

**ARBITRAGEM DE  
INVESTIMENTOS E  
MEIO AMBIENTE**



**NAÍMA PERRELLA MILANI**

Mestre em Direito do Comércio Internacional e Bacharel em Direito pela

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Árbitra credenciada pela Secretaria da Cultura para a resolução de  
disputas relativas a direito autoral e direitos conexos

Tradutora jurídica

Servidora pública no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

# ARBITRAGEM DE INVESTIMENTOS E MEIO AMBIENTE



Belo Horizonte

2020

## CONSELHO EDITORIAL

Álvaro Ricardo de Souza Cruz	Jorge Bacelar Gouveia – Portugal
André Cordeiro Leal	Jorge M. Lasmar
André Lipp Pinto Basto Lupi	Jose Antonio Moreno Molina – Espanha
Antônio Márcio da Cunha Guimarães	José Luiz Quadros de Magalhães
Antônio Rodrigues de Freitas Junior	Kiwonghi Bizawu
Bernardo G. B. Nogueira	Leandro Eustáquio de Matos Monteiro
Carlos Augusto Canedo G. da Silva	Luciano Stoller de Faria
Carlos Bruno Ferreira da Silva	Luiz Henrique Sormani Barbugiani
Carlos Henrique Soares	Luiz Manoel Gomes Júnior
Claudia Rosane Roesler	Luiz Moreira
Clêmerson Merlin Clève	Márcio Luís de Oliveira
David França Ribeiro de Carvalho	Maria de Fátima Freire Sá
Dhenis Cruz Madeira	Mário Lúcio Quintão Soares
Dirceô Torrecillas Ramos	Martonio Mont’Alverne Barreto Lima
Edson Ricardo Saleme	Nelson Rosenvald
Eliane M. Octaviano Martins	Renato Caram
Emerson Garcia	Roberto Correia da Silva Gomes Caldas
Felipe Chiarello de Souza Pinto	Rodolfo Viana Pereira
Florisbal de Souza Del’Olmo	Rodrigo Almeida Magalhães
Frederico Barbosa Gomes	Rogério Filippetto de Oliveira
Gilberto Bercovici	Rubens Beçak
Gregório Assagra de Almeida	Sergio André Rocha
Gustavo Corgosinho	Sidney Guerra
Gustavo Silveira Siqueira	Vladmir Oliveira da Silveira
Jamile Bergamaschine Mata Diz	Wagner Menezes
Janaína Rigo Santin	William Eduardo Freire
Jean Carlos Fernandes	

---

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos reprodutivos, sem autorização expressa da editora.

Impresso no Brasil | Printed in Brazil

Arraes Editores Ltda., 2020.

**Coordenação Editorial:** Fabiana Carvalho  
**Produção Editorial e Capa:** Danilo Jorge da Silva  
**Imagem de Capa:** Rohit Kushwaha (Pixabay.com)  
**Revisão:** Responsabilidade do Autor

---

341.3479 Milani, Naíma Perrella.  
M637a Arbitragem de investimentos e meio ambiente / Naíma  
2020 Perrella Milani. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2020.  
171 p.

ISBN: 978-65-5929-011-6  
ISBN: 978-65-5929-010-9 (E-book)

1. Direito. 2. Direito ambiental. 3. Meio ambiente- Investimentos. 4. Meio ambiente – Arbitragem. 5. Arbitragem ambiental. 6. Arbitragem de investimentos – Meio ambiente. 7. Investimentos internacionais. 8. Disputas ambientais – Arbitragem. I. Título.

CDDir – 341.3479  
CDD(22.ed.)– 347.918

Elaborada por: Fátima Falci  
CRB/6-700

---

**MATRIZ**  
Av. Nossa Senhora do Carmo, 1650/loja 29 - Bairro Sion  
Belo Horizonte/MG - CEP 30330-000  
Tel: (31) 3031-2330

**FILIAL**  
Rua Senador Feijó, 154/cj 64 - Bairro Sé  
São Paulo/SP - CEP 01006-000  
Tel: (11) 3105-6370

[www.arraeseditores.com.br](http://www.arraeseditores.com.br)  
[arraes@arraeseditores.com.br](mailto:arraes@arraeseditores.com.br)

Belo Horizonte  
2020

*“Deus sempre perdoa,  
nós homens perdoamos às vezes,  
mas a natureza nunca perdoa.”*

Papa Francisco

*“Nós temos quarenta milhões de razões para falhar,  
mas nenhuma desculpa.”*

Rudyard Kipling



## AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha família, a quem espero poder retribuir um dia, pela valorização da educação e pelo apoio e encorajamento incondicionais ao meu crescimento e à busca dos meus objetivos. Agradeço à Professora Doutora Elizabeth de Almeida Meirelles, orientadora amável com quem tive o prazer de conviver, pela oportunidade e pela confiança ao longo dos últimos anos, na orientação da dissertação de Mestrado que deu origem a esta obra. Agradeço aos membros da banca de Mestrado, Professor Titular Doutor Gustavo Ferraz de Campos Mônaco, Professora Dra. Aurea Christine Tanaka e Professora Doutora Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida, cujas contribuições e críticas concorreram em muito para o aprimoramento desta obra, e cujo incentivo e motivação me deram a coragem necessária para publicá-la. Agradeço aos amigos da Pós-Graduação e da Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, pelo aprendizado humano e acadêmico compartilhado no dia a dia, e aos Professores da Pós-Graduação e da Graduação da mesma Faculdade, pelos ensinamentos e reflexões valiosos que enriquecem a nossa cultura jurídica e desenvolvem o nosso pensamento crítico. A todos, minha sincera e profunda gratidão.





## SUMÁRIO

PREFÁCIO .....	XI
APRESENTAÇÃO .....	XIII
CAPÍTULO 1	
INTRODUÇÃO .....	1
CAPÍTULO 2	
ARBITRAGEM DE INVESTIMENTOS E MEIO AMBIENTE.....	5
2.1. A arbitragem enquanto meio pacífico de solução de controvérsias no direito internacional .....	5
2.2. A contribuição histórica da arbitragem para o direito internacional do meio ambiente.....	9
2.2.1. O caso da Fundação Trail.....	9
2.2.2. Outros casos relevantes.....	14
2.3. Breve histórico da proteção dos investimentos internacionais.....	16
2.4. Investimentos e arbitragem de investimentos.....	19
2.5. O posicionamento brasileiro com relação à arbitragem de investimentos .....	23
CAPÍTULO 3	
A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE NO REGIME JURÍDICO DE INVESTIMENTOS .....	29
3.1. A resolução de disputas com impacto ambiental por meio de arbitragem de investimentos.....	29
3.2. Cláusulas protetivas do meio ambiente nos tratados relativos a investimentos .....	36
3.3. <i>Soft law</i> , proteção do meio ambiente e investimentos.....	43

3.4. O outro lado da moeda: os atos de proteção ao meio ambiente enquanto protecionismo comercial .....	48
3.5. A utilização da arbitragem para a resolução de disputas climáticas .....	51

CAPÍTULO 4

ADEQUAÇÃO DA ARBITRAGEM DE INVESTIMENTOS PARA A RESOLUÇÃO DE DISPUTAS AMBIENTAIS .....	55
4.1. Observações sobre a arbitrabilidade das disputas ambientais .....	55
4.2. A busca por transparência na arbitragem de investimentos .....	60
4.3. A participação de terceiros na arbitragem de investimentos .....	63
4.4. A proposta para a criação de cortes permanentes de investimentos .....	66

CAPÍTULO 5

ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA ARBITRAL DE INVESTIMENTOS EM MATÉRIA AMBIENTAL .....	71
5.1. Tópicos de investigação .....	71
5.2. A aplicação do princípio da soberania sobre os recursos naturais .....	72
5.3. A proteção da saúde enquanto questão ambiental .....	78
5.4. A proteção dos povos indígenas e do meio em que vivem .....	91
5.5. A adoção de medidas regulatórias ambientais para outros fins .....	104
5.6. A proteção do investimento sustentável em energias renováveis .....	124
5.7. Considerações sobre a jurisprudência .....	129
5.8. A necessidade de combater as demandas temerárias .....	134

CONCLUSÃO .....	139
-----------------	-----

REFERÊNCIAS .....	143
Doutrina .....	143
Jurisprudência .....	150
Legislação e <i>soft law</i> .....	154

## PREFÁCIO

A questão ambiental é uma das mais importantes e das que mais polêmicas provocam no mundo contemporâneo. As discussões que a cercam envolvem inúmeras abordagens, frequentemente discordantes. Embora acontecimentos recentes – e cada vez mais recorrentes – demonstrem a importância vital, diríamos, que a adoção das normas ambientais e, principalmente, sua aplicação em todas as áreas das atividades humanas adquiriram, muitas são as divergências que cercam sua aplicação e interpretação.

Os conflitos entre interesses comerciais e econômicos e os relacionados à regulamentação e proteção ambientais que caracterizam e regem as relações no mundo ‘globalizado’ (expressão contemporânea de grande abrangência e sujeita às mais variadas interpretações...) ocupam um lugar de destaque nessas discussões, na adoção das normas ambientais pelas autoridades competentes e foros nos diferentes países, na sua implementação e efeitos sobre os interesses privados. É em relação a estes interesses e seus aspectos econômicos e comerciais e à compulsoriedade que reside em algumas das mais importantes normas internacionais ambientais e sua aplicação que esta obra se debruça. Ela aborda especificamente a relação nem sempre ou (seríamos tentados a dizer) pouco pacífica entre os investimentos privados e a proteção ambiental, de natureza essencialmente pública, e o papel que a arbitragem exerce na busca de soluções adequadas.

A arbitragem como um dos mais importantes mecanismos de solução de litígios encontra suas raízes na Antiguidade, sendo instrumento essencial na busca de meios que permitam a conciliação de interesses conflitantes desde os Romanos do período clássico até nossos dias e, como comprovam os estudos da história do Direito, por muitos séculos o único mecanismo de solução de litígios e por isto amplamente utilizado.

A comprovação da sua utilidade em matéria ambiental é confirmada por muitos – cite-se aqui o saudoso Mestre Guido Fernando Silva Soares entre outros – com base na constatação que foi a ela e através dela que foi buscada e encontrada a solução em um dos primeiros casos envolvendo um litígio

internacional entre Estados vizinhos, litígio este decorrente da poluição da atmosfera e de águas pluviais – a paradigmática questão relativa à *Fundição Trail*, entre Estados Unidos e Canadá na década de 30 do século passado tornou-se um “*leading case*” demonstrando que a solução arbitral não era apenas possível mas adequada.

Sua importância ficou ainda claramente comprovada não apenas pelo número de litígios envolvendo questões ambientais e resolvidos pela sua aplicação a partir da década de 90 mas, principalmente, pela sua inclusão, aceitação e aplicação entre os recursos utilizados por inúmeros Acordos internacionais de caráter ambiental e também comercial que a incluem entre os mecanismos que objetivam propiciar as condições necessárias para que tais conflitos encontrem um término pacífico, aceito e adotado pelas partes envolvidas.

Sua utilidade é igualmente constatada pela previsão de recurso aos meios arbitrais em inúmeros Tratados internacionais, tanto multilaterais como bilaterais, em matéria de investimentos e ainda pela submissão de tais litígios a diferentes órgãos internacionais, de caráter público pela presença de Estados e Organizações Internacionais.

Mas também em matéria privada de natureza comercial e com reflexos ambientais a arbitragem vem demonstrando sua importância e pode-se mesmo dizer que sua previsão, incorporação e aplicação como meio de solução tendem a crescer em uma sociedade cada vez mais interdependente e na qual conceitos tradicionais de solução de litígios com o recurso a órgãos públicos de natureza estatal não conseguem mais apontar e garantir o necessário “*enforcement*” das soluções encontradas e, pior, podem agravar tais litígios.

É sobre tais desafios que Náima Perrella Milani corajosamente debruçou-se e desenvolveu sua dissertação de Mestrado com o tema “Arbitragem de Investimentos e Meio Ambiente”.

Tema complexo e de análise necessária sem dúvida, mas que ela buscou e, de acordo com a banca que examinou e aprovou seu trabalho, conseguiu desenvolver de forma exitosa, não apenas respondendo aos desafios que se colocavam mas analisando ainda diversos casos jurisprudenciais nos quais diferentes questões de interesse ambiental apresentavam-se.

**ELIZABETH DE ALMEIDA MEIRELLES**

Professora-Doutora

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

## APRESENTAÇÃO

Gosto sempre de iniciar as apresentações de obras técnicas lembrando que o apresentador é, antes, um facilitador. É aquele que busca tornar conhecido o tema e o autor. Nesse sentido, apresentar tem uma facilidade quando esse texto é contraposto ao do prefácio, pois dizer antes tem um quê de profundidade temática que quem apresenta não precisa enfrentar. Espero conseguir cumprir essa função e despertar seu interesse por essa análise de origem acadêmica, mas com inegável apego à realidade, que ora é publicada.

Naíma Perrella Milani é uma jovem mestra em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da USP. Realizou seus estudos no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito mantido pela Faculdade, tendo elaborada sua dissertação na subárea do Direito Internacional Público, sob orientação da Professora Doutora Elizabeth de Almeida Meirelles, que foi minha professora da disciplina quando eu realizei minha graduação. A Professora Elizabeth tem se dedicado ao ensino e à pesquisa sistemática do Direito Internacional do Meio Ambiente há décadas. E, por tal razão, Naíma encontrou uma orientação segura e abalizada, que se reflete na construção de seu texto.

Naíma teve a virtude acadêmica de aliar a análise de um tema importante do direito internacional econômico, o contrato de investimentos, à temática ambiental, fazendo-o pela ótica da resolução de eventuais conflitos decorrentes da possibilidade de uma execução lesiva do contrato ao meio ambiente. Com efeito, tais contratos costumam ter por objeto obras de enorme magnitude, com um impacto significativo no meio ambiente circundante. E isso gera, invariavelmente, tensão entre os interesses presentes.

Tal tensão contrapõe, de um lado, os interesses privados do investidor aos interesses do Estado receptor do investimento estrangeiro. E essa contraposição se desenrola de modo tenso, ainda, à luz dos interesses difusos das comunidades locais referentes ao equilíbrio dos ecossistemas atingidos (e que nem sempre encontram no Estado um ente interessado em assistir a uma queda no nível de investimentos econômicos em razão de questões ambientais, como a

atual situação brasileira demonstra). E tudo isso enredado nos compromissos internacionais assumidos pelo Estado receptor do investimento.

A dificuldade do tema – que já é perceptível –, fica ainda mais evidente quando se agrega à análise o estudo da arbitragem como mecanismo de solução das controvérsias então estabelecidas. Não é difícil perceber que a escolha dos árbitros pelo Estado, pelo investidor privado, assim como a nomeação do árbitro presidente pode influenciar o viés de análise da temática. De onde surge o problema central da análise empreendida pela autora: se o modelo de solução das controvérsias estadeado na arbitragem privilegia o meio ambiente ou contribui para sua desproteção.

“A proteção do meio ambiente é um fim, ao passo que a resolução de disputas por meio de arbitragem de investimentos deve ser um meio”, afirma Naíma ao abrir suas conclusões. Para atender a essa função, é importante, afirma a autora, que o procedimento arbitral se adeque à participação eventual de terceiros interessados na defesa do meio ambiente. Espécie de *amicus curiae* do ambiente, portanto. Uma interessante abordagem que precisa, todavia, ser colocada em prática em algum grau. Daí a coragem da autora e daí, também, esse público conclamo a que ela e outros jovens interessados na temática possam sobre ela se debruçar, refletir e avançar com propostas que, certamente, encontrarão resistência.

Mas o que é exatamente a resistência além de uma força propulsora da reflexão acadêmica e da transposição futura à prática?

As discussões públicas da presente pesquisa tiveram lugar em dezembro de 2019, perante Banca Examinadora presidida pela orientadora e por mim integrada na qualidade de membro pertencente ao Programa de Pós-Graduação da FDUSP. Completaram a banca as Professoras Consuelo Yoshida, da PUC-SP, e Aurea Tanaka, que ministrou Direito Internacional do Meio Ambiente na Universidade da ONU, em Tóquio, antes de regressar ao Brasil. Foi nessa ocasião que pude travar um contato mais próximo com a autora do trabalho e aprender com as abalizadas ponderações das colegas de banca.

Na discussão pública ficaram ressaltados o conhecimento e o cuidado de Naíma no trato do tema, além de suas qualidades como pesquisadora.

Não tenho, portanto, dúvidas em recomendar a leitura do presente livro como mecanismo de difusão do conhecimento, mas, também, como mecanismo de iniciação dos futuros pesquisadores nessa intrincada correlação que procurei ressaltar nesta apresentação.

São Paulo, setembro de 2020

**GUSTAVO FERRAZ DE CAMPOS MONACO**

Professor Titular de Direito Internacional Privado  
Faculdade de Direito da USP