tribunal português entendeu que “não tem nada de inarbitrável,[...] porque não pode dizer-se que esse é um litígio que respeite a direitos indisponíveis”. O fundamento para isso poderia ser reputado justamente à distinção entre o direito primário e o secundário decorrente da sua violação, porque, nas palavras do Supremo Tribunal de Justiça:

Se é certo que os direitos de personalidade são, em princípio, direitos indisponíveis - direitos absolutos que são, «inalienáveis e irrenunciáveis» [...] - e que o direito à imagem, ao bom nome e à reputação são direitos de personalidade, a verdade é que já não é indisponível o direito de ação tendente à indenização por responsabilidade civil com fundamento na violação de qualquer um desses direitos e muito menos é

²³⁷ WALDRON, Jeremy. Rights in conflict. *Ethics*, Chicago, v. 99, n. 3, p. 503-519, abr. 1989, p. 512. Segundo Waldron: “falamos sobre direitos quando achamos que algum interesse de um indivíduo tem importância moral suficiente para justificar manter outros sob dever de servi-lo. Mas se dado interesse tem esse grau de importância, é improvável que vá justificar a imposição de apenas um dever” *Ibid.*, p. 510.

²³⁸ *Ibid.*, p. 511.

²³⁹ KRAMER, Matthew H. Rights without trimmings. In. KRAMER, Matthew H.; SIMMONDS, N.E.; STEINER, Hillel. *A debate over rights. philosophical enquiries*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2002, p. 41.

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 42.

²⁴¹ *Ibid.*, p. 41.

indisponível a quantificação da eventual indenização por danos causados por eventual violação.²⁴²

Ou seja, o tribunal estabeleceu que, embora o direito de personalidade fosse indisponível, o direito decorrente da sua violação seria um direito disponível. Poder-se-ia compreender que os direitos de personalidade seriam direitos multitalis e que o direito à indenização pela violação a eles seria um direito paucital. Assim, considera-se o caso bastante didático para demonstrar que da violação de um direito multital primário, tido como indisponível, pode decorrer um direito paucital secundário, por sua vez, disponível.

1.4.2 Uma proposta de direitos (in) disponíveis para fins de arbitragem

Após o exame sobre as relações *in personam* e *in rem*, entre os direitos (e deveres) primários e secundários, serão apreciadas algumas considerações a respeito da distinção entre renúncia ao direito e ao seu exercício, que facilitam a posterior compreensão sobre a ligação da transigibilidade à noção de distintas categorias de (in) disponibilidade dos direitos

Falou-se que a possibilidade de renúncia do direito subjetivo é uma nota marcante para verificar a sua caracterização como direito disponível. Só se renuncia aquilo sobre o que se tem poder para dispor. Não obstante, já foram exemplificadas situações em que posições de direitos fundamentais, tidos como tradicionalmente indisponíveis, são renunciáveis. Serão apresentados alguns pontos envolvidos nas bases teóricas da renúncia a direitos fundamentais, cujo núcleo essencial é a existência de uma decisão voluntária, ligada à disposição de posições jurídicas próprias tuteladas por normas de direitos fundamentais.

Segundo Novais, nos casos de direitos fundamentais, a questão da renúncia, na maioria das situações práticas, “é normalmente a de um compromisso individual e voluntário de um cidadão não invocar temporariamente, perante a entidade pública, uma determinada posição jurídica tutelada por uma norma de direito fundamental”.²⁴³ Adamy elabora um esboço do conceito de renúncia envolvendo os direitos fundamentais como a situação em que o titular do direito fundamental, conforme definida em lei, “expressamente, renuncia a determinadas posições ou pretensões jurídicas garantidas pelo direito fundamental, ou

²⁴² PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso de Revista. Processo: 06B3359. Recorrente: AA - Sociedade Independente de Comunicação S.A. Recorrida: BB LDA.: Relator: Juiz Pires da Rosa. Lisboa, 03 de maio de 2007. Disponível <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5d21fa6ee5dd15df802572d4002da58d?OpenDocument>. Acesso: 12 abr. 2019.

²⁴³ NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In. MIRANDA, Jorge. Perspectivas constitucionais nos 20 anos da constituição de 1976. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 271.

consente que o Poder Público restrinja ou interfira mais intensamente, por um determinado espaço de tempo e a qualquer momento revogável”.²⁴⁴

A fim de tratar da referida hipótese de renúncia ao exercício, é, antes, preciso observar que, por vezes, embora não seja admitida a renúncia do direito como um todo, é possível a renúncia de algumas das suas posições jurídicas. Trata-se da distinção feita por Novais entre a renúncia total e a parcial, considerando a extensão material do bem a que se renúncia, um direito fundamental como um todo ou alguma(s) das faculdades que o integram. Assim, em tese, a renúncia ao direito fundamental se distingue como um todo ou a algumas das posições jurídicas subjetivas. Quando for ao exercício de algumas das posições, a renúncia pode, ainda, se dar sobre a respectiva titularidade ou apenas sobre o exercício das faculdades decorrentes.²⁴⁵

A renúncia *ao exercício* é uma das modalidades da renúncia aos direitos fundamentais, que se distingue da outra, a renúncia *ao direito*²⁴⁶: esta, enquanto renúncia à titularidade de uma posição jurídica tutelada por norma de direito fundamental, consiste em “renunciar total e irrevogavelmente à capacidade jurídica de exercício das faculdades ou poderes que decorrem dessa posição por todo o tempo previsto na declaração de renúncia”,²⁴⁷ enquanto aquela, enquanto renúncia à capacidade de exercício de uma posição jurídica tutelada por norma de direito fundamental, “nunca é, pelo menos, definitiva, uma vez que, continuando o sujeito na titularidade da posição, pode sempre, potencialmente, reassumir a plenitude da capacidade de exercício, em última análise através da possibilidade de revogação da declaração de renúncia”.²⁴⁸ Sobre essa distinção, Adamy exemplifica a partir do artigo 1.275 do Código Civil, que prevê a renúncia ao exercício do direito de propriedade, operada em relação a uma determinada propriedade e não à ideia geral de propriedade do artigo 5º, XXII da Constituição: “renuncia-se, portanto, ao exercício determinado do direito de propriedade sobre uma propriedade específica, mas não à possibilidade jurídica – conferida pelo direito fundamental à propriedade – de ser proprietário”.²⁴⁹ De acordo com Dimoulis e

²⁴⁴ ADAMY, Pedro Augustin. Renúncia a direito fundamental. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 58.

²⁴⁵ NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In. MIRANDA, Jorge. Perspectivas constitucionais nos 20 anos da constituição de 1976. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 285.

²⁴⁶ Para compreender essa distinção, Novais aponta a diferença existente entre a titularidade de uma posição jurídica de direito fundamental e a capacidade, fática ou jurídica, de concretamente invocar essa posição no exercício concreto das faculdades ou poderes que a integram. *Ibid.*, p. 280.

²⁴⁷ *Ibid.*, p. 283.

²⁴⁸ *Ibid.*, p. 283.

²⁴⁹ ADAMY, Pedro Augustin. Op. Cit., p. 56.

Martins, quando a abstenção do exercício de um direito fundamental estiver restrita a um evento, pode-se estar diante da renúncia ao seu exercício em casos concretos.²⁵⁰

É possível considerar que, diante da possibilidade de negociação ou solução da controvérsia pelas próprias partes, pode haver uma renúncia parcial ao exercício da posição jurídica do direito (subjutivo público) ao procedimento judicial, nos casos em que esta posição integre o feixe das posições jurídicas do direito fundamental como um todo.²⁵¹ Quer dizer, entendida como desnecessária a intervenção judicial, a solução da lide poderia ser composta por uma transação extrajudicial, reconhecendo-se, assim, uma renúncia parcial ao exercício da posição jurídica do direito subjutivo público ao procedimental judicial.

Tal vai ao encontro da posição de Talamini, segundo a qual existem duas acepções distintas de “indisponibilidade” do direito material, a primeira correspondente à vedação à renúncia de um direito existente e a segunda à necessidade de intervenção judicial. Nesse sentido, inversamente, o conceito da disponibilidade corresponderia tanto à possibilidade de renúncia de um direito existente, quanto à desnecessidade de intervenção judicial. Assim, é possível relacionar esse duplo caráter sobre a disponibilidade adotado por Talamini às distinções feitas sobre a renúncia apresentadas anteriormente, de maneira que a referida “renúncia de um direito existente” se trataria de uma renúncia à titularidade do direito, e a renúncia de “intervenção judicial” de uma renúncia do exercício do direito (enquanto direito procedimental).

No que toca à arbitragem, importa observar que, de acordo com Talamini, apenas a segunda acepção de indisponibilidade tem relevo para aferição do seu cabimento nos termos do significado do artigo 1º da Lei 9.307/96. A primeira concepção não poderia ser invocada em razão do próprio regime jurídico da arbitragem, na medida em que “ao se submeter uma pretensão ao juízo arbitral não se está renunciando a ela, não se está abrindo mão do direito material que eventualmente existe. Apenas se está abdicando do direito de obter do Judiciário a solução para a questão”.²⁵² Nessa perspectiva, conclui o autor que a arbitragem é cabível

²⁵⁰ Nas palavras dos autores: “quando a abstenção do exercício de um direito fundamental não for restrita a um evento, pode-se estar à frente de uma renúncia ao próprio direito fundamental e não somente ao seu exercício em casos concretos”. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria geral dos direitos fundamentais. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 140.

²⁵¹ Veja-se: “se o interesse é disponível, eu disponho de tudo, inclusive das demandas. Eu não posso, de forma alguma, renunciar em abstrato, porque, senão, seria renúncia absoluta”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Sentença Estrangeira 5206 - EP. Agravante: MBV Commercial and export management establishment. Agravado: Resil industria e comércio ltda. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 12 dez. 2001.

²⁵² TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória) - versão atualizada para o cpc/2015. Revista de Processo, São Paulo, v. 264, p. 83-107, fev. 2017.

quando a matéria em causa possa ser resolvida pelas próprias partes, independentemente de ingresso em Juízo: “se o conflito pode ser dirimido pelas próprias partes, não faria sentido que não pudesse também ser composto mediante juízo arbitral sob o pálio das garantias do devido processo legal”.²⁵³

Essa compreensão parece estar em concordância com a posição do Supremo Tribunal Federal, que, aliás, nunca foi objeto de dúvidas sob a legislação anterior e atual, de que a constitucionalidade do instituto da arbitragem repousa na voluntariedade do acordo bilateral, em que as partes de determinada controvérsia, embora podendo submetê-la à decisão judicial, “optam por entregar a um terceiro, particular, a solução da lide, *desde que esta, girando em torno de direitos privados disponíveis, pudesse igualmente ser composta por transação*”.²⁵⁴ Pode-se dizer que, em certos direitos fundamentais que possuem essa posição jurídica de direito subjetivo público (direito procedimental), está envolvido, no que toca a tal posição, um direito disponível, cujo exercício pode ser renunciado parcialmente, a fim de que seja buscada uma solução pelas partes – e isso é o que bastaria para a disponibilidade do direito enquanto critério da arbitrabilidade objetiva.

Com base na distinção feita por Talamini, Vargas, por sua vez, estrutura que os direitos podem ser *instrumentalmente indisponíveis* e *materialmente indisponíveis*, estes insuscetíveis de qualquer renúncia e aqueles cujos conflitos necessariamente são tratados pela intervenção judicial. Nessa perspectiva, com relação à expressão “direitos disponíveis” da Lei de Arbitragem, “somente não se permite a resolução extrajudicial de conflitos que envolvam direitos em relação aos quais haja sido instituída a obrigatoriedade da intervenção judicial”.²⁵⁵ Há também a classificação dos direitos relativa à sua disponibilidade como direitos *definitiva* e *naturalmente indisponíveis*, cuja competência é estabelecida como sendo exclusiva dos juízes estatais, *direitos parcialmente disponíveis*, que estão, ainda que concernente a áreas naturalmente indisponíveis, relacionados à aspectos estritamente patrimoniais, e, por fim, os *direitos disponíveis no estado de direito atual*, os quais são disponíveis na situação concreta,

²⁵³ TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória) - versão atualizada para o cpc/2015. Revista de Processo, São Paulo, v. 264, p. 83-107, fev. 2017.

²⁵⁴ [Grifou-se]. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Sentença Estrangeira 5206 - EP. Agravante: MBV Commercial and export management establishment. Agravado: Resil industria e comércio ltda. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 12 dez. 2001.

²⁵⁵ VARGAS, Sarah Merçon-. Meios alternativos na resolução de conflitos de interesses transindividuais. 2012. 186 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 58.

embora, no estado de direito eventual, fossem indisponíveis.²⁵⁶ Ainda, em relação a disponibilidade do direito, Caramelo apresenta uma distinção entre *disponibilidade forte*, ou absoluta, aquela em que a renúncia ao direito é possível não só após, mas também antes de ele se constituir na esfera jurídica do seu titular, e a *disponibilidade fraca*, ou relativa, em que a renúncia só é possível após a sua radicação na esfera jurídica do titular.²⁵⁷

Embora não se discuta acerca da escolha legislativa, é bem verdade que, para Caramelo, a disponibilidade do direito não seria um critério adequado de arbitrabilidade, pois tanto a disponibilidade forte restringiria sobremaneira o campo da arbitrabilidade, inclusive em matérias apropriadas à solução arbitral (como os direitos indenizatórios do distribuidor pela cessação de um contrato de agência ou os direitos do credor que lhe são facultados nos casos de não cumprimento ou mora do devedor, os quais, pela lei portuguesa, não podem ser renunciados antecipadamente), quanto a disponibilidade fraca, por sua vez, admitiria demasiadamente à suscetibilidade de matérias inaceitáveis de acordo com o ordenamento jurídico (como aquelas matérias relativas ao estado civil das pessoas).²⁵⁸ Não obstante, entende-se que a interpretação dos direitos arbitráveis, com base na indisponibilidade relativa, ou no sentido fraco, mostra-se adequada, principalmente porque, no que toca à aplicação do direito, os domínios de indisponibilidade serão resguardados pelos árbitros, nos ordenamentos em que seja possível a anulação de sentença arbitral por violação à ordem pública, o que se defendeu anteriormente neste trabalho.²⁵⁹

Nesse contexto, sustenta-se que, “nas situações em que as partes, após a constituição efetiva do direito na sua esfera jurídica, podem dele livremente dispor, já é admissível a arbitragem. O que significa, então, que são arbitráveis os litígios em que estejam em causa

²⁵⁶ GAUTRAIS; Vincent; BENYEKHEF, Karim; TRUDEL, Pierre. Les limites apprivoisées de l'arbitrage cybernétique: l'analyse de ces questions à travers l'exemple du cybertribunal. Revue Juridique Thémies, Montréal, v. 33, p. 537-587, 1999, p. 548. A disponibilidade do chamado “direito no estado atual” por Patrice Level é verificada se admitida a sua renúncia e transação: “quando o direito nasce e é atual, torna-se disponível, bem como arbitrável, e a parte defendida poderia ser renunciada sob uma forma ainda mais completa e definitiva, por uma transação” LEVEL, Patrice. Perspectives d'évolution du droit français de l'arbitrage. L'arbitrabilité. Revue de l'arbitrage, Paris, n. 2, p. 213-240, 1992, p. 226.

²⁵⁷ CAMELO, António Sampaio. Critérios de arbitrabilidade dos litígios. revisitando o tema. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 27, p. 129-161, out./dez. 2010.

²⁵⁸ Id. A disponibilidade do direito como critério de arbitrabilidade do litígio – reflexões de jure condendo. Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, v. 3, a. 66, dez. 2006. Disponível em <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2006/ano-66-vol-iii-dez-2006/doutrina/antonio-sampaio-caramelo-a-disponibilidade-do-direito-como-criterio-de-arbitrabilidade-do-litigio/>. Acesso: 03 jun. 2019

²⁵⁹ Ver subcapítulo 1.3.2 deste trabalho. Também para Gouveia, “este conceito amplíssimo de arbitrabilidade só é aceitável, porém, se se considerar que o Estado tem a possibilidade de controlar a aplicação das regras de ordem pública, quer interna, quer internacionalmente”. GOUVEIA, Mariana França. Curso de resolução alternativa de litígios. Coimbra: Almedina, 2011, p. 125.

direitos relativamente disponíveis”.²⁶⁰ Isso porque, ao analisar a jurisprudência dos tribunais judiciais superiores portugueses no que toca à (in) arbitrabilidade dos litígios, em relação à várias matérias consideradas sensíveis,²⁶¹ Teles concluiu que as “que devem ser excluídas correspondem, a maior parte das vezes, àquelas relativas aos direitos absolutamente indisponíveis, o critério da disponibilidade deve ser interpretado e aplicado, corretamente, no sentido de se prever como limite a indisponibilidade absoluta e não a relativa”.²⁶² À semelhança das lições de Talamini, a autora fundamenta esta posição no fato de as partes, ao convencionar a submissão de um litígio à arbitragem, “não estarem a renunciar ao direito substantivo em si, somente estarem a atribuir a um tribunal arbitral a resolução de litígios que surjam relativamente ao mesmo (com vantagens e desvantagens inerentes a essa escolha, mas que, de forma alguma, reduz ou diminui a força do direito que se defende)”.²⁶³

Explica Gouveia que o direito inarbitrável (absolutamente indisponível) seria aquele que, independentemente da vontade do seu titular, sempre deve ser exercido, “o que significa que, se determinado direito é irrenunciável, para que seja relativamente indisponível basta que o particular não seja obrigado a exercê-lo, isto é, que esteja na sua disponibilidade propor ou não ação destinada ao seu exercício”.²⁶⁴ Em consequência disso, concorda-se ser arbitrável o direito relativamente indisponível, cuja disponibilidade seria verificada diante da opção em propor ou não a ação judicial destinada ao seu exercício, isto é, da possibilidade de solução pelas partes, ou, conforme proposto por Talamini, da referida “desnecessidade de intervenção judicial”.

Em atenção aos conceitos de (in) disponibilidade apresentados, é possível identificar um elemento comum, no que diz respeito à transação como marca da disposição do direito e ao impedimento de transação como marca da sua indisponibilidade. Diante disso, para examinar a arbitrabilidade, entende-se que deve ser analisada a transigibilidade do direito, já que esta alude à sua disponibilidade, o que, por sua vez, é a condição daquela. Assim, segundo Teles, é “de grande utilidade prática recorrer ao sub-critério ou ao índice da transigibilidade do direito para verificar se as partes poderiam ou não celebrar contrato de

²⁶⁰ GOUVEIA, Mariana França. Curso de resolução alternativa de litígios. Coimbra: Almedina, 2011, p. 124-125.

²⁶¹ Entre as matérias objeto de acórdãos analisados pela autora estão direitos de personalidade, insolvência (falência), contratos individuais de trabalho, incluindo os de praticante desportivo, contratos de arrendamento, direito das sociedades.

²⁶² TELES, Joana Galvão. A arbitrabilidade dos litígios em sede de invocação de exceção de preterição de tribunal arbitral voluntário. In. GOUVEIA, Mariana França (Org.). Análise de jurisprudência sobre arbitragem. Coimbra: Almedina, 2011, p. 92.

²⁶³ *Ibid.*, p. 93.

²⁶⁴ GOUVEIA, Mariana França. Op. Cit., p. 125.

transação sobre o mesmo, já que o critério legal subjacente é o mesmo”.²⁶⁵ Fica claro que o critério da disponibilidade, para fins de arbitrabilidade, é verificado pela transigibilidade do direito controvertido, “visto que a possibilidade de as partes celebrarem transação sobre o direito controvertido depende de elas poderem dele dispor”.²⁶⁶ Em relação à arbitragem, deve-se entender que “só pode ter por objeto a solução de conflitos sobre direitos disponíveis, ou seja, de direitos a respeito dos quais as partes podem transigir”.²⁶⁷ Isso porque, tanto “a definição de arbitrabilidade, como a de transação, converge à mesma noção: a livre disponibilidade de direitos”.²⁶⁸

Não obstante o diploma civil português preveja expressamente que as partes só podem transigir sobre direitos disponíveis, diferentemente do brasileiro cujo texto contempla apenas o critério da patrimonialidade, reitera-se que essa compreensão é adotada, como visto anteriormente, pela doutrina e jurisprudência brasileiras.²⁶⁹ Ao examinar a matéria à luz do diploma civil brasileiro, convém observar que Alvim considera que a natureza do objeto da transação teria sido dimensionada na legislação aos direitos “patrimoniais disponíveis”, justamente na medida em que estes estariam “em oposição a direitos intransigíveis, em relação aos quais não tem lugar a conciliação, como não tem também a transação (CC, art. 841)”.²⁷⁰

Em virtude do que foi apontado, a questão dos graus de disponibilidade se mostra adequada à ideia da distinção entre os direitos paucital e multital. Claro é que um direito multital pode ser absolutamente indisponível sem que existam óbices para que o direito paucital dele decorrente seja relativamente (in) disponível. No caso, esse direito paucital pode ser (validamente) o objeto de uma arbitragem, ainda que a referência da cláusula compromissória seja ao direito multital, dado que, no momento de sua celebração, sequer

²⁶⁵ TELES, Joana Galvão. A arbitrabilidade dos litígios em sede de invocação de exceção de preterição de tribunal arbitral voluntário. In. GOUVEIA, Mariana França (Org.). Análise de jurisprudência sobre arbitragem. Coimbra: Almedina, 2011, p. 93. No mesmo sentido, Almeida aponta que, “para verificar a arbitrabilidade, “deve analisar-se pois se, e em que medida (acentuo em que medida), as situações em causa são disponíveis. [...] um critério prático consiste em inquirir se o litígio poderia ou não ser negociado e resolvido pelas próprias partes, o que equivale a inquirir se é passível de contrato de transação”. ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Convenção de arbitragem. conteúdo e efeitos. In. CENTRO DE ARBITRAGEM COMERCIAL; ASSOCIAÇÃO COMERCIAL DE LISBOA (Org.). I Congresso do centro de arbitragem da câmara de comércio e indústria portuguesa. Coimbra: Almedina, 2008, p. 85-86.

²⁶⁶ CAMELO, António Sampaio. Critérios de arbitrabilidade dos litígios. revisitando o tema. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 27, p. 129-161, out./dez. 2010.

²⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Sentença Estrangeira 5206 - EP. Agravante: MBV Commercial and export management establishment. Agravado: Resil industria e comércio ltda. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 12 dez. 2001.

²⁶⁸ LEE, João Bosco. O conceito de arbitrabilidade nos países do mercosul. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, São Paulo, v. 8, p. 346-358, abr./jun. 2000.

²⁶⁹ Ver subcapítulo 1.3.3 deste trabalho.

²⁷⁰ ALVIM, José Eduardo Carreira. Direito arbitral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 53.

existia o direito paucital. Diferente é o compromisso, no qual o próprio direito paucital já é o objeto da convenção entre as partes. Dessa forma, “no momento da decisão arbitral (sobre a própria competência do árbitro) é que o direito tem de ser disponível. Esta posição faz todo o sentido se coadunada com o princípio da equiparação do tribunal arbitral ao tribunal judicial”.²⁷¹ Logo, considerando que a disponibilidade é requisito de validade da convenção arbitral, isso só seria verificado pelo árbitro *a posteriori* com efeitos *ex tunc*, e não no momento de celebração da cláusula compromissória pelas partes. Esse entendimento não apenas vai ao encontro da qualidade de juiz de fato e de direito atribuída ao árbitro, mas do que foi dito a respeito da (in) disponibilidade ser analisada caso a caso, e não instituto a instituto.

Por fim, foi possível elucidar o que significam os chamados “direitos indisponíveis que admitam transação”: são os direitos relativamente (in) disponíveis. Pode-se concluir afirmando que a arbitrabilidade objetiva do direito contempla os direitos disponíveis, o que abrange os direitos relativamente indisponíveis, na medida em que nestes também há disposição, no que toca à desnecessidade do processo judicial para que o direito seja exercido. Em outras palavras, são cabíveis de solução pela via arbitral os litígios que poderiam ser resolvidos pelas próprias partes, tal como por meio de uma transação.

²⁷¹ TELES, Joana Galvão. A arbitrabilidade dos litígios em sede de invocação de exceção de preterição de tribunal arbitral voluntário. In. GOUVEIA, Mariana França (Org.). Análise de jurisprudência sobre arbitragem. Coimbra: Almedina, 2011, p. 93.

2 A TUTELA JURÍDICA DO MEIO AMBIENTE

O meio ambiente coletivo, conforme Hiskes, frequentemente não é visto como um bem ou benefício, mas como risco de prejuízo, tal como o risco apresentado pela poluição, chuva ácida, lixos radioativos, etc. E seriam justamente os riscos ambientais “o progenitor dos direitos, precisamente porque eles se qualificam como o tipo de prejuízo contra o qual as pessoas deveriam ter direitos”.²⁷² Nesse contexto, o autor salienta que “reconhecer a realidade dos riscos modernos como um fenômeno coletivo emergente -e particularmente aqueles representados pelos desastres ambientais- apenas intensifica a necessidade de direitos individuais para proteger os cidadãos deles”.²⁷³

Sem dúvida, o sistema das Nações Unidas reconhece o meio ambiente como direito humano, na medida em que o homem, na Declaração de Estocolmo, “tem direito ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade [...], tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras”.²⁷⁴ No âmbito da atuação dos Estados, o princípio 10 da Declaração do Rio aponta que “deve ser propiciado acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que diz respeito a compensação e reparação de danos”.²⁷⁵ A aceitação desse direito fica evidente pelo fato de que, de acordo com o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente, “os direitos ambientais tem crescido mais rapidamente do que qualquer outro direito humano [...] o direito a um meio ambiente saudável é consagrado em mais de 100 constituições”.²⁷⁶

No presente capítulo, busca-se identificar o contexto em que o direito ao meio ambiente está inserido no ordenamento jurídico brasileiro, para fins de verificar o panorama da responsabilização civil e reparação ambiental. Serão distinguidas as dimensões do dano ambiental e dos distintos interesses jurídicos por ele atingidos, bem como a amplitude de sujeitos poluidores solidários. Então, serão delineados o conteúdo das obrigações pelas quais o responsável pode ser condenado e os aspectos pertinentes à tutela coletiva dos danos

²⁷² HISKES, Richard P. The human right to a green future. environmental rights and intergenerational justice. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2009, p. 19-20.

²⁷³ *Ibid.*, p. 20-21.

²⁷⁴ Princípio 1. NAÇÕES UNIDAS. Conferência sobre o Meio Ambiente Humano. Declaração de estocolmo sobre o ambiente humano. Estocolmo, 1972 Disponível em www.direitoshumanos.usp.br/index.php/meio-ambiente/declaracao-de-estocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html. Acesso: 05 jun. 2019

²⁷⁵ NAÇÕES UNIDAS. Conferência sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Declaração sobre meio ambiente e desenvolvimento. Rio de Janeiro, 1992. Disponível em www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-sobre-meio-ambiente-e-desenvolvimento.html. Acesso: 05 jun. 2019

²⁷⁶ Informações extraídas do sítio eletrônico do programa. NAÇÕES UNIDAS. Programa para o Meio Ambiente. Avançando os direitos ambientais. Disponível em <https://www.unenvironment.org/pt-br/explore-topics/environmental-rights-and-governance/what-we-do/advancing-environmental-rights>. Acesso: 05 jun. 2019

ambientais pelos entes legitimados na Lei 7.347/85 – Lei da Ação Civil Pública. É indispensável também a análise da natureza do instituto do termo de ajustamento de conduta enquanto meio conferido aos legitimados públicos para resolver extrajudicialmente a controvérsia ambiental.

2.1 O direito ao meio ambiente

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 trouxe um capítulo específico no título VIII (da Ordem Social) para tratar da questão ambiental, consagrando, em seu artigo 225, que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida, e um direito de todos. Ainda segundo o referido artigo, a defesa e a preservação do meio ambiente são uma responsabilidade social, imposta ao Poder Público e à coletividade, para as presentes gerações e, indo ao encontro da Declaração de Estocolmo, também para futuras. A partir da superação do tempo de exclusiva tutela aos interesses individuais, é dada “vez para a ideologia dos interesses difusos (isto é, interesses cuja quantificação numérica ou delimitação social de titulares não é possível, nem mesmo a sua segmentação corporificação ou divisão). Daí o termo difuso adotado para qualificá-los”.²⁷⁷

Nesse contexto, é possível dizer que a Constituição representou a formação de um Estado Socioambiental e Democrático de Direito, no qual é atribuído “status jurídico-constitucional de *direito-dever fundamental* ao direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, colocando os valores ecológicos no 'coração' da ordem jurídica brasileira, e, portanto, influenciando todos os demais ramos jurídicos”.²⁷⁸ Certo é que a Constituição brasileira estabelece um direito/dever a um meio ambiente adequado. Não obstante, é preciso esclarecer que tal valor ambiental também deve ser combinado com outros tantos, entre eles valores econômicos.²⁷⁹ Nesse sentido, embora tratando da Constituição espanhola, a seguinte referência se mostra aplicável ao tratamento das normas contempladas na Constituição brasileira: “do ponto de vista constitucional, não há espaço para a absolutização da norma

²⁷⁷ FRANGETTO, Flávia Witkowski; PEDRO, Antônio Fernando Pinheiro. Direito ambiental aplicado. In. PHILIPPI JÚNIOR, Arlindo; ROMÉRO, Marcelo de Andrade, BRUNA, Gilda Collet (Org.). Curso de gestão ambiental. 2. ed. Barueiri: Manole, 2014, p. 627.

²⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MACHADO, Paulo Affonso Leme; FENSTERSEIFER, Tiago. Constituição e legislação ambiental comentadas. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 31

²⁷⁹ Isso porque a Constituição contempla a defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação (artigo 170, VI), como um dos elementos que fazem parte de um conjunto de princípios gerais da atividade econômica, abordados no capítulo I do título VII, entre os quais estão o livre exercício de qualquer atividade econômica, a propriedade privada, o incentivo de reinvestimento de capital estrangeiro, entre outros.

ambiental, nem da econômica, e qualquer atuação pública ou jurisdicional unidirecional ou radical nesses sentidos deve ser vetada”.²⁸⁰

Na perspectiva da configuração do direito fundamental ao meio ambiente, Gavião Filho demonstra a justificação racional das normas que podem ser extraídas do dispositivo constitucional, a partir da compreensão do direito fundamental completo como feixe de posições jurídicas: “a norma do direito fundamental ao ambiente do art. 225 da Constituição reúne um conjunto de posições fundamentais jurídicas que configuram o direito fundamental ao ambiente como um todo”.²⁸¹ Explica o autor que o direito fundamental ao ambiente, na divisão tripartite das posições fundamentais jurídicas proposta por Alexy, é um direito a algo (um direito a prestações em sentido amplo), que, por sua vez, configura, na divisão das prestações, o direito à proteção, o direito à organização e ao procedimento e o direito a prestações em sentido estrito.

Em linhas gerais, são realizados o *direito à proteção*, por meio do direito penal, do direito administrativo sancionador e da função ambiental da propriedade, para proibir certas condutas e restringir comportamentos, protegendo o ambiente contra intervenções lesivas de terceiros,²⁸² o *direito à organização em sentido estrito*, pela edição de normas de organização pelo legislador conforme o direito fundamental, de acordo com a estrutura de distribuição da atuação administrativa para as três entidades federativas com a fixação de um órgão nacional,²⁸³ e o *direito a prestações em sentido estrito*, por prestações positivas fáticas ou materiais exigidas do Estado cuja configuração definitiva seria uma questão de ponderação entre princípios no caso concreto.²⁸⁴

Para o presente trabalho, merece especial destaque o direito *ao procedimento em sentido estrito*, cujo objeto é uma proteção jurídica efetiva por procedimentos capazes de alcançar resultados conforme o direito fundamental, que, embora por si só não sejam suficientes para a conformidade da decisão com o direito fundamental, aumentam as probabilidades de que tal resultado seja alcançado.²⁸⁵ Na lição de Gavião Filho, em consonância com o princípio 10 da Declaração do Rio, “a realização do direito fundamental ao ambiente pelo procedimento em sentido estrito pode ser alcançada com a via do

²⁸⁰ MORENO, Francisco Javier Junceda. Arbitraje y derecho del medio ambiente. In. FREYRE, Mario Castillo (Org.) *Ponencias del segundo congreso internacional de arbitraje. biblioteca de arbitraje*, v. 8. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2014, p. 185.

²⁸¹ GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. *Direito fundamental ao ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 15.

²⁸² *Ibid.*, p. 53-54.

²⁸³ *Ibid.*, p. 87 e 92.

²⁸⁴ *Ibid.*, p. 176.

²⁸⁵ *Ibid.*, p. 92.

procedimento administrativo e com a alternativa do procedimento judicial”,²⁸⁶ exemplificáveis respectivamente pelos estudos de impacto ambiental e licenciamentos ambientais e pelas ações populares e civis públicas. Nesse contexto de realização do direito fundamental ao meio ambiente pelo procedimento em sentido estrito na perspectiva judicial, ressalta-se a ação civil pública, cuja promoção para proteção do meio ambiente já era atribuída pela Constituição como função institucional do Ministério Público (artigo 129, inciso III). Destaca-se que a Lei 7.347/85 tipificou este instrumento processual responsável pela proteção dos interesses ambientais (artigo 1º, inciso I), o qual viria a ser aperfeiçoada pelo Código de Defesa do Consumidor em 1990, para a incluir, além dos direitos difusos e coletivos, a defesa, também por meio da ação coletiva, dos individuais homogêneos.

Até o momento foi possível identificar os contornos da normalização constitucional e institucionalização da defesa e preservação ambiental, fazendo-se, então, necessário estabelecer um conceito de “meio ambiente”, com o objetivo de compreender os domínios daquilo a que se confere imperiosa tutela à nível constitucional, bem como a significação das diferentes acepções nas quais este se manifesta e é juridicamente distinguido.

Ao editar normas gerais a fim de instituir os instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, a União fixou a definição legal da expressão “meio ambiente” na Lei 6.938/81 como “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (artigo 3º, inciso I), considerando-o “como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo” (artigo 1º, inciso I).²⁸⁷

Percebe-se que a opção do legislador foi por uma definição que “é ampla, pois vai atingir tudo aquilo que permite a vida, que a abriga e rege”,²⁸⁸ na qual é possível subdividir a noção de bem ambiental, considerando, de um lado, “uma conotação de bens naturais e proteção destes bens, mais relacionado com o ecossistema [...] [e, de outro,] o patrimônio cultural (histórico e paisagístico) e a sadia qualidade de vida do ser humano, bens que estão mais relacionados com uma visão antropocêntrica”.²⁸⁹ Entende-se que o conceito em questão “há de ser, pois, globalizante, abrangente de toda a natureza original e artificial, bem como os

²⁸⁶ GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. Direito fundamental ao ambiente. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 93.

²⁸⁷ BRASIL. Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasília, DF, 31 ago. 1981. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm. Acesso: 03 out. 2018.

²⁸⁸ MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental brasileiro. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 63.

²⁸⁹ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 81-82.

bens culturais correlatos, compreendendo, portanto, o solo, a água, o ar, a flora, as belezas naturais, o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico e arqueológico”,²⁹⁰ sendo que todos os seus elementos são interdependentes para a sadia qualidade de vida.

A esse respeito, porque o meio ambiente abrange não apenas elementos naturais, mas também artificiais e a própria qualidade de vida do homem, constata-se a adoção da concepção do antropocentrismo alargado, segundo a qual o homem não apenas faz parte da própria natureza original, mas nela influi e dela recebe influências, direta ou indiretamente. Por essa razão, “a vida humana, também infinitamente valiosa para o meio ambiente, não poderia ficar à margem da tutela legal ambiental”.²⁹¹ O que se pretende ressaltar é que “o meio ambiente engloba, sem dúvida, o homem e a natureza, com todos os seus elementos. Desta forma, se ocorrer uma danosidade ao meio ambiente, esta se estende à coletividade humana, considerando tratar-se de um bem difuso interdependente”.²⁹²

Não obstante o meio ambiente seja qualificado como bem difuso, de uso comum do povo, essencial à existência e à qualidade de vida, diante das relações que o digam respeito, “é necessária uma ponderação, caso a caso, para verificar qual a natureza jurídica do bem, que parece difusa, admitindo o regime de direito público em certas situações, e o de direito privado em outras. Portanto, trata-se de um regime que intercala ambos (o público e o privado)”.²⁹³ Assim, concernente à significação jurídica do meio ambiente, principalmente dada a sua abrangência na previsão da Lei 6.938/81, cumpre analisar a dupla concepção do bem ambiental que o divide nos conceitos de macro e microbem. Sobre essa classificação, o Superior Tribunal de Justiça expressamente entende que o meio ambiente se distingue “entre o ‘macrobem’ constituído pelo meio ambiente global e ‘microbens’, que são partes do meio ambiente global: a atmosfera, as águas, a fauna, a flora...”.²⁹⁴ A consideração do meio ambiente como macrobem, como explica Benjamin, “não é incompatível com a constatação de que o complexo ambiental é composto de entidades singulares (as coisas, por exemplo)

²⁹⁰ SILVA, José Afonso da. Direito ambiental constitucional. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 20.

²⁹¹ COELHO, Hamilton Antônio. O bem ambiental, sua propriedade e os tribunais de contas. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, v. 84, p. 35-58, jul./set. 2012, p. 46.

²⁹² LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 73.

²⁹³ FRANGETTO, Flávia Witkowski; PEDRO, Antônio Fernando Pinheiro. Direito ambiental aplicado. In. PHILIPPI JÚNIOR, Arlindo; ROMÉRO, Marcelo de Andrade, BRUNA, Gilda Collet (Org.). Curso de gestão ambiental. 2. ed. Barueiri: Manole, 2014, p. 637.

²⁹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 598.281 - MG. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorridos: Município de Uberlândia e Empreendimentos Imobiliários Caana Ltda. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 02 maio 2006.

que, em si mesmas, também são bens jurídicos: é o rio, a casa de valor histórico, o bosque, com apelo paisagístico, o ar respirável, a água potável”.²⁹⁵

Considera-se o macrobem jurídico da qualidade ambiental em um sentido globalizante, enxergado como *res communes omnium*, ou seja, de uso comum de todos, razão pela qual “o proprietário, seja ele público ou particular não poderá dispor da qualidade do meio ambiente ecologicamente equilibrado, devido à previsão constitucional, considerando-o macrobem de todos”.²⁹⁶ O macrobem não é senão a própria noção ampla da Lei 6.938: “como sistema de inter-relações de todas as condições, leis e influencias que regem e abrigam a vida em todas as suas formas, o que o torna um ‘macrobem’ jurídico, distinto dos bens corpóreos que o compõem e, neste sentido, inapropriável, indisponível e indivisível”.²⁹⁷ Assim, o macrobem ambiental, entendido como bem incorpóreo e imaterial, não se confundiria “com esta ou aquela coisa material floresta, rio, mar, sítio histórico, espécie protegida, etc.) que o forma, manifestando-se, ao revés, como o complexo de bens agregados que compõem a realidade ambiental”.²⁹⁸ Ou seja, o macrobem seria justamente o conjunto de relações e de interações expresso no art. 3º, I, da Lei 6.938/81 e o microbem os elementos que o compõem. Este tipo de bem ambiental em um sentido totalizante, convém ressaltar, é “dotado de valor próprio, representa uma realidade ambiental ou complexo de valores ambientais, tendo como características o fato de ser autônomo (bem jurídico em si mesmo), unitário (unidade ambiental complexa), abstrato (imaterial/multidimensional) e de interesse público (bem de uso comum)”.²⁹⁹

À luz dos interesses envolvidos em cada uma das modalidades, Leite e Ayala assinalam que o microbem pode ter variados regimes de propriedade e ser, no que tange à titularidade dominical, pública ou privada, ao passo que o macrobem é sempre de interesse público.³⁰⁰ No mesmo sentido, importa observar que, nas palavras do Superior Tribunal de

²⁹⁵ BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos e. Função ambiental. In. BENJAMIN, Antônio Herman V. (Org.). Dano ambiental, prevenção, reparação e repressão, função ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 75.

²⁹⁶ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. Op. Cit., p. 83.

²⁹⁷ STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 83.

²⁹⁸ BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos e. Função ambiental. In. BENJAMIN, Antonio Herman V. (Org.). Dano ambiental, prevenção, reparação e repressão, função ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 75.

²⁹⁹ BARBOSA, Haroldo Camargo. O instituto da prescrição aplicado à reparação dos danos ambientais. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, v. 59, p. 124-149, jul./set. 2010.

³⁰⁰ Nas palavras dos autores: “na concepção de microbem ambiental, isto é, dos elementos que o compõem (florestas, rios, propriedade de valor paisagístico, etc.), o meio ambiente pode ter o regime de sua propriedade variado, ou seja, pública e privada, no que concerne à titularidade dominical. Na outra categoria, ao contrário, é um bem qualificado como de interesse público seu desfrute é necessariamente comunitário e destina-se ao bem-

Justiça, “os microbens podem ser apropriados parcialmente e ser objeto de propriedade privada”.³⁰¹ Não obstante, o seu uso e a sua apropriação devem se dar “conforme limitações e critérios previstos em lei, e desde que essa utilização não leve à apropriação individual (exclusiva) do meio ambiente, como bem imaterial”.³⁰² Isso porque tais elementos corpóreos, caracterizados como microbens ambientais, “têm conceituação e regime próprios e estão submetidos a uma legislação própria e específica à legislação setorial (o Código Florestal, a Lei de Proteção à Fauna, o Código de Águas, a legislação sobre proteção do patrimônio cultural etc.)”.³⁰³ Afirma-se que os microbens “são cada um dos valores ambientais que compõem a realidade ambiental. Estes, sim, são elementos materiais (concretos), tradicionalmente dotados de proteção jurídica própria, passíveis de apropriação e de titularidade individual”.³⁰⁴

Recentemente, a distinção entre o macro e microbem assumiu relevo em decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, para o fim de prevenir possível divergência acerca da competência para processamento e julgamento dos danos ambientais decorrentes do rompimento da barragem da Samarco, entendendo-se que caberia à Primeira Seção da Corte a competência para tratar da pretensão de restauração do macrobem dada a preponderância da sua natureza publicista, enquanto à Segunda Seção seria competente para as demandas vinculadas ao microbem, diante da sua eminente natureza privada. Não há dúvidas de que a separação entre macro e microbem ambiental vai se estender aos tipos de dano ambiental, que, como será analisado, podem envolver prejuízos globais (direitos difusos), ou danos reflexos (direitos individuais ou individuais homogêneos).

2.2 As dimensões dos danos ao meio ambiente e os interesses jurídicos protegidos

Como visto até o momento, clara é a força simbólica do direito ao meio ambiente equilibrado e sadio. Todavia, é possível observar um descompasso traduzido nas frequentes violações sucedidas no plano prático. Trata-se do chamado dano ambiental, considerado “multifacetário (ética, temporal, ecológica e patrimonialmente falando), sensível ainda à

estar individual”. LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 87.

³⁰¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 598.281 - MG. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorridos: Município de Uberlândia e Empreendimentos Imobiliários Caana Ltda. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 02 maio 2006.

³⁰² STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Op. Cit., p. 84.

³⁰³ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Fundamentos do direito ambiental no Brasil. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, v. 7, p. 170-197, 1994, p. 179.

³⁰⁴ BARBOSA, Haroldo Camargo. O instituto da prescrição aplicado à reparação dos danos ambientais. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, v. 59, p. 124-149, jul./set. 2010.

diversidade do vasto universo de vítimas, que vão do indivíduo isolado à coletividade, às gerações futuras e aos próprios processos ecológicos em si mesmos considerados”.³⁰⁵ Como as lesões ambientais não raramente se tratam de questões complexas, em que diversos interesses jurídicos estão envolvidos, faz-se necessário examinar as espécies do dano e a natureza dos interesses atingidos, para que, posteriormente, seja possível empreender uma análise quanto aos aspectos atinentes à arbitrabilidade.

Diante da conceituação ambivalente do meio ambiente, em sua versão de macrobem e de microbem ambiental, da qual se extrai a dupla proteção conferida pelo ordenamento jurídico brasileiro ao meio ambiente, infere-se não apenas uma dupla afiliação simultânea a dois regimes patrimoniais, mas também um duplo regime de responsabilidade civil: uma atividade degradadora única que pode provocar, a um só tempo, dois deveres de indenizar, valendo o primeiro para o macrobem e o segundo para o microbem (com a indenização destinada a reparar os danos sofridos pelos titulares individuais da *res* afetada)”.³⁰⁶ Os danos dirigidos ao macrobem e ao microbem são autônomos, uma vez que, havendo um deles, não obrigatoriamente haverá o outro,³⁰⁷ mas é possível identificar que uma atividade poluidora pode provocar simultaneamente danos ao macro e ao microbem ambiental, isto é, além dos danos ao equilíbrio do meio ambiente em si (macrobem), os prejuízos podem ser impostos aos elementos de apropriação privada que o compõe (microbem). Explica Freitas que, “paralelamente ao dano coletivo existente, superpõe-se outro de natureza particular. Evidentemente, há em tais hipóteses um direito privado ao lado do público, ambos a merecer proteção”.³⁰⁸ Em relação ao dano ao microbem ambiental privado, verifica-se que “a demanda tem como base um interesse próprio do indivíduo ao microbem ambiental e que, de que forma incidental, repercute na proteção do macrobem ambiental, pertencente à coletividade”.³⁰⁹

³⁰⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.198.727 - MG. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Pedro Paulo Pereira. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, 09 maio 2013.

³⁰⁶ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. Função ambiental. In. BENJAMIN, Antonio Herman V. (Org.). Dano ambiental, prevenção, reparação e repressão, função ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 70.

³⁰⁷ Ilustra-se pelo exemplo do corte de árvores (dano ao microbem), o qual “não representa necessariamente um dano ambiental às relações ecológicas. Para que esse corte seja assim enquadrado, é necessário que ele efetivamente reduza a qualidade ambiental, ultrapassando-se os limites de tolerabilidade, prejudicando, afinal, o equilíbrio do ambiente” LIMA, Bernardo Silva de. A arbitrabilidade do dano ambiental e o seu ressarcimento. 2009. 163 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2009, p. 35.

³⁰⁸ FREITAS, Vladimir Passos de. O dano ambiental coletivo e a lesão individual. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, v. 35, p. 26-38, jul./set. 2005.

³⁰⁹ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 150.

Além disso, é importante advertir que “o dano ambiental reparável não se limita ao dano ecológico puro, que representa apenas uma das facetas do dano”,³¹⁰ na medida em que houve a contemplação legal também dos prejuízos às atividades sociais, à saúde, à segurança e ao bem-estar da população, conforme os conceitos de degradação e poluição previstos na Política Nacional do Meio Ambiente – Lei 6.938/81 (artigo 3º, incisos II e III). A Lei expressamente prevê que a reparação pode ser dirigida aos “danos causados ao meio ambiente e a terceiros” (artigo 14, §1º), o que demonstra que a responsabilidade se concebe “tanto no que se refere a danos pessoais (patrimoniais e morais) ou, na dicção da lei, ‘danos causados a terceiros’, quanto na hipótese de dano ambiental puro (‘danos causados ao meio ambiente’)”.³¹¹ Assim, os danos “indiretos”, “pessoais”, “reflexos” ou “por ricochete” sofridos pelos indivíduos estão também contemplados “dentro do gênero dano ambiental, levando em consideração que a lesão patrimonial ou extrapatrimonial que sofre o proprietário, em seu bem, ou a doença que contrai uma pessoa, inclusive a morte, podem ser oriundas da lesão ambiental”.³¹²

É chamado por Benjamin de “dano pessoal”, posto que se verifica “na sua perspectiva humana, isto é, nada mais é do que um prejuízo pessoal ou patrimonial sofrido pela via do ataque ao meio ambiente”.³¹³ Segundo Milaré, que o designa como dano “por ricochete” ou “reflexo”, trata-se da “modalidade de dano ambiental que, ao afetar desfavoravelmente a qualidade do meio, repercute de forma reflexa sobre a esfera de interesses patrimoniais ou extrapatrimoniais de outrem”.³¹⁴

Sobre isso, optou-se, no presente trabalho, por compreender na categoria de microbens, além do recurso ambiental corpóreo de apropriação privada, também os bens ambientais conexos (a propriedade, a integridade física, a vida, a qualidade de vida, a saúde, etc.). Essa categorização vai ao encontro do que já foi entendido pelo Superior Tribunal de Justiça: “o dano ambiental individual, ou por ricochete, traduz-se em uma *lesão implementada por intermédio do meio ambiente*, que, em essência, é um dano individual, cuja tutela deve

³¹⁰ STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Responsabilidade civil ambiental. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011, p. 103.

³¹¹ BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos e. Introdução ao direito ambiental brasileiro. Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental, São Paulo, v. 1, p. 41-91, mar. 2011.

³¹² LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. Op. Cit., p. 150.

³¹³ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental, São Paulo, v. 5, p. 75-136, mar. 2011.

³¹⁴ MILARÉ, Édis. Direito do ambiente. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 327.

recair sobre interesses próprios do lesado, *relativos ao microbem ambiental*”.³¹⁵ Por sua vez, considera-se, da mesma maneira, que os danos ao macrobem abrangem não apenas o patrimônio ambiental (ecológico) comum à coletividade, mas também o dano por ricochete, seja de ordem patrimonial ou extrapatrimonial, imposto a uma coletividade determinada.

Exemplo no qual se torna clara a dimensão pessoal do dano retoma ao evento do rompimento da barragem de Fundão, no qual – além dos danos ao equilíbrio ecológico do ambiente terrestre e aquático, visto em sua perspectiva de macrobem globalizante – é possível considerar a ocorrência de danos individuais, tais como as mortes de trabalhadores da empresa e moradores das comunidades afetadas, o desalojamento de pessoas, a falta do abastecimento de água, a interrupção da pesca por tempo indeterminado, a interrupção do turismo.³¹⁶

Em relação aos danos individuais, é preciso referir que assume relevo o direito de vizinhança a partir de uma perspectiva ambiental,³¹⁷ notadamente pela atribuição à propriedade de uma função ambiental. Como o direito ambiental se entrelaça com o direito civil, importa apreciar a tutela civil do direito do proprietário ou possuidor de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde que decorram do uso da propriedade vizinha. Exemplo disso é o caso de um incêndio iniciado na área de propriedade de determinado sujeito (ainda que praticado por terceiros) que, além de ter causado prejuízos ao macrobem, atingiu o imóvel rural do vizinho, sendo reconhecida a sua responsabilidade ambiental, pelos danos ambientais individuais sofridos, tendo em vista a responsabilidade objetiva nos termos do artigo 14, §1º da Lei 6.938 em virtude da violação a direitos de vizinhança.³¹⁸

Outro caso que revela a dimensão individual do dano ambiental aos “vizinhos” decorre da atividade desenvolvida por uma determinada empresa que ocasiona a contaminação por substância química em um curso d’água, o que causa não apenas um dano

³¹⁵ [Grifou-se]. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Questão de Ordem no Recurso Especial n. 1.711.009 - MG. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Samarco Mineração S.A. Relator: Ministro Marco Buzzi. Brasília, DF, 23 mar. 2018.

³¹⁶ BRASIL. IBAMA. Laudo técnico preliminar. impactos ambientais decorrentes do desastre envolvendo o rompimento da barragem de fundão, em mariana, minas gerais. Brasília, DF, nov. 2015, p. 04. Disponível em http://www.ibama.gov.br/phocadownload/noticias/noticias2016/laudo_tecnico_preliminar_ibama.pdf. Acesso: 14 jan. 2019.

³¹⁷ Entende-se que o direito ambiental “mesmo no Direito Civil vai buscar regras de tutela ambiental, como, v.g, aquelas ligadas ao direito de vizinhança”. MILARÉ, Édis. Op. Cit., p. 283. Assim, o direito de vizinhança “é amplamente utilizado pelo lesado individualmente, inserido no contexto ambiental, e que constitui um dos instrumentos da tutela jurisdicional ambiental”. LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 150.

³¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.381.211 - TO. Recorrente: Jonas de Oliveira Barros. Recorrido: José Elias Barbosa Rodrigues. Relator: Ministro Marco Buzzi. Brasília, DF, 19 set. 2014.

ecológico, mas também ofensas individuais, tais como perda da criação ou a privação para o seu próprio consumo de água dos proprietários de imóveis atingidos por essa contaminação.³¹⁹ Nesse cenário, podem ser atingidas propriedades que sequer estão fisicamente próximas da atividade causadora do dano, porquanto a contaminação tem o condão de se propagar facilmente pelo curso d'água.³²⁰ A partir do exemplo, importa reconhecer a possibilidade conferida “ao indivíduo, com base em interesse próprio, [de] pleitear a reparação pela lesão ao microbem ambiental e, por via indireta, a tutela ao macrobem ambiental pertencente a toda a coletividade”.³²¹ Note-se o aspecto reflexo do dano individual, na medida em que a tutela ambiental “através dos direitos de vizinhança [...] é efetuada apenas de forma indireta, visto que, de forma direta, o que se repara é a lesão ao patrimônio, de forma que o ressarcimento das lesões destina-se ao indivíduo diretamente de forma pessoal e exclusiva. [...] defende-se direito próprio do lesado”.³²²

Também se observa que o dano ambiental individual pode dizer respeito à “relação de consumo e meio ambiente (por exemplo, a aquisição de um aparelho que, por poluição, causa dano à saúde do consumidor) [em que] o lesado individual tem definitivamente relações conexas e reflexas na proteção ambiental”.³²³ O defeito do produto e o defeito do serviço são institutos jurídicos previstos no Código de Defesa do Consumidor (artigos 12, §1º, e 14, §1º) que podem repercutir na ocorrência de danos ambientais individuais aos lesados consumidores padrões e todos àqueles *bystanders* que tenham sido vítimas do evento danoso (artigo 17, Código de Defesa do Consumidor), isto é, do acidente de consumo. Diversos são os exemplos, na economia moderna, de produtos altamente nocivos ao meio ambiente e à saúde humana, a ensejar danos individuais e coletivos ambientais. Para ilustrar que o defeito do produto e o do serviço podem dar causa a danos ambientais no seu aspecto de dano individual ao consumidor padrão, veja-se o caso do serviço de dedetização em uma horta caseira prestado em excesso, pela aplicação do veneno muito acima da dosagem

³¹⁹ VIEIRA, Fernando Grella. A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos: compromisso de ajustamento de conduta. In. MILARÉ, Édís (Org.). Ação civil pública: lei 7.347/1985 - 15 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 223.

³²⁰ O que isso demonstra é que a proteção ambiental contribui para garantir a ampliação conceitual do termo “vizinhos” para além da noção dos lindeiros ou fisicamente confinantes, abrangendo “também os ambientalmente confinantes (= subjugados pelo prisma dos sistemas ecológicos), sem contato físico direto com o estabelecimento do degradado”, justamente tendo em vista as extensões da danosidade ambiental. BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental, São Paulo, v. 5, p. 75-136, mar. 2011.

³²¹ OLIVEIRA, Flávia de Paiva Medeiros de. Os direitos de vizinhança e o meio ambiente. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, v. 26, p. 290-296, abr./jun. 2002.

³²² Ibid.

³²³ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 148.

recomendada, causando, além da contaminação no solo, também a intoxicação no consumidor. Ainda, imagine-se os consumidores que compram determinadas tintas para pintarem os seus imóveis e adquirem produtos provenientes de um lote de tintas tóxicas, o que vem a causar-lhes, além dos prejuízos coletivos ao equilíbrio da fauna e flora na região, danos individuais à saúde.

Não apenas no aspecto de dano individual ao consumidor padrão, cumpre observar que o dano ambiental pode envolver a relação de consumo por equiparação, conforme se extrai do exame dos casos enfrentados pelo Superior Tribunal de Justiça, relativos a dano ambiental, com a contaminação do solo e do lençol freático, ocasionado por produtos químicos usados no tratamento de madeira destinada à fabricação de postes de luz, nos quais “terceiros inocentes foram vítimas da poluição ambiental ocasionada pelos produtos utilizados no tratamento dos postes de luz utilizados para distribuição de energia elétrica”.³²⁴

Outra questão relativa aos danos ambientais individuais que se apresenta e que merece atenção diz respeito à lesão aos direitos de personalidade. Milaré ressalta que “não existe qualidade de vida sem qualidade ambiental, e é exatamente esse liame indissociável entre os dois conceitos que erige o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado a [...] uma das espécies dos chamados direitos personalíssimos”.³²⁵ Uma vez que o direito de personalidade ao equilíbrio ambiental integra a esfera jurídica dos indivíduos, “o ressarcimento dos danos morais ambientais individuais é admitido pelo ordenamento jurídico pátrio, com respaldo nos arts. 14, IV, § 1.º, da Lei 6.938/1981, c/c o art. 186 do CC/2002 e com o art. 5.º, X, da CF/1988”.³²⁶

À título de exemplo, “suponha-se um pescador amador que, por anos, desfruta de um rio limpo para o exercício da pesca desportiva. Se a água for contaminada por uma empresa,

³²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.365.277 - RS. Agravante: Companhia Estadual de Distribuição de Energia Elétrica e outros. Agravado: Ivanildo Flori Schutz Torres. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, DF, 10 mar. 2014. Nesses casos, o dano ambiental pode envolver a relação de consumo (dano ao microbem), admitindo-se a incidência do Código de Defesa do Consumidor, já que “apesar da natural ênfase conferida na presente demanda aos vários aspectos do dano ambiental, trata-se, também, de um acidente de consumo”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.354.348 - RS. Recorrente: AES Sul Distribuidora Gaúcha de Energia S/A e Outro. Recorrido: Paulo Rodrigues de Mello Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, DF, 26 ago. 2014. Logo, o consumidor, padrão ou por equiparação, pode promover demanda pelos danos individuais ambientais decorrentes do fato do produto ou do serviço.

³²⁵ MILARÉ, Édis; LOURES, Flávia Tavares Rocha. Meio ambiente e os direitos da personalidade. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, v. 37, p. 11-27, jan./mar. 2005. No mesmo sentido, Nesse sentido, Steigleder considera que “o direito de personalidade ao ambiente justificar-se-ia porque a existência de um ambiente salubre e ecologicamente equilibrado representa uma condição essencial para um completo desenvolvimento da personalidade humana”. STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Responsabilidade civil ambiental. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 59.

³²⁶ ABEL, Nathália. A reparação do dano ambiental individual. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, v. 77, p. 197-216, jan./mar. 2015.

evidentemente haverá um dano moral a ser reparado.”³²⁷ Isso porque, além de lesão direta ao meio ambiente, considera-se que o pescador foi submetido a uma lesão de caráter específico em razão do dano àquele rio: “se não teve prejuízo patrimonial,³²⁸ certamente sofreu dano espiritual ao ver-se impossibilitado de exercer uma forma de lazer que pode lhe ser essencial ao bem-estar mental. É um legítimo interesse em reivindicar uma reparação específica pelo dano ambiental sofrido”.³²⁹ Também é possível que os danos ambientais no patrimônio do prejudicado venham afetá-lo na sua esfera moral, de maneira a existir dois interesses (patrimonial e extrapatrimonial) a serem reparados. É, por exemplo, o caso do sujeito que teve a fazenda contaminada por metais pesados, prejudicando a sua agricultura ou pecuária, o que facilmente pode implicar abalos psicológicos, tendo em vista que “nenhum negociador compraria ou trocaria gado afetado com tal poluição [...] Ninguém comeria a carne desses animais [...]. Ninguém consciente compraria frutas ou verduras [...]. De fato, no mundo da agricultura e da pecuária o nome dessas pessoas estaria moralmente comprometido”³³⁰.

Restou evidenciado o caráter individual do direito lesado pelo dano ambiental por ricochete. Embora seja certo que estes danos ambientais indiretos incidam em interesses individuais, é possível que, pela mesma origem lesiva (o dano ambiental), não apenas um, mas vários interesses individuais sejam violados. Nessa situação, fala-se que os danos ambientais lesaram direitos ou interesses individuais homogêneos, a par do novo gênero de direitos da sociedade de massa, os chamados transindividuais, elencados no artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor. O Superior Tribunal de Justiça, recentemente, assinalou a possibilidade de um mesmo fato ambiental ocasionar danos de natureza diversa, entre eles aquele na forma de individual homogêneo, que, “na verdade, trata-se do dano ambiental particular ou por intermédio do meio ambiente ou dano em ricochete”.³³¹ Tais interesses atingidos são ditos transindividuais, cuja classificação é baseada no “tipo de pretensão material e de tutela jurisdicional que se pretende quando se propõe a competente

³²⁷ FREITAS, Vladimir Passos de. O dano ambiental coletivo e a lesão individual. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, v. 35, p. 26-38, jul./set. 2005.

³²⁸ A respeito da ocorrência de prejuízo patrimonial reparável, veja-se que o Superior Tribunal de Justiça permite a execução provisória individual na forma de concessão de verba alimentar, ao se tratar de pescador profissional, dependente economicamente da pesca, efetivamente lesado por dano ambiental. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.077.638 - RS. Recorrente: Curtume Paquetá Ltda. Recorrido: Adenir Gandor Lopes e outro. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Brasília, DF, 04 nov. 2010.

³²⁹ FREITAS, Vladimir Passos de. A constituição federal e a efetividade de suas normas ambientais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 191.

³³⁰ FARIAS, Talden. Responsabilidade civil em matéria ambiental - os danos materiais, os danos morais e o meio ambiente. Revista Dat@venia, Campina Grande, v. 1, n.1, p. 73-86, 2009, p. 82.

³³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.641.167 - RS. Recorrente: AES Sul Distribuidora Gaúcha de Energia S/A e AES Florestal. Recorrido: Geneci de Souza Silva. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 13 mar. 2018.

ação judicial”,³³² justamente porque, ao decorrerem de uma origem comum, “consistem na possibilidade de defesa coletiva de direitos subjetivos individuais”.³³³ Não obstante a defesa venha a ser coletiva, é importante destacar que, diferentemente dos interesses difusos ou coletivos que são indivisíveis, os direitos individuais homogêneos não deixam de ser interesses divisíveis, podendo ser atribuídos individualmente a cada um dos interessados (identificáveis).

Por sua vez, os interesses difusos, conforme o artigo 81, parágrafo único, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor, são transindividuais de natureza indivisível, cujos titulares são pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. Porque modalidade de dano ao macrobem se verifica “na diminuição, subtração ou destruição dos denominados bens ambientais - o solo, a água, o ar, as espécies e os espécimes da fauna e da flora, os recursos genéticos, os ecossistemas, os processos ecológicos[...]”,³³⁴ a sua dimensão deve ser entendida como difusa, na medida em que os impactos acabam por ser sofridos também por todos os seus titulares – em outras palavras, por toda a coletividade. Certo é que o direito ao macrobem equilibrado envolve interesses difusos cujo objeto, “ao mesmo tempo, a todos pertence, mas ninguém em específico o possui.”³³⁵

Deste teor resulta que o direito brasileiro, no contexto da Lei 6.938/81, ao apontar o macrobem como objeto de proteção jurídica, admite a responsabilização pelos danos ao meio ambiente propriamente dito, quer dizer, “até nas situações fáticas em que não estão em jogo valores humanos longamente reconhecidos”.³³⁶ Condizente com esse caráter, podem ser chamados de danos “ecológicos”, “ambientais *stricto sensu*”, “ecológicos puros” ou “contra a natureza”.³³⁷ São exemplos de eventos que causam lesões às interações ecológicas do macrobem o derramamento de produtos altamente tóxicos no mar,³³⁸ o uso irregular de fogo

³³² GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson., et al. Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 1083.

³³³ CARVALHO, Délon Winter de. Dano ambiental futuro: da assimilação dos riscos ecológicos pelo direito à formação de vínculos jurídicos intergeracionais. 255 f. 2006. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Ciências Jurídicas, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2006, p. 112.

³³⁴ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Responsabilidade civil pelo dano ambiental e o princípio da reparação integral do dano. Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil, São Paulo, v. 7, p. 435-451, out. 2011.

³³⁵ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Curso de direito ambiental brasileiro. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 47.

³³⁶ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental, São Paulo, v. 5, p. 75-136, mar. 2011.

³³⁷ Ibid.

³³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.399.305 - SP. Recorrente: União, Ministério Público Federal. Recorrido: Transocean Maritime Agencies SAM. Relator: Ministra Assusete Magalhães. Brasília, DF, 12 jun. 2018.

atingindo diversas espécies de vegetação nativa,³³⁹ a caça de animais silvestres que estão na lista vermelha das espécies ameaçadas de extinção,³⁴⁰ a destruição de vegetação nativa em área de preservação permanente atingindo córrego de água e mata ciliar,³⁴¹ entre inúmeros outros que são levados frequentemente aos tribunais. Assim, é possível compreender a dimensão difusa do dano ambiental apta a “atingir o conjunto de relações e interdependências que permite e condiciona a vida, ou, se se preferir, o equilíbrio ecológico e ambiental, como bem incorpóreo global. Esse é, propriamente, em toda a sua dimensão, o dano ambiental, como dano coletivo ou difuso”.³⁴² Sob esta perspectiva, a tutela jusambiental referente às questões citadas revela o “trato solidário e difuso da lesão ambiental, relativo a interesses metaindividuais”.³⁴³

De modo geral, o dano ambiental é “elemento essencial à pretensão de uma indenização, pois sem este elemento não há como articular uma obrigação de reparar”.³⁴⁴ Diante das frequentes violações ao meio ambiente sucedidas no plano prático, exige-se, para a satisfação dos comandos de máxima proteção ao bem ambiental, a responsabilização dos degradadores na esfera civil. A importância da responsabilidade civil como instituto do direito ambiental se manifesta pela sua capacidade de proteger e preservar o meio ambiente, porque não apenas supre, após a ocorrência dos danos, as insuficiências da prevenção, mas também atua “como expediente em si mesmo preventivo, [...] [pois] acaba tendo como efeito prático, igualmente, desestimular condutas e atividades lesivas à qualidade ambiental”.³⁴⁵

2.3 A responsabilidade pelo dano ambiental e a realização do direito fundamental ao meio ambiente pela sua reparação

Pelas características próprias do objeto desse direito, o paradigma reparatório é alterado, “preconizando a necessidade inafastável de não deixar a vítima e o meio ambiente

³³⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70077493054. Apelante: Idelar Bogoni. Apelado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Desembargadora Lúcia de Fátima Cerveira. Porto Alegre, RS, 25 de julho de 2018. A decisão transitou em julgado em 18 set. 2018.

³⁴⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70073549677. Apelante: Gabriel Hartz Anacleto e Outros. Apelado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Desembargador João Barcelos de Souza Junior. Porto Alegre, RS, 29 nov. 2017. A decisão transitou em julgado em 14 mar. 2018.

³⁴¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70078448685. Apelante: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Apelado: Valter Roesler. Relator: Desembargadora Lúcia de Fátima Cerveira. Porto Alegre, RS, 29 ago 2018. A decisão transitou em julgado em 14 fev. 2019.

³⁴² MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Responsabilidade civil ambiental e a jurisprudência do stj. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, v. 89, p. 221-254, jan./mar. 2018.

³⁴³ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 166.

³⁴⁴ *Ibid.*, p. 91.

³⁴⁵ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Op. Cit.

sem a devida reparação”,³⁴⁶ diante do que se pode falar em um verdadeiro “microsistema dentro do sistema geral da responsabilidade civil com seus próprios princípios e suas próprias regras, resultantes de normas constitucionais [...] e infraconstitucionais”.³⁴⁷ Em atenção à lógica do sistema constitucional brasileiro que valoriza o meio ambiente e o dano ambiental,³⁴⁸ o ponto de partida da responsabilidade civil ambiental foi a opção pela modalidade objetiva, isto é, independente de culpa.³⁴⁹ Dessa forma, “não se aprecia subjetivamente a conduta do poluidor, mas a ocorrência do resultado prejudicial ao homem e seu ambiente”³⁵⁰, de maneira que “a ação, da qual a teoria da culpa faz depender responsabilidade pelo resultado, é substituída, aqui, pela assunção do risco em provocá-lo”.³⁵¹ Assim, na presença de danos ambientais, trata-se de “procurar identificar um responsável pela indenização, e não necessariamente um culpado, individualmente tomado”.³⁵²

No que tange à responsabilização do agente pela degradação/poluição, em virtude de sua consubstanciação na modalidade objetiva, bastaria a demonstração “(a) do dano ambiental, (b) de uma atividade degradadora do meio ambiente e (c) do nexos causal entre o dano e o fato da atividade degradadora, sendo irrelevante discutir se houve culpa ou não do agente”.³⁵³ A determinação do nexos causal é informada pela teoria do risco integral. Por ocasião do julgamento do Recurso Especial n. 1.374.284 - MG, pelo rito dos repetitivos, o Ministro Relator assentou claramente a adoção desta teoria em responsabilidade civil ambiental, na qual se afigura pressuposta a existência de atividade que implique riscos para o meio ambiente, uma vez que “aquele que explora a atividade econômica coloca-se na posição de garantidor da preservação ambiental, e os danos que digam respeito à atividade estarão

³⁴⁶ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental, São Paulo, v. 5, p. 75-136, mar. 2011.

³⁴⁷ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Op. Cit.

³⁴⁸ É enfatizado que “só a imputação objetiva viabiliza o comando da Constituição”. BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental, São Paulo, v. 5, p. 75-136, mar. 2011.

³⁴⁹ A responsabilidade objetiva é prevista nos artigos 14, §1º, da Lei 6.938/81 e 927, parágrafo único, do Código Civil: “Art. 14. § 1º- Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. [...]” e “Art. 927. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

³⁵⁰ MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental brasileiro. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 404.

³⁵¹ PASQUALOTTO, Adalberto. Responsabilidade civil por dano ambiental: considerações de ordem material e processual. In. BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. (Org.). Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 454.

³⁵² GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. Código civil comentado: doutrina e jurisprudência (arts. 653-853 e 927-954). In. PELUSO, Cesar (Org.). Código civil comentado: doutrina e jurisprudência. 2. ed. Barueri: Manole, 2008, p. 857.

³⁵³ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Responsabilidade civil pelo dano ambiental e o princípio da reparação integral do dano. Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil, São Paulo, v. 7, p. 435-451, out. 2011.

sempre vinculados a ela”.³⁵⁴ Sob tal enfoque, “não se investiga ação, conduta do poluidor/predador, pois o risco a ela substitui-se”,³⁵⁵ razão pela qual, a atividade, qualquer que ela seja,³⁵⁶ está sujeita à “assunção dos riscos inerentes à implantação do empreendimento [...] e em razão da responsabilidade civil objetiva que lhe é atribuída, esta responde pelos prejuízos que eventualmente causar a terceiros [...], bastando para tanto a prova do dano e do nexo de causalidade entre esse e a sua conduta”.³⁵⁷

Nesse contexto, insere-se o princípio do “poluidor-pagador”, entendido como norte da responsabilidade civil em matéria ambiental, o qual “se inspira na teoria econômica de que os custos sociais externos que acompanham o processo produtivo (v.g., o custo resultante dos danos ambientais) precisam ser internalizados, vale dizer, que os agentes econômicos devem [...] consequentemente, assumi-los”.³⁵⁸ Isso significa que, “pela aplicação deste princípio, impõe-se ao ‘sujeito econômico’ (produtor, consumidor, transportador), que nesta relação pode causar um problema ambiental, arcar com os custos da diminuição ou afastamento do dano”.³⁵⁹

Ao explorar a adoção dessa teoria, verifica-se que o risco integral “implica o dever de reparar independentemente de a poluição causada ter-se dado em decorrência de ato ilícito ou não, não incidindo, nessa situação, nenhuma excludente de responsabilidade”.³⁶⁰ Assim, a responsabilidade civil objetiva se caracteriza, não apenas por conta da desnecessidade de investigação da culpa, mas também pela irrelevância da licitude da atividade³⁶¹ e das causas

³⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.374.284 - MG. Recorrente: Mineração Rio Pomba Cataguases Ltda. Recorrida: Emilia Mary Melato Gomes. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, DF, 27 ago. 2014. Veja-se a tese n. 10: “A responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato, sendo descabida a invocação, pela empresa responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil para afastar sua obrigação de indenizar”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência em teses. edição n. 30: direito ambiental. Brasília, DF, 28 mar. 2015. Disponível em http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%C3%Aancia%20em%20teses%2030%20-%20direito%20ambiental.pdf. Acesso: 11 maio 2019.

³⁵⁵ STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Considerações sobre o nexo de causalidade na responsabilidade civil por dano ao meio ambiente. Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental, São Paulo, v. 5, p. 43-66, mar. 2011.

³⁵⁶ Isso porque “se aplica não apenas aos danos decorrentes de *atividades perigosas*, mas também aos resultantes de uma *atividade profissional qualquer* – como a que melhor acode ao clamor geral para a imperiosa necessidade de se profligar, no processo produtivo, a injusta privatização do lucro e a socialização do risco”. [Grifos no original] MILARÉ, Édís. Direito do ambiente. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 434.

³⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.744.028 - SC. Recorrente: Edson Bressler. Recorrido: Foz do Chapecó Energia S.A. Relator: Ministra Regina Helena Costa. Brasília, DF, 12 jun. 2018.

³⁵⁸ MILARÉ, Édís. Op. Cit., p. 268.

³⁵⁹ DERANI, Cristiane. Direito ambiental econômico. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 142.

³⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 412.664 - SP. Agravante: Petróleo Brasileiro S/A Petrobras. Agravado: Almiro da Silva Matos e Outros. Relator: Ministro Raul Araújo. Brasília, DF, 11 fev. 2014.

³⁶¹ Veja-se que “o simples cumprimento da legislação aplicável a espécie não afasta o dever de, quando configurado o dano ao meio ambiente, o agente seja por ele responsabilizado. A legalidade não afasta o dever de

de exclusão da responsabilidade civil, tais como o fato de terceiro, o caso fortuito e a força maior.³⁶² Ilustra-se que a ocorrência de evento alheio à atividade é desimportante para responsabilização: “o raio que atinge o paiol é a causa da explosão e dos danos consequentes. A condição do paiol foi a condição do evento. Se o galpão estivesse vazio, não haveria explosão nem dano”.³⁶³ Esse sistema de responsabilidade propicia pensar em uma “malha realmente bem apertada, que possa, na primeira jogada, colher todo e qualquer possível responsável pelo prejuízo ambiental”.³⁶⁴

Para tratar dos agentes destinatários da responsabilização ambiental, é, antes, pertinente, esclarecer que um mesmo fato lesivo ao ambiente pode decorrer de uma multiplicidade de sujeitos atuando, em conjunto ou não, por ação ou omissão, para a causação do dano – e isso é uma “situação que ocorre muito comumente em zonas industriais, onde há uma pluralidade de fontes de poluição, sem a possibilidade de se precisar a forma como cada atividade contribuiu para o dano ambiental, mas tão-somente que o conjunto ensejou o prejuízo”.³⁶⁵ Aliás, diante de problemas existentes em uma escala global, poderia se questionar se determinada atividade causadora de danos ambientais localizados não estaria eximida de responsabilidade pelo fato de a região já estar comprometida pelos efeitos desses problemas globais, ainda que não tenha dado causa a eles. Embora se pudesse questionar qual seria o sentido de empreender esforços para recuperar uma área se tantos outros efeitos prejudiciais continuariam a ameaçá-la, entende-se que a natureza abrangente do problema não exonera o causador direto ou indireto do dano de repará-lo como uma questão de justiça ambiental. Daí porque, nos termos da Lei 6.938, poluidor é aquele que responde “direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental” (artigo 3º, inciso IV).

indenizar os danos provocados”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial n. 1.323.104 - GO. Agravante: Associação dos Lavrados e Fornecedores de Cana de Arapora, e outros. Agravado: Ministério Público do Estado de Goiás. Relator: Ministro Og Fernandes. Brasília, DF, 01 out. 2018.

³⁶² É por isso que, na prática, diante dos danos ambientais causados pelo derramamento de petróleo no mar, já se estabeleceu que “a atividade de risco da Apelada impõe-lhe o dever de pagar sempre que danos ocorram, sendo irrelevantes as circunstâncias do caso, inclusive a alegada existência de fortes chuvas. A responsabilidade civil, no caso, é objetiva e não se cogita de culpa”. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação Cível n. 0208505-42.1993.4.03.6104 - SP. Apelante: Ministério Público Federal. Apelado: Petróleo Brasileiro S.A - Petrobrás. Relator: Juiz Federal Convocado Paulo Conrado. São Paulo, 19 ago. 2011. A decisão transitou em julgado em 22 set. 2015.

³⁶³ PASQUALOTTO, Adalberto. Responsabilidade civil por dano ambiental: considerações de ordem material e processual. In. BENJAMIN, Antônio Herman V. (Coord.). Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão, função ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 454.

³⁶⁴ FERRAZ, Sérgio. Responsabilidade civil por dano ecológico. Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura, São Paulo, v. 4, p. 409-421, jan./mar. 2018, p. 415.

³⁶⁵ LYRA, Marcos Mendes. Dano ambiental. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, v. 8, p. 49-83, out./ dez. 1997.

Isso significa que, no microsistema da responsabilidade ambiental reparatória, o conceito de poluidor é considerado “amplíssimo”,³⁶⁶ abrangendo, até mesmo, a noção de “poluidor indireto”, pela qual faz-se possível alcançar a imputação de responsabilidade objetiva até mesmo aquele que se beneficiou da prática degradadora. Sobre a apuração dos poluidores e a responsabilidade solidaria entre eles, o Ministro Relator do Recurso Especial n. 1.071.741-SP esclareceu que “equiparam-se quem faz, quem não faz quando deveria fazer, quem não se importa que façam, quem cala quando lhe cabe denunciar, quem financia para que façam e quem se beneficia quando outros fazem”.³⁶⁷ Sob essa ótica, pode, por exemplo, ocorrer a responsabilização até mesmo das instituições financeiras a partir da concessão do crédito que condiciona a prática da atividade lesiva, o que perdura enquanto a atividade financiada se desenvolver.³⁶⁸

Logo, o ordenamento jurídico “não admite qualquer distinção - a não ser no plano do regresso - entre causa principal, causa acessória e concausa”,³⁶⁹ de modo que, “em se tratando de uma responsabilidade solidária, todos que participaram da causação do dano podem ser responsabilizados em sua totalidade”.³⁷⁰ Ao permitir que a reparação ambiental seja exigida do terceiro indiretamente relacionado com a atividade poluidora, a regra geral, no âmbito processual, “dá ensejo à litisconsórcio facultativo entre os vários degradadores, diretos e indiretos”.³⁷¹

Já foi possível distinguir os danos ao ambiente como indiretos ou diretos, individuais ou difusos, ao microbem ou ao macrobem. Em qualquer caso, a consequência é a mesma: a incidência da responsabilização civil diante da existência de nexo causal com a atividade que o originou, independentemente de culpa do causador do dano, licitude da atividade ou

³⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.071.741- SP. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Fazenda do Estado de São Paulo e Outros. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, 24 mar. 2009.

³⁶⁷ Ibid.

³⁶⁸ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Responsabilidade civil ambiental e a jurisprudência do stj. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, v. 89, p. 221-254, jan./mar. 2018, p. 237. De acordo com Steigleder, a responsabilização da instituição financeira se dá pelo fato de que “o financiador tem o controle econômico do projeto utilizador de recursos ambientais ou potencialmente lesivo, pode[ndo]-se estabelecer liame de causalidade entre a atividade de financiamento e o dano ambiental que se venha a produzir”. STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 186.

³⁶⁹ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental, São Paulo, v. 5, p. 75-136, mar. 2011.

³⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial n. 224.572 - MS. Agravante: Rádio Clube. Agravado: Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília, DF, 10 out. 2012.

³⁷¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial n. 224.572 - MS. Agravante: Rádio Clube. Agravado: Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília, DF, 10 out. 2012.

ocorrência de excludentes de responsabilidade civil. Dito isso, cabe examinar as formas pelas quais o direito subjetivo à reparação dos danos ambientais pode ser realizado.

Com vistas a garantir a proteção do macrobem lesado, existem instrumentos processuais aptos a estabelecer a responsabilidade dos poluidores e reparação dos danos produzidos. Como exceção à tutela coletiva, é possível identificar que o macrobem pode ser objeto de uma tutela jurisdicional reparatória individual, a qual, embora não trate da reparação ao próprio indivíduo, mas ao meio ambiente em si, é promovida pelo particular pela via da ação popular. Não obstante, são considerados mais eficazes³⁷² para a tutela jurisdicional ambiental de reparação dos danos ao macrobem os instrumentos processuais que se pautam pelas considerações atinentes ao microssistema de processo coletivo. Entre eles, merece destaque a ação civil pública, através da qual os legitimados previstos no artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública são aptos a representar os interesses difusos ou coletivos ambientais para buscar a reparação dos danos. Também se ressalta a importância de outro instituto previsto nessa lei para a tutela coletiva, qual seja o compromisso de ajustamento de conduta cuja celebração em matéria ambiental terá implicações essenciais para o objeto da presente dissertação, razão pela qual reserva-se a sua abordagem para um tópico específico.

Por sua vez, o indivíduo que tem interesse pessoal atingido reflexamente por um dano ambiental também funda o seu pedido na responsabilidade objetiva ambiental. Assim, no caso das lesões ao microbem, “o pedido da ação ambiental individual [...] consistirá numa tutela condenatória, onde imporá ao poluidor a obrigação de fazer ou não fazer [...] e, eventualmente, obrigação de dar quantia determinada [...], a fim de que haja ressarcimento de eventuais danos econômicos”.³⁷³ A tutela jurisdicional do dano ambiental individual pode ocorrer a) através de demandas individualmente propostas pelos lesados em defesa de seus próprios interesses individuais ou b) através de uma ação civil coletiva,³⁷⁴ proposta pelos legitimados coletivos, em defesa dos interesses individuais homogêneos dos particulares aptos a serem melhor tutelados coletivamente.

³⁷² Entende-se que “os males e consequências da agressão ao meio ambiente por forma de poluição e degradação só podem receber eficaz tratamento por via das ações coletivas”. FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha; NERY, Rosa Maria de Andrade. Direito processual ambiental brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 90.

³⁷³ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. Aspectos da tutela ambiental individual. Revista de Processo, São Paulo, v. 145, p. 52-82, mar. 2007.

³⁷⁴ Uma vez que se mostra didática para diferenciar os interesses em causa, utiliza-se a distinção de Zavascki entre “ação civil pública”, para denominar as ações que tratam de direitos ou interesses difusos e coletivos em sentido estrito, e “ação civil coletiva”, para as que tratam apenas de individuais homogêneos. ZAVASCKI, Teori Albino. Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 2005. 295 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005, p. 51.

Em suma, pelas considerações feitas sobre os danos ambientais, foi possível observar que estes podem recair em interesses (patrimoniais ou morais) individuais e individuais homogêneos ou difusos, sejam pessoais quando referentes aos prejuízos ao microbem privado ou a bens conexos das pessoas, sejam ecológicos quando referentes aos prejuízos diretos no macrobem da coletividade. Por sua vez, os meios de tutela jurisdicional com objetivo reparatório serão distintos ante cada modalidade de danos, posto que a) nos danos ambientais reflexos a.1) os particulares podem utilizar-se de demandas individuais em prol do seu próprio direito ou a.2) os legitimados podem tutelar coletivamente em ação civil coletiva os interesses individuais homogêneos dos particulares e b) nos danos ambientais diretos b.1) os particulares podem utilizar-se da ação popular em prol de um direito difuso ou b.2) os legitimados em ação civil pública podem tutelar coletivamente os interesses difusos.

Em virtude das demandas individuais e das coletivas, busca-se a reparação do bem jurídico ou interesse atingido pelo dano ambiental. É, nesse contexto, que se examinam os aspectos que pautam a reparação ambiental através das obrigações que podem ser determinadas pela via jurisdicional. Como já abordado no subcapítulo 2.1, existe uma multiplicidade de implicações lesivas decorrentes das agressões ao micro e ao macrobem jurídicos, as quais se manifestam no mundo prático frequentemente de maneira complexa, prejudicando interesses distintos.

Perante esse quadro, infere-se que todos os direitos que forem lesados devem ser reparados pelo responsável por sua causação, mas, além disso, todas as reparações a serem promovidas pelos responsáveis devem ser estabelecidas de maneira completa. Isso porque na base do sistema da reparação ambiental, incide o chamado princípio da reparação integral ou *in integrum* do dano ambiental. Ao vigorar no sistema jurídico, o princípio da reparação integral é caracterizado como o “irmão siamês do princípio do poluidor-pagador, a determinar a responsabilização por todos os efeitos decorrentes da conduta lesiva”.³⁷⁵ Para essa finalidade, afirma-se que o dano deve ser “ressarcido *in integrum* quando *in casu* o fim que a norma violada protege esteja de novo assegurado (ex: quando a água volte a ser salubre, quando o ar tenha a qualidade adequada [...] ou quando o equilíbrio ecológico esteja

³⁷⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.198.727 - MG. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Pedro Paulo Pereira. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, 09 maio 2013. Em se tratando da relação entre esses princípios, a função reparadora é justamente uma das preponderantes manifestações, em conjunto com a precaucional e preventiva, da ideia de poluidor-pagador, positivada na Lei 6.938. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial n. 238-408 - SC. Agravante: Posto Trevo Sul Ltda. Agravado: Fundação Amparo do Meio Ambiente Fatma. Relator: Ministro Gurgel de Faria. Brasília, DF, 03 set. 2018.

reestabelecido”.³⁷⁶ A reparação integral significa que se “abrange não só o dano causado ao bem ou recurso ambiental afetado como também toda a extensão dos danos produzidos em consequência do fato danoso à qualidade ambiental”.³⁷⁷ É por essa razão que a reparação ambiental “comporta duas esferas, de acordo com o art. 14, § 1.º, da Lei 6.938/81, quais sejam: a) a reparação do dano ambiental em si (quando há lesão ao meio ambiente propriamente dito); b) a reparação do particular atingido pelo dano”.³⁷⁸

O legislador impõe ao poluidor a obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos ambientais causados (artigo 4º, inciso VII, Lei 6.938/81). Além das duas formas de reparação ambiental previstas em lei, a recuperação e a indenização, a doutrina e a jurisprudência também admitem uma terceira forma, a compensação *in natura*.³⁷⁹

É certo que, com relação aos danos indiretos que se refletem nos bens conexos das pessoas, relacionados à sua integridade física, moral ou patrimonial, a reparação necessariamente será *in pecúnia*.

Por sua vez, em relação às lesões ecológicas, a reparação deve ser *in natura*. Trata-se do “princípio da prioridade da reparação *in natura*”.³⁸⁰

Verifica-se que tanto a Constituição (artigo 225, §§ 1º, inciso I, e 2º), quanto a Lei 6.938 (artigos 2º, 4º inciso VI, 14 §1º) fundamentam a recuperação ambiental ou *in natura* do macrobem lesado, cuja função é a de “propiciar um novo estado de coisas que seja, na medida do possível, assimilável à situação frustrada”.³⁸¹ Sobre essa reparação *in natura*, percebe-se que a sua concretização se dá notadamente através da imposição de obrigações de fazer. Assim, as medidas em prol da reconstituição natural do dano se revelam como prioritárias,

³⁷⁶ SENDIM, José de Sousa Cunhal. Responsabilidade civil por danos ecológicos: da reparação do dano através de restauração natural. Coimbra: Coimbra, 1998, p. 178.

³⁷⁷ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Responsabilidade civil pelo dano ambiental e o princípio da reparação integral do dano. Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil, São Paulo, v. 7, p. 435-451, out. 2011.

³⁷⁸ LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. Responsabilidade civil e dano ao meio ambiente: novos rumos. Revista Acta Científica Ciências Humana, São Paulo, v. 2, n. 11, p. 24-31, 2006, p. 26.

³⁷⁹ Para o Supremo Tribunal Federal, a implementação de medida compensatória ecológica “se revela como instrumento adequado à defesa e preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações, não havendo outro meio eficaz para atingir essa finalidade constitucional”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3378. Requerente: Confederação Nacional da Indústria. Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, DF, 09 abr. 2008. Isso porque a compensação *in natura* tem por escopo “compensar a perda inevitável com um ganho ambiental desejável. Assim, a atividade que afeta o equilíbrio ambiental em uma ponta, melhora sua condição em outra”. BECHARA, Erika. Uma contribuição ao aprimoramento do instituto da compensação ambiental na lei 9.985/2000. 2007. 352 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 190-191.

³⁸⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 1.235.040 - MG. Agravante: Município de Uberlândia. Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Francisco Falcão. Brasília, DF, 14 ago. 2018.

³⁸¹ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 305.

sendo “imperioso que se busquem, primeiramente, todos os meios possíveis para restauração do bem ambiental, como forma de ressarcimento ao meio ambiente coletivo”.³⁸²

Steigleder aponta que a forma de reparação *in natura* é imperativa também para o proprietário do bem ambiental lesado, quando os danos ao microbem do particular tenham aptidão para causar desequilíbrios no macrobem. Isso porque o interesse difuso se sobrepõe ao interesse particular, o que impõe ao indivíduo lesado a prioridade da reparação *in natura* do bem ambiental privado.³⁸³ É por isso que com relação aos “danos causados aos recursos naturais, ainda que estejam vinculados à propriedade privada, por sua função ecológica, deverão ser ressarcidos observando-se a mesma escala de prioridades da tutela do direito ambiental difuso”.³⁸⁴

Não obstante a prioridade na reconstituição natural do dano, em alguns casos isso não é possível porque a) os danos são irreversíveis ou b) não é medida suficiente considerando a incidência do princípio da reparação integral. Entende-se que a restauração *in natura* é suficiente quando o bem lesado for “imediate e completamente restaurado *ao status quo ante* (*reductio ad pristinum statum*, isto é, restabelecimento à condição original)”.³⁸⁵ Ou seja, se houver “restauração imediata e completa do bem lesado, em regra, não se fala em indenização”.³⁸⁶

Quando for verificada a) a irreversibilidade da lesão ambiental, a recuperação *in natura* será tecnicamente inviável, diante do que a reparação *in pecúnia* se torna uma alternativa, conforme a própria letra da Lei da Ação Civil Pública, segundo a qual “a ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer” (artigo 3º). Assim, objetivo das compensações *in pecunia* (indenização) ou *in natura* é possibilitar que eventual irreversibilidade do dano ao meio ambiente não seja um

³⁸² LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 208. Trata-se da “opção fundamental do sistema de responsabilidade civil por danos ecológicos”. STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 213.

³⁸³ STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Op. Cit., p. 216.

³⁸⁴ LIMA, Bernardo. A arbitralidade do dano ambiental. São Paulo: Atlas, 2010, p. 49.

³⁸⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.255.127 - MG. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais Recorrido: Vera Lúcia de Faria Paiva. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, 18 ago. 2016.

³⁸⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.516.292 - SC. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Departamento Nacional de Produção Mineral e Outros. Relator: Ministro Sérgio Kukina. Brasília, DF, 23 abr. 2018.

argumento para afastar o dever de reparar.³⁸⁷ Importa perceber que, mesmo se tratando de reparação ambiental coletiva, as obrigações podem ser reduzidas a dinheiro.

No caso de b) insuficiência da recuperação *in natura*, faz-se necessária a cumulação com outra medida reparatória, como a indenização, na medida em que é “certo que a conjunção ‘ou’ contida na citada norma [...] opera com valor aditivo, não introduz alternativa excludente”.³⁸⁸ Por exemplo, não obstante seja realizada a recuperação *in natura* da área lesada com o replantio de árvores, o mero replantio não garantiria a recuperação integral do dano ocorrido, visto que desconsidera o tempo de desenvolvimento perdido, diante do que se poderia admitir a cumulação com outra obrigação.³⁸⁹ Assim, é possível a cumulação simultânea de tais deveres de “repristinação natural (obrigação de fazer), compensação ambiental e indenização em dinheiro (obrigação de dar), e abstenção de uso e nova lesão (obrigação de não fazer).”³⁹⁰ Isso porque, mesmo quando possível reestabelecer a condição original, devem ser feitos juízos retrospectivo e prospectivo, aquele para a recuperação *in natura* e este para a pecuniária, nos casos em que a “recuperação integral da área afetada exigir lapso temporal considerável”.³⁹¹ A ocorrência ensejadora da obrigação indenizatória é a chamada “degradação transitória”, ou “remanescente”, que inclui o dano interino (ou intermediário), o residual (ou permanente) e o dano moral coletivo.³⁹² Nessas situações, “não

³⁸⁷ Considera-se que os danos ambientais até podem ser “irreversíveis, sob o ponto de vista ambiental e ecológico, mas não serão nunca irreparáveis, sob o ponto de vista jurídico. Uma compensação –*in natura* ou pecuniária– deverá ser sempre concedida para a recomposição, na medida do possível, do ambiente degradado”. MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Responsabilidade civil pelo dano ambiental e o princípio da reparação integral do dano. *Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil*, São Paulo, v. 7, p. 435-451, out. 2011.

³⁸⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.654.950 - SC. Recorrente: IBAMA. Recorrido: Antônio Fernandes da Silva. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, 06 set. 2018.

³⁸⁹ Nesse sentido: “quando alguém implanta um projeto de recuperação de uma área desmatada e executa este projeto não está ressarcindo integralmente o prejuízo, pois o tempo de regeneração representa uma perda irreparável. De fato, se uma área tem vegetação com um metro de altura é destruída e após um ano recuperada, estando a vegetação com o mesmo tamanho que tinha na data do dano, é bem de ver que se não houvesse a destruição estaria então com 1,5 metro, por exemplo. Ou seja, o replantio da área não garante a recuperação integral do dano, havendo sempre um dano marginal consistente no tempo de desenvolvimento perdido. Para suprir este dano marginal, que a rigor é especificamente irreparável, há que se carrear ao destruidor outra obrigação.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 904.324 - RS. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Romeu Pedro Mior. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Brasília, DF, 05 maio 2009.

³⁹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.198.727 - MG. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Pedro Paulo Pereira. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, 09 maio 2013.

³⁹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.681.385 - SC. Recorrente: IBAMA. Recorrido: J V I S C (menor) e Outro. Relator: Ministra Regina Helena Costa. Brasília, DF, 24 set. 2018.

³⁹² O dano interino corresponde ao “prejuízo ecológico que medeia, temporalmente, o instante da ação ou omissão danosa e o pleno restabelecimento ou recomposição da biota, vale dizer, o hiato passageiro de deterioração, total ou parcial, na fruição do bem de uso comum do povo” e o residual, à “ruína ambiental que subsista ou perdure, não obstante todos os esforços de restauração” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.255.127 - MG. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais Recorrido: Vera Lúcia de Faria Paiva. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, 18 ago. 2016.

basta a cessação do dano e a recuperação do bem ambiental, mas o poluidor/degradador deverá indenizar a coletividade pela utilização perdida do bem de uso comum”.³⁹³

Por fim, é importante distinguir que, na reparação *in pecunia*, a indenização em dinheiro terá destinos diversos a depender dos danos e interesses por ele atingidos. Isto é, quando os danos forem difusos ao macrobem, esses valores econômicos serão revertidos ao Fundo de que trata o artigo 13 da Lei da Ação Civil Pública, diferentemente do que ocorre quando forem aos microbens privados, pois os valores serão diretamente dirigidos aos patrimônios individuais.

2.4 A legitimidade ativa na tutela coletiva para a reparação ambiental

Ao longo do estudo sobre as modalidades de danos ambientais, foi possível identificar os sujeitos e os interesses lesados pelas degradações ambientais, isto é, os titulares tanto de interesses individuais ou individuais homogêneos, nos casos de danos ao microbem, quanto de interesses difusos, nos danos ao macrobem. Também foram apontados, no exame da responsabilidade civil ambiental, a amplitude para determinar os “poluidores” nos termos da Lei 6.938/1981 para fins de reparar os resultados lesivos produzidos. É preciso, então, abordar os aspectos relativos aos legitimados ativos para a ação civil pública, que atuam em face do causador do dano na defesa dos direitos e interesses coletivos *lato sensu*. Neste ponto, é importante a análise dos entendimentos ligados à natureza jurídica da legitimidade *ad causam*, cuja identificação, adianta-se, faz-se pertinente para compreender as conclusões do próximo subcapítulo.

A Lei da Ação Civil Pública estabeleceu que têm legitimidade para propor a ação visando a proteção ambiental o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, as autarquias, empresas públicas, fundações ou sociedades de economia mista e algumas associações³⁹⁴ (artigo 5º, incisos I a V). Observa-se que “todos

³⁹³ BITTENCOURT, Darlan Rodrigues. Lineamentos da responsabilidade civil ambiental. Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil, São Paulo, v. 7, p. 243-300, out. 2011. Aliás, é por isso que, com base na reparação integral do meio ambiente, entende-se, ainda, que “também deve ser reembolsado ao patrimônio público e à coletividade o proveito econômico do agente com a atividade ou empreendimento degradador, a mais-valia ecológica ilícita que auferiu (p. ex., madeira ou minério retirados irregularmente da área degradada ou benefício com seu uso espúrio para fim agrossilvopastoril, turístico, comercial)” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.198.727 - MG. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Pedro Paulo Pereira. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, 09 maio 2013.

³⁹⁴ Aquelas que concomitantemente, atendendo aos requisitos da lei, estejam constituídas há pelo menos um ano e tenham como finalidade institucional a defesa do meio ambiente (artigo 5º, inciso V, alíneas a) e b)).

os legitimados estão aptos a tutelar o meio ambiente em conjunto ou separadamente; por essa razão, diz-se que a legitimação no contexto da Lei n. 7.347/85 é concorrente e disjuntiva”.³⁹⁵

Em se tratando do microsistema de processo coletivo, merece realce o papel do Ministério Público, porque é sua função institucional, atribuída pelo próprio constituinte originário, promover a ação civil pública para proteção, prevenção e reparação do meio ambiente (artigo 129, inciso III, Constituição Federal), o que se repete na sua Lei Orgânica Nacional (artigo 25, inciso IV).³⁹⁶ De acordo com o arcabouço normativo constitucional dedicado ao Ministério Público, o Código de Processo Civil tratou de situações em que a instituição, caso não seja parte no feito, necessariamente atuará na defesa da ordem jurídica, a saber os casos em que houver interesse público ou social (artigos 176 e 178, inciso I). É, por isso, que o órgão ministerial sempre estará presente nas demandas que versem sobre a proteção do macrobem jurídico e sobre os danos reflexos a direitos coletivos *lato sensu*, seja como parte autora, seja como fiscal da ordem jurídica (*custos iuris*).

Segundo Édis Milaré, ao romper com o princípio tradicional de obrigatoria coincidência entre os sujeitos da relação da relação jurídico-material controvertida e os sujeitos do processo, “particularmente no que se refere à tutela do meio ambiente, a liberalização dos mecanismos de legitimação *ad causam* foi uma das grandes inovações introduzidas pela Lei 7.347/85”.³⁹⁷ A respeito da natureza da legitimidade ativa nas ações coletivas, o tema é objeto de variado debate na doutrina processual civil brasileira, destacando-se três teses.

Uma vez que o sistema processual permite uma ruptura entre o plano do direito material e o do direito processual, porque não exige que haja identidade entre o possível titular do direito material e o legitimado que o tutela em juízo, surge a clássica divisão da legitimidade *ad causam* baseada na titularidade do direito material (artigo 18, *caput*, Código

³⁹⁵ FERREIRA, Helene Sivini. Os instrumentos jurisdicionais ambientais na constituição brasileira. In. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. (Org.). Direito constitucional ambiental brasileiro. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 366. Tal legitimidade concorrente e disjuntiva significa “que todos estão autorizados para a promoção da demanda e cada um pode agir isoladamente, sozinho, sem que seja necessária a anuência ou autorização dos demais”. MILARÉ, Édis. Direito do ambiente. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1504.

³⁹⁶ BRASIL. Lei n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Brasília, DF, 12 fev. 1993. Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8625.htm. Acesso: 24 out. 2018.

³⁹⁷ MILARÉ, Édis. Direito do ambiente. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1504.

de Processo Civil)³⁹⁸: de um lado, a legitimidade extraordinária (substituição processual), que se verifica quando o ordenamento jurídico admite que aquele que conduz o processo não seja titular na relação de direito material, e, de outro, a legitimidade ordinária, em que essa identidade ocorre. No entanto, essa classificação foi concebida para o processo civil tradicional individualista, razão pela qual, em tema de processo coletivo, notadamente em relação aos direitos difusos, a doutrina processual se divide.

Para parte dela, seria o caso de legitimação extraordinária, uma vez que “não se pode dizer que os legitimados [...] estejam defendendo direitos que lhes são próprios. O interesse é ideológico, no sentido de a pessoa, jurídica ou formal, estar exercendo um papel de verdadeiro paladino do meio ambiente [...] cuja atribuição foi conferida pela lei e, no caso das associações, também pelos respectivos estatutos”.³⁹⁹ Isso significa que órgão ministerial “estará sempre defendendo, não direito próprio e sim direito alheio. Direito, ou de toda a comunidade, ou de que sejam titulares pessoas indeterminadas, ou classes, categorias, grupos e pessoas individualmente consideradas. Trata-se, portanto, de legitimação extraordinária [...] é substituto processual”.⁴⁰⁰

Para outra parte, tratar-se-ia de uma legitimação ordinária, pois “a atuação do MP se dá nessa hipótese, em nome próprio, defendendo interesse público, *lato sensu*, do qual é titular como órgão do Estado, da própria sociedade como um todo”.⁴⁰¹ Mancuso, em estudo específico sobre os direitos difusos, também conclui ser ordinária a legitimação das entidades referidas no artigo 5º da Lei 7.347/85, a partir de uma interpretação com a devida abertura e atualidade sobre a tradicional classificação.⁴⁰² Assim, “quando se trata de direitos difusos e em especial do direito ao ambiente, ‘ordinária’ é a legitimação de sujeitos que, no final das contas, defendem direitos de todos os membros da sociedade, única solução capaz de permitir a tutela jurisdicional de bens e valores de grande repercussão coletiva social”.⁴⁰³

³⁹⁸ Artigo 18: “Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico. Parágrafo único. Havendo substituição processual, o substituído poderá intervir como assistente litisconsorcial”.

³⁹⁹ MENDES, Alúcio Gonçalves de Castro. Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 244.

⁴⁰⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. Ministério público e ação civil pública. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 29, n. 114, p.149-186, abr./jun. 1992, p. 152.

⁴⁰¹ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. O ministério público no processo civil e penal: promotor natural, atribuição e conceito com base na constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 23.

⁴⁰² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses difusos, conceito e legitimação para agir. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 272-273.

⁴⁰³ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Ação civil pública em defesa do meio ambiente: ainda a questão da representatividade e da representação adequada dos entes intermediários legitimados para agir. In MILARÉ, Édís (Org.). Ação civil pública após 30 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 66. No mesmo sentido, ao se questionar como eventos danosos ao ambiente, tal como a poluição dos rios e do ar, poderiam ser protegidos face

Comungando com as duas correntes, Milaré pontua que, quando os legitimados defendem interesses difusos ou coletivos em sentido estrito, “caracteriza-se a legitimação autônoma, porque em tal hipótese a lei não permite que o substituído individualmente ajuíze a demanda. No que diz respeito a interesses individuais homogêneos, verifica-se a caracterização da substituição processual, pois cada substituído pode, isoladamente, propor a ação”.⁴⁰⁴ Seguindo essa abordagem, Nery e Nery compreendem que, se a questão estivesse limitada a essa classificação de legitimidade ordinária e extraordinária, seria ordinária para os interesses difusos e coletivos e extraordinária para os individuais homogêneos. Concorde-se que, no âmbito da referida classificação, essa posição seria a mais coerente, inclusive pela nova previsão do Código de Processo Civil de 2015, segundo a qual, havendo substituição processual, possibilita-se a intervenção pelo substituído como assistente litisconsorcial (artigo 18º, parágrafo único). Isso porque o litisconsórcio do indivíduo lesado não é permitido na ação civil pública na defesa dos direitos difusos e coletivos, indicando não se tratar de substituição processual, mas é expressamente admitido, pelo Código de Defesa do Consumidor, na ação coletiva em defesa de direitos individuais homogêneos (artigo 94).

Sem embargo, afastando-se dessa divisão dualista, Nery e Nery defendem, com base na dogmática alemã, que a legitimidade (ordinária) na tutela dos direitos difusos e coletivos é “autônoma para a condução do processo, instituto destinado a fazer valer em juízo os direitos difusos, sem que se tenha de recorrer aos mecanismos de direito material para explicar a referida legitimação”.⁴⁰⁵ A partir das especificidades dos interesses difusos, concorda-se que “não há espaço para aplicação do esquema tradicional de legitimação para agir, peculiar ao direito processual civil individual. A própria dicotomia, adotada neste último, entre legitimação ordinária e legitimação extraordinária, bem examinada a situação, deixa de ter cabimento”.⁴⁰⁶ Outros autores que também defendem na tutela dos direitos difusos e coletivos a ideia de “legitimação autônoma para condução do processo” são, entre outros, Grinover, Gidi, Leonel, Tesheiner, Gomes, Gomes Júnior.⁴⁰⁷ Daí porque, entende-se ser desnecessário,

à existência dessa classificação, Bolque apontou a que o Ministério Público, desde a Lei 6.938/81, “possui a legitimação ordinária anômala para o ingresso da ação em defesa do Meio Ambiente degradado ou em perigo de degradação”. BOLQUE, Fernando Cesar. Interesses difusos e coletivos: conceito e legitimidade para agir. *Revista Justitia*, São Paulo, v. 61, n. 185/188, p. 174-200, jan./dez. 1999, p. 177.

⁴⁰⁴ MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1495.

⁴⁰⁵ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado e legislação extravagante*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 179.

⁴⁰⁶ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Ação civil pública em defesa do meio ambiente: ainda a questão da representatividade e da representação adequada dos entes intermediários legitimados para agir. In MILARÉ, Édís (Org.). *Ação civil pública após 30 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 66.

⁴⁰⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson., et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 950.

no que diz respeito à defesa do meio ambiente, “aferir se há liame entre a atuação do Ministério Público e a preservação daquelas posições jurídicas relevantes, inerentes de forma indivisível a toda coletividade (interesses supra-individuais), pois tal nexó é presumido pelo legislador”.⁴⁰⁸ Concorde-se que a legitimidade ordinária é autônoma na tutela dos direitos difusos e coletivos, diferentemente do que se dá na tutela dos direitos individuais homogêneos, em que é extraordinária.

2.5 O termo de ajustamento de conduta

No presente tópico, serão abordadas as questões relativas ao compromisso de ajustamento de conduta, notadamente no que diz respeito à sua finalidade e à construção teórica para identificar a sua natureza jurídica. Ao final, para o fim de esclarecer algumas afirmações e, de certa forma, o alcance das negociações realizadas, o presente estudo apresenta o conteúdo de alguns compromissos de ajustamento de conduta em matéria ambiental celebrados no ano de 2018, que estão disponíveis, na íntegra, no sítio eletrônico do Ministério Público Federal (MPF).

Antes mesmo de previsão legal, a experiência já aceitava “que a disposição do responsável pelo dano de se adequar às exigências da lei ou de satisfazer integralmente o dano acabava por atender, finalisticamente, aquilo que seria de se buscar ou já se estaria postulando na via judicial”.⁴⁰⁹ Com as alterações do Código de Defesa do Consumidor, a Lei da Ação Civil Pública passou a reger expressamente essa possibilidade, estabelecendo que os órgãos públicos legitimados para a propositura da ação podem tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, o que terá eficácia de título executivo extrajudicial (artigo 5º, §6º).

Entende-se que a razão de ser desse compromisso, mais conhecido como termo de ajustamento de conduta (TAC), é justamente a busca de uma tutela não só mais rápida em face dos problemas para a proteção dos direitos transindividuais que decorrem principalmente

GIDI, Antônio. Coisa julgada e litispendência nas ações coletivas: mandado de segurança coletivo, ação coletiva de consumo, ação coletiva ambiental, ação civil pública, ação popular. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 40-41.; TESHEINER, José Maria Rosa. Aplicação do direito objetivo e tutela de direitos subjetivos nas ações transindividuais e homogeneizantes. Revista Brasileira de Direito Processual, Belo Horizonte, n. 78, a. 20, p. 13-28, abr./jun. 2012, p. 22.; LEONEL, Ricardo de Barros. Manual do processo coletivo, 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 182.; GOMES, Roberto de Almeida Borges. Ação civil pública. In. Id; MACEDO, Elaine Harzheim; BARROS, Wellington Pacheco. Ações constitucionais. 4. ed. Curitiba: IESDE Brasil, 2010, p. 134.; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. Curso de direito processual coletivo. 2. ed. São Paulo: SRS, 2008, p. 84-85.

⁴⁰⁸ LEONEL, Ricardo de Barros. Op. Cit., p. 208.

⁴⁰⁹ VIEIRA, Fernando Grella. A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos: compromisso de ajustamento de conduta. In. MILARÉ, Édís. (Org.). Ação civil pública após 30 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 284.

da intensa sobrecarga do Poder Judiciário, mas também mais adequada, em virtude das vantagens da conciliação. Nesse sentido, Rodrigues aponta que uma “finalidade clara da norma é que muitas vezes a tutela extrajudicial se afigura a mais adequada para esse tipo de direito”,⁴¹⁰ com a possibilidade “de se garantir a preservação do direito com uma tutela mais informal e com ênfase na negociação”.⁴¹¹ Diante disso, é possível perceber que o ajuste de conduta se trata “de importante meio de solução do conflito coletivo, o que ocorrerá de maneira célere e independente da intervenção do Judiciário para sua realização”.⁴¹² Fica claro que, diante dos próprios fins da norma jurídica, esse instrumento também integra àquela terceira onda de acesso à justiça concebida por Cappelletti.⁴¹³

O TAC “é um instrumento de composição de deveres e obrigações resultantes eminentemente de responsabilidade civil”.⁴¹⁴ Assim, através dele, são definidas certas obrigações de fazer, não fazer ou indenizar, temas que, necessariamente, ocupariam pretensões em juízo. Isso significa que “o compromisso de ajustamento de conduta corresponde, na verdade, a uma solução extrajudicial do conflito”.⁴¹⁵ Então, trata-se de um meio alternativo à efetivação dos direitos pelo Poder Judiciário, evitando a ação coletiva e oferecendo os mesmos efeitos, as obrigações, que dela poderiam ser obtidos.

A legitimidade para a celebração do TAC com o causador do dano é conferida aos órgãos públicos legitimados para a propositura da ação civil pública. É preciso ressaltar o fato de não serem todos os colegitimados ativos para a demanda coletiva que podem firmar o TAC, mas apenas “aqueles que somam à sua condição de legitimados ativos a prerrogativa de órgãos públicos. Assim sendo, podem celebrar o compromisso: o Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal”.⁴¹⁶ Com relação aos órgãos da administração indireta, quais sejam as autarquias, fundações públicas e empresas pública, “nada obsta a que

⁴¹⁰ RODRIGUES, Geisa de Assis. Reflexões sobre a atuação extrajudicial do ministério público: inquérito civil público, compromisso de ajustamento de conduta e recomendação legal. In. FARIAS, Cristiano Chaves de; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson. Temas atuais do ministério público. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 335.

⁴¹¹ *Ibid.*, p. 336.

⁴¹² PASTORE, Délton Esteves. Ministério público e a cultura da sentença. In. GODINHO, Robson Renault; COSTA, Susana Henriques da. (Org.). Ministério público. coleção repercussões do novo cpc, v. 6. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 189.

⁴¹³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Traduzido para o português por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988.

⁴¹⁴ RODRIGUES, Geisa de Assis. Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 96.

⁴¹⁵ FERREIRA, Helene Sivini. Os instrumentos jurisdicionais ambientais na constituição brasileira. In. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. (Org.). Direito constitucional ambiental brasileiro. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 367.

⁴¹⁶ *Ibid.*, p. 367.

tomem compromissos de ajustamento quando ajam na qualidade de entes estatais (quando prestem serviços públicos)”.⁴¹⁷

Convém ressaltar que inexistente consenso a respeito da natureza jurídica do TAC. De um lado, é atribuído ao instituto um caráter transacional. No diz respeito ao negócio jurídico da transação, o Código Civil preceitua ser lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas (artigo 840). De outro lado, essa natureza é negada e são criados novos rótulos de ato jurídico para enquadrá-lo, sustentando a indisponibilidade do direito. Para que se possa melhor compreender os argumentos, mostra-se pertinente assinalar a diferença entre os atos jurídicos *stricto sensu* e os negócios jurídicos.

Nas lições de Pontes de Miranda, o ato jurídico *lato sensu* se distingue em ato jurídico *stricto sensu* e negócio jurídico, os quais “são os meios mais eficientes da atividade inter-humana, na dimensão do direito. Neles e por eles, a vontade, a inteligência e o sentimento inserem-se no mundo jurídico, edificando-o”.⁴¹⁸ Já se percebe que em ambos há uma manifestação de vontade, porém a liberdade de escolha da categoria jurídica será diferente em cada um. Segundo Pontes de Miranda, no ato jurídico *stricto sensu*, ainda que haja manifestação de vontade, as partes não têm escolha de categoria jurídica, razão pela qual os efeitos do ato são predeterminados na lei e, por isso, necessários, enquanto, no negócio jurídico, as partes, porque têm liberdade de escolha da categoria jurídica, podem escolher os efeitos a serem produzidos pela relação jurídica, ainda que possam haver limites preestabelecidos em lei.⁴¹⁹

Entende-se que o ato jurídico em sentido estrito “constitui simples manifestação de vontade, sem conteúdo negocial”,⁴²⁰ no qual “não existe propriamente uma declaração de vontade manifestada com o propósito de atingir, dentro do campo da autonomia privada, os efeitos jurídicos pretendidos pelo agente (como no negócio jurídico), mas sim um simples comportamento humano deflagrador de efeitos previamente estabelecidos por lei”.⁴²¹ Nesse sentido, aponta-se que, no ato jurídico em sentido estrito, “a conduta humana é direcionada à prática da atividade (ou inatividade) relevante, mas não necessariamente para a produção dos

⁴¹⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. Compromisso de ajustamento de conduta: evolução e fragilidades e atuação do ministério público. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 41, p. 93-110, mar./jan. 2006.

⁴¹⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado. parte geral. tomo II*. Borsoi: Rio de Janeiro, 1954, p. 446.

⁴¹⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado. parte geral. tomo II*. Borsoi: Rio de Janeiro, 1954, p. 447.

⁴²⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil, volume 1: parte geral*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 381.

⁴²¹ *Ibid.*, p. 381.

efeitos”,⁴²² que são decorrentes da lei. Assim, diz-se que, nele, a ação humana é baseada em uma simples intenção, e não em uma vontade qualificada, pois “o efeito da manifestação da vontade está previsto na lei e não pode ser alterado. O interessado apenas deflagra, com o seu comportamento despojado de conteúdo negocial, um efeito previamente estabelecido na lei. Não há, por isso, qualquer dose de escolha da categoria jurídica”.⁴²³ Enfim, ele “é o que gera consequências jurídicas previstas em lei (tipificadas previamente), desejadas, é bem verdade, pelos interessados, mas sem qualquer regulamentação da autonomia privada. Surge como mero pressuposto de efeito jurídico preordenado por lei”.⁴²⁴

Diferentemente é o que se sucede no negócio jurídico, que consiste em “uma composição de interesses [...], tendo a declaração de vontades um fim negocial”,⁴²⁵ pois gera os efeitos desejados e criados pelo agente, já que “existe por parte da pessoa a intenção específica de gerar efeitos jurídicos ao adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos”.⁴²⁶ Daí porque, ao permitir a escolha da categoria jurídica almejada e o autoregramento de condutas, o negócio jurídico se baseia na vontade qualificada, cuja manifestação “busca diretamente a produção de efeitos não vedados pelo próprio ordenamento”,⁴²⁷ dentre vários possíveis, uma vez que “as partes têm a liberdade de estruturar o conteúdo de eficácia da relação jurídica, aumentando-lhe ou diminuindo-lhe a intensidade, criando condições e termos, pactuando estipulações diversas que dão, ao negócio, o sentido próprio que pretendem”.⁴²⁸

Dito isso, com relação a 1) o poder de escolha da categoria jurídica e 2) a estruturação do seu conteúdo eficaz, percebe-se que a) no ato jurídico em sentido estrito a1) não existe e a2) é determinada pelo legislador, independentemente da vontade da pessoa e b) no negócio jurídico b1) existe necessariamente e b2) é determinada pela própria pessoa que atua diretamente para alcançá-lo. Com efeito, identifica-se que, “quando a autonomia da vontade não exercer influência nos efeitos decorrentes, ter-se-á ato jurídico em sentido estrito, cujo

⁴²² LEONEL, Ricardo de Barros. Fatos e atos jurídicos. plano de existência, validade, eficácia, e a questão da “querela nullitatis”. *Revista Justitia*, São Paulo, v. 65, n. 199, p. 107-143, jul./dez. 2008, p. 112.

⁴²³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 1: parte geral*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 343

⁴²⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil, parte geral e lindb*. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 604

⁴²⁵ *Ibid.*, p. 606.

⁴²⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 349.

⁴²⁷ LEONEL, Ricardo de Barros. Fatos e atos jurídicos. plano de existência, validade, eficácia, e a questão da “querela nullitatis”. *Revista Justitia*, São Paulo, v. 65, n. 199, p. 107-143, jul./dez. 2008, p. 112.

⁴²⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. Cit.*, p. 343.

efeito se produz *ex lege*, sem considerar a vontade do agente; já se o resultado depender da vontade (*ex voluntate*), é caso de negócio jurídico”.⁴²⁹

Para Zavascki, porque o regime de legitimidade na defesa dos direitos difusos e coletivos sempre se dá pela técnica da substituição processual, o objeto do litígio seria indisponível para os legitimados coletivos, que, assim, não poderiam celebrar acordos, nem renúncias, motivo pelo qual o TAC não seria uma transação.⁴³⁰ Também Mazzilli nega uma natureza contratual, diante da ausência de poder disposição dos órgãos públicos que o tomam, entendendo tratar-se de “um ato administrativo negocial, por meio do qual só o causador do dano se compromete; o órgão público que o toma, a nada se compromete, exceto, implicitamente, a não propor ação de conhecimento para pedir aquilo que já está reconhecido no título”.⁴³¹

Não obstante, é interessante notar que Mazzilli atribui a natureza de *ato administrativo* negocial ao TAC celebrado extrajudicialmente pelo órgão público, mas, por outro lado, considera ser possível a celebração de *transações* nos autos de ação civil pública ou coletiva nas mesmas hipóteses em que a lei admite que se tome extrajudicialmente do causador do dano o compromisso de ajustar, sob cominações, sua conduta às exigências legais.⁴³² Não obstante os títulos executivos desses instrumentos sejam distintos (extrajudicial e judicial, respectivamente), considera-se que não existem diferenças quanto ao seu conteúdo e principal finalidade (reparar o dano ao direito coletivo *lato sensu*), o que não poderia ensejar diferenças quanto a sua natureza jurídica, mesmo porque a própria lei refere que o TAC não serve apenas para evitar a propositura da ação civil pública, mas também para encerrá-la.

Pela posição referida, ao inserir o TAC na categoria dos atos jurídicos em sentido estrito, considera-se que a autonomia da vontade do compromissário é irrelevante para os

⁴²⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil, parte geral e lndb. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 605.

⁴³⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. Processo Coletivo: Tutela de Direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 2005. 290 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005, p. 31 e 137. Essa posição sobre a natureza do TAC é compartilhada por Ahy, para quem “não se trata de nenhum acordo, até porque não se pode admitir que o Ministério Público, na defesa de interesses difusos e coletivos, realize transação com o causador do dano e ceda parcela de um interesse que é público. Os legitimados não têm disponibilidade do direito material lesado”. AHY, Carlos Roberto de Castro. Curso de princípios institucionais do ministério público. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 395. Ao compreender que o conteúdo do TAC é o reconhecimento de um dever jurídico, Carneiro também entende que “não existe tecnicamente uma transação, até porque esta pressupõe concessões mútuas, situação que seria impossível em sede de direitos difusos e coletivos, indisponíveis que são”. CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. A proteção dos direitos difusos através do compromisso de ajustamento de conduta previsto na lei que disciplina a ação civil pública. In. Livro de teses do 9º congresso nacional do ministério público. Salvador, 1992, p. 236.

⁴³¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos direitos difusos em juízo. 31. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 512.

⁴³² *Ibid.*, p. 519.

efeitos do compromisso. No entanto, discorda-se que essa seja a melhor compreensão sobre o tema, porque a celebração do TAC claramente depende do acordo de vontade entre as partes, senão haveria que se admitir a existência de um direito subjetivo do particular em firmá-lo, o que não ocorre na hipótese. Assim, reconhece-se que cabe às partes celebrantes de um TAC o poder de escolha da categoria jurídica e de estruturação do conteúdo das relações jurídicas respectivas. Mostra-se imprescindível verificar que o TAC é, nas palavras do Superior Tribunal de Justiça, “um acordo semelhante ao instituto da conciliação e, como tal, depende da convergência de vontades entre as partes. Ademais, não se pode obrigar o Ministério Público a aceitar uma proposta de acordo -ou mesmo exigir que ele apresente contrapropostas tantas vezes quantas necessárias- para que *as partes possam compor seus interesses*”.⁴³³ Por essa razão, ao TAC é reconhecida a natureza de negócio jurídico, na medida em que constitui exercício da autonomia e a sua satisfação somente se concretiza pelos modos determinados pelas partes.

Concebendo uma essência de negócio jurídico bilateral, Rodrigues fala em “negócio jurídico da administração”,⁴³⁴ que, ainda assim, seria distinto da transação, porque, nesse caso, inexistiria coincidência entre a titularidade do direito transindividual indisponível e a legitimidade dos órgãos públicos para firmar o ajuste com a outra parte.⁴³⁵ Especificamente no âmbito dos direitos difusos, Cledes aponta que, “como se encontram dispersos na coletividade, quem tentasse transacioná-los segundo as normas do direito civil esbarraria nesse óbice: estaria dispondo de direitos que não são seus (ou só seus). Não teria, assim, poder para transigir”.⁴³⁶

Ao que parece, para os autores que negam a natureza negocial do TAC ou reconhecem essa natureza, mas negam que se trate de uma transação, o fundamento sobre a sua natureza jurídica estaria baseado nas questões da legitimidade por substituição processual dos entes públicos que podem celebrá-lo, cuja consequência seria a indisponibilidade do direito

⁴³³ [Grifou-se]. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 596.764 - MG. Recorrente: Disque Amizade do Brasil Ltda. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais e outro. Relator: Ministro Antônio Carlos Ferreira. Brasília, DF, 17 maio 2012.

⁴³⁴ RODRIGUES, Geisa de Assis. Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 138.

⁴³⁵ RODRIGUES, Geisa de Assis. Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 95. No mesmo sentido, entende Gravonski que essa negociação em tutela coletiva “resultará, sempre, um negócio jurídico *sui generis*, marcado pela nota da indisponibilidade dos direitos pelos legitimados coletivos e não uma transação”. GRAVONSKI, Alexandre Amaral. Autocomposição na ação civil pública. In. MILARÉ, Édis. (Org.). Ação civil pública após 30 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 44.

⁴³⁶ CLEMES, Sérgio. Apontamentos sobre a possibilidade de transação dos interesses difusos na lei brasileira. In. OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades; LEITE, José Rubens Morato (Org.). Cidadania coletiva. Florianópolis: Paralelo 27, 1996, p. 186.

material. No entanto, discorda-se que haveria óbice à natureza transacional do TAC a partir da verificação da legitimidade do ente coletivo.

Entendeu-se que a legitimidade ativa para a tutela dos direitos difusos (o que inclui a celebração do TAC) não deve ser analisada com base na falta de transposição da titularidade do plano material para o processual, mas sim na condução autônoma do processo por aqueles que, por força da lei, são admitidos como capazes de proteger esses interesses e direitos. Por essa lógica, ao analisar a natureza de um instrumento, permitido por lei ao legitimado coletivo, igualmente não se questionaria a respeito da falta de identificação da titularidade do plano material com o processual.

Quer dizer, não haveria que se refletir sobre a ilegitimidade *ad causam* dos próprios titulares do direito para fins de verificar a possibilidade de acordo coletivo sobre o direito material em causa, porque a voz dos titulares do direito material, ou seja, os seus interesses, já está sendo concebida na condução do feito pelo legitimado coletivo. O que se percebe é que o legitimado coletivo atua como uma espécie de representante da coletividade.⁴³⁷ Diante dos fatos de que, especialmente no caso dos direitos difusos, é impossível a participação formal de todos os integrantes e são constantes as modificações do grupo, concorda-se com Roque no sentido de que “admite-se que o representante [legitimado coletivo], com um único ato, vincule a esfera jurídica de todos os seus membros, os quais são referidos simplesmente como uma coletividade”⁴³⁸

Aliás, além da previsão legal do TAC na Lei da Ação Civil Pública, a Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública, a partir das alterações em 2009, passou a prever que “o instrumento de transação, mediação ou conciliação referendado pelo Defensor Público valerá como título executivo extrajudicial, inclusive quando celebrado com a pessoa jurídica de direito público” (artigo 4º §4º),⁴³⁹ o que, segundo Fensterseifer, evidencia “a possibilidade de

⁴³⁷ A esse respeito, porque, na aprovação de acordos realizados no processo, o juiz leva em consideração os interesses do grupo titular do direito material, o legitimado coletivo “pelo menos para efeito de transação, se parece muito mais com um ‘representante’, que traz a voz do grupo a juízo, do que um ‘substituto processual do direito processual’”. GIDI, Antônio. Rumo a um código de processo civil coletivo. a codificação das ações coletivas no brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 274.

⁴³⁸ ROQUE, André Vasconcelos. Arbitragem de direitos coletivos no Brasil: admissibilidade, finalidade e estrutura. 2014. 288 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014, p. 112-113.

⁴³⁹ [Grifou-se]. BRASIL. Lei Complementar n. 80, de 12 de janeiro de 1994. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. Brasília, DF, 12 jan. 1994. Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp80.htm. Acesso: 17 jun. 2019

eventual instrumento de transação ser celebrado com pessoa de direito público, o que é particularmente relevante em conflitos coletivos de natureza social”.⁴⁴⁰

Veja-se que Vieira, mesmo concordando sobre o descompasso entre a legitimidade e a titularidade dos direitos, o que demonstraria uma natureza indisponível, entende que o TAC, no contexto de um tratamento legal específico à transação em tema de direitos difusos e coletivos conferido pelo legislador, “encerra transação, uma vez que se destina a evitar ou pôr fim ao litígio. Mas, como não podia deixar de ser, a transação em matéria de interesses difusos apresenta peculiaridades, que bem a distinguem da figura comum aplicável às obrigações meramente patrimoniais, de natureza privada”.⁴⁴¹

Daí porque não haveria que se negar a natureza transacional do instituto diante da constatação generalizante de que este envolve um direito difuso, coletivo ou individual homogêneo, nos quais o titular do plano processual não seria o mesmo do material. Ressalta-se que o Superior Tribunal de Justiça já considerou a admissibilidade de transação de direitos difusos como uma “exceção à regra”,⁴⁴² pelo que se identifica o entendimento de que o legislador teria superado essa questão da legitimidade para a negociação por quem poderia não corresponder ao titular do direito material para dele dispor.

Na análise da natureza de negócio jurídico bilateral do TAC, mostra-se importante reiterar a função que o instituto possui de prevenir ou terminar o litígio, ao viabilizar a efetividade da tutela dos direitos transindividuais através de negociações, pelo que se concebe a sua natureza transacional. Equanto meio extrajudicial apto a prevenir ou evitar o litígio, “a transação, ou a sua necessidade, surge da incerteza quanto ao resultado da demanda, fazendo com que as partes tenham preferência em elas próprias darem contornos aos seus direitos. Nos Termos de Ajustamento de Conduta é exatamente o que ocorre”.⁴⁴³ Nesse sentido, considera Milaré que o TAC consagra “mecanismo de solução de conflitos, com natureza jurídica de transação, já que preordenado à adoção de medidas acauteladoras do direito ameaçado ou violado, destinadas a prevenir litígio ou a pôr-lhe fim, dotando os legitimados ativos de título executivo [...], tornado líquida e certa a obrigação reparatória”.⁴⁴⁴ Nesse contexto, concorda-

⁴⁴⁰ FENSTERSEIFER, Tiago. Defensoria pública, direitos fundamentais e ação civil pública. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 156.

⁴⁴¹ VIEIRA, Fernando Grella. A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos: compromisso de ajustamento de conduta. In. MILARÉ, Édís. (Org.). Ação civil pública após 30 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 285.

⁴⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 299.400 - RJ. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Recorridos: Município de Volta Redonda e outros. Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins. Brasília, DF, 01 jun. 2006.

⁴⁴³ ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito ambiental. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 87.

⁴⁴⁴ MILARÉ, Édís. Direito do ambiente. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1468.

se que “o ajustamento de conduta tem como natureza constituir-se em transação, de cunho contratual, devendo obedecer, no que couber, ao regime civil da transação”.⁴⁴⁵

Segundo Figueiredo, o TAC é próximo ao instituto da transação, ainda que tenha um âmbito mais restrito pela exigência de ajustamento da conduta aos parâmetros legais, pois “não fosse assim, o ajustamento de conduta nada mais seria do que simples exercício pleno de poder de polícia administrativa, hipótese em que o responsável pelo dano difuso provavelmente iria preferir solucionar a lide em âmbito judicial (já que nada lhe restaria para transacionar)”.⁴⁴⁶ Com relação aos que referem haver um âmbito mais restrito do TAC, entende-se que isso se trata de uma consequência decorrente dos parâmetros legais existentes, e não é exclusivo ao TAC, mas a qualquer negócio jurídico bilateral, pois um dos elementos caracterizadores dos atos jurídicos em sentido amplo é que a “vontade exteriorizada dirija-se à obtenção de resultado permitido (não proibido) pela ordem jurídica”.⁴⁴⁷ É evidente que o negócio jurídico deve considerar a questão da licitude do seu objeto no ordenamento jurídico, sob pena de nulidade. Assim, considera-se que a impossibilidade de renunciar a responsabilidade do causador do dano não decorreria da ausência de titularidade para dispor sobre o direito, mas, sim, da própria exigência do ordenamento jurídico de que o causador do dano seja responsável pela sua reparação integral (artigos 14, §1º, Lei 6.938/81 e 927, parágrafo único, Código Civil). Daí porque, identificada a responsabilidade do agente pelo dano, não se admitem negociações que desobriguem a reparação das lesões aos direitos difusos, posto que seriam contrárias à ordem jurídica, diante das suas exigências de responsabilização e reparação.

Além disso, no caso de serem estabelecidas obrigações insuficientes, de forma que a melhor solução não seja alcançada, os interesses que não foram contemplados no acordo podem ser objeto de ação civil pública ou de um outro TAC. O próprio Código Civil já advertia que a transação se interpreta restritivamente (artigo 843). Daí porque discorda-se da posição sobre a natureza do TAC, segundo a qual “*justamente por não se tratar do instituto da transação*, consagrado pelo direito civil (em que deve haver uma concessão mútua de direitos) nada impedirá que o próprio Ministério Público, ou qualquer outro legitimado nos

⁴⁴⁵ SILVEIRA, Sebastião Sergio da; GUIMARÃES, Leonardo Aquino Moreira; ZACARIAS, Fabiana. Meios alternativos de resolução de conflitos: arbitragem de direitos coletivos. *Revista Húmus*, São Luís, v. 9, n. 25, p. 63-92, 2019, p. 78.

⁴⁴⁶ FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. Desconstituição de compromisso de ajustamento de conduta em razão de megaconflituosidade e de subdimensionamento de dano difuso. In. MILARÉ, Édis. (Org.). *Ação civil pública após 30 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 348.

⁴⁴⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. parte geral e lindb*. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 603.

termos da lei, venha a entrar em juízo contra a empresa por causa dos itens [...] que não foram objeto do acordo”.⁴⁴⁸ Na tutela do direito transindividual ambiental pelo TAC, aquilo as partes optaram por não discutir não corresponde necessariamente a uma renúncia, porque a interpretação do acordo deve ser restritiva, podendo, caso a melhor solução para reparar *integralmente* os todos os interesses lesados não tenha sido alcançada, ser objeto de ação civil pública ou outro TAC.⁴⁴⁹

Caso se venha a constatar outros danos que ensejam reparação e não foram contemplados pelas obrigações do TAC, é certo que esta tutela reparatória pode ser buscada: “o que impende seja verificado nestes casos é que a ação civil pública a ser proposta, ante a existência de compromisso de ajustamento, deve ter objeto diverso ou mais amplo que o que fora previsto no termo de ajuste”.⁴⁵⁰ Isto é, a eficácia do TAC seria comprometida quando não houvesse a reparação integral do dano, diante de outros fatos a serem considerados ou obrigações insuficientes. Entretanto, é preciso fazer a ressalva de que, em se tratando do mesmo objeto de efetiva reparação no TAC, os demais colegitimados não poderiam rediscutir os termos que foram negociados,⁴⁵¹ mesmo porque lhes faltaria interesse jurídico.⁴⁵²

Tendo em vista as premissas a respeito da função e finalidade do TAC, de acordo com a Resolução n. 23 do Conselho Nacional do Ministério Público, o Ministério Público poderá firmar TAC com o responsável pela ameaça ou lesão aos interesses ou direitos tutelados no

⁴⁴⁸ [Grifos no original]. FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Curso de direito ambiental brasileiro. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 724-725.

⁴⁴⁹ Exemplifica-se que, no TAC celebrado entre o MPF, a prefeitura do município e o causador do dano, em 2018, foram estabelecidas ao último, entre outras, a obrigação de demolir completamente as barragens erigidas no braço de um rio acompanhado da Secretaria de Meio Ambiente do município, a de retirar completamente o gado existente na ilha fluvial e a de não fazer uso da área como pasto para atividades de pecuária ou local para atividades de pecuária por parte de terceiros, sob pena de multa a ser arrecadada para o fundo de defesa dos direitos difusos. Importa notar que, nos termos do TAC, o acordo nele celebrado contempla o objeto de determinado inquérito civil, ressaltando-se expressamente eventuais desdobramentos quanto a diligência ainda pendente de verificação pelo órgão ambiental. Assim, percebe-se que, caso se verifique a existência de outros interesses lesados, estes ainda podem ser discutidos, porque não foram objeto do acordo em questão. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL; PREFEITURA DE CAMBUCI; JOSEHIL VELLASCO. Termo de ajustamento de conduta. Campos dos Goytacazes, RJ, 15 de jun. 2018. Disponível em apps.mpf.mp.br/aptusmpf/protected/download?sistema=portal-tac&modulo=0&id=31540481. Acesso: 20 dez. 2018.

⁴⁵⁰ CAPPELLI, Sílvia; ROCHELLE, Jelinek (Org.). Compromisso de ajustamento ambiental: análise e sugestões para aprimoramento. São Paulo: Instituto “O Direito por um Planeta Verde”, 20[09?], p. 51. Disponível em: www.planetaverde.org/arquivos/projetos/arquivo_081213_6910.pdf. Acesso: 16 jul. 2019.

⁴⁵¹ FERRARESI, Eurico. Ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo: instrumentos processuais coletivos. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 236.

⁴⁵² Nesse sentido: “pode-se afirmar que, estando completamente ajustada a conduta às exigências legais e havendo a adequada e satisfatória prevenção do ilícito e do dano e/ou a integral reparação do dano, não haveria interesse jurídico em promover-se ação civil em relação ao mesmo objeto do compromisso”. CAPPELLI, Sílvia; ROCHELLE, Jelinek (Org.). Compromisso de ajustamento ambiental: análise e sugestões para aprimoramento. São Paulo: Instituto “O Direito por um Planeta Verde”, 20[09?], p. 50-51. Disponível em: www.planetaverde.org/arquivos/projetos/arquivo_081213_6910.pdf. Acesso: 16 jul. 2019.

exercício das atribuições inerentes às suas funções institucionais, entre os quais o meio ambiente, visando à reparação do dano, à adequação da conduta às exigências legais ou normativas e, ainda, à compensação e/ou à indenização pelos danos que não possam ser recuperados (artigo 14).⁴⁵³ É evidente que, para viabilizar a efetividade da tutela dos direitos transindividuais por meio do TAC, são feitas negociações, observando a licitude do seu objeto no ordenamento jurídico, entre o legitimado coletivo e o causador do dano, cujo acordo alcançado, ao final, depende logicamente da convergência de vontades entre as partes. Reconhece-se, portanto, que as partes negociam fazendo concessões mútuas, para o fim de melhor resolver as questões da prevenção da lesão transindividual ou da sua reparação.

Ademais, com relação as negociações e obrigações estabelecidas, Nery aponta que, ao celebrarem o TAC, este não se restringe apenas aos ditos aspectos formais, pois “as partes poderão entabular, no compromisso, direitos e obrigações para ambas as partes, que lhe confirmam caráter de máxima eficiência para os fins pretendidos pelos celebrantes. Assim poderão ser previstas obrigações a serem cumpridas tanto pelo particular como pela entidade pública”.⁴⁵⁴ Geralmente são impostas ao órgão público, conforme a autora, as obrigações de não fazer, ou, até mesmo, de relativizar a aplicação da letra da lei, como é exemplificado pela concessão de mais tempo para o particular se adaptar à determinada exigência legal, embora a lei exija a tomada de providência imediata, já que, por essa relativização, esta será melhor executada pelas partes.⁴⁵⁵

Notadamente os aspectos considerados periféricos são negociados no TAC, uma vez que “existe espaço para discussão e tratativas com o responsável pela ameaça ou dano, que

⁴⁵³ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução n. 23, de 17 setembro de 2007. Brasília, DF, 17 set. 2007. Disponível em <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-0231.pdf>. Acesso: 16 jun. 2019

⁴⁵⁴ NERY, Ana Luiza. Advento de regulamentação legal no curso da execução de tac que torne ilícito o objeto nele transacionado: invalidade do ajuste por causa superveniente. In. MILARÉ, Édis. (Org.). Ação civil pública após 30 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 95.

⁴⁵⁵ Aponta-se o TAC celebrado, em 2018, entre o MPF e o causador do dano em 2018. O TAC em questão decorre da degradação ambiental em APP, em razão do dano ambiental gerado pela construção de imóvel em área não edificável. Embora em juízo a necessidade de recuperar integralmente os danos ocorridos na área não edificável em APP possam justificar a demolição do imóvel construído para a promoção da recuperação *in natura*, no TAC as partes puderam, extrajudicialmente, acordar as obrigações de promover a compensação *in natura*, referente ao plantio de 50 mudas de árvores nativas no entorno da área degradada, bem como de abster-se de realizar atividade, desviar ou retirar recursos naturais e de realizar em APP novas construções ou ampliações das edificações já existentes na sua propriedade. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL; GABRIEL VIEIRA PIEGAS. Termo de ajustamento de conduta. Santa Maria, RS, 04 jun. 2018. Disponível em <http://apps.mpf.mp.br/aptusmpf/protected/download?sistema=portal-tac&modulo=0&id=32655506>. Acesso: 20 dez. 2018. A respeito da decisão judicial que determinou a demolição do imóvel construído, cita-se caso em que, tal qual requerido pelo MPF na inicial, foi imposto ao degradador *o desfazimento da construção edificada (casa construída em APP)* e a restituição da área ao *status quo ante*, sem as necessárias compensações ambientais. [Grifou-se]. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.624.527 - RS. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: João Beno Schuh Filho e outros. Brasília, DF, 01 mar. 2019.

envolvam prazos, modos, meios ou formas de cumprimento dessas obrigações, bem como valores a título de recomposição ou compensação pelos danos causados”.⁴⁵⁶

Exemplifica-se a transação sobre os aspectos formais, como o prazo de cumprimento da reparação, através do TAC celebrado em 2018⁴⁵⁷ em razão do dano ambiental decorrente do derramamento de óleo causado pelo naufrágio da embarcação NHAKA, ocorrido em fevereiro de 2016, em que foi estabelecida a obrigação de reparar o dano ambiental pelo pagamento da quantia líquida e certa de R\$ 15.000,00, em quinze parcelas de R\$ 1.000,00, ao Fundo Municipal do Meio Ambiente de Guarujá.

Com relação à disposição sobre o modo de cumprimento, aponta-se o TAC celebrado em 2018,⁴⁵⁸ em razão da degradação ambiental provocada no Rio Paranapanema, pela extração de peixes em local de pesca proibida e aquisição desses peixes para posterior industrialização e revenda. A obrigação estabelecida no TAC à empresa poluidora foi a de adquirir uma série de bens⁴⁵⁹ a serem entregues ao Batalhão de Polícia Militar (Força Verde) sediado no município, bem como ao Chefe do Escritório do ICMBio, instituto que executa ações de conservação, gestão, proteção, fiscalização no mesmo ecossistema em que ocorreu o dano ambiental.

Também nota-se ser possível reconhecer, em um TAC, a cota parte da reparação ambiental devida pela empresa poluidora no caso de responsabilidade solidária, bem como acordar a renúncia de uma parte ao direito a indenizações pelos danos ao seu empreendimento causados por parte da outra, em decorrência das obras de recuperação ambiental que esta venha a realizar.⁴⁶⁰

⁴⁵⁶ JOÃO, Alexandre Lipp. A reparação dos consumidores lesados (direitos individuais homogêneos) através do termo de ajustamento de conduta. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, n. 72, p. 09-14, maio/ago. 2012, p. 11.

⁴⁵⁷ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL; ALBANO SIMONES. Termo de ajustamento de conduta. Santos, SP, 09 nov. 2018. Disponível em <http://apps.mpf.mp.br/aptusmpf/protected/download?sistema=portal-tac&modulo=0&id=35119986>. Acesso: 20 dez. 2018.

⁴⁵⁸ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL; INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PESCADO ARAPONGAS. Termo de ajustamento de conduta. Paranavaí, PR, em 26 out. 2018. Disponível em <http://apps.mpf.mp.br/aptusmpf/protected/download?modulo=0&sistema=portal&id=34458835>. Acesso: 20 dez. 2018

⁴⁵⁹ Veja-se a disposição quanto ao conteúdo da obrigação, pois a prestação estabelecida corresponde a entrega ao batalhão de Polícia Militar de 1 conjunto direção hidráulica, 1 jack plate 10", 1 mão de obra de instalação e ao Escritório do ICMBio de 1 caminhonete; 1 drone, 2 baterias, 1 mochila e 3 cartões de memória para drone; 1 câmera fotográfica de aventura à prova d'água, 2 baterias extras, 2 estojos 1 kit de acessórios e suporte, 2 suportes cinturão peitoral para a câmera de aventura; 1 câmera reflex, 1 tripé; 1 microfone; 1 projetor multimídia; 4 beliches; 4 colchões; 1 sofá cama; 1 cadeira; 1 mesa de escritório; 2 ares condicionados 900 btu/h, e 1 de 1800 btu/h; 1 poltrona de 2 lugares e 1 de 1 lugar; 1 soprador costal a gasolina; 2 roçadeiras profissionais para corte de grama; 4 aparelhos de GPS; 1 mesa digitalizadora.

⁴⁶⁰ Trata-se do que foi acordado no TAC, entre o Ministério Público Federal e as empresas carboníferas causadoras de um dano ambiental em novembro de 2018. Contextualiza-se que, no local de antiga deposição de rejeitos piritosos de mineração de carvão, foi identificada a realização de obras, com escavação para a fundação,

Ao final, retoma-se que puderam ser identificados correntes marcantes com relação à natureza jurídica do TAC, quais sejam *i.* de um ato jurídico em sentido estrito, em razão da falta de titularidade do legitimado e da indisponibilidade dos direitos por si cancelados, e *ii.* de um negócio jurídico, sendo este último dividido entre *ii.i* aqueles que entendem ser um negócio jurídico *sui generis*, unilateral, ou excepcional, pelo que a indisponibilidade dos direitos é resguardada, porque os legitimados coletivos não seriam os seus titulares e não poderiam deles dispor, e *ii.ii* aqueles que entendem ser uma transação, exatamente considerando a existência de certa disponibilidade no contexto dos direitos transindividuais, independentemente da falta de identidade entre o titular no plano material e processual.

Concluiu-se que a última posição seria a mais adequada, em atenção à natureza da legitimidade ativa dos entes públicos, à imprescindibilidade do acordo de vontades para pactuar as estipulações diversas e, principalmente, à finalidade do instituto. Com efeito, a natureza de negócio jurídico, tal qual a transação, é a única que vai ao encontro das concessões realizadas nos casos citados.

Em relação ao direito fundamental ao meio ambiente, certo é que, no caso concreto envolvendo a sua reparação (o que é o objeto de um TAC), se houver alguma indisponibilidade, tal nota estaria adstrita à extensão do seu núcleo essencial, mas não aos elementos próprios do direito à reparação, pois, uma vez que se garanta a integridade do

visando dar suporte a construção de alvenaria, cujo licenciamento fora feito por órgão sem atribuição legal para tanto, haja vista tratar-se de área impactada por mineração. Em ação civil pública, foram condenadas a União e outras empresas carboníferas solidariamente a recuperar as áreas degradadas pela mineração de carvão na região sul de Santa Catarina e os recursos hídricos das bacias hidrográficas dos Rios Araranguá, Tubarão e Urussanga. Nos termos da decisão transitada em julgado, o Plano de Recuperação deveria contemplar medidas necessárias e suficientes à recuperação ambiental da área e à cessação da contribuição para a geração de danos ambientais, com a previsão do uso futuro da área e compatibilidade da futura obra com as intervenções necessárias à título de recuperação. No processo de execução, foi determinada a formação de outro processo específico para acompanhar o cumprimento das obrigações devidas pela ora compromissária, em cujos autos, então, foi celebrado o TAC fixando calendário para a conclusão das obras de recuperação. Entre outras tantas obrigações, aponta-se que houve o estabelecimento de condições e prazos para a recuperação ambiental do imóvel de propriedade da empresa, em substituição à obrigação imposta à União nos autos da ação civil pública, ainda que, segundo o TAC, não importe em novação das obrigações atribuídas à União na ação, até mesmo porque é referido que cabe à União a recuperação de área adjacente. A empresa assumiu a responsabilidade direta pela recuperação da área degradada no imóvel e pela recuperação do passivo ambiental que comprovadamente tenha causado. Ainda, a empresa obrigou-se a facilitar a recuperação ambiental a ser realizada pela União futuramente em área adjacente à área assumida pela empresa no TAC, renunciando a qualquer direito de indenização por danos causados ao empreendimento por ela edificado, em decorrência das futuras obras de recuperação ambiental realizadas pela União. Também a título de compensação ambiental, a empresa obrigou-se a ceder mudas de árvores nativas em quantidade e qualidade a ser definida pela União em seu Plano de Recuperação, destinadas à revegetação de uma área de extensão linear adjacente à área de edificação do seu empreendimento, precisamente faixa de APP, dentro do prazo de entrega a ser informado pela União, não inferior a cento e vinte dias, sob pena de multa diária de R\$ 500,00 nos primeiros seis meses e R\$ 1.000,00 a partir de então. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL; UNIÃO; REALENGO PARTICIPAÇÕES E NEGOCIAÇÕES. Termo de ajustamento de conduta. Criciúma, SC, 19 nov. 2018. Disponível em <http://apps.mpf.br/aptusmpf/protected/download?sistema=portal-tac&modulo=0&id=35154674>. Acesso: 20 dez. 2018.

direito ao meio ambiente, as partes (o causador do dano e o legitimado público) podem convencionar *como* repará-lo, renunciando *ao exercício* do direito ao processo judicial (ação civil pública ambiental) justamente a fim de transacionar sobre o direito à reparação ambiental.

3 A ARBITRAGEM E O DIREITO AO MEIO AMBIENTE

Observa-se que, no cenário mundial, vem sendo alterado o paradigma individualista dos conflitos, em face dos novos direitos de massa, o que, como consequência, aumenta a busca por novas formas de tutelar as lesões coletivas em larga escala no âmbito do próprio Judiciário. Nesse contexto, a tutela coletiva também passa a ser cogitada extrajudicialmente, inclusive em sede de arbitragem.

Aliás, especificamente em relação a defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, faz-se oportuno referir que já houve proposta legislativa para se admitir expressamente a via arbitral como um dos meios aptos ao tratamento dos conflitos de tutela coletiva. Trata-se do Projeto de Lei 5.139/2009, cujo texto foi elaborado por uma comissão constituída pelo Ministério da Justiça e composta basicamente de representantes do Ministério Público, da Magistratura e de acadêmicos. O referido projeto, editado para disciplinar novas regras para a ação civil pública, para a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, contemplava a possibilidade de, não sendo o caso de julgamento antecipado, o juízo designar audiência preliminar, na qual ouviria as partes sobre os motivos e fundamentos da demanda e tentaria a conciliação, sem prejuízo de outras formas adequadas de solução do conflito, entre elas, a arbitragem, observada a natureza disponível do direito em discussão (artigo 19 §1º). Aponta-se que o projeto foi submetido ao plenário da Comissão de Constituição de Justiça, que votou “pela constitucionalidade, juridicidade e boa técnica legislativa, e, no mérito, pela [sua] rejeição”,⁴⁶¹ sem, contudo, que tenham sido feitas críticas à referida previsão em questão.

A ideia de arbitragem coletiva não seria uma novidade no ordenamento jurídico brasileiro, pois a própria Constituição Federal admite a arbitragem de direitos coletivos, relativos ao direito do trabalho, para, por exemplo, resolver os conflitos que decorram de greve, conforme reforçado pela Lei 7.783/89 (art. 7º).⁴⁶²

⁴⁶¹ BRASIL. Senado Federal, Comissão de Constituição e Justiça. Parecer Vencedor. Projeto de Lei n. 5.139 de 2009. Relator: Deputado Jose Carlos Aleluia. Brasília, DF, 17 mar. 2010. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=506A92ECDA96819671610D1E23887958.proposicoesWebExterno1?codteor=754582&filename=Parecer-CCJC-17-03-2010. Acesso: 23 jul. 2019.

⁴⁶² “Art. 7º Observadas as condições previstas nesta Lei, a participação em greve suspende o contrato de trabalho, devendo as relações obrigacionais, durante o período, ser regidas pelo acordo, convenção, *laudo arbitral* ou decisão da Justiça do Trabalho”. [Grifou-se]. BRASIL. Lei n. 7.783, de 28 de junho de 1989. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. Brasília, DF, 28 jun. 1989. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17783.HTM. Acesso: 23 jul. 2019.

Nesse momento, a fim de refletir a respeito da (in) arbitrabilidade do direito (à reparação) ambiental, será necessário relacionar entre si os conceitos e considerações apresentados no primeiro capítulo com aqueles que foram apresentados no segundo. Ainda, serão examinados alguns aspectos procedimentais que precisam ser enfrentados a fim de se conceber essas demandas em sede de arbitragens coletivas. Para tanto, a apreciação será especificada em relação aos danos ambientais ao microbem e aos interesses individuais ou individuais homogêneos, bem como aos danos ambientais ao macrobem e aos interesses difusos.

3.1 Microbem e interesses individuais e individuais homogêneos

A respeito dos danos ambientais, afirmou-se que estes podem existir na esfera privada do indivíduo, por meio daqueles que incidem diretamente sobre o ambiente na modalidade de microbem de propriedade privada e aqueles que incidem por ricochete sobre a sua integridade física, psíquica e patrimonial. Em todos esses casos de danos individuais, a titularidade do direito e a legitimidade para acionar os mecanismos de responsabilidade e para receber a respectiva reparação são dos próprios particulares lesados. Isso porque, uma vez que o objeto último dos direitos fundamentais é sempre a proteção da vida e da qualidade de vida do homem na sua individualidade,⁴⁶³ o direito a um meio ambiente sadio e equilibrado previsto no artigo 225 da Constituição “pode ser reconduzido a uma dimensão individual, pois mesmo um dano ambiental que venha a atingir um grupo dificilmente quantificável e delimitável de pessoas (indivíduos) gera um direito à reparação para cada prejudicado”.⁴⁶⁴

Em que pese a titularidade do direito e a legitimidade para buscar a reparação sejam efetivamente individuais, viu-se que, no caso dos danos reflexos ou diretos aos microbens particulares, quando vários indivíduos forem afetados pela mesma origem, os seus interesses, individualmente considerados, podem se traduzir em interesses individuais homogêneos, a fim de serem, judicial ou extrajudicialmente, tutelados em conjunto, isto é, de forma coletiva pelos entes previstos na lei para a ação civil coletiva.

Nesse momento, serão tratados alguns aspectos da tutela arbitral que precisam ser enfrentados para o fim de analisar a sua admissibilidade no que diz respeito a tais danos ambientais diretos ou reflexos, que atingem interesses individuais ou individuais homogêneos.

⁴⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 54.

⁴⁶⁴ Ibid., p. 443-444. É esclarecido por Sarlet que “todos os direitos fundamentais consagrados em nossa constituição (mesmo os que não integram o título II) são, na verdade e em última análise, direitos de titularidade individual, ainda que alguns sejam de expressão coletiva”. Ibid., p. 443.

Para tanto, é imprescindível examinar os requisitos de arbitrabilidade previstos na lei brasileira, bem como abordar alguns aspectos procedimentais específicos em relação à hipótese de os interesses serem tutelados coletivamente.

3.1.1 A arbitrabilidade

A fim de discutir os aspectos atinentes à arbitrabilidade do dano ambiental individual, que se reflete no ambiente como microbem ambiental privado ou que viola interesses pessoais, apresentam-se exemplos que se mostram didáticos para as necessárias reflexões a serem feitas sobre a disponibilidade e a patrimonialidade do direito em causa.

É possível que, em razão da lesão a um microbem ambiental, reflexamente sejam atingidos interesses patrimoniais das pessoas, físicas ou jurídicas. Imagine-se um caso de dano a bens ambientais de propriedade privada que atinge, por exemplo, a plantas ou animais de uma determinada propriedade, causando prejuízos patrimoniais ao proprietário, os quais podem envolver danos materiais emergentes e, ainda, lucros cessantes, durante o período em que deixou de receber pela falta de novos hóspedes, caso a propriedade cujo microbem foi atingido se trate de um resort ou hotel fazenda que depende de tais atrativos. O microbem lesado no exemplo se trata de um bem de propriedade privada, cuja lesão repercute efetivamente no patrimônio do seu proprietário. Com relação a patrimonialidade deste direito, verifica-se que “na condição de microbem, seguramente, ele pode ser reduzido a um valor econômico, portanto, patrimonial e, da mesma forma, pode estar submetido ao regime de direito privado”.⁴⁶⁵ Diante disso, a patrimonialidade “está presente no direito indenizatório que surge para o proprietário quando o microbem ambiental de sua propriedade é lesado”.⁴⁶⁶ Assim, com relação aos bens ambientais isoladamente considerados, o que se observa é que tais microbens ambientais, “quando no domínio de particulares, poderão assumir a feição de patrimônio disponível, se amoldando perfeitamente as exigências da Lei 9.307/96”.⁴⁶⁷

Resta saber se, com o enfoque em um microbem de propriedade privada que tenha função ecológica, a feição de patrimônio disponível seria a mesma. Sobre a questão, Lima esclarece que “o direito de propriedade sobre o microbem possui uma particularidade, que é a imposição pela legislação de limitações ao seu exercício, exatamente em virtude da função

⁴⁶⁵ ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito ambiental. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 84.

⁴⁶⁶ ANDRADE, Renato Campos. 2014. 152 f. A superação do paradigma clássico da solução de conflitos em direito ambiental: a permanente busca por resiliência. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte, 2014, p. 117-118.

⁴⁶⁷ OLIVEIRA, Celso Maran de; ZANQUIM JÚNIOR, José Wamberto; GRANADO, Karina. A arbitragem como alternativa para solução de conflitos ambientais no Brasil. Revista VITAS -Visões Transdisciplinares sobre Ambiente e Sociedade, Niterói, a. 5, n. 11, p. 01-17, set. 2015.

ecológica que ele desempenha. Entretanto, existe uma margem de disponibilidade que cabe ao proprietário manejar”.⁴⁶⁸ A respeito disso, o autor exemplifica que o proprietário não pode atribuir uso alternativo ao solo quando a sua terra seja situada no cinturão verde da mata atlântica, mas nada obsta que a sua propriedade seja vendida a terceiros, doada, ou mesmo assuma finalidade comercial voltada à prática de ecoturismo. Sendo assim, o objeto da convenção arbitral firmado pelo “proprietário com o agressor não poderá envolver a dimensão coletiva do aproveitamento do recurso natural. A indenização que se pleiteia [...] se restringirá à recomposição material e imaterial de que se privou o proprietário, a partir do momento em que a agressão atingiu a sua esfera de interesses”.⁴⁶⁹ Com esta base, então, é afirmado pelo autor que “a demanda ambiental que envolva o ressarcimento por lesão ao microbem é passível de apreciação por árbitros”.⁴⁷⁰

Então, no que diz respeito aos microbens ambientais privados, restam verificadas a sua disponibilidade e patrimonialidade, de modo que as controvérsias que lhes digam respeito podem ser objeto de solução pela via arbitral. Nas palavras de Frangetto, “considerando-se [...] ser possível a disponibilidade no exercício do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado sobre a parcela de microbens ambientais, a arbitragem em matéria ambiental é possível”.⁴⁷¹

Com relação às lesões ambientais reflexas aos indivíduos, Antunes exemplifica que os danos (i) à propriedade privada decorrentes de poluição atmosférica (paredes e janelas enegrecidas de uma habitação) ou da (ii) falta de água pura (diminuição da produção de uma empresa) são “hipóteses [que] configuram, sem a menor sombra de dúvida, atentados a direitos patrimoniais disponíveis e, portanto, compreendidos no conceito de arbitrabilidade”.⁴⁷² Pinheiro também ilustra as consequências do exemplo de uma propriedade que cultivava legumes destinados ao comércio local, localizada às margens de uma rodovia, na qual houve um acidente rodoviário envolvendo um caminhão transportador de substância tóxica, que, uma vez derramada, causou a contaminação do solo e a morte de várias espécies de fauna e flora: haveria um dano “patrimonial (relativos aos gastos que teve com pesquisa para a implementação do cultivo orgânico e efetivo plantio, além dos lucros cessantes

⁴⁶⁸ LIMA, Bernardo. A arbitrabilidade do dano ambiental. São Paulo: Atlas, 2010, p. 130.

⁴⁶⁹ Ibid., p. 131.

⁴⁷⁰ Ibid., p. 131.

⁴⁷¹ FRANGETTO, Flavia Witkowski. A arbitragem ambiental: solução de conflitos (r)estrita ao âmbito (inter)nacional? Campinas: Millennium, 2006, p. 40.

⁴⁷² ANTUNES, Paulo de Bessa. A arbitragem. (o) eco. 18 mar. 2005. Disponível em <https://www.oeco.org.br/colunas/paulo-bessa/16855-oeco-11788/>. Acesso: 12 out. 2019.

referentes à perda da lavoura, entre outros)”.⁴⁷³ Nessas situações descritas, a respeito de tais prejuízos “não resta dúvida sobre a possibilidade de aplicação da arbitragem, dada a disponibilidade dos bens”.⁴⁷⁴ Isso porque, de acordo com Lima, “a violação do direito de propriedade promove o nascimento de situações jurídicas de caráter patrimonial e disponível”.⁴⁷⁵

Falou-se também que o dano ambiental individual pode implicar uma lesão extrapatrimonial ao particular atingido por ricochete. É a hipótese já referida do pescador que, em razão do dano ao ambiente, pela contaminação do rio e pela mortandade dos peixes, tem o seu lazer ou profissão comprometidos, experimentando sofrimento psíquico. Na conjuntura, embora o direito primário de personalidade atingido seja um direito extrapatrimonial, é imprescindível perceber que o direito secundário, que se origina da violação ao primeiro, trata-se de um direito efetivamente patrimonial. O direito indenizatório, em razão do prejuízo individual ao ânimo psíquico da vítima do dano ambiental reflexo, é determinado em termos substancialmente econômicos. Tal vai ao encontro do que explica Mattos Neto: “o caráter de extrapatrimonialidade não exclui a possibilidade de o titular do direito auferir vantagem econômica, se houver lesão da qual resulte dano. Nesse caso, o dano produz um direito patrimonial ao ofendido consubstanciado na indenização”.⁴⁷⁶

Explica-se o porquê. O direito primário é o próprio direito de personalidade em si, enquanto o direito secundário é o direito de ser indenizado por violação àquele: “a afronta [ao direito] à honra da pessoa gera o direito de receber indenização por danos morais”.⁴⁷⁷ Nesse contexto, são importantes as lições hohfeldianas a respeito dos direitos subjetivos, em que o direito multital primário é diferenciado do direito paucital secundário que surge da sua violação. Retoma-se o entendimento do Supremo Tribunal de Justiça português no caso da violação ao direito de personalidade da apresentadora de televisão, no qual se entendeu que, em que pese os direitos de personalidade fossem, em princípio, extrapatrimoniais e indisponíveis, o direito à indenização com fundamento na sua violação já não o seriam. Assim, com relação a esse direito indenizatório decorrente da violação de um direito de personalidade, compreende-se que tanto é um direito patrimonial disponível que “não existem

⁴⁷³ PINHEIRO, Ana Maria Costa. Arbitragem e a tutela ressarcitória dos danos ambientais. In LEITE, José Rubens Morato (Org.). VI Simpósio dano ambiental na sociedade de risco. Florianópolis, 2011, p. 71.

⁴⁷⁴ *Ibid.*, p. 71.

⁴⁷⁵ LIMA, Bernardo. A arbitralidade do dano ambiental. São Paulo: Atlas, 2010, p. 122.

⁴⁷⁶ MATTOS NETO, Antônio José de. Direitos patrimoniais disponíveis e indisponíveis à luz da lei da arbitragem. Revista de Processo, São Paulo, v. 122, p. 151-166, abr. 2005.

⁴⁷⁷ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. Manual de arbitragem, mediação e conciliação. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 16.

óbices para que o ofendido renuncie o direito (o bem obtido com a indenização) ou, ainda, obtendo-o, ceda a sua fruição a terceiros, constatação que permite assegurar o seu caráter disponível”.⁴⁷⁸ Aliás, em relação ao ponto da arbitrabilidade subjetiva, fica evidente a capacidade de contratar do particular lesado, a quem é dada legitimidade para propor individualmente a ação de indenização, podendo, no curso dela, transigir, ou, até mesmo, a fim de evitar o seu ajuizamento, negociar a reparação diretamente com o causador do dano.

Ainda que o direito de personalidade em si (direito primário) não seja o ponto central, mas, sim, a reparação da sua lesão (direito secundário), é possível entender que a questão sobre a *violação* do direito primário motivaria a própria decisão sobre a pretensão indenizatória. O evento lesivo fato estaria em uma zona limítrofe entre o direito primário e o secundário surgido da interferência naquele. Assim, seria preciso examinar se a questão referente à violação do direito primário poderia ser examinada pelos árbitros. Isto é, discute-se se o árbitro não estaria se deparando com uma questão de caráter prejudicial à resolução do mérito pela via arbitral, quando a parte autora estiver demandando a tutela do direito à reparação pelos danos ambientais indiretos na esfera moral dos indivíduos e o réu contestar esse direito, negando ter ocorrido a violação ao direito primário.

Scavone Júnior refere que “o árbitro não pode decidir se a pessoa tem ou não o direito à honra, vez que este direito é indisponível. Porém, nada obsta que decida acerca do *fato* que enseja a afronta ao direito à honra e quanto à liquidação dessa afronta”.⁴⁷⁹ A partir dessa interpretação, poder-se-ia entender que, uma vez a questão referente *a verdade dos fatos*, estabelecida como fundamento da sentença, não faz coisa julgada nos termos do Código de Processo Civil (artigo 504, inciso II), não haveria que se falar em risco à integridade do direito indisponível.

Por outro lado, Lima, discordando dessa posição, entende que, em que pese o tribunal arbitral esteja discutindo um fato, estaria se pronunciado sobre a violação de um direito de caráter indisponível, pois o conhecimento sobre a controvérsia de natureza fática (existência ou não do fato lesivo) se prestaria a definir se a pretensão indenizatória merece acolhimento, razão pela qual a certificação da violação ao direito indisponível deveria passar pelo crivo do tribunal estatal.⁴⁸⁰

⁴⁷⁸ LIMA, Bernardo. A arbitrabilidade do dano ambiental. São Paulo: Atlas, 2010, p. 124.

⁴⁷⁹ [Grifou-se]. SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. Manual de arbitragem, mediação e conciliação. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 16

⁴⁸⁰ LIMA, Bernardo. A arbitrabilidade do dano ambiental. São Paulo: Atlas, 2010, p. 126 e 127.

Não obstante, já era reconhecido por Lima que essa remessa dos autos à justiça estatal era “absolutamente infrutífera”. Quando o autor entendeu que, ao se deparar no curso da arbitragem com uma questão prejudicial de direito indisponível, essa controvérsia deveria ser remetida ao tribunal estatal pelo árbitro, o artigo 25 da Lei de Arbitragem, atualmente revogado, ainda estava em vigor, prevendo justamente a suspensão do procedimento arbitral para que fosse judicialmente solucionada eventual controvérsia incidental sobre direito indisponível.

Em relação à revogação do artigo 25 da Lei de Arbitragem, a sua supressão foi considerada pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania “uma forma de se prestigiar ainda mais a arbitragem, evitando com isso paralisações e ingerências judiciais indevidas”.⁴⁸¹ Nessa ocasião, ao examinar o Projeto de Lei n. 406, de 2013, que gerou a então Lei 13.129/2015, a referida Comissão do Senado Federal entendeu que a exclusão do artigo não tinha a intenção de dar ao árbitro competência para resolver questões de direitos indisponíveis, mas nada impedia que os árbitros julgassem— *incidenter tantum* — questões prejudiciais, sem força de coisa julgada, o que “*amplia o objeto do conhecimento do árbitro, mas não amplia o objeto do processo arbitral, de modo que o árbitro não estará proferindo julgamento sobre questão de direito indisponível, que poderá ser levada a qualquer tempo, pelo eventual interessado, ao Poder Judiciário*”.⁴⁸²

Aponta-se que uma questão prejudicial “condiciona o conteúdo do julgamento de outra questão, que nessa perspectiva passa a ser encarada como questão subordinada”.⁴⁸³ A questão prejudicial é, segundo Didier Júnior e Zaneti Júnior, “aquela de cuja solução dependerá não a possibilidade nem a forma do pronunciamento sobre a outra questão, mas o teor mesmo desse pronunciamento”,⁴⁸⁴ sendo comparada pelos autores a uma espécie de placa de trânsito que determina para onde o motorista, operador do direito, deve seguir. Nesse sentido, o próprio árbitro pode resolver incidentalmente uma questão prejudicial que remete a uma situação jurídica indisponível (a ocorrência de violação ou não do direito multital

⁴⁸¹ BRASIL. Senado Federal, Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Adendo ao parecer de 2013, em decisão terminativa sobre o projeto de lei do senado n. 406, de 2013. Relator: Senador Vital do Rêgo. Brasília, DF, 11 dez. 2013, p. 78. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4412865&ts=1559280092577&disposition=inline>. Acesso: 18 jul. 2019

⁴⁸² [Grifou-se]. BRASIL. Senado Federal, Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Adendo ao parecer de 2013, em decisão terminativa sobre o projeto de lei do senado n. 406, de 2013. Relator: Senador Vital do Rêgo. Brasília, DF, 11 dez. 2013. p. 79.

⁴⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil, volume 2. tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 634.

⁴⁸⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Curso de direito processual civil. introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento, volume 1. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 501.

primário), sem que essa resolução seja apanhada pela coisa julgada.⁴⁸⁵ Isso porque o Código de Processo Civil estabelece três requisitos para tanto, entre eles, a competência do juízo em razão da matéria para resolvê-la como questão principal (artigo 503, §1º, inciso III), a qual, porque se trata de controvérsia a respeito de um direito multital primário (indisponível), o árbitro não tem. A respeito disso, é importante ressaltar que, não estando alcançada pela coisa julgada, a resolução da questão prejudicial não coloca em risco a integridade do direito indisponível.

Até então foram examinados os critérios de arbitrabilidade dos litígios individuais envolvendo os danos ambientais, com repercussão ao microbem ambiental, reflexos ao patrimônio e à integridade psíquica das pessoas, naturais ou jurídicas, com base nos critérios de disponibilidade e patrimonialidade do direito à indenização e da capacidade de contratar dos lesados e causadores do dano. A partir disso, em atenção à forma de convenção da arbitragem, verifica-se que, “diante da afronta ao seu direito, nada obsta que, através de compromisso arbitral com o ofensor, o valor da reparação seja arbitrado nos termos da Lei. 9.307/1997”.⁴⁸⁶

Interessa ainda a situação em que várias sejam as pessoas reflexamente atingidas pelo mesmo dano ambiental. Nessa dimensão, entende-se que são violados interesses ou direitos individuais homogêneos, em decorrência da existência de uma origem comum (o dano ambiental). São direitos subjetivos que nascem a partir da mesma lesão e, portanto, permitem sua defesa a um só tempo. Sobre isso, concorda-se com Zavascki, para quem não se trata “de um novo direito, mas simplesmente de uma nova expressão para classificar certos direitos subjetivos individuais, aqueles mesmos aos quais se refere o CPC”,⁴⁸⁷ ou seja, aqueles direitos ou obrigações comuns entre as partes (artigo 113, inciso I), aqueles referentes às causas em que houver conexão pelo pedido ou causa de pedir (inciso II), aquelas em que ocorra afinidade de questões por ponto comum de fato ou de direito (inciso III).

Nessa perspectiva, os direitos individuais homogêneos não deixam de ser individuais quando tratados coletivamente pelos entes legitimados para a ação civil coletiva: “os interesses a que essa roupagem jurídica é atribuída não discrepam daqueles meramente

⁴⁸⁵ Ressalva-se ser possível que a parte apresente judicialmente ação declaratória incidental para que se decida, então com força de coisa julgada, a questão prejudicial, o que, sendo decidido pelo judiciário e levado ao conhecimento do árbitro, igualmente não implicaria risco a integridade do direito indisponível-

⁴⁸⁶ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. Manual de arbitragem, mediação e conciliação. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 16

⁴⁸⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. Processo Coletivo: Tutela de Direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 2005. 290 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005, p. 142.

individuais”.⁴⁸⁸ Em outras palavras, “a homogeneidade não altera nem compromete a essência do direito, sob o seu aspecto material, que, independentemente dela, continua sendo um direito subjetivo individual”.⁴⁸⁹ Isso porque a identificação do núcleo de homogeneidade diz respeito à origem comum de elementos da relação jurídica obrigacional, isto é, o *an debeat* (o ser devido), o *quis debeat* (quem deve) e o *quid debeat* (o que é devido),⁴⁹⁰ e não ao direito violado.

Por essa razão, o Supremo Tribunal Federal reconhece que “os direitos individuais homogêneos pertencem à categoria dos direitos subjetivos, são divisíveis, tem titular determinado ou determinável e em geral são de natureza *disponível*”.⁴⁹¹ Diz-se que tais direitos são divisíveis, porque são parte integrante do patrimônio do seu titular. Assim, frisa-se que, uma vez verificada a homogeneidade e a causa comum, o tratamento coletivo conferido a estes direitos decorre tão somente de uma política legislativa, não alterando a sua essência individual e divisível, diante do que os direitos individuais homogêneos não dependem do grupo para serem tutelados em juízo ou fora dele, podendo-o ser pelos próprios interessados, individualmente. Tanto o é que a sua tutela jurisdicional “pode se dar (a) por iniciativa do próprio titular, em regime processual comum, ou (b) pelo procedimento especial da ação civil coletiva, em regime de substituição processual, por iniciativa de qualquer dos órgãos ou entidades para tanto legitimados pelo sistema normativo”.⁴⁹²

Entende-se que o Ministério Público é legitimado para a ação coletiva em prol da reparação dos direitos individuais homogêneos lesados por dano ambiental, que, “embora disponíveis, expressem valores jurídicos de transcendente importância social, ou seja, quando socialmente relevantes e condutores de um certo grau de homogeneidade a ponto de merecerem tratamento coletivo”.⁴⁹³ Com relação a sua tutela desses interesses por meio da

⁴⁸⁸ OSNA, Gustavo. Direitos individuais homogêneos: pressupostos, fundamentos e aplicação no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 81.

⁴⁸⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. Processo Coletivo: Tutela de Direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 2005. 290 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005, p. 142.

⁴⁹⁰ *Ibid.*, p. 143.

⁴⁹¹ [Grifou-se]. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 631.111 - GO. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Marítima Seguros S.A. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, 06 ago. 2014.

⁴⁹² *Ibid.*

⁴⁹³ NETO, Carlos Luiz. Legitimação do ministério público na tutela dos direitos individuais homogêneos mediante ação civil pública. Revista da AGU, Brasília, a. 5, n. 11, set./dez. 2006, p. 09. Nesse sentido, não se está considerando a função institucional do órgão ministerial quando se tratar de direitos indisponíveis, mas, sim, a sua atuação “justificada pela relevância social do bem jurídico tutelado e não, pela indisponibilidade desses direitos” SALIM, Jacqueline Malta; SILVA, Bruno Freire e. É possível a utilização da arbitragem no direito ambiental? Anais Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania, Ribeirão Preto, n. 2, p. 168-175, out. 2014, p.174.

ação civil coletiva, considera-se que o legitimado coletivo público, atuando em substituição processual, igualmente tem capacidade para contratar, eis que pode, por exemplo, celebrar um TAC com o causador do dano. O Ministério Público e a Defensoria Pública são os únicos legitimados para ação civil coletiva que não detém personalidade jurídica, o que, todavia, não se confunde com capacidade para assumir direitos e deveres. Em relação a eles, importa observar que, de acordo com Mariani, “podem celebrar termos de ajustamento de conduta, demonstração de ‘capacidade’ que basta para o cumprimento do requisito contido no artigo 1º da Lei n. 9.307/1996”.⁴⁹⁴ Assim, “todos os legitimados coletivos, ainda que despersonalizados, são entes dotados de capacidade contratual, razão pela qual se conclui que não haveria, sob tal prisma, impedimento à resolução de conflitos coletivos por meio da arbitragem”.⁴⁹⁵ Portanto, concorda-se que “aquele que está legalmente autorizado a celebrar negócio jurídico que põe fim à controvérsia (compromisso de ajustamento de conduta) também o estará para celebrar negócio jurídico que desloca a competência para processar e julgar o conflito (convenção de arbitragem)”.⁴⁹⁶

Observa-se que, nos casos objetos de demandas ressarcitórias envolvendo direitos individuais homogêneos, o evento lesivo normalmente se manifesta de maneira avulsa e independente de uma relação jurídica anterior.⁴⁹⁷ Diante disso, quanto à forma de convencionar a arbitragem para os casos de danos ambientais reflexos aos indivíduos, os órgãos públicos legitimados para propositura da ação coletiva e os causadores do dano poderiam acordar a resolução da controvérsia pela arbitragem através de um compromisso arbitral.

É preciso ressaltar a legitimidade das associações civis para a ação civil coletiva. As associações não foram igualmente legitimadas pelo legislador para celebrar o TAC com o causador do dano, diante do que se pode vir a entender que igualmente não teriam capacidade para contratar em situações como o TAC. Diante disso, poder-se-ia admitir uma associação como parte de uma convenção de arbitragem que abranja direitos individuais homogêneos

⁴⁹⁴ MARIANI, Rômulo Greff. Arbitragens coletivas no Brasil. 2013. 197 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013, p. 74

⁴⁹⁵ VARGAS, Sarah Merçon. Meios alternativos na resolução de conflitos de interesses transindividuais. 2012. 186 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 107.

⁴⁹⁶ NERY, Ana Luiza Barreto de Andrade Fernandes. Class Arbitration: instauração de processo arbitral para a resolução de conflitos envolvendo direitos de natureza transindividual. 2015. 408 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 293.

⁴⁹⁷ Tanto o é que, nos casos de acidente de consumo (fato do produto ou do serviço), todas as vítimas de um evento danoso se equiparam aos consumidores propriamente ditos para fins de indenização, sendo que, justamente por terem sofrido certa lesão, tratam-se de titulares de um direito indenizatório, embora não tenham participado de nenhuma relação de consumo, conforme o artigo 17 do Código de Defesa do Consumidor.

apenas na hipótese de serem interesses de seus filiados, cuja autorização expressa de cada um deles para fins representativos permitiria o procedimento arbitral coletivo.⁴⁹⁸ Em tais casos, importa esclarecer que a representação dos associados não se confundiria com a hipótese substituição processual das ações coletivas.

Concorda-se com Mattos Neto em relação ao fato de que “os direitos individuais homogêneos, em sendo divisíveis (porque individuais), quando patrimoniais, em princípio são disponíveis, e se prestam à arbitragem”.⁴⁹⁹ Quando a tutela jurisdicional for eminentemente condenatória, percebe-se facilmente o caráter patrimonial dos direitos individuais homogêneos, porquanto o direito à indenização, pelo dano material e pelo dano moral, é patrimonial disponível. Com efeito, conforme aponta Lima, “o bem a ser adquirido com o implemento da tutela ressarcitória dos direitos individuais homogêneos violados por dano por ricochete é o mesmo a ser adquirido mediante a movimentação da tutela individual”.⁵⁰⁰

Uma vez verificado que a tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos pode ser desenvolvida em sede de arbitragem, superando os óbices de arbitrabilidade, faz-se necessário analisar alguns aspectos específicos no que diz respeito ao *modus operandi* a ser usado para a sua concretização. Adianta-se que, em razão da marca do interesse público que carrega as ações coletivas *lato sensu*, mesmo que isso não implique na indisponibilidade do direito, a legislação de ordem pública não pode ser derogada pelas partes. A consequência disso é, por exemplo, que os institutos de ordem pública concernentes ao processo coletivo também devem ser observados na arbitragem. Antes de abordá-los, mostra-se pertinente, porque o sistema brasileiro de tutela coletiva de direitos individuais “possui inspiração na estrutura norte americana, havendo boa possibilidade de que nos beneficiemos dos ensinamentos trazidos por aquele instrumento”,⁵⁰¹ apresentar a dinâmica do procedimento arbitral coletivo na pioneira experiência norte-americana para, então, analisar alguns aspectos que precisam ser considerados no Brasil.

⁴⁹⁸ A respeito da possibilidade de associação representar os seus filiados para convenção de arbitragem envolvendo direitos individuais homogêneos, ver: PEREIRA, Cesar; QUINTÃO, Luísa. Entidades representativas (art. 5º, xxi, da cf) e arbitragem coletiva no brasil. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 47, p. 105-123, out./dez. 2015.

⁴⁹⁹ MATTOS NETO, Antônio José de. Direitos patrimoniais disponíveis e indisponíveis à luz da lei de arbitragem. Revista de Processo, São Paulo, v. 122, p. 151-166, abr. 2005.

⁵⁰⁰ LIMA, Bernardo. A arbitrabilidade do dano ambiental. São Paulo: Atlas, 2010, p. 128.

⁵⁰¹ OSNA, Gustavo. Direitos individuais homogêneos: pressupostos, fundamentos e aplicação no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 78.

3.1.2 As arbitragens coletivas no direito comparado

Em que pese existam alguns debates sobre certas questões subjacentes que estão envolvidas na arbitragem das chamadas *class actions* nos Estados Unidos, fato é que estas são admitidas como um mecanismo para resolução dos conflitos. A fim de possibilitar o posterior exame do surgimento, desenvolvimento e dinâmica dessas ações na via arbitral, é necessário abordar algumas de suas características previstas na Regra 23 do Código de Processo Civil Federal, notadamente a respeito de alguns institutos específicos do seu procedimento.

Aponta-se que “as *class actions* têm sido empregadas em vários contextos, incluindo casos envolvendo [...] demandas ambientais”.⁵⁰² A legislação federal que regula o procedimento dessas ações consigna um rol de pré-requisitos para o seu seguimento, os quais compreendem elementos de numerosidade, uniformidade, representatividade e justiça (23)(a).⁵⁰³ Após satisfeita a presença desses elementos, a *class action* só é mantida se estiver enquadrada em algum dos quatro tipos previstos na lei, sendo que as situações que envolvem os danos massificados incidem apenas no quarto tipo, cuja redação é bastante abrangente. O referido tipo é verificado pelo tribunal quando este entender que a questão de fato ou de direito comum aos membros da classe predomina sobre qualquer outra que afete apenas membros individuais, e que a ação de classe é superior aos outros métodos disponíveis para um julgamento justo e eficiente da causa.

A distinção sobre qual tipo de *class action* está em causa importa para os efeitos dos institutos da notificação dos membros ausentes (os que não deram início à demanda) e da sua exclusão da classe (procedimento de “*opt-out*”). Isso porque, a notificação dos membros ausentes se trata de ato discricionário do tribunal para as classes certificadas no primeiro, segundo e terceiro tipos, mas, para o quarto tipo, o tribunal é obrigado a notificar a classe da melhor forma possível dentro das circunstâncias, incluindo notificação individual para os que puderem ser identificados por um razoável esforço. Ainda, no procedimento da *class action*, é possível que os indivíduos “se tornem membros de uma classe particular sem terem tido uma prévia relação com o representante requerente (e seu advogado), e a *class action* ter começado sem os seus expressos consentimentos (os chamados membros ausentes)”,⁵⁰⁴ diante do que o membro ausente da classe insatisfeito com o representante pode excluir-se da classe,

⁵⁰² BAKER, William H. Class action arbitration. Cardozo Journal of Conflict Resolution, Nova Iorque, v. 10, p. 335-367, 2009, p. 336.

⁵⁰³ ESTADOS UNIDOS. Rule 23 of the Federal Rules of Civil Procedure. Disponível em <https://www.federalrulesofcivilprocedure.org/frcp/title-iv-parties/rule-23-class-actions/>. Acesso: 14 jul. 2019.

⁵⁰⁴ HURTER, Estelle. Opting in or opting out in class action proceedings: from principles to pragmatism? De Jure Law Journal, Pretoria, v. 50, n.1, p. 60-79, 2017, p. 71.

preservando o seu direito de litigar sua demanda separadamente. Essa possibilidade de exercer o seu direito de *opt-out* e de perseguir individualmente os seus interesses é conferida apenas às ações do quarto tipo, cujos membros, ao serem obrigatoriamente notificados, são informados na ocasião sobre a sua possibilidade e o momento e a forma para fazê-lo. Por fim, o tribunal também tem a responsabilidade de aprovar qualquer acordo entre as partes a fim de proteger qualquer membro ausente.

Feitas as considerações sobre essas controvérsias que se enquadram no formato das *class actions*, é possível analisar o que lhes acontece na presença de uma convenção de arbitragem (tanto com previsão expressa, quanto implícita) e, então, como os seus institutos são inseridos no procedimento da via arbitral para a resolução da controvérsia.

Adianta-se que, de acordo com Drahozal, as chamadas “*class arbitrations* se tornaram comuns nos Estados Unidos não por causa de um desejo de ter arbitragens resolvidas a nível de classe, mas por causa de um desejo de não ter casos nos tribunais resolvidos a nível de classe”.⁵⁰⁵ A razão disso decorre do fato de que, uma vez que a Lei Federal de Arbitragem é silente sobre este tema específico, a sua ocorrência teve início quando as empresas passaram a incluir cláusulas compromissórias nos seus contratos de adesão, raciocinando que “as previsões de arbitragem forçariam os potenciais requerentes de classe a resolverem as suas disputas individualmente, assim diminuindo o número de eventuais demandas e a exposição financeira da ré”,⁵⁰⁶ o que, todavia, foi interpretado pelos tribunais justamente no sentido de obrigar as partes às *class arbitrations*, reconhecendo a natureza abusiva da prática que buscava evitar o ajuizamento de *class actions*.

Embora a *class arbitration* já tenha sucedido anteriormente de modo pouco documentado pela literatura, considera-se que a forma moderna do instituto teria surgido no início dos anos oitenta com o caso *Keating v. Superior Court*⁵⁰⁷. Na ocasião, foram traçados pelo Judiciário alguns parâmetros sobre o contexto em que se desenvolveria a *class*

⁵⁰⁵ DRAHOZAL, Christopher R. Class arbitration in the united states. In. HANOTIAU, Bernard; SCHWARTZ, Eric A. (Org.). *Class and group actions in arbitration (dossiers)*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2016, p. 23.

⁵⁰⁶ STRONG, Stacie I. From class to collective: the de-americanization of class arbitration. *The Journal of the London Court of International Arbitration*, Londres, v. 26, n. 4, p. 493-548, 2010, p. 498.

⁵⁰⁷ No caso citado, havia sido ajuizada uma *class action* em nome de uma classe de franqueados da 7-Eleven contra a franqueadora, alegando, entre outros, violação do contrato e da lei, diante do que a empresa requereu múltiplas arbitragens individuais com cada franqueado, com base nas cláusulas compromissórias nos vários contratos de franquia. Não obstante, veio a ser decidido que a franqueadora estava obrigada a uma arbitragem com todos os seus franqueados. ESTADOS UNIDOS, Supreme Court of California. *Caso n. 24242*. Requerente: Richard D. Keating et al. Requerido: The Superior Court of Alameda County. Relator: Judge Grodin, São Francisco, 10 jun. 1982. Disponível em <https://law.justia.com/cases/california/supreme-court/3d/31/584.html>. Acesso: 14 jul. 2019.

arbitration, sendo previsto um envolvimento judicial em certa medida maior do que aquele normalmente associado à arbitragem,⁵⁰⁸ bem como o instituto de *opt-out*, clássico das *class actions*, em sede de arbitragem.

A *class arbitration* pode ser entendida como “um mecanismo processual relativamente recente e quase inteiramente norte-americano que combina a arbitragem com os procedimentos das *class actions* dos litígios nos Estados Unidos”.⁵⁰⁹ Daí porque, em conformidade com a previsão para os casos submetidos à Regra 23, o mecanismo procedimental da *class arbitration* também “envolve um ou mais requerentes ‘indicados’ ou ‘principais’ que sustentam direitos legais em favor de um grupo de requerentes ‘inominados’ por uma capacidade de representação”.⁵¹⁰ Ainda, em relação ao objeto da causa, a *class arbitration* não poderia senão “espelha[r] a diversidade de *class actions* judiciais e envolver uma vastidão de questões objetivas”.⁵¹¹ Dito isso, é possível perceber três fases distintas no procedimento da *class arbitrations*. Na primeira, verifica-se a sua admissibilidade, a partir da cláusula compromissória construída pelas partes. Em caso positivo, o árbitro (a princípio), em um segundo momento, trata da questão relativa à certificação da classe, o que, por sua vez, sendo possível, permite que o procedimento de classe se desenvolva até a última fase, correspondente à decisão de mérito proferida pelo árbitro.

Não haverá problemas na primeira fase quando a própria cláusula compromissória expressamente previr que as *class actions* sejam resolvidas por arbitragem ou quando as partes da *class action* acordem, por compromisso, em leva-la à arbitragem. Entre outros motivos, é possível atribuir a escolha das partes pela resolução arbitral da *class action* pelo fato de que as “estatísticas confirmam que os procedimentos da *class arbitration* [...] podem levar menos tempo do que a média *class action* no judiciário”,⁵¹² segundo o levantamento apresentado pela Associação Americana de Arbitragem (AAA) ao atuar como *amicus curiae* perante a Suprema Corte em 2010.

⁵⁰⁸ Nas palavras do voto vencedor: “o tribunal teria que fazer determinações iniciais em relação à certificação e notificação à classe, e se a arbitragem em nível de classe proceder, pode ser chamado a exercer uma medida de supervisão externa a fim de salvaguardar os direitos dos membros ausentes da classe a uma representação adequada e no caso de desistência ou acordo”. *Ibid.*

⁵⁰⁹ BORN, Gary; SALAS, Claudio. United states supreme court and class arbitration: a tragedy of errors, the symposium. *Journal of Dispute Resolution*, Columbia, v. 2012, n. 1, p. 21-48, 2012, p. 21.

⁵¹⁰ STRONG, Stacie I. *Class mass and collective arbitration in national and international law*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2013, p. 06.

⁵¹¹ *Id.* Resolving mass legal disputes trough class arbitration: the united states and canada compared. *North Carolina Journal of Internacional Law and Commercial Regulation*, Chapel Hill v. 37, n. 4, p. 921-980, 2012, p. 935.

⁵¹² ESTADOS UNIDOS, Supreme Court. *Caso 559 U.S. 662*. Recorrente: Stolt-Nielsen S.A, et alt. Recorrido: Animalfeeds international corp. Relator: Justice Alito. Washington, 27 abr. 2010. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/559/08-1198/index.pdf>. Acesso: 10 jul. 2019.

Todavia, surge controvérsia quando as partes não estabelecem expressamente na sua cláusula compromissória que a arbitragem contemplaria *class actions*, e, posteriormente, uma das partes se recusa a isso quando o conflito se instaura na relação. Nesses casos, antes de resolver o conflito objeto da *class action*, deve-se decidir o subjacente, isto é, se é permitida a *class arbitration* conforme a cláusula compromissória pactuada. Existem duas questões importantes no que diz respeito a essa decisão. Uma delas se relaciona a quem tem a competência, isto é, se é o tribunal ou o árbitro que decide a admissibilidade da *class arbitration*. A segunda se refere à possibilidade de o sujeito competente interpretar que, embora ausente previsão expressa (caso que não incitaria dúvidas), as partes, pela forma como construíram a cláusula compromissória, consentiram implicitamente que eventual *class action* fosse arbitrada.

Com relação à jurisdição responsável pela interpretação da cláusula compromissória, foi decisivo o caso *Green Tree Financial Corp v. Bazzle*, em 2003, no qual a Suprema Corte veio a decidir por 5 a 4, embora sem uma opinião majoritária,⁵¹³ que “o árbitro deve determinar se o contrato proíbe a arbitragem de classe”.⁵¹⁴ A partir de então, “o avistamento de *class arbitration* se tornou frequente na prática norte-americana, depois de *Bazzle*. Oportunamente, mais de 300 *class arbitrations*, envolvendo muitos bilhões de dólares em reivindicações, estavam pendentes apenas na Associação Americana de Arbitragem (AAA)”.⁵¹⁵ Não obstante, aponta-se a decisão da Suprema Corte, em 2011, no caso *Stolt-Nielsen S.A. v. AnimalFeeds Int'l Corp*, na qual foi estabelecido que as partes poderiam acordar uma *class arbitration* expressamente, mas, no silêncio, o réu não poderia ser obrigado a se submeter a uma *class arbitration*.⁵¹⁶ De acordo com a doutrina, “essa decisão

⁵¹³ Diz-se que não foi estabelecida uma opinião majoritária porque 4 magistrados seguiram a decisão que prevaleceu, 4 magistrados discordaram dela, e 1, embora discordando em parte, concordou para estabelecer um julgamento dominante.

⁵¹⁴ Trata-se de *class action* ajuizada por consumidores para resolver questões relativas à violação da lei na relação de consumo com uma empresa, que, por sua vez, reagiu exigindo a resolução do conflito por meio de arbitragens separadas, com base na existência de cláusula compromissória nos contratos de financiamento. A sentença, conciliando os pedidos de ambas as partes, determinou a instauração de uma *class arbitration*, diante do que o procedimento se desenvolveu sob a presença de árbitros que, ao final, condenaram a empresa em mais de 20 milhões por danos. Mesmo tendo sido confirmada a decisão arbitral judicialmente, a empresa recorreu, alegando que a cláusula de arbitragem era silente com relação ao procedimento de classe, ao que a Suprema Corte concluir ser da competência do tribunal arbitral a interpretar da convenção de arbitragem em relação à *class arbitration*. ESTADOS UNIDOS, Supreme Court of South Carolina. Caso 539 U.S. 444. Recorrente: Green Tree Financial Corp., et al. Recorrido: Lynn W. Bazzle, et al. Relator: Justice Breyer. Columbia, 22 jun. 2003. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/539/444/>. Acesso: 14 jul. 2019.

⁵¹⁵ BORN, Gary; SALAS, Claudio. United states supreme court and class arbitration: a tragedy of errors, the symposium. *Journal of Dispute Resolution*, Columbia, v. 2012, n. 1, p. 21-48, 2012, p. 22.

⁵¹⁶ O caso remete à Animals Feed, fornecedora internacional de matérias primas para produtores de ração animal, e à Stolt-Nielsen, empresa responsável pelo transporte marítimo, no qual foi iniciada uma *class arbitration* pela primeira contra a segunda e outras transportadoras, com base na alegação de que estas teriam realizado uma

substancialmente prejudicou tanto a decisão anterior do tribunal em *Bazzle* quanto o enorme crescimento das *class arbitrations*".⁵¹⁷

Em sua decisão no caso, o tribunal, contudo, não tratou sobre um consenso eventualmente implícito em um contrato. Assim, verifica-se que, atualmente, os tribunais estão divididos sobre quem detém a competência para interpretar a convenção de arbitragem e, assim, analisar eventual autorização para *class arbitration*, pois “alguns tribunais continuam a seguir a opinião plural de *Bazzle* e entendem que é uma questão para os árbitros decidirem. Outros tribunais seguem o que veem como sugestões das mais recentes decisões da Suprema Corte de que a questão é uma para o tribunal decidir”.⁵¹⁸

Além da competência para decidir, também com relação à própria interpretação da cláusula compromissória, a questão vem sendo repetidamente enfrentada pelos tribunais norte-americanos ao longo dos anos. Recentemente, a questão foi julgada em sede de apelação, em que, embora a empresa alegasse que os contratos tinham uma cláusula com “terminologia bilateral” justamente para confirmar que as partes não tinham intenção de permitir que um árbitro decidisse sobre a autorização para *class arbitration*, o tribunal entendeu de maneira contrária, ou seja, que tal cláusula demonstrava “a intenção clara e inconfundível das partes em arbitrar todas as questões jurisdicionais, incluindo a disponibilidade da *class arbitration*”.⁵¹⁹

fixação de preço ilegal .ESTADOS UNIDOS, Supreme Court. Caso 559 U.S. 662. Recorrente: Stolt-Nielsen S.A, et alt. Recorrido: Animalfeeds international corp. Relator: Justice Alito. Washington, 27 abr. 2010. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/559/08-1198/index.pdf>. Acesso: 10 jul. 2019.

⁵¹⁷ BORN, Gary; SALAS, Claudio. Op. Cit., p. 22.

⁵¹⁸ DRAHOZAL, Christopher R. *Class arbitration in the united states*. In. HANOTIAU, Bernard; SCHWARTZ, Eric A. (Org.). Class and group actions in arbitration (dossiers). Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2016, p. 26.

⁵¹⁹ A cláusula compromissória contida nos contratos de trabalho entre as partes possuía o seguinte trecho: “você está acordando arbitrar qualquer disputa, reclamação ou controvérsia que possa surgir entre você e a Wells Fargo Advisors”. A decisão foi baseada em três motivos: o primeiro se refere à linguagem geral utilizada (o que estabelece literalmente “qualquer” controvérsia como sujeita à arbitragem), o segundo diz respeito à exclusão da arbitragem de algumas matérias específicas, como seguro e benefícios trabalhistas (o que demonstra que qualquer outra controvérsia continuaria sujeita à decisão arbitral), e o terceiro concerne ao fato de terem sido incorporadas as regras da AAA (o que confirma a intenção de empoderar o árbitro a decidir questões de arbitrabilidade). ESTADOS UNIDOS, Court of Appeals for the Second Circuit. Caso 16-3854. Apelante: Wells Fargo Advisors LLC. Apelado: Reagan Tucker e outros. Relator: Circuit Judge Raymond Joseph Lohier Jr. Nova Iorque, 07 mar. 2018. Disponível em <https://cases.justia.com/federal/appellate-courts/ca2/16-3833/16-3833-2018-03-07.pdf?ts=1520440208>. Acesso: 09 jan. 2019.

Merece destaque a continuidade dos eventos do caso, em que, seguindo na arbitragem, o tribunal arbitral interpretou que a construção da cláusula contratual consentia com a *class arbitration*, ao que a Wells Fargo, buscando a anulação dessa decisão, ajuizou, em janeiro de 2019, ação judicial, cujo pedido foi negado pelo judiciário, tendo sido entendido que o árbitro não excedera os seus poderes, nem decidira contra a lei. ESTADOS UNIDOS, District Court Southern District of New York. Caso 18 Civ. 6757 (PAE). Requerente: Wells Fargo Advisors LLC. Requerido: Reagan Tucker e outros. Relator: District Judge Paul A. Engelmayer. Nova Iorque, 02 jan. 2019. Disponível em <https://cases.justia.com/federal/district-courts/new-york/nysdce/1:2018cv06757/498173/22/0.pdf?ts=1546512108>. Acesso: 09 jan. 2019

Uma vez feita a interpretação, pelos árbitros, de que a cláusula compromissória pactuada entre as partes estabelece, expressa ou implicitamente, a *class arbitration*, cabe, então, ao tribunal arbitral decidir “se os procedimentos de classe se justificam conforme os tipos de fatores relevantes nas *class actions* em tribunais federais. Tais critérios incluem não só questões comuns, mas também consideram se os representantes e advogados vão justa e adequadamente proteger os interesses da classe”.⁵²⁰ Isto é, o árbitro passa a analisar os pré-requisitos e a certificação da classe, tal qual seria analisado caso a demanda tramitasse perante o judiciário.

Nesse contexto, destaca-se que a AAA, a partir da decisão *Bazzle*, publicou regras especiais para conduzir as *class arbitrations*,⁵²¹ estabelecendo como sua política que estas se aplicam nos casos em que o acordo subjacente seja silente com relação às demandas de classe ou fusão de demandas, mas especifique que as disputas devem ser resolvidas por arbitragem conforme qualquer uma das regras da Associação.⁵²² Para confirmar a possibilidade de o procedimento arbitral seguir como *class action*, alguns pré-requisitos, previstos nas regras da AAA, devem ser observados pelo árbitro. A norma refere que o árbitro só pode determinar quando um ou mais membros da classe poderão atuar como representantes de todos se, além dos requisitos padrões às *class actions*, de numerosidade, uniformidade, representatividade e justiça, também for verificado que “cada membro da classe entrou em um acordo contendo uma cláusula de arbitragem que é substancialmente similar àquela assinada pelo representante da classe e por cada um dos outros membros da classe” (regra 4, a, 6).

Então, a decisão arbitral de determinação da classe deve, não apenas “definir a classe, identificar os seus representantes e advogados e definir as alegações, questões ou defesas da classe” (regra 5, b), mas também “estabelecer quando e como os membros da classe podem ser excluídos da *class arbitration*” (regra 5, c). É possibilitado as partes buscarem o judiciário, pelo prazo de 30 dias da publicação da decisão de determinação da classe, ficando

⁵²⁰ PARK, William. Politics of class action arbitration: jurisdictional legitimacy and vindication of contract rights. *American University International Law Review*, Washington, v. 27, n. 4, p. 837-867, 2012, p. 847.

⁵²¹ AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION. Supplementary rules for class arbitrations. 08 out. 2003. Disponível em https://www.adr.org/sites/default/files/document_repository/Supplementary%20Rules%20for%20Class%20Arbitrations.pdf. Acesso: 12 jul. 2019. Aponta-se que a JAMS, outra organização de serviços alternativos de resolução de disputas por arbitragem, também publicou regras específicas para as *class arbitrations*, bastante semelhantes às da AAA, embora não tão detalhadas. JAMS. Class action procedures. Irvine, 01 maio 2009. Disponível em https://www.jamsadr.com/files/Uploads/Documents/JAMS-Rules/JAMS_Class_Action_Procedures-2009.pdf. Acesso: 14 jul. 2019

⁵²² AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION. Policy on class arbitrations. 14 jul. 2005. Disponível em https://www.adr.org/sites/default/files/document_repository/AAA%20Policy%20on%20Class%20Arbitrations.pdf. Acesso: 14 jul. 2019

o procedimento arbitral suspenso, para fins de confirmá-la ou revogá-la (regra 5, d). Findo este prazo, percebe-se que o procedimento arbitral passa a se desenvolver sem interferência do judiciário, devendo o árbitro visar que aos membros ausentes da classe seja garantida a melhor forma de notificação mediante as circunstâncias, a qual deve ser feita a todos os que possam ser identificados através de um razoável esforço (regra 5, a). Trata-se da mesma regra de notificação obrigatória pelo Judiciário aos membros ausentes do quarto tipo de classe contida na Regra 23. Ainda, é estabelecido que cabe ao árbitro determinar eventual acordo entre as partes como justo ou não, tal qual caberia ao judiciário. Ao final, os árbitros devem proferir uma decisão de mérito fundamentada, na qual devem definir a classe, bem como definir com especificidade os membros da classe que estão a ela vinculados e aqueles que tenham optado por dela se excluir (regra 7).

Embora a confidencialidade e privacidade sejam elementos característicos das arbitragens comerciais comuns, percebe-se que, para fins de amoldar a via arbitral aos princípios que norteiam as *class action*, o procedimento da *class arbitration* é orientado pela presunção de publicidade em todas as fases, dada a previsão de que todas as audiências e peticionamentos podem ser tornados públicos, sujeitos a autoridade do árbitro de estabelecer o contrário em circunstâncias especiais, sendo, inclusive, que tal faculdade conferida ao árbitro não pode, em nenhum caso, excluir das audiências os membros da classe, ou, se houver, seus advogados particulares (regra 9, a).

Por fim, aponta-se uma crítica às *class actions* norte-americanas e, por conseguinte, a dinâmica do procedimento das *class arbitration* nelas baseadas. Enquanto os Estados Unidos contempla as *class actions* como mecanismo processual de tutela coletiva, na Europa a resposta para essa tutela tem preferência pela chamada *collective redress*, conforme Comunicado que reflete a posição da Comissão Europeia sobre certas questões centrais respeitantes aos mecanismos de tutela coletiva, bem como pela sua Recomendação que preconiza que todos os Estados-Membros da União Europeia tenham regimes de tutela coletiva baseados num conjunto de princípios europeus comuns. Em que pese a própria ideia de tutela coletiva seja, em alguns países europeus, bastante recente mesmo para o âmbito judicial, é preciso apontar que já existem significativos estudos doutrinários⁵²³ a respeito da admissibilidade de *collective arbitration* (expressão que espelha à terminologia da *collective redress* usada na sua forma judicial).

⁵²³ Ver HANOTIAU, Bernard; SCHWARTZ, Eric A. (Org.). *Class and group actions in arbitration (dossiers)*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2016.

Uma das grandes diferenças entre os dois sistemas de tutela coletiva diz respeito aos procedimentos legais serem na maioria dos casos “*opt-out*” nas *class actions* e serem “*opt-in*” no modelo de *collective redress*.⁵²⁴ Isso porque, segundo Phillipe Billiet, os mecanismos *opt-out* para constituição de uma classe, podendo levar a situações em que as pessoas não saibam que são membros dela, são contrários à tradição do direito europeu,⁵²⁵ cujo pensamento jurídico enfatiza “autonomia da parte, o caráter voluntário dos métodos alternativos [...], o direito de apresentar o caso e o controle individual sobre direitos substantivos e processo. Porém, as *class arbitrations* do estilo da UE que reflitam o pensamento jurídico europeu não devem, *a priori*, ser excluídas”.⁵²⁶

Importa destacar que expressamente de acordo com o Comunicado da Comissão Europeia “as partes numa ação coletiva devem, portanto, ter a possibilidade de resolver extrajudicialmente os seus litígios coletivos, quer mediante a intervenção de terceiros (recorrendo, por exemplo, a um mecanismo como a arbitragem ou a mediação) quer sem essa intervenção (por acordo entre as partes, nomeadamente)”.⁵²⁷ Isso vai ao encontro da Recomendação na qual é manifestado que “os procedimentos alternativos de resolução de litígios podem constituir formas eficazes de obtenção de reparação em situações de dano em massa. Tais procedimentos devem sempre coexistir com a tutela coletiva judicial ou ser um elemento facultativo desta”.⁵²⁸ Por estes apontamentos, seria permitida a *collective arbitration* como meio de tutela coletiva na Europa. Ressalva-se, contudo, que o Comunicado

⁵²⁴ Não obstante, há casos de utilização do procedimento “*opt-out*” na Europa, o que pode ser exemplificado pela ação popular portuguesa, espécie de *class action* cujo regime *opt-out* é bastante criticado, porque “tem consequências graves nos titulares de interesses individuais homogêneos que não tenham exercido o direito de serem excluídos da representação - em princípio, eles não poderão ajuizar outra ação com o mesmo objeto, se o réu for absolvido”. JUDICE, José Miguel. *Collective arbitration in europe. the european way might be the best way*. In. HANOTIAU, Bernard; SCHWARTZ, Eric A. (Org.). Class and group actions in arbitration (dossiers). Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2016, p. 54.

⁵²⁵ Veja-se que, nas palavras da Comissão Europeia, o modelo norte-americano das *class actions* foi considerado um “coquetel tóxico” que “não deve ser introduzido na Europa”. UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. Memo/08/741. Livro verde sobre a defesa coletiva do consumidor – perguntas e respostas. Bruxelas, 27 nov. 2008. Disponível em europa.eu/rapid/press-release_MEMO-08-741_en.htm. Acesso: 15 jul. 2019.

⁵²⁶ BILLIET, Philippe. *Collective redress and class arbitration in the eu*. In. HANOTIAU, Bernard; SCHWARTZ, Eric A. (Org.). Class and group actions in arbitration (dossiers). Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2016, p. 59.

⁵²⁷ Conforme item “3.8 Possibilidade de resolução amigável de litígios coletivos”. UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. Comunicação da comissão ao parlamento europeu, ao conselho, ao comité econômico e social europeu e ao comité das regiões. “rumo a um quadro jurídico horizontal europeu para a tutela coletiva”. Estrasburgo, 11 jun. 2013. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013DC0401&from=EN>. Acesso: 13 jul. 2019.

⁵²⁸ Tal consta na consideração (16). UNIÃO EUROPEIA, Comissão Europeia. Recomendação da comissão sobre os princípios comuns que devem reger os mecanismos de tutela coletiva inibitórios e indemnizatórios dos estados-membros aplicáveis às violações de direitos garantidos pelo direito da união (2013/396/eu). Bruxelas, 11 jun. 2013. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013H0396&from=EN>. Acesso: 13 jul. 2019.

e a Recomendação não são vinculantes, tratando-se de instrumentos de *soft law*.⁵²⁹ Não obstante, é necessário considerar que, “uma vez que a Comissão avalie os esforços de implementação por parte dos Estados-Membros no prazo de quatro anos após a publicação da recomendação [...] poderá seguir-se uma ação legislativa”.⁵³⁰ Mesmo após os referidos instrumentos de 2013 sobre uma tutela coletiva com princípios europeus comuns, o que se observa é que o panorama da União Europeia sobre a tutela coletiva judicial é bastante diverso, sendo que, em alguns países, a própria incorporação da tutela coletiva judicial já se trata de algo bastante recente e ainda não consolidado. Aliás, porque as ADRs em tutela coletiva já são objeto de muitas pesquisas doutrinárias favoráveis ao desenvolvimento do tema, além de já terem sido indicadas pela Comissão Europeia, acredita-se que tal poderia vir a ser uma tendência para os próximos anos.

3.1.3 A tutela arbitral ambiental dos direitos individuais homogêneos no Brasil

Entre as garantias previstas nas *class actions* norte-americanas, foi possível identificar a certificação da classe, a notificação dos membros, a representação adequada e a publicidade. Com base nisso, serão examinados, comparativamente, tais elementos em relação ao procedimento arbitral coletivo dos direitos individuais homogêneos lesados pelo dano ambiental no Brasil. Ainda, serão analisados aspectos referentes à sentença arbitral e a coisa julgada coletiva.

A certificação da classe se trata de um juízo de admissibilidade que leva em consideração os elementos de numerosidade, uniformidade, representatividade e justiça, sendo que tal decisão precede ao exame da tipicidade da demanda. No Brasil, a ação coletiva para tutela dos direitos individuais homogêneos limita-se a exigir uma origem comum para estes direitos. Pode-se considerar que a certificação e análise da tipicidade da ação coletiva ocorrem no mesmo momento, por meio de uma “decisão que reconhece a existência dos requisitos exigidos e a subsunção da situação fática em uma das hipóteses de cabimento

⁵²⁹ Sobre a *soft law*, “pode-se afirmar que na sua moderna acepção ela compreende todas aquelas regras cujo valor normativo é menos constringente que o das normas jurídicas tradicionais, seja porque os instrumentos que as abrigam não detêm o status de ‘normas jurídicas’, seja porque os seus dispositivos, ainda que insertos no quadro de instrumentos vinculantes, não criam obrigações de direito positivo aos Estados, ou não criam senão obrigações pouco constringentes”. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de direito internacional público. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 116.

⁵³⁰ BRAUN, Egelyn. Collective alternative dispute resolution (adr) for the private enforcement of eu competition law. 2016. 122 f. Thesis (Master in Comparative, European and International Laws) - Department of Law, European University Institute, Florença, 2016, p. 10.

previstas na lei para ação coletiva”,⁵³¹ isto, é, de uma decisão que analisa justamente a existência de direitos enquadrados como individuais homogêneos pela origem comum, nos termos do Código de Defesa do Consumidor (artigo 81, parágrafo único, inciso III).

Conforme o Código de Processo Civil, cabe ao operador do direito examinar, ainda, a legitimidade das partes (artigo 330 II). No caso das ações coletivas, é preciso verificar se o autor da demanda (que age em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores) se trata de um dos entes previstos no rol de legitimados para a ação civil pública. Ainda, é imprescindível verificar a existência da atuação do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica, caso não seja o autor da ação (artigo 92).

Nesta decisão de “certificação” que analisa o objeto e a legitimidade da ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, entende-se ser o momento oportuno para que seja procedida a análise dos requisitos de arbitrabilidade, bem como examinadas as questões arguidas pelas partes sobre a convenção de arbitragem.

Segundo a Lei de Arbitragem, é instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo(s) árbitro(s), o que interrompe a prescrição, retroagindo à data do requerimento de sua instauração (artigo 19 §2º). Após a instituição da arbitragem, caso alguma das partes pretenda arguir questões, tal como a competência relativas aos árbitros, bem como nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deve fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar (artigo 20). Diferentemente da controvérsia examinada nos Estados Unidos a respeito de quem tem a competência para decidir sobre a interpretação da convenção de arbitragem, acredita-se que, no Brasil, a questão já estaria resolvida na Lei de Arbitragem, que confere competência ao árbitro para decidir as questões acerca da existência, validade e eficácia desta, de ofício ou por provocação das partes (artigo 8º, parágrafo único). Com relação à arguição de incompetência do árbitro, cabe ao próprio juízo arbitral reconhecer a sua competência ou incompetência, em razão do princípio da competência-competência, do qual se extrai que “o juízo arbitral é o único competente para analisar a sua própria competência para a solução da controvérsia”.⁵³²

Não sendo acolhida pelo árbitro a arguição sobre a sua incompetência ou sobre os problemas com a convenção de arbitragem, terá normal prosseguimento a arbitragem, sem prejuízo de ser examinada a decisão pelo judiciário, caso proposta judicialmente ação de

⁵³¹ GIDI, Antônio. A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 466.

⁵³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.734.405 - AM. Recorrente: Brasil Brokers Participações. Recorrido: Edimir Lima da Silva. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, DF, 01 ago. 2018

nulidade da sentença arbitral (artigo 20 §2º). Esclarece-se que o Judiciário só poderá fazer um controle da sentença proferida pelo árbitro, o que só se admite após findo o processo arbitral.

Reconhecendo a sua competência, entende-se que, em sede da decisão de “certificação”, compete ao árbitro examinar o preenchimento dos requisitos de subsunção da situação fática à hipótese de direitos individuais homogêneos, a legitimidade das partes e a notificação para presença do Ministério Público, caso não seja o autor.

A respeito do prosseguimento da arbitragem, é imprescindível ressaltar que, como a arbitragem possui natureza jurisdicional, está pautada pelos princípios e conceitos essenciais do direito processual, razão pela qual “tais como o devido processo legal, contraditório e ampla defesa, proibição de prova ilícita, dentre outros, [...] os princípios constitucionais do processo aplicam-se, sem quaisquer restrições, ao processo arbitral”.⁵³³ A necessária observância do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e do seu livre convencimento foi, inclusive, objeto de expressa previsão do legislador na Lei de Arbitragem (artigo 21, §1º).

Outro ponto que merece atenção diz respeito à notificação dos membros da classe, meio pelo qual se possibilita a participação destes nas *class actions* e o exercício do seu direito de *opt-out*. A respeito disso, verificou-se que a posição europeia vai de encontro ao sistema norte-americano de *opt-out*, preferindo que a tutela coletiva seja baseada em um modelo *opt-in*. No que toca às diferenças entre a tutela coletiva norte-americana e a europeia, os benefícios dos sistemas *opt-in* ou *opt-out* são conteúdo de longo debate doutrinário, no qual os defensores do primeiro apontam que, pelo modelo *opt-in*, são melhor respeitados os direitos individuais em relação à condução do caso, enquanto os do segundo consideram que o modelo *opt-out* se trata de um meio socialmente mais benéfico ao resultar em um grupo maior de requerentes, e agir, assim, mais como uma dissuasão às infrações empresariais.⁵³⁴

No caso da ação civil coletiva brasileira, o legislador parece ter, de certa maneira, adotado a ideia do modelo *opt-in*. Isso porque o Código de Defesa do Consumidor prevê, uma vez proposta a ação, a publicação de edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social (artigo 94). Sobre isso, de acordo com Roque, a possibilidade de

⁵³³ ALVIM, Eduardo Arruda; DANTAS, André Ribeiro. Direito processual arbitral: natureza processual da relação jurídica arbitral e incidência do direito constitucional processual. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 234, p. 365-388, ago. 2014.

⁵³⁴ STRONG, Stacie I. Collective arbitration under the dis supplementary rules for corporate law disputes: a european form of class arbitration? *ASA (Association Suisse de l'Arbitrage) Bulletin*, Genebra, v. 29, n.1, p. 145-165, mar. 2011, p.156-157.

flexibilizar o procedimento arbitral, diante dos espaços deixados pela Lei de Arbitragem (artigo 21), poderia superar certas deficiências legislativas no âmbito da tutela coletiva, como “o exemplo da comunicação ao grupo por outros meios (pelo correio, inclusive eletrônico, por oficial de justiça ou por inserção em qualquer outro meio, como contracheque, conta, fatura ou extrato bancário”, superando a insuficiência da simples publicação de um edital no órgão oficial.⁵³⁵

Quando o assistente for sujeito titular do direito perquirido pelo legitimado, percebe-se que a sua intervenção no processo coletivo vai ser voluntária, porque o modelo é *opt-in*, podendo-se considerar que a sua relação com o réu vai estar abrangida na convenção de arbitragem firmada por este com o ente que detém legitimidade *ope legis* para conduzir a defesa de um direito alheio. Aliás, a respeito da intervenção de terceiros em arbitragem, quando o terceiro seja relacionado à parte contrária ao legitimado coletivo, para que possa ingressar ao feito, precisa ter firmado à cláusula compromissória ou, caso não o tenha feito, consentir em aderir ao compromisso.⁵³⁶

Importa observar que a consequência da possibilidade de os interessados intervirem no processo é que somente os lesados que requererem habilitação na ação coletiva como assistentes litisconsorciais terão a sua pretensão individual fulminada pela improcedência naquela. Nesse ponto, também cabe mencionar que a publicidade do procedimento arbitral está entre as regras elaboradas pela AAA para as *class arbitrations*, o que deve ser incorporado ao processo arbitral coletivo brasileiro, porquanto a publicidade é elemento importante para que os interessados que tenham tido seus direitos lesados possam ter uma escolha voluntária pela intervenção como litisconsortes ou pela manutenção da sua ação individual. Cabe referir que, em não se tratando de uma ação coletiva, mas de um processo arbitral individual sobre a reparação dos danos ambientais ao microbem, não haveria nenhum impedimento para que as partes acordassem a sua confidencialidade.

Considerando o procedimento de tutela coletiva *opt-in*, tal qual a *collective arbitration* europeia, a doutrina aponta que “o sistema '*opt-in*' é mais coerente com a possibilidade de

⁵³⁵ ROQUE, André Vasconcelos. Arbitragem de direitos coletivos no Brasil: admissibilidade, finalidade e estrutura. 2014. 288 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014, p. 216.

⁵³⁶ Tal vai ao encontro da forma como a questão da intervenção de terceiros foi enfrentada por Theodoro Júnior: “se todos os que devem ser litisconsortes são aderentes à convenção arbitral, tudo se desenvolverá naturalmente dentro da força contratual. Se, contudo, o terceiro, que se deseja incluir no processo, não firmou o ajuste, sua inserção no litisconsórcio, ainda que necessário, somente se tornará possível se ele consentir em aderir ao compromisso.” THEODORO JÚNIOR, Humberto. Arbitragem e terceiros – litisconsórcio fora do pacto arbitral. Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação, v. 2, p. 509-544, set. 2014.

combinar a tutela coletiva com a arbitragem”,⁵³⁷ cuja ocorrência se verifica justamente pela nota da consensualidade. A respeito de suas vantagens, tem-se que, “por exemplo, com o modelo ‘*opt-in*’ não há risco de alguém seja representado sem estar ciente disso. A coisa julgada, portanto, não é um obstáculo”.⁵³⁸ Isso reforça que o *modus operandi* da ação civil coletiva para tutela dos direitos individuais homogêneos é compatível com a arbitragem.

Outra característica da ação civil coletiva diz respeito a tese firmada pelo STJ, a fim de estabelecer a suspensão das várias ações individuais até o julgamento da tese jurídica de fundo na ação coletiva, desde que haja certeza da legitimidade da parte ativa.⁵³⁹ Sobre isso, considera-se que tal suspensão pelo Poder Judiciário das ações individuais em tramite pode se dar em resposta à carta arbitral expedida pelo árbitro para essa finalidade (artigo 22-C, Lei de Arbitragem).

Nos termos do Código de Defesa do Consumidor, a sentença produz coisa julgada *erga omnes* (artigo 103, inciso III), limitada tão-somente à hipótese de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas ou seus sucessores. Importa salientar que “não há impedimento para a aplicabilidade da coisa julgada coletiva ao procedimento arbitral, [...], cabendo aos árbitros proceder às adaptações necessárias”.⁵⁴⁰ Assim, com relação à aplicação dos efeitos produzidos pelo ato jurídico conforme determinados pela lei, aponta-se que, segundo Lima, “é irrelevante se o processo discutido possui repercussão coletiva ou individual; a sentença arbitral terá os efeitos que o objeto da controvérsia exigir”.⁵⁴¹ Tal coisa julgada “é denominada *secundum eventum litis*, visto depender do resultado da demanda, constituindo uma coisa julgada *in utilibus*, formada só para favorecer o indivíduo, nunca para prejudicá-lo”.⁵⁴² Assim, se a ação coletiva for julgada procedente, a procedência é transportada às ações individuais, que partem para liquidação e execução. Se a sentença for julgada improcedente, tal não atingirá os lesados, podendo as ações individuais retomar o seu

⁵³⁷ JÚDICE, José Miguel. Collective arbitration in europe. the european way might be the best way. In. HANOTIAU, Bernard; SCHWARTZ, Eric A. (Org.). Class and group actions in arbitration (dossiers). Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2016, p. 56.

⁵³⁸ JÚDICE, José Miguel. Collective arbitration in europe. the european way might be the best way. In. HANOTIAU, Bernard; SCHWARTZ, Eric A. (Org.). Class and group actions in arbitration (dossiers). Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2016, p. 56.

⁵³⁹ Tese n. 60: “ajuizada ação coletiva atinente a macro-lide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Repetitivo n. 1.110.549 - RS. Recorrente: Edviges Misleri Fernandes. Recorrido: Banco Santander S/A. Relator: Ministro Relator Sidnei Beneti. Brasília, DF, 28 out. 2009.

⁵⁴⁰ NERY, Ana Luiza Barreto de Andrade Fernandes. Class arbitration: instauração de processo arbitral para resolução de conflitos envolvendo direitos de natureza transindividual. 2015. 408 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 320.

⁵⁴¹ LIMA, Bernardo. A arbitralidade do dano ambiental. São Paulo: Atlas, 2010, p. 168.

⁵⁴² FORNACINARI, Flávia Hellmeister Clito. Representatividade adequada nos processos coletivos. 2010. 188f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 135.

curso. Não obstante, reitera-se que aqueles que tiverem intervindo no processo na condição de litisconsorte são atingidos pela coisa julgada mesmo no caso de improcedência.

Conforme previsto no Código de Defesa do Consumidor, a sentença pode ser genérica (artigo 95) – o que é compatível com a arbitragem –, ⁵⁴³ caso em que são reconhecidos os direitos individuais homogêneos a serem reparados. Diante disso, os interessados devem individualmente liquidar a obrigação a fim de, então, executá-la (artigo 97). Nessa liquidação, em procedimento próprio, o interessado comprova “apenas o dano que sofreu e o nexo de causalidade, uma vez que o dever de reparar já foi reconhecido pela sentença coletiva”.⁵⁴⁴

A liquidação da sentença arbitral, em regra, é feita dentro da própria arbitragem, diante do que o árbitro complementa aquela sentença genérica com outra sentença parcial para definir o *quantum debeatur*, com base nas regras do Código de Processo Civil (artigo 509). Isso porque aos árbitros é atribuído o poder de cognição, o que é necessário para a liquidação da sentença arbitral, uma vez que, segundo Barbosa Moreira, “os atos praticados com a finalidade acima [liquidação] têm natureza cognitiva, não executiva”.⁵⁴⁵ No entanto, nada impede que a liquidação da sentença arbitral venha a ser feita perante o Poder Judiciário, caso as partes tenham feito essa opção na convenção de arbitragem ou nada tenham referido a respeito da liquidação.

A partir de então, não havendo o cumprimento voluntário da decisão arbitral, a execução da sentença arbitral se faz necessária. Conforme a Lei de Arbitragem, a sentença arbitral produz os mesmos efeitos da sentença judicial (artigos 18 e 31), e, sendo condenatória, constitui título executivo judicial, nos termos do Código de Processo Civil (artigo 515, inciso VII). Como visto, o cumprimento de uma sentença arbitral só pode ser efetivado pelo juízo estatal (artigo 516, inciso III), a quem são reservados o poder e a competência para impor coercitivamente as decisões e assegurar a constrição patrimonial do devedor. Assim, os beneficiados podem judicialmente “deflagrar processo autônomo (distinto do processo coletivo [arbitral] no qual a decisão se formou) para, primeiramente, liquidar o próprio crédito, e na sequência, como fase desse processo autônomo, buscar o cumprimento”

⁵⁴³ De acordo com Nery: “tal sistemática é totalmente compatível com o sistema arbitral, nada impedindo que os árbitros, ao final do procedimento, profiram sentença condenatória genérica”. NERY, Ana Luiza Barreto de Andrade Fernandes. Class arbitration: instauração de processo arbitral para resolução de conflitos envolvendo direitos de natureza transindividual. 2015. 408 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 329.

⁵⁴⁴ BRANCO, José Eduardo. Tutela coletiva dos interesses individuais homogêneos. 2008. 162 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 141.

⁵⁴⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 190.

⁵⁴⁶ ou, já tendo promovido a liquidação individual na arbitragem, iniciar, então, judicialmente, o cumprimento de sentença com base na liquidez do valor fixado no título executivo judicial. Cabe mencionar também que a eventual tramitação de ação declaratória de nulidade da sentença arbitral não elide a pretensão executiva do beneficiário em curso.

Ressalva-se que, não havendo habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano no prazo de um ano (artigo 100), “será verificada a execução coletiva residual, quando os legitimados do artigo 82 poderão pleitear o recolhimento do valor ao fundo criado pela Lei da Ação Civil Pública”.⁵⁴⁷ Tal execução coletiva residual igualmente deve ser promovida perante o juízo estatal após a sentença arbitral genérica ter sido liquidada na via arbitral, salvo convenção de arbitragem acordando a via judicial para liquidação.

Como última consideração a respeito da sentença arbitral que reconhece os direitos individuais homogêneos a serem reparados, aponta-se que, “assim como o TAC, a sentença arbitral coletiva vincula os demais colegitimados, ainda que não tenham participado do processo arbitral”,⁵⁴⁸ razão pela qual não pode o colegitimado que não tenha participado da arbitragem e não concorde com os termos da sentença arbitral nela proferida desconsiderá-la a fim de rediscutir a matéria.

Por fim, um dos aspectos analisados pela doutrina norte-americana diz respeito a forma pela qual seria possível respeitar o direito dos membros ausentes ao devido processo nas *class arbitrations*, diante do que se concebe que a representação pode ser contestada judicialmente depois da sentença arbitral quando considerada inadequada,⁵⁴⁹ possibilidade esta que foi inserida nas regras da AAA. Não obstante, acredita-se que, pelo menos até o presente momento, não haveria essa hipótese de controle judicial na arbitragem coletiva brasileira, porquanto “na lei brasileira atual, o legitimado tem uma configuração objetiva na lei para entrar com a ação, a legitimação é objetiva”.⁵⁵⁰ Assim, diferentemente do que se dá nas *class actions*, em que só ocorre a vinculação da coisa julgada quando os membros

⁵⁴⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Curso de direito processual civil, volume 4. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 459.

⁵⁴⁷ BRANCO, José Eduardo. Tutela coletiva dos interesses individuais homogêneos. 2008. 162 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008, p.142.

⁵⁴⁸ NERY, Ana Luiza Barreto de Andrade Fernandes. Class arbitration: instauração de processo arbitral para resolução de conflitos envolvendo direitos de natureza transindividual. 2015. 408 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 322.

⁵⁴⁹ NORTON, Andrew Remy. Rules for a new game: finding a workable solution for applying class actions to the arbitration process. Journal of Dispute Resolution, Columbia, v. 2005, n. 2, p. 495-509, 2005, p. 506.

⁵⁵⁰ NERY JÚNIOR, Nelson. Codificação ou não do processo coletivo? De Jure - Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 7, p. 147-156, jul./dez. 2006, p. 156.

ausentes forem adequadamente representados, na ação coletiva brasileira a adequação do representante é *ex lege*, o que não ensejaria preocupações.

3.2 Macrobem e interesses difusos

Além do dano ambiental individual, o dano ambiental pode ser distinguido como dano ao meio ambiente em sua dimensão totalizante de macrobem.⁵⁵¹ Porque o direito ao ambiente equilibrado é entendido como típico direito difuso, não há dúvida de que a alteração adversa do equilíbrio ecológico e da qualidade de vida afeta um interesse da coletividade.

Para analisar se a tutela do direito à reparação ambiental pode ser realizada em sede de arbitragem, é preciso examinar a arbitrabilidade da controvérsia envolvendo o macrobem ambiental. Verifica-se que se trata de uma questão complexa, notadamente em relação aos requisitos de disponibilidade e patrimonialidade, pois as características do direito fundamental ao meio ambiente como um todo tendem, à primeira vista, a obstar o cabimento da arbitragem. Após, serão analisados exemplos de como são operadas as arbitragens ambientais nos Estados Unidos e no Peru, para fins de, então, analisar alguns aspectos do procedimento que devem ser observados nas arbitragens coletivas de direitos difusos no Brasil.

3.2.1 A arbitrabilidade

Previstos no Código de Defesa do Consumidor (artigo 81, inciso I), os interesses difusos são entendidos como indivisíveis por natureza e titularizados por pessoas indeterminadas ligadas por circunstâncias de fato. Isto é, pertencentes a todos. Diante desses atributos essenciais, é evidente a conclusão de que “o dano ambiental difuso será sentido quando for constatada a alteração na estabilidade das relações ecológicas, isto é, quando o macrobem ambiental tiver sua qualidade reduzida, ou, ainda, comprometida”.⁵⁵² A respeito dos entes públicos aos quais a lei possibilita a tutela do dano ambiental, é preciso ressaltar que a legitimidade coletiva ativa não é um impedimento à disponibilidade do direito para fins de arbitragem, sendo, inclusive, admitida pela própria Constituição a arbitragem dos dissídios coletivos de trabalho. Logo, a análise da (in) disponibilidade do direito não deve ser feita com base na natureza da legitimidade, mas, sim, com base na própria natureza do direito, pelo

⁵⁵¹ Importa referir que os microbens de titularidade do Poder Público seguem o mesmo regime de indisponibilidade do macrobem, tendo em vista que o seu aproveitamento é da coletividade, tanto o é que são normalmente classificados como “bens de uso comum do povo”. Assim, as considerações a serem feitas sobre a arbitragem para fins de tutela ressarcitória do macrobem ambiental também se aplicam aos casos envolvendo danos aos microbens de titularidade pública.

⁵⁵² LIMA, Bernardo. A arbitrabilidade do dano ambiental. São Paulo: Atlas, 2010, p. 35.

critério que já fora proposto, qual seja a possibilidade de a matéria ser resolvida pelas próprias partes, independentemente do ingresso em juízo.

Segundo o Superior Tribunal de Justiça, o direito ao “meio ambiente ecologicamente equilibrado é de natureza indisponível”.⁵⁵³ Igualmente, o Supremo Tribunal Federal incluiu o direito a integridade do meio ambiente nos direitos humanos “enquanto valores fundamentais indisponíveis”.⁵⁵⁴ Sob essa ótica, uma vez que se sustenta o meio ambiente como “direito indisponível por excelência, tal condição, a princípio, lhe retira a possibilidade de ser objeto de qualquer negociação em qualquer ordem, tanto pública, quanto privada”.⁵⁵⁵ A respeito disso, Lima traz um exemplo, que, embora impossível, serve para a sua conclusão: mesmo que todos os cidadãos pudessem manifestar a sua vontade em um negócio jurídico que permitisse a algum país poluir além do limite de emissão de poluentes, em troca de investimentos para que o continente africano se desenvolvesse economicamente, ainda assim, tal negócio jurídico, por mais nobre que fosse o seu objetivo, não poderia dispor do direito ao equilíbrio ambiental, sob pena de ilicitude do objeto, já que o equilíbrio ambiental seria coisa fora do comércio que não poderia ser trocada por dinheiro.⁵⁵⁶

Em que pese Bernardo Lima refira ser impossível negociar o chamado “direito de poluir”, na prática, este direito já é efetivamente negociado (transacionado), na medida em que existe um comércio ambiental em relação aos créditos de carbono, cuja essência se baseia na ideia de “definição de direitos *de propriedade*, para que os agentes econômicos possam negociar livremente os chamados ‘bens ambientais’, tais como a redução da poluição atmosférica”,⁵⁵⁷ sendo certo que os direitos reais, como o de propriedade, são direitos patrimoniais disponíveis.

Não obstante possa vir a ser discutida a disponibilidade do equilíbrio ambiental em um sentido global, notadamente porque se trata da posição adotada pelo Brasil no âmbito

⁵⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.412.664 - SP. Agravante: Petróleo Brasileiro S/A - Petrobrás. Agravado: Almiro da Silva Matos e outros. Relator: Ministro Raul Araújo. Brasília, DF, 11 fev. 2014.

⁵⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 22164 - SP. Impetrante: Antônio de Andrade Ribeiro Junqueira. Impetrado: Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 30 out. 1995.

⁵⁵⁵ CAZZARO, Kleber. A (in) arbitrabilidade dos conflitos ambientais na legislação nacional e a paradoxal admissão do mecanismo pelo estado brasileiro fora da sua fronteira de soberania. In. CONPEDI; UFF (Org.) Direito ambiental II. Florianópolis: FUNJAB, 2012, p. 38.

⁵⁵⁶ LIMA, Bernardo. A arbitrabilidade do dano ambiental. São Paulo: Atlas, 2010, p. 132-133.

⁵⁵⁷ [Grifou-se]. GODOY, Sara Gurfinkel Marques de; SAES, Maria Sylvia Macchione. Cap-and-trade e projetos de redução de emissões: comparativo entre mercados de carbono, evolução e desenvolvimento. Revista Ambiente & Sociedade, São Paulo, v. 18, n.1, p. 141-160, jan./mar. 2015, p. 143.

internacional,⁵⁵⁸ certo é que, mesmo adotando o pensamento jurídico tradicional dos tribunais superiores que o contemplam como um bem essencialmente indisponível, ainda se verifica possível discutir a (in) disponibilidade sobre determinadas posições jurídicas, notadamente no que se referente ao processo judicial para a recomposição em caso de dano ambiental.

No primeiro capítulo concluiu-se que a (in) disponibilidade definitiva de uma posição jurídica de direito fundamental é dependente das circunstâncias do caso concreto, motivo pelo qual a causa de pedir e a formulação do pedido são úteis para análise da questão. Sendo assim, passa-se a estruturar a causa de pedir baseada no direito fundamental ao ambiente para fins de responsabilidade e reparação civil, a fim de verificar a (in) disponibilidade do direito envolvido.

Para tanto, remete-se à norma constitucional: “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” (artigo 225). O enquadramento da proteção ao macrobem ambiental como direito difuso vai ao encontro da compreensão hohfeldiana de um direito multital, porquanto indeterminadas são as pessoas que detêm a sua titularidade e contra as quais este é oponível. Assim, é possível dizer que o direito a ter o macrobem ecologicamente equilibrado não é senão um direito multital. Acrescenta-se que a proteção ambiental não se verifica apenas como um direito fundamental, mas também como um dever fundamental.⁵⁵⁹ Nesse sentido, poder-se-ia entender o dever de preservação do ambiente, cuja titularidade é atribuída a toda a coletividade e ao Poder Público, como correlato ao direito a um macrobem equilibrado. O raciocínio é o de que a proteção ambiental do macrobem está compreendida por esta relação entre o direito fundamental primário e o dever fundamental primário.

Ao transpor essa relação harmônica e ideal, prevista na norma constitucional, para o mundo prático, com facilidade se percebe que ela está sujeita a ser rompida quando o sujeito poluidor, que tinha o dever fundamental de preservar o equilíbrio ambiental, acaba por

⁵⁵⁸ No terceiro capítulo, ao tratar da arbitragem internacional em matéria ambiental na perspectiva brasileira, será esclarecido por que o macrobem pode ser considerado um direito disponível.

⁵⁵⁹ A doutrina reconhece a existência de um dever ambiental relacionado ao direito ao meio ambiente equilibrado: “o direito ao meio ambiente tem como consequência criar também deveres para todos; não só para o Estado como também para os indivíduos e os vários grupos sociais”. MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 57. Ainda: “há um dever geral de não degradar o meio ambiente no *caput* do art. 225 da Constituição Federal de 1988, dever a ser observado tanto pelo Poder Público como pela coletividade. Esse dever geral de não degradar implica tanto condutas positivas como abstenções no desenvolvimento das atividades humanas, inclusive aquelas que implicam uso, fruição e gozo da propriedade”. SILVA, Solange Teles da. Direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: avanços e desafios. Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental, São Paulo, v. 1, p. 1119-1142, mar. 2011.

promover uma lesão a sua estabilidade, em clara violação ao dever e ao direito primários. Surge, então, da violação ao dever primário, o dever secundário daquele poluidor que deu causa ao dano ambiental de promover a sua reparação. Este dever secundário está compreendido na redação da Lei 6.938/81, com relação à obrigação de, independentemente da existência de culpa, indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O direito à reparação, que surge da violação do direito multital ao macrobem ecologicamente equilibrado não é senão o direito paucital secundário, já que vale apenas contra uma pessoa: aquela que deu causa à lesão.

A respeito do direito à reparação por violação à qualidade ambiental, viu-se que não é possível a sua renúncia, porque, havendo o dano, não pode o ente legitimado, ciente da sua ocorrência, simplesmente deixá-lo indene. É obrigatória a busca da sua reparação integral, inclusive, seguindo a ordem para que isso ocorra, prioritariamente, pela recuperação *in natura*, e, tão-somente quando esta não for possível, pela reparação *in pecúnia* ou compensação *in natura*. Além disso, o próprio bem obtido com a condenação não está sujeito à disposição, pois, em face da ausência de cumprimento voluntário, “não há discricionariedade ao representante do órgão público no sentido de avaliar conveniência e oportunidade na execução do título obtido e inadimplido. Há, sim, um dever peremptório de promover a execução”.⁵⁶⁰

Não obstante a impossibilidade de renúncia do direito, irrenunciabilidade que, à princípio, demonstraria a sua indisponibilidade, verificou-se que o requisito de disponibilidade possui um outro viés, que corresponde a desnecessidade de intervenção judicial para dizer quem tem razão e para aplicar as consequências cabíveis, diante do que são disponíveis os direitos, enquanto direitos ao procedimento judicial, cujo *exercício* pode ser renunciado – sendo que é precisamente esse sentido que assume relevância para fins de determinar a arbitrabilidade objetiva da controvérsia. Isto é, trata-se da renúncia ao *exercício* do direito ao meio ambiente enquanto direito ao procedimento judicial.

Para essa reflexão, apontada a existência de violação ao direito difuso, as medidas concretas para resguardá-lo não são necessariamente judiciais, o que, como visto no segundo capítulo, é evidenciado pela possibilidade de celebração de TAC. De fato, o direito à reparação do equilíbrio ambiental é passível de ser objeto de negociações firmadas em TAC entre o causador do dano e os entes públicos legitimados para a ação civil pública, notadamente com relação a forma, modo, tempo, lugar de cumprimento da obrigação. A

⁵⁶⁰ AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. Compromisso de ajustamento de conduta ambiental. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 175.

respeito disso, não há dúvida de que os efeitos do TAC se destinam a alcançar a higidez do macrobem, na medida em que foi atribuído como vocação do TAC justamente possibilitar uma tutela mais adequada desses direitos. Isso significa, nas palavras de Souza, que “a indisponibilidade do direito ambiental não se estende às providências destinadas à sua recomposição, desde que destinadas verdadeiramente à sua completa recomposição”.⁵⁶¹ Ou seja, “a controvérsia que busca uma apreciação sobre o modo, tempo ou lugar de cumprimento da obrigação não versa sobre direitos indisponíveis, considerando que a higidez do direito está garantida pela fixação do resultado a ser obtido com o seu cumprimento”.⁵⁶²

Nesse sentido, Milaré esclarece que, “ainda que a causa de pedir seja o direito (indisponível) ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, é certo que o pedido traduz, para o réu, obrigações de natureza *disponível*, com reflexos patrimoniais (obrigação de indenizar, de reparar o dano ou de cessar a atividade efetiva ou potencialmente poluidora)”.⁵⁶³ Igualmente, de acordo com Grinover, “o modo de cumprimento da obrigação, esse é disponível. Não ataca o núcleo fundamental do direito indisponível. Mas cuida, exclusivamente, de um acordo ou de uma arbitragem sobre a maneira de se cumprir a obrigação relativa [...] à reconstituição do meio ambiente”.⁵⁶⁴ Nesses argumentos sobre a disponibilidade, percebe-se que o objeto da controvérsia a ser resolvida não estaria no “*an debeat*”, mas sim, no *quantum debeat*, ou seja, o objeto litigioso é sobre o valor, situação em que não se discute a disponibilidade do bem propriamente dito”.⁵⁶⁵ Isto é, concebendo a indisponibilidade do direito fundamental ao equilíbrio ambiental, do direito como um todo, nota-se que a posição jurídica fundamental relacionada à tutela reparatória pela violação ao macrobem se trata, por sua vez, de um direito disponível, o que não altera a natureza indisponível do direito na origem, como um todo. Para a tutela reparatória extrajudicial, o ente público legitimado não está renunciando ao direito ao meio ambiente, mas, sim, renunciando o exercício do direito ao meio ambiente enquanto direito ao procedimento.

De acordo com Pantoja, a celebração dos TACs revela justamente que há disponibilidade, até certa medida, do bem jurídico consubstanciado no meio-ambiente sadio, uma vez que “pode [o Poder Público] pactuar com o particular, num TAC, que algumas

⁵⁶¹ SOUZA, Luiz Antônio de. O efeito da revelia nas ações coletivas. In MILARÉ, Édis (Org.). Ação civil pública: lei 7.347/85 - 15 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 522.

⁵⁶² LIMA, Bernardo. A arbitralidade do dano ambiental. São Paulo: Atlas, 2010, p. 138-139.

⁵⁶³ MILARÉ, Édis. Direito do ambiente. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 872.

⁵⁶⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; GONÇALVES, Eduardo Damiano. Conferência sobre arbitragem na tutela dos interesses difusos e coletivos. Revista de Processo, São Paulo, v. 136, p. 249-267, jun. 2006.

⁵⁶⁵ TRISTÃO, Ivan Martins. Acesso à justiça e a possibilidade dos meios alternativos de solução de conflitos em questões ambientais. 2010. 211 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2010, p. 133.

obrigações de preservação ambiental serão cumpridas em determinada escala, ou ao longo de certo período de tempo”.⁵⁶⁶ Assim, tal como reconhece Mariani, mostra-se evidenciada a disponibilidade do direito ao serem admitidas negociações sobre a forma de efetiva reparação do dano: “reconhecida a violação ao bem e aferida a necessidade de repará-lo, possível aos envolvidos deliberar sobre a forma de efetiva reparação. E se isso pode ser feito nesses moldes, temos aqui uma demonstração de parte disponível de um bem, no exemplo de natureza ambiental difusa: a forma de sua reparação (integral)” .⁵⁶⁷ É, portanto, diante da desnecessidade de intervenção judicial para resolver a reparação do dano ambiental, o que fica evidenciada pela possibilidade de transação extrajudicial envolvendo o direito à reparação, que este pode ser considerado disponível para fins de arbitragem.

Por fim, examinados os argumentos a respeito da (in) disponibilidade do direito em causa, para fins de analisar a arbitrabilidade da controvérsia, faz-se necessário verificar o cumprimento do requisito objetivo de patrimonialidade deste. A respeito do direito ao equilíbrio ambiental, Fink categoricamente afirma ser “sabido que o meio ambiente [...] não se inclui entre os direitos patrimoniais”⁵⁶⁸, já que seria “impossível atribuir-lhe enquanto bem ambiental um valor meramente econômico”.⁵⁶⁹ Nesse sentido, é exemplificado que, diferentemente do oxigênio usado para fins industriais ou hospitalares, o ar atmosférico, em si, não seria um bem econômico.⁵⁷⁰

Tal qual o que foi referido sobre a indisponibilidade do equilíbrio ecológico, predomina a compreensão de que o macrobem seria um bem extrapatrimonial, em que pese isso possa vir a ser discutido. A respeito do caráter patrimonial, Venturi aponta que o “direito de poluir” através dos “créditos de carbono” já é uma mercadoria negociada com preços que variam de USD 5,00 a 17,00, “precisamente porque se chegou à conclusão (empírica) de que talvez seja esse um caminho mais eficiente, por paradoxal que possa parecer, para uma melhor preservação do meio ambiente”.⁵⁷¹ Aliás, no Brasil, conforme a Lei 12.187/2009, a

⁵⁶⁶ PANTOJA, Teresa Cristina Gonçalves. Anotações sobre arbitragem em matéria ambiental. Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 4, p. 1.329-1.344, set. 2014.

⁵⁶⁷ MARIANI, Rômulo Greff. Arbitragens coletivas no Brasil. 2013. 197 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013, p. 63.

⁵⁶⁸ FINK, Daniel Roberto. Alternativa à ação civil pública ambiental (reflexões sobre as vantagens do termo de ajustamento de conduta. In. MILARÉ, Édís (Org.). Ação civil pública: lei 7.347/1985. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.120

⁵⁶⁹ TEIXEIRA, Orci Paulino Bretanha. O direito ao Meio Ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p 146.

⁵⁷⁰ Para o autor, “o ar atmosférico não corresponde a um bem econômico, enquanto a resposta é afirmativa quanto ao oxigênio líquido usado para fins industriais ou hospitalares”. VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. A arbitragem e o mercado de capitais. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, v. 46, n. 146, p. 155-164, abr./jun. 2007, p. 154.

⁵⁷¹ VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis? Revista de Processo, São Paulo, v. 251, jan. 2016.

Política Nacional sobre Mudança no Clima visa, entre outros, expressamente ao estímulo ao desenvolvimento do mercado de carbono (artigo 4º, inciso VIII), operacionalizado em bolsas de mercadorias e futuros, bolsas de valores e entidades de balcão organizado, autorizadas pela Comissão de Valores Mobiliários (artigo 9º).⁵⁷²

Também do ponto de vista da sua reparação, seria entendido que o direito é extrapatrimonial, na medida em que, mesmo que a reparação seja realizada por meio de uma prestação *in pecunia*, o que se dá apenas quando for a última opção nesses casos, o montante em dinheiro é obrigatoriamente destinado a um fundo público. Em relação ao direito de todos a um meio ambiente sadio, Mazzilli entende que este “não é patrimonial, muito embora seja passível de valoração, para efeito indenizatório; o valor da eventual indenização não reverte para o patrimônio dos lesados nem do Estado: será destinado ao fundo de que cuida o art. 13 da LACP, para ser utilizado na reparação direta do dano”.⁵⁷³ No entanto, é justamente a possibilidade de valoração, reconhecida por Mazzilli, que confere ao direito o caráter patrimonial exigido para fins de sua submissão à arbitragem.

Nada obstante o que se acabou de registrar, que apresentaria um óbice à arbitrabilidade, verifica-se que esse entendimento não é pacífico. Aprecia-se que a Lei da Ação Civil Pública estabelece que o objeto da ação civil pode ser a condenação em dinheiro ou no cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer (artigo 3º). Diante disso, concorda-se com Mariani que, “em que pese a subsidiariedade existente -haja vista que primeiramente se deve cogitar da reparação *in natura*-, forçoso reconhecer que mesmo esses bens são redutíveis a dinheiro [...]. E essa característica é o quanto basta para que superem o óbice da patrimonialidade”.⁵⁷⁴ Mesmo as obrigações de fazer ou de não fazer são quantificáveis e redutíveis a dinheiro, pois, segundo o autor, a repercussão da prestação é patrimonial, tal como se observa no caso de ação para que o réu cesse uma prática lesiva ou para que recomponha uma área degradada, pois “no primeiro, as atividades do poluidor sofrerão impacto (podendo mesmo ser paralisadas), demandarão a adoção de novas tecnologias ou medidas. No

⁵⁷² Isso porque se viu que já existe um comércio ambiental em relação aos créditos de carbono, cuja essência se baseia na ideia de “definição de direitos *de propriedade*, para que os agentes econômicos possam negociar livremente os chamados ‘bens ambientais’, tais como a redução da poluição atmosférica”. [Grifou-se]. *Ibid.*, p. 143. Mesmo Bernardo Lima, para quem o equilíbrio ambiental em um sentido global é indisponível, aponta que “o direito ao equilíbrio ambiental, por exemplo, é um bem que poderia ser trocado por dinheiro, não fosse a sua indisponibilidade”. LIMA, Bernardo. A arbitrabilidade do dano ambiental e o seu ressarcimento. 2009. 174 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2009, p. 53

⁵⁷³ MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos direitos difusos em juízo. 31. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 742.

⁵⁷⁴ MARIANI, Rômulo Greff. Arbitragens coletivas no Brasil. 2013. 197 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013, p. 68-69.

outro, a obrigação de recompor evidentemente também terá repercussão patrimonial, pois importará em custos para que seja levada a efeito pelo causador do dano”.⁵⁷⁵

Igualmente, de acordo com Vargas, uma vez que a reparação, diante da violação a bens originalmente extrapatrimoniais, seria juridicamente solucionada por meio da atribuição de valores, verifica-se que estes bens, “quando violados, podem se sujeitar à aferição de sua expressão patrimonial, *quer em espécie, quer em pecúnia*, para reparação aos titulares do direito”,⁵⁷⁶ razão pela qual “essas pretensões patrimoniais que podem decorrer de violações a direitos difusos e coletivos *stricto sensu* podem render ensejo a conflitos solucionáveis, sob a ótica objetiva, por meio de arbitragem”.⁵⁷⁷ Nesse sentido, a autora exemplifica que, “ainda que o direito universal à preservação do meio ambiente seja insuscetível de avaliação econômica, eventual corte irregular de árvore secular teria que ser reparado por meio da aferição do equivalente, *in natura* ou, na pior das hipóteses, *in pecunia*, já que o retorno ao *status quo ante* é inviável”.⁵⁷⁸ Novamente, verifica-se que a natureza do direito primário multital (extrapatrimonial) não é alterada pela percepção de que o direito secundário decorrente da sua violação possui natureza diversa (patrimonial).

Assim, em razão dos argumentos apresentados, conclui-se pela “possibilidade de que os direitos difusos e coletivos, no que pertine a seus aspectos patrimoniais, sejam sujeitos a decisão pela via da arbitragem”.⁵⁷⁹

Com relação ao requisito subjetivo, a conclusão a ser feita é igual àquela apresentada para a análise da tutela coletiva dos danos aos direitos individuais homogêneos, na medida em que os legitimados coletivos públicos são os mesmos para a tutela aos direitos difusos. Isto é, os entes públicos legitimados para a ação civil, mesmos os despersonalizados como o Ministério Público e a Defensoria Pública, detém capacidade de contratar, não havendo óbice ao critério subjetivo para a submissão de controvérsia à arbitragem.

Ademais, outra questão que merece ser examinada diz respeito à possibilidade de uma arbitragem comercial envolvendo o dano ambiental. É apontada a possibilidade de arbitragem “para definição da porção de responsabilidade de cada poluidor e co-autor na

⁵⁷⁵ Ibid., p. 70.

⁵⁷⁶ [Grifou-se]. VARGAS, Sarah Merçon. Meios alternativos na resolução de conflitos de interesses transindividuais. 2012. 186 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 116.

⁵⁷⁷ Ibid., p. 116.

⁵⁷⁸ Ibid., p. 115.

⁵⁷⁹ NERY, Ana Luiza Barreto de Andrade Fernandes. Class arbitration: instauração de processo arbitral para a resolução de conflitos envolvendo direitos de natureza transindividual. 2015. 408 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 289.

degradação ambiental”.⁵⁸⁰ Para Vargas, após ter sido reconhecida a responsabilidade ambiental por uma contaminação de solo e a necessidade de integral reparação dos danos, a definição da contribuição da responsabilidade de cada uma das empresas seria uma controvérsia arbitrável. Também é cogitado por Grinover que a controvérsia envolvendo a responsabilidade dos poluidores solidários se trata de uma questão efetivamente ambiental que encontraria tratamento na arbitragem: “se você fixar, por exemplo, que há um dano ambiental e que 100% será equacionado e as partes aceitam isso, [pode haver] uma arbitragem para definir a parcela de responsabilidade de cada um dos co-poluidores”.⁵⁸¹

No mesmo sentido, Pantoja enfatiza que “não deve persistir qualquer dúvida no que toca à possibilidade ou cabimento do mecanismo arbitral, para a solução dos litígios surgidos como decorrência da obrigação de compensar danos ambientais. A arbitragem aí surgida diria respeito ao rateio da obrigação de ressarcir”.⁵⁸² Ao analisar a perspectiva da solidariedade após a reparação já ter sido promovida por apenas um ou alguns dos poluidores, Couto e Carvalho também considera ser arbitrável “o direito dos co-responsáveis solidários de virem a cobrar dos demais suas quotas de responsabilidade do total desembolsado para o ressarcimento dos danos comuns [pois] é, indiscutivelmente, direito de natureza individual, patrimonial e disponível”.⁵⁸³

Entretanto, Lima faz ressalvas com relação a essa temática, distinguindo entre dois tipos de demandas, aquela que visa redistribuir os custos de responsabilização entre os corresponsáveis, fundada na responsabilização solidária equivalente das fontes de riscos, e aquela que visa rediscutir parcelas de responsabilização, fundada na definição das fontes de risco que contribuíram mais, menos, ou nada, para o advento do dano. Para o autor, “a causa que busca a redistribuição de prejuízos econômicos, em função do regime de solidariedade passiva aplicado à tutela do macrobem, se enquadra nos critérios de arbitrabilidade da Lei nº 9.307/96”,⁵⁸⁴ todavia a conclusão seria distinta em relação à arbitrabilidade da redistribuição da responsabilidade ambiental, caso em que o autor explica estar em jogo, além do *quantum* referente à obrigação de reparar, a fixação da parcela de responsabilidade que cabe ao sujeito

⁵⁸⁰ TRISTÃO, Ivan Martins. Acesso à justiça e a possibilidade dos meios alternativos de solução de conflitos em questões ambientais. 2010. 211 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2010, p. 137.

⁵⁸¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GONÇALVES, Eduardo Damiano. Conferência sobre arbitragem na tutela dos interesses difusos e coletivos. Revista de Processo, São Paulo, v. 136, p. 249-267, jun. 2006.

⁵⁸² PANTOJA, Teresa Cristina Gonçalves. Anotações sobre arbitragem em matéria ambiental. Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 4, p. 1.329-1.344, set. 2014.

⁵⁸³ COUTO, Oscar Graça; CARVALHO, Monica Taves de Campos de. Arbitragem e meio ambiente. In. ALMEIDA, Ricardo Ramalho (Org.) Arbitragem interna e internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 311.

⁵⁸⁴ LIMA, Bernardo. A arbitrabilidade do dano ambiental. São Paulo: Atlas, 2010, p. 140.

pela ocorrência do dano ambiental. A indisponibilidade da controvérsia que versa sobre a fixação de responsabilidade civil seria consequência do fato de que a declaração da responsabilidade de um terceiro pela atividade danosa ao ambiente “não pode ser obtida por via negocial; não pode ser renunciada, nem transferida; aquele a quem não foi imputada a responsabilidade ambiental não poderá toma-la como sua, mediante um contrato firmado com o sujeito a quem ela foi imputada”.⁵⁸⁵

Não obstante, não se mostra irrazoável cogitar uma eventual responsabilidade pelo ressarcimento do dano ambiental, com base na medida de participação dos poluidores para causação do dano. Sustenta-se que isso poderia ser pensado com base no Código de Defesa do Consumidor (artigo 13, parágrafo único),⁵⁸⁶ que “assegura um direito legal de regresso do fornecedor que arcou com a reparação do dano do consumidor em relação aos outros fornecedores”.⁵⁸⁷ Aplicando-se a norma para a perspectiva ambiental, poder-se-ia imaginar um direito de regresso do poluidor que arcou com a reparação do dano ambiental em relação aos outros poluidores. Isso porque “admite-se a solidariedade passiva em matéria de danos ambientais ou aos consumidores porque: a) há solidariedade nas obrigações resultantes de ato ilícito; b) os co-responsáveis, por via de regresso, poderão *discutir posteriormente, entre si, distribuição mais equitativa da responsabilidade*”.⁵⁸⁸ Observa-se que os tribunais do país fazem referência a possibilidade de discussão posterior entre o poluidor responsabilizado pelo dano ambiental em ação civil pública e outros poluidores não condenados.⁵⁸⁹

⁵⁸⁵ LIMA, Bernardo. A arbitrabilidade do dano ambiental. São Paulo: Atlas, 2010, p. 140.

⁵⁸⁶ “Artigo 13. Parágrafo único. Aquele que efetivar o pagamento ao prejudicado poderá exercer o direito de regresso contra os demais responsáveis, segundo sua participação na causação do evento danoso”.

⁵⁸⁷ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. Comentários ao código de defesa do consumidor. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 547. Em outras palavras: “nas relações internas entre fornecedores, o direito de regresso será exercido de acordo com a medida do nexa causal de cada um dos envolvidos com o acidente de consumo. De qualquer forma, situações atípicas como essa ainda se inserem no amplo guarda-chuva da solidariedade”. ROSENVALD, Nelson. FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de direito civil: obrigações. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 289.

⁵⁸⁸ [Grifou-se]. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.676.477 - RJ. Recorrente: Município de Maricá. Recorrido: Ministério Público Federal e outros. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, 11 out. 2017.

⁵⁸⁹ Nesse sentido: “o fretador de embarcação que causa dano objetivo ao meio ambiente é responsável pelo mesmo, sem prejuízo de preservar o seu direito regressivo e em demanda infensa à administração, inter partes, *discutir culpa e o regresso pelo evento*”. [Grifou-se]. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 467.212 - RJ. Recorrente: Petróleo Brasileiro S/A - Petrobrás. Recorrido: Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 28 out. 2003. Ainda: “o ajustado entre o comprador e vendedor jamais pode se sobrepor ou embaraçar a reparação de danos causados a terceiros, alheios a avença, muito menos quando tais danos referem-se ao meio ambiente, que por sua natureza coletiva, atrai normas de Direito Público. A lei assegura, outrossim - a quem se considera injustamente responsabilizado - o direito de regresso. É justamente para se evitar esse tipo de discussão - e tumulto ao processo, incerteza quanto à reparação, prejuízo ao meio ambiente e terceiros - que quando se trata de reparação ao meio ambiente ou danos causados, a Lei 6.938/81 preceitua no art. 3º, IV [a responsabilidade do poluidor direto ou indireto]. [...]. É importante não olvidar que ao que responde objetivamente pelo resultado danoso, contribuindo para a rápida reparação do dano ambiental e de

Imagine-se que a empresa X, que atua na gestão de água de um município, faça uso de determinado produto da empresa Y. Caso o produto fornecido por Y eventualmente contenha metal tóxico, pode ocorrer uma contaminação nas águas da região, além dos eventuais danos aos moradores. Ao constatar a alteração do ecossistema aquático e a mortandade de espécies, o Ministério Público ingressaria com uma ação civil pública em face da empresa X responsável pela gestão da água, pois está mais próxima e se presume que tenha causado o dano. Não há dúvida de que a empresa X, diante da responsabilidade objetiva baseada na teoria do risco integral, é responsável pela reparação do dano ambiental e deverá prioritariamente, caso seja possível, realizar operações para descontaminar as águas, restaurando-as ao *status quo ante*. Não obstante, porque a causa direta do dano é atribuível à empresa fornecedora do produto defeituoso, não se mostra irrazoável que a empresa X, enquanto poluidora indireta, promova uma ação de regresso em face da empresa Y, poluidora direta. Nessa ação, trata-se de verificar se, e em que medida, o dano pode ser imputado a Y subjetivamente. Se for provado que o evento danoso, isto é, o dano ambiental, foi causado totalmente pelo defeito do produto da empresa Y, o regresso será integral.

É fundamental reconhecer que existem dois momentos distintos.⁵⁹⁰ O primeiro em que todos os poluidores (diretos ou não) são solidariamente responsáveis pelo dano perante a coletividade. No exemplo, X não poderia se eximir de responder pelo dano ambiental perante a coletividade.⁵⁹¹ Mas, em um segundo momento, seria possível admitir que aquele que tenha arcado com a responsabilidade pelo dano ambiental, no caso, X, possa, em não o tendo dado

terceiros, cabe o direito de regresso em face de eventual 'culpado'. Ele não fica desamparado, amargando prejuízo”. BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação n. 1.305.911-5. Apelante: Cecília Severino. Apelados: Momentive Química do Brasil Ltda e outros. Relator: Desembargador Carlos Henrique Licheski Klein. Curitiba, PR, 12 nov. 2015. A decisão ainda não transitou em julgado. Por fim: “não há espaço para se perquirir culpa no bojo de ação civil pública que objetiva reparar dano ao meio ambiente. Como cediço, a responsabilidade pelo dano ambiental é objetiva, de modo que qualquer discussão paralela entre o Ente Municipal e a CORSAN deverá ser deduzida em ação autônoma”. BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 70052649068. Agravante: Município de Arroio Grande. Agravado: Ministério Público. Relator: Desembargador Arno Werlang. Porto Alegre, RS, 17 fev. 2013. A decisão transitou em julgado em 23 abr. 2013.

⁵⁹⁰ A respeito dos dois momentos distintos: “não importa a esta ação [civil pública] qualquer discussão quanto à intensidade da responsabilidade de cada um dos imputados. Tudo isso, em busca de uma tutela que seja o mais benéfica possível para o meio ambiente. [...] A *proporcionalidade do dano causado por cada fonte poluidora* só é importante para futura ação regressiva do que foi totalmente condenado pelo dano ambiental contra os demais causadores não condenados”. [Grifou-se]. RODRIGUES, Marcelo Abelha. Direito ambiental esquematizado. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 447-448. Ainda: “o direito positivo brasileiro institui um nexo causal plúrimo. Em havendo mais de um agente causador do dano, não se perquire qual deles deve ser chamado como responsável direto ou principal. [...]. A ele, no jogo dos princípios, que disciplinam a teoria da responsabilidade solidária, é que caberá, usando da ação regressiva (*actio de in rem verso*), agir contra os coobrigados, para de cada um haver pro rata, a quota proporcional no volume da indenização. Ou, se for o caso, regredir especificamente contra o causador direto do dano”. PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade civil. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 116.

⁵⁹¹

causado totalmente, buscar em face do poluidor direto, no caso, Y, a reparação integral dos seus prejuízos econômicos. Importa observar que a relação entre X e Y é contratual, e, nesse contrato, pode haver uma cláusula compromissória para a resolução, por meio da arbitragem, das disputas entre as partes. O direito ao ressarcimento pelos prejuízos econômicos, resultantes da reparação do dano ambiental são patrimoniais disponíveis, pois X pode ou não exercer o seu direito de regresso contra Y para reaver valores. Assim, poderia ser instaurada uma arbitragem para que o poluidor indireto, que arcou com a reparação do dano ambiental, possa ser ressarcido pelo poluidor que atuou na sua origem. Na arbitragem em questão, o árbitro necessariamente precisaria analisar, subjetivamente, a conduta e participação das partes para a origem do dano ambiental. Não se trata da conjuntura retratada por Lima referente à impossibilidade do sujeito, usando sua autonomia da vontade, declarar-se responsável por algo que não lhe fora imputado, pois tal fixação de responsabilidade não decorreria da autonomia da vontade, mas da própria responsabilidade, ligada à sua conduta, pelo ressarcimento do dano ambiental.

Antes de passar para a análise de alguns aspectos procedimentais concernentes ao processo coletivo de tutela dos interesses difusos no contexto ambiental em sede de arbitragem, serão apontadas as características da sua ocorrência no direito norte-americano e peruano, verificando as hipóteses em que isso é possível e a forma pela qual é operacionalizado.

3.2.2 As arbitragens ambientais no direito comparado

Os Estados Unidos há anos possuem um sistema de resolução alternativa de conflitos para lidar com disputas e potenciais conflitos, cujo uso, inclusive, é “fortemente apoiado” pela Agência de Proteção Ambiental dos Estados Unidos (EPA),⁵⁹² a qual “ao longo dos anos, usou ADR em várias áreas, incluindo disputas decorrentes da [lei] ‘Superfundo’, Lei de Recuperação e Conservação de Recursos, da Lei do Ar Limpo, da Lei da Água Limpa, da Lei Federal de Inseticida, Fungicida, Rodenticida e da Lei de Controle de Substâncias Tóxicas”.⁵⁹³ No contexto das ADRs pela administração pública, a Lei de Resolução de

⁵⁹² ESTADOS UNIDOS. EPA. Alternative dispute resolution at the epa. Disponível em <https://www.epa.gov/adr/alternative-dispute-resolution-epa>. Acesso: 11 jul. 2019.

⁵⁹³ BELTER, Sarah B. The use of arbitration by federal agencies to solve environmental disputes: all wrapped up in red tape. University of Miami Law Review, Miami, v. 56, p. 1.033-1.049, 2002, p. 1044.

Litígios Administrativos aponta para a utilização da arbitragem sempre que as partes consentirem, seja antes ou depois do surgimento do conflito.⁵⁹⁴

Especificamente, optou-se por abordar a Lei Abrangente de Resposta, Compensação e Responsabilidade Ambiental, conhecida como “CERCLA” ou “Superfundo”,⁵⁹⁵ na qual está prevista a responsabilidade ambiental, que, tal qual no Brasil, é objetiva e solidária, em que pese admita excludentes de responsabilidade.⁵⁹⁶ A CERCLA estabelece um “superfundo” federal para a limpeza, contenção, remoção ou tratamento da poluição causada pelo lançamento de substâncias contaminantes ao ambiente, e confere, por meio da delegação do presidente, tal poder de resposta especificamente à EPA ou a outra agência.

Como regra geral, as “ações de resposta” previstas na CERCLA compreendem as de “remoção” e as de “remediação” (seção 101, 23 e 24). Diante das situações que exigem tais respostas, são três as opções da EPA: pode conduzir sozinha a operação de recuperação e, então, buscar o ressarcimento das partes potencialmente responsáveis (PPR) em uma posterior ação regressiva, pode, nos casos não tão urgentes, obriga-las a promover a recuperação através de processos judiciais ou administrativos ou, ainda, pode fazer negociações com elas para a realização, parcial ou integral, da recuperação necessária.⁵⁹⁷ De certa forma, poder-se-ia entender que a responsabilidade ambiental da CERCLA compreende as noções de micro e macrobem ambientais, na medida em que os recursos naturais correspondem a microbens ambientais de propriedade pública, enquanto o meio ambiente considerado em um sentido globalizante, que também é objeto das ações de resposta, corresponde ao macrobem.⁵⁹⁸

⁵⁹⁴ Artigo 757 (a)(1). ESTADOS UNIDOS. Public Law 104-320. To reauthorize alternative means of dispute resolution in the federal administrative process, and for other purposes. Washington, 19 out. 1996. Disponível em <https://www.adr.gov/pdf/adra.pdf>. Acesso: 11 jul. 2019.

⁵⁹⁵ ESTADOS UNIDOS. Public Law 96-510. To provide for liability, compensation, cleanup, and emergency response for hazardous substances released into the environment and the cleanup of inactive hazardous waste disposal sites. Washington, 11 dez. 1980. Disponível em [https://legcounsel.house.gov/Comps/Comprehensive%20Environmental%20Response,%20Compensation,%20And%20Liability%20Act%20Of%201980%20\(Superfund\).pdf](https://legcounsel.house.gov/Comps/Comprehensive%20Environmental%20Response,%20Compensation,%20And%20Liability%20Act%20Of%201980%20(Superfund).pdf). Acesso: 25 jul. 2019.

⁵⁹⁶ Conforme a seção 107(b)(1-3), diferentemente da legislação brasileira, a CERCLA prevê excludentes de responsabilidade, quando os danos são causados exclusivamente por 1) atos de Deus, 2) de guerra, 3) de terceiros sem relação contratual direta ou indireta com o demandado, desde que este comprove ter agido com o devido cuidado e tomado precaução contra condutas previsíveis de terceiros.

⁵⁹⁷ ESTADOS UNIDOS, EPA. Comprehensive environmental response, compensation, and liability act (cercla) and federal facilities. Disponível em <https://www.epa.gov/enforcement/comprehensive-environmental-response-compensation-and-liability-act-cercla-and-federal>. Acesso: 25 jul. 2019.

⁵⁹⁸ Isso, porque, os recursos naturais, conforme a seção 101(16) da CERCLA, são aqueles relacionados a alguma autoridade governamental, tais como “terra, peixes, vida selvagem, biota, ar, água, águas subterrâneas, reservas de água potável, e quaisquer outros recursos pertencentes, administrados, em fideicomisso, ou de outra forma controlado pelos Estados Unidos [...], qualquer estado ou local, qualquer governo estrangeiro, qualquer tribo indígena [...]”.

No âmbito da seção 107(a) da CERCLA, às PPRs são atribuídas, entre outros, a responsabilidade (A) por todos os custos das ações de remoção ou remediação incorridos pelos Estados Unidos ou um estado e (C) pela indenização por lesão, destruição ou perda de recursos naturais, incluindo os custos razoáveis de avaliação dessa lesão, destruição ou perda resultantes de tal lançamento. Percebe-se que os poluidores são responsáveis não apenas pelas referidas ações de resposta que implicam na recuperação do meio ambiente, mas também pela indenização por danos aos recursos naturais, na medida em que são cabíveis as demandas respectivamente (A) para reabilitação e recuperação dos recursos naturais e (C) para indenização pelos valores da perda definitiva dos recursos naturais ou da perda do uso destes no tempo.⁵⁹⁹

Com relação à indenização pelos danos aos recursos naturais, os seus valores são dirigidos ao governo e aos estados em que estes se encontrem, para que tais montantes cobrados sejam utilizados pelas agências então indicadas para, em nome do público, agir como administradoras destes recursos naturais, exclusivamente na restauração, reposição ou aquisição do equivalente desses recursos. Segundo a EPA, as escolhas feitas nas decisões sobre a recuperação podem afetar o montante da indenização pelos danos aos recursos naturais, uma vez que a limpeza efetivamente restaura o habitat algumas vezes. Em razão do impacto dessa limpeza feita pela EPA na posterior avaliação dos danos aos recursos naturais, há uma atuação coordenada, pois a EPA, ao decidir sobre a limpeza, recebe auxílio das administradoras do fundo a respeito dos potenciais impactos das diferentes alternativas nos recursos naturais, a fim de reduzir a potencial responsabilidade pelo dano causado pela contaminação.⁶⁰⁰

Feitas essas breves considerações a respeito da dinâmica da responsabilidade e reparação ambiental pelo lançamento de substâncias contaminantes, importa destacar que a própria CERCLA prevê expressamente a possibilidade de usar a arbitragem para resolver as

⁵⁹⁹ Nos termos da seguinte decisão, “a reabilitação ou restauração dos recursos naturais e os razoáveis custos incorridos na avaliação da restauração parece se enquadrar precisamente dentro da categoria de custos de resposta da seção 107(a)(4)(A) [...], enquanto as demandas pelo valor dos recursos que são perdidos para sempre, (calculada tomando o valor dos recursos enquanto anteriores a poluição e subtraindo o valor dos recursos após a restauração estar completa); a perda do uso desses recursos no tempo; e o custos de avaliação do quanto foi perdido para sempre ou de quanto tempo perdido de uso ocorreu, se inserem no âmbito dos ‘danos aos recursos naturais’. 107(a)(4)(C)”. ESTADOS UNIDOS, District Court for the District of Massachusetts. Caso 712 F. Supp. 994. Requerente: Estados Unidos e o povo de Massachusetts. Requerido: Belleville Industries inc., e outros. Boston, 27 fev. 1989. Disponível em <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/712/994/1475561/>. Acesso: 25 jul. 2019.

⁶⁰⁰ ESTADOS UNIDOS, EPA. Natural resource damages: a primer. notification and coordination with natural resource trustees. Disponível em <https://www.epa.gov/superfund/natural-resource-damages-primer>. Acesso: 25 jul. 2019.

demandas dos Estados Unidos nas quais, como regra geral, o total dos custos de resposta no caso em questão não tenha excedido USD 500 mil, sem considerar os juros. Em 1990, foi promulgada a primeira versão da Lei de Resolução de Litígios Administrativos, buscando encorajar expressamente as agências federais a buscarem ADRs como alternativa ao processo judicial, “assim, valorizando a tendência direcionada à promoção de ADR no contexto da CERCLA”.⁶⁰¹

Com relação ao procedimento arbitral, aponta-se que, no título da proteção ao ambiente do Código de Regulamentos Federais, a seção 304 é dedicada a regular o uso da arbitragem pela EPA, sob a CERCLA.⁶⁰² Autoriza-se a arbitragem de uma demanda proposta pela EPA quando, observada a limitação de valores mencionada, a agência administradora do fundo e uma ou mais das partes potencialmente responsáveis submeterem um pedido conjunto de arbitragem (20)(a)(1). Observa-se que, se os custos excederem o limite previsto, as partes ainda assim podem concordar em continuar o procedimento, caso em que haverá uma arbitragem não vinculante. Nessa hipótese, a decisão a ser proferida pelo árbitro não vinculará as partes, a não ser que elas acordem em adotar a decisão apresentada como um acordo, o qual, porque é um acordo com a Administração, deve ser submetido à aprovação do Procurador Geral e sujeito à consulta pública (20)(a)(2), tal qual a previsão na CERCLA para o tratamento dos acordos. Não obstante, se as partes não acordarem em continuar com a arbitragem de forma não vinculante, se o acordo não for aprovado pelo Procurador Geral ou se a EPA retirar o consentimento do acordo como resultado da consulta pública, a EPA deve se retirar do procedimento arbitral (20)(a)(3).

Como exemplo de causa que pode ser resolvida nessas arbitragens está aquela envolvendo a responsabilidade de qualquer uma das PPRs participantes do procedimento, cuja defesa se limita às enumeradas na CERCLA (20)(d)(1). Também pode ser objeto de arbitragem a controvérsia referente ao montante em dinheiro dos custos de resposta recuperáveis pela EPA (2)(d)(2). Se as partes submeterem ou se o árbitro se deparar, ao determinar tal montante, com qualquer questão relativa à adequação da ação de resposta da EPA, a lei estabelece que o árbitro deve preservar a ação escolhida pela agência, salvo se alguma PPR puder estabelecer que esta escolha foi inconsistente com o Plano Nacional de Contingência, diante do que o controle da adequação da ação de resposta deve ser feito pelo

⁶⁰¹ ELIAS, Roni. Using adr in superfund cases. making a good thing better. The Federal Lawyer Magazine, Arlington, p. 54-65, out./nov. 2016, p. 57.

⁶⁰² ESTADOS UNIDOS. Title 40 of the Code of Federal Regulations. Washington, 01 jul. 2013. Disponível em <https://www.govinfo.gov/content/pkg/CFR-2013-title40-vol29/pdf/CFR-2013-title40-vol29-part304.pdf>. Acesso: 27 jul. 2019.

árbitro com base nos documentos que fundamentaram a opção feita pela EPA (20)(e)(1). Mesmo que a escolha da ação de resposta seja preservada, as partes podem discutir se os gastos, totais ou parciais, realmente ocorreram, se ocorreram propriamente para esta ação de resposta, se não foram claramente excessivos (20)(e)(2)(i)(ii)(iii).

Outro exemplo é a questão referente a alocação de responsabilidade sobre a condenação, pela qual, em que pese as partes sejam responsáveis solidariamente pelo todo, mesmo os danos sendo divisíveis, o árbitro pode distribuir a responsabilidade pelo pagamento da condenação entre as PPRs participantes com base na porção, segundo o dano efetivo ou potencial a cada uma delas atribuível (20)(d)(3). Também diante da indivisibilidade do dano, as partes podem requerer ao árbitro, sem renunciar a aplicação geral do padrão de responsabilidade solidária, a alocação da responsabilidade pelo pagamento dos custos de resposta entre aquelas PPRs participantes que o árbitro determine serem responsáveis (20)(d)(4). Ainda, a arbitragem é apontado como uma via adequada e útil no âmbito de atuação da EPA sob a CERCLA para mini-julgamentos, a fim de resolver as questões factuais que estejam impedindo a celebração de acordos.⁶⁰³

Nos termos da lei, verifica-se que, com relação à decisão arbitral, o seu anúncio deve ser imediatamente publicado pela EPA no Registro Federal, a fim de permitir que pessoas que não tenham sido partes no procedimento tenham um período para apresentar observações por escrito relativas à decisão, as quais, além de ficarem disponíveis ao público, também o ficam às PPRs participantes, que podem responde-las (33)(e)(1). Se a EPA não declarar a necessidade, seja de alguma modificação da decisão proposta pelo árbitro, seja da sua retirada dos procedimentos arbitrais, tal decisão se tornará final. Se for o caso de alguma alteração, as partes podem modificar a decisão apresentada através de um acordo, o qual passará a ser a decisão final. Não havendo acordo nesse caso, a decisão proposta será nula e sem efeitos jurídicos, hipótese em que a EPA se retira do procedimento (33)(e)(2).

Finalizado o procedimento, não havendo o pagamento voluntário de eventual condenação, a sentença pode ser executada judicialmente pelo Procurador Geral dos Estados Unidos, em nome da EPA (40)(c)(1). Em tal ação de execução, qualquer uma das partes pode impugnar a decisão final, por exemplo, porque viola à ordem pública (40)(c)(2)(iv). Importa observar que, sobre o ponto, a EPA refere que tal hipótese deve refletir o que fora estabelecido pela Suprema Corte norte-americana, isto é, uma razão de ordem pública bem

⁶⁰³ ELIAS, Roni. Using adr in superfund cases. making a good thing better. The Federal Lawyer Magazine, Arlington, p. 54-65, out./nov. 2016, p. 57.

definida e dominante com referência na lei e nos precedentes e não meras alegações de interesse público.⁶⁰⁴

Também no âmbito do direito comparado, é possível identificar que o Peru, um país com grande riqueza e diversidade de flora e fauna, dispõe expressamente na sua Lei Geral do Ambiente⁶⁰⁵ que “é dever do Estado fomentar o conhecimento e uso dos meios e gestão de conflitos ambientais, como a arbitragem [...], entre outros, promovendo a transmissão de conhecimento, o desenvolvimento de habilidades e destrezas e a formação de valores democráticos e de paz” (artigo 151).

A lei ambiental estabelece que são admissíveis à via arbitral “as pretensões ou controvérsias ambientais determinadas ou determináveis que versem sobre direitos patrimoniais ou outros que sejam de livre disposição pelas partes”, sendo, ainda, previstos alguns exemplos, não deixando dúvidas sobre a possibilidade dessas questões serem objeto de arbitragem. São elas: a determinação do montante indenizatório por danos ambientais ou pelo cometimento de delitos contra o meio ambiente e os recursos naturais, a definição de obrigações compensatórias que podem surgir de processo administrativo, monetárias ou não, as controvérsias na execução e implementação de contratos de acesso e aproveitamento de recursos naturais, a precisão para o caso das limitações ao direito de propriedade preexistente a criação e implementação de uma área natural protegida de caráter nacional, conflitos entre usuários com direitos sobrepostos e incompatíveis sobre espaços ou recursos sujeitos ao ordenamento ou zoneamento ambiental (artigo 152).

Ramos, ao tratar sobre o princípio do poluidor-pagador relativo ao sistema de responsabilidade civil por danos ambientais, refere ser importante considera-lo, em certas circunstâncias, com o princípio da equidade, para evitar resultados injustos que obriguem o poluidor a arcar com a compensação total dos danos. Nesse contexto, aponta que, dispondo de certa margem de apreciação, podem árbitros, “decidir, — por exemplo, quando o operador responsável pode demonstrar que os danos foram causados única e exclusivamente por emissões explicitamente autorizadas em uma licença — que parte da compensação não deve correr por conta do contaminador, senão da autoridade que tenha concedido a licença”,⁶⁰⁶

⁶⁰⁴ Conforme o Comentário n. 18 em resposta à seção 304.40(c)(2). ESTADOS UNIDOS. EPA. 40 Code of Federal Regulations part 403. arbitration procedures for small superfund cost recovery claims; final rules. Washington, 30 maio 1989. Disponível em <https://www.epa.gov/sites/production/files/2014-03/documents/arbit-costrec-fr.pdf>. Acesso: 27 jul. 2019.

⁶⁰⁵ PERU, Ley n. 28611, Ley General del Ambiente. Lima, 13 out. 2005. Disponível em www.ana.gob.pe/sites/default/files/normatividad/files/ley_n-28611.pdf. Acesso: 09 jul. 2019.

⁶⁰⁶ RAMOS, Jorge Vidal. La responsabilidad civil por daño ambiental en el sistema peruano. Lima: Lex & Iuris, 2014, p. 150.

defendendo ser útil a definição pelos árbitros de outros critérios respectivos a isso, como a exigência de que tal operador tenha feito todo o possível para evitar os danos.

Importa citar que, entre as especificações contempladas pela lei, estão a necessidade de que a sentença arbitral não viole a normatividade ambiental vigente e a possibilidade de serem estabelecidos compromissos de adequação às normas ambientais em prazos acordados entre as partes, os quais devem contar com o visto da autoridade ambiental competente (artigo 153). Veja-se que a redação se mostra bastante semelhante a previsão do instituto do TAC no ordenamento jurídico brasileiro. Ainda, a exigência de que a sentença não viole a normatividade ambiental vigente demonstra a necessidade de que as normas ambientais imperativas sejam observadas no âmbito da aplicação do Direito.

Por fim, constatou-se ser reconhecida “a arbitrabilidade de reivindicações coletivas — que possui como base um interesse jurídico coletivo — relativo ao meio ambiente, por meio do qual o problema da possível discussão sobre a submissão deste tipo de reivindicação à arbitragem é diretamente resolvido”.⁶⁰⁷ De acordo com Jucenda, “a questão ambiental é extremamente favorável ao sistema de arbitragem”,⁶⁰⁸ na medida em que são “poucas questões que, nessa área, relutam em admitir mais de uma conciliação de posições”.⁶⁰⁹ Nesse sentido, através dessa possibilidade de convergência de interesses, o autor refere que “o ponto de encontro entre o desenvolvimento econômico e a proteção do ambiente natural é, em si, o objeto primeiro da arbitragem”.⁶¹⁰

3.2.3 A tutela arbitral ambiental dos direitos difusos no Brasil

Verificada a arbitrabilidade da forma de reparação do direito difuso ao macrobem ambiental, é preciso analisar certos aspectos a serem observados nesse processo.

Entendeu-se que a reparação ao direito difuso lesado tem repercussão patrimonial, seja *in natura*, seja *in pecunia*, não havendo óbice à exigência da arbitrabilidade objetiva. Em relação à reparação *in natura*, resta saber se o árbitro tem *poder* para proferir uma sentença que obrigue o réu a fazer algo. Trata-se de um ponto que não importa à questão da arbitrabilidade, pois a repercussão patrimonial já restou confirmada, mas que diz respeito à

⁶⁰⁷ LÓPEZ, Carlos Alberto Matheus. El derecho de arbitraje peruano. Revista de Ciencias Jurídicas Universidad de Costa Rica, San Jose, n. 102, p. 143-174, set./dez. 2003, p. 147.

⁶⁰⁸ JUCENDA, Javier. Arbitraje y derecho del medio ambiente. In. GONZÁLEZ, Jorge Luis Collantes (Org.). Arbitraje: el arbitraje en las distintas áreas del derecho. biblioteca de arbitraje del estudio mario castillo freyre, volume 3. Lima: Palestra e Universitat Abat Oliba, 2007, p. 189.

⁶⁰⁹ Id. A propósito de la preservación jurídico-ambiental del amazonas. Foro Jurídico Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, n. 12, p. 31-40, 2013, p. 33.

⁶¹⁰ Id. Op. Cit., 2007, p. 189.

possibilidade do árbitro se pronunciar sobre o objeto da pretensão quando se tratar de obrigação de fazer ou de não fazer.

Veja-se que, excluindo de sua atuação o processo de execução, reservou-se à arbitragem a condução do processo de conhecimento, no qual a decisão buscada pode gerar efeitos declaratórios, constitutivos ou desconstitutivos, e condenatórios. É certo que não cabe ao árbitro proferir decisões executivas, justamente porque não tem poder para executar as suas próprias decisões. No caso da tutela ressarcitória específica, entende-se que o conteúdo do provimento condenatório pode ser uma obrigação de fazer ou de não fazer. Destarte, tem sido reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça “a possibilidade de cumulação da *condenação em obrigação de fazer e/ou não fazer e indenização em dinheiro por dano ambiental, para fins de recomposição integral do meio ambiente*”.⁶¹¹ Verifica-se, assim, que, a respeito das obrigações de fazer e de não fazer, “tais medidas são possíveis e podem ser determinadas pelos árbitros, embora estes não possam efetivá-las”.⁶¹² Daí porque, em não havendo o cumprimento voluntário da decisão, é preciso dar início, perante o juízo estatal, ao processo de execução fundado no título executivo judicial constituído pela sentença arbitral. O raciocínio a ser feito é o de que a impossibilidade de execução na arbitragem não impede que o árbitro, reconhecendo a responsabilidade ambiental, condene o réu em obrigação de fazer para reparar o dano causado, sob a forma de prestações positivas, que por ele podem ser especificadas tecnicamente.

No primeiro capítulo deste trabalho, ao propor uma compreensão a respeito do critério de arbitrabilidade, entendeu-se que a presença de interesse público não implica necessariamente na indisponibilidade do direito. Não obstante, aponta-se que o interesse público envolvido nos direitos difusos teria consequência para o artigo 2º da Lei de Arbitragem, justamente na necessidade de sua observância ao longo da condução do processo coletivo para fins de desconsideração pelos árbitros de qualquer pactuação entre as partes quanto à escolha de regras de direito contrárias às normas previstas na legislação ambiental brasileira.

Concluiu-se que a incidência de normas cogentes não torna a matéria inarbitrável, pois a sua presença “em determinado ramo do Direito apenas e tão somente impõe a sua

⁶¹¹ [Grifou-se]. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.610.174 - SC. Recorrente: IBAMA. Recorrido: Hamilton Gaspar dos Santos. Relator: Ministro Gurgel de Faria. Brasília, DF, 12 fev. 2019.

⁶¹² ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS; COMITÊ BRASILEIRO DE ARBITRAGEM. 2ª fase da pesquisa “arbitragem e poder judiciário” – relatório do tema: execução e cumprimento da sentença arbitral. [2008?], p. 39. Disponível em cbar.org.br/PDF/Execucao_e_Cumprimento_da_Sentenca_Arbitral.pdf. Acesso: 03 ago. 2019.

indeclinável aplicação pelo julgador, sem espaço para que as partes possam abrir mão de sua incidência ou modificar-lhe o conteúdo e/ou a eficácia”.⁶¹³ Daí porque, constatada a natureza de ordem pública que marca a legislação aplicável à tutela dos direitos difusos, o juízo arbitral, tal qual o estatal, não poderia deixar de aplicá-la, o que, ressalta-se, vale para o caso de aplicação dos dispositivos constitucionais, essencialmente matérias de ordem pública. Mas, para além da aplicação dos dispositivos constitucionais no que se refere aos direitos fundamentais, também o próprio alargamento do seu núcleo essencial pela atuação e concretização judicial⁶¹⁴ deve ser observado na arbitragem.

Reitera-se o caráter materialmente jurisdicional da arbitragem, na medida em que o Estado permite ao árbitro proferir decisões com valor e eficácia de atos jurisdicionais, isto é, valor de decisões judiciais estatais. O árbitro exerce função jurisdicional, contudo não está subordinado a nenhum tribunal judicial, estadual ou federal. Não obstante, ainda que a atividade arbitral não esteja inserida no organograma do Poder Judiciário, “não é correto afirmar-se que o árbitro possui plena liberdade para ignorar decisões interpretativas do STF e suas súmulas vinculantes, principalmente pelo fato de que esses provimentos veiculam questões de direito constitucional cujo desatendimento, em regra, poderá acarretar a posterior anulação da sentença arbitral”.⁶¹⁵ A decisão arbitral que aplica o direito brasileiro não apenas não pode desconsiderar totalmente eventual regramento imperativo determinado por lei ou pela Constituição e que seja aplicável à espécie controvertida, como também não pode resultar em uma incompatibilidade flagrante com algum aspecto fundamental do ordenamento jurídico brasileiro, sob pena de violar um padrão mínimo de juridicidade.⁶¹⁶ No contexto do ordenamento jurídico, é importante contemplar as decisões vinculantes do Supremo Tribunal Federal, porquanto são verdadeiras fontes do Direito e devem ser consideradas como tal nas arbitragens de direito.⁶¹⁷ Nesse caso, entende-se que o árbitro, ao “aplicar direito vigente para

⁶¹³ FICHTNER, José Antônio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. Teoria geral da arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 252.

⁶¹⁴ SARLET Ingo Wolfgang. Notas introdutórias ao sistema constitucional de direitos e deveres fundamentais. In. CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Org.). Comentários à constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 190.

⁶¹⁵ ABOUD, Georges. Jurisdição constitucional vs. arbitragem: os reflexos do efeito vinculante na atividade do árbitro. Revista de Processo, São Paulo, v. 214, p. 271-298, dez. 2012.

⁶¹⁶ ALMEIDA, Ricardo Ramalho. Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2011, p. 268.

⁶¹⁷ Para Ruy Rosado de Aguiar, não seria razoável existirem duas ordens jurídicas no país, uma decorrente da decisão do Supremo Tribunal Federal, que a todos obriga, Judiciário e Administração, e outra que venha a ser estabelecida livremente pelo árbitro, sem examinar o enunciado vinculante ao resolver a causa. Assim, o jurista considera que “o árbitro está submetido ao sistema de precedentes vinculantes oriundos do Supremo Tribunal Federal, com assento na Constituição da República”. AGUIAR, Ruy Rosado de. Arbitragem, os precedentes e a ordem pública. In. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Doutrina: edição comemorativa 30 anos do stj.

formular sua decisão, deverá, necessariamente, levar em conta todo o desenvolvimento jurisprudencial referente à aplicação daquele direito, não lhe sendo dado ignorar todo o conjunto de princípios e de decisões acerca da matéria a ser decidida”.⁶¹⁸

Quando tais decisões envolverem o direito à proteção do meio ambiente, consistem em enunciados determinantes de ordem pública, o que, em não sendo observado pelo árbitro, antes mesmo de desatender ao precedente em si, viola a ordem pública e, portanto, é caso de anulação. Isso porque a atribuição do status jurídico-constitucional de direito fundamental ao direito ao meio ambiente ecologicamente concretizou a proteção do macrobem como valor consagrado no ordenamento jurídico nacional e que influencia os demais ramos do Direito. Veja-se que, ao tratar dos valores constitucionais do desenvolvimento nacional e da preservação ambiental, o Supremo Tribunal Federal aponta para a necessidade de ponderação no caso concreto dos interesses e direitos postos em conflitos, a fim de, tendo-se o princípio do desenvolvimento sustentável como vetor interpretativo, harmonizá-los, “desde que [...] *não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais*, dentre os quais avulta, por sua significativa importância, o direito à preservação do meio ambiente”.⁶¹⁹

Ainda que os limites deste mínimo sejam definidos concretamente, através do método de ponderação das posições jurídicas, bens e interesses envolvidos, é o próprio “mínimo existencial ecológico”⁶²⁰ concedido ao cidadão e judicialmente exigível que reforça a existência de um núcleo essencial do direito fundamental ao ambiente e à qualidade de vida. A respeito disso, é preciso compreender como norma de ordem pública a observância ao não comprometimento ou esvaziamento do conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais (o direito à preservação do meio ambiente), que, segundo o Supremo Tribunal Federal, traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado

Brasília, 2019, p. 199. Informa-se que a questão, contudo, não é pacífica na doutrina. Em sentido contrário, ver Marques, para quem há dois motivos principais para não haver vinculação das decisões e súmulas vinculantes à sentença arbitral: “(1) a decisão e súmula vinculantes, embora constituam fontes do direito da lei brasileira, não produzem efeitos de vinculação além dos sistemas judicial e administrativo, ou seja, não alcançam o sistema arbitral, pois dizem respeito a regras e ritos específicos do sistema judicial; e (2) o sistema arbitral brasileiro não comporta essa vinculação, uma vez que, hoje, inexistente remédio que importe a vinculação forçada aos precedentes criados pelo Supremo Tribunal Federal”. MARQUES, Ricardo Dalmaso. Inexistência de vinculação do árbitro às decisões e súmulas judiciais vinculantes do supremo tribunal federal. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre, v. 10, n. 38, p. 96-137, abr./jun. 2013, p. 125.

⁶¹⁸ NERY, Ana Luiza Barreto de Andrade Fernandes. *Class arbitration: instauração de processo arbitral para a resolução de conflitos envolvendo direitos de natureza transindividual*. 2015. 408 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 328.

⁶¹⁹ [Grifou-se]. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3540-1 - DF*. Requerente: Procurador Geral da República. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 01 set. 2009.

⁶²⁰ KRELL, Andreas Joachim. Art. 225, caput. In. CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Org.). *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 2083.

em favor das presentes e futuras gerações.⁶²¹ Dessa maneira, sustenta-se a anulação da sentença arbitral que viola o núcleo essencial do direito à preservação do meio ambiente, por violação à ordem pública. Com isso, pretende-se um maior controle sobre a arbitragem envolvendo o meio ambiente, a fim de assegurar que a disposição do direito fundamental se dê no âmbito do direito à reparação do macrobem sem esvaziar ou comprometer o núcleo indisponível do direito como um todo, sob pena de anulação da decisão.

Assim, porque o núcleo essencial, intangível e indisponível pode ser afetado no caso concreto em que sejam estabelecidas obrigações insuficientes pelo árbitro, de forma que a melhor solução não seja alcançada para preservar o meio ambiente e reparar as lesões causadas, a validade e a eficácia da decisão estariam comprometidas pela possibilidade de anulação por violação à ordem pública. Portanto, em consonância à conclusão parcial feita no ponto 1.3.2, sempre que o efetivo resultado da aplicação do Direito pelo árbitro na decisão contrariar a ordem pública, caberá a anulação da sentença arbitral, com base na interpretação do artigo 32 da Lei de Arbitragem.

Enfim, sobre as normas de ordem pública, assinalou-se a necessidade da “sua obediência pelo árbitro”.⁶²² E isso vale igualmente em relação ao procedimento, exigindo-se a transposição dos elementos da tutela coletiva (ordem pública) para operacionalização das arbitragens coletivas. Assim, em relação à escolha do regramento, verifica-se que, em que pese na convenção de arbitragem as partes possam estabelecer o procedimento a ser obedecido, reportar-se às regras de um órgão arbitral ou delegar a regulação do procedimento ao árbitro (artigo 21), as garantias do devido processo legal e os aspectos específicos do processo coletivo devem ser observados no juízo arbitral. Por essa razão, concorda-se com Vargas, para quem “o procedimento, contém, portanto, um núcleo imprescindível, que não pode ser validamente derogado por convenção”.⁶²³

Em atenção aos elementos da tutela coletiva, observa-se que, quando não for o autor da demanda que envolve o macrobem, o Ministério Público atuará obrigatoriamente no feito como *custos iuris*, ou fiscal da ordem jurídica, nos termos do Código de Processo Civil (artigo 178), a fim de garantir que sejam resguardadas as premissas de interesse público entendidas

⁶²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3540-1 - DF. Requerente: Procurador Geral da República. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 01 set. 2009.

⁶²² MARTINS, Pedro Batista. Arbitrabilidade objetiva. interesse público, indisponibilidade de direitos e normas de ordem pública. Revista Interesse Público, Belo Horizonte, n. 50, p. 86-102, jul./ago. 2008, base de dados Editora Forum online.

⁶²³ VARGAS, Sarah Merçon. Meios alternativos na resolução de conflitos de interesses transindividuais. 2012. 186 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 160.

como cabíveis ao caso, o que será possível através das notificações pelos árbitros para o seu comparecimento nas audiências arbitrais e para a sua manifestação nos autos.

Nessa hipótese, considera-se “irrelevante a manifestação de vontade do Parquet quanto à submissão do litígio ao tribunal arbitral”.⁶²⁴ Nesse sentido, é prescindível que o Ministério Público tenha celebrado a convenção de arbitragem, pois existiria uma adesão implícita do Ministério Público àquela convenção, já que, independentemente da jurisdição (estatal ou arbitral) em que o litígio venha a ser decidido, o papel do Ministério Público é imposto pela Constituição (artigo 127), ao lhe ser incumbida a defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais. Assim, “se os tribunais arbitrais são verdadeiros tribunais, no sentido constitucional do termo, então essa função exercida pelos tribunais arbitrais é acompanhada, obrigatoriamente, pelo papel coadjuvante da função jurisdicional desempenhado pelo Ministério Público”,⁶²⁵ como fiscal da ordem jurídica em prol da correção no desenvolvimento do processo que envolve a proteção do meio ambiente.

Uma vez que a satisfação é necessariamente da inteira coletividade, os direitos difusos são materialmente indivisíveis, razão pela qual a sua tutela jurisdicional prestada em sede de arbitragem, tal qual seria em âmbito judicial, deve fazer coisa julgada *erga omnes*, em conformidade com a previsão contida no Código de Defesa do Consumidor (artigo 103, inciso I), bem como na Lei de Arbitragem, ao equiparar a produção dos efeitos decorrentes das sentenças judicial e arbitral (artigo 31).

Aliás, justamente porque a satisfação é necessariamente da inteira coletividade, não poderiam as partes estabelecer cláusula de confidencialidade do processo arbitral. Assim, em conformidade ao procedimento das arbitragens ambientais desenvolvidas nos Estados Unidos e no Peru, as arbitragens envolvendo direitos difusos precisariam observar a publicidade. Considerando o interesse público na matéria sobre a qual versa a controvérsia, é direito da coletividade o acesso à informação sobre o respectivo procedimento arbitral nos termos da Constituição (artigo 5º, inciso LX) e do Código de Processo Civil (artigo 189), a ser concretizado por meio da ampla divulgação do conteúdo dos seus atos processuais, resguardando-se apenas as hipóteses que exigem sigilo. A necessidade de se assegurar a

⁶²⁴ NERY, Ana Luiza Barreto de Andrade Fernandes. *Class arbitration: instauração de processo arbitral para a resolução de conflitos envolvendo direitos de natureza transindividual*. 2015. 408 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 302.

⁶²⁵ SALÉM, Suheil Mahomed. Arbitragem administrativa: o papel conferido ao ministério público no processo arbitral. *E-Pública Revista Eletrônica de Direito Público*, Lisboa, v. 3, n.2, p. 277-290, nov. 2016, p. 287. Disponível em e-publica.pt/volumes/v3n2/pdf/Vol.3-Nº2-Art.12.pdf. Acesso: 14 jul. 2019.

publicidade da arbitragem envolvendo o equilíbrio ambiental, um direito difuso, não é senão uma forma de garantir um procedimento arbitral justo e democrático.

Além do viés social, a publicidade também é importante para que os demais legitimados coletivos tomem conhecimento da decisão final, pois é apta a impedir a propositura de nova discussão sobre a mesma controvérsia já resolvida. Por essa razão, mostra-se importante o papel dos cadastros nacionais de informações sobre ações coletivas, inquéritos e TACs, os quais foram criados, por meio de uma resolução conjunta entre o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público,⁶²⁶ considerando a importância do intercâmbio de informações dos Ministérios Públicos e do Judiciário, bem como da divulgação das informações disponíveis para a sociedade e para órgãos relacionados à ação civil pública. Note-se a previsão de que as peças processuais das ações e TACs sejam disponibilizadas na rede mundial de computadores, salvo documentos de prova e peças protegidas por sigilo legal (artigo 4º). Sendo assim, faz-se necessária a utilização desses cadastros nacionais, devidamente atualizados, pelos colegitimados para ação civil pública, tendo em vista a sua contribuição para o sistema de tutela do direito ambiental, ao evitar diversas pretensões repetitivas.

⁶²⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça; Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução Conjunta n. 2, de 21 de junho de 2011. Institui cadastros nacionais de informações de ações coletivas, inquéritos e termos de ajustamento de conduta, e dá outras providências. Brasília, DF, 21 jun. 2011. Disponível em www.cnmp.gov.br/portal/images/stories/Normas/Resolucoes/Resoluo_conjunta__02_de_21_de_junho_de_2011.pdf. Acesso: 15 out. 2019.

4. A ARBITRAGEM AMBIENTAL NO CENÁRIO INTERNACIONAL

É crescente hoje a ideia de um direito arbitral internacional, na medida em que existe um conjunto de variados instrumentos normativos que dispõe sobre o assunto. Assim, a arbitragem busca assegurar interesses e necessidades não apenas nos âmbitos nacionais, ou domésticos, mas também no contexto internacional.

Neste capítulo, é importante examinar a perspectiva do Estado brasileiro no contexto internacional para solução das controvérsias que envolvam o meio ambiente. Nota-se que, ao tratar, no capítulo anterior, sobre a posição tradicional que confere o caráter indisponível e extrapatrimonial ao macrobem ambiental, sustentou-se que seria possível uma futura discussão a respeito dessas considerações, exemplificando-se que já existe um mercado em que o “direito de poluir” vem sendo negociado. O fundamento para se afirmar ser possível a consideração do macrobem como disponível e patrimonial ficará efetivamente esclarecido neste momento, porquanto será possível perceber que se trata da posição brasileira nas arbitragens internacionais.

Ainda, para fins confirmar a possibilidade de questões relacionadas ao meio ambiente serem discutidas e resolvidas em sede de arbitragem, serão apresentados alguns casos submetidos a arbitragens internacionais, não apenas públicas, mas também privadas. Após a análise desses casos, será possível apresentar um panorama geral sobre o papel da arbitragem internacional na resolução das controvérsias envolvendo o meio ambiente.

4.1 O Brasil e as arbitragens internacionais envolvendo o ambiente

Em que pese as conclusões alcançadas a respeito da disponibilidade e patrimonialidade no âmbito da tutela ressarcitória ambiental, não se pôde ignorar que a doutrina e jurisprudência tradicionais compreendem o equilíbrio ambiental como um bem indisponível e extrapatrimonial na origem. Essa posição, contudo, não encontra respaldo no âmbito internacional sob a perspectiva do Estado brasileiro. Explica-se. Para o direito interno, o macrobem é tido como um interesse indisponível, diferentemente do que se verifica ao serem analisadas diversas convenções internalizadas no ordenamento jurídico brasileiro, nas quais o bem ambiental não é indisponível para fins de arbitragem.

Por meio do Decreto n. 99.280/1990,⁶²⁷ foi promulgada, entrando em vigor para o Brasil, a Convenção de Viena para Proteção da Camada de Ozônio, a ser executada e cumprida inteiramente em seu conteúdo. Percebe-se que o macrobem é objeto de proteção da convenção, na medida em que esta visa a adoção de medidas destinadas a proteger a camada de ozônio de modificações devidas a atividades humanas. Não obstante o macrobem esteja envolvido, é possibilitada a arbitragem como solução de disputas relativas à interpretação ou aplicação da convenção (artigo 11, 3. a). Ainda, o Decreto n. 875/1993,⁶²⁸ promulgou a Convenção de Basiléia sobre o Controle de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e seu Depósito, a qual é estabelecida para o controle desses movimentos, o acompanhamento do tráfico ilegal desses resíduos, a administração ambientalmente saudável destes e o seu depósito. No ponto da solução de controvérsias, caso as partes não consigam solucioná-la por meio de negociações ou outros meios pacíficos, a controvérsia pode ser submetida, se as partes concordarem, a arbitragem (artigo 20, 2) cujo procedimento a ser conduzido encontra sua previsão em nove artigos de um dos anexos (anexo VI).

Já o Decreto n. 2.519/1998⁶²⁹ promulga a Convenção sobre Diversidade Biológica, que busca a conservação da diversidade biológica, cujo valor ecológico e cuja importância para a evolução e para a manutenção dos sistemas necessários à vida da biosfera são conhecidos. A resolução de controvérsias por meio da arbitragem (artigo 27, 2, a) e o procedimento para tanto (anexo II, parte I) também estão previstos nessa convenção. Por sua vez, o Decreto n. 2.652/1998⁶³⁰ promulgou a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, cujo objetivo é o de alcançar a estabilização das concentrações de gases de efeito estufa na atmosfera num nível que impeça uma interferência antrópica ao sistema climático (artigo 2º). Nesta convenção, também está prevista a possibilidade de os Estados Partes declararem o reconhecimento compulsório da arbitragem com respeito a qualquer controvérsia relativa à

⁶²⁷ BRASIL. Decreto n. 99.280, de 06 de junho de 1990. Promulgação da Convenção de Viena para a Proteção da Camada de Ozônio e do Protocolo de Montreal sobre Substâncias que Destroem a Camada de Ozônio. Brasília, DF, 06 jun. 1990. Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99280.htm. Acesso: 06 ago. 2019.

⁶²⁸ BRASIL. Decreto n. 875, de 19 de julho de 1993. Promulga o texto da Convenção sobre o Controle de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e seu Depósito. Brasília, DF, 19 jul. 1993. Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0875.htm. Acesso: 06 ago. 2019.

⁶²⁹ BRASIL. Decreto n. 2.519, de 16 de março de 1998. Promulga a Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada no Rio de Janeiro, em 05 de junho de 1992. Brasília, DF, 16 mar. 1998. Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2519.htm. Acesso: 06 ago. 2019.

⁶³⁰ BRASIL. Decreto n. 2.652, de 1º de julho de 1998. Promulga a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, assinada em Nova Iorque, em 09 de maio de 1992. Brasília, DF, 01 jul. 1998. Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2652.htm. Acesso: 06 ago. 2019.

sua interpretação ou aplicação em relação a qualquer outra parte que aceite a mesma obrigação (artigo 14, 2, b).

Mais recentemente, foi promulgada, através do Decreto n. 9.080/2017,⁶³¹ a Convenção sobre a Conservação das Espécies Migratórias de Animais Silvestres, que se preocupa “com a conservação da vida selvagem e dos habitats em escala global e em espécies migratórias terrestres, aquáticas e aéreas em toda a sua área de distribuição”.⁶³² Na convenção, é expresso que as partes podem, por consentimento mútuo, submeter controvérsia à arbitragem especialmente à Corte Permanente de Arbitragem da Haia, sendo que as que assim submetam ficam vinculadas pela decisão arbitral (artigo 18, 2).

Veja-se que, no âmbito das disputas internacionais públicas, as partes optam pela arbitragem para que a disputa em causa, que é jurídica, e não política, porque baseada em direitos legais e não na conveniência, seja resolvida por um tribunal arbitral através da interpretação de regras existentes.⁶³³ O registro de convenções ambientais internalizadas pelo Brasil evidencia a expressa admissão à arbitragem e, assim, a possibilidade de renúncia ao exercício da posição jurídica correspondente ao direito fundamental ambiental ao processo judicial.

Além disso, como resultado prático desse cenário, pode ser observado que o valor das convenções internacionais, quando internalizadas no ordenamento jurídico brasileiro, passa a ser hierarquicamente superior às leis federais – entre elas, a Lei de Arbitragem. Podem, inclusive, se aprovadas pelo *quorum* qualificado, ser equivalente às emendas constitucionais, já que o ambiente faz parte do rol de direitos humanos. Sobre isso, com relação ao tratado sobre o meio ambiente saudável com cláusula compromissória “que passe pela aprovação do Congresso Nacional Brasileiro, terá força legal dentro do território brasileiro. E força superior à Lei Federal n. 9307/1996, que regulou, especificamente o instituto da Arbitragem, proibindo, em tese, tal fato”.⁶³⁴

⁶³¹ BRASIL. Decreto n. 9.080, de 16 de junho de 2017. Promulga a Convenção sobre a Conservação das Espécies Migratórias de Animais Silvestres, de 23 de junho de 1979. Brasília, DF, 16 jun. 2017. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9080.htm. Acesso: 06 ago. 2019.

⁶³² NAÇÕES UNIDAS. Programa para o Meio Ambiente. Contribution from the convention on the conservation of migratory species of wild animals (cms) to the report of the secretary-general on oceans and law of the sea. 2014. Disponível em: https://www.un.org/depts/los/general_assembly/contributions_2016/CMS_Contribution_to_ICP_on_marine_debris.pdf. Acesso: 06 ago. 2019.

⁶³³ SAMMARTANO, Mauro Rubino-. International arbitration. law and practice. 3. ed. Nova Iorque: Juris Publishing, 2014, p. 1462.

⁶³⁴ CAZZARO, Kleber. A (in) arbitrabilidade dos conflitos ambientais na legislação nacional e a paradoxal admissão do mecanismo pelo estado brasileiro fora da sua fronteira de soberania. In. CONPEDI; UFF (Org.) Direito ambiental II. Florianópolis: FUNJAB, 2012, p. 38.

É certo que a arbitrabilidade é um conceito bastante dinâmico, pois, como destacado no primeiro capítulo, os Estados são soberanos para estabelecer os seus critérios, os quais podem perfeitamente ser distintos conforme o âmbito da arbitragem. Foi possível observar que tal diferença entre os critérios para as arbitragens internas e internacionais na Suíça, Uruguai, Chile. No presente caso, contudo, o que se verifica é que o Estado brasileiro optou por determinar o mesmo critério de arbitrabilidade, independentemente do âmbito da arbitragem. Neste ponto, considera-se que a Lei de Arbitragem brasileira “adota o sistema monista, pelo qual tanto as arbitragens internacionais como as domésticas são tratadas da mesma forma”.⁶³⁵ É justamente em razão deste tratamento unitário, conferido pela lei, para qualquer tipo de arbitragem, que a arbitrabilidade das controvérsias é regida pelos mesmos requisitos objetivos, os direitos patrimoniais disponíveis.

Diante disso, não há dúvida da controvérsia em relação ao macrobem entre a posição tradicional para o âmbito interno e a efetiva posição do Estado no cenário internacional: “não se pode ter um direito simultaneamente disponível (ordem internacional) e indisponível (ordem interna)”.⁶³⁶ Concorde-se com a crítica de que “não se pode admitir e compreender, especialmente no campo jurídico, que uma mesma nação em situações idênticas se posicione e atue de maneira totalmente antagônica, pois para uso interno não se aplica a arbitragem aos casos ambientais, mas para além de nossas fronteiras seu uso é irrestrito”.⁶³⁷ É verdadeira e premente a necessidade de buscar uma resposta à discussão posta, sob pena de estar-se perante um tratamento diverso para o mesmo direito: “*ubi eadem ratio, ibi eadem juris dispositio*. É a necessária coerência interna do sistema jurídico que exige a formulação de regras idênticas onde se verifica a identidade de razão”⁶³⁸

Por fim, diferentemente dessas convenções em que a matéria ambiental a ser arbitrada é o próprio objeto do acordo internacional, é possível cogitar a participação do Estado em arbitragens de investimento, campo em que poderia haver espaço para discussão de questões ambientais, o que ficará mais claro diante dos casos apresentados no capítulo. Cabe, então, verificar se o Brasil poderia enfrentar esse tipo de arbitragem.

⁶³⁵ STRAUBE, Frederico José. A evolução da arbitragem no Brasil após a lei 9307/1996. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 50, p. 177–183, jul./set. 2016.

⁶³⁶ ANTUNES, Paulo de Bessa. Conciliação, arbitragem e ambiente. Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental, São Paulo, v. 4, p. 919-921, mar. 2011.

⁶³⁷ OLIVEIRA, Celso Maran de; ZANQUIM JÚNIOR, José Wamberto; GRANADO, Karina. A arbitragem como alternativa para solução de conflitos ambientais no Brasil. Revista VITAS -Visões Transdisciplinares sobre Ambiente e Sociedade, Niterói, a. 5, n. 11, p. 01-17, set. 2015, p. 10.

⁶³⁸ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Ação civil pública em defesa do meio ambiente: a questão da competência jurisdicional. In. MILARÉ, Édis (Org.) Ação civil pública: lei 7.347 - 15 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 56.

No âmbito de investimentos, nota-se que o Brasil, no ranking mundial dos países que mais recebem investimento estrangeiro direto, encontra-se na 6ª posição, com influxos de R\$ 61 bilhões de dólares em 2018, conforme relatório do ano de 2019 das Nações Unidas.⁶³⁹ Nos anos noventa, marcados pelas tendências de liberalização comercial, o Brasil assinou catorze TBIs, chamados de Acordos Bilaterais de Promoção e Proteção de Investimentos (“APPIs”), nenhum dos quais, todavia, veio a ser ratificado pelo Congresso Nacional. Não obstante, considera-se que essa “tradicional posição assumida pelo Estado brasileiro sofreu uma modificação bastante expressiva”,⁶⁴⁰ em razão da assinatura dos chamados Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos (“ACFIs”), em 2015 com a Angola, Chile, Colômbia, Maláui, México e Moçambique e, em 2016, com o Peru.⁶⁴¹ Especialmente com relação à solução de controvérsias, a previsão de arbitragem “Investidor-Estado” dos APPIs da década de noventa suscitou críticas em decorrência da possibilidade de escolha direta por parte do investidor entre a arbitragem internacional, perante o ICSID, ou um tribunal *ad hoc*, e o Poder Judiciário, o que foi entendido como “abandono, por parte do Brasil, de um princípio clássico do direito internacional, a regra do esgotamento dos recursos internos a qual prescreve ter o Estado o direito de sanar um suposto ilícito antes que sua responsabilidade internacional seja levantada”.⁶⁴² Então, nas chamadas ACFIs não houve menção expressa sobre a possibilidade de acesso direto à arbitragem internacional pelo investidor estrangeiro. De qualquer forma, a possibilidade de arbitragens internacionais públicas foi prevista.

Com relação ao novo padrão de TBI entre o Brasil e os parceiros comerciais africanos, voltado mais para a prevenção do litígio, é possibilitada a submissão, pelo Estado, perante um Comitê Conjunto, de uma questão específica de interesse de um investidor, para procedimentos de diálogo e consulta bilateral. Ainda assim, sendo infrutíferas as tentativas amigáveis de solucionar a controvérsia, os Estados podem recorrer a mecanismos de arbitragem.⁶⁴³ Por sua vez, no ACFI firmado com o México, além das mesmas previsões

⁶³⁹ NAÇÕES UNIDAS. Conferência sobre Comércio e Desenvolvimento. World investment report 2019. Genebra: United Nations Publication, 2019, p. 03. Disponível em https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2019_overview_en.pdf. Acesso: 10 out. 2019

⁶⁴⁰ FERNANDES, Érika Capella; FIORATI, Jete Jane. Os acfis e os bits assinados pelo brasil. uma análise comparada. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 52, n. 208, p. 247-276, out./dez. 2015, p. 249.

⁶⁴¹ BRASIL. Ministério da Economia, Indústria, Comércio Exterior e Serviços. Acfi. Disponível em <http://www.mdic.gov.br/comercio-exterior/negociacoes-internacionais/218-negociacoes-internacionais-de-investimentos/1949-nii-acfi>. Acesso: 29 abr. 2019

⁶⁴² AZEVEDO, Débora Bithiah. Acordos para a promoção e a proteção recíproca de investimentos assinados pelo brasil. Brasília: Câmara dos Deputados, Consultoria Legislativa, 2001, p. 07. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas/publicacoes-da-consultoria-legislativa/arquivos-pdf/pdf/102080.pdf>. Acesso: 29 abr. 2019.

⁶⁴³ Conforme os artigos 13, 15 e 15 dos respectivos ACFIs. ” BRASIL; MALÁUI. ACFI entre a República Federativa do Brasil e a República do Maláui. Brasília, DF, 25 jun. 2015. Disponível em

sobre o Comitê Conjunto, são estabelecidas, com maiores detalhes, as normas sobre o procedimento arbitral entre os Estados. Merecem destaque as disposições que especificam a constituição do tribunal arbitral -que, conforme opção das partes, pode ser específico para a controvérsia, determinado por uma instituição arbitral permanente ou por outro mecanismo para solução de controvérsias entre Estados em matéria de investimentos-, e que possibilitam, havendo acordo entre as partes, que os árbitros considerem a existência de danos causados pela medida desconforme ao ACFI e estabeleçam a compensação por eles, a qual, sendo monetária, deve ser transferida pelo Estado aos titulares dos direitos sobre o investimento em questão.⁶⁴⁴

Com relação aos ACIFs do Brasil com os países parceiros africanos e com o México, é possível cogitar que eventual questão de interesse de um investidor envolva o ambiente, caso em que, não sendo resolvida amigavelmente pelos Estados, poderia ser objeto de uma arbitragem.

Tanto no ACIF com a Colômbia, quanto com o Chile, esgotado o procedimento perante o Comitê Conjunto, qualquer Estado pode submeter a controvérsia a um tribunal arbitral *ad hoc* ou os Estados, em comum acordo, podem submeter a controvérsia a uma instituição arbitral permanente para a solução de controvérsias em matéria de investimento. Um tribunal *ad hoc* observará e um tribunal de uma instituição permanente poderá observar, salvo decidido em contrário pelas partes, as regras previstas no ACFI, entre as quais a proibição de determinadas disposições serem objeto de arbitragem, tal como aquelas sobre Investimento e Meio-Ambiente.⁶⁴⁵ Também no ACIF com o Peru estão proibidas de ser

[http://www.mdic.gov.br/arquivos/Malau-AC-Coop-fac-Investimentos-ass-\(002\).pdf](http://www.mdic.gov.br/arquivos/Malau-AC-Coop-fac-Investimentos-ass-(002).pdf). Acesso: 29 abr. 2019. BRASIL; MOÇAMBIQUE. ACFI entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República de Moçambique. Maputo, 30 mar. 2015. Disponível em [http://www.mdic.gov.br/arquivos/Mocambique-AC-Coop-e-Facilit-de-Investimentos-ass-\(002\).pdf](http://www.mdic.gov.br/arquivos/Mocambique-AC-Coop-e-Facilit-de-Investimentos-ass-(002).pdf). Acesso: 29 abr. 2019. BRASIL; ANGOLA. ACFI entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República de Angola. Luanda, 1 abr. 2015. Disponível em [http://www.mdic.gov.br/arquivos/Angola-Acordo-Cooperacao-e-Facilitacao-de-Investimentos-ass-\(002\).pdf](http://www.mdic.gov.br/arquivos/Angola-Acordo-Cooperacao-e-Facilitacao-de-Investimentos-ass-(002).pdf). Acesso: 29 abr. 2019.

⁶⁴⁴ Artigos 18 e 19. BRASIL; MÉXICO. ACFI entre a República Federativa do Brasil e os Estados Unidos Mexicanos. Cidade do México, 26 maio 2015. Disponível em [www.mdic.gov.br/arquivos/Mexico-ACFI-Investimentos-ass-\(002\).pdf](http://www.mdic.gov.br/arquivos/Mexico-ACFI-Investimentos-ass-(002).pdf). Acesso: 29 abr. 2019.

⁶⁴⁵ [Grifou-se]. Artigos 22 e 23. BRASIL; COLOMBIA. ACFI entre a República Federativa do Brasil e a República da Colômbia. Bogotá, 09 out. 2015. Disponível em [www.mdic.gov.br/arquivos/ACFI-Colombia-texto-assinado-portugues-\(002\).pdf](http://www.mdic.gov.br/arquivos/ACFI-Colombia-texto-assinado-portugues-(002).pdf). Acesso: 29 abr. 2019. “Anexo I - Arbitraje entre las Partes” BRASIL; CHILE. ACFI entre a República Federativa do Brasil e a República do Chile. Santiago, 23 nov. 2015. Disponível em [www.mdic.gov.br/arquivos/Chile-Coop-e-Facilitacao-de-Investimentos-port-ass-\(002\).pdf](http://www.mdic.gov.br/arquivos/Chile-Coop-e-Facilitacao-de-Investimentos-port-ass-(002).pdf). Acesso: 29 abr. 2019.

objeto de arbitragem, entre outras, as disposições sobre Investimento e Medidas sobre Meio Ambiente.⁶⁴⁶

Em relação aos ACIFs do Brasil com a Colômbia e com o Chile, para que uma controvérsia que envolvesse as *disposições* contidas no ACIF relativas às medidas sobre meio ambiente pudesse ser submetida à arbitragem, seria preciso que a instituição arbitral permanente a que os Estados se submeteram de comum acordo decidisse não observar as regras do ACFI. Já no ACIF do Brasil com Peru não haveria possibilidade de submeter controvérsia envolvendo as *disposições* ambientais nele contidas. Não obstante, não se mostra irrazoável interpretar que quaisquer outras questões ambientais, desde que não àquelas contidas nas *disposições* dos ACIFs sobre o ambiente, que estivessem envolvidas na controvérsia concernente aos interesses dos investidores e dos Estados poderiam ser objeto de arbitragem.

Tais *disposições* envolvem cláusulas conferindo uma ampla liberdade aos Estados para determinarem o seu próprio nível de proteção ambiental, bem como impossibilitando que se recusem a aplicar medidas apropriadas conforme a sua legislação ambiental em troca de estimular o investimento.⁶⁴⁷ Considerando que tais disposições não podem ser objeto de arbitragem, não haveria óbice para que as demais questões, inclusive relacionadas a eventuais danos ambientais, fossem resolvidas por árbitros. Entende-se que os árbitros apenas estariam excluídos de discutir o mérito do exercício de atos de império dos Estados relacionados a alteração de medidas e legislações ambientais. Isto é, não poderiam os árbitros analisar se os Estados agiram “bem” ou “mal” nessas situações. Impede-se, com isso, que os tribunais arbitrais possam analisar a violação de uma obrigação do tratado simplesmente pela adoção de uma medida destinada a proteção ambiental pelo Estado.

⁶⁴⁶ [Grifou-se]. Artigo 2, n. 21. BRASIL; PERU. Acordo de Ampliação Econômico-Comercial entre a República Federativa do Brasil e a República do Peru. Lima, 29 abr. 2016. Disponível em <http://www.mdic.gov.br/index.php/comercio-exterior/negociacoes-internacionais/9-assuntos/categ-comercio-exterior/1508-acordo-de-ampliacao-economico-comercial-brasil-peru-ainda-sem-vigencia>. Acesso: 29 abr. 2019. Ressalta-se que este acordo ainda deverá ser submetido à apreciação pelo Congresso Nacional para a entrada em vigência.

⁶⁴⁷ Veja-se, como exemplo, o artigo 15, n.1, do ACFI entre Brasil e Colômbia: “nada do disposto neste Acordo será interpretado como impedimento para que uma Parte adote, mantenha ou faça cumprir qualquer medida que considere apropriada para garantir que as atividades de investimento em seu território sejam efetuadas tomando em conta a legislação trabalhista, ambiental, de saúde ou segurança nacionais dessa Parte, desde que essa medida não se aplique de maneira que constitua uma forma de discriminação arbitrária ou injustificável ou uma restrição encoberta”. E o artigo 15, n. 2: “As Partes reconhecem que não é apropriado estimular o investimento diminuindo os padrões de sua legislação trabalhista e ambiental ou de suas medidas de saúde e segurança nacional. [...]”. BRASIL; COLOMBIA. Op. Cit.

Por fim, no que diz respeito aos acordos de investimento inseridos em ALC, menciona-se que o Brasil, através do Decreto n. 922/1993,⁶⁴⁸ promulgou o Protocolo para a Solução de Controvérsias no âmbito do Mercado Comum do Sul (“MERCOSUL”), segundo o qual, não havendo solução por negociações diretas e pela intervenção do Grupo Mercado Comum, é admitida a arbitragem para resolver eventual controvérsia (artigo 7, 1), cuja jurisdição do Tribunal Arbitral *ad hoc* se reconhece como obrigatória (artigo 8). Diante disso, cogita-se que, tal qual em relação aos ACIFs do Brasil com os países africanos e americanos, eventual questão de interesse de um investidor sob o MERCOSUL que envolva o ambiente poderia ser objeto de uma arbitragem, caso os Estados não a resolvessem amigavelmente.

4.2 Caso Trail Smelter, Estados Unidos v. Canadá: o início da proteção internacional do ambiente

O estudo do caso paradigmático conhecido como “Trail Smelter”, ou da Fundição de Trail, é imprescindível no contexto do presente trabalho, cuja importância se dá principalmente por ser o primeiro caso de poluição do ar a ser levado a um tribunal internacional, especificamente, a um tribunal arbitral *ad hoc*. A respeito da relevância de tal resolução de uma disputa sobre dano ambiental transfronteiriço, é ilustrado que “estudar o direito ambiental internacional sem ser confrontado com o caso Trail Smelter é como estudar literatura sem nunca se deparar com os trabalhos de William Shakespeare”.⁶⁴⁹

Para contextualizar a origem da disputa relacionada ao início da poluição atmosférica, observa-se que na Fundição de Trail, no Canadá, foram erigidas duas chaminés, em 1925 e 1927, aumentando sobremaneira a fundição diária de minérios de zinco e chumbo, o que resultou no aumento dos vapores emitidos. Em razão do dióxido de enxofre emitido pela Fundição de Trail, capaz de destruir a vitalidade da vegetação, ocorreram danos que ultrapassaram a fronteira canadense, atingindo os fazendeiros de certas áreas do estado norte-americano de Washington. Aponta-se que a controvérsia consistia em uma disputa entre partes privadas (a companhia canadense de Trail e os fazendeiros norte-americanos titulares de direitos individuais homogêneos) que foi internacionalizada em uma disputa entre dois Estados (o Canadá e os Estados Unidos), destacando-se o papel essencial da arbitragem

⁶⁴⁸ BRASIL. Decreto n. 922, de 10 de setembro de 1993. Promulga o Protocolo para a Solução de Controvérsias, firmado em Brasília em 17 dez. 1991, no âmbito do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL). Brasília, DF, 10 set. 1993. Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0922.htm. Acesso: 06 ago. 2019.

⁶⁴⁹ KERKHOF, Martijn van de. The trail smelter case re-examined: examining the development of national procedural mechanisms to resolve a trail smelter type dispute. Merkourios (Utrecht Journal of International and European Law), Utrecht, v. 27, n. 73, p. 68-83, 2011, p. 69.

internacional para o caso, pois havia, à época, barreiras jurídicas e até políticas que tornavam impossível a resolução da disputa à nível nacional.⁶⁵⁰

Embora o Governo dos Estados Unidos e do Canadá tenham acordado submeter os problemas da operação da Fundição a uma Comissão Mista Internacional, que determinou a condenação em USD 350 mil, a ser mantido em um fundo para o uso e benefício dos norte-americanos que tenham sofrido os danos, a poluição do ar decorrente da Fundição de Trail continuou. Isso levou os Estados a celebrarem, em 1935, uma Convenção contendo um compromisso arbitral para finalmente resolver as questões relativas aos novos danos.⁶⁵¹ Então, coube ao Tribunal Arbitral decidir sobre a existência de danos desde 1932 causados pela Fundição de Trail no estado de Washington e, em caso positivo, o respectivo valor compensatório a ser pago, bem como a respeito da necessidade de imposição de obrigações de não mais causar danos no futuro e de operar sob restrições.⁶⁵²

A primeira decisão do Tribunal, em 1938, foi proferida apenas sobre a compensação pelos eventuais danos causados, a qual fora requerida pelos Estados Unidos pelos danos, entre outros, em relação às terras devastadas e às terras não devastadas e as melhorias nelas. Em sua decisão, o Tribunal confirmou a ocorrência de danos entre 1932 e 1937, condenando o Canadá ao pagamento de uma indenização em USD 78 mil e determinando a adoção de medidas temporárias para o controle da Fundição. Como a resposta para os demais pontos precisaria de mais tempo de estudo, para que o Tribunal adequadamente testasse a variação dos danos durante três temporadas de colheita, a segunda decisão foi proferida em 1941. É considerado que “essa estrutura -usando medidas preliminares para prevenir o dano enquanto é desenvolvida informação suficiente para criar um regime justo para todas as partes- é o legado (semi)precaucional da arbitragem da Fundição de Trail”.⁶⁵³

Destaca-se a decisão final de 1941, pois é “certamente a mais citada e influente sentença no campo do direito ambiental internacional”.⁶⁵⁴ Segundo a doutrina, é preciso

⁶⁵⁰ KERKHOF, Martijn van de. The trail smelter case re-examined: examining the development of national procedural mechanisms to resolve a trail smelter type dispute. *Merkourios (Utrecht Journal of International and European Law)*, Utrecht, v. 27, n. 73, p. 68-83, 2011, p. 70.

⁶⁵¹ ESTADOS UNIDOS; CANADÁ. *Convention for settlement of difficulties arising from operation of smelter at trail, b.c. treaty series n. 893*. Ottawa, 15 abr. 1935. Disponível em www.lfip.org/laws666/trailsm.htm#first. Acesso: 02 jul. 2019.

⁶⁵² NAÇÕES UNIDAS. Reports of international arbitral awards. *Trail smelter case* (united states, canada). 16 abr. 1938 e 11 mar. 1941. United Nations Publications, 2006. Disponível em https://legal.un.org/riaa/cases/vol_III/1905-1982.pdf. Acesso: 20 abr. 2019.

⁶⁵³ BRATSPIES, Rebecca M. Trail smelter's (semi)precautionary legacy. In. BRATSPIES, Rebecca M.; MILLER, Russel A (Org.). *Transboundary harm in international law: lessons from the trail smelter arbitration*. Nova York: Cambridge University Press, 2006, p. 154.

⁶⁵⁴ SPRINGER, Allen L. *Cases of conflict. transboundary disputes and the development of international environmental law*. Toronto: University of Toronto Press, 2016, p. 16.

“admirar a coragem dos três árbitros ‘pioneiros’. Porque eles estavam escrevendo em *tabula rasa*: não existiam quaisquer decisões anteriores pelo Tribunal Internacional ou tribunais arbitrais internacionais sobre casos cujos fatos fossem remotamente análogos”.⁶⁵⁵ O próprio Tribunal Arbitral reconheceu na sentença o ineditismo da questão a ser enfrentada na arbitragem, ao referir que nenhum caso de poluição do ar tratado por um tribunal internacional fora levado ao seu conhecimento. A analogia mais próxima seria a de poluição da água, mas, ainda assim, também nenhuma decisão de um tribunal internacional havia sido encontrada. Com base praticamente apenas em poucas decisões judiciais da Suprema Corte dos Estados Unidos sobre casos de poluição entre estados norte-americanos, o Tribunal determinou que a Fundação Trail deveria “abster-se de causar qualquer dano por meio de fumaça no Estado de Washington; sendo que tal dano aqui mencionado e sua extensão seria recuperável sob as decisões dos tribunais dos Estados Unidos em ações entre particulares”.

Importa observar que, com relação ao ponto das medidas a serem adotadas e mantidas pela Fundação de Trail, o Tribunal, a partir dos diversos estudos e testes que foram realizados, elaborou duas tabelas, conforme a estação, o horário e fatores tais como o nível do vento, temperaturas atmosféricas, turbulência, luz solar e umidade, entre outros, cujas definições relativas aos termos e condições foram por ele previstas, bem como estabeleceu restrições gerais, tudo a fim de prescrever um regime máximo admissível por hora de emissão de dióxido de enxofre expresso em toneladas por hora de nível de enxofre, que custou ao Canadá aproximadamente USD 20 milhões, mas, caso não fosse cumprido, ensejaria compensação do Canadá aos Estados Unidos pelos danos causados. Nesse contexto, também se faz oportuno apontar, em suas próprias palavras, a perspectiva científica inédita adotada pelo Tribunal Arbitral:

Este é provavelmente o estudo mais completo já feito de qualquer área sujeita à poluição atmosférica por fumaça industrial. Alguns fatores, como a turbulência atmosférica e os movimentos das correntes de ar superiores, foram aplicados pela primeira vez à questão do controle de fumaça. Foi formulado um regime que deveria limitar na fonte as fumigações diurnas esperadas até um ponto em que elas não produziam concentrações abaixo do limite internacional suficiente para causar danos à vida vegetal. Este é o objetivo que este Tribunal se propôs realizar.

Com isso, “baseando-se em estudos científicos e técnicos de profundidade, ele propõe uma solução que pode constituir uma equivalente, ou justa, alocação do ar da região compartilhado entre a fundição no Canadá e a comunidade agrícola nos Estados Unidos e,

⁶⁵⁵ MCCAFFREY, Stephen C. Of paradoxes, precedents, and progeny: the trail smelter arbitration 65 years later. In. BRATSPIES, Rebecca M.; MILLER, Russel A (Org.). Transboundary harm in international law: lessons from the trail smelter arbitration. Nova York: Cambridge University Press, 2006, p. 35.

portanto, entre os dois países”.⁶⁵⁶ A conciliação dos interesses de ambas as partes é percebida na medida em que foi garantida a indenização pelos danos causados, sem, contudo, serem encerradas as atividades da Fundição, o que foi possível com base em uma perspectiva de prevenção de novos danos, por meio da previsão de uma medida de controle das operações a fim de reduzir os químicos prejudiciais ao ambiente emitidos pela companhia.

Outro ponto essencial da decisão trata da conclusão do Tribunal com relação ao dano futuro, na qual, estabelecendo a responsabilidade do Canadá, entendeu-se que sob os princípios do direito internacional, bem como do direito dos Estados Unidos, nenhum Estado tem o direito de usar ou permitir o uso de seu território de modo a causar um prejuízo por gases no ou para o território de outro ou das suas propriedades ou pessoas, quando o caso seja de sérias consequências e o prejuízo seja estabelecido por evidencia clara e convincente. A partir dessa consideração a respeito da responsabilidade do Estado, é imprescindível observar que o Tribunal Arbitral nesse caso “articulou o princípio do dano transfronteiriço no direito internacional”,⁶⁵⁷ cuja importância se percebe pelo fato de que “esse princípio passaria a ser invocado como fundamento de grande parte das normas de proteção ao meio ambiente posteriormente criadas”,⁶⁵⁸

Por fim, apesar de existirem críticas à decisão,⁶⁵⁹ considera-se que, “mais de setenta anos depois, a decisão Trail Smelter continua a contribuir para a resolução pacífica das disputas internacionais”.⁶⁶⁰ Nesse sentido, notadamente diante do atendimento, em certa medida, aos interesses de ambas as partes, bem como da elaboração de um dever de prevenção e da responsabilidade do Estado, concorda-se que o sucesso da solução dada por essa arbitragem “deve não só criar esperanças para muitas outras resoluções amigáveis de

⁶⁵⁶ MCCAFFREY, Stephen C. Of paradoxes, precedents, and progeny: the trail smelter arbitration 65 years later. In. BRATSPIES, Rebecca M.; MILLER, Russel A (Org.). Transboundary harm in international law: lessons from the trail smelter arbitration. Nova York: Cambridge University Press, 2006, p. 37;

⁶⁵⁷ MENAKER, Andrea J. The trail smelter dispute. In. ULF, Franke; MAGNUSSON, Annette; DAHLQUIST, Joel (Org.). Arbitrating for peace: how arbitration made a difference. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2016.

⁶⁵⁸ BORGES, Leonardo Estrela. Direito ambiental internacional e terrorismo: os impactos no meio ambiente. Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília, a. 2, n. 9, p. 75-94, out./dez. 2003, p. 79.

⁶⁵⁹ Por exemplo, dentre as críticas feitas por Moniz, estão os fatos de o tribunal ter se alicerçado em padrões exigentes de prova, bem como ter implementado um regime de controle de poluição com base na ideia de boas relações de vizinhança, em que se toleram pequenas intromissões que não ultrapassem o inaceitável. MONIZ, Maria da Graça de Almeida D'Eça do Canto. Direito internacional do ambiente: o caso da fundição de trail. Diversitates International Journal, Niterói, v. 4, n. 2, p. 01-33, dez. 2012, p. 5.

⁶⁶⁰ MENAKER, Andrea J. Op. Cit.

disputas, mas também encorajar Estados e entidades não estatais a olhar para ADR mais a sério”.⁶⁶¹

4.3 Caso Iron Rhine, Bélgica v. Holanda: a interpretação dos tratados internacionais

Uma das situações em que o direito ambiental se insere no contexto arbitral internacional diz respeito à interpretação a ser dada ao direito controvertido, no sentido de serem aplicadas as normas atuais do direito ambiental, mesmo que não haja previsão explícita a respeito disso no tratado internacional discutido entre as partes. Tal foi estabelecido na arbitragem do caso Iron Rhine (Bélgica v. Holanda) perante a Corte Permanente de Arbitragem.⁶⁶² Consoante se extrai do relatório da sentença arbitral, a controvérsia tinha por objeto a linha ferroviária Iron Rhine que liga o porto da Antuérpia na Bélgica, através de duas províncias holandesas, à bacia do Reno na Alemanha, cujas origens remontam, entre outros, a um tratado de 1839 referente à separação dos territórios da Bélgica e Holanda, conferindo àquela o direito de trânsito nesta para chegar à Alemanha e, especificamente, a uma convenção de 1873 estabelecendo a construção da ferrovia em questão através do território holandês.

Desde 1991, a ferrovia Iron Rhine não era usada para o tráfego entre a Bélgica e a Alemanha. Ainda que a Bélgica houvesse informalmente manifestado interesse em uma possível reativação da ferrovia, o governo holandês, durante essa década, providenciou que fossem designadas reservas naturais nas províncias de Noord-Brabant e Limburg, algumas das quais eram cruzadas pela rota da Iron Rhine. Em 1998, o Primeiro Ministro da Bélgica iniciou discussões formais entre os governos sobre o uso, restauração, adaptação e modernização da ferrovia, que levaram à adoção, em 2000, do Memorando de Entendimento, exigindo, entre outros, a conclusão de certos estudos de impacto ambiental da reativação, bem como um cronograma para o período de adaptação do uso moderno. Os estudos ambientais foram concluídos em 2001, todavia, com relação ao segundo aspecto da implementação do Memorando, as partes entraram em desacordos sobre a possibilidade e as condições do dito “uso temporário” da linha férrea, razão pela qual firmaram um compromisso arbitral em 2003, a fim de determinar a natureza e o alcance do direito de trânsito da Bélgica e a obrigação das partes à luz do direito na alocação dos custos.

⁶⁶¹ BHAT, Sairam. Natural resources conservation law. Nova Deli: SAGE Publishing India, 2010, p. 500.

⁶⁶² PCA. Sentença na arbitragem relacionada a Ferrovia Iron Rhine ("Ijzzeren Rijn"). Partes: Reino da Bélgica e Reino da Holanda. Relator: Judge Rosalyn Higgins. Haia, 24 maio 2005. Disponível em http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XXVII/35-125.pdf. Acesso: 02 jul. 2019.

Para entender a controvérsia entre as partes, observa-se que o artigo XII do tratado de 1839 previa que, na criação de uma “nova” linha ferroviária, os gastos seriam arcados pela Bélgica, enquanto, segundo o artigo XI, no caso de “mera manutenção” da linha existente, estes seriam suportados pela Holanda. Para Bélgica, em razão do direito de trânsito concedido pelo tratado, a Holanda estaria obrigada a, no mínimo, permitir o uso temporário imediato da via histórica e, a longo prazo, uma grande reativação da rota. Por sua vez, a Holanda contestou que esse direito de trânsito deveria ser interpretado restritivamente, pois as medidas ambientais impostas à reativação da linha constituiriam o legítimo exercício da sua soberania, bem como que a Bélgica deveria suportar todos os custos, em razão de se tratar de “mera manutenção”, eis que as necessárias modernização e adaptação seriam bastante consideráveis.

Enfim, o Tribunal Arbitral determinou que o direito de trânsito assegurava o direito da Bélgica de reativar a Iron Rhine, bem como que a Holanda tinha o direito de submeter o exercício desse direito à razoáveis medidas ambientais protetivas. Entendido que o novo uso para a Iron Rhine seria suscetível de causar impacto adverso no ambiente, provocando prejuízos, o Tribunal Arbitral se viu enfrentando, ao aplicar os princípios ambientais, notadamente o dever de precaução, “o efeito do exercício de um direito garantido por tratado de um Estado no território de outro Estado e um possível impacto desse exercício no território deste último estado”, ao que seriam aplicáveis as considerações de proteção ambiental quando, perante o direito internacional, um Estado exerce um direito dentro do território de outro. Assim, uma vez que deveriam ser conciliados o exercício do direito da Bélgica e as legítimas preocupações ambientais da Holanda, o Tribunal determinou que medidas de proteção ambiental fossem inteiramente integradas no projeto e nos seus custos gerais, devendo ser suportado pela Bélgica o financiamento do elemento ambiental sobre toda a reativação, enquanto considerado parte do exercício do trânsito.

Diante do que foi apresentado, é importante observar que, embora os argumentos utilizados por ambas as partes tenham razões outras que não puramente ambientais, ainda assim, houve, no presente caso, a ponderação entre aspectos econômicos e ambientais para concretizar o princípio do desenvolvimento sustentável. No caso em questão, considera-se, inclusive, que “o aspecto mais essencial da Sentença é a sua contribuição ao método de integrar o direito ambiental internacional no processo decisório”,⁶⁶³ eis que o Tribunal Arbitral considerou as normas de direito ambiental internacional na interpretação das

⁶⁶³ DOMINICÉ, Christian. The iron rhine arbitration and the emergence of a principle of general international law. In. NDIAYE, Tafsir Malick; WOLFRUM, Rüdiger. (Org.). Law of the sea. environmental law and settlement of disputes. Leiden: Martinus Nijhoff, 2007, p. 1068.

previsões decorrentes do tratado entre as partes. Ressalta-se a clara opção do Tribunal por uma perspectiva evolutiva no aspecto intertemporal de interpretação e aplicação do tratado, uma vez que, em sua decisão, não foram consideradas nem a inexistência de qualquer referência ao ambiente no tratado de 1839, nem as regras existentes na década de 1990, decidindo o Tribunal interpretar com base nas normas de direito ambiental internacional atuais, isto é, existentes ao tempo da sua decisão. Concorde-se que essa decisão foi acertada, porquanto o contrário “poderia afetar o status jurídico dos princípios ambientais, pois estes sofreram mudanças significativas nesse tempo, indo do domínio de uma *soft law* para o de uma *hard law*, nas últimas duas décadas”.⁶⁶⁴

Por fim, a partir desse caso, aponta-se que, “enquanto o tribunal argumentou ter desenvolvido o princípio do desenvolvimento sustentável para desenvolver o direito aplicável do tratado, pode-se argumentar igualmente que o tribunal de fato usou o caso para desenvolver o princípio do desenvolvimento sustentável”.⁶⁶⁵ Isso porque, além de usar o princípio para o elaborar o raciocínio jurídico, o Tribunal teria, ao implicar o dever de precaução no princípio do desenvolvimento sustentável, apresentado considerações importantes sobre seu conteúdo normativo. Veja-se que foi aplicado o princípio do desenvolvimento sustentável em um caso que simplesmente poderia ter sido decidido com os mesmos resultados sem qualquer intervenção de considerações ambientais, por exemplo, a partir da soberania territorial da Holanda (para a legalidade das medidas por ela impostas), da ampla interpretação do tratado (para a obrigação geral da Bélgica de pagar pela modernização da linha) e das noções gerais de equidade (para que em determinados trechos houvesse contribuições da Holanda). É no contexto dessa arbitragem que se percebe que “um antigo tratado formou um pano de fundo ideal para mostrar que as coisas mudaram em relação ao meio ambiente, e essa afirmação foi apta a levar a proteção ambiental ainda mais longe”.⁶⁶⁶

4.4 Caso S.D Myers v. Canada e Caso Aven v. Costa Rica: a violação das normas ambientais como fundamento da defesa do Estado

Além dos TBIs, é possível que mecanismos de proteção de investimentos sejam incluídos também em ALCs. Exemplos de ALCs são o Tratado Norte-Americano de Livre

⁶⁶⁴ BAETENS, Freya. The iron rhine case: on the right track to sustainable development? In. SEGGER, Marie-Claire Cordonier; WEERAMANTRY, C.G (Org.). Sustainable development principles in the decisions of international courts and tribunals 1992-2012. Londres: Routledge, 2017, p. 302.

⁶⁶⁵ DJEFFAL, Christian. The iron rhine case - a treaty's journey from peace to sustainable development. ZaoRV, Heidelberg, v. 71, p. 569-586, 2011, p. 585.

⁶⁶⁶ Ibid., p. 584.

Comércio (NAFTA) e o Acordo de Livre comércio da América Central e República Dominicana (CAFTA-DR). Especificamente no contexto desses acordos, serão apresentados dois casos, em que, tanto no primeiro, sob os auspícios do NAFTA, quanto no segundo, do CAFTA-DR, é possível examinar que, na arbitragem iniciada por investidores requerendo compensação pelos prejuízos aos seus investimentos, os Estados alegaram a questão do descumprimento das normas de proteção ambiental. Nessas arbitragens, julgadas respectivamente no final de 2002 e no final de 2018, é clara a ponderação (e por que não uma evolução?) da proteção ambiental com o livre comércio, ainda que o resultado no caso concreto de cada uma delas venha a ser distinto, conforme será examinado.

O primeiro caso trata da disputa iniciada, no final de 1998, perante um Tribunal Arbitral *ad hoc*, pela SD Myers Inc., empresa estabelecida nos Estados Unidos, que alegava ter sofrido perdas e danos pela violação de obrigações estabelecidas no NAFTA, contra o Canadá, país onde era “investidora” e possuía “investimento”, tal qual definido no tratado. Nota-se que, em sua defesa, o Canadá negou a condição de investidora da empresa e de seu investimento, e sustentou que, ainda que fosse investidora, ela não havia cumprido com as normas ambientais locais, razão pela qual o Canadá não teria descumprido suas obrigações perante o NAFTA, nem a empresa teria sofrido quaisquer perdas e danos. A disputa foi decidida em três sentenças parciais entre novembro de 2000 e dezembro de 2002.

A empresa S.D. Myers atuava na remediação de disposição de bifenilas policloradas (PCB), um composto químico ambientalmente perigoso, com substâncias altamente tóxicas, que era usado na fabricação de eletrônicos. A atividade consistia na análise do nível de contaminação de equipamentos e óleos por PCB, no transporte deles para uma instalação, na extração dos PCBs dos materiais transportados e na sua destruição. Nos anos 1990, a empresa projetou estender a venda dos seus serviços para o Canadá, criando uma filial canadense para obter o lixo PCB do Canadá para ser tratado nos Estados Unidos, já que o mercado para os seus serviços ficaria limitado diante da proibição em ambos os países de produção futura de PCBs.

A importação do PCB do Canadá era proibida, salvo se concedida pelo governo norte-americano uma exceção de operação por um ano, quando por ele entendido que a atividade não resultava em risco irrazoável à saúde humana ou ao ambiente. A empresa Myers recebeu da Agência de Proteção Ambiental dos Estados Unidos essa permissão, válida a partir de 15 de novembro de 1995. No entanto, os oficiais do Departamento do Meio Ambiente do Canadá passaram a emitir comunicados sobre fechar as fronteiras para o trânsito de PCBs, alegando

haver uma obrigação, conforme a Convenção da Basiléia, de destruir os seus resíduos PCBs em seu próprio território. Nesse contexto, em 16 de novembro de 1995, o Ministro do Meio Ambiente do Canadá aprovou uma “ordem interina” proibindo a exportação de PCB canadense para os Estados Unidos, fundamentada pela necessidade de ação imediata para “lidar com o significativo perigo ao meio ambiente e a vida e saúde humana”, muito embora não se tenha provado nos autos que o Ministro da Saúde e seu Departamento tenham feito uma avaliação independente sobre a existência de qualquer risco. Foi em razão dessa proibição canadense de exportação dos seus resíduos PCB, o que violaria previsões do NAFTA, que a empresa alegou ter sofrido prejuízo econômico aos seus investimentos, por oportunidades e contratos perdidos no Canadá. Não obstante, o Canadá sustentou em sua defesa que a sua medida era justificada por considerações ambientais.

O Tribunal Arbitral decidiu que as provas documentais que instruíam o processo “como um todo indicam claramente que a Ordem Interina e a Ordem Final tinham primeiramente o objetivo de proteger a indústria de disposição de resíduos PCB canadense da competição com a norte-americana”.⁶⁶⁷ Diante disso, entendeu “que não havia nenhuma razão ambiental legítima para introduzir a proibição. Se alguma vez houve um objetivo ambiental indireto - manter a indústria canadense forte para assegurar uma capacidade de descarte continua- isso poderia ter sido alcançado por outras medidas”, já que, segundo o Tribunal, outras formas igualmente eficazes poderiam ser usadas para encorajar o desenvolvimento e manutenção de uma indústria canadense de remediação de PCB.⁶⁶⁸

No caso, observa-se a análise do tribunal a respeito de alguns instrumentos internacionais firmados pelas partes que envolvem a temática da proteção ambiental. Entre eles, o Acordo Transfronteiriço de 1986, que é bem específico sobre os benefícios potenciais do movimento transfronteiriço de resíduos tóxicos em obter economias e melhor proteção ambiental, no qual foram previstos a exportação, a importação e o trânsito de resíduos perigosos através da fronteira comum entre os países para tratamento, armazenagem ou disposição, conforme, entre outros, as leis domésticas. Não obstante pudessem ser editadas normas internas a respeito do assunto, essa previsão, de acordo com o Tribunal, “não garantiria liberdade absoluta para excluir a importação ou exportação de resíduos perigosos simplesmente através da promulgação de quaisquer leis nacionais que quisessem”. Também

⁶⁶⁷ TRIBUNAL ARBITRAL *AD HOC*. Primeira Sentença Parcial. Requerente: S.D Myers, Inc. Requerido: Governo do Canadá. Relator: J. Martin Hunter. Toronto, 13 nov. 2000. Disponível em <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0747.pdf>. Acesso: 20 jul. 2019.

⁶⁶⁸ O Tribunal Arbitral apontou que “o direito do Canadá de obter todas as exigências governamentais e de conceder subsídios a indústria canadense são apenas dois exemplos de medidas alternativas legítimas”.

foi examinada a Convenção da Basileia, menos específica que o referido acordo, a qual, segundo o Tribunal, “reconhece que a gestão ambientalmente segura e eficiente dos resíduos não é necessariamente realizada evitando envios transfronteiriços”. Ainda, essa Convenção permitia a continuidade do Acordo Transfronteiriço, uma vez que expressamente autorizava as partes a realizar acordos bilaterais para o movimento transfronteiriço de resíduos, desde que não prejudicassem a gestão ambientalmente saudável, Importa notar outro instrumento internacional analisado pelo Tribunal, o Acordo Norte-Americano sobre Cooperação Ambiental (NAAEC), um “acordo lateral” ao NAFTA sobre o meio ambiente, que contemplava objetivos e princípios, entendidos como consistentes com as previsões expressas do Acordo Transfronteiriço e da Convenção da Basileia, cujo “corolário lógico deles é que se o estado pode alcançar o seu nível de proteção ambiental escolhido através de uma variedade de meios igualmente efetivos e razoáveis, é obrigado a adotar a alternativa que mais consistente com o livre comércio”. Por fim, o Tribunal analisou que, de acordo com o Preâmbulo do NAFTA e o NAAEC, as disposições específicas do NAFTA deveriam ser interpretadas à luz dos seguintes princípios gerais: “As partes têm o direito de estabelecer altos níveis de proteção ambiental. Elas não são obrigadas a comprometer seus padrões meramente para satisfazer os interesses políticos ou econômicos de outros estados; As Partes devem evitar criar distorções ao comércio; A proteção ambiental e o desenvolvimento econômico podem e devem apoiar-se mutuamente”.

Assim, na primeira sentença,⁶⁶⁹ a respeito da responsabilidade, o Tribunal estabeleceu que o Canadá havia violado as previsões do NAFTA sobre o tratamento nacional e os padrões mínimos das disposições relativas ao tratamento. Verifica-se que, no julgamento feito pelo Tribunal Arbitral, a norma que autorizava o Canadá a adotar uma medida ambiental legítima não fora relevante, pois entendeu-se que, no caso, a proibição de exportação visava proteger

⁶⁶⁹ A respeito da decisão, em 2001, o Canadá, sustentando que o Tribunal Arbitral teria excedido sua jurisdição porque a sentença era contrária à sua ordem pública, buscou anulá-la perante o Tribunal Federal do Canadá. A demanda, contudo, foi rejeitada em 2004 pelo Tribunal canadense (Tribunal), que concluiu que nenhum aspecto das decisões do Tribunal Arbitral (“tribunal”) era contrário à ordem pública do Canadá, senão veja-se: “A subalínea 34 (2)(b)(ii) do Código, que estabelece que uma sentença arbitral pode ser anulada após a revisão judicial se ‘for contrária à ordem pública do Canadá’ não significa a posição política ou a posição internacional do Canadá, mas sim ‘noções fundamentais e princípios de justiça’. Entra principalmente nestes princípios o fato de que o tribunal não ultrapassou a sua jurisdição e que o excesso de jurisdição pode ser uma decisão manifestamente razoável, como total desrespeito pela lei, de modo que constitui um abuso de poder equivalente a uma injustiça flagrante. As conclusões do tribunal, neste caso, não podem, no entanto, ser consideradas patentemente despropositadas, claramente irracionais ou como resultado de uma injustiça flagrante. O Tribunal conclui que nenhum aspecto das decisões do tribunal foi contrário à ordem pública do Canadá”. CANADÁ. Tribunal Federal do Canadá. Caso 2004 CF 38. Requerente: Canadá. Requerido: S.D Myers Inc. Relator: J. Kelen. Ottawa, 13 jan. 2004. Disponível em <https://reports.fja.gc.ca/fja-cmf/j/fr/item/330850/index.do>. Acesso: 14 jul. 2019.

as empresas canadenses da concorrência com as norte-americanas, em vez de proteger o meio ambiente. Essa conclusão pode ser percebida pela ponderação do livre comércio com a proteção ao ambiente por meio de normas jurídicas, para o fim de se admitirem aquelas cujas medidas promovessem a máxima efetividade dos direitos envolvidos da forma menos gravosa, o que não ocorreu na hipótese do caso concreto. Por fim, ainda foram proferidas a segunda sentença para tratar dos danos, sendo definido em 6 milhões de dólares canadenses o valor da compensação devida apenas pelos prejuízos diretamente causados ao investidor pela violação das previsões do NAFTA,⁶⁷⁰ e a terceira, e última, sentença para tratar das custas.⁶⁷¹

Por sua vez, o segundo caso a ser examinado é a disputa, sob o CAFTA-DR, com previsão de arbitragem, cuja sentença foi proferida no final de 2018.⁶⁷² Verifica-se que, em 2014, os requerentes, cidadãos norte-americanos, demandaram, em seu nome e em nome de vários empreendimentos, contra a Costa Rica, perante o ICSID. A disputa surgiu dos investimentos compreendendo parcelas de uma área de terra de aproximadamente 37 hectares em Esterillos Oeste, na costa do Pacífico da Costa Rica, para o desenvolvimento de um projeto de turismo, o “Projeto Las Olas”. Os demandantes já haviam dado início ao desenvolvimento do projeto e às atividades de venda, quando, com base em denúncias dos vizinhos da área, as autoridades costarriquenhas fizeram inspeções e identificaram supostos pantanais e terrenos florestais dentro do sítio, diante do que sobrevieram ações judiciais e administrativas que paralisaram o projeto, resultando na destruição total dos investimentos feitos pelos demandantes e na suposta violação das obrigações da Costa Rica perante o CAFTA-DR. No processo arbitral, foi alegado que a Costa Rica deixou de lhes garantir um tratamento justo e equitativo, tratou-lhes com discriminação e indiretamente expropriou o direito ao valor do seu investimento sem uma compensação, tendo sido requerido ao Tribunal Arbitral a condenação da Costa Rica a indenização por danos materiais em mais de USD 69 milhões.

Em sua defesa, a Costa Rica, sustentou que a proteção ambiental era uma política chave do seu governo, o que teria sido reconhecido sob o CAFTA-DR, e que os direitos de proteção do investimento estavam subordinados à proteção do ambiente. Daí porque todas as

⁶⁷⁰ TRIBUNAL ARBITRAL *AD HOC*. Segunda Sentença Parcial. Requerente: S.D Myers, Inc. Requerido: Governo do Canadá. Relator: J. Martin Hunter. Toronto, 21 out. 2002. Disponível em <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0752.pdf>. Acesso: 14 jul. 2019

⁶⁷¹ TRIBUNAL ARBITRAL *AD HOC*. Sentença Final (relativa à repartição de custas entre as Partes Litigantes). Requerente: S.D Myers, Inc. Requerido: Governo do Canadá. Relator: J. Martin Hunter. Toronto, 30 dez. 2002. Disponível em <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0754.pdf>. Acesso: 14 jul. 2019.

⁶⁷² ICSID. Tribunal Arbitral. Sentença Final. Caso n. UNCT/15/3. Requerente: David Aven e outros. Requerido: República da Costa Rica. Relator: Eduardo Siqueiros. Londres, 18 set. 2018. Disponível em https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9955_0.pdf. Acesso: 14 jul. 2019.

ações por ela tomadas em relação ao projeto Las Olas estariam em conformidade com as leis locais aplicáveis para a proteção do ambiente. A demandada também apresentou uma reconvenção, alegando que a suspensão do projeto Las Olas era justificada pelas obrigações de proteção ambiental assumidas pela Costa Rica sob o direito internacional e doméstico e que quaisquer contradições no CAFTA-DR entre o capítulo do meio ambiente e o do investimento deveriam ser interpretadas em favor do primeiro. Diante disso, requereu ao Tribunal a declaração de que os demandantes teriam causado danos ambientais na Costa Rica e a sua condenação ao pagamento de compensação entre USD 500 mil a 1 milhão, pelo dano ambiental ocasionado no ecossistema Las Olas.

É importante observar, na sentença proferida em setembro de 2018, que o Tribunal Arbitral entendeu que os direitos dos investidores, sob o CAFTA-DR, são subordinados ao direito da Costa Rica de assegurar que os investimentos sejam conduzidos de maneira atenta às preocupações ambientais. Não obstante, isso não seria absoluto, porque o Estado deve “implementar e aplicar suas leis ambientais de uma maneira justa e não discriminatória, aplicando as ditas leis para proteger o ambiente, seguindo princípios do devido processo, não apenas para a sua adoção, mas também para o seu cumprimento”. Diante disso, o Tribunal precisava decidir se a maneira pela qual as leis foram aplicadas em relação aos demandantes era adequada e lícita, se estava de acordo com o CAFTA-DR. Para isso, o Tribunal precisaria analisar a legislação ambiental da Costa Rica, notadamente àquela relacionada às áreas protegidas envolvidas no caso, os pântanos e os bosques. Assim, dependeria de dois fatores saber se a Costa Rica havia violado a previsão de tratamento justo e equitativo a investimentos estrangeiros ou ilicitamente expropriado o investimento, quais sejam (1) se efetivamente existiam pântanos e bosques no Projeto Las Olas à época em que as medidas foram adotadas e (2) se os pântanos e os bosques foram adversamente impactados. Não há dúvidas de que o Tribunal se pronunciou sobre questões diretamente relacionadas ao meio ambiente.

A partir da análise de vários relatórios periciais e da definição das espécies nos termos da legislação ambiental costarriquenha, o Tribunal concluiu que havia pântano e bosque como compreendidos dentro da definição da Lei Florestal. Com base no contexto probatório do feito, o Tribunal pode determinar que “certamente” o pântano e o bosque haviam sido afetados pelas obras realizadas pelas Demandantes e que “a reação adotada em consequência pela Demandada tinha mérito conforme a legislação da Costa Rica, a qual não é inconsistente

com o direito internacional. Ademais, que as ações adotadas pela Demandada não são arbitrárias nem descumprem as obrigações sob CAFTA-DR”.

Por sua vez, em sede de reconvenção, a Costa Rica alegou que os demandantes conduziram atividades que impactaram adversamente o sítio do Projeto Las Olas, afetando o meio ambiente, diante do que o Tribunal deveria condenar as demandantes a reparação dos danos, uma vez que tinha jurisdição sobre reconvenções perante o CAFTA-DR e havia sido provada a existência de danos no ecossistema Las Olas. Embora a sua jurisdição tenha sido questionada na defesa dos demandantes, o Tribunal reconheceu a sua existência em tese, entendendo que as medidas adotadas para proteção do ambiente eram obrigatórias a todos sob a jurisdição do Estado, particularmente aos investidores estrangeiros, como efeito lógico da previsão do CAFTA-DR (referente à possibilidade de o Estado adotar as medidas entendidas como apropriadas para garantir que o investimento no seu território seja realizado em atenção às preocupações ambientais). Nas palavras do Tribunal, isso significa “que os investidores têm a obrigação, não apenas sob a lei doméstica, mas também sob [...] o CAFTA-DR de respeitar e cumprir as leis ambientais domésticas e regulamentos, incluindo as medidas adotadas pelo Estado hospedeiro para proteger a vida ou saúde humana, anima ou vegetal”.

No entanto, ainda que tenha reconhecido a possibilidade de os investidores serem processados pela violação às obrigações de proteção ambiental sob o CAFTA-DR, no caso concreto, o Tribunal verificou que, na reconvenção, a) a Costa Rica não teria se desincumbido de comprovar os fatos que sustentavam as suas alegações, “particularmente a evidencia de que os demandantes são os causadores de todos os danos ambientais”, e b) a emenda à inicial, que buscava corrigir tal falta de provas do dano ambiental, havia sido apresentada fora do prazo, em momento no qual os demandantes já não teriam mais oportunidade de se manifestar. Diante disso, o Tribunal acabou rejeitando a reconvenção.

De qualquer forma, é necessário registrar que o Tribunal enfrentou questões fundamentais para o debate sobre a arbitragem e o ambiente, pois reconheceu o direito de um Estado aplicar e impor a sua legislação ambiental contra os investidores estrangeiros e reconheceu a sua jurisdição *prima facie* para conhecer da reconvenção apresentada pelo Estado sobre os danos ambientais que tenham ocorrido. Explicita-se que um dos pontos interessantes do caso diz respeito justamente à possibilidade que a Costa Rica teve de obter do Tribunal Arbitral uma decisão condenatória para compensação do dano ambiental causado pelos demandantes, o que, contudo, viu-se ter sido rejeitada no caso em questão, notadamente pela falta de observância dos requisitos previstos nas regras da arbitragem, já que, segundo o

Tribunal, “não há nenhuma especificação da tutela buscada senão em termos muito genéricos e a quantificação é muito aproximada, baseada apenas na experiência pessoal de um perito, ao invés de qualquer método preciso de avaliação”. Enfim, ainda que nenhuma das partes tenha realmente obtido êxito em seus pleitos, é possível considerar que a Costa Rica saiu vencedora no caso, pois, a partir de sua defesa baseada na violação dos investidores às normas ambientais costarriquenhas, foi capaz de convencer o Tribunal sobre a total improcedência dos pedidos dos demandantes e a sua má-fé.

4.5 Caso Chevron v. República do Equador e caso Caso Burlington v. Equador: a responsabilidade pelos danos ambientais

Viu-se que, em razão de alguns tratados internacionais, partes privadas podem iniciar procedimentos arbitrais diretamente contra o Estado descumpridor das suas obrigações de proteção dos investimentos ou da circulação de mercadorias e serviços. Tal é o contexto das arbitragens de investimento, usadas com bastante frequência no cenário atual, uma vez que, segundo o Instituto Internacional para o Desenvolvimento Sustentável, “tornou-se comum para os Estados concordarem com a arbitragem antecipadamente, através de seus tratados, suas leis domésticas ou contratos que negociam com investidores estrangeiros”.⁶⁷³ A partir da celebração de um TBI, que consiste em “um acordo entre nações para estabelecer um arranjo para encorajar e proteger o investimento estrangeiro”,⁶⁷⁴ os investidores de uma parte contratante podem fazer investimentos com maior segurança no território da outra parte contratante. Sobrevindo o conflito, percebe-se que, na arbitragem de investimentos, estão envolvidas duas partes com interesses, públicos e privados, distintos: de um lado, um Estado e/ou suas entidades, que recebem o investimento, e, de outro, uma pessoa estrangeira, física ou jurídica, que o faz.

Feitas essas considerações preliminares, é importante destacar, no contexto dos investimentos realizados sob um TBI com previsão de arbitragem, a possibilidade de surgirem, perante um tribunal arbitral, controvérsias entre os investidores e o Estado envolvendo obrigações ambientais. Um caso bastante atual e extremamente complicado pode ser observado na arbitragem Chevron v. Equador envolvendo danos ambientais, cujo

⁶⁷³ OSTERWALDER, Nathalie Bernasconi-; ROSERT, Diana. Iisd report january 2014. investment treaty arbitration: opportunities to reform arbitral rules and processes. Manitoba: The International Institute for Sustainable Development, 2014, p. 01. Disponível em https://www.iisd.org/pdf/2014/investment_treaty_arbitration.pdf. Acesso: 25 abr. 2019

⁶⁷⁴ KHANNA, Vikramaditya; SINGH, Aditya. Current trends in internacional investment arbitration. Litigation, Chicago, v. 41, n. 3, p. 41-44, 2015, p. 41.

procedimento iniciou em 2009 pela Chevron e TexPet contra o Equador, sob o TBI entre os Estados Unidos e o Equador, em razão de uma sucessão de eventos ao longo de quase trinta anos de disputas, com diversos processos judiciais envolvidos. Em razão da alta complexidade do caso e de sua constituição como exemplo claro de arbitragem de massa, mostra-se necessário discorrer sobre o seu contexto para fins de perceber a resolução dos aspectos coletivos da tutela pleiteada.

O cenário anterior ao conflito diz respeito ao investimento que a TexPet e a Texaco (que posteriormente fundiu-se com a Chevron) fizeram na forma de concessão de petróleo em Oriente, no Equador, com início em 1964 até 1990. É possível observar até os dias de hoje a poluição de petróleo bruto na região abrangida pelas atividades do objeto da referida concessão, – que é, inclusive, muito próxima de onde habitam os indivíduos –, cuja origem, fora dos vazamentos e derramamentos acidentais, deriva principalmente de uma mistura de óleo e “água produzida” em poços, sujeita a correr adentro da terra adjacente e cursos d’água. Importa referir que, em 1995, foi celebrado um acordo, denominado de “Contrato para implementação da reparação ambiental e exoneração das obrigações, responsabilidade e demandas”, entre o Ministro de Minas e Energia do Equador, a PetroEcuador e a TexPet, estabelecendo que, após a realização das obrigações de reparação, a empresa estava dispensada de qualquer obrigação e responsabilidade contratual ou legal pelos impactos ambientais resultantes das operações de concessão. Destaca-se que, em 1998, o Equador, na pessoa do Ministro da Energia e Minas, a PetroEcuador, a PetroProdução, e a TexPet executaram a “Liberação Final”, certificando que a empresa tinha cumprido todas as obrigações sob o acordo de 1995, e, assim, estava exonerada de qualquer responsabilidade ambiental resultante das operações de concessão.

Em 1993, havia sido proposta, em Nova Iorque, uma ação pelos demandantes Aguinda, estimados em 30.000 indivíduos, em nome de todos os que se encontravam lesados pelos danos causados pela Texaco, a qual, em 2001, foi, pela segunda vez, julgada improcedente, no sentido de que o caso não tinha nenhuma relação com os Estados Unidos. Em 2003, esses mesmos demandantes entraram com uma ação, denominada de Lago Agrio, no Equador, em face da Chevron (em virtude da sua fusão com a TexPet). O caso foi julgado em 2011 pelo juiz Zambrano, de maneira contrária a Chevron,⁶⁷⁵ o que resultou nos

⁶⁷⁵ EQUADOR. Tribunal da Província de Sucumbios. Caso 2003-0002. Autor: María Aguinda, Ángel Piaguage et al. Réu: Company Chevron Corporation. Julgador: Nicolas Zambrano Lozada. Nueva Loja, 14 fev. 2011. Disponível em <https://chevrontinecuador.org/assets/docs/2011-02-14-Aguinda-v-ChevronTexaco-judgement-English.pdf>. Acesso: 14 jul. 2019.

julgamentos dos recursos ao Tribunal de Apelação (2012), ao Tribunal de Cassação (2013)⁶⁷⁶ e, finalmente, ao Tribunal Constitucional equatoriano (2018). A decisão de Zambrano condenava a Chevron em USD 18.2 bilhões para reparação dos danos difusos,⁶⁷⁷ incluindo USD 8.6 bilhões de danos punitivos pela inexistência de um oportuno pedido de desculpas pela Chevron, com 10% do valor a ser entregue à Frente de Defesa da Amazônia. Ainda, aponta-se que o Procurador Geral do Equador havia iniciado inquéritos criminais em 2003, que se transformaram em acusações criminais contra, entre outros, o Ministro de Energia e Minas, Veigas e Pérez (o vice-presidente e o advogado da TexPet), alegando a falsidade do acordo de 1995, sendo que tais acusações foram trazidas pelos advogados dos demandantes no caso Lago Agrio para anular os efeitos de tal acordo.

Esclarecido alguns aspectos do(s) conflito(s) até o momento, volta-se ao processo judicial do caso Lago Agrio, para observar que a decisão do Tribunal Constitucional do Equador, em junho de 2018, negou os recursos da Chevron, estabelecendo, entre outros, que a falta de declaração de fraude processual pelo Tribunal de Cassação não infringia o seu direito constitucional de proteção judicial porque o referido tribunal não tinha poderes para decidir sobre isso, e, ainda, que o Equador, como parte do acordo celebrado em 1995, não representava ou vinculava os demandantes do Lago Agrio, não havendo que se falar em coisa julgada.⁶⁷⁸

A Chevron entendeu que o julgamento do caso Lago Agrio, em 2011, foi sujeito à fraude processual e má conduta judicial, uma vez que a decisão havia sido assinada pelo juiz, mas escrita anonimamente pelos advogados dos demandantes em colusão e corrupção com o magistrado, o que não foi indicado ou remediado pelas cortes superiores do Equador. Como consequência, no mesmo ano, a Chevron ajuizou em Nova Iorque uma ação contra o

⁶⁷⁶ O Tribunal de Cassação veio a anular os danos punitivos e reduzir o valor dos danos a USD 9.5 bilhões, com 10% a ser pagos a Frente. EQUADOR. Corte Nacional de Justicia. Caso n. 174-2012. Recorrente: Chevron Corporation. Recorrido: María Aguinda, e outros. Relator: Lucía Toledo Puebla. Quito, 12 nov. 2013. Disponível em <https://chevroninecuador.org/assets/docs/2013-11-12-final-sentence-from-cnj-de-ecuador-spanish.pdf>. Acesso: 14 jul. 2019.

⁶⁷⁷ O valor se refere a (i) mais de USD 5 bilhões para recuperar as condições naturais do solo impactado pelas atividades da TexPet, (ii) USD 1.4 bilhões para plano de melhoria da saúde para cobrir os cuidados médicos criados pelo problema de saúde pública ocasionado pelos atos da Chevron, (iii) USD 100 milhões para a reconstrução da comunidade e programa de reafirmação étnica para reparar o prejuízo cultural, (iv) USD 150 milhões para a construção de um sistema de água potável para beneficiar as pessoas ocuparam a área que era operada pela Chevron, (v) USD 800 milhões para um plano de saúde que necessariamente incluía tratamento para as pessoas que sofram de câncer que possa ser atribuído as operações da TexPet (não sendo os demandantes do Lago Agrio), (vi) USD 200 milhões para recuperar a flora nativa, fauna e vida aquática da zona e (vii) USD 600 milhões para limpeza das águas subterrâneas.

⁶⁷⁸ EQUADOR. Corte Constitucional. Decisão n. 230-18-SEP-CC. Caso n. 0105-14-EP. Recorrente: Company Chevron Corporation. Recorrido: María Aguinda, e outros. Relator: Alfredo Ruiz Guzmán. Quito, 27 jun. 2018. Disponível em http://portal.corteconstitucional.gob.ec/Raiz/2018/230-18-SEP-CC/REL_SENTENCIA_230-18-SEP-CC.pdf. Acesso: 14 jul. 2019.

advogado Donziger e os seus escritórios (advogado dos demandantes do caso Lago Agrio), requerendo a reparação dos danos e uma medida cautelar pelo padrão de extorsão e violações legais por ele apresentados. Com base em e-mails privados, evidências forenses do seu computador, descobrimento de uma conta secreta para pagamentos ao perito judicial, obtidos através de ordens judiciais, finalmente em 2014, a demanda foi julgada procedente em favor da Chevron contra o advogado, cujos recursos foram negados pelo Tribunal do Segundo Circuito (2016) e pela Corte Suprema (2017), diante do que, em 2018, o Tribunal do distrito ordenou o pagamento de USD 944,463.85 pelo advogado à Chevron.⁶⁷⁹

Esses fatos relativos à fraude motivaram que a Chevron e TexPet ingressassem em 2009 com a arbitragem de investimento em questão,⁶⁸⁰ em razão de múltiplas violações ao TBI havido em 1993 entre os Estados Unidos e o Equador, no qual havia cláusula compromissória, bem como dos diversos danos decorrentes destas violações, inclusive, pela exposição das empresas às tentativas de execução do julgamento do caso Agrio em vários países. Todas as tentativas dos demandantes de executar a decisão judicial bilionária por danos ambientais contra Chevron em várias jurisdições pelo mundo falharam, inclusive no Brasil.⁶⁸¹

O Equador buscou a anulação das várias decisões provisórias proferidas em sede da arbitragem (para fins de que a decisão do caso Lago Agrio ficasse suspensa) perante um tribunal neerlandês, alegando que o tribunal arbitral não tinha jurisdição para apreciar a demanda da Chevron e que suas decisões violavam a ordem pública. Não obstante, a Suprema Corte neerlandesa, após recursos do Equador, manteve a decisão dos dois tribunais inferiores no sentido de que o tribunal arbitral tinha jurisdição para, à luz do texto do TBI, afirmar a sua

⁶⁷⁹ ESTADOS UNIDOS. Southern District of New York Court. Caso n. 11 Civ. 0691 (LAK). Memorandum opinion. Requerente: Chevron Corporation. Requerido: Steven Donziger et. al. Julgador: Lewis A. Kaplan. Nova Iorque, 28 fev. 2018. Disponível em <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/new-york/nysdce/1:2011cv00691/374606/1959/>. Acesso: 14 jul. 2019.

⁶⁸⁰ PCA. Tribunal Arbitral. Caso n. 2009-23. Segunda Sentença Parcial na Fase II. Requerentes: Chevron Corporation e Texaco Petroleum Company. Requerido: República do Equador. Relator: V.V. Veeder. Haia, 30 ago. 2018. Disponível em <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9934.pdf>. Acesso: 14 jul. 2019.

⁶⁸¹ Em novembro de 2017, o Superior Tribunal de Justiça brasileiro rejeitou por unanimidade a tentativa, caso em que o MPF opinou pela não homologação da decisão do caso Lago Agrio, nos seguintes termos: “a existência de decisão proferida pela Justiça norte-americana, no sentido de que a sentença estrangeira teria sido proferida mediante fraude, entre elas a corrupção do magistrado que proferiu o decisum homologando, leva à conclusão da existência de ofensa à ordem pública, apta a afastar a pretensão do pleito homologatório”. Os fundamentos adotados pelo voto do Relator para não acolher o pedido foram: (i) inexistência e jurisdição brasileira, pois o conflito não envolveria partes brasileiras ou domiciliadas no país, os fatos não ocorreram no país e não foi estabelecida obrigação a ser nele cumprida; (ii) ausência de interesse processual dos requerentes, em razão da ausência de jurisdição brasileira; (iii) a existência de fundadas suspeitas de fraude processual e corrupção, que impediriam a homologação sob a perspectiva de ofensa aos bons costumes e à ordem pública nacional. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sentença Estrangeira Contestada n. 8542 - EC. Requerente: Maria Aguinda Salazar e outros. Requerido: Chevron Corporation. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 15 mar. 2018.

própria competência que tinha uma base válida para proferir medidas provisórias em favor da companhia, pois consistentes com a ordem pública e justificadas para prevenir danos irreversíveis à Chevron.⁶⁸²

Na arbitragem, o Tribunal Arbitral decidiu dividir a resolução do conflito em duas fases. Na primeira, o tribunal resolveria se o Acordo de Liberação excluía as demandas no litígio Lago Agrio, enquanto, na segunda, trataria exclusivamente das reivindicações de negação de justiça. Na primeira fase, em 2013, foi proferida uma decisão parcial, em que o Tribunal considerou que o Acordo de Liberação liberava a TexPet e suas afiliadas de qualquer responsabilidade por demandas de interesse público ou interesse ambiental coletivo, mas excluía as demandas individuais por danos pessoais. Cabia, então, ao Tribunal determinar se o caso Lago Agrio envolvia ou não direitos difusos, os quais, por sua vez, eram aqueles que, nos termos da decisão anterior, estavam excluídos de responsabilidade pelo acordo. Em 2015, o Tribunal Arbitral identificou que originalmente a reclamação apresentada pelos requerentes do Lago Agrio poderia ser lida como demandando também individualmente. Isto é, a inicial do caso Lago Agrio envolvia direitos difusos, mas também direitos individuais, sendo que estes não estariam abrangidos no âmbito do acordo de 1995. Não obstante, o Tribunal Arbitral se reservou a decidir posteriormente como isso foi desenvolvido e enfrentados no caso Lago Agrio.

Por sua vez, o Tribunal Arbitral, na decisão “sobre a responsabilidade”, em agosto de 2018, entendeu que as empresas não tinham responsabilidade pelos danos ambientais, pois as decisões dos tribunais do caso Lago Agrio, que apontaram a Chevron como responsável pelos danos difusos, são contrárias à obrigação do Equador em liberar a Chevron de tal responsabilidade sob o Acordo celebrado em 1995 – o que violava o Tratado de Investimento entre os Estados Unidos e o Equador e normas do direito consuetudinário internacional.

Nessa segunda fase, o Tribunal constatou que o julgamento Lago Agrio identificou e decidiu os pedidos dos requerentes como difusos e não como individuais buscando compensação por algum prejuízo pessoal de um requerente. De acordo com o Tribunal Arbitral, nenhum dos valores poderia ser entendido como de uma sentença de compensação por danos pessoais sofridos por um dos indivíduos requerentes do Lago Agrio. A questão relativa ao julgamento do caso Lago Agrio ter decidido a respeito de direitos difusos foi

⁶⁸² HOLANDA. Hoge Raad der Nederlanden. [Caso ECLI:NL:HR:2019:565](#). Recorrente: República do Equador. Recorrido: Chevron Corporation e Texaco Petroleum Company. Relator: C. M. V Polak. Haia, 12 abr. 2019. Disponível em www.theamazonpost.com/wp-content/uploads/2019/04/2019_04_12-Supreme-Court-Decision-CERT-Eng.pdf. Acesso: 17 ago. 2019.

importante para a análise referente ao julgamento Lago Agrio estar impedido pelo acordo de 1995.

Uma das questões interessantes das alegações de ausência de jurisdição do Tribunal Arbitral apresentadas pelo Equador estava fundada na existência de direitos de terceiros, que não seriam partes no procedimento arbitral. De acordo com o Estado demandado, a reivindicação da Chevron na arbitragem, ao impugnar o julgamento Lago Agrio, poderia, se bem sucedida, prejudicar gravemente os requerentes do Lago Agrio. Em resposta a isso, as demandantes afirmaram que a disputa em causa envolvia apenas o Estado do Equador e as empresas e que os requerentes do caso Lago Agrio não teriam direitos distintos que pudessem ser afetados pela arbitragem, pois os direitos que buscaram contra a Chevron seriam os mesmos que o Equador concordou estarem excluídos no Acordo de Liberação.

O Tribunal Arbitral reconheceu que uma decisão declaratória, caso por ele concedida, poderia ser usada pela Chevron, pelo menos como meio de prova, para se defender nos procedimentos de execução da decisão Lago Agrio em outros países. Não obstante, o Tribunal rejeitou as objeções de falta de jurisdição levantadas pelo Equador, entendendo que as suas deliberações na disputa entre as partes da arbitragem não decidiriam as questões do efeito do Acordo de Liberação entre a Chevron e os requerentes do Lago Agrio, motivo pelo qual estes não poderiam ser considerados indispensáveis para a resolução do mérito da demanda das empresas. Com efeito, o Tribunal Arbitral fez a ressalva de que não considerava qualquer de suas decisões na arbitragem como legalmente vinculantes para qualquer um dos requerentes do Lago Agrio, já que não teria jurisdição, à luz do TBI, para decidir sobre as demandas pelos danos pessoais (aquelas não envolvendo direitos difusos) desses requerentes. Isso significa que as demandas dos requerentes Lago Agrio relacionadas aos seus prejuízos pessoais decorrentes do dano ambiental não estariam preclusas pela decisão do caso das empresas na arbitragem.

Nesse sentido, o Tribunal Arbitral também decidiu que a reconvenção pelo Equador alegando danos ambientais tratava dos direitos individuais dos requerentes Lago Agrio, o que não seria um direito pertencente ao Equador. Ainda que a reconvenção tratasse de direitos difusos contra a Chevron ou a TexPet, isso não poderia ter procedência sem que o Equador estivesse violando o efeito do Acordo de Liberação de 1995, que, como julgado anteriormente pelo Tribunal, tinha por objeto justamente a liberação da responsabilidade por danos difusos. Assim, foi afastada a reconvenção sobre danos ambientais apresentada pelo Equador na arbitragem.

Com relação ao mérito da demanda das empresas, o Tribunal Arbitral declarou que diversos trechos do julgamento foram escritos pelos representantes dos demandantes para o juiz; que se o Equador executar a decisão do Lago Agrio, ou facilitá-la, estará cometendo negação de justiça sob os padrões do direito consuetudinário internacional inseridos no Tratado; que o Equador é responsável pela reparação total por negação de justiça. Os valores devidos pelo Equador relativos à quantidade de compensação, danos morais, reembolsos, pagamentos, custas seriam apontados em decisão da próxima etapa. Nesse contexto, ao Equador foram estabelecidas obrigações incondicionais de resultado, consubstanciadas, entre outras, em tomar medidas imediatas, a sua escolha, para remover o status de executável do julgamento Lago Agrio, em impedir que qualquer parte, direta ou indiretamente, executasse a decisão e em advertir prontamente por escrito qualquer Estado (incluindo na esfera judicial) no qual os demandantes do caso Lago Agrio estivessem tentando executá-lo.

Seja pelo grande número de demandantes no caso Lago Agrio, seja pela natureza difusa do seu objeto (danos ambientais), seja pelas diversas tentativas de executar a decisão Lago Agrio em outros países, seja pelos valores, materiais,⁶⁸³ inquéritos criminais, processos judiciais e arbitragem envolvidos, não há dúvidas de que o caso entre a Chevron e o Equador se trata de um processo coletivo a nível internacional, cuja resolução parece cada vez mais longe de acabar: nasce agora a disputa sobre o que vai prevalecer, a decisão do tribunal arbitral internacional ou do tribunal constitucional equatoriano, ambas proferidas em 2018.

Outro caso que envolve a responsabilidade por danos ambientais é a arbitragem perante o ICSID iniciada pela Burlington Resources Inc., investidora norte-americana, ativa na exploração de recursos naturais, em face do Equador, alegando expropriação ilegal dos seus interesses em determinados blocos petrolíferos, sob o TBI entre este Estado e os Estados Unidos.⁶⁸⁴ A empresa investia em várias instalações de produção de petróleo no Equador, junto com a sua parceira do consórcio Perenco Ecuador Ltd. Em 2001, a Burlington recebeu os Contratos de Participação (CPs) para os blocos 7 e 21 na região amazônica equatoriana, nos quais foram previstos que todos os custos e riscos operacionais eram da Burlington e da Perenco, em troca de receberem uma participação na produção de petróleo, bem como que qualquer aumento tributário futuro deveria ser absorvido pela petrolífera estatal PetroEcuador.

⁶⁸³ Por exemplo, só o processo do caso Lago Agrio possuía 237.000 páginas, com mais de 100 relatórios periciais, até o ano de 2011, quando foi julgado no Equador por Zambrano.

⁶⁸⁴ ICSID. Tribunal Arbitral. Caso n. ARB/08/05. Decisão sobre a responsabilidade. Requerente: Burlington Resources Inc. Requerido: República do Equador. Relator: Gabrielle Kaufmann-Kohler. 14 dez. 2012. Disponível em https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1094_0.pdf. Acesso: 14 jul. 2019.

Em 2006, o Equador aprovou uma lei que criava um imposto a ser pago pelas empresas petrolíferas com alíquota de 50% da quantia, se alguma, pela qual o preço de mercado do petróleo excedia o preço do petróleo ao tempo em que os CPs foram celebrados, sendo que, em 2007, foi emitido um decreto que aumentava essa alíquota da lei para 99%. A Burlington pagou o imposto, mas solicitou a PetroEcuador a aplicação de um fator de correção que absorvesse os efeitos da lei, indo ao encontro das cláusulas de modificação tributária dos CPs, o que, contudo, não foi atendido pelo Equador e pela PetroEcuador. Uma vez que empresa decidiu parar de pagar em 2009, o Equador, para executar a cobrança dos impostos pendentes, embargou a produção e carga dos blocos 7 e 21 e, depois, levou o petróleo bruto apreendido a oito leilões, nos quais a PetroEcuador pôde adquirir grande parte por preços abaixo dos valores do mercado. Por conta disso, o Consórcio ameaçou suspender as operações nos blocos a não ser que o Equador e a PetroEcuador reparassem as suas violações e devolvessem os volumes de petróleo bruto apreendidos ou o valor de mercado equivalente, motivo pelo qual o Equador veio a ocupar os blocos 7 e 21 para garantir a continuidade das operações, estando em posse das instalações desde então.

A partir da aplicação da referida lei aos seus investimentos, da apreensão de suas participações, da tomada física das instalações e do encerramento dos CPs, a Burlington alegou, na arbitragem, que tais medidas tomadas pelo Equador constituíram uma expropriação, requerendo, pela violação ao TBI, a reparação pelos danos. Na decisão de 2012 sobre o mérito da responsabilidade do Equador, o Tribunal Arbitral, ao analisar cada uma das medidas, entendeu que apenas aquela relativa à posse das instalações de produção pelo Equador constituiu uma expropriação ilícita do investimento da Burlington, cujos danos vieram a ser avaliados, conforme a decisão condenatória proferida em 2017, em mais de USD 379 milhões.⁶⁸⁵

O que importa observar é a decisão proferida também em 2017 sobre a reconvenção que foi apresentada pelo Equador em relação aos danos ao meio ambiente.⁶⁸⁶ Uma vez que, em sede de reconvenção, o “Equador intenta uma ação extracontratual e que nenhuma das partes arguiu que a escolha do direito (equatoriano) nos CPs abrange responsabilidade extracontratual”, o Tribunal decidiu resolver a disputa pelo direito civil extracontratual

⁶⁸⁵ ICSID. Tribunal Arbitral. Caso ARB/08/5. Decisão sobre a reconsideração e sentença. Requerente: Burlington Resources Inc. Requerido: República do Equador. Relator: Gabrielle Kaufmann-Kohler. 07 fev. 2017a. Disponível em https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8208_0.pdf. Acesso: 20 jul. 19.

⁶⁸⁶ ICSID. Tribunal Arbitral. Caso ARB/08/5. Decisão sobre as reconvenções. Requerente: Burlington Resources Inc. Requerido: República do Equador. Relator: Gabrielle Kaufmann-Kohler. 07 fev. 2017b. Disponível em <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8206.pdf>. Acesso: 20 jul. 2019.

equatoriano, não como o direito escolhido pelas partes, mas como a legislação do Estado contratante, em observância ao artigo 42, n.1, da Convenção do ICSID.⁶⁸⁷ Entende-se que, desde a entrada em vigor da referida Constituição, o Equador se encontra em um novo estágio de proteção jurídica ambiental, notadamente porque, conforme explicado pelo próprio Tribunal Arbitral, a nova Constituição confere direitos à natureza ou *Pacha Mama* (termo expresso na Constituição e empregado nas tradicionais culturas Andinas). Segundo o Tribunal, a Constituição também especifica que os princípios e direitos constitucionais, incluindo aqueles relativos a questões ambientais, são inalienáveis, obrigatórios, indivisíveis, interdependentes e de igual importância.

Dito isso, no que diz respeito à reconvenção pelos danos ambientais, o Equador alegou que o Consórcio abandonou os blocos 7 e 21 deixando para trás uma catástrofe ambiental massiva, o que veio a ser fortemente negado pela Burlington. Em suma, o Equador, sustentando que a Constituição de 2008 se aplicava aos danos descobertos após sua entrada em vigor, pleiteou que a Burlington era objetivamente responsável por todos os danos ambientais ocorridos nos referidos blocos, que os danos ambientais eram imprescritíveis, e que, por essas razões, a Burlington deveria restaurar completamente o ambiente lesado aos valores de fundo, ou, alternativamente, ao padrão de ecossistema sensível.

Em sua defesa, a Burlington sustentou que a demanda ambiental era baseada não na responsabilidade objetiva prevista na Constituição, mas, sim, na subjetiva do Código Civil equatoriano, razão pela qual a empresa só poderia ser responsabilizada caso fosse provado que o consórcio havia violado o seu dever de cuidado. Com relação aos danos ambientais difundidos nos blocos, a empresa os considerou uma “fantasia” criada pelo Equador, posto que os peritos, entre outros, teriam aplicado padrões incorretos e não teriam usado a adequada definição de dano, isto é, de um significativo impacto negativo a ser sempre definido com referência aos limites permitidos, de acordo com a prática das agências regulatórias equatorianas, e não com referência aos valores de fundo, os quais estariam sendo usados pelo Equador para retratar falsamente e inflar o suposto dano ambiental. A última defesa da Burlington foi a de que a demanda do Equador estava prescrita sob a legislação equatoriana, porque o Código Civil estabelecia um período limitado a quatro anos.

⁶⁸⁷ ICSID. Convention on the settlement of investment disputes between states and nationals of other states. Washington, 14 out. 1966. Disponível em https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/2006%20CRR_English-final.pdf. Acesso: 20 jul. 2019.

O Tribunal Arbitral entendeu que a responsabilidade objetiva pelos danos causados ao ambiente era regida pela Constituição de 2008, o que, contudo, não tinha efeito retroativo para os danos anteriores a sua entrada em vigor. Não obstante o Código Civil regesse responsabilidade civil com base na culpa, o Tribunal concluiu que, antes de 2008, a modalidade da responsabilidade pelos danos ambientais já era objetiva em razão do Direito criado pela Suprema Corte equatoriana, que já aplicava a responsabilidade objetiva por dano ambiental causado pelas operações de hidrocarbonetos, consideradas perigosas, desde, pelo menos, 2002. Embora a Constituição tenha positivado a imprescritibilidade da reparação ambiental, o Tribunal precisou observar o prazo prescricional do Código Civil para analisar a alegação de imprescritibilidade da demanda relacionada ao prejuízo causado antes da Constituição de 2008. Ao decidir que a demanda fora ajuizada dentro do prazo, aponta-se que o Tribunal determinou que o início do prazo de prescrição se dava a partir da descoberta do prejuízo pelo Equador, o que, com base nas evidências, teria sido a partir de 2007, e, portanto, a demanda não estaria prescrita.

Estabelecida a responsabilidade objetiva, tanto para os danos a partir de 2008 pela Constituição, quanto para os anteriores pela legislação civil equatoriana, em razão da prática dos tribunais, o Tribunal passou a considerar o alegado dano ambiental, dividido em quatro configurações (contaminação do solo, poços de lama, lençol freático e abandono do local do poço). Assim, após entender que o nível de dano inadmissível deveria ser determinado à luz dos critérios regulatórios nacionais, o Tribunal realizou uma análise abrangente do custo da remediação e dos danos em cada um dos lugares (em pelo menos 40 lugares distribuídos pelos campos petrolíferos explorados pela Burlington).

Essa fase incluiu uma visita local pelos Árbitros, juntamente com a sua secretária e a assistente, os representantes, advogados, testemunhas e assistentes técnicos de cada uma das partes. Também se destaca que, a fim de determinar os custos de reparação para cada um dos campos petrolíferos, o Tribunal avaliou cada local caso-a-caso para verificar o uso da terra, conforme a classificação da prática administrativa equatoriana em “industrial”, “agrícola” ou “ecossistema sensível”, porque cada tipo tinha limites admissíveis distintos, sendo que, “em caso de dúvida sobre o enquadramento, o Tribunal adotou o padrão mais protetivo em conformidade com os princípios da precaução e *in dubio pro natura*”. Com base nisso, o valor total identificado para a reparação ambiental pela qual a Burlington veio a ser condenada pelo Tribunal Arbitral foi superior a USD 41 milhões.

Por fim, a partir do caso apresentado, foi possível perceber que o Tribunal Arbitral, ao decidir a reconvenção apresentada pelo Equador pelos danos ambientais, realizou uma análise, em uma decisão de quase 500 páginas, da legislação ambiental equatoriana e dos danos ambientais concretos (e do seu conseqüente custo de remediação) relacionados ao investimento em questão. Para tanto, revisitou as diversas evidências apresentadas sobre a existência dos danos ambientais em cada um dos lugares, para fins de, então, analisá-las caso-a-caso a partir dos critérios regulatórios nacionais, bem como foi presencialmente até os locais, onde pode fazer questionamentos específicos e ter as respectivas respostas. Vale ressaltar que, para fins de determinar certas questões que seriam relevantes para apurar os custos apropriados da remediação do ambiente, o próprio Tribunal se pautou por premissas favoráveis à proteção do meio ambiente, como o princípio ambiental *in dubio pro natura*.

4.6 Desafios e perspectivas das arbitragens envolvendo o meio ambiente

Entende-se que a arbitragem internacional pode ser vista como um importante meio para efetivação do acesso à justiça (ambiental), pois, até o momento, não existe um organismo internacional com jurisdição específica para as demandas internacionais de direito ambiental. Um Estado pode contestar a violação de uma obrigação de direito internacional por outro Estado por diversos meios, entre eles tribunais arbitrais internacionais. Especificamente em relação ao meio ambiente, importa observar que “os estados têm demonstrado uma preferência nos tratados ambientais pela arbitragem ao invés da solução judicial”,⁶⁸⁸ sendo que a explicação para essa preferência se dá pelo fato de que eles “têm maior confiança no processo de julgamento sobre o qual eles têm um grande nível de controle, em comparação à solução judicial, que é potencialmente mais imprevisível”.⁶⁸⁹

De acordo com um relatório da Associação Internacional de Advogados, “muitos Estados têm optado pela arbitragem em relação às questões ambientais entre Estados e em casos envolvendo investidores [...]. Tendo em conta essa tendência, a PCA tem sido sugerida um foro preferível -mas não dedicado- às disputas ambientais internacionais contra Estados”.⁶⁹⁰ A escolha pela PCA para a resolução dessas controvérsias por meio da arbitragem se dá pelas suas vantagens, entre elas o fato de que essa instituição permanente

⁶⁸⁸ STEPHENS, Timothy. International courts and environmental protection. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 28.

⁶⁸⁹ *Ibid.*, p. 29.

⁶⁹⁰ INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. Achieving justice and human rights in an era of climate disruption. Londres: International Bar Association, 2014, p. 139. Disponível em <https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=0F8CEE12-EE56-4452-BF43-CFCAB196CC04>. Acesso: 18 set. 2019.

“tem experiência administrando disputas puramente ambientais [...] e tem expertise nas disputas envolvendo tutelas para o dano ambiental, preservação ou sustentabilidade ambiental, ou direitos aos recursos naturais”.⁶⁹¹ Além disso, a PCA tem experiência em arbitragens sob um conjunto de regras opcionais específicas, por ela elaborado em 2001, para as controvérsias entre Estados ou entre um Estado e uma parte não estatal, relacionadas aos recursos naturais e/ou o meio ambiente.⁶⁹²

Em relação aos conflitos que envolvam o setor privado, mas não digam respeito a investimentos, uma observação relevante a ser feita é a de que os instrumentos de direitos humanos dificilmente impõem obrigações legais diretas sobre as empresas, apenas sobre os Estado partes. Por essa razão, os tribunais de direitos humanos não teriam jurisdição para julgar eventual demanda em face de empresas poluidoras.⁶⁹³ Por sua vez, no âmbito das arbitragens comerciais, as partes geralmente são entes privados, ainda que possam estar envolvidos entes públicos quando estiverem atuando como partes contratantes de uma relação comercial. Nessa perspectiva, Bingham e Prell exemplificam que as “disputas ambientais transnacionais podem surgir em um contexto comercial nos casos envolvendo exploração e derramamento de petróleo, transporte e eliminação de resíduos perigosos, envio de materiais tóxicos, produtos alimentícios contaminados e semelhantes”.⁶⁹⁴

Já com relação às disputas internacionais de investimentos, recentemente vem sendo admitida a possibilidade de os Estados apresentarem reconvenções alegando a responsabilidade do investidor demandante por danos causados ao meio ambiente. Isso porque “as questões ambientais estão frequentemente no centro das disputas de investimentos submetidas ao julgamento compulsório de terceiros imparciais através de mecanismos de arbitragem investidor/Estado”.⁶⁹⁵ Assim, a recente tendência de admitir as reconvenções sobre matéria ambiental apresentadas pelos Estados nas arbitragens de investimento se mostra um importante avanço no acesso à justiça para proteção do meio ambiente, notadamente

⁶⁹¹ Ibid., p. 139.

⁶⁹² PCA. Optional rules for arbitration of disputes relating to natural resources and/or the environment. Disponível em https://pca-cpa.org/wp-content/uploads/sites/6/2016/01/Optional-Rules-for-Arbitration-of-Disputes-Relating-to-the-Environment-and_or-Natural-Resources.pdf. Acesso: 08 ago. 2019.

⁶⁹³ KUN, Fan. Expansion of arbitral subject matter: new topics and new areas of law. In. BREKOULAKIS, Stravos; LEW, Julian; MISTELIS, Loukas (Org.). The evolution and future of international arbitration. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2016, p. 302-303.

⁶⁹⁴ BINGHAM, Lisa; PRELL, David Cameron. Arbitration of environmental disputes that cross national boundaries. In. TARLOCK, Dan; DERNBACH, John. Environmental laws and their enforcement - volume II. Oxford: EOLSS Publishers/UNESCO, 2009, p. 170.

⁶⁹⁵ DOUGLAS, Zachary. The enforcement of environmental norms in investment treaty arbitration. In. DUPUY, Pierre-Marie; VIÑUALES, Jorge (Org.). Harnessing foreign investment to promote environmental protection. Cambridge: Cambridge University Press, 2013 p. 417

considerando que, com base nos dados de 2018, é possível contabilizar a existência de 2,932 mil TBIs para a proteção de investimento estrangeiros.⁶⁹⁶

Verifica-se que um tribunal arbitral de investimento pode ter jurisdição sobre a reconvenção em matéria ambiental de um Estado quando a) o tratado expressamente admita reconvenções no procedimento b) no silêncio do tratado, o tribunal considere que a sua jurisdição se estende às reconvenções, com base na prática de outros tribunais internacionais, c) as regras de arbitragem convencionadas pelas partes admitam reconvenções, d) as próprias partes acordem que o tribunal tem jurisdição sobre reconvenções (como no caso *Burlington*), e) o tratado preveja que o Estado possa ser autor de demandas.⁶⁹⁷ Além disso, com relação a necessidade de conexão entre a reconvenção e a ação principal para a sua admissibilidade,⁶⁹⁸ nota-se que esse requisito vem sendo interpretado de maneira ampla,⁶⁹⁹ como percebido no caso *David Aven*, em que o tribunal arbitral conheceu da reconvenção simplesmente pela existência de obrigações aos investidores sob o CAFTA-DR.

Uma vez reconhecida a jurisdição do tribunal sobre a reconvenção, é possível que o investidor estrangeiro venha a ser considerado responsável pelo dano ambiental causado no exercício das suas atividades de investimento. Conforme as circunstâncias do caso, o tribunal pode aplicar as leis ambientais domésticas à conduta dos investidores estrangeiros, tal como ocorrido no caso *Burlington*, o que asseguraria uma tutela ambiental adequada diante da incorporação à Constituição do país de princípios de proteção ao meio ambiente. Ainda, como no caso *Iron Rhine*, um tribunal arbitral pode encontrar a exigência geral de preservação ambiental também no próprio direito internacional contemporâneo.

Nota-se que a definição de dano ambiental e o regime de responsabilidade determinado por um tribunal arbitral pode variar conforme o direito a ser aplicado, que pode

⁶⁹⁶ NAÇÕES UNIDAS. Conferência sobre Comércio e Desenvolvimento. World investment report 2019. Genebra: United Nations Publication, 2019, p. 17. Disponível em https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2019_overview_en.pdf. Acesso: 10 out. 2019

⁶⁹⁷ PARLETT, Kate; EWAD, Sara. Protection of the environment in investment arbitration - a double-edged sword. Kluwer Arbitration Blog, ago. 2017. Disponível em www.arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/08/22/protection-environment-investment-arbitration-double-edged-sword/. Acesso: 02 out. 2019.

⁶⁹⁸ Por exemplo, a Convenção do ICSID exige que a reconvenção decorra “diretamente da matéria da disputa” (artigo 46). ICSID. Convention on the settlement of investment disputes between states and nationals of other states. Washington, 14 out. 1966. Disponível em https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/2006%20CRR_English-final.pdf. Acesso: 20 jul. 2019.

⁶⁹⁹ Para Douglas, seria possível entender como suficiente “um nexo fático entre a disputa submetida pelo demandante e a reconvenção”. DOUGLAS, Zachary. Op. Cit., p. 430. Nesse sentido: “parece que os tribunais contam com uma flexibilidade suficiente que lhes permite concluir em favor da admissibilidade quando a conexão jurídica estiver faltando, mas a consolidação da demanda e da reconvenção administraria melhor a justiça, em razão, por exemplo, da forte conexão fática”. KJOS, Hege Elisabeth Veenstra-. Counterclaims by host states in investment treaty arbitration. Transnational Dispute Management Journal, Voorburg, v. 4, n. 4, p. 01-48, jul. 2007, p. 43-44.

ser doméstico ou internacional. No âmbito do direito internacional, considera-se mais complicado encontrar uma obrigação direta para um investidor em um tratado, pois “até o momento, as normas internacionais de direitos humanos não são, enquanto questão de direito internacional, diretamente aplicáveis em um nível horizontal, ou seja, na relação entre os investidores estrangeiros e outras partes privados”,⁷⁰⁰ cabendo aos Estados adotar uma legislação interna para regular o tema de maneira específica. A partir dessas considerações, que foram percebidas na prática diante dos casos analisados, verifica-se a necessidade de que os Estados incorporem em seus ordenamentos jurídicos princípios de proteção ao meio ambiente e previsões substantivas que assegurem a efetividade dessa proteção, notadamente com base em um regime de responsabilidade objetiva. Isso porque “não é apenas o direito internacional geral, mas também os princípios constitucionais domésticos que podem ser usados como ferramentas para proteger o meio ambiente em julgamentos internacionais”.⁷⁰¹

Ainda que a proteção do meio ambiente seja objeto de abordagens recentes nas arbitragens privadas de investimento, isso já é uma realidade. Cumpre ressaltar que, nessas arbitragens, surgem diversas questões complexas, como “o papel das evidências científicas para aferir o grau de prejuízo ao meio ambiente e a extensão da reparação”.⁷⁰²

Viu-se que no caso da Fundição de Trail, em que uma das discussões principais era existência de nexo de causalidade entre a fumaça emitida pela Fundição no Canadá e os danos às florestas e aos fazendeiros nos Estados Unidos, as evidências científicas foram essenciais para a decisão do tribunal arbitral. Nesse sentido, aliás, mostra-se apropriada a disciplina da Lei de Arbitragem brasileira que prevê a possibilidade do “árbitro ou tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício” (artigo 22). É possível compreender esta possibilidade nos poderes gerais de procedimento dos árbitros, o que é exemplificado, conforme as regras da ICSID em relação aos princípios gerais de evidências, pela previsão de que, a qualquer estágio do procedimento, o tribunal arbitral, considerando ser necessário, pode “(a) convocar as partes para produzirem documentos, testemunhas e peritos; e b) visitar qualquer lugar conectado com a disputa ou lá conduzir

⁷⁰⁰ BRABANDERE, Eric De. Human rights counterclaims in investment treaty arbitration. Revue Belge de Droit International, Bruxelas, v. 50, n. 2, p. 591-611, 2017, p. 592.

⁷⁰¹ SILVA, Monaliza da. Compensation awards in international environmental law: two recent developments. Journal of International Law and Politics, Nova Iorque, v. 50, n. 4, p. 1417-1430, jun./set. 2018, p. 1423.

⁷⁰² *Ibid.*, p. 1419.

investigações” (regra 34, n. 2).⁷⁰³ Especialmente nos casos que envolvam questão ambiental, percebe-se a importância do desenvolvimento e apreciação das evidências científicas pelos árbitros para a fundamentação das suas decisões, a fim de garantir o rigor técnico e a adequação da solução.

Ainda em relação às evidências, embora esta abordagem seja controversa, é possível que um tribunal arbitral afaste as regras básicas do ônus da prova, em razão das dificuldades inerentes à prova do risco ambiental ou do prejuízo ao meio ambiente. A inversão do ônus da prova poderia ocorrer em razão de uma previsão no tratado. Sustenta-se que, mesmo que contrariando as regras probatórias convencionadas, a aplicação do princípio da precaução⁷⁰⁴ poderia permitir a um tribunal arbitral inverter o ônus da prova ou, pelo menos, readequar o padrão de prova,⁷⁰⁵ como, por exemplo, ao “aceitar estudos científicos preliminares ou descobertas que são sugestivas do risco ao invés de insistir em evidência científica publicada que atenda os convencionais padrões científicos de prova”.⁷⁰⁶

Além do papel importante das provas científicas nas disputas relacionadas ao meio ambiente, considera-se relevante a possibilidade de intervenção de terceiros *amicus curiae* a fim de resguardar relevantes interesses difusos afetados pela decisão, o que recentemente passou a se mostrar possível também em sede de arbitragem. A intervenção do *amicus curiae* é capaz de auxiliar o tribunal arbitral no entendimento das repercussões públicas envolvidas na questão, bem como reforçar a legitimidade dos procedimentos arbitrais ao apresentar a perspectiva da sociedade civil. Trata-se de uma ferramenta útil para promover interesses públicos distintos,⁷⁰⁷ o que é particularmente importante no presente contexto, pois as

⁷⁰³ ICSID. Rules of procedure for arbitration proceedings (arbitration rules). Washington, 10 abr. 2006. Disponível em https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/2006%20CRR_English-final.pdf. Acesso: 20 jul. 2019.

⁷⁰⁴ O princípio da precaução, nos termos da Declaração do Rio, implica considerar que, “quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental” (princípio 15). NAÇÕES UNIDAS. Conferência sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Declaração sobre meio ambiente e desenvolvimento. Rio de Janeiro, 1992. Disponível em www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-sobre-meio-ambiente-e-desenvolvimento.html. Acesso: 05 jun. 2019

⁷⁰⁵ De acordo com Peel, “uma interpretação mais provável do princípio da precaução que poderia ser aplicada pelos árbitros internacionais de investimento é a que ajusta o padrão de prova relevante para compensar pela falta de evidências conclusivas do prejuízo”. PEEL, Jacqueline. The use of science in environment-related investor-state arbitration. In. MILES, Kate (Org.) Research handbook on environment and investment law. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019, p. 261.

⁷⁰⁶ Ibid., p. 261.

⁷⁰⁷ Para Simões, entre as razões que justificam a participação do *amicus curiae* como uma ferramenta útil para promover os interesses públicos distintos, estão o aumento da transparência do sistema, já que o seu envolvimento nos procedimento é capaz de atrair a atenção geral do público para uma controvérsia que pode ter impacto nos interesses ou finanças públicas, e a promoção de uma maior prestação de contas na arbitragem de investimento, pois aos cidadãos é dada a chance de acessar como é a diligência do Estado na proteção do interesse público e no uso de fundos públicos. SIMÕES, Fernando Dias. Myopic amici? the participation of non-

“disputas relacionadas ao meio ambiente, como aquelas concernentes aos serviços de água, extração de recurso, tratamento de resíduos ou substâncias reguladas são particularmente propensas a apresentar considerações públicas mais gerais, o que um tribunal deveria levar em consideração ao decidir”.⁷⁰⁸ A ocorrência dessa intervenção pode se dar por acordo entre as partes⁷⁰⁹ ou previsão na própria convenção internacional⁷¹⁰ ou nas regras institucionais adotadas para o procedimento.⁷¹¹ A própria possibilidade de intervenção de *amicus curiae* demonstra que vem sendo desenvolvida uma cultura de transparência quando houver interesse público na controvérsia. Além da participação de terceiros, a transparência do procedimento arbitral envolve questões como a publicidade do início dos procedimentos, audiências abertas e a publicação das decisões e de documentos. Todos os esses aspectos estão previstos, por exemplo, nas regras da UNCITRAL sobre transparência nas arbitragens de investimento, as quais se mostram úteis para as controvérsias envolvendo questões ambientais.⁷¹²

disputing parties in icsid arbitration. North Carolina Journal of International Law, Chapel Hill, v. 42, n.3, p. 791-822, 2017, p. 798-799.

⁷⁰⁸ VIÑUALES, Jorge E. Foreign investment and the environment in international law: an ambiguous relationship. British Yearbook of International Law, Londres, v. 80, n. 1, p. 244-332, 2009, p. 274.

⁷⁰⁹ O caso *Foresti v. South Africa* é um exemplo da admissão de *amicus curiae* em sede de arbitragem por acordo das partes. Contextualiza-se o caso, em que nacionais italianos com investimentos em mineração alegaram ter sido expropriados pela África do Sul como resultado das medidas adotadas pelas políticas do Fortalecimento Econômico Negro, criado para eliminar as consequências do regime do apartheid. Dadas as repercussões públicas da disputa, o Estado manifestou que grupos da sociedade civil poderiam querer intervir, diante do que o Tribunal preparou, em acordo com as partes, regras para reger a intervenção de *amicus*. No caso, foram submetidas petições de uma organização de direitos humanos e de um grupo de quatro organizações não governamentais, duas das quais voltadas à proteção do meio ambiente. ICSID. Tribunal Arbitral. Caso n. ARB(AF)/07/1. Requerente: Piero Foresti e outros. Requerido: República da África do Sul. Relator: Professor Vaughan Lowe WC. Londres, 04 ago. 2010. Disponível <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0337.pdf>. Acesso: 18 set. 2019.

⁷¹⁰ Exemplifica-se que o NAFTA permite aos Estados membros intervir em procedimentos de investimento contra um deles: “Artigo 1128: Participação por uma Parte. Mediante notificação por escrito às partes litigantes, uma Parte poderá fazer submissões a um Tribunal sobre uma questão de interpretação deste Acordo”. ESTADOS UNIDOS; CANADA; MÉXICO. North American Free Trade Agreement [NAFTA]. Washington, Ottawa, Cidade do México, 01 jan. 1994. Disponível em https://datd.cepal.org/Normativas/TLCAN/Ingles/North_American_Free_Trade_Agreement-NAFTA.pdf. Acesso: 18 set. 2019.

⁷¹¹ Veja-se que, de acordo com as Regras de Arbitragem da ICSID em relação a submissão de memoriais, “depois de consultar ambas as partes, o Tribunal pode permitir que uma pessoa ou entidade que não é uma das partes na disputa [...] submeta uma apresentação escrita ao Tribunal a respeito de algum assunto do âmbito da disputa” (regra 37). ICSID. Rules of procedure for arbitration proceedings (arbitration rules). Washington, 10 abr. 2006. Disponível em https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/2006%20CRR_English-final.pdf. Acesso: 20 jul. 2019. Também o CAM/CCBC, através da Resolução Administrativa n. 03/2014, prevê, em relação aos procedimentos arbitrais com a Administração Pública, os quais podem envolver interesses difusos, a possibilidade de intervenção do *amicus curiae*: “é permitida a participação de *amicus curiae* no procedimento arbitral, desde que previamente autorizado pelo Tribunal Arbitral, que deverá considerar, em juízo de conveniência e oportunidade, a relevância da matéria e a representatividade do postulante” (Enunciado 5). CAM/CCBC. Regulamento Administrativo 09/2014. Arbitragens com a Adm. Pública brasileira. São Paulo, 20 out. 2014. Disponível em www.ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/resolucoes-administrativas/ra-09-2014-arbitragens-com-a-adm-publica-brasileira/. Acesso: 19 set. 2019.

⁷¹² NAÇÕES UNIDAS. Comissão para o Direito Comercial Internacional. Rules on Transparency in treaty-based investor-state arbitration. Disponível em <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media->

Por fim, acredita-se que a arbitragem pode ter um papel cada vez maior no tratamento das disputas das questões com mérito ambiental, notadamente considerando que a mudança na estratégia de conciliação dos termos da equação “meio ambiente” – “desenvolvimento” acaba por favorecer que, em maior ou menor escala, a matéria ambiental seja objeto de conflitos diretamente relacionados a questões econômicas. Isso porque a Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável de 2012, popularmente conhecida como Rio +20, identificou dois temas principais, quais sejam a mudança para uma “economia verde” e a “estrutura institucional” para o desenvolvimento sustentável.⁷¹³ A ideia de economia verde, segundo Viñuales, ultrapassa o tradicional entendimento do desenvolvimento sustentável, pois “os Estados não são mais incentivados a respeitar o meio ambiente enquanto fazem ‘tão bem’ em termos econômicos; eles agora são incentivados a construir seus modelos econômicos em considerações ambientais para fazer ‘melhor’ em termos econômicos”.⁷¹⁴ Vem sendo superada a noção de internalização das externalidades ambientais negativas em prol de uma política industrial e comercial verde. Assim, conforme o autor, “ser ‘verde’ não é mais apresentado como uma questão de responsabilidade, mas como uma de rentabilidade e competitividade na economia do futuro”.⁷¹⁵

Ao examinar essa questão especificamente em relação ao investimento estrangeiro, é preciso fazer referência a Agenda 2030, que, entre outros, é composta por uma declaração e um conjunto de 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, os quais mesclam, de forma equilibrada, as dimensões econômica, social e ambiental do desenvolvimento sustentável. Ressalta-se que, conforme previsto na Declaração, o principal uso para os financiamentos públicos internacionais na área ambiental é “catalisar a mobilização de recursos adicionais de outras fontes, públicas e privadas” (parágrafo 43). Certo é o reconhecimento dos financiamentos privados impulsionados por financiamentos públicos.

documents/uncitral/en/uncitral-arbitration-rules-2013-e.pdf. Acesso: 19 set. 2019. O referido CAM/CCBC contempla expressamente a observância do princípio constitucional da publicidade para as arbitragens envolvendo a Administração Pública: “os procedimentos arbitrais que envolvem a Administração Pública deverão respeitar o princípio constitucional da publicidade, salvo nas hipóteses em que as informações relacionadas à disputa classificarem-se como de caráter sigiloso, nos termos da legislação aplicável” (Enunciado 2). CAM/CCBC. *Op Cit.*

⁷¹³ NAÇÕES UNIDAS. Conferência sobre Desenvolvimento Sustentável. Relatório rio+20, o modelo brasileiro. relatório de sustentabilidade da organização da conferência das nações unidas sobre desenvolvimento sustentável. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2012, p. 11. Disponível em www.rio20.gov.br/documentos/relatorio-rio-20/1.-relatorio-rio-20/at_download/relatorio_rio20.pdf. Acesso: 18 set. 2019.

⁷¹⁴ VIÑUALES, Jorge E. Foreign investment and the environment in international law. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 13.

⁷¹⁵ *Ibid.*, p. 13.

Além do próprio documento da Agenda 2030 fazer referências aos investimentos do setor privado (objetivos 17.3 e 17.5),⁷¹⁶ ele contém um reenvio a Agenda Addis Ababa Action,⁷¹⁷ a fim de considerá-la uma parte integral da Agenda 2030. Por sua vez, na Agenda Addis Ababa, há diversas menções ao investimento privado, como a seguinte: “nós reconhecemos a importante contribuição que o investimento direto, incluindo o investimento direto estrangeiro, pode trazer ao desenvolvimento sustentável, particularmente quando os projetos estão alinhados com as estratégias nacionais e regionais de desenvolvimento sustentável...”(parágrafo 45).⁷¹⁸ Diante disso, concorda-se com Viñuales no sentido de que há “um claro apoio das possíveis sinergias entre investimento estrangeiro e desenvolvimento sustentável, incluindo a proteção ambiental. Isso talvez seja o reconhecimento mais significativo de tais sinergias feito em um instrumento de desenvolvimento sustentável até agora”.⁷¹⁹

Enfim, é de fundamental importância observar o enfrentamento pelos tribunais arbitrais tanto das questões de jurisdição, quanto de mérito dos conflitos que, em alguma medida, envolvam o meio ambiente, pois ainda que não haja oficialmente um sistema de precedentes vinculantes na arbitragem, é possível considerar que, na prática, isso existe, particularmente nas arbitragens de investimento, na medida em que os tribunais arbitrais

⁷¹⁶ No Brasil, a meta da Agenda 2030 de adotar e implementar regimes de promoção de investimentos para os países menos desenvolvidos foi objeto de proposta de adequação, sugerindo-se a substituição do termo “menos desenvolvidos” por “de menor desenvolvimento relativo”, de maneira que a meta não caberia ao Brasil nos termos originais, já que não classificado como país de baixo desenvolvimento relativo. Não obstante, na justificativa para a adequação, foi feita a ressalva de que “o Brasil está negociando acordos de facilitação e promoção de investimentos com países de menor desenvolvimento relativo”. Viu-se que, de certa maneira, os ACFIs também podem dar ensejo à conflitos em sede de arbitragem envolvendo questões ambientais. BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Agenda 2030 - ods – metas nacionais dos objetivos de desenvolvimento sustentável. Brasília, DF, 2018, p. 462. www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/180801_ods_metas_nac_dos_obj_de_desenv_susten_propos_de_adequa.pdf. Acesso: 18 set. 2019.

⁷¹⁷ Nesse sentido: “esta Agenda, incluindo os ODS, pode ser cumprida no âmbito de uma parceria global revitalizada para o desenvolvimento sustentável, apoiada pelas políticas e ações concretas delineadas na Agenda de Ação de Adis Abeba, que é parte integrante da Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável. A Agenda de Ação de Adis Abeba apoia, complementa e ajuda a contextualizar as metas sobre meios de implementação da Agenda 2030” (parágrafo 62). NAÇÕES UNIDAS. Cúpula para o Desenvolvimento Sustentável. Transformando nosso mundo: a agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável. Nova York, set. 2015. Disponível em [https://www.undp.org/content/dam/brazil/Agenda2030-completo-site%20\(1\).pdf](https://www.undp.org/content/dam/brazil/Agenda2030-completo-site%20(1).pdf). Acesso: 19 set. 2019.

⁷¹⁸ NAÇÕES UNIDAS. Third International Conference on Financing for Development. Addis Ababa Action Agenda. Nova York, 2015. Disponível em https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/2051AAAA_Outcome.pdf. Acesso: 19 set. 2019.

⁷¹⁹ VIÑUALES, Jorge E. Foreign investment and the environment in international law: current trends. In: MILES, Kate (Org.) Research handbook on environment and investment law. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019, p. 16.

subsequentes serão influenciados por sentenças bem-conceituadas proferidas em questões similares.⁷²⁰

⁷²⁰ Na prática, verifica-se que “os tribunais de investimento começaram a citar sentenças e decisões pretéritas como precedente no final dos anos noventa, bem por volta da época em que o número de arbitragens começou a crescer, sendo que “a prática do precedente nas arbitragens de tratados de investimento veio para ficar”. CHEN, Richard. Precedent and dialogue in investment treaty arbitration. Harvard International Law Journal, Cambridge, v. 60, n.1, mar. p. 47-94, 2019, p. 48 e 93. Sobre isso: “em essência, considero que, pelo menos nas arbitragens de investimento, as sentenças individuais merecem atenção e discussão na medida em que uma ‘jurisprudência estabelecida’ razoavelmente (também referida como *‘jurisprudence constante’* ou *‘staendige Rechtsprechung’*) cria autoridade considerável para os tribunais subsequentes”. WÁLDE, Thomas. Confidential awards as precedent in arbitration. dynamics and implication of award publication. In. GAILLARD, Emmanuel; BANIFATEMI, Yas. (Org.). Precedent in international arbitration. Nova Iorque: Juris Publishing, 2008, p. 113.

CONCLUSÃO

O presente estudo objetivou compreender o direito fundamental ao ambiente sob a perspectiva do direito ao procedimento para verificar, após a apresentação de uma proposta de compreensão da natureza (in) disponível dos direitos, a possibilidade de questões envolvendo mérito ambiental como aquelas relativas aos danos, tanto diretos, quanto reflexos, serem resolvida em sede de arbitragem.

Em um primeiro momento, foram analisados a natureza jurisdicional da arbitragem e o conteúdo negocial da sua instituição. Tratou-se do instituto da arbitrabilidade, para fins de examinar os critérios previstos na legislação brasileira que condicionam a suscetibilidade de uma controvérsia ao instituto jurídico. Também foi possível verificar que a existência de matéria de ordem pública envolvendo determinado litígio não corresponde necessariamente a sua inarbitrabilidade – ponto relevante diante do evidente interesse público no meio ambiente equilibrado. Em relação à exigência de disponibilidade do direito, procurou-se estabelecer o seu significado para fins de arbitrabilidade à luz da distinção entre renúncia ao direito e ao seu exercício. Além disso, foram investigados aspectos atinentes à configuração dos direitos fundamentais a fim de compreender que o seu conceito como um todo pressupõe o seu reconhecimento como direitos fundamentais em um sistema de distintas posições jurídicas, cuja (in) disponibilidade só poderia ser aferida concretamente. Buscou-se, ainda, corroborar a relação do direito como um todo com distintas posições jurídicas, em outra perspectiva, a partir da distinção entre o direito multital e o direito paucital.

Especialmente na segunda parte, o desenvolvimento do trabalho buscou sedimentar o reconhecimento do direito à reparação do meio ambiente lesado, na dimensão da sua ampla responsabilidade objetiva, que pode atingir, solidariamente, qualquer um dos copoluidores e cuja pretensão é tutelar as duas modalidades em que o meio ambiente se distingue, macro e microbem ambientais, ou os interesses jurídicos atingíveis pelo dano ambiental, notadamente os difusos e individuais. Depois de apresentar os entendimentos que existem sobre a natureza do termo de ajustamento de conduta, sustentou-se ser apropriada a compreensão que a caracteriza como uma transação, que, no caso, possibilita ao legitimado extrajudicialmente resolver ação civil pública ou mesmo evitar a sua propositura.

Então, no terceiro capítulo, buscou-se comprovar a hipótese levantada inicialmente, ou seja, certas questões ambientais podem ser resolvidas em arbitragem. Os danos ao microbem de propriedade privada e os danos ambientais reflexos aos indivíduos podem

ensejar uma demanda indenizatória, em razão da violação a direitos de propriedade e de personalidade.

Com relação à violação do direito de propriedade, não surgem dúvidas sobre a patrimonialidade e disponibilidade do direito ao ressarcimento, na medida em que a noção de patrimônio privado está ligada à ideia de interesses econômicos e de liberdade do indivíduo capaz para convencionar diretamente com o causador do dano a forma de satisfação do direito.

No que diz respeito à violação de direitos de personalidade, demonstrou-se que, em que pese o direito à integridade moral e física seja, enquanto direito multital, essencialmente extrapatrimonial, uma vez que ocorra a sua violação, o direito paucital decorrente é patrimonial e disponível, pois a violação destes bens jurídicos resulta em indenização de caráter patrimonial que pode ser renunciada pelo ofendido.

Em razão de um mesmo dano ambiental, vários podem ser os indivíduos atingidos. Nesse caso, a tutela pode se dar de maneira coletiva, isto é, de todos os lesados a um só tempo, situação na qual o legislador denominou os direitos em causa de individuais homogêneos. A homogeneidade, contudo, não afasta a natureza individual e divisível do direito. Trata-se da mesma natureza disponível e patrimonial do direito de um único indivíduo lesado pelo dano ambiental ao microbem de sua propriedade ou reflexamente a bens conexos. O bem a ser obtido com a indenização é o mesmo. O tratamento coletivo desses direitos se dá, por substituição processual, pelos legitimados para ação civil pública, os quais, porque podem celebrar TAC com o causador do dano (negócio jurídico que põe fim à controvérsia), têm capacidade para convencionar a submissão da questão à arbitragem, não havendo óbices ao requisito subjetivo exigido às partes.

A arbitragem dos direitos individuais homogêneos pelo legitimado para ação civil pública será necessariamente coletiva, algo que, no Brasil, ainda não se desenvolveu na prática. Uma vez que as normas do microsistema de processo coletivo são de ordem pública, devem ser observadas pelos árbitros. Assim, na arbitragem coletiva, o árbitro deve expedir carta arbitral ao Poder Judiciário para que este suspenda todas as ações judiciais individuais até o julgamento da tese jurídica de fundo na arbitragem. Com relação aos efeitos da decisão de mérito, a sentença arbitral fará coisa julgada *erga omnes* apenas na hipótese de procedência do pedido para beneficiar os lesados, situação em que a procedência será transportada para as ações individuais, para execução do título executivo judicial, caso não ocorra o cumprimento voluntário. Havendo improcedência do pedido, as ações individuais podem retomar o seu

curso, salvo para aqueles que tiverem intervindo no processo arbitral como litisconsortes. Para que os indivíduos possam optar por intervir no processo, constatou-se que a instauração da arbitragem coletiva exige publicidade, o que vale igualmente para a sua sentença genérica, a fim de que os interessados possam, se for o caso, beneficiar-se.

Em se tratando do macrobem verificou-se que a questão se torna complexa, pois o direito ao ambiente equilibrado é entendido como típico direito difuso, de modo que a alteração adversa do equilíbrio ecológico e da qualidade de vida afeta um interesse da coletividade. Havendo ofensa ao direito difuso, a legislação confere legitimidade a alguns órgãos para propor ação civil pública que vise protegê-lo. O descompasso entre a legitimidade para tutela coletiva dos direitos difusos e a sua titularidade material não importaria para aferir a disponibilidade do direito, uma vez que se entenda que a legitimidade é autônoma para condução do processo. Em relação ao direito à reparação do meio ambiente, os entes públicos legitimados podem celebrar TAC com o poluidor em relação aos prazos, modos, meios, formas de cumprimento das obrigações, valores à título de indenização. Isso demonstrou a possibilidade de renúncia ao exercício da posição jurídica do direito fundamental ao meio ambiente correspondente ao direito ao processo judicial, pois é admitida a tutela do direito de maneira extrajudicial por aqueles para os quais lei conferiu legitimidade. Não se trata de admitir uma disposição sobre o direito ao meio ambiente equilibrado em si, isto é, ao direito fundamental como um todo ou direito primário multital, mas sim, reconhecer, nos casos de ofensa, a disposição da forma de exercício do direito à reparação ambiental.

Superado o âmbito de disponibilidade do direito para fins de arbitragem, restou verificar se haveria óbices em relação a sua patrimonialidade. Em que pese o direito fundamental ao meio ambiente seja considerado extrapatrimonial, entendeu-se que o direito a sua reparação em caso de lesão não o seria, porquanto a reparação do bem ambiental têm repercussão econômica na medida em que recai no patrimônio do poluidor envolvido, seja para fins de indenização *in pecúnia* ou mesmo para que as obrigações *in natura* sejam levadas a efeito. Os valores a título de indenização serem destinados a um fundo coletivo não obsta a sua patrimonialidade, pois, revertendo-se para proteção do meio ambiente, beneficiarão a coletividade, titular do direito.

Sustentou-se também a arbitrabilidade da controvérsia entre os copoluidores relativa ao direito ao ressarcimento pelos prejuízos econômicos resultantes da reparação do dano ambiental difuso. Entendeu-se que a ideia de responsabilidade dos fornecedores pelo defeito do produto e do serviço poderia ser aplicada à responsabilidade dos poluidores pelo dano

ambiental, a fim de possibilitar que, na ação de regresso contra o poluidor direto que deu causa ao dano ambiental, seja discutida a parcela de sua participação na causação do dano para definir a cota parte devida ao poluidor indireto. Dessa maneira, seria possível, em sede de arbitragem privada, aferir as parcelas de responsabilidade dos copoluidores na poluição ambiental, porquanto a controvérsia versa sobre direito patrimonial disponível, o ressarcimento dos valores desembolsados.

A disponibilidade e patrimonialidade do direito ao equilíbrio ambiental é uma questão de lógica e definição, notadamente relacionada à interpretação conferida pelo Estado brasileiro ao ratificar convenções ambientais que admitem a arbitragem como meio para a solução de disputas internacionais. Na sequência, analisou-se a possibilidade de o Brasil resolver questões relativas a danos ambientais por meio de arbitragens de investimentos, em razão da ratificação de diversos ACFIs.

Ainda que a proteção do meio ambiente seja objeto de abordagens recentes nas arbitragens privadas de investimento, foi possível identificar casos em que os tribunais arbitrais internacionais resolveram controvérsias ambientais introduzidas nas demandas sobre investimentos, determinando a reparação pelos danos ambientais. Também se verificou casos paradigmáticos de arbitragens públicas, como o caso Trail Smelter que introduziu o direito internacional do meio ambiente e estabeleceu um conteúdo para o que seria o princípio do desenvolvimento sustentável, bem como o caso Iron Rhine, que se utilizou de princípios gerais do direito internacional contemporâneo para interpretar um tratado do século XIX.

Foi possível considerar a arbitragem como uma medida capaz de promover a reparação do dano ao meio ambiente, situação na qual deve, inclusive, ser considerada “muito oportuna, podendo ser a melhor alternativa para o estabelecimento de critérios (técnicos, legais e jurídicos) de avaliação de dano ambiental”.⁷²¹ Pode-se, portanto, afirmar que a arbitragem se mostra no direito internacional como um meio adequado de acesso à justiça (ambiental) que vêm se desenvolvendo não apenas no contexto público, mas também no privado, inclusive para fins de determinar a reparação por danos ambientais. Especialmente no âmbito privado de investimento, foi possível observar diversas questões complexas que surgem em razão do elemento ambiental presente, como o papel das evidências científicas, a intervenção de *amicus curiae* e a maior transparência do procedimento.

Em que pese no âmbito interno ainda não tenham ocorrido arbitragens versando sobre o direito ao meio ambiente, verificou-se que essa possibilidade se enquadra na Lei de

⁷²¹ FRANGETTO, Flavia Witkowski. A arbitragem ambiental: solução de conflitos (r)estrita ao âmbito (inter)nacional? Campinas: Millennium, 2006, p. 65.

Arbitragem em relação à reparação dos danos ambientais. Em não havendo qualquer alteração legislativa que a proíba expressamente, o que se pode esperar é a sua realização na prática, observando-se a essência do processo coletivo. Trata-se de possibilitar uma via de acesso à justiça especializada e célere, capaz de atender as exigências de uma demanda ressarcitória ambiental, cujo objeto a ser protegido é marcado por grande dinamismo, heterogeneidade e complexidade.

REFERÊNCIAS

- AAA. **Policy on class arbitrations.** 14 jul. 2005. Disponível em https://www.adr.org/sites/default/files/document_repository/AAA%20Policy%20on%20Class%20Arbitrations.pdf. Acesso: 14 jul. 2019.
- AAA. **Supplementary rules for class arbitrations.** 08 out. 2003. Disponível em https://www.adr.org/sites/default/files/document_repository/Supplementary%20Rules%20for%20Class%20Arbitrations.pdf. Acesso: 12 jul. 2019.
- ABBOUD, Georges. Jurisdição constitucional vs. arbitragem: os reflexos do efeito vinculante na atividade do árbitro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 214, p. 271-298, dez. 2012.
- ABBUD, André de Albuquerque. Fifty years in five? the brazilian approach to the new york convention. In. JEMIELNIAK, Joanna; MIKLASZEWICZ, Przemyslaw (Org.). **Interpretation of law to the global world: from particularism to a universal approach.** Heidelberg: Springer, 2010.
- ABEL, Nathália. A reparação do dano ambiental individual. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 77, p. 197-216, jan./mar. 2015.
- ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia a direito fundamental.** São Paulo: Malheiros, 2011.
- AGUIAR, Ruy Rosado de. Arbitragem, os precedentes e a ordem pública. In. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Doutrina: edição comemorativa 30 anos do STJ.** Brasília, 2019.
- AHY, Carlos Roberto de Castro. **Curso de princípios institucionais do ministério público.** 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. **Compromisso de ajustamento de conduta ambiental.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- ALEMANHA. **Zivilprozessordnung** [Código de Processo Civil]. Berlin, 05 dez. 2005. Disponível em https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/. Acesso: 07 jan. 2019.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** Traduzido para o português por Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Convenção de arbitragem. conteúdo e efeitos. In. CENTRO DE ARBITRAGEM COMERCIAL; ASSOCIAÇÃO COMERCIAL DE LISBOA (Org.). **I Congresso do centro de arbitragem da câmara de comércio e indústria portuguesa.** Coimbra: Almedina, 2008.
- ALMEIDA, Ricardo Ramalho. **Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil.** São Paulo: Atlas, 2011.

ALVIM, Eduardo Arruda; DANTAS, André Ribeiro. Direito processual arbitral: natureza processual da relação jurídica arbitral e incidência do direito constitucional processual. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 234, p. 365-388, ago. 2014.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Direito arbitral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. perspectivas estrutural e funcional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 26, n. 102, p. 207-230, abr./jun. 1989.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Autonomia privada. **Revista CEJ, Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários**, Brasília, v. 3, n. 9, p. 25-30, set./dez. 1999.

ANDRADE, Renato Campos. 2014. 152 f. **A superação do paradigma clássico da solução de conflitos em direito ambiental: a permanente busca por resiliência**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte, 2014.

ANTUNES, Paulo de Bessa. A arbitragem. (o) **eco**. 18 mar. 2005. Disponível em <https://www.oeco.org.br/colunas/paulo-bessa/16855-oeco-11788/>. Acesso: 12 out. 2019.

ANTUNES, Paulo de Bessa. Conciliação, arbitragem e ambiente. **Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 4, p. 919-921, mar. 2011.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **A ordem pública no direito processual civil**. 2010. 335 f. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

AUSTIN, John. **Lectures on jurisprudence: or the philosophy of positive law. volume 2**. 4. ed. Londres: J. Murray, 1873.

AZEVEDO, Débora Bithiah. **Acordos para a promoção e a proteção recíproca de investimentos assinados pelo brasil**. Brasília: Câmara dos Deputados, Consultoria Legislativa, 2001, p. 07. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas/publicacoes-da-consultoria-legislativa/arquivos-pdf/pdf/102080.pdf>. Acesso: 29 abr. 2019.

AZEVEDO, Plauto Faraco de Azevedo. **Ecocivilização ambiente e direito no limiar da vida**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BAETENS, Freya. The iron rhine case: on the right track to sustainable development? In. SEGGER, Marie-Claire Cordonier; WEERAMANTRY, C.G (Org.). **Sustainable development principles in the decisions of international courts and tribunals 1992-2012**. Londres: Routledge, 2017.

BAKER, William H. Class action arbitration. **Cardozo Journal of Conflict Resolution**, Nova Iorque, v. 10, p. 335-367, 2009.

BANCO MUNDIAL. **About ICSID.** Disponível em <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/about>. Acesso: 25 abr. 2019.

BAPTISTA, Luiz Olavo. Cláusula compromissória e compromisso. **Doutrinas essenciais obrigações e contratos**, São Paulo, v. 6, p. 977-988, jun. 2011.

BARBIERI, Bianca. **I rapporti tra arbitro e giudice**. 2015. 243 f. Thesis (Master in Law) - Dipartimento di Giurisprudenza, Libera Università Internazionale Degli Studi Sociali Guido Carli, Roma, 2015.

BARBOSA, Haroldo Camargo. O instituto da prescrição aplicado à reparação dos danos ambientais. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 59, p. 124-149, jul./set. 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 32.

BARROSO, Luís Roberto. Proteção do meio ambiente na constituição brasileira. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 2, p. 58-81, abr./jun. 1993.

BEALE, Joseph H. **A treatise on the conflict of laws, volume 1**. Nova Iorque: Baker, Voorhis & Co., 1935.

BECHARA, Erika. **Uma contribuição ao aprimoramento do instituto da compensação ambiental na lei 9.985/2000**. 2007. 352 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

BELTER, Sarah B. The use of arbitration by federal agencies to solve environmental disputes: all wrapped up in red tape. **University of Miami Law Review**, Miami, v. 56, p. 1.033-1.049, 2002.

BELTRÃO, Irapuã Gonçalves de Lima. Arbitragem, regulação e normas de ordem pública: limites da autonomia das vontades, **Revista da AGU**, Brasília, a. 12, n. 36, p. 89-105, abr./jun. 2013.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. Função ambiental. In. BENJAMIN, Antonio Herman V. (Org.). **Dano ambiental, prevenção, reparação e repressão, função ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. **Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 5, p. 75-136, mar. 2011

BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos e. Introdução ao direito ambiental brasileiro. **Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 1, p. 41-91, mar. 2011.

BERG, Albert Jan van den. The new york convention of 1958: an overview. In. GAILLARD, Emmanuel; PIETRO, Domenico di. (Org.). **Enforcement of arbitration agreements and international arbitral awards: the new york convention in practice**. Londres: Cameron May, 2008.

BHAT, Sairam. **Natural resources conservation law**. Nova Deli: SAGE Publishing India, 2010.

BILLIET, Philippe. Collective redress and class arbitration in the eu. In. HANOTIAU, Bernard; SCHWARTZ, Eric A. (Org.). **Class and group actions in arbitration (dossiers)**. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2016.

BINGHAM, Lisa; PRELL, David Cameron. Arbitration of environmental disputes that cross national boundaries. In. TARLOCK, Dan; DERNBACH, John. **Environmental laws and their enforcement - volume II**. Oxford: EOLSS Publishers/UNESCO, 2009.

BITTENCOURT, Darlan Rodrigues. Lineamentos da responsabilidade civil ambiental. **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**, São Paulo, v. 7, p. 243-300, out. 2011.

BOLQUE, Fernando Cesar. Interesses difusos e coletivos: conceito e legitimidade para agir. **Revista Justitia**, São Paulo, v. 61, n. 185/188, p. 174-200, jan./dez. 1999.

BORGES, Leonardo Estrela. Direito ambiental internacional e terrorismo: os impactos no meio ambiente. **Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União**, Brasília, a. 2, n. 9, p. 75-94, out./dez. 2003.

BORN, Gary. **International commercial arbitration, volume 1**. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2009.

BORN, Gary; SALAS, Claudio. United states supreme court and class arbitration: a tragedy of errors, the symposium. **Journal of Dispute Resolution**, Columbia, v. 2012, n. 1, p. 21-48, 2012.

BRABANDERE, Eric De. Human rights counterclaims in investment treaty arbitration. **Revue Belge de Droit International**, Bruxelas, v. 50, n. 2, p. 591-611, 2017.

BRAGHETTA, Adriana; GONÇALVES, Eduardo Damião; et. al. **Relatório do 1º tema: invalidade da sentença arbitral**. 2009. Disponível em http://cbar.org.br/PDF/Pesquisa_GV-CBAr_relatorio_final_1_etapa_2fase_24.06.09.pdf. Acesso: 11 maio 2019.

BRANCO, José Eduardo. **Tutela coletiva dos interesses individuais homogêneos**. 2008. 162 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2019**. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/contendo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. Acesso: 25 nov. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça; Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução Conjunta n. 2, de 21 de junho de 2011**. Institui cadastros nacionais de informações de ações coletivas, inquéritos e termos de ajustamento de conduta, e dá outras providências. Brasília, DF, 21 jun. 2011. Disponível em www.cncmp.gov.br/portal/images/stories/Normas/Resolucoes/Resoluo_conjunta__02_de_21_de_junho_de_2011.pdf. Acesso: 15 out. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução n. 23, de 17 setembro de 2007**. Regulamenta os artigos 6º, inciso VII, e 7º, inciso I, da Lei Complementar n. 75/93 e os artigos 25, inciso IV, e 26, inciso I, da Lei n. 8.625/93, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a instauração e tramitação do inquérito civil. Brasília, DF, 17 set. 2007. Disponível em <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-0231.pdf>. Acesso: 16 jun. 2019

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso: 12 out. 2019.

BRASIL. **Decreto 4.311, de 23 de julho de 2002**. Promulga a convenção sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras. Brasília, DF, 23 jul. 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4311.htm. Acesso: 28 abr. 2019.

BRASIL. **Decreto n, 875, de 19 de julho de 1993**. Promulga o texto da Convenção sobre o Controle de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e seu Depósito. Brasília, DF, 19 jul. 1993. Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0875.htm. Acesso: 06 ago. 2019.

BRASIL. **Decreto n. 18.871**, de 13 de agosto de 1929. Promulga a Convenção de direito internacional privado, de Havana. Rio de Janeiro, RJ, 13 ago. 1929. Disponível em <http://legis.senado.leg.br/norma/435904/publicacao/15693455>. Acesso: 12 abr. 2019.

BRASIL. **Decreto n. 2.519, de 16 de março de 1998**. Promulga a Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada no Rio de Janeiro, em 05 de junho de 1992. Brasília, DF, 16 mar. 1998. Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2519.htm. Acesso: 06 ago. 2019.

BRASIL. **Decreto n. 2.652, de 1º de julho de 1998**. Promulga a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, assinada em Nova Iorque, em 09 de maio de 1992. Brasília, DF, 01 jul. 1998. Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2652.htm. Acesso: 06 ago. 2019.

BRASIL. **Decreto n. 21.187, de 22 de março de 1932**. Promulga o Protocolo relativo à cláusula de arbitragem, firmado em Genebra a 24 de setembro de 1923. Brasília, DF, 22 mar. 1932. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21187-22-marco-1932-548999-publicacaooriginal-64245-pe.html>. Acesso: 29 abr. 2019.

BRASIL. **Decreto n. 9.080, de 16 de junho de 2017**. Promulga a Convenção sobre a Conservação das Espécies Migratórias de Animais Silvestres, de 23 de junho de 1979. Brasília, DF, 16 jun. 2017. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9080.htm. Acesso: 06 ago. 2019.

BRASIL. **Decreto n. 922, de 10 de setembro de 1993**. Promulga o Protocolo para a Solução de Controvérsias, firmado em Brasília em 17 dez. 1991, no âmbito do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL). Brasília, DF, 10 set. 1993. Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0922.htm. Acesso: 06 ago. 2019.

BRASIL. **Decreto n. 99.280, de 06 de junho de 1990.** Promulgação da Convenção de Viena para a Proteção da Camada de Ozônio e do Protocolo de Montreal sobre Substâncias que Destroem a Camada de Ozônio. Brasília, DF, 06 jun. 1990. Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99280.htm. Acesso: 06 ago. 2019.

BRASIL. IBAMA. **Laudo técnico preliminar. impactos ambientais decorrentes do desastre envolvendo o rompimento da barragem de fundão, em mariana, minas gerais.** Brasília, DF, nov. 2015, p. 04. Disponível em http://www.ibama.gov.br/phocadownload/noticias/noticias2016/laudo_tecnico_preliminar_Ibama.pdf. Acesso: 14 jan. 2019.

BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Agenda 2030 - ods – metas nacionais dos objetivos de desenvolvimento sustentável.** Brasília, DF, 2018. www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/180801_ods_metas_nac_dos_obj_d_e_desenv_susten_propos_de_adequa.pdf. Acesso: 18 set. 2019.

BRASIL. **Lei Complementar n. 80, de 12 de janeiro de 1994.** Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. Brasília, DF, 12 jan. 1994. Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp80.htm. Acesso: 17 jun. 2019

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso 22 maio 2019.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso: 12 out. 2019.

BRASIL. **Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015.** Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública [...]. Brasília, DF, 26 jun. 2015. Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm. Acesso: 24 maio 2019.

BRASIL. **Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981.** Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasília, DF, 31 ago. 1981. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm. Acesso: 03 out. 2018.

BRASIL. **Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985.** Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Brasília, DF, 24 jul. 1985. Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm. Acesso: 12 out. 2019.

BRASIL. **Lei n. 7.783, de 28 de junho de 1989.** Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. Brasília, DF, 28 jun. 1989. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7783.htm. Acesso: 23 jul. 2019.

BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF, 11 set. 1990. Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso: 12 out. 2019.

BRASIL. **Lei n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993.** Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Brasília, DF, 12 fev. 1993. Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8625.htm. Acesso: 24 out. 2018.

BRASIL. **Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996.** Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF, 23 set. 1996. Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso: 12 out. 2019.

BRASIL. Ministério da Economia, Indústria, Comércio Exterior e Serviços. **Acfi.** Disponível em <http://www.mdic.gov.br/comercio-exterior/negociacoes-internacionais/218-negociacoes-internacionais-de-investimentos/1949-nii-acfi>. Acesso: 29 abr. 2019

BRASIL. Ministério da Integração Nacional. **Classificação e Codificação Brasileira de Desastres.** Disponível em www.integracao.gov.br/documents/3958478/0/Anexo+V+-+Cobrade_com+simbologia.pdf/d7d8bb0b-07f3-4572-a6ca-738daa95feb0. Acesso: 26 set. 2018

BRASIL. Ministério da Integração Nacional. **Portaria n. 222, de 10 de novembro de 2015.** Reconhece situação de emergência por procedimento sumário no Município de Mariana-MG. Brasília, DF, 10 nov. 2015. Disponível em <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&data=11/11/2015&pagina=28>. Acesso: 26 set. 2018.

BRASIL. Senado Federal, Comissão de Constituição e Justiça. **Parecer Vencedor. Projeto de Lei n. 5.139 de 2009.** Relator: Deputado Jose Carlos Aleluia. Brasília, DF, 17 mar. 2010. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=506A92ECDA96819671610D1E23887958.proposicoesWebExterno1?codteor=754582&filename=Parecer-CCJC-17-03-2010. Acesso: 23 jul. 2019.

BRASIL. Senado Federal, Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. **Adendo ao parecer de 2013, em decisão terminativa sobre o projeto de lei do senado n. 406, de 2013.** Relator: Senador Vital do Rêgo. Brasília, DF, 11 dez. 2013. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4412865&ts=1559280092577&disposition=inline>. Acesso: 18 jul. 2019

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial n. 1.323.104 - GO.** Agravante: Associação dos Lavrados e Fornecedores de Cana de Arapora, e outros. Agravado: Ministério Público do Estado de Goiás. Relator: Ministro Og Fernandes. Brasília, DF, 01 out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial n. 224.572 - MS.** Agravante: Rádio Clube. Agravado: Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília, DF, 10 out. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial n. 238-408 - SC.** Agravante: Posto Trevo Sul Ltda. Agravado: Fundação Amparo do Meio Ambiente Fatma. Relator: Ministro Gurgel de Faria. Brasília, DF, 03 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 1.083.810 - SP.** Agravante: Tst-Aica Auditores Independentes & Consultores Associados - Sociedade Simples Ltda Agravado: Condominio Edificio Palacio das Americas e Vitrine da Iguatemy. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, DF, 18 fev. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 1.235.040 - MG.** Agravante: Município de Uberlândia. Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Francisco Falcão. Brasília, DF, 14 ago. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Recurso Especial 1.391.790 - TO.** Agravante: K M da C S, e outro. Agravado: Ministério Público do Estado do Tocantins. Relator: Ministro Raul Araújo. Brasília, DF, 21 set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.624.527 - RS.** Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: João Beno Schuh Filho e outros. Brasília, DF, 01 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.610.174 - SC.** Recorrente: IBAMA. Recorrido: Hamilton Gaspar dos Santos. Relator: Ministro Gurgel de Faria. Brasília, DF, 12 fev. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.365.277 - RS.** Agravante: Companhia Estadual de Distribuição de Energia Elétrica e outros. Agravado: Ivanildo Flori Schutz Torres. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, DF, 10 mar. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.412.664 - SP.** Agravante: Petróleo Brasileiro S/A - Petrobras. Agravado: Almiro da Silva Matos e Outros. Relator: Ministro Raul Araújo. Brasília, DF, 11 fev. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência n. 111.230 - DF.** Suscitante: S.E LTDA. Suscitado: Tribunal Arbitral do Centro de Arbitragem e outros. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 08 maio 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência n. 156-133 - BA.** Suscitante: Dm construtora de obras ltda. Suscitado: Juízo de Direito da 5 vara da Fazenda Pública de Salvador e Tribunal Arbitral. Relator: Ministro Gurgel de Faria. Brasília, DF, 02 maio 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 49099 - SP.** Impetrante: Luciana Maschietto Talli Sandoval - Procuradoria da Assistência Judiciária. Impetrado: Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: W S S. Relator: Ministra Laurita Vaz. Brasília, DF, 02 fev. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 60.447 - RJ**. Impetrante: André Emílio Ribeiro Von Melentovytch e Outros. Impetrado: Segunda Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Paciente: José Carlos D' Almeida. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. Brasília, DF, 03 out. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Homologação de decisão estrangeira n. 120 - US**. Requerente: Levi Strauss de Espana AS. Requerido: Ganaderia Brasil Indústria e Comércio de Acessórios de Moda Ltda. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 12 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudência em teses. edição n. 30: direito ambiental**. Brasília, DF, 28 mar. 2015. Disponível em http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%C3%AAncia%20em%20teses%2030%20-%20direito%20ambiental.pdf. Acesso: 11 maio 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudência em teses. edição n. 122: da arbitragem**. Brasília, DF, 05 abr. 2019. Disponível em http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%C3%AAncia%20em%20Teses%20122%20-%20Arbitragem.pdf. Acesso: 11 maio 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Questão de Ordem no Recurso Especial n. 1.711.009 - MG**. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Samarco Mineração S.A. Relator: Ministro Marco Buzzi. Brasília, DF, 23 mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.071.741- SP**. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Fazenda do Estado de São Paulo e Outros. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, 24 mar. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.077.638 - RS**. Recorrente: Curtume Paquetá Ltda. Recorrido: Adenir Gandor Lopes e outro. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Brasília, DF, 04 nov. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.198.727 - MG**. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Pedro Paulo Pereira. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, 09 maio 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.255.127 - MG**. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Vera Lúcia de Faria Paiva. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, 18 ago. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.297.974 - RJ**. Recorrente: Itarumã Participações S/A. Recorrido: Participações em Complexos Bioenergéticos -PCBIOS. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 12 jun. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.354.348 - RS**. Recorrente: AES Sul Distribuidora Gaúcha de Energia S/A e Outro. Recorrido: Paulo Rodrigues de Mello. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, DF, 26 ago. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.374.284 - MG**. Recorrente: Mineração Rio Pomba Cataguases Ltda. Recorrida: Emilia Mary Melato Gomes. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, DF, 27 ago. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.381.211 - TO**. Recorrente: Jonas de Oliveira Barros. Recorrido: José Elias Barbosa Rodrigues. Relator: Ministro Marco Buzzi. Brasília, DF, 19 set. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.399.305 - SP**. Recorrente: União, Ministério Público Federal. Recorrido: Transocean Maritime Agencies SAM. Relator: Ministra Assusete Magalhães. Brasília, DF, 12 jun. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.432.522 - SP**. Recorrente: Instituto Einstein da Saúde Ltda. Recorrido: Sociedade Beneficiária Israelita Brasileira Hospital Albert Einstein. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, DF, 17 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.465.535 - SP**. Recorrente: Fundação Patrimônio Histórico da Energia e Saneamento. Recorrido: Corumbataí Eletricidade Ltda. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, DF, 21 jun. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.516.292 - SC**. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Departamento Nacional de Produção Mineral e Outros. Relator: Ministro Sérgio Kukina. Brasília, DF, 23 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.531.093 - RS**. Recorrente: P A F e outros. Recorrido: J E L - Sucessão. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, DF, 04 ago. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.543.564 - SP**. Recorrente: Fischer, América Comunicação Total Ltda. Recorrido: Euler Alves Brandão, et. al. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, DF, 25 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.550.260 - RS**. Recorrente: Kreditanstalt für Wiederaufbau Bankengruppe. Recorrido: Companhia de Geração Térmica de Energia Elétrica. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, DF, 12 dez. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.641.167 - RS**. Recorrente: AES Sul Distribuidora Gaúcha de Energia S/A e AES Florestal. Recorrido: Geneci de Souza Silva. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 13 mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.654.950 - SC**. Recorrente: IBAMA. Recorrido: Antônio Fernandes da Silva. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, 06 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.669.185 - RS**. Recorrente: Ministério Público Federal e IBAMA. Recorrido: os mesmos. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, 05 set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.676.477 - RJ**. Recorrente: Município de Maricá. Recorrido: Ministério Público Federal e outros. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, 11 out. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.681.385 - SC**. Recorrente: IBAMA. Recorrido: J V I S C (menor) e outro. Relator: Ministra Regina Helena Costa. Brasília, DF, 24 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.694.826 - GO**. Recorrentes: Wilson Pereira Rodrigues e outros. Recorrido: Marcelo Antonelli e outros. Relatora: Ministra Nancy Andrichi. Brasília, DF, 07 nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.733.685 - SP**. Recorrente: Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotores Ltda. Recorrido: Metalzul Indústria Metalúrgica e Comércio Limitada. Relator: Ministro Raul Araújo. Brasília, DF, 06 nov. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.734.405 - AM**. Recorrente: Brasil Brokers Participações. Recorrido: Edimir Lima da Silva. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, DF, 01 ago. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.744.028 - SC**. Recorrente: Edson Bressler. Recorrido: Foz do Chapecó Energia S.A. Relator: Ministra Regina Helena Costa. Brasília, DF, 12 jun. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.753.041 - GO**. Recorrente: Flávio Roberto Alves. Recorrido: Emisa Engenharia e Comércio Limitada. Relator: Ministra Nancy Andrichi. Brasília, DF, 18 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 299.400 - RJ**. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Recorridos: Município de Volta Redonda e outros. Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins. Brasília, DF, 01 jun. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 369.822 - PR**. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Gilson Dipp. Brasília, DF, 25 mar. 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 467.212 - RJ**. Recorrente: Petróleo Brasileiro S/A - Petrobrás. Recorrido: Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 28 out. 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 596.764 - MG**. Recorrente: Disque Amizade do Brasil Ltda. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais e outro. Relator: Ministro Antônio Carlos Ferreira. Brasília, DF, 17 maio 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 598.281 - MG**. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorridos: Município de Uberlândia e Empreendimentos Imobiliários Caana Ltda. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 02 maio 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 612.439 - RS**. Recorrente: AES Uruguaiana Empreendimentos Ltda. Recorrido: Companhia Estadual de Energia Elétrica CEEE. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Brasília, DF, 25 out. 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 762.136 - RS**. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Ministra Laurita Vaz. Brasília, DF, 06 jun. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 904.324 - RS**. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Romeu Pedro Mior. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Brasília, DF, 05 maio 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Repetitivo n. 1.110.549 - RS**. Recorrente: Edviges Mislari Fernandes. Recorrido: Banco Santander S/A. Relator: Ministro Relator Sidnei Beneti. Brasília, DF, 28 out. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Sentença Estrangeira Contestada n. 10.076 - GB**. Requerente: Bnp Paribas Commodity Futures Limited. Requerido: Manoel Fernando Garcia e S/A Fluxo Comércio e Assessoria Internacional. Relator: Ministro Og Fernandes. Brasília, DF, 20 maio 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Sentença Estrangeira Contestada n. 4.024 - GB**. Requerente: Keytrade Ag. Requerido: Fercitrus Indústria e Comércio de Fertilizantes Ltda. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 07 ago. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Sentença Estrangeira Contestada n. 8542 - EC**. Requerente: Maria Aguida Salazar e outros. Requerido: Chevron Corporation. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, DF, 15 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3378**. Requerente: Confederação Nacional da Industria. Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, DF, 09 abr. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Sentença Estrangeira n. 5206 - EP**. Agravante: MBV Commercial and export management establishment. Agravado: Resil industria e comércio Ltda. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 12 dez. 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 22164 - SP**. Impetrante: Antônio de Andrade Ribeiro Junqueira. Impetrado: Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 30 out. 1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3540-1 - DF**. Requerente: Procurador Geral da República. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 01 set. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 631.111 - GO**. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Marítima Seguros S.A. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, 06 ago. 2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 1.099/2006 - Plenário**. Relator: Ministro Augusto Nardes. Brasília, DF, 05 jul. 2006.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso. **Agravo de Instrumento n. 54131/2007**. Agravante: H.R.M.L. Agravado: V.M.R.L e L.F.R.L. Relator: Desembargador Antônio Horácio da Silva Neto. Cuiabá, MT, 28 jan. 2008. A decisão transitou em julgado em 17 out. 2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. **Apelação n. 1.305.911-5**. Apelante: Cecília Severino. Apelados: Momentive Química do Brasil Ltda e outros. Relator: Desembargador Carlos Henrique Licheski Klein. Curitiba, PR, 12 nov. 2015. A decisão ainda não transitou em julgado.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento n. 70052649068**. Agravante: Município de Arroio Grande. Agravado: Ministério Público. Relator: Desembargador Arno Werlang. Porto Alegre, RS, 17 fev. 2013. A decisão transitou em julgado em 23 abr. 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 70077493054**. Apelante: Idelar Bogoni. Apelado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Desembargadora Lúcia de Fátima Cerveira. Porto Alegre, RS, 25 de julho de 2018. A decisão transitou em julgado em 18 set. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 70073549677**. Apelante: Gabriel Hartz Anacleto e Outros. Apelado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Desembargador João Barcelos de Souza Junior. Porto Alegre, RS, 29 nov. 2017. A decisão transitou em julgado em 14 mar. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 70078448685**. Apelante: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Apelado: Valter Roesler. Relator: Desembargadora Lúcia de Fátima Cerveira. Porto Alegre, RS, 29 ago. 2018. A decisão transitou em julgado em 14 fev. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Apelação Cível n. 0208505-42.1993.4.03.6104 - SP**. Apelante: Ministério Público Federal. Apelado: Petróleo Brasileiro S.A - Petrobrás. Relator: Juiz Federal Convocado Paulo Conrado. São Paulo, 19 ago. 2011. A decisão transitou em julgado em 22 set. 2015.

BRASIL; ANGOLA. **ACFI entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República de Angola**. Luanda, 1 abr. 2015. Disponível em [http://www.mdic.gov.br/arquivos/Angola-Acordo-Cooperacao-e-Facilitacao-de-Investimentos-ass-\(002\).pdf](http://www.mdic.gov.br/arquivos/Angola-Acordo-Cooperacao-e-Facilitacao-de-Investimentos-ass-(002).pdf). Acesso: 29 abr. 2019.

BRASIL; CHILE. **ACFI entre a República Federativa do Brasil e a República do Chile**. Santiago, 23 nov. 2015. Disponível em [www.mdic.gov.br/arquivos/Chile-Coop-e-Facilitacao-de-Investimentos-port-ass-\(002\).pdf](http://www.mdic.gov.br/arquivos/Chile-Coop-e-Facilitacao-de-Investimentos-port-ass-(002).pdf). Acesso: 29 abr. 2019.

BRASIL; COLOMBIA. **ACFI entre a República Federativa do Brasil e a República da Colômbia**. Bogotá, 09 out. 2015. Disponível em [www.mdic.gov.br/arquivos/ACFI-Colombia-texto-assinado-portugues-\(002\).pdf](http://www.mdic.gov.br/arquivos/ACFI-Colombia-texto-assinado-portugues-(002).pdf). Acesso: 29 abr. 2019.

BRASIL; MALÁUI. **ACFI entre a República Federativa do Brasil e a República do Maláui**. Brasília, DF, 25 jun. 2015. Disponível em [http://www.mdic.gov.br/arquivos/Malauui-AC-Coop-fac-Investimentos-ass-\(002\).pdf](http://www.mdic.gov.br/arquivos/Malauui-AC-Coop-fac-Investimentos-ass-(002).pdf). Acesso: 29 abr. 2019.

BRASIL; MÉXICO. **ACFI entre a República Federativa do Brasil e os Estados Unidos Mexicanos**. Cidade do México, 26 maio 2015. Disponível em [www.mdic.gov.br/arquivos/Mexico-ACFI-Investimentos-ass-\(002\).pdf](http://www.mdic.gov.br/arquivos/Mexico-ACFI-Investimentos-ass-(002).pdf). Acesso: 29 abr. 2019.

BRASIL; MOÇAMBIQUE. **ACFI entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República de Moçambique**. Maputo, 30 mar. 2015. Disponível em [http://www.mdic.gov.br/arquivos/Mocambique-AC-Coop-e-Facilit-de-Investimentos-ass-\(002\).pdf](http://www.mdic.gov.br/arquivos/Mocambique-AC-Coop-e-Facilit-de-Investimentos-ass-(002).pdf). Acesso: 29 abr. 2019.

BRASIL; PERU. **Acordo de Ampliação Econômico-Comercial entre a República Federativa do Brasil e a República do Peru**. Lima, 29 abr. 2016. Disponível em <http://www.mdic.gov.br/index.php/comercio-exterior/negociacoes-internacionais/9-assuntos/categ-comercio-exterior/1508-acordo-de-ampliacao-economico-comercial-brasil-peru-ainda-sem-vigencia>. Acesso: 29 abr. 2019.

BRATSPIES, Rebecca M. Trail smelter's (semi)precautionary legacy. In: BRATSPIES, Rebecca M.; MILLER, Russel A (Org.). **Transboundary harm in international law: lessons from the trail smelter arbitration**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2006.

BRAUN, Egelyn. **Collective alternative dispute resolution (adr) for the private enforcement of eu competition law**. 2016. 122 f. Thesis (Master in Comparative, European and International Laws) - Department of Law, European University Institute, Florença, 2016.
BREKOULAKIS, Stavros. On arbitrability: persisting misconceptions and new areas of concern. **Queen Mary University of London, School of Law, Legal Studies Research**, Londres, n. 20, p. 18-45, 2009.

BREKOULAKIS, Stavros. Law applicable to arbitrability: revisiting the revisited lex fori. In: MISTELIS, Loukas; BREKOULAKIS, Stavros (Org.). **Arbitrability: international & comparative perspectives**. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Law & Business, 2009.

CAM/CCBC. **Regulamento Administrativo 09/2014**. Arbitragens com a Adm. Pública brasileira. São Paulo, 20 out. 2014. Disponível em www.ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/resolucoes-administrativas/ra-09-2014-arbitragens-com-a-adm-publica-brasileira/. Acesso: 19 set. 2019.

CANADÁ. Tribunal Federal do Canadá. **Caso n. 2004 CF 38**. Requerente: Canadá. Requerido: S.D Myers Inc. Relator: J. Kelen. Ottawa, 13 jan. 2004. Disponível em <https://reports.fja.gc.ca/fja-cmf/j/fr/item/330850/index.do>. Acesso: 14 jul. 2019.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Traduzido para o português por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988.

CAPPELLI, Sílvia; ROCHELLE, Jelinek (Org.). **Compromisso de ajustamento ambiental: análise e sugestões para aprimoramento**. São Paulo: Instituto “O Direito por um Planeta Verde”, 20[09?], p. 50-51. Disponível em www.planetaverde.org/arquivos/projetos/arquivo_081213_6910.pdf. Acesso: 16 maio 2019.

CARAMELO, António Sampaio. A disponibilidade do direito como critério de arbitrabilidade do litígio – reflexões de jure condendo. **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, v. 3, a. 66, dez. 2006. Disponível em <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2006/ano-66-vol-iii-dez-2006/doutrina/antonio-sampaio-caramelo-a-disponibilidade-do-direito-como-criterio-de-arbitrabilidade-do-litigio/>. Acesso: 03 jun. 2019

CARAMELO, António Sampaio. Anulação de sentença arbitral contrária à ordem pública. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 32, p. 133-173, 2012.

CARAMELO, António Sampaio. Critérios de arbitrabilidade dos litígios. revisitando o tema. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 27, p. 129-161, 2010.

CARLSTON, Kenneth S. Theory of the arbitration process. **Law and contemporary problems**, Durham, v. 17, n. 4, p. 631-651, set./nov. 1952.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e jurisdição. **Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação**, v. 1, p. 833-844, set. 2014.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à lei nº 9.307/96**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. A proteção dos direitos difusos através do compromisso de ajustamento de conduta previsto na lei que disciplina a ação civil pública. In. **Livro de teses do 9º congresso nacional do ministério público**. Salvador, 1992.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **O ministério público no processo civil e penal: promotor natural, atribuição e conceito com base na constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; GRECO, Leonardo, PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Pinho. (Org.). **Temas controvertidos na arbitragem à luz do código de processo civil de 2015**. Rio de Janeiro: GZ, 2018.

CARNEVALI, Ugo. **Appunti di diritto privato. ed VIII**, Milano: Cortina Libreria, 2007.

CARVALHO, Délton Winter de. **Dano ambiental futuro: da assimilação dos riscos ecológicos pelo direito à formação de vínculos jurídicos intergeracionais**. 255 f. 2006. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Ciências Jurídicas, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2006.

CASTRO, Amílcar de. Ordem social. **Revista da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 11, p. 27-47, out. 1959.

CAZZARO, Kleber. A (in) arbitrabilidade dos conflitos ambientais na legislação nacional e a paradoxal admissão do mecanismo pelo estado brasileiro fora da sua fronteira de soberania. In. CONPEDI; UFF (Org.) **Direito ambiental II**. Florianópolis: FUNJAB, 2012.

CHARTERED INSTITUTE OF ARBITRATORS. **International arbitration practice guideline. jurisdictional challenges**. Londres. 2015. Disponível em

<https://www.ciarb.org/media/4192/guideline-3-jurisdictional-challenges-2015.pdf>. Acesso: 12 maio 2019

CHEN, Richard. Precedent and dialogue in investment treaty arbitration. **Harvard International Law Journal**, Cambridge, v. 60, n.1, mar. p. 47-94, 2019.

CHILE. **Ley n. 7421**. Código Orgánico de Tribunales. Santiago, 15 jun. 1943. Disponível em <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=25563>. Acesso: 14 abr. 2019.

CLEMES, Sérgio. Apontamentos sobre a possibilidade de transação dos interesses difusos na lei brasileira. In. OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Cidadania coletiva**. Florianópolis: Paralelo 27, 1996.

COELHO, Hamilton Antônio. O bem ambiental, sua propriedade e os tribunais de contas. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 84, p. 35-58, jul./set. 2012.

CONSOLO, Claudio. **Codice di procedura civile comentário, tomo IV**. 6. ed. Milano: Wolters Kluwer, 2018.

CORBIN, Arthur L. Rights and duties. **Yale Law Journal**, New Haven, v. 33, n. 5, p. 501-527, jan. 1924.

COUTO, Oscar Graça; CARVALHO, Monica Taves de Campos de. Arbitragem e meio ambiente. In. ALMEIDA, Ricardo Ramalho (Org.) **Arbitragem interna e internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil. volume 4**. 8. ed. Bahia: JusPodivm, 2013.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos. In. ZANETI JÚNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Org.). **Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos**. Salvador: JusPodivm, 2017.

DIDIER JÚNIOR. Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil. introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento, volume 1**. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

DIGESTA. **The digest of justinian**. vol 1. Traduzido para o inglês por Alan Watson. Philadelphia: Univesity of Pennsylvania Press, 1998.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos Araújo. **Teoria geral do processo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

DJEFFAL, Christian. The iron rhine case - a treaty's journey from peace to sustainable development. **ZaoRV**, Heidelberg, v. 71, p. 569-586, 2011.

DOMINICÉ, Christian. The iron rhine arbitration and the emergence of a principle of general international law. In. NDIAYE, Tafsir Malick; WOLFRUM, Rüdiger. (Org.). **Law of the sea. environmental law and settlement of disputes**. Leiden: Martinus Nijhoff, 2007.

DOUGLAS, Zachary. The enforcement of environmental norms in investment treaty arbitration. In. DUPUY, Pierre-Marie; VIÑUALES, Jorge (Org.). **Harnessing foreign investment to promote environmental protection**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

DRAHOZAL, Christopher R. Class arbitration in the united states. In. HANOTIAU, Bernard; SCHWARTZ, Eric A. (Org.). **Class and group actions in arbitration (dossiers)**. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2016.

DRLIČKOVÁ, Klára. Arbitrability and public interest in international commercial arbitration. **International and Comparative Law Review**, Olomouc, v. 17, n. 2, p. 55–71, 2017.

ELIAS, Roni. Using adr in superfund cases. making a good thing better. **The Federal Lawyer Magazine**, Arlington, p. 54-65, out./nov. 2016.

EQUADOR. Corte Constitucional. **Decisão n. 230-18-SEP-CC. Caso n. 0105-14-EP**. Recorrente: Company Chevron Corporation. Recorrido: María Aguinda, e outros. Relator: Alfredo Ruiz Guzmán. Quito, 27 jun. 2018. Disponível em http://portal.corteconstitucional.gob.ec/Raiz/2018/230-18-SEP-CC/REL_SENTENCIA_230-18-SEP-CC.pdf. Acesso: 14 jul. 2019.

EQUADOR. Corte Nacional de Justicia. **Caso n. 174-2012**. Recorrente: Chevron Corporation. Recorrido: María Aguinda, e outros. Relator: Lucía Toledo Puebla. Quito, 12 nov. 2013. Disponível em <https://chevroninecuador.org/assets/docs/2013-11-12-final-sentence-from-cnj-de-ecuador-spanish.pdf>. Acesso: 14 jul. 2019.

EQUADOR. Tribunal da Província de Sucumbios. **Caso n. 2003-0002**. Autor: María Aguinda, Ángel Piaguage et al. Réu: Company Chevron Corporation. Julgador: Nicolas Zambrano Lozada. Nueva Loja, 14 fev. 2011. Disponível em <https://chevroninecuador.org/assets/docs/2011-02-14-Aguinda-v-ChevronTexaco-judgement-English.pdf>. Acesso: 14 jul. 2019.

ESPAÑA. **Ley n. 60/2003**. Madrid, 23 dez. 2003. Disponível em <https://www.boe.es/buscar/pdf/2003/BOE-A-2003-23646-consolidado.pdf>. Acesso: 07 jan. 2019.

ESTADOS UNIDOS; CANADA; MÉXICO. **North American Free Trade Agreement [NAFTA]**. Washington, Ottawa, Cidade do México, 01 jan. 1994. Disponível em https://idatd.cepal.org/Normativas/TLCAN/Ingles/North_American_Free_Trade_Agreement-NAFTA.pdf. Acesso: 18 set. 2019.

ESTADOS UNIDOS. Court of Appeals for the First Circuit. **Caso n. 344 F. 3d 134**. Apelante: Intergen N.V. Apelado: Eric F. Grina, e outros. Relator: Circuit Judge Selya. Boston, 22 set. 2003. Disponível em <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/344/134/603027/>. Acesso: 11 maio 2019.

ESTADOS UNIDOS. Court of Appeals for the Second Circuit. **Caso n. 16-3854**. Apelante: Wells Fargo Advisors LLC. Apelado: Reagan Tucker e outros. Relator: Circuit Judge Raymond Joseph Lohier Jr. Nova Iorque, 07 mar. 2018. Disponível em <https://cases.justia.com/federal/appellate-courts/ca2/16-3833/16-3833-2018-03-07.pdf?ts=1520440208>. Acesso: 09 jan. 2019.

ESTADOS UNIDOS. Court of Appels for the Seventh Circuit. **Caso n. 699 F.2d 846**. Recorrente: Unimarc Ltd. Recorrido: University Life Insurance Co. of America. Relator: Circuit Judge Richard Posner. Chicago, 12 jan. 1983. Disponível em <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/699/846/231942/>. Acesso: 12 maio 2019.

ESTADOS UNIDOS. District Court for the District of Massachusetts. **Caso n. 712 F. Supp. 994**. Requerente: Estados Unidos e o povo de Massachusetts. Requerido: Belleville Industries inc., e outros. Boston, 27 fev. 1989. Disponível em <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/712/994/1475561/>. Acesso: 25 jul. 2019.

ESTADOS UNIDOS. District Court Southern District of New York. **Caso n. 18 Civ. 6757**. Requerente: Wells Fargo Advisors LLC. Requerido: Reagan Tucker e outros. Relator: District Judge Paul A. Engelmayer. Nova Iorque, 02 jan. 2019. Disponível em <https://cases.justia.com/federal/district-courts/new-york/nysdce/1:2018cv06757/498173/22/0.pdf?ts=1546512108>. Acesso: 09 jan. 2019

ESTADOS UNIDOS. EPA. **40 Code of Federal Regulations part 403. arbitration procedures for small superfund cost recovery claims; final rules**. Washington, 30 maio 1989. Disponível em <https://www.epa.gov/sites/production/files/2014-03/documents/arbit-costrec-fr.pdf>. Acesso: 27 jul. 2019.

ESTADOS UNIDOS. EPA. **Alternative dispute resolution at the epa**. Disponível em <<https://www.epa.gov/adr/alternative-dispute-resolution-epa>>. Acesso: 11 jul. 2019.

ESTADOS UNIDOS. EPA. **Comprehensive environmental response, compensation, and liability act (cercla) and federal facilities**. Disponível em <https://www.epa.gov/enforcement/comprehensive-environmental-response-compensation-and-liability-act-cercla-and-federal>. Acesso: 25 jul. 2019.

ESTADOS UNIDOS. EPA. **Natural resource damages: a primer. notification and coordiation with natural resource trustees**. Disponível em <https://www.epa.gov/superfund/natural-resource-damages-primer>. Acesso: 25 jul. 2019.

ESTADOS UNIDOS. **Public Law 68-401**. To make valid and enforceable written provisions or agreements for arbitration of disputes arising out of contracts, maritime transactions, or commerce among the States or territories or with foreign nations. Washington, 12 fev. 1925.

Disponível em <https://www.govinfo.gov/app/details/USCODE-2011-title9/context>. Acesso: 07 fev. 2019.

ESTADOS UNIDOS. **Rule 23 of the Federal Rules of Civil Procedure**. Disponível em <https://www.federalrulesofcivilprocedure.org/frcp/title-iv-parties/rule-23-class-actions/>. Acesso: 14 jul. 2019.

ESTADOS UNIDOS. **Public Law 104-320**. To reauthorize alternative means of dispute resolution in the federal administrative process, and for other purposes. Washington, 19 out. 1996. Disponível em <https://www.adr.gov/pdf/adra.pdf>. Acesso: 11 jul. 2019.

ESTADOS UNIDOS. **Public Law 96-510**. To provide for liability, compensation, cleanup, and emergency response for hazardous substances released into the environment and the cleanup of inactive hazardous waste disposal sites. Washington, 11 dez. 1980. Disponível em [https://legcounsel.house.gov/Comps/Comprehensive%20Environmental%20Response,%20Compensation,%20And%20Liability%20Act%20Of%201980%20\(Superfund\).pdf](https://legcounsel.house.gov/Comps/Comprehensive%20Environmental%20Response,%20Compensation,%20And%20Liability%20Act%20Of%201980%20(Superfund).pdf). Acesso: 25 jul. 2019.

ESTADOS UNIDOS. Southern District of New York Court. **Caso n. 11 Civ. 0691**. Memorandum opinion. Requerente: Chevron Corporation. Requerido: Steven Donzinger et al. Julgador: Lewis A. Kaplan. Nova Iorque, 28 fev. 2018. Disponível em <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/new-york/nysdce/1:2011cv00691/374606/1959/>. Acesso: 14 jul. 2019.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court of California. **Caso n. 24242**. Requerente: Richard D. Keating et al. Requerido: The Superior Court of Alameda County. Relator: Judge Grodin, São Francisco, 10 jun. 1982. Disponível em <https://law.justia.com/cases/california/supreme-court/3d/31/584.html>. Acesso: 14 jul. 2019.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court of South Carolina. **Caso n. 539 U.S. 444**. Recorrente: Green Tree Financial Corp., et al. Recorrido: Lynn W. Bazzle, et al. Relator: Justice Breyer. Columbia, 22 jun. 2003. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/539/444/>. Acesso: 14 jul. 2019.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. **Caso n. 559 U.S. 662**. Recorrente: Stolt-Nielsen S.A, et alt. Recorrido: Animalfeeds international corp. Relator: Justice Alito. Washington, 27 abr. 2010. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/559/08-1198/index.pdf>. Acesso: 10 jul. 2019.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. **Caso n. 83-1569 - 473 U.S. 614**. Requerente/Requerido (primeira parte): Mistubishi Motors Corporation. Requerente/Requerido (segunda parte): Soler Chrysler-Plymouth Inc. Relator: Justice Harry Andrew Blackmun. Washington, 01 jul. 1985. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/473/614/>. Acesso: 12 abr. 2019.

ESTADOS UNIDOS. **Title 40 of the Code of Federal Regulations**. Washington, 01 jul. 2013. Disponível em <https://www.govinfo.gov/content/pkg/CFR-2013-title40-vol29/pdf/CFR-2013-title40-vol29-part304.pdf>. Acesso: 27 jul. 2019.

ESTADOS UNIDOS; CANADÁ. **Convention for settlement of difficulties arising from operation of smelter at trail, b.c. treaty series n. 893**. Ottawa, 15 abr. 1935. Disponível em www.lfip.org/laws666/trailsm.htm#first. Acesso: 02 jul. 2019.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo: à luz do novo código civil brasileiro e da constituição federal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FARIA, José Eduardo. **O poder judiciário no brasil: paradoxos, desafios e alternativas**. Brasília: Conselho de Justiça Federal, 1995.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil, parte geral e lindh**. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

FARIAS, Talden. Responsabilidade civil em matéria ambiental - os danos materiais, os danos morais e o meio ambiente. **Revista Dat@venia**, Campina Grande, v. 1, n.1, p. 73-86, 2009.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Defensoria pública, direitos fundamentais e ação civil pública**. São Paulo: Saraiva, 2017.

FERRARESI, Eurico. **Ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo: instrumentos processuais coletivos**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FERNANDES, Almir Garcia; BORGES, Florença Drummond. A arbitragem internacional privada como método de resolução de disputas comerciais. **Revista Jurídica Uniaraxá**, Araxá, v. 21, n. 20, p. 15-40, ago. 2017.

FERNANDES, Érika Capella; FIORATI, Jete Jane. Os acfis e os bits assinados pelo brasil. uma análise comparada. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 52, n. 208, p. 247-276, out./dez. 2015.

FERRAZ, Sérgio. Responsabilidade civil por dano ecológico. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura**, São Paulo, v. 4, p. 409-421, jan./mar. 2018.

FERREIRA, Heline Sivini. Os instrumentos jurisdicionais ambientais na constituição brasileira. In. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FICHTNER, José Antônio. **Temas de arbitragem: primeira série**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

FICHTNER, José Antônio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. Teoria geral da arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem (legislação nacional e estrangeira) e o monopólio jurisdicional**. São Paulo: LTr, 1999.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. Desconstituição de compromisso de ajustamento de conduta em razão de megaconflituosidade e de subdimensionamento de dano difuso. In. MILARÉ, Édís. (Org.). **Ação civil pública após 30 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FINK, Daniel Roberto. Alternativa à ação civil Pública ambiental (reflexões sobre as vantagens do termo de ajustamento de conduta. In. MILARÉ, Édís (Org.). **Ação civil pública: lei 7.347/1985**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Direito processual ambiental brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FORNACINARI, Flávia Hellmeister Clito. **Representatividade adequada nos processos coletivos**. 2010. 188f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

FRANGETTO, Flavia Witkowski. **A arbitragem ambiental: solução de conflitos (r)estrita ao âmbito (inter)nacional?** Campinas: Millennium, 2006.

FRANGETTO, Flávia Witkowski; PEDRO, Antônio Fernando Pinheiro. Direito ambiental aplicado. In. PHILIPPI JÚNIOR, Arlindo; ROMÉRO, Marcelo de Andrade, BRUNA, Gilda Collet (Org.). **Curso de gestão ambiental**. 2. ed. Barueiri: Manole, 2014.

FRASER, Henry S. Sketch of the history of international arbitration. **Cornell Law Review**, Ithaca, v. 11, n. 2, p. 179-208, 1926.

FREITAS, Vladimir Passos de. **A constituição federal e a efetividade de suas normas ambientais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FREITAS, Vladimir Passos de. O dano ambiental coletivo e a lesão individual. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 35, p. 26-38, jul./set. 2005.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, Escola de Direito de São Paulo; COMITÊ BRASILEIRO DE ARBITRAGEM. **2ª fase da pesquisa “arbitragem e poder judiciário” – relatório do tema: execução e cumprimento da sentença arbitral**. [2008?]. Disponível em cbar.org.br/PDF/Execucao_e_Cumprimento_da_Sentenca_Arbitral.pdf. Acesso: 03 ago. 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 1: parte geral**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John. (Org.). **Fouchard, gaillard, goldman on international commercial arbitration**. Haia: Kluwer Law International, 1999.

GAUTRAIS; Vincent; BENYEKHFLEF, Karim; TRUDEL, Pierre. Les limites apprivoisées de l'arbitrage cybernétique: l'analyse de ces questions à travers l'exemple du cybertribunal. **Revue Juridique Thémies**, Montréal, v. 33, p. 537-587, 1999.

GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. **Direito fundamental ao ambiente**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GIDI, Antônio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GIDI, Antônio. **Coisa julgada e litispendência nas ações coletivas: mandado de segurança coletivo, ação coletiva de consumo, ação coletiva ambiental, ação civil pública, ação popular**. São Paulo: Saraiva, 1995.

GIDI, Antônio. **Rumo a um código de processo civil coletivo. a codificação das ações coletivas no brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. Código civil comentado: doutrina e jurisprudência (arts. 653-853 e 927-954). In. PELUSO, Cesar (Org.). **Código civil comentado: doutrina e jurisprudência**. 2. ed. Barueri: Manole, 2008.

GODOY, Sara Gurfinkel Marques de; SAES, Maria Sylvia Macchione. Cap-and-trade e projetos de redução de emissões: comparativo entre mercados de carbono, evolução e desenvolvimento. **Revista Ambiente & Sociedade**, São Paulo, v. 18, n.1, p. 141-160, jan./mar. 2015.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. **Curso de direito processual coletivo**. 2. ed. São Paulo: SRS, 2008.

GOMES, Roberto de Almeida Borges. Ação civil pública. In. GOMES, Roberto de Almeida Borges; MACEDO, Elaine Harzheim; BARROS, Wellington Pacheco. **Ações constitucionais**. 4. ed. Curitiba: IESDE Brasil, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 1: parte geral**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GOUVEIA, Mariana França. **Curso de resolução alternativa de litígios**. Coimbra: Almedina, 2011.

GRAVONSKI, Alexandre Amaral. Autocomposição na ação civil pública. In. MILARÉ, Édís. (Org.). **Ação civil pública após 30 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GREBLER, Eduardo; LOPES, Christian Sahb Batista; POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. Notas introdutórias. arbitragem e lei modelo uncitral: balanço de seus 30 anos em perspectiva. In. GREBLER, Eduardo; LOPES, Christian Sahb Batista; POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. (Org.). **Lei modelo uncitral sobre arbitragem comercial internacional: estudos e perspectivas**. Belo Horizonte: Arraes, 2018.

GREEN, Michael S. Legal monism: an american history. In. BEZEMEK, Cristoph; POTACS, Michael; SOMEK, Alexander (Org.). **Vienna lectures on legal philosophy, volume 1: legal positivism, institutionalism and globalisation**. Oxford: Hart Publishing, 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GONÇALVES, Eduardo Damião. Conferência sobre arbitragem na tutela dos interesses difusos e coletivos. **Revista de Processo**, São Paulo, a. 31, p. 249-267, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson., et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. A dimensão processual dos direitos fundamentais e da constituição. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 35, n. 137, p. 13-22, jan./mar. 1998.

HANOTIAU, Bernard. The law applicable to arbitrability. **Singapore Academy of Law Journal**, Singapura, v. 26, p. 874-885, 2014.

HANOTIAU, Bernard; SCHWARTZ, Eric A. (Org.). **Class and group actions in arbitration (dossiers)**. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2016.

HART, H. L. A. Essays in jurisprudence and philosophy. Oxford: Clarendon Press, 1983.

HISKES, Richard P. **The human right to a green future. environmental rights and intergenerational justice**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2009.

HOFFMAN, David; MOFFITT, Michael. Frank sander: mentor to the field of dispute resolution. **Dispute Resolution Magazine**, Washington, v. 19, p. 14-16, set./nov. 2012.

HOHFELD, Wesley Newcomb. **Legal conceptions as applied in judicial reasoning and other legal essays**. New Haven: Yale University Press, 1919.

HOLANDA. Hoge Raad der Nederlanden. **Caso ECLI:NL:HR:2019:565**. Recorrente: República do Equador. Recorrido: Chevron Corporation e Texaco Petroleum Company. Relator: C. M. V Polak. Haia, 12 abr. 2019. Disponível www.theamazonpost.com/wp-content/uploads/2019/04/2019_04_12-Supreme-Court-Decision-CERT-Eng.pdf. Acesso: 17 ago. 2019.

HURTER, Estelle. Opting in or opting out in class action proceedings: from principles to pragmatism? **De Jure Law Journal**, Pretoria, v. 50, n.1, p. 60-79, 2017.

ICSID. **Convention on the settlement of investment disputes between states and nationals of other states**. Washington, 14 out. 1966. Disponível em https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/2006%20CRR_English-final.pdf. Acesso: 20 jul. 2019.

ICSID. **Rules of procedure for arbitration proceedings (arbitration rules)**. Washington, 10 abr. 2006. Disponível em https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/2006%20CRR_English-final.pdf. Acesso: 20 jul. 2019.

ICSID. Tribunal Arbitral. **Caso n. ARB(AF)/07/1**. Requerente: Piero Foresti e outros. Requerido: República da África do Sul. Relator: Professor Vaughan Lowe WC. Londres, 04 ago. 2010. Disponível <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0337.pdf>. Acesso: 18 set. 2019.

ICSID. Tribunal Arbitral. **Caso n. ARB/08/05. Decisão sobre a responsabilidade.** Requerente: Burlington Resources Inc. Requerido: República do Equador. Relator: Gabrielle Kaufmann-Kohler. 14 dez. 2012. Disponível em https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1094_0.pdf. Acesso: 14 jul. 2019.

ICSID. Tribunal Arbitral. **Caso n. ARB/08/5. Decisão sobre a reconsideração e sentença.** Requerente: Burlington Resources Inc. Requerido: República do Equador. Relator: Gabrielle Kaufmann-Kohler. 07 fev. 2017. Disponível em https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8208_0.pdf. Acesso: 20 jul. 19.

ICSID. Tribunal Arbitral. **Caso n. ARB/08/5. Decisão sobre as reconvenções.** Requerente: Burlington Resources Inc. Requerido: República do Equador. Relator: Gabrielle Kaufmann-Kohler. 07 fev. 2017. Disponível em <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8206.pdf>. Acesso: 20 jul. 2019.

ICSID. Tribunal Arbitral. **Sentença Final. Caso n. UNCT/15/3.** Requerente: David Aven e outros. Requerido: República da Costa Rica. Relator: Eduardo Siqueiros. Londres, 18 set. 2018. Disponível em https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9955_0.pdf. Acesso: 14 jul. 2019.

INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. **Achieving justice and human rights in an era of climate disruption.** Londres: International Bar Association, 2014. Disponível em <https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=0F8CEE12-EE56-4452-BF43-CFCAB196CC04>. Acesso: 18 set. 2019.

INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, Committee on International Commercial Arbitration. Resolution 2/2002. In. **Seventieth Conference of the International Law Association**, New Delhi, 2002. Disponível em https://www.juridice.ro/wp-content/uploads/2015/01/197_ila-resolution-on-public-policy-2002.pdf. Acesso: 12 abr. 2019. Acesso: 12 abr. 2019.

ITÁLIA. **Regio Decreto n. 1443.** Codice di procedura civile. Roma, 28 out. 1940. Disponível em <http://www.gazzettaufficiale.it/dettaglio/codici/proceduraCivile/>. Acesso: 07 jan. 2019.

JAMS. **Class action procedures.** Irvine, 01 maio 2009. Disponível em https://www.jamsadr.com/files/Uploads/Documents/JAMS-Rules/JAMS_Class_Action_Procedures-2009.pdf. Acesso: 14 jul. 2019

JOÃO, Alexandre Lipp. A reparação dos consumidores lesados (direitos individuais homogêneos) através do termo de ajustamento de conduta. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 72, p. 09-14, maio/ago. 2012.

JOHNSTON, Douglas M. **The historical foundations of world order. the tower and the arena.** Leida: Martinus Nijhoff, 2008.

JONAS, Hans. **El principio del resposabilidad: ensayo de una ética para la civilizacion tecnologica.** Barcelona: Editorial Herder, 1995.

JUCENDA, Javier. A propósito de la preservación jurídico-ambiental del amazonas. **Foro Jurídico Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú**, Lima, n. 12, p. 31-40, 2013.

JUCENDA, Javier. Arbitraje y derecho del medio ambiente. In. GONZÁLEZ, Jorge Luis Collantes (Org.). **Arbitraje: el arbitraje en las distintas áreas del derecho**. biblioteca de arbitraje del estudio mario castillo freyre, volume 3. Lima: Palestra e Universitat Abat Oliba, 2007.

JÚDICE, José Miguel. Collective arbitration in europe. the european way might be the best way. In. HANOTIAU, Bernard; SCHWARTZ, Eric A. (Org.). **Class and group actions in arbitration (dossiers)**. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2016.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Bauru: Edipro, 2005.

KERKHOF, Martijn van de. The trail smelter case re-examined: examining the development of national procedural mechanisms to resolve a trail smelter type dispute. **Merkourios (Utrecht Journal of International and European Law)**, Utrecht, v. 27, n. 73, p. 68-83, 2011.

KHANNA, Vikramaditya; SINGH, Aditya. Current trends in internacional investment arbitration. **Litigation**, Chicago, v. 41, n. 3, p. 41-44, 2015.

KJOS, Hege Elisabeth Veenstra-. Counterclaims by host states in investment treaty arbitration. **Transnational Dispute Management Journal**, Voorburg, v. 4, n. 4, p. 01-48, jul. 2007.

KOZUBOVSKA, Beata. Trends in arbitrability. **IALS Student Law Review, School of Advanced Study, University of London**, Londres, v. 1, n. 2, p. 22-29, mar./maio, 2014.

KRAMER, Matthew H. Rights without trimmings. In. KRAMER, Matthew H.; SIMMONDS, N.E.; STEINER, Hillel. **A debate over rights. philosophical enquiries**. Nova Iorque: Oxford Univesity Press, 2002.

KRELL, Andreas Joachim. Art. 225, caput. In. CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Org.). **Comentários à constituição do brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

KUN, Fan. Expansion of arbitral subject matter: new topics and new areas of law. In. BREKOULAKIS, Stravos; LEW, Julian; MISTELIS, Loukas (Org.). **The evolution and future of international arbitration**. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2016.

LEAL, Victor Nunes. Classificação das normas jurídicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, p. 931-948, 1945.

LEE, João Bosco. **Arbitragem comercial internacional nos países do mercosul**. Curitiba: Juruá, 2003.

LEE, João Bosco. O conceito de arbitrabilidade nos países do mercosul. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, v. 8, p. 346-358, abr./jun. 2000.

LEFF, Enrique. **Saber ambiental. sustentabilidad, racionalidad, complejidad, poder.** Coyoacán: Siglo XXI, 1998.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

LEMES, Selma Ferreira. O dever de revelação do árbitro, o conceito de dúvida justificada quanto a sua independência e imparcialidade (art. 14, § 1.º, da lei 9.307/1996) e a ação de anulação de sentença arbitral (art. 32, ii, da lei 9.307/1996). **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 36, p. 231-251, jan./mar. 2013.

LEMONS, Patrícia Faga Iglecias. Responsabilidade civil e dano ao meio ambiente: novos rumos. **Revista Acta Científica Ciências Humana**, São Paulo, v. 2, n. 11, p. 24-31, 2006.

LEONEL, Ricardo de Barros. Fatos e atos jurídicos. plano de existência, validade, eficácia, e a questão da “querela nullitatis”. **Revista Justitia**, São Paulo, v. 65, n. 199, p. 107-143, jul./dez. 2008.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo.** 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 182.

LEVEL, Patrice. Perspectives d'évolution du droit français de l'arbitrage. L'arbitrabilité. **Revue de l'arbitrage**, Paris, n. 2, p. 213-240, 1992.

LIMA, Bernardo. **A arbitrabilidade do dano ambiental e o seu ressarcimento.** 2009. 174 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2009.

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

LÓPEZ, Carlos Alberto Matheus. El derecho de arbitraje peruano. **Revista de Ciencias Jurídicas Universidad de Costa Rica**, San Jose, n. 102, p. 143-174, set./dez. 2003.

LUISO, Francesco Paolo. **Diritto processuale civile, volume 3.** Milão: Giuffrè, 2009.

LYRA, Marcos Mendes. Dano ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 8, p. 49-83, out./ dez. 1997.

MACCORMICK, Neil. **Legal right and social democracay.** Oxford: Clarendon Press, 1982.

MACCORMICK, Neil. Rights in legislation. In. HACKER, Peter Michael Stephan; RAZ, Joseph. (Org.) **Law, morality, and society: essays in honour of h.l.a hart.** Oxford: Clarendon Press, 1977.

MACHADO, João Baptista. **Lições de direito internacional privado.** 3. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos. conceito e legitimação para agir**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARIANI, Rômulo Greff. **Arbitragens coletivas no brasil**. 2013. 197 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil, volume 2. tutela dos direitos mediante procedimento comum**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARQUES, Ricardo Dalmaso. Inexistência de vinculação do árbitro às decisões e súmulas judiciais vinculantes do supremo tribunal federal. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, v. 10, n. 38, p. 96-137, abr./jun. 2013.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Direitos fundamentais indisponíveis - os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida**. 2010. 461 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro: 2010.

MARTINS, Pedro Batista. Arbitrabilidade objetiva. interesse público, indisponibilidade de direitos e normas de ordem pública. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, n. 50, p. 86-102, jul./ago. 2008.

MARTINS, Pedro Batista. Arbitragem através dos tempos. obstáculos e preconceitos à sua implementação no brasil. In. GARCEZ, José Maria Rossini; PUCCI, Adriana Noemi; et. al. (Org.). **A arbitragem na era da globalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MARTINS, Pedro Batista. Normas e princípios aplicáveis aos árbitros. In. MARTINS, Pedro Batista; LEMES, Selma M. Ferreira, CARMONA, Carlos Alberto (Org.). **Aspectos fundamentais da lei de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MATTOS NETO, Antônio José de. Direitos patrimoniais disponíveis e indisponíveis à luz da lei de arbitragem. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 122, p. 151-166, abr. 2005.

MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis Chagas. Métodos ou tratamentos adequados de conflitos? **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR**, Curitiba, a. 3, n. 1, p. 323-350, maio, 2018.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos direitos difusos em juízo**. 31. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Compromisso de ajustamento de conduta: evolução e fragilidades e atuação do ministério público. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 41, p. 93-110, mar./jan. 2006.

MAZZONETTO, Nathalia. **Arbitragem e propriedade intelectual: aspectos estratégicos e polêmicos**. São Paulo: Saraiva, 2017.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MCCAFFREY, Stephen C. Of paradoxes, precedents, and progeny: the trail smelter arbitration 65 years later. In. BRATSPIES, Rebecca M.; MILLER, Russel A (Org.). **Transboundary harm in international law: lessons from the trail smelter arbitration**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2006.

MCCONNELL, Terrance. **Inalienable rights: the limits of consent in medicine and the law**. Oxford: Oxford University Press, 2000.

MCILWRATH, Michael; SAVAGE, John. **International arbitration and mediation. a practical guide**. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010.

MEADOW, Carrie Menkel-. When litigation is not the only way: consensus building and mediation as public interest lawyering. **Washington University Journal of Law & Policy**, Washington, v. 10, p. 37-62, 2002.

MENAKER, Andrea J. The trail smelter dispute. In. ULF, Franke; MAGNUSSON, Annette; DAHLQUIST, Joel (Org.). **Arbitrating for peace: how arbitration made a difference**. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2016.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MENDES, Rodrigo Octávio Broglia. **Arbitragem, lex mercatória e direito estatal: uma análise dos conflitos ortogonais no direito transnacional**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MILARÉ, Édís. **Direito do ambiente**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MILARÉ, Édís; LOURES, Flávia Tavares Rocha. Meio ambiente e os direitos da personalidade. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 37, p. 11-27, jan./mar. 2005.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL; ALBANO SIMONES. **Termo de ajustamento de conduta**. Santos, SP, 09 nov. 2018. Disponível em <http://apps.mpf.mp.br/aptusmpf/protected/download?sistema=portal-tac&modulo=0&id=35119986>. Acesso: 20 dez. 2018.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL; GABRIEL VIEIRA PIEGAS. **Termo de ajustamento de conduta**. Santa Maria, RS, 04 jun. 2018. Disponível em <http://apps.mpf.mp.br/aptusmpf/protected/download?sistema=portal-tac&modulo=0&id=32655506>. Acesso: 20 dez. 2018.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL; INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PESCADO ARAPONGAS. **Termo de ajustamento de conduta**. Paranaíba, PR, em 26 out. 2018 Disponível em <http://apps.mpf.mp.br/aptusmpf/protected/download?modulo=0&sistema=portal&id=34458835>. Acesso: 20 dez. 2018

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL; PREFEITURA DE CAMBUCI; JOSEHIL VELLASCO. **Termo de ajustamento de conduta**. Campos dos Goytacazes, RJ, 15 de jun. 2018. Disponível em apps.mpf.mp.br/aptusmpf/protected/download?sistema=portal-tac&modulo=0&id=31540481. Acesso: 20 dez. 2018

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL; UNIÃO; REALENGO PARTICIPAÇÕES E NEGOCIAÇÕES. **Termo de ajustamento de conduta**. Criciúma, SC, 19 nov. 2018. Disponível em <http://apps.mpf.mp.br/aptusmpf/protected/download?sistema=portal-tac&modulo=0&id=35154674>. Acesso: 20 dez. 2018.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente**. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Ação civil pública em defesa do meio ambiente: ainda a questão da representatividade e da representação adequada dos entes intermediários legitimados para agir. In MILARÉ, Édis (Org.). **Ação civil pública após 30 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Ação civil pública em defesa do meio ambiente: a questão da competência jurisdicional. In MILARÉ, Édis (Org.) **Ação civil pública: lei 7.347 - 15 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Fundamentos do direito ambiental no Brasil. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, v. 7, p. 170-197, 1994.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Responsabilidade civil ambiental e a jurisprudência do stj. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 89, p. 221-254, jan./mar. 2018.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Responsabilidade civil pelo dano ambiental e o princípio da reparação integral do dano. **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**, São Paulo, v. 7, p. 435-451, out. 2011.

MONIZ, Maria da Graça de Almeida D'Eça do Canto. Direito internacional do ambiente: o caso da fundição de trail. **Diversitates International Journal**, Niterói, v. 4, n. 2, p. 01-33, dez. 2012.

MONEBHURRUN, Nithish. Crônicas do direito internacional dos investimentos. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 11, n. 1, p. 10-18, 2014.

MONTEIRO, António Pedro Pinto. Da ordem pública no processo arbitral. In. GUEDES, Armando Marques; GOUVEIA, Mariana França, et. al (Org.). **Estudos em homenagem ao prof. doutor José Lebre de Freitas - vol. II**. Coimbra: Coimbra, 2013.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento**. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MORENO, Francisco Javier Junceda. Arbitraje y derecho del medio ambiente. In. FREYRE, Mario Castillo (Org.) **Ponencias del segundo congreso internacional de arbitraje. biblioteca de arbitraje**, v. 8. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2014.

MOSES, Margaret. **The principles and practice of international commercial arbitration**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2008.

MURRAY, Keith A. The trail smelter case: international air pollution in the columbia valley. **BC Studies: The British Columbian Quarterly**, Vancouver, n. 15, p. 68-85, set./dez. 1972.

NAÇÕES UNIDAS. **Carta das nações unidas**, 1945. Disponível em <https://nacoesunidas.org/carta/cap14/>. Acesso: 28 abr. 2019.

NAÇÕES UNIDAS. Comissão para o Direito Comercial Internacional. **Lei modelo sobre arbitragem comercial internacional**. Viena, 1985. Disponível em http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/06-54671_Ebook.pdf. Acesso: 28 abr. 2019.

NAÇÕES UNIDAS. Comissão para o Direito Comercial Internacional. **Nota explicativa do secretariado da uncitral sobre a lei modelo sobre arbitragem comercial internacional com as alterações adotadas em 2006**. Viena, 2008. Disponível em <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/MLARB-explanatoryNote20-9-07.pdf>. Acesso: 08 maio 2019

NAÇÕES UNIDAS. Comissão para o Direito Comercial Internacional. **Rules on Transparency in treaty-based investor-state arbitration**. Disponível em <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/uncitral-arbitration-rules-2013-e.pdf>. Acesso: 19 set. 2019

NAÇÕES UNIDAS. Conferência sobre Comércio e Desenvolvimento. **World investment report 2019**. Genebra: United Nations Publication, 2019. Disponível em https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2019_overview_en.pdf. Acesso: 10 out. 2019

NAÇÕES UNIDAS. Conferência sobre Desenvolvimento Sustentável. **Relatório rio+20, o modelo brasileiro. relatório de sustentabilidade da organização da conferência das nações unidas sobre desenvolvimento sustentável**. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2012. Disponível em www.rio20.gov.br/documentos/relatorio-rio-20/1.-relatorio-rio-20/at_download/relatorio_rio20.pdf. Acesso: 18 set. 2019.

NAÇÕES UNIDAS. Conferência sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. **Declaração sobre meio ambiente e desenvolvimento**. Rio de Janeiro, 1992. Disponível em www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-sobre-meio-ambiente-e-desenvolvimento.html. Acesso: 05 jun. 2019

NAÇÕES UNIDAS. Conferência sobre o Meio Ambiente Humano. **Declaração de estocolmo sobre o ambiente humano**. Estocolmo, 1972 Disponível em

www.direitoshumanos.usp.br/index.php/meio-ambiente/declaracao-de-estocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html. Acesso: 05 jun. 2019

NAÇÕES UNIDAS. Cúpula para o Desenvolvimento Sustentável. **Transformando nosso mundo: a agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável**. Nova York, set. 2015. Disponível em [https://www.undp.org/content/dam/brazil/Agenda2030-completo-site%20\(1\).pdf](https://www.undp.org/content/dam/brazil/Agenda2030-completo-site%20(1).pdf). Acesso: 19 set. 2019.

NAÇÕES UNIDAS. Programa para o Meio Ambiente. **Avançando os direitos ambientais**. Disponível em <https://www.unenvironment.org/pt-br/explore-topics/environmental-rights-and-governance/what-we-do/advancing-environmental-rights>. Acesso: 05 jun. 2019

NAÇÕES UNIDAS. Programa para o Meio Ambiente. **Contribution from the convention on the conservation of migratory species of wild animals (cms) to the report of the secretary-general on oceans and law of the sea**. 2014. Disponível em: https://www.un.org/depts/los/general_assembly/contributions_2016/CMS_Contribution_to_I_CP_on_marine_debris.pdf. Acesso: 06 ago. 2019.

NAÇÕES UNIDAS. Third International Conference on Financing for Development. **Addis Ababa Action Agenda**. Nova York, 2015. Disponível em https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/2051AAAA_Outcome.pdf. Acesso: 19 set. 2019.

NAGY, Csongor István. Arbitrability of company law disputes: a comparative patchworking. In. VERESS, Emőd (Org.). **Arbitrability of company law disputes in central and eastern europe**. Cluj-Napoca: Forum Iuris Books, 2018.

NANNI, Giovanni Ettore; GUILHARDI, Pedro. Medidas cautelares depois de instituída a arbitragem: reflexões à luz da reforma da lei de arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 45, p. 123-153, abr./jun. 2015.

NERY JÚNIOR, Nelson. Codificação ou não do processo coletivo? **De Jure - Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 7, p. 147-156, jul./dez. 2006.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil comentado e legislação extravagante**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NERY, Ana Luiza Barreto de Andrade Fernandes. **Class arbitration: instauração de processo arbitral para resolução de conflitos envolvendo direitos de natureza transindividual**. 2015. 408 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015.

NERY, Ana Luiza. Advento de regulamentação legal no curso da execução de tac que torne ilícito o objeto nele transacionado: invalidade do ajuste por causa superveniente. In. MILARÉ, Édís. (Org.). **Ação civil pública após 30 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NETO, Carlos Luiz. Legitimação do ministério público na tutela dos direitos individuais homogêneos mediante ação civil pública. **Revista da AGU**, Brasília, a. 5, n. 11, set./dez. 2006.

NORTON, Andrew Remy. Rules for a new game: finding a workable solution for applying class actions to the arbitration process. **Journal of Dispute Resolution**, Columbia, v. 2005, n. 2, p. 495-509, 2005.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003.

NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In. MIRANDA, Jorge. **Perspectivas constitucionais nos 20 anos da constituição de 1976**. Coimbra: Coimbra, 1996.

NUSSBAUM, Alfred. **A concise history of the law of nations**. Nova Iorque: Macmillan Company, 1947.

OLIVEIRA, Celso Maran de; ZANQUIM JÚNIOR, José Wamberto; GRANADO, Karina. A arbitragem como alternativa para solução de conflitos ambientais no Brasil. **Revista VITAS - Visões Transdisciplinares sobre Ambiente e Sociedade**, Niterói, a. 5, n. 11, p. 01-17, set. 2015.

OLIVEIRA, Flávia de Paiva Medeiros de. Os direitos de vizinhança e o meio ambiente. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, v. 26, p. 290-296, abr./jun. 2002.

OLIVEIRA, Humberto Santarosa. Anulação da sentença arbitral nacional por violação da ordem pública. In. CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; GRECO, Leonardo, PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Pinho. (Org.). **Temas controvertidos na arbitragem à luz do código de processo civil de 2015**. Rio de Janeiro: GZ, 2018.

ORELLANA, Daniel Robalino; DÁVALOS, Leyre Suárez. Arbitraje en disputas ambientales: análisis comparado. **Revista Ecuatoriana de Arbitraje**, Quito, n. 4, p. 239-260, 2012.

OSNA, Gustavo. **Direitos individuais homogêneos: pressupostos, fundamentos e aplicação no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

OSTERWALDER, Nathalie Bernasconi-; ROSERT, Diana. **Iisd report January 2014. investment treaty arbitration: opportunities to reform arbitral rules and processes**. Manitoba: The International Institute for Sustainable Development, 2014. Disponível em https://www.iisd.org/pdf/2014/investment_treaty_arbitration.pdf. Acesso: 25 abr. 2019.

PANTOJA, Teresa Cristina Gonçalves. Anotações sobre arbitragem em matéria ambiental. **Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 4, p. 1.329-1.344, set. 2014.

PARK, William. Politics of class action arbitration: jurisdictional legitimacy and vindication of contract rights. **American University International Law Review**, Washington, v. 27, n. 4, p. 837-867, 2012.

PARK, William. Non-signatories and international arbitration: an arbitrator's dilemma. In. THE INTERNATIONAL BUREAU OF THE PCA. **Multiple party actions in international arbitration**. Oxford: University Press, 2009.

PARK, William. Private adjudicators and the public interest: the expanding scope of international arbitration. **Brooklyn Journal of International Law**, Nova Iorque, v. 12, p. 629-674, 1986.

PARLETT, Kate; EWAD, Sara. Protection of the environment in investment arbitration - a double-edged sword. **Kluwer Arbitration Blog**, ago. 2017. Disponível em www.arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/08/22/protection-environment-investment-arbitration-double-edged-sword/. Acesso: 02 out. 2019.

PASQUALOTTO, Adalberto. Responsabilidade civil por dano ambiental: considerações de ordem material e processual. In: BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. (Org.). **Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

PASTORE, Délton Esteves. Ministério público e a cultura da sentença. In: GODINHO, Robson Renault; COSTA, Susana Henriques da. (Org.). **Ministério público. coleção repercussões do novo cpc, v. 6**. Salvador: Juspodivm, 2015.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. Aspectos da tutela ambiental individual. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 145, p. 52-82, mar. 2007.

PAUSANIAS. **Pausanias description of greece**. Traduzido para o inglês por William Henry Samuel Jones. Cambridge: Harvard University Press, 1918. Disponível em <http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Paus.+2.1.6&fromdoc=Perseus%3Atext%3A1999.01.0160>. Acesso: 07 jan. 2019.

PCA. **Optional rules for arbitration of disputes relating to natural resources and/or the environment**. Disponível em https://pca-cpa.org/wp-content/uploads/sites/6/2016/01/Optional-Rules-for-Arbitration-of-Disputes-Relating-to-the-Environment-and_or-Natural-Resources.pdf. Acesso: 08 ago. 2019.

PCA. **Sentença na arbitragem relacionada a ferrovia Iron Rhine (“Ijzeren Rijn”)**. Partes: Reino da Bélgica e Reino da Holanda. Relator: Judge Rosalyn Higgins. Haia, 24 maio 2005. Disponível em http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XXVII/35-125.pdf. Acesso: 02 jul. 2019.

PCA. Tribunal Arbitral. **Caso n. 2009-23**. Segunda Sentença Parcial na Fase II. Requerentes: Chevron Corporation e Texaco Petroleum Company. Requerido: República do Equador. Relator: V.V. Veeder. Haia, 30 ago. 2018. Disponível em <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9934.pdf>. Acesso: 14 jul. 2019.

PEEL, Jacqueline. The use of science in environment-related investor-state arbitration. In: MILES, Kate (Org.) **Research handbook on environment and investment law**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PEREIRA, Cesar; QUINTÃO, Luísa. Entidades representativas (art. 5º, xxi, da cf) e arbitragem coletiva no brasil. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 47, p. 105-123, out./dez. 2015.

PERU. **Decreto Legislativo n. 1071. Ley de Arbitraje**. Lima, 28 de julho de 2008. Disponível em [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/488DA732CA72637705257D0800548587/\\$FILE/DL_1071_ley_norma_arbitraje.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/488DA732CA72637705257D0800548587/$FILE/DL_1071_ley_norma_arbitraje.pdf). Acesso: 12 abr. 2019.

PERU. **Ley n. 28611, Ley General del Ambiente**. Lima, 13 out. 2005. Disponível em www.ana.gob.pe/sites/default/files/normatividad/files/ley_n-28611.pdf. Acesso: 09 jul. 2019.

PINHEIRO, Ana Maria Costa. Arbitragem e a tutela ressarcitória dos danos ambientais. In LEITE, José Rubens Morato (Org.). **VI Simpósio dano ambiental na sociedade de risco**. Florianópolis, 2011.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado. parte geral. tomo II**. Borsoi: Rio de Janeiro, 1954.

PORTUGAL. **Lei n. 63/2011**. Lei da Arbitragem Voluntária. Lisboa, 14 dez. 2011. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=1579A0001&nid=1579&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo. Acesso: 07 fev. 2019.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso de Revista. Processo: 06B3359**. Recorrente: AA -Sociedade Independente de Comunicação S.A. Recorrida: BB LDA.: Relator: Juiz Pires da Rosa. Lisboa, 03 de maio de 2007. Disponível <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5d21fa6ee5dd15df802572d4002da58d?OpenDocument>. Acesso: 12 abr. 2019.

RAINBOLT, George. **The concept of rights**. Dordrecht: Springer, 2006.

RALSTON, Jackson H. **International arbitration from athens to locarno**. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2004.

RAMOS, Jorge Vidal. **La responsabilidad civil por daño ambiental en el sistema peruano**. Lima: Lex & Iuris, 2014.

RAZ, Joseph. Rights and politics. **Indiana Law Journal**, Bloomington, v. 71, n.1, p. 27-44, dez./mar. 1995.

RAZ, Joseph. **The morality of freedom**. Oxford: Clarendon Press, 1988.

REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. **Law and practice of international commercial arbitration**. 4. ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2004.

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

RODRIGUES, Geisa de Assis. Reflexões sobre a atuação extrajudicial do ministério público: inquérito civil público, compromisso de ajustamento de conduta e recomendação legal. In. FARIAS, Cristiano Chaves de; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson. **Temas atuais do ministério público**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Direito ambiental esquematizado**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

ROQUE, André Vasconcelos. A evolução da arbitrabilidade objetiva no Brasil: tendências e perspectivas. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 33, p. 301-337, abr./jun. 2012.

ROQUE, André Vasconcelos. **Arbitragem de direitos coletivos no Brasil: admissibilidade, finalidade e estrutura**. 2014. 288 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

ROSENVALD, Nelson. FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de direito civil: obrigações**. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

SALÉM, Suheil Mahomed. Arbitragem administrativa: o papel conferido ao ministério público no processo arbitral. **E-Pública Revista Eletrônica de Direito Público**, Lisboa, v. 3, n.2, p. 277-290, nov. 2016. Disponível em e-publica.pt/volumes/v3n2/pdf/Vol.3-Nº2-Art.12.pdf. Acesso: 14 jul. 2019.

SALIM, Jacqueline Malta; SILVA, Bruno Freire e. É possível a utilização da arbitragem no direito ambiental? **Anais Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania**, Ribeirão Preto, n. 2, p. 168-175, out. 2014.

SALLA, Ricardo Medina. Novas características da arbitragem envolvendo a administração pública. In. SALLA, Ricardo Medina; HOLANDA, Flávia (Org.). **A nova lei da arbitragem brasileira. lei nº 13.129/2015**. São Paulo: Sage, 2015.

SAMMARTANO, Mauro Rubino-. **International arbitration. law and practice**. 3. ed. Nova Iorque: Juris Publishing, 2014.

SANDER, Frank E. A. The multi-door courthouse. **The Barrister**, Charleston, v. 3, p. 18-42, 1976.

SANDER, Frank E. Alternative methods of dispute resolution: an overview. **University of Florida Law Review**, Gainesville, v. 37, n. 1, p. 1-18, dez./fev., 1985.

SANDERS, Pieter. Commentary. In. INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (Org.). **60 years of icc arbitration - a look at the future**. Paris: ICC Pub. 1984.

SARLET, Ingo Wolfgang **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARLET Ingo Wolfgang. Notas introdutórias ao sistema constitucional de direitos e deveres fundamentais. In. CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.;

STRECK, Lenio L. (Org.). **Comentários à constituição do brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; MACHADO, Paulo Affonso Leme; FENSTERSEIFER, Tiago. **Constituição e legislação ambiental comentadas**. São Paulo: Saraiva, 2015.

SAUNDERS, Kevin W. A formal analysis of Hohfeldian relations. **Akron Law Review**, Akron, v. 23, n. 3, p. 465-506, 1990.

SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio. **Manual de arbitragem, mediação e conciliação**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SENDIM, José de Sousa Cunhal. **Responsabilidade civil por danos ecológicos: da reparação do dano através de restauração natural**. Coimbra: Coimbra, 1998.

SHELTON, Dinah. Complexities and uncertainties in matters of human rights & environment. In. KNOX, John H.; PEJAN, Raamin. (Org.). **The human right to a healthy environment**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2018.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 40 ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

SILVA, Monaliza da. Compensation awards in international environmental law: two recent developments. **Journal of International Law and Politics**, Nova Iorque, v. 50, n. 4, p. 1417-1430, jun./set. 2018.

SILVA, Solange Teles da. Direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: avanços e desafios. **Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 1, p. 1119-1142, mar. 2011.

SILVEIRA, Sebastião Sergio da; GUIMARÃES, Leonardo Aquino Moreira; ZACARIAS, Fabiana. Meios alternativos de resolução de conflitos: arbitragem de direitos coletivos. **Revista Húmus**, São Luís, v. 9, n. 25, p. 63-92, 2019.

SIMÕES, Fernando Dias. Myopic amici? the participation of non-disputing parties in ICSID arbitration. **North Carolina Journal of International Law**, Chapel Hill, v. 42, n.3, p. 791-822, 2017.

SOUZA, Luiz Antônio de. O efeito da revelia nas ações coletivas. In MILARÉ, Édís (Org.). **Ação civil pública: lei 7.347/85 - 15 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. A crise das jurisdições brasileiras e italianas e a mediação como alternativa democrática da resolução de conflitos. In. SPENGLER, Fabiana; SPENGLER NETO, Theobaldo. (Org.) **Mediação enquanto política pública: o conflito, a crise da jurisdição e as práticas mediativas**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2012.

SPRINGER, Allen L. **Cases of conflict. transboundary disputes and the development of international environmental law**. Toronto: University of Toronto Press, 2016.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Considerações sobre o nexo de causalidade na responsabilidade civil por dano ao meio ambiente. **Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 5, p. 43-66, mar. 2011.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade civil ambiental**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STEPHENS, Timothy. **International courts and environmental protection**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

STRAUBE, Frederico José. A evolução da arbitragem no brasil após a lei 9307/1996. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 50, p. 177–183, jul./set. 2016.

STRONG, Stacie I. **Class mass and collective arbitration in national and international law**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2013.

STRONG, Stacie I. Collective arbitration under the dis supplementary rules for corporate law disputes: a european form of class arbitration? **ASA (Association Suisse de l'Arbitrage) Bulletin**, Genebra, v. 29, n.1, p. 145-165, mar. 2011.

STRONG, Stacie I. From class to collective: the de-americanization of class arbitration. **The Journal of the London Court of International Arbitration**, Londres, v. 26, n. 4, p. 493-548, 2010.

STRONG, Stacie I. Resolving mass legal disputes trough class arbitration: the united states and canada compared. **North Carolina Journal of Internacional Law and Commercial Regulation**, Chapel Hill v. 37, n. 4, p. 921-980, 2012.

SUIÇA. Zivilprozessordnung [**Código de Processo Civil**]. Berna, 19 dez. 2008. Disponível em <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/20061121/201801010000/272.pdf>. Acesso: 07 jan. 2018

SUIÇA. **Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht** [Código Federal de Direito Internacional Privado]. Berna, 18 dez. 1987. Disponível em https://www.swissarbitration.org/files/34/Swiss%20International%20Arbitration%20Law/IPR_G_english.pdf. Acesso: 07 jan. 2018.

TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória) - versão atualizada para o cpc/2015. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 264, p. 83-107, fev. 2017.

TEIXEIRA, Orci Paulino Bretanha. **O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

TELES, Joana Galvão. A arbitrabilidade dos litígios em sede de invocação de exceção de preterição de tribunal arbitral voluntário. In. GOUVEIA, Mariana França (Org.). **Análise de jurisprudência sobre arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2011.

TERRY, Henry T. Legal duties and rights. **Yale Law Journal**, New Haven, v. 12, n. 4, p. 185-212, fev. 1903.

TERRY, Henry T. The correspondence of duties and rights. **Yale Law Journal**, New Haven, v. 25, n. 3, p. 171-193, jan. 1916.

TESHEINER, José Maria Rosa. Aplicação do direito objetivo e tutela de direitos subjetivos nas ações transindividuais e homogeneizantes. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, n. 78, a. 20, p. 13-28, abr./jun. 2012

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A arbitragem como meio de solução de controvérsias. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 97, n. 353, p. 107-115, jan./fev. 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Arbitragem e terceiros – litisconsórcio fora do pacto arbitral. **Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação**, v. 2, p. 509-544, set. 2014.

TIBURCIO, Carmen. A competência do tribunal arbitral para solução de litígios extracontratuais. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 50, p. 95-113, jul./set. 2016.

TIBÚRCIO, Carmen. Arbitragem envolvendo a administração pública: estado atual no direito brasileiro. **Revista Direito Público**, Brasília v. 11, n. 58, p. 62-82, jul./ago. 2014.

TRIBUNAL ARBITRAL *AD HOC*. **Primeira Sentença Parcial**. Requerente: S.D Myers, Inc. Requerido: Governo do Canadá. Relator: J. Martin Hunter. Toronto, 13 nov. 2000. Disponível em <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0747.pdf>. Acesso: 20 jul. 2019.

TRIBUNAL ARBITRAL *AD HOC*. **Segunda Sentença Parcial**. Requerente: S.D Myers, Inc. Requerido: Governo do Canadá. Relator: J. Martin Hunter. Toronto, 21 out. 2002. Disponível em <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0752.pdf>. Acesso: 14 jul. 2019

TRIBUNAL ARBITRAL *AD HOC*. **Sentença Final (relativa à repartição de custas entre as partes litigantes)**. Requerente: S.D Myers, Inc. Requerido: Governo do Canadá. Relator: J. Martin Hunter. Toronto, 30 dez. 2002. Disponível em <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0754.pdf>. Acesso: 14 jul. 2019.

TRIBUNAL ARBITRAL *AD HOC*. Trail smelter case (united states, canada). In. NAÇÕES UNIDAS. **Reports of international arbitral awards**, volume 3, 2006. Disponível em legal.un.org/riaa/cases/vol_III/1905-1982.pdf. Acesso: 02 jul. 2019.

TRISTÃO, Ivan Martins. **Acesso à justiça e a possibilidade dos meios alternativos de solução de conflitos em questões ambientais**. 2010. 211 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2010.

UNIÃO EUROPEIA, Comissão Europeia. **Recomendação da comissão sobre os princípios comuns que devem reger os mecanismos de tutela coletiva inibitórios e indenizatórios dos estados-membros aplicáveis às violações de direitos garantidos pelo direito da união (2013/396/eu)**. Bruxelas, 11 jun. 2013. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013H0396&from=EN>. Acesso: 13 jul. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. **Comunicação da comissão ao parlamento europeu, ao conselho, ao comitê econômico e social europeu e ao comitê das regiões. “rumo a um quadro jurídico horizontal europeu para a tutela coletiva”**. Estrasburgo, 11 jun. 2013. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013DC0401&from=EN>. Acesso: 13 jul. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. **Memo/08/741. Livro verde sobre a defesa coletiva do consumidor – perguntas e respostas**. Bruxelas, 27 nov. 2008. Disponível em europa.eu/rapid/press-release_MEMO-08-741_en.htm. Acesso: 15 jul. 2019.

URUGUAI. **Ley n. 15.982**. Código General del Proceso. Montevideo, 18 out. 1988. Disponível em <https://iberred.org/sites/default/files/cdigo-procesal-civiluruguay.pdf>. Acesso: 12 abr. 2019.

VARGAS, Sarah Merçon-. **Meios alternativos na resolução de conflitos de interesses transindividuais**. 2012. 186 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

VENTURI, Elton. **Transação de direitos indisponíveis?** Revista de Processo, São Paulo, v. 251, p. 391-426, jan. 2016.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. A arbitragem e o mercado de capitais. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 46, n. 146, p. 155-164, abr./jun. 2007.

VICENTE, Fabrizio Matteucci. **Arbitragem e nulidades: uma proposta de sistematização**. 224 f. 2010. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

VIEIRA, Fernando Grella. A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos: compromisso de ajustamento de conduta. In. MILARÉ, Édís (Org.). **Ação civil pública: lei 7.347/1985 - 15 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

VIÑUALES, Jorge E. Foreign investment and the environment in international law: an ambiguous relationship. **British Yearbook of International Law**, Londres, v. 80, n. 1, p. 244-332, 2009.

VIÑUALES, Jorge E. **Foreign investment and the environment in international law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

VIÑUALES, Jorge E. Foreign investment and the environment in international law: current trends. In. MILES, Kate (Org.) **Research handbook on environment and investment law**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019.

WALD, Arnaldo. O espírito da arbitragem. **Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 1, p. 743-756, set. 2014.

WÄLDE, Thomas. Confidential awards as precedent in arbitration. dynamics and implication of award publication. In. GAILLARD, Emmanuel; BANIFATEMI, Yas. (Org.). **Precedent in international arbitration**. Nova Iorque: Juris Publishing, 2008.

WALDIR, Alves. Direito fundamental ao processo. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 42, n. 137, p. 479-520, mar. 2015.

WALDRON, Jeremy. Rights in conflict. **Ethics**, Chicago, v. 99, n. 3, p. 503-519, abr. 1989.

YOUSSEF, Karim Y. The death of inarbitrability. In. MISTELIS, Loukas; BREKOULAKIS, Stravos (Org.). **Arbitrability: international & comparative perspectives**. Haia: Kluwer Law International, 2009.

ZAVASCKI, Teori Albino. Ministério público e ação civil pública. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 29, n. 114, p.149-186, abr./jun. 1992.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 2005. 295 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005.