

ECUADORIAN DECISION. APPEAL PENDING. VIOLATION OF THE BRAZILIAN PUBLIC ORDER. IMPOSSIBILITY OF RATIFICATION.

SUMMARY: 1. Foreign decisions can only be ratified after they have become res judicata, i.e., when they can no longer be modified by ordinary procedural means. 2. Ratification of decisions that offend the Brazilian public order is not allowed, whether due to their content (material public order), or as a result of the failure to meet the minimum requirements of due process (procedural public order). 3. Decisions that violate the principles of legal certainty and objective good faith and lead to illicit enrichment offend the Brazilian public order. 4. The recognition of decisions handed down in proceedings in which there are serious suspicions of corruption and partiality of the judges offend the procedural public order.

I. THE CONSULTATION¹

FIRST PART

Relevant factual and legal elements

II. RELEVANT FACTUAL CONTEXT: THE LAGO AGRIO CASE

II.1. Background

II.2. Summary of the claim

II.3. Procedures outside Ecuador

III. REQUIREMENTS FOR RATIFICATION OF FOREIGN DECISIONS

SECOND PART

Application of the theory to the hypothesis

IV. ABSENCE OF *RES JUDICATA* OF THE ECUADORIAN DECISION

V. VIOLATION OF THE PUBLIC MATERIAL ORDER

V.1. Legal certainty

V.2. Objective good faith

V.3. Prohibition against illicit enrichment

VI. VIOLATION OF THE PUBLIC PROCEDURAL ORDER

VII. CONCLUSION

¹ Work prepared with the collaboration of Carmen Tiburcio, Eduardo Mendonça and Thiago Magalhães.

I. CONSULTATION

1. This is a consultation formulated by Chevron Corporation, through its illustrious attorneys, regarding the legal feasibility of ratifying, and consequently executing in Brazil a decision issued on February 14, 2011 by the Provincial Court of Justice of Sucumbíos, in Ecuador.

2. According to Chevron Corporation, the decision is part of a long history of disputes in Ecuador, involving, on one side, 48 individuals, Ecuadorian and North-American attorneys, and the State, and on the other, private foreign companies that develop petroleum, initially, Texaco Petroleum Company (TexPet), then a subsidiary of Texaco Inc., and currently Chevron Corporation. This is the so-called “Lago Agrio case,” widely broadcast in the press, which led to an award against Chevron Corporation for payment of \$18.2 billion as an indemnification. This consultation is about this decision.

3. The study will be developed in accordance with the structure initially presented. The conclusion reached, we can already state, is negative: the decision in question cannot be ratified in Brazil, as it has not become *res judicata*, and because its enforcement would offend the Brazilian public order. To better understand this point, it is essential to present not only the relevant factual context, as told by Chevron Corporation and/or taken from news stories, but also the most important legal elements for the analysis to be conducted. This is the objective of the following topics.

FIRST PART
Relevant factual and legal elements

II. RELEVANT FACTUAL CONTEXT: THE LAGO AGRIO CASE

II.1. Background

4. In 1964, TexPet, then a subsidiary of Texaco, Inc., obtained a concession from the Ecuadorian government to develop petroleum wells in the Ecuadorian Amazon region, in a consortium with Ecuadorian Gulf Oil Company. In 1976, Petroecuador, a state-run petroleum company, replaced the Ecuadorian Gulf Oil Company in the consortium, and became the controller (62.5%). According to Chevron Corporation, with the end of participation by TexPet in 1992, Petroecuador began to be the only company that developed the petroleum wells that had until then been developed by the consortium. Therefore, TexPet never exploited the area in question alone and has had no relation with any operation in Ecuador for the last twenty years.

5. In November 1993, a collective action (class action) was filed in the USA against Texaco, Inc. by indigenous individuals and other residents of the Amazon region of Ecuador, who claimed to have been personally harmed by the Company's activities in the country. However, this claim was not heard: based on the legal doctrine of *forum non conveniens*², the US Court decided that the damages claimed individually and the events involved in the dispute were more closely linked to Ecuador than to the United States, and for this reason, the dispute should be judged by the Ecuadorian justice system.³

6. Next, between 1994 and 1995, after an expert environmental investigation, TexPet signed a series of agreements with the Ecuadorian government in order to repair the

² In the synthetic definition of Ronald A. Bland and Scott R. Jablonski, *Forum non conveniens: History, global practice, and future under the Hague Convention on Choice of Court Agreements*, 2007, p. 1, *forum non conveniens* is a doctrine applied by common law countries that gives the judicial branch the power to decline the exercise of jurisdiction in a specific case because it considers that the good application of justice will be better served if the trial occurs in another region.

³ *Aguinda v. Texaco Inc.*, 303 F. 3d 470 (2d Cir. 2002).

environmental impact caused during the petroleum exploration activities in the region⁴. TexPet would implement a program to repair the harmed areas, giving it and Texaco, Inc. release for all present and future obligations and liability against the Ecuadorian government and the state-run company Petroecuador, with which it was in a consortium. The release applied to all agents, workers and employees, officers, attorneys, indemnitors, guarantors, heirs, administrators, executors, beneficiaries, successors, predecessors, controllers and subsidiaries of TexPet and Texaco, Inc.⁵. Still within the scope of these negotiations, Texaco, Inc. abandoned an action against the government of Ecuador referring to tax matters in the amount of \$570 million⁶.

7. According to Chevron Corporation, the repair work began in 1995 and ended in 1998,⁷ costing to TexPet \$40 million.⁸ In 1998, TexPet ended its final stage and the Republic of Ecuador signed the final release for Texaco, Inc. and TexPet. In 2001, the latter merged with an indirect subsidiary of Chevron Corporation, thus becoming itself an indirect subsidiary of Chevron Corporation.⁹

II.2. Summary of the claim

8. In May 2003, a group of indigenous individuals and other residents of the Amazon region of Ecuador, filed a new action, this time before the Courts of Ecuador, against

⁴ In addition to the agreement with the central government of Ecuador, TexPet also signed agreements with local governments in the areas where it conducted its activities: the municipalities of Lago Agrio, Orellana, La Joya de los Sanchas and Shushufindi, as well as the province of Sucumbios, and a group of municipalities in the province of Napo-Comuna referring to community development programs.

⁵ Judith Kimerling, *Indigenous peoples and the oil frontier in Amazonia: the case of Ecuador*, Chevrontexaco, and Aguinda v. Texaco, *International Law and Politics*: 38, 523, note No. 300: "The release included all agents, servants, employees, officers, attorneys, indemnitors, guarantors, heirs, administrators, executors, beneficiaries, successors, predecessors, principals and subsidiaries".

⁶ Judith Kimerling, *Indigenous peoples and the oil frontier in Amazonia: the case of Ecuador*, Chevrontexaco, and Aguinda v. Texaco, *International Law and Politics*: 38, 494, note No. 219.

⁷ See Texaco, *Background on Texaco Petroleum Company's former operations in Ecuador*. In: History of Texaco and Chevron in Ecuador. Available at: <<http://www.texaco.com/sitelets/ecuador/en/history/background.aspx>>. Accessed on: 15 April 2013.

⁸ See Texaco, *October 21, 2003: Summary of ChevronTexaco response to Ecuador lawsuit*. In: History of Texaco and Chevron in Ecuador. Available at: <<http://www.texaco.com/sitelets/ecuador/en/releases/2003-10-21.aspx>>. Accessed on: 15 April 2013.

⁹ As a result of this merger, Chevron Corporation changed its company name to ChevronTexaco Corporation. After a few years, the name Chevron Corporation was readopted.

Chevron Corporation. The episode became known as the “Lago Agrio case” – related to the capital of the province of Sucumbíos, one of the places where TexPet operated. In summary, some individuals, in the name of the Ecuadorian people, without claiming an indemnity for damages, requested that the defendant be ordered to remove the contaminating elements that were supposedly still in the region and to repair the environmental damages that were alleged to have resulted from the activities of TexPet in Ecuador,¹⁰ and to pay an additional 10% over the amount determined for repair.

9. The plaintiffs’ claims are principally founded on the Environmental Management Law of 1999¹¹. Although the environmental repair program conducted by TexPet and by Texaco, Inc. had already ended when this law was passed, it was this law that made it feasible for individuals, legal entities or human groups to file claims for collective environmental damages as procedural substitutes for the collectivity affected, serving as the basis not only for the standing to sue of the plaintiffs of the claim,¹² but also for the request for environmental damages, for the additional award of 10% over the award,¹³ as well as defining the jurisdiction and procedure to be followed.¹⁴

10. The trial court decision, handed down on February 14, 2011, partially granted the requests of the plaintiffs, and ordered Chevron to pay: (i) some \$8.64 billion for

¹⁰ The resources that were calculated, in an expert study, as necessary to cover the cost of the activities for which execution was demanded were to be delivered to the Amazon Defense Coalition.

¹¹ *Environmental Management Law – Law No. 37.OG/245 of July 30, 1999.*

¹² STJ, SEC 8.542/EC, Rapporteur Justice Nancy Andrighi, e-STJ, page 188.

¹³ Environmental Management Law (1999), Art. 43: “*Individuals, legal entities or human groups, linked by a common interest and directly affected by a harmful action or omission can file before the competent judge, actions for damages and losses and for the deterioration caused to health or the environment, including biodiversity with its constitutive elements. Without prejudice to other applicable legal actions, the judge will order the party responsible for the damages to pay indemnifications in favor of the collectivity directly affected and to repair the damages and harm caused. It will also order the party responsible to pay ten per cent (10%) of the amount of the indemnification to the plaintiff. Without prejudice to these payments, and in case the community directly affected cannot be identified or if this constitutes the entire community, the judge will order the payment for the corresponding civil redress to be made to the institution that will carry out the repair work in accordance with this Law. In any case, the judge will determine in the decision, in accordance with the expert work ordered, the amount required for reparation of the damages caused and the amount to be delivered to the members of the community directly affected. It will also establish the individual or legal entity that will receive payment and make the repair work. Claims for damages resulting from environmental damage will be processed in the summary verbal procedure.*”

¹⁴ STJ, SEC 8.542/EC, Rapporteur Justice Nancy Andrighi, e-STJ, pages 189 and 190.

environmental damages, to be delivered to a trust, for which the responsible party and beneficiary will be the Amazon Defense Coalition; **(ii)** 10% over the amount of the environmental award, also to be delivered to the Coalition; and **(iii)** 0.10% of the award as attorney's fees. The defendant was also ordered to pay "*a punitive award equivalent to 100% [of the indemnification] in addition to the amounts added to the reparation measures*" without any legal grounds being mentioned that authorized the imposition of this punishment.

11. According to the decision, the request for an award for "punitive damages" was not presented in the complaint, but inferred by the judge¹⁵, justifying it in the supposed practice of procedural bad faith by Chevron Corporation, in the suffering caused to the victims and in the lack of public recognition of the dignity of the latter by Chevron Corporation.¹⁶ The purpose of the sanction would be "*to give an example and dissuade,*" functioning as "*a lesson*" to Chevron Corporation.¹⁷ Still in accordance with the decision, this amount could be forgiven if Chevron, within 15 days, offered a public apology to those supposedly affected by the activities of TexPet in Ecuador¹⁸.

12. Chevron Corporation did not offer the apology and filed an appeal, claiming, among other things, the occurrence of an offense against jurisdictional guarantees. However, this decision was upheld by the Provincial Court of Justice of Sucumbíos on January 3, 2012,¹⁹ resulting in an award of around \$18 billion²⁰. In November of the same year, the courts agreed to hear a cassation appeal filed by Chevron, which is still awaiting judgment. In spite of this, inside and outside Ecuador, the beneficiaries of the decision have already begun to file its enforcement and/or execution. Still according to Chevron Corporation, during the phase of execution, the Ecuadorian courts increased the indemnification due to over \$19 billion, claiming they had incurred in error in calculating the amount to be paid.

¹⁵ STJ, SEC 8.542/EC, Rapporteur Justice Nancy Andrighi, e-STJ, page 603.

¹⁶ STJ, SEC 8.542/EC, Rapporteur Justice Nancy Andrighi, e-STJ, page 603.

¹⁷ STJ, SEC 8.542/EC, Rapporteur Justice Nancy Andrighi, e-STJ, page 604.

¹⁸ STJ, SEC 8.542/EC, Rapporteur Justice Nancy Andrighi, e-STJ, page 603.

¹⁹ STJ, SEC 8.542/EC, Rapporteur Justice Nancy Andrighi, e-STJ, page 694.

²⁰ Nevertheless, the decision stated that the amount of the punitive damages would be given to the Amazon Defense Coalition, but unlike what the decision said, it stated that in order to administer the additional 10% allocated to them, the plaintiffs of the case could constitute a trust independent from the trust that was to administer the award for material environmental damages.

II.3. Procedures outside Ecuador

13. In the USA, in February, 2011, Chevron Corporation filed a precautionary measure against Steven Donziger, one of the principal North-American attorneys of the Lago Agrio plaintiffs, and others.²¹ A precautionary measure was granted on March 7, 2011, to prevent any action of recognition or execution of the Ecuadorian decision or any other decision that could be issued in the Lago Agrio case, outside the Republic of Ecuador. The basis of the decision was a serious suspicion of fraud in the Ecuadorian judicial proceeding, which was proven by, among other evidence, a documentary produced by the attorneys of the plaintiffs in the Lago Agrio case, which suggested the existence of a variety of corruption schemes, based on emails exchanged between the attorneys and on expert analyses noting that substantial parts of the decision were transcribed from internal confidential documents of the law firm that defended the plaintiffs. In an appeal, the order was revoked, but only for procedural reasons, without questioning the existence of fraud²². In a document presented by Chevron Corporation, Mr. Alberto Guerra Bastidas, who has acted as a judge in Ecuador, confessed to having collaborated with the judge that signed the decision in the Lago Agrio case, revising the draft of a decision which, in exchange for money, was allegedly prepared by the plaintiff's attorneys.

14. In addition to the judicial proceedings in Ecuador and in the United States, there is also an arbitration proceeding underway, in The Hague, and governed by the rules of UNCITRAL, begun by Chevron Corporation and TexPet against the Government of Ecuador. The proceeding is based on a Bilateral Investment Treaty signed by the United States and Ecuador, the provisions of which were claimed to have been violated by Ecuador in the Lago Agrio case.

15. On January 25, 2012, the Arbitration court handed down a provisional decision, ordering Ecuador to take “*all the measures available to suspend or cause to be suspended the execution or recognition in Ecuador or abroad of any decision against the First Plaintiff [Chevron Corporation] in the Lago Agrio case.*” This orientation was confirmed shortly afterwards, on February 16, 2012, by a new provisional decision, in which it was noted that the purpose of the

²¹ *Chevron Corp. v. Donziger*, 768 F.Supp.2d 581 (S.N.Y. 2011).

²² *Chevron Corp. v. Naranjo*, 2011 WL4375022 (2d Cir. Sept. 19, 2011).

measure is to “prevent any certification by the Defendant [Ecuador] that would make these decisions [all those issued in the Ecuadorian proceeding] executable against the First Plaintiff [Chevron Corporation].” In spite of this, in December 2012, the media said that the Ecuadorian President, Rafael Correa, was working to ensure the extra-territorial execution of the decision.²³ In February 2013, a new decision was handed down by the Arbitration Court, recognizing that Ecuador violated the previous orders by allowing the decision in question to become enforceable or recognizable, inside and outside Ecuador, explicitly mentioning Canada, Brazil and Argentina²⁴.

16. The serious suspicion in regards to the handling of the Lago Agrio case comes to light at a moment in which the international community is showing serious concern with the independence of the Ecuadorian Judiciary. In just over ten years, the country has undergone strong political instability,²⁵ which ended up affecting its Justice System. In 2004, the Congress replaced almost all the members of the Supreme Court of Ecuador, motivating the Inter-American Commission on Human Rights to submit to the Inter-American Court a proceeding in which the Ecuadorian Government is accused of having violated several provisions of Inter-American Convention on Human Rights, among which is the right to a fair trial, protection against *ex post facto* laws and judicial protection.²⁶ New conflicts arose in 2007: in the middle of debates on the installation of a Constitutional Assembly, the Legislature tried to remove the President of the Supreme Electoral Court, to which this body responded by removing more than half of the

²³ SEE Ecuador's Correa to lobby Argentina on Chevron case, *Buenos Aires Herald* 4 Dec. 2012. Available at: <<http://www.buenosairesherald.com/article/118517/ecuadors-correa-to-lobby-argentina-on-chevron-case>>. Accessed on: April 10, 2013. The Argentine courts even ordered the freezing of Chevron's assets in the country – see Danielle Nogueira and Janaina Figueiredo, Judge freezes assets of American oil company Chevron in Argentina, *O Globo* 8 Nov. 2012. Available at: <<http://oglobo.globo.com/economia/juiza-congela-os-bens-da-petrolifera-americana-chevron-na-argentina-6678442#ixzz2KVVvSdRf>>. Accessed on: April 10, 2013.

²⁴ The content of the Fourth Partial Decision, dated Feb. 7, 2013, is available at: <<http://www.theamazonpost.com/wp-content/uploads/Fourth-Interim-Award-on-Interim-Measures.pdf>>. Accessed on: April 10, 2013. “*The Tribunal declares that the Respondent has violated the First and Second Interim Awards under the Treaty, the UNCITRAL Rules and international law in regard to the finalization and enforcement subject to execution of the Lago Agrio Judgment within and outside Ecuador, including (but not limited to) Canada, Brazil and Argentina*”.

²⁵ Between 1996 and 2007, Ecuador had eight Presidents – three of whom were removed from office (Abdala Bucaram, Jamil Mahuad and Lucio Gutiérrez) – and two Constitutions, and the third (the current) was approved in 2008. Today, the President of Ecuador is Rafael Correa, elected in 2007 and re-elected in 2009.

²⁶ In its petition, the Commission emphasized that the case raises questions of Inter-American public order. See. Inter-American Commission of Human Rights, petition of Aug. 2, 2011, Case No. 12.600, *Hugo Quintana Coello et al. (Supreme Court of Justice)* – Ecuador, p. 3. Available at: <<http://www.cidh.oas.org/demandas/12.600Eng.pdf>>. Accessed on: April 10, 2013).

members of the legislature, who opposed to the formation of the Assembly in the manner proposed by President Rafael Correa²⁷.

17. Another scandal occurred in 2011, when the newspaper *El Universo* and its directors were found guilty of defamation of an authority as a result of criticism published against a certain position of the government.²⁸ With 156 pages, the extensive decision was issued only 25 hours after the hearing, and was criticized by rapporteurs from the United Nations and from the Inter-American Commission on Human Rights for free speech, for whom this decision contradicted the Inter-American Convention on Human Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights.²⁹ That same year, a set of constitutional reforms were approved, increasing the interference of the elected Powers over the media and the Judiciary.³⁰ Among the measures approved were to dissolve the Judicial Council, the body responsible for selecting, promoting and dismissing judges, replacing it with a temporary body, whose members were appointed by the President, by the Congress and by the *Transparency and Social Control Function*³¹. Many judges were dismissed between August and September 2011 and the President decreed a state of emergency in the

²⁷ Freedom House, *Countries at the Crossroads 2007 – Ecuador*, 25 September 2007. Available at: <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/47386923c.html>>. Accessed on: April 17, 2013. Freedom House, *Freedom in the World 2008 – Ecuador*, July 2, 2008. Available at: <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/487ca20693.html>>. Accessed on: April 17, 2013.

²⁸ Human Rights Watch, *World Report 2012 – Ecuador*, 22 January 2012. Available at: <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/4f2007e15.html>>. Accessed on: April 17, 2013.

²⁹ United States Department of State, *2011 Country Reports on Human Rights Practices – Ecuador*, 24 May, 2012. Available at: <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/4fc75aa4c.html>>. Accessed on: April 17, 2013. OEA, Inter-American Commission on Human Rights, Special Rapporteurship for Freedom of Expression, *UN and IACHR special rapporteurs for freedom of expression state deep concern over decision to affirm judgment against journalists in Ecuador (Press release)*. Available at: <<http://www.oas.org/en/iachr/expression/showarticle.asp?artID=884&IID=1>>. Accessed on: April 15, 2013. After the concession and suspension of precautionary measures in the case, in an open letter, Rafael Correa pardoned those against whom the decision was issued. The text of the letter is available at: <<http://www.eluniverso.com/data/recursos/documentos/cartarafaelcorrea27f.pdf>>. Accessed on: April 15, 2013.

³⁰ The referendum was composed of five questions. The first two were related to the modification of the maximum prison terms for preventive detention and the criteria for substitutive measures for prison. Questions 4 and 5 are related to the Judicial Branch. Las diez preguntas del Referendo y Consulta, *Hoy.com.ec* 17 Jan. 2011. Available at: <<http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/las-diez-preguntas-del-referendo-y-consulta-453579.html>>. Accessed on April 15, 2013.

³¹ This is one of the five functions of the Ecuadorian state, alongside the Executive, Legislative, Judiciary and Electoral Functions (Constitution of Ecuador, Art. 225.1).

Ecuadorian Judiciary³². In a report from 2012, the NGO *Human Rights Watch* showed concern regarding the effects of the reforms on the independence of Ecuadorian judges³³.

III. REQUIREMENTS FOR RATIFICATION OF FOREIGN DECISIONS

18. Recognition and execution of foreign decisions are governed in Brazil by the Law of Introduction to the Rules of Brazilian Law– LINDB (Decree-Law No. 4.657/42) and by Resolution No. 9, of May 4, 2005, of the Superior Court of Justice.³⁴ In summary, there are five *formal* requirements for a foreign decision to produce effects in Brazil, as follows: (i) issuance by a competent entity; (ii) prior service of process or licit occurrence of default; (iii) *res judicata* and compliance with the formalities necessary for execution in the place where it was issued; (iv) authentication by the Brazilian consul, accompanied by a translation done by an official or sworn translator; and (v) ratification by the Superior Court of Justice.³⁵

19. In addition, there is also a *material* interest to be observed: only those decisions that do not offend national sovereignty, public order and good customs can produce effects in Brazil.³⁶ The references are redundant: sovereignty and good customs are part of the

³² Human Rights Watch, *World Report 2012 – Ecuador*, January 22, 2012. Available at: <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/4f2007e15.html>>. Accessed on: April 17, 2013.

³³ Human Rights Watch, *World Report 2012 – Ecuador*, 22 January 2012. Available at: <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/4f2007e15.html>>. Accessed on: April 17, 2013.

³⁴ The Civil Procedure Code, in turn, only states: “Art. 483. A decision issued by a foreign court will not have efficacy in Brazil until it is ratified by the Federal Supreme Court. This ratification will follow the requirements set forth in the Internal Rules of the Federal Supreme Court. Art. 484. The execution will be done through a decision taken from the ratification record and will comply with the rules set forth for execution of national decisions of the same nature.” These provisions predate Constitutional Amendment No. 45/2004, which transferred competence to ratify foreign decisions to the STJ, including line *i* in Art. 105, I, of the Constitution.

³⁵ LINDB, Art. 15: “Foreign decisions that meet the following requirements will be executed in Brazil: a) they were issued by a competent judge; b) the parties were served process or their default was legally verified; c) they became *res judicata* and meet the necessary formalities for execution in the location where they were issued; d) they were translated by an authorized translator; e) they were ratified by the Federal Supreme Court.” When it assumes the competence to grant an *exequatur* to foreign decisions, the STJ issued STJ Resolution No. 9/2005, whose Art. 5 states: “The necessary requirements for ratification of a foreign decision are: I – to have been issued by a competent authority; II – for the parties to have been served process or for default to have been legally verified; III – to have become *res judicata*; and IV – to have been authenticated by the Brazilian consul and accompanied by a translation by an official or sworn translator in Brazil”.

³⁶ LINDB, Art. 17: “The laws, acts and decisions of other countries, as well as any declarations of will, will not be effective in Brazil when they offend the national sovereignty, the public order and good customs.”

notion of public order, which, in turn, is one of the most important elements of international private law. As it can be seen, it is not a simple task to define what is meant by public order. This is an *undetermined legal concept*, thus called because it does not establish ahead of time the elements that determine its application to concrete cases, its applicability depends on a good dose of participation by the interpreter, who should take into account the peculiar aspects of the hypothesis examined and the parameters developed, over the years, by legal scholars and by jurisprudence.³⁷

20. Without prejudice to this, in an initial examination, it is possible to affirm that the public order corresponds to the essential set of values or political options of each political society, generally made positive in the Constitution and legislation in effect.³⁸ Widely used, this expression ended up taking on different meanings and functions, justifying the distinction between first, second and third degree public orders. There is talk of a *first degree* public order to designate rules which, operating within a fundamentally internal scope, are considered imperative, and cannot be set aside by the will of the parties (*i.e.*, minimum labor contract). In turn, the *second degree* public order acts in the scope of international private law, preventing the application of foreign laws, acts and decisions that are contrary to local values. Finally, the *third degree* public order describes a set of principles which, applicable above all in international relations, translates the interests of the global community and is located above the internal legal systems of each country: it is what is called in legal doctrine *truly international public order*.³⁹

Likewise, Art. 6 of Resolution No. 09/2005 of the STJ states that “a foreign decision will not be ratified or *exequatur* granted to a letter rogatory if they offend the sovereignty or public order.”

³⁷ On this topic, see Luís Roberto Barroso, *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 2010, p. 312 et seq.; Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, 1989, p. 254 et seq., and p. 561 et seq.; Eros Roberto Grau, *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, 2003, p. 226.

³⁸ See Jacob Dolinger, *Ordem pública mundial; ordem pública verdadeiramente internacional no direito internacional privado*, *Revista de Informação Legislativa* 90: 211. Also regarding the principle of public order in international private law, see Jacob Dolinger, *Direito internacional privado – Parte geral*, 2012, p. 385 et seq.

³⁹ On this point, see Jacob Dolinger, *Ordem pública mundial; ordem pública verdadeiramente internacional no direito internacional privado*, *Revista de Informação Legislativa* 90:211, 1986: “Thus, the internal order would be identified with the first degree of public order, which establishes, for example, the inviolability of contractual clauses that set the grounding principles of the legal system; the second degree would designate the public order of public international law, which is that which prevents the acceptance of foreign laws, acts and decisions that are contrary to the internal public order, and consequently, produces effects on the international plane. The third degree of public order is that which establishes the universal principles, serving the highest interests of the world community, the common aspirations of Humanity. This is an order of values located above that of internal legal systems, which may even collide with the circumstantial interests of the nations considered individually.”

21. This study is only concerned with the second degree public order. In a more and more globalized economy, in which actors of different nationalities and domiciles interact in growing frequency, a fair solution of controversies and the requirement of legal certainty demand some degree of interaction between legal systems and jurisdictions. In other words: in some measure, foreign laws will be called to govern certain conflicts and decisions handed down by other countries will produce effects in Brazil. Nevertheless, to avoid serious contradictions and roadblocks, it was always considered essential to create mechanisms capable of preventing foreign rules or decisions that are *offensive* to the local jurisdiction from producing effects on national territory. Here is where the second degree public order comes in, which does not deny the effectiveness of foreign commands that are *different* from Brazilian law, but only those determinations considered to *offend* the national legal system.

22. The second degree public order is used in two different scenarios, which are nonetheless related: in the direct application of foreign laws or in the indirect application of a foreign legal order, as in the hypothesis of ratification of decisions issued by another jurisdiction. The field of activity of the public order will be more restricted in the second hypothesis, and will generally prevail in regards to situations that are already validly constituted abroad. A foreign decision will only not be recognized under exceptional circumstances, when fundamental rules of the jurisdiction where it is to be executed have been seriously violated.⁴⁰

23. Therefore, what we need to do is to define which rules make up the concept of public order in Brazil. Naturally, it is not possible to establish a finite list of the elements of the national public order. There is a relative consensus, however, that it includes, *i.e.*, the *fundamental constitutional principles* (CF/88, arts. 1 to 4), the *fundamental rights* in general⁴¹, the rules protected by the *indelible clauses* (CF/88, Art. 60, § 4) and finally, the so-called *sensitive principles* (CF/88, Art. 34, VII) which, due to their relevance, lead to federal intervention. These

⁴⁰ Jacob Dolinger, *A evolução da ordem pública no direito internacional privado*, 1979, p. 40 and 41. See also Carmen Tiburcio, *A ordem pública na ratificação de sentenças estrangeiras*. In: Luiz Fux; Nelson Nery Jr.; Teresa Celina Arruda Alvim Wambier (Org.), *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*, 2006, p. 209 et seq.

⁴¹ On public order and the constitution, see Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2009, p. 48 et seq.

are the most elementary aspects of the Brazilian legal system, which give it its identity; if they are ignored or not protected, the, the Rule of Law desired by the Constitution is not characterized, and the most basic aspirations of justice are not met. This is why the Brazilian government cannot use its force to execute a foreign decision that goes against them.

24. When applied to the ratification of foreign decisions, the second degree public order operates in both matters of substantive law (*material public order*) – *i.e.*, examining the content, the merit of the decision, and in matters of procedural law (*procedural public order*) – *i.e.*, verifying whether the foreign process met the minimum requirements of procedural law, or, to put it differently, of *due legal process*.⁴² An example of the application of material public order occurred when the STF refused to ratify a foreign divorce decision issued in repudiation of the woman by the man, which is considered to offend the principle of equality of the sexes.⁴³

25. In turn, the procedural public was explicitly accepted by Brazilian legislation, which, as seen, prohibits the recognition of decisions issued, for example, by a judge without jurisdiction or without proper service of process on the defendants. But it is not limited to these requirements: due legal process is broken down into several other guarantees, like the adversary proceeding and the right to ample defense, and the independence and impartiality of judges.⁴⁴ The lack of explicit reference to these requirements in the LINDB does not reduce their

⁴² It is also so, for example, in France, where the Cassation Court noted in *arrêt Corenlissen* (Arrêt n° 222 du 20 février 2007 (05-14.082), Première chambre civile): “pour accorder l'exequatur (...) le juge français doit s'assurer que trois conditions sont remplies, à savoir la compétence indirecte du juge étranger, fondée sur le rattachement du litige au juge saisi, **la conformité à l'ordre public international de fond et de procédure et l'absence de fraude à la loi (...)**” (emphasis added).

⁴³ STF, DJ May 26, 1977, SE 2.373, Rapporteur Justice Thompson Flores.

⁴⁴ Although there is no pre-defined single meaning, the guarantee of due legal process covers a set of contents and meanings, progressively accepted by legal scholars and by jurisprudence. It was specifically established by the Brazilian Constitution of 1988 in its list of individual rights and guarantees, which states that “no one will be deprived of their freedom or property without due legal process” (Art. 5, LIV). Aside from this, the framers of the Constitution anticipated some of the consequences of the clause, such as the non-movability of jurisdictional control (Art. 5, XXXV), the adversary proceeding and ample defense (Art. 5, LV), and the obligation to indicate the grounds on which judicial decisions are based (Art. 93, IX). These principles, although covered in an autonomous manner in the text of the constitution, are sub-principles of law to due process and present its content. On this topic, enumerating and developing the different elements that make up the guarantee of *due process of law* in a procedural sense, see, among others, Nelson Nery Junior, *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, 2002, p. 40 et seq.; Humberto Theodoro Júnior, *Processo justo e contraditório dinâmico*, *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil* 33: 8, 2009.

importance, or prevent their application in the ratification of foreign decisions.⁴⁵ Of course, we cannot confuse respect for public order with the absolute identity between the procedures adopted in Brazil and abroad. However, nor can we admit that the Brazilian Government execute a decision resulting from the violation of the most basic requirements of procedural justice.⁴⁶

26. These were, in summary, the introductory points that we intended to make. Having presented the relevant legal facts and elements, we will now specifically examine the case in question.

⁴⁵ Along these lines, the Superior Court of Justice and the Federal Supreme Court have already denied the ratification of foreign decisions for not having respected the rights inherent to due legal process, even when not explicitly indicated in Art. 15 of the LINDB – see STJ, *DJ* 6 Nov. 2006, SEC 880/IT, Rapporteur Justice Fernando Gonçalves: “There are not sufficient grounds (principle of public order) in the foreign decision setting support payments without the use of a parameter to serve as the basis for the amount established, which is based only on the ‘arbitrary notion of equity,’ disregarding the principle of the burden of proof that obligates the woman to show the real capacity of earning of the party paying the support;” STF, *DJ* May 26, 1995, SEC 3.897/IN, Rapporteur Justice Néri da Silveira: “Requirement for the ratification of foreign decision that grants an ‘exequatur’ to an arbitration award is that in the country of origin there be a jurisdictional procedure that guarantees the adversary system to the parties. Precedents of the STF”; STF, *DJ* Aug. 26, 1988, SE 3.977/Republic of France, Rapporteur Justice Francisco Rezek: “A decision that only states the sanction applicable to the defendant, without stating the reasons that guided the arbitrator, is not acceptable for ratification”; STF, *DJ* Jan. 2, 1974, SE 2.161, Rapporteur Justice Bilac Pinto: “Foreign decision. Administrative Decision. Limitation of jurisdiction. A hybrid administrative decision that is outside the litigation in question cannot be ratified, nor can the judicial decision that endorses or incorporates it, in a frontal offense to the limitations of civil jurisdiction and the principle of the adversary system.” This is also the procedure followed in the European Union, where the regular status of a foreign proceeding is covered in the notion of public order, even the Community law does not specifically establish the so-called *procedural public order*, and only states that a foreign decision will not be recognized if there is no service of process or if it is deficient (EC Regulation No. 44/200, Art. 34, §2). In fact, the Court of Justice of the European Communities (TJCE) consolidated the understanding that the general clause of public order covers violations of fundamental rights of a procedural nature, in addition to those related to service of process, i.e. the right to defense and to the adversary system (See Court of Justice of the European Communities, Krombach, Case C-7/98, j. 28.03. 2000, Collection of Jurisprudence of the Appeals Court and Trial Court, 2000, p. 1-1935, also published in *Journal du Droit International*, p. 690, 2001, notes of Huet; *Revue Critique de Droit International Privé*, 2000, p. 481, notes of Muir-Watt; *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 2000, p. 944, notes of Raynard).

⁴⁶ In the USA, the legal doctrine distinguishes between the fundamental elements of due legal process, which must be respected for the recognition of foreign decisions, such as the impartiality of the foreign court, assistance of an attorney, opportunity to present the defense and service of process, and the hypotheses that only differ from the local legislation, but follow the law of the location in which the decision was issued, and therefore, do not prevent ratification. In the latter category are the taking of a deposition of a witness by the judge or by the party, discovery or appreciation by a civil jury. SEE Geoffrey C. Hazard, Jr. and Michael Traynor, Foreign judgments: Is “system fairness” sufficient or is “specific fairness” also required for recognition and enforcement?, *Berkeley Journal of International Law Publicist*, vol 11, spring 2012. Available at: <<http://bjil.typepad.com/publicist/2012/04/foreign-judgments-is-system-fairness-sufficient-or-is-specific-fairness-also-required-for-recognition-and.html>>. Accessed on: April 17, 2013.

SECOND PART
Application of the theory to the hypothesis

IV. ABSENCE OF *RES JUDICATA* IN THE ECUADORIAN DECISION

27. As we have seen, one of the formal requirements for recognition of foreign decisions in Brazil is that they have become *res judicata*. Established in the LINDB and in STJ Resolution No. 9/2005 and in Summary no. 420 by the Federal Supreme Court⁴⁷, this requirement is also present in the majority of international conventions related to this matter, and is present in the legislation of several other countries.⁴⁸ This is a fairly reasonable determination, which preserves legal certainty by not allowing the Brazilian judiciary to make effective a sentence that is only temporary, and which can be overturned or is even subject to cassation in the place where it is issued.

28. By requiring *res judicata* of the decision, what the system seeks to guarantee is the *definitive nature* of the decision to be ratified,⁴⁹ which can, of course, be found by other means than a certificate of *res judicata* in the manner done in Brazil.⁵⁰ It is up to the foreign law to define *how* and *when* a decision becomes definitive according to its own legal system,⁵¹ as well as the means that can be used to prove it.⁵² However, it is equally clear that the

⁴⁷ STF Summary no. 420: “Decisions issued abroad are not approved without evidence of being *res judicata*”.

⁴⁸ See Inter-American Convention on Extraterritorial Validity of Foreign Judgments and Arbitral Awards (Montevideo, 1979; Dec. Leg. no 93/95; Dec. No 2.411/97), Art. 2, *g*; Protocol of Cooperation and Jurisdictional Assistance in Civil, Commercial, Labor and Administrative Matters – “Protocol of Las Leñas” (Las Leñas, 1992; Dec. Leg. No. 55/95; Dec. No. 2.067/96), Art. 20, *e*. In foreign legislation, see, *i.e.*, in Italy, Law No. 218, of May 31, 1995 (*Riforma del Sistema Italiano di Diritto Internazionale Privato*), Art. 64; in Venezuela, *Ley de Derecho Internacional Privado* of 1998, Art. 53.

⁴⁹ STJ, *DJ* 19 Dec. 2011, SEC 3.281/EX, Rapporteur Justice Maria Thereza de Assis Moura: “The requirement of *res judicata* established in Art. 5, III, of Resolution No. 9/2009, do not require of the party proof through a means equivalent to that in the national procedural system, but that it demonstrates, through any means, that the decision that is undergoing ratification be definitive, which in other words means that the party proves the unquestionable status of *res judicata*.”

⁵⁰ An alternative is the consent of the parties to the decision – see STJ, *DJ* Mar. 3, 2008, SEC 1.304/US, Rapporteur Justice Gilson Dipp: “The consent of the now defendants in relation to the sentence undergoing ratification, in addition to not filing an appeal, gives a legal nature equivalent to that of *res judicata* for the purposes herein. Precedents of the Federal Supreme Court”. Another possibility is the placement of a stamp attesting the archiving of the record, also considered apt to prove the definitive nature of the judgment– see, for all, STJ, *DJ* 3 Sep.2007, SEC 1.397/US, Rapporteur Justice Francisco Peçanha Martins.

⁵¹ STJ, *DJ* Jun. 10, 2011, SEC 1.185/EX, Rapporteur Justice Laurita Vaz: “(...) the rules that determine *res judicata* of decisions issued in foreign countries are a matter of foreign law.”

ratification of a decision in Brazil presumes that the decision complies with the essential attribute of being *res judicata* in Brazilian law. Thus, saying that a foreign decision can only be ratified in Brazil when it is *definitive* simply means that it will be recognized here if it cannot be modified, in its state of origin, by normal or common procedural means, as is the case for appeals in Brazil⁵³. The important aspect here is not the name or eventual specificities of the Law in the state of origin, but compliance with this basic aspect.

29. Now – Chevron Corporation affirms that in November 2012, the National Court of Justice of Ecuador allowed a cassation appeal filed by ChevronTexaco Corporation to question this decision.⁵⁴ Since the appeal has not yet been judged on the merit, it is possible for the decision undergoing ratification to be modified or even reversed, under the Ecuadorian Law of Cassation. Therefore, the requirement of *res judicata* established in Art. 15, *c*, of the LINDB and in Art. 5, III, of STJ Resolution No. 9/2005, have not been met, and the ratification sought is not feasible.

30. In addition, as already mentioned, there is an arbitration proceeding now underway in The Hague between Ecuador and Chevron Corporation that discusses precisely the

⁵² STJ, *DJ* Aug. 13, 2007, SEC 911/GB, Rapporteur Justice Francisco Peçanha Martins: “The proof of *res judicata* is a matter of procedure, which varies in each country, and the same form used in Brazilian law cannot be required.”

⁵³ Although he does not develop the topic in an analytical manner, this seems to be the orientations of José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao CPC*, see V, 2005, p. 90, by indicating that in some legal systems, citing Italy and Portugal, the notions of unappealability and *res judicata* are not synonymous. In the Convention on Recognition and Execution of Foreign Decisions in Civil and Commercial matters, prepared by the Hague Conference on International Private Law, what is required for ratification of a foreign decision is that it no longer be subject to ordinary means of review in the State of origin (Art. 4 (2)) the convention was not signed by Brazil, but it serves as a good reference. Noting the pending appeal in the foreign proceeding, the STJ denied a request for a precautionary measure of provisional attachment made by a company seeking to guarantee the execution of a decision issued abroad, but which had not yet become *res judicata*. At that time, Justice Ari Pargendler emphasized: “Among the essential requirements for ratification of foreign decisions established in the STJ Resolution No. 9, of May 4, 2005, the only one that is still not present is the one that refers to *res judicata*, since there is an appeal pending judgment at the appeals court of the Judiciary in England” (STJ, *DJ* May 20, 2010, MC 16.823/SP, Rapporteur Justice Ari Pargendler; single judge decision). This decision has become *res judicata*.

⁵⁴ According to the *Codification of the Cassation Law (Codification 2004-01)*, the Ecuadorian cassation appeal is similar to the Supreme Court appeal in Brazilian civil law. It is applicable to question final decisions of the superior courts, of the *district tax and administrative litigation courts* (Art. 2), when it is alleged, for example “*Improper application, lack of application or erroneous application of the rules of law, including jurisprudential precedents, in the decision or the record, that have been determinant in the decision*” (Art. 3, I). It must be filed within five days (Art. 5) and, like the Brazilian appeals mentioned, it generally does not have a suspensive effect (Art. 10).

Lago Agrio case. The arbitration deals with the same topic of the decision under ratification and the Arbitration Court has handed down two partial decisions ordering Ecuador to take all measures available to suspend or to cause to suspend the execution of the decision that is the object of this ratification. This all creates substantial doubt regarding the definitiveness of the Ecuadorian decision that, would also not be enforceable within Ecuador, due to above mentioned decisions. In fact, its instability was also confirmed by the Ecuadorian Judiciary itself, which, in the execution phase of the decision, altered the amount of the indemnification due by Chevron.

31. In summary: the decision in question has not yet become *res judicata*, insofar as it still has pending against it the cassation appeal to be examined by the National Appeals Court of Ecuador. In addition, there is arbitration underway at The Hague also related to the Lago Agrio case and its decision, in which Ecuador was ordered to prevent recognition or enforceability of the aforementioned decision (within or outside Ecuador), and the Ecuadorian courts themselves altered the amount of the award in the execution phase of the judgment. Therefore, this is not a stable or definitive decision, and the formal requirement established in Art. 15, *c*, of the LINDB and in Art. 5, III, of STJ Resolution No. 9/2005 was not met.

V. VIOLATION OF THE PUBLIC MATERIAL ORDER

V.1. Legal certainty

32. Conventional knowledge, for a long time, has determined that security, and within its scope, *legal certainty*, is one of the essential pillars of the Rule of Law, alongside justice and more recently, social well-being.⁵⁵ The democratic theories about the origin and justification of the State, of a contractual nature, are based on a commutative clause: that which is received in security is given up in liberty. Established in Art. 2 of the Declaration of the Rights of Man and of

⁵⁵ Humberto Ávila, *Sistema constitucional tributário*, 2008, p. 308, emphasizes that the principle of legal certainty, in addition to being directly derived from the Rule of Law, is inferred from more specific constitutional rules, like the protection of vested rights, perfected legal acts and *res judicata*, as well as by the rules of legality, non-retroactivity and anteriority.

the Citizen, of 1789, as a *natural and imprescriptible right*,⁵⁶ legal certainty is included as an individual right in the Constitution of 1988, alongside the rights to life, liberty, equality and property, in the wording of the heading of Art. 5^o.⁵⁷

33. Along this line of reasoning, to ensure the right to legal certainty, the State has a basic duty to guarantee predictability and stability of legal relations.⁵⁸ There are different rules in the legal system related to this purpose, like those that deal, for example, with the statute of limitations. In the case in question, two of these sets of provisions have special relevance.

34. In the *first* place, it is simply not possible to ignore the constitutional protection guaranteed to the perfected legal act, *res judicata* and vested rights (Art. 5, XXXVI⁵⁹). Pursuant to the terms of Art. 60, § 4, IV, of the Constitution, not even amendments can authorize their suppression by a new law.⁶⁰ In addition, the understanding is settled that the protection of these figures cannot be weakened by the so-called “laws of public order”⁶¹ nor can they be removed for “reasons of State.”⁶²

⁵⁶ Declaration of the Rights of Man and of the Citizen, 1789, Art. 2: “The purpose of all political association is the conservation of the natural and imprescriptible rights of man. These rights are freedom, property, safety and resistance to oppression.”

⁵⁷ CF/88, Art. 5, heading: “Everyone is equal before the law, without distinctions of any nature, and Brazilians and foreigners residing in Brazil are assured of the inviolability of the right to life, liberty, equality, security and prosperity, pursuant to the following terms: (...)”.

⁵⁸ In fact, the jurisprudence registers that legal instability is incompatible with the constitutional principle of legal certainty. See STJ, *DJ* 16 Sep.1991, REsp 6.518/RJ, Rapporteur Justice Gomes de Barros: “In evaluating the nullity of an administrative act, it is necessary to temper the strictness of the principle of legality, so that it is in harmony with the principles of stability of legal relations, of good faith and other essential values for perpetuation of the Rule of Law”.

⁵⁹ CF/88, Art. 5, XXXVI: “the law will not affect vested rights, perfected legal acts and *res judicata*.”

⁶⁰ CF/88, Art. 60, § 4: “Proposals for amendments that tend to abolish the following will not be deliberated on: (...) IV –individual rights and guarantees.

⁶¹ The term *public order* is used here in the sense of first degree public order.

⁶² STF, *RTJ* 143:724 et seq., ADI 493/DF, Rapporteur Justice Moreira Alves: “The provision in article 5, XXXVI, of the Federal Constitution applies to any and all infra-constitutional laws, without any distinction between public and private law or public order and law in mediation. In fact, in Brazil, since the principle of respect for vested rights, perfected legal acts and *res judicata* is of a constitutional nature, without any exception of any kind in the ordinary legislation, it makes no sense what many affirm, who are close to the law in countries in which this is merely a legal precept, that the laws of public order have immediate application, affecting the future effects of perfected legal acts or of *res judicata*, and this is because if the effects are altered, it is obvious that a modification is being introduced into the case, which is constitutionally prohibited.” STF, *DJ* 6 Jun. 1997, RE 205.193/RS, Rapporteur Justice Celso de Mello: “Public order laws,

35. Nevertheless, the decision in question made an award against Chevron Corporation based on a law from 1999 (Environmental Management Law) regarding events that occurred prior to its issue, which occurred between 1964 and 1992. Since the right to an indemnification results from damage, it is a verification of damage that leads to the corresponding obligation, and consequently, defines the law applicable to the case.⁶³ A debtor has the right to only pay what is owed and nothing more. Any increase imposed by a new law constitutes a retroactivity that is prohibited under protection of the law. In addition, in the present case, this was not a matter of a mere adjustment or even a small increase in an indemnification supposedly due by Chevron Corporation, but a fairly large award in favor of other parties,⁶⁴ to which other amounts were added, also high amounts, like the (10%) to be paid to the entity indicated by the plaintiffs of the case.

36. Other problems arise as a result of awards of punitive damages.⁶⁵ Several countries place strict controls on the ratification of foreign decisions that involve punitive damages. In Germany, for example, following the civil law tradition as in Brazil, awards of this type are not

reasons of State, motives that do not justify state disrespect of the Constitution, prevalence of the rule contained in Art. 5, XXXVI, of the Constitution. The possibility of State intervention in the economic domain does not exonerate the Government from the legal duty to respect the postulates that emerge from the Brazilian constitutional order. Reasons of State, which often configure political grounds destined to pragmatically justify, *ex parte principis*, the unacceptable adoption of measures of a normative nature, cannot be invoked to allow the failure to comply with the Constitution itself. The rules of public order, which are also subject to the clause in Art. 5, XXXVI, of the Constitution (RTJ 143/724) cannot frustrate the full effectiveness of the constitutional order, compromising it in its integrity and disrespecting its authority.” In this same direction, among others: STF, *DJ* 6 Dec. 2002, RE 263.161/BA, Rapporteur Justice Ellen Gracie; STF, *DJ* Sep. 13, 2002, RE 248.694/SP, Rapporteur Justice Moreira Alves; STF, *DJ* Jun. 6, 1997, RE 205.193/RS, Rapporteur Justice Celso de Mello; STF, *RTJ* 89:634, RE 88.790/RS, Rapporteur Justice Moreira Alves; STF, *RTJ* 90:296, RE 89.430/BA, Rapporteur Justice Rodrigues Alckmin; STF, *RTJ* 107:394, RE 99.601/SP, Rapporteur Justice Rafael Mayer; STF, *RTJ* 112:759, AI 99.655 AgR/SP, Rapporteur Justice Moreira Alves; and STF, *RTJ* 164:1144, RE 205.622/RS, Rapporteur Justice Ilmar Galvão.

⁶³ See STF, *DJ* 27 Dec. 1956, RE 10.955/DF, Rapporteur Justice Orozimbo Nonato: “In matters of liability, both contractual and based on the law, the applicable law is that of the time in which the fact that originated the liability.”

⁶⁴ Since the plaintiffs went to court to defend what they supposed to be a collective right, any payment that might be due would belong to the collectivity substituted. In addition, the legislation in reference covers the plaintiffs themselves (procedural substitution) with an additional amount calculated over the award, which is an objective and subjective innovation in this matter.

⁶⁵ A note on terminology: this expression is a literal translation of the English term punitive damages. However, in the USA, the word damages is usually used as a reference for indemnification. For this reason, when we speak here of punitive damages, we are referring to indemnifications that have a punitive objective.

recognized, as they are considered to be offensive to the basic principles of German Law.⁶⁶ In turn, France, which is also a civil law country, examines the merit of the decision to avoid an unreasonable decision, which awards an indemnification that is disproportionate to the harm suffered.⁶⁷ In Brazil, even in domestic law, awards like this create a good deal of controversy.

37. According to legal doctrine, punitive damages do not exist in Brazilian law as a separate category of civil redress,⁶⁸ and on at least two opportunities, lawmakers rejected the idea of introducing them into the Brazilian legal system.⁶⁹ The jurisprudence, in turn, although it

⁶⁶ Beginning in 1994, the German Federal Constitutional Court decided that indemnifications for punitive damages offended the German international public order and could not be recognized in the country. (BVerfG 1994, RIW 1995, 320). The question is also controversial in Switzerland. See Martin Bernet and Nicolas C. Ulmer, *Recognition and enforcement of foreign civil judgments in Switzerland, The International Lawyer* 27: 317 et seq., 1993.

⁶⁷ The French Cassation Court refused to recognize an American decision that issued an award against a party that was disproportionate to the harm suffered and to the contractually assumed obligations, which offended the French public order. See Cassation Court, Arrêt No. 1090 du 1 décembre 2010 (09-13.303), Cour de cassation, Première chambre civile.

⁶⁸ Maria Celina Bodin de Moraes, *Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas, Revista Trimestral de Direito Civil* 18: 45-78, 2004. See also José Roberto de Castro Neves, *Direito das obrigações*, 2009, p. 354-355. Castro Neves indicates three reasons why punitive pain and suffering damages would be unconstitutional and illegal: "(a) (...) it would violate the constitutional guarantee of legal anteriority in setting the punishment section XXXIX of Art. 5 of the Federal Constitution); (b) there would be a specific violation of two provisions of the Civil Code, of Article 944 (as it would allow an indemnification greater than the damage) and to article 389 (according to which, having failed to comply with the obligation, the debtor would be liable for damages he caused and there is no reference to any punishment); and (c) the essential concept is that Civil Law does not punish, but rather, repairs." Castro Neves complements his position by indicating an intrinsic incoherence with the idea of punitive damages: "there would be a possibility of a third party, not the party punished, who would pay the penalty, excluding its pedagogical nature. This would be the case, for example, of the party that committed the act that died moments after committing the illegal act, and the award would fall upon his successors to pay, and there is no 'pedagogical' element, but rather, this would even allow the penalty to go beyond the person of the guilty party." The scope of civil liability is only the redress of damages, as emphasized by Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza and Maria Celina Bodin de Moraes, *Civil Code interpretado conforme a Constituição da República*, volume II, 2006, p. 859: "Civil liability (...) has traditionally been immune to any punitive scope, and is only concerned with redress of damage caused to others. (...) Thus, civil law long ago abandoned the distinction between serious, light and very light fault for purposes of establishing liability. (...) The harm caused by the agent will have the same extension, whether he acted with intent, serious fault, or very light fault."

⁶⁹ This occurred when the Consumer Defense Code and the new Civil Code were enacted. In the first case, the provision that dealt with the civil fine was vetoed by the President of the Republic. See Message No. 664/1990. Available at: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/anterior_98/vep664-L8078-90.htm#art16>. Accessed on: April 21, 2013). In the second case, the provision rejected dealt with the qualification of the indemnification for pain and suffering, which should "be constituted as compensation for the injured and an appropriate discouragement for the violator." See Deputado Vicente Arruda, Opinion, Bill No. 6.960/2002. Available at: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=EED11F95C72515386401EB519678D5B1.node1?codteor=196514&filename=Tramitacao-PL+6960/2002>. Accessed on: April 18, 2013.

accentuates the inadmissibility of punitive damages in general,⁷⁰ has been allowing that indemnifications for pain and suffering have a “pedagogical” nature, serving as a discouragement for re-occurrence by the agent of the illicit act.⁷¹ Even in these cases, however, it should be noted that an illicit act does not justify another: what is an indemnification cannot become a source of illicit enrichment.⁷²

38. This topic is not unique. All sanctions have the purpose of discouraging undesired behavior, whether by compelling someone to fulfill a duty, or by punishing a party that committed an illicit act.⁷³ Unlike how it may seem at first glance, awards in punitive damages are not true indemnifications (*reimbursement sanctions*), but purely and simply punishments

On this topic, see Maria Celina Bodin de Moraes, *Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas*, *Revista Trimestral de Direito Civil* 18: 48-9, 2004.

⁷⁰ STJ, *DJ* Aug. 16, 2007, REsp 447.431/MG, Rapporteur Justice Ari Pargendler: “In Brazil, the indemnification for losses does not have a punitive function. Even in the United States of America, this institute presupposes the existence of intent (...), which is not present in this case, in which the expert clarified that the discounts were established “implicitly in the overdraft contract.”

STJ, *DJ* Jun. 8, 2006, REsp 521.431/TO, Rapporteur Justice Denise Arruda: “6. Indemnifications for pain and suffering should have a didactic content, in order to prevent the re-occurrence of the party causing the harm, without, however, causing the illicit enrichment of the victim.” To the same effect: STJ, *DJ* Mar. 16, 2009, REsp 401.358/PB, Rapporteur Justice Carlos Fernando Mathias; STJ, *DJ* Dec. 9, 2008, REsp 210.101/PR, Rapporteur Justice Carlos Fernando Mathias; STJ, *DJ* Oct. 6, 2008, REsp 913.131/BA, Rapporteur Justice Carlos Fernando Mathias; STJ, *DJ* Mar. 13, 2010, REsp 1.025.104/RS, Rapporteur Justice Nancy Adrighi; STJ, *DJ* Feb. 25, 2008, REsp 965.500/ES, Rapporteur Justice José Delgado.

⁷¹ SEE STJ, *DJ* Mar. 28, 2012, REsp 1.300.187/MS, Rapporteur Justice Raul Araújo; STJ, *DJ* Apr. 22, 2009, REsp 971.976/RN, Rapporteur Justice Luiz Fux; STJ, *DJ* Apr. 8, 2002, REsp 337.739/SP, Rapporteur Justice Antônio de Pádua Ribeiro; STJ, *DJ* Feb. 25, 2008, REsp 965.500/ES, Rapporteur Justice José Delgado.

⁷² STJ, *DJ* Aug. 24, 2010, AgRg in Ag 850.273/BA, Invited Rapporteur Justice Honildo Amaral de Mello Castro: “3. **The unrestricted application of ‘punitive damages’ encounters a regulatory block in the Brazilian legal system, which prior to the Civil Code of 2002, prohibited illicit enrichment as the base principle of law and after the introduction of the new Civil Code, explicitly prohibits them, more specifically in Art. 884 of the Civil Code of 2002.** 4. Thus, it is necessary to alter the amount of the indemnification when it is shown to be an exorbitant or limitless amount, in accordance with repeated jurisprudence of this Superior Court of Justice” (emphasis added).

⁷³ Hugo de Brito Machado, *Ilícito tributário*, *Revista dos Tribunais* 709:287, 1994: “The sanction is the means used by the legal system to discourage illicit behavior. It can be limited to compelling the party responsible for not complying with the rule to comply with his duty, and it can be composed of a punishment, established for it.” As noted by Rafael Munhoz de Mello, *Sanção administrativa e o princípio da culpabilidade*, *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional* 22:25, 2005, p. 26, sanctions attribute a negative consequence to the practice of illicit behavior in order to encourage prescribed conduct.

(*retributive sanctions*), like fines in general.⁷⁴ The objective is not to re-establish the state of things prior to an illicit act, but to *punish* the lawbreakers.⁷⁵ For this very reason, the application of *punitive damages* is necessarily subject to the principles that govern the legitimate exercise of the punitive power by the Government.⁷⁶ Here is where the *second* set of provisions to be examined comes in, composed of arts. 5, heading and sections II, XXXIX and XL, of the Constitution.⁷⁷ Interpreted systematically, they deny validity to punishments imposed without prior legal

⁷⁴ In regards to the classification mentioned, see Rafael Munhoz de Mello, *Sanção administrativa e o princípio da culpabilidade*, A&C – *Revista de Direito Administrativo & Constitucional* 22:25, 2005. In addition to the monetary sanctions, there are others, like those that restrict freedom and rights, without mentioning the traditional sanctions of nullity and annullability. Nevertheless, since we are here dealing with the right to property, only monetary sanctions will be examined in this topic.

⁷⁵ The discussion on the purpose of the punishment is long. In general, opinions vary between retribution and prevention. On this topic, see Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de direito penal: A nova parte geral*, 1985, p. 287-9.

⁷⁶ See Spanish Constitutional Court, *Division One, Decision 18/1981*, j. Jun. 8, 1981: “1. *The principles that inspire the criminal order are to be applied, with certain changes, to sanctioning administrative Law, since both are manifestations of the punitive order of the Government.*” For legal doctrine, see Marçal Justen Filho, *Curso de direito administrativo*, 2012, p. 987: “Administrative sanctions have a clear punitive nature. This is not an instrument designed to promote reimbursement of losses or damages. It has a retributive nature, and is designed to inflict harm upon the party that showed improper conduct. But it is obvious that it has a preventive nature, with the threat of punishment functioning as an instrument of discouragement of the practice of improper acts.” Sérgio Ferraz and Adilson Abreu Dallari, *Processo administrativo*, 2001, p. 154: “Within the scope of administrative procedures relevant to the application of sanctions, the deciding agent should not take into consideration the rich principiology of criminal law. (...) Note: we are not referring only to the relations between the Administration and its employees. What we are claiming is that the following rules apply to any and all administrative sanctioning activity (...)”.

⁷⁷ CF/88, Art. 5: “Everyone is equal before the law, without distinctions of any nature, and Brazilians and foreigners residing in Brazil are assured of the inviolability of the right to life, liberty, equality, **security** and prosperity, pursuant to the following terms: (...) II – nobody will be obligated to do or refrain from doing anything except as a result of the law; (...) XXXIX – there is no crime without a prior law that defines it, **nor punishment without prior legal establishment**; XL – criminal law is not retroactive, except to benefit the defendant”.

establishment⁷⁸ or in retroactive application of harsher rules, including when they result from a new interpretation adopted by the competent authority.⁷⁹

39. In this case, the award of punitive damages was not based either on the law or on a request made by the plaintiffs.⁸⁰ Its application did not follow previously defined parameters, but rather, as the price for not issuing an apology, doubled indemnification for damages, without offering any justification for this, in a confusing combination of reimbursing and retributive elements.⁸¹ Even if we could imagine that the Ecuadorian Environmental Management Law had authorized a similar award, it would be an aberration for Brazilian law to recognize efficacy to a decision that applied a punishment to someone based on a law that was passed *ex post facto*.

40. In summary: the decision for which ratification has been requested violates the Brazilian public order by attributing retroactive effectiveness to a law that increases an obligation already consolidated and applies a retributive sanction without prior legal establishment.

⁷⁸ This requirement is not restricted to the criminal sphere, but applies to all retributive monetary sanctions. See STF, *DJ* Oct. 16, 1998, ADI 1.823 MC/DF, Rapporteur Justice Ilmar Galvão: “Rules through which the government agency, without a law authorizing it to do so (...) established sanctions for the hypothesis of the failure to comply with requirements imposed on taxpayers, offending the principle of strict legality that governs it, not just the right to demand a tax, but also the right to punish;” STJ, *DJ* Nov. 20, 2009, RMS 28.778/RJ, Rapporteur Justice. Denise Arruda: “the application of administrative sanctions, resulting from the exercise of police power, is only legitimate when the act practiced by the citizen is previously defined by the law as an administrative infraction”. Naturally, civil fines may be stipulated, too, i.e. in contracts. In these cases, the consent of the interested parties is not given in fictitious, general and *erga omnes* manner, as in the approval of a law by the democratic process, but in a private and specific character.

⁷⁹ Thiago Magalhães Pires, *Pós-positivismo sem trauma: o possível e o indesejável no reencontro do direito com a moral*, *Revista de Direito do Estado* 17-18: 204-7, 2010.

⁸⁰ Specifically, the Ecuadorian decision refers only to Ecuadorian procedural legislation in a generic manner. See STJ, SEC 8.542/EC, Rapporteur Justice Nancy Andrighi, e-STJ, pages 603 and 604.

⁸¹ Note that this was also not an indemnification for pain and suffering, because (at a minimum) it would be very hard to affirm the existence of diffuse pain and suffering. See STJ, *DJ* Jun. 1, 2006, REsp 598.281/MG, Rapporteur Justice Teori Albino Zavascki: “Civil Procedure. Public interest civil action. Environmental damage. Collective pain and suffering. Necessary link of pain and suffering to the notion of pain, of psychic suffering of an individual nature. Incompatibility with the notion of trans-individuality (undeterminable nature of the victim and indivisibility of the offense and redress). Superior Court Appeal denied.”

V.2. *Objective good faith*

41. The obligation of the Government to act in good faith logically results from one of the fundamental principles of the Brazilian State: the decision to organize a State under the Rule of Law.⁸² The relation that exists between the State and private parties is not a private relationship, with each defending its interests,⁸³ although between private parties the duty of good faith also applies.⁸⁴ Good faith is directly associated with the duty of morality (CF/88, Art. 37, heading),⁸⁵ and is also regulated by ordinary Brazilian law.⁸⁶ As a general principle of law, applicable to all relations, public or private, good faith is certainly part of the Brazilian public order.

42. When it applies to the relations between the State and private parties, good faith requires from the public authorities, among other things, that it respect the *legitimate expectation* generated in private parties due to acts of the Government,⁸⁷ prohibiting, for example,

⁸² CF/88, Art. 1: “The Federative Republic of Brazil, formed by the indissoluble union of the States and Municipalities and the Federal District is governed by the Rule of Law and has as its foundations:” See Celso Antônio Bandeira de Mello, *Direito administrativo na Constituição de 1988*, 1991.

⁸³ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, 2010, p. 119-20: “Covered by [the principle of administrative morality], as is evident, are the so-called principles of *loyalty* and *good-faith*, so opportunely examined by the Spanish scholar Jesús Gonzáles Perez in an excellent monograph. According to the canons of loyalty and good faith, the Administration must proceed in relation to citizens with sincerity and amiability, and is prohibited from any astute behavior, acting with malice, produced in a way intended to confuse, hinder or minimize the exercise of rights by citizens”; Alice Gonzalez Borges, *Valores a serem considerados no controle jurisdicional da Administração Pública: Legal certainty– boa-fé – conceitos indeterminados – interesse público*, *Interesse Público* 15:89, 2002. See also, in foreign doctrine, Jesus Gonzalez Perez, *El principio general de la buena fé en el derecho administrativo*, 1989.

⁸⁴ See, among others, Teresa Negreiros, *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*, 1998; and Judith Martins-Costa, *A boa-fé no direito privado*, 1999.

⁸⁵ Marcelo Figueiredo, *O controle da moralidade na Constituição*, 1999, p. 104. See, also, José Augusto Delgado, *O princípio da moralidade administrativa e a Constituição Federal de 1988*, *Revista dos Tribunais* 680:34, 1992: “Obedience to the principle of administrative morality requires that the public agent ensure that all his acts are conducted with good faith, veracity, dignity, sincerity, respect, lack of emulation, fraud and criminal intent.”

⁸⁶ Law No. 9.784/99, Art. 2: “The Public Administration will follow, among other principles, the principles of legality, purpose, motivation, reasonableness, proportionality, morality, ample defense, adversary proceeding, legal certainty, public interest and efficiency. Sole paragraph. Administrative proceedings will comply with, among others, the criteria of: (...) IV – acting according to ethical standards of honesty, decorum and good faith.”

⁸⁷ Regarding the parameters of application of the principle of protection of legitimate trust in administrative law, see Patrícia Ferreira Baptista, *Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no direito administrativo: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro*, 2006. Thesis presented to the Graduate Program of the School of Law of the University of São Paulo, p. 130 et seq.

the adoption of contradictory behavior.⁸⁸ The protection of trust or of the legitimate expectations does not only apply to the Administrative Branch,⁸⁹ but also includes the Judiciary.⁹⁰ Naturally, this is not a matter of protecting hopes or desires, but of protecting reasonable expectations, supported by objective behavior of the State.⁹¹

43. Now, in this case, the damages that are alleged to have been caused by Chevron Corporation were already the object of specific repair, founded on a contract signed by Ecuador and TexPet, a company controlled by Texaco Inc., which was later incorporated by a Chevron subsidiary. This agreement was executed to release TexPet (as well as existing and future companies related to TexPet) from any responsibility, encompassing all the alleged damages arising out of TexPet's actions in Ecuador. With the fulfillment of this obligation, the Ecuadorian State gave the company and its agent's total release for the supposed damage, as agreed to. In spite of this, Ecuador itself imposed new obligations on Chevron Corporation and ordered it to pay other amounts, ignoring the agreement signed.⁹² What is even more serious, the Ecuadorian Executive branch has taken measures in the international sphere to guarantee the recognition of the decision that establishes the new obligations, which is behavior which, beyond being contradictory, violates the decisions rendered by the Arbitration Court of the Hague constituted to verify the compliance by Ecuador of its international obligations.

⁸⁸ On this topic, see Anderson Schreiber, *A proibição do comportamento contraditório*, 2007.

⁸⁹ In this sense, see Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, 2011, p. 86 and 87.

⁹⁰ STJ, *DJ* Mar. 27, 2000, REsp 227.940/AL, Rapporteur Justice Jorge Scartezzini: "The Judiciary owes citizens in identical cases a firm, certain and homogenous response. With this, values are protected in the political-constitutional and material legal order, with a proper rendering of jurisdiction, as a means of certainty and safety for society. As a result, strict procedural technique is left behind, which would deny the application of material law, to achieve an appropriate purpose of jurisdiction, which is the certainty of an identical result for identical situations". See, also, STJ, *DJ* Apr. 2, 2001, AGA 304.282/SP, Rapporteur Justice Francisco Falcão.

⁹¹ See the decision of the European Court of Justice in which a similar criteria was adopted. Case 375/03, decision of 10 Mar. 2005: "Any trader on the part of whom an institution has inspired reasonable expectations may rely on the principle of the protection of legitimate expectations. (...) However, if those traders can foresee the adoption of the Community measure which affects their interests, the benefit of the principle of the protection of legitimate expectations cannot be invoked (Case C-22/94 *Irish Farmers Association and Others* [1997] ECR I-1809, paragraph 25, and *Di Lenardo and Dillexport*, cited above, paragraph 70)".

⁹² Since the Executive and the Judiciary are mere organs of the State, there is no relevance in the fact that the agreement was signed, as is normal, by the Executive Branch, without the participation of the Judiciary. In any event, the insistence of the Executive for ratifying the decision clearly shows the inversion of the direction taken with the agreement.

44. As is evident, this unfair conduct violates the minimum requirements imposed by the principle of objective good faith. In this case, the Ecuadorian Government not only agreed to a solution to the problem, but implemented it, granting full release to TexPet and, thus, Chevron Corporation. Later, however, it began to move in the opposite direction, defending the imposition of additional obligations on Chevron for damages which, according to the State itself, had already been fully redressed. It is simply not possible to imagine how a position such as this, incorporated into a foreign decision, can be accepted in Brazil.

V.3. Prohibition against illicit enrichment

45. Like the principle of good faith, the prohibition against illicit enrichment is a general requirement, applicable to legal relations in general,⁹³ and is considered an implicit rule in the Federal Constitution.⁹⁴ No one can increase his assets, to the detriment of others, without a legitimate cause. In the case of relations between the State and private parties, this prohibition

⁹³ Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, vol. II, 2011, p. 274-5: "What we lacked, therefore, was the construction of illicit enrichment as a legal institute with autonomy and its own legal discipline. In its development, it will be necessary to construct it on specific requirements, which, *ad instar* of German doctrine, should cover: 1.) a reduction in the assets of the party harmed, whether through the move, to the ownership of the other party of something that had belonged to him, or through the obstacle placed against an object that he had been planning to acquire; 2.) the enrichment of the beneficiary without the existence of a legal cause for the acquisition or retention; and 3.) the relationship of immediacy; that is, enrichment of one resulting directly from the impoverishment of the other, in such a way that the party that became poorer can turn to the party that enriched himself as a result of a supposed non-existent or disappeared legal cause; the enrichment of one of the subjects and the impoverishment of the other must result from the same circumstance." and Celso Antônio Bandeira de Mello, *O princípio do enriquecimento sem causa em direito administrativo*, *Revista de Direito Administrativo* 210: 28, 1997: "Unjust enrichment is an increase in someone's assets in detriment to the assets of another party, without there having been for this event a legally justifiable cause. It is perfectly settled that its prohibition is a *general principle of law*. Since unjust enrichment is a general principle of law, and not just a principle allocated in one of its branches, public or private, it evidently also applies to administrative law" (emphasis in the original).

⁹⁴ On several occasions, the Federal Supreme Court has considered the principle that prohibits illicit enrichment as an implicit constitutional principle, including hearing Supreme Court Appeals. This can be seen, among others, from the following decisions: *DJ* Mar. 8, 2002, RE 222.368/PE, Rapporteur Justice Celso de Mello; *DJ* Apr. 28, 2000, RE 231.655/RJ, Rapporteur Justice Moreira Alves; *DJ* Dec. 6, 2002, RE 282.120/PR, Rapporteur Justice Maurício Corrêa; and *DJ* Jun. 18, 2001, RE 141.298/RJ, Rapporteur Justice Marco Aurélio.

assumes an even more serious nature, as a result of the imbalance between the parties.⁹⁵ Today, this matter is governed explicitly in the Civil Code⁹⁶.

46. This point is especially important in regards to establishing the value of monetary redress, which, by its very nature, should be set in accordance with the damage,⁹⁷ and cannot go beyond being a means of compensation to become a source of enrichment.⁹⁸ The logic of this understanding is simple: the damage is the cause and the reason for any indemnification, and for this reason, setting the redress at a level that exceeds the amount of the harm is to separate the measure from its factual basis, which harms the principle of reasonableness-proportionality.⁹⁹⁻

¹⁰⁰ Naturally, foreign legislation can establish different criteria for calculating indemnifications,

⁹⁵ Celso Antônio Bandeira de Mello, *O princípio do enriquecimento sem causa em direito administrativo*, *Revista de Direito Administrativo* 210:24 et seq., 1997.

⁹⁶ Civil Code, Art. 884: “A party that unjustly enriches at the cost of others will be obligated to return the amount unduly received, adjusted for inflation.”

⁹⁷ Civil Code, Art. 944: “The indemnification is measured by the extension of the damage.” See also STJ, *DJ* 18 Dec. 2006, REsp 604.758/RS, Rapporteur for decision Justice Nancy Andrighi: “Indemnifications for material damages, however, can only refer to reimbursement for that which in each situation, represented an improper reduction in the assets of the victim.”

⁹⁸ See STF, *DJ* Nov. 6, 2009, ADPF 130/DF, Rapporteur Justice Carlos Britto (sections from the opinion of the Rapporteur): “Indemnifications for material damages, as everyone knows, are objectively calculated; in other words, when setting it, the judge takes into account the actual harm suffered by the victim, including by an expert evaluation if necessary;” STJ, *DJ* Nov. 18, 2010, REsp 1.075.293/MT, Rapporteur Justice Luiz Fux: “Payment of an indemnification in direct expropriations are restricted to the area actually registered, listed in the expropriation document, and the party is obliged to file an ordinary proceeding to determine any usurpation of the outside area. (...) Payment of a non-registered area requires the Government to indemnify that party that does not own the area expropriated, and consequently, to unjust enrichment of a private party (...)”; STJ, *DJ* Feb. 10, 2011, REsp 1.198.879/RJ, Rapporteur Justice Benedito Gonçalves: “In order to not configure unjust enrichment of the Union, the indemnification due, under article 116, § 1, section II, line ‘b’, should have as its parameter both the amount spent by the Government as compensation made by the ex-military member while still in service, subject to the constitutional principles of proportionality and equality;” STJ, *DJ* Apr. 30, 2007, REsp 675.147/RJ, Rapporteur for decision Justice Nancy Andrighi: “If the decision affirms that the widow is entitled to receive full payment as a death benefit pension, of the salary of the deceased, any amount received in excess on this same basis would represent an improper financial advantage, exceeding the limits of reimbursement for the damage caused.”

⁹⁹ On this topic, although with different meanings, see Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2009; Humberto Ávila, *Teoria dos princípios*, 2003; and Luís Virgílio Afonso da Silva, *O proporcional e o razoável*, *Revista dos Tribunais* 798: 23, 2002.

¹⁰⁰ STF, *DJ* Nov. 6, 2009, ADPF 130/DF, Rapporteur Justice Carlos Ayres Britto (section of rapporteur’s opinion): “(...) what matters for the interpreter and applier of Law is to reveal the objective will of the Constitution in this matter. And this objective will of the Constitution lies in the judgment that the relationship of proportionality between the pain and suffering or material damages suffered by someone and the indemnification to which he is entitled (the greater the damage, the greater the indemnification) is operative in the interior of the relationship between the potential of the offense and the concrete situation of the victim.”

which in and of itself, does not prevent the ratification in Brazil of any decisions based on them. What is not allowed is the recognition of decisions that are absolutely separated from any criteria of reasonableness, under penalty of justifying illicit enrichment.

47. The violation of this requirement is particularly clear in the hypothesis in question: the indemnification imposed, of approximately \$18 billion, is the largest award in history,¹⁰¹ representing, by itself, *a third* of the entire GDP of Ecuador.¹⁰² Its disproportion, as can be seen, is manifest, showing its complete lack of a link to the concrete damages allegedly suffered. Considered in isolation, the award for damages (\$8.64 billion) is one of the largest awards for alleged environmental damages of which there is a record.¹⁰³ If that were not enough, the provision of an additional ten per cent over the indemnification for the plaintiffs, implemented in the decision in question, based on a law applied retroactively, has no cause, except for rewarding the plaintiffs, in the middle of all the parties substituted in the collective proceeding, without any reason that justifies this disparity. There is no reasonableness that explains measures like this, and it is obvious that this constitutes illicit enrichment.

VI. VIOLATION OF THE PUBLIC PROCEDURAL ORDER

48. One of the principle pillars on which an effective Rule of Law is based is the stability and independence of its institutions, which are capable of assuring citizens the exercise of their fundamental rights, minimum levels of security and well-being, equality and social justice. The role of the Judicial Branch within this context is of fundamental importance. There is no Rule of Law without an independent Judiciary, because the latter must exercise final control over government activity.¹⁰⁴ The idea of a government of *laws* and not of *men* would be merely

¹⁰¹ Jude Webber, Claimants to pursue Chevron's LatAm assets, *Financial Times* 31 Oct. 2012. Available at: <<http://www.ft.com/cms/s/0/cb91619e-2396-11e2-a46b-00144feabdc0.html>>. Accessed on April 17, 2013.

¹⁰² Naomi Mapstone, Ecuador court upholds \$18bn Chevron ruling, *Financial Times* 4 Jan. 2012. Available at: <<http://www.ft.com/intl/cms/s/0/e2404598-367c-11e1-a3fa-00144feabdc0.html>>. Accessed on: April 17, 2013.

¹⁰³ Simon Romero and Clifford Krauss, Ecuador judge orders Chevron to pay \$9 billion, *The New York Times* Feb. 14, 2011. Available at: <http://www.nytimes.com/2011/02/15/world/americas/15ecuador.html?_r=0>. Accessed on: April 17, 2013.

¹⁰⁴ Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho and Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de direito constitucional*, 2007, p. 884.

rhetorical without a corps of judges with independence, capable of carrying out the impartial application of the law. The *independence* and *impartiality* of judges are,¹⁰⁵ therefore, essential both from the institutional perspective of the Rule of Law, and from an individual point of view, as elementary guarantees of due legal process (CF, Art. 5, LIV).

49. It is not by chance that the Constitution of 1988 seeks to organize a system of guarantees and controls in order to provide adequate conditions for the impartial and independent exercise of jurisdiction, like functional, administrative and financial autonomy of the Judiciary (CF/88, arts. 96 and 99) and the so-called *functional guarantees* (which in spite of the name equally include prohibitions), the purpose of which is to assure that judges are preserved from improper prohibitions. This serves to safeguard their *independence*, through prerogatives like lifelong employment, non-transferability and the prohibition against a reduction of compensation (CF/88, Art. 95), and their *impartiality*, through a set of prohibitions designed to avoid conflicts of interests (CF/88, Art. 95, sole paragraph). It should be emphasized: the independence and impartiality of judges are guarantees that make up the basic concept of due legal process, and are indispensable to jurisdiction itself.¹⁰⁶ Therefore, there is no doubt that of its inclusion in the Brazilian public order.¹⁰⁷

50. The same orientation prevails in the international scenario. Art. 2 of the Universal Charter of the Judge states that: “The judge, as holder of judicial office, must be able to exercise judicial powers free from social, economic and political pressure, and independently from other judges and

¹⁰⁵ Strictly speaking, impartiality is an essential element to the concept of jurisdiction. See Jorge Miranda, *Teoria do Estado e da Constituição*, 2007, p. 251-2.

¹⁰⁶ See STF, *DJ* Feb. 26, 2009, HC 94.016/SP, Rapporteur Justice Celso de Mello: “The Judiciary has the obligation to assure, even to foreign defendants without a domicile in Brazil, the basic rights that result from the postulate of due legal process, notably the prerogatives inherent to the guarantee of broad defense, the adversary proceeding, equality of parties before the natural judge and the guarantee of impartiality of the presiding judge;” STF, *DJ* Oct. 22, 2004, ADI 1.570/DF, Rapporteur Justice Maurício Corrêa: “Search and seizure of documents related to a request to break confidentiality made personally by the Judge. Compromising of the principle of impartiality and consequent violation of due legal process;” STF, *DJ* Apr. 16, 1993, Rcl 417/RR, Rapporteur Justice Carlos Velloso: “Impossibility of carrying out due legal process, given that one of the component of it is the natural judge, defined in this case as a judge with guarantees of independence, impartial judge, trustworthy judge is not present in this case.”

¹⁰⁷ This analysis is not unlike Brazilian law: the STF does it when it evaluates the legality of a foreign extradition request, so the same verification should be made for the ratification of foreign decisions. See STF, *DJ* Dec. 20, 1967, Ext 272/Australia, Rapporteur Justice Victor Nunes; STF, *DJ* Aug. 18, 1995, Ext 646/Slovak Republic, Rapporteur Justice Maurício Corrêa.

the administration of the judiciary” (...)¹⁰⁸. In addition, the American Law Institute and Unidroit (*Institut International pour l’Unification du Droit Privé*) prepared a bill that contains principles of international civil procedure, the first of which refers, precisely, to the requirement of independence, impartiality and qualifications of the courts and judges. These rules explain that included among these concepts are the requirement that judges not suffer external and internal pressures (item 1.1) and that they be assured stability in their functions (1.2)¹⁰⁹. In addition, the *Restatement (Third) of Foreign Relations Law* of the American Law Institute indicates that recognition of foreign sentences is forbidden when they are issued where “*impartial courts or procedures compatible with due legal process*” are not guaranteed.¹¹⁰

51. As stated initially, there are serious suspicions pending on the independence of the Ecuadorian courts in general, and there is, at minimum, consistent evidence that there was fraud in the Ecuadorian proceeding from which the decision now in question originated. There was an extensive process of evidence gathering in the USA at North-American law firms who sponsored the case in Ecuador, where written documents and impressive videos about this fraud was obtained. A court order was issued in the USA based on this evidence, and although it was revoked, the suspicion of defects in the proceeding continues. Additionally to the revoked decision,

¹⁰⁸ The Charter was adopted by the Central Council of the International Association of Judges in Taipei, Nov. 17, 1999. The Association of Brazilian Judges is associated with the UIM. The section transcribed is a free translation of the original in English: “*The judge, as holder of judicial office, must be able to exercise judicial powers free from social, economic and political pressure, and independently from other judges and the administration of the judiciary*”.

¹⁰⁹ American Law Institute, UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure, Scope and Implementation: “*1. Independence, Impartiality, and Qualifications of the Court and Its Judges. 1 The court and the judges should have judicial independence to decide the dispute according to the facts and the law, including freedom from improper internal and external influence. 1.2 Judges should have reasonable tenure in office. Nonprofessional members of the court should be designated by a procedure assuring their independence from the parties, the dispute, and other persons interested in the resolution. 1.3 The court should be impartial. A judge or other person having decisional authority must not participate if there is reasonable ground to doubt such person’s impartiality. There should be a fair and effective procedure for addressing contentions of judicial bias. 1.4 Neither the court nor the judge should accept communications about the case from a party in the absence of other parties, except for communications concerning proceedings without notice and for routine procedural administration. When communication between the court and a party occurs in the absence of another party, that party should be promptly advised of the content of the communication. 1.5 The court should have substantial legal knowledge and experience*” Available at: <<http://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/ali-unidroitprinciples-e.pdf>>. Accessed on: April 13, 2013.

¹¹⁰ *Apud* Ronald A. Brand, *Recognition and enforcement of foreign judgments*, Federal Judicial Center – International Litigation Guide, April 2012, p. 6. Available at: <[http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/brandenforce.pdf/\\$file/brandenforce.pdf](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/brandenforce.pdf/$file/brandenforce.pdf)>. Accessed on April 10, 2013.

a new order was issued in the USA on February 23, 2013, reinforcing the existence of fraud.¹¹¹ This circumstance,¹¹² together with the weight of the material collected, at minimum, throws serious doubts on the reliability of the case on which the decision in question was based, which, in accordance with the orientation of the STF, prevents its ratification in Brazil¹¹³.

VII. CONCLUSION

52. The conclusions reached over the course of the study can be summarized in the following objective propositions:

(A) A foreign decision can only be ratified by the STJ when the relevant formal requirements, including that it has become *res judicata* and does not offend national sovereignty, good customs and the Brazilian public order. Public order here is understood to mean the set of the most important values for the national legal system, including questions of material (material public order) and of procedure (procedural public order).

¹¹¹ Memorandum Opinion (Corrected), Case No. 11-cv-00691-LAK, Dkt. 843 at 10-11 (Southern District of New York Feb. 21, 2013): “*Nor is this Court alone in finding substantial evidence of fraud (...) at least six other federal district courts have concluded (...) that Chevron established prima facie case of fraud with respect to the procurement of the Judgment*”.

¹¹² Even foreign decisions that have not been ratified can serve as proof of a fact that occurred abroad (José Ignácio Botelho de Mesquita, Foreign Decision (opinion). In: *Teses, estudos e pareceres de processo civil*, volume II, 2005, p. 201). In these cases, the Brazilian judicial authority is not bound by the authority of its content, but will consider the foreign decision as a fact, to be freely appreciated, from which he will take the consequences he considers applicable. The STF has already recognized this possibility in a collection action filed in Brazil, in which the foreign decision was presented as proof of debt (STF, DJ Nov. 7, 1947, Appeal in RE 8.441/DF, Rapporteur Justice Lafayette de Andrada): “Appeal. A foreign decision to be executed must not be confused with foreign documents that serve as evidence. Only in the first case is it necessary to have prior ratification”.

¹¹³ STF, DJ Dec. 10, 1953, SE 1.307/Germany, Rapporteur Justice Lafayette de Andrada: “Foreign decisions cannot be ratified unless the formal requirements have been met and there are no doubts or concerns over fraud in the proceeding.” With a similar interpretation: STF, DJ Oct. 20, 1967, SE 1926/Mexico, Rapporteur Justice Djaci Falcão; and STF, DJ Dec. 24, 1959, SE 1673/United States of America, Rapporteur Justice Barros Barreto.

(B) The Ecuadorian decision in question has not become *res judicata*, as it is still awaiting the judgment of an appeal, ordinary procedural means, filed against it. As a result, it cannot be ratified in Brazil.

(C) The decision in question violated the Brazilian material public order because it offends: **(i)** *legal certainty*, by imposing the retroactive application of a law in the quantification of the indemnification due by Chevron Corporation, and imposes on it a civil penalty not previously established in the law; **(ii)** the *principle of objective good faith*, since, having released Chevron Corporation from any additional redress, the Ecuadorian government ordered it to pay new, very high amounts; and **(iii)** the *Prohibition against illicit enrichment*, by imposing an indemnification without precedents, which does not have any relationship of proportionality with the damages to be reimbursed.

(D) Ratification of the Ecuadorian decision would also offend the Brazilian public procedural order, since there are serious indications of offense to impartiality and evidence of fraud in the proceeding in which the decision now under analysis was issued.

This is my opinion.

Rio de Janeiro, May 18, 2013

[signature]

Luís Roberto Barroso



State of New York)
Estado de Nova York)
County of New York)
Condado de Nova York)

ss:
a saber:

Certificate of Accuracy
Certificado de Exatidão

This is to certify that the attached translation is, to the best of our knowledge and belief, a true and accurate translation from Portuguese into English of the attached document.

Pelo presente, certifico que a tradução anexa é, segundo meu conhecimento e entendimento, uma tradução fiel e completa do idioma português ao inglês do documento anexo.

Dated: July 11, 2013
Data: 11 de julho de 2013

Violeta Lejtman
Team Lead – Legal Translations
Merrill Brink International/Merrill Corporation

[firmado]

Violeta Lejtman
Chefe de Equipe – Traduções Jurídicas
Merrill Brink International/Merrill Corporation

Sworn to and signed before
Juramentado e assinado em
Me, this 11th day of
my presence on 11 day of
July 2013
mês de julho de 2013

ROBERT J. MAZZA
Notary Public, State of New York
No. 01MA5057911
Qualified In Kings County
Commission Expires April 1, 2014

Notary Public
Notário Público

[assinado]
[selo]

SENTENÇA EQUATORIANA. PENDÊNCIA DE RECURSO. VIOLAÇÃO DA ORDEM PÚBLICA BRASILEIRA. IMPOSSIBILIDADE DE HOMOLOGAÇÃO.

EMENTA: 1. Só podem ser homologadas as sentenças estrangeiras que tenham transitado em julgado – i.e., que não possam mais ser modificadas por meios processuais ordinários. 2. Não se admite a homologação de sentenças que ofendam a ordem pública brasileira, seja por seu conteúdo (ordem pública material), seja por resultar do descumprimento de requisitos mínimos do devido processo legal (ordem pública processual). 3. Ofende a ordem pública material brasileira a sentença que viola os princípios da segurança jurídica e da boa-fé objetiva, e gera enriquecimento sem causa. 4. Ofende a ordem pública processual o reconhecimento de decisão proferida em processo sobre o qual pendem graves suspeitas de corrupção e parcialidade dos juízes.

I. A CONSULTA¹

PRIMEIRA PARTE

Elementos fáticos e jurídicos pertinentes

II. CONTEXTO FÁTICO RELEVANTE: O CASO LAGO AGRIO

II.1. Antecedentes

II.2. Síntese da demanda

II.3. Procedimentos fora do Equador

III. REQUISITOS PARA A HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇAS ESTRANGEIRAS

SEGUNDA PARTE

Aplicação da teoria à hipótese

IV. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA EQUATORIANA

V. VIOLAÇÃO DA ORDEM PÚBLICA MATERIAL

V.1. Segurança jurídica

V.2. Boa-fé objetiva

V.3. Vedação ao enriquecimento sem causa

VI. VIOLAÇÃO DA ORDEM PÚBLICA PROCESSUAL

VII. CONCLUSÃO

¹ Trabalho desenvolvido com a colaboração de Carmen Tiburcio, Eduardo Mendonça e Thiago Magalhães.

I. CONSULTA

1. Trata-se de consulta formulada pela Chevron Corporation, por seus ilustres advogados, acerca da viabilidade jurídica de se homologar e, conseqüentemente, executar no Brasil sentença proferida em 14 de fevereiro de 2011 pela Corte Provincial de Justiça de Sucumbíos, no Equador.

2. Segundo a Chevron Corporation, a decisão integra um longo histórico de disputas no Equador, envolvendo, de um lado, 48 indivíduos, advogados equatorianos e norte-americanos e o Estado e, do outro, empresas privadas estrangeiras exploradoras de petróleo – inicialmente, a Texaco Petroleum Company (TexPet), então subsidiária da Texaco Inc., e atualmente a própria Chevron Corporation. Trata-se do chamado “caso Lago Agrio”, amplamente noticiado pela imprensa, que resultou na condenação da Chevron Corporation ao pagamento de US\$ 18,2 bilhões a título de indenização. É sobre essa decisão que versa a presente consulta.

3. O estudo será desenvolvido conforme o roteiro apresentado inicialmente. A conclusão apurada – já se pode adiantar – é negativa: a sentença em tela não pode ser homologada no Brasil, por não ter transitado em julgado e porque sua execução ofenderia a ordem pública brasileira. Para melhor compreensão do ponto, parece indispensável expor não apenas o contexto fático pertinente, tal como narrado pela Chevron Corporation e/ou apreendido de notícias jornalísticas, mas também os elementos jurídicos mais importantes para a análise que se inicia. É esse o objetivo dos tópicos que se seguem.

PRIMEIRA PARTE
Elementos fáticos e jurídicos pertinentes

II. CONTEXTO FÁTICO RELEVANTE: O CASO LAGO AGRIO

II.1. Antecedentes

4. Em 1964, a TexPet – então uma subsidiária da Texaco, Inc. – obteve concessão do governo equatoriano para explorar poços de petróleo na região amazônica do Equador, em consórcio com a Ecuadorian Gulf Oil Company. Em 1976, a Petroecuador, companhia petrolífera estatal, substituiu a Ecuadorian Gulf Oil Company no consórcio, tornando-se sua controladora (62,5%). Segundo a Chevron Corporation, com o fim da participação da TexPet em 1992, a Petroecuador passou a ser a única empresa a explorar os poços de petróleo que até então eram explorados pelo consórcio. A TexPet, portanto, jamais explorou sozinha a área em questão e não teve mais qualquer envolvimento em quaisquer operações no Equador nos últimos vinte anos.

5. Em novembro de 1993, foi proposta nos EUA uma ação coletiva (*class action*) contra a Texaco, Inc. por indígenas e outros residentes da região amazônica do Equador, que alegavam terem sido pessoalmente prejudicados pelas atividades da companhia no país. A demanda, contudo, não prosseguiu: com base na doutrina de *forum non conveniens*², o Judiciário norte-americano decidiu que os danos reclamados a título individual e os eventos envolvidos na disputa estariam mais fortemente ligados ao Equador do que aos Estados Unidos e, por isso, a disputa deveria ser apreciada pelo Judiciário equatoriano³.

6. Na sequência, entre 1994 e 1995, após perícia ambiental, a TexPet firmou uma série de acordos com o governo equatoriano, visando à reparação do impacto ambiental causado durante as atividades de exploração petrolífera na região⁴. A TexPet implementaria um

² Na definição sintética de Ronald A. Bland e Scott R. Jablonski, *Forum non conveniens: History, global practice, and future under the Hague Convention on Choice of Court Agreements*, 2007, p. 1, *forum non conveniens* é uma doutrina aplicada em países da *common law* que confere ao órgão judicial o poder de declinar do exercício da jurisdição no caso concreto por considerar que a boa aplicação da justiça é melhor atingida se o julgamento ocorrer em outro órgão.

³ *Aguinda v. Texaco Inc.*, 303 F. 3d 470 (2d Cir. 2002).

⁴ Além do acordo com o Governo central do Equador, a TexPet também celebrou acordos com governos locais das áreas por onde se estendem suas atividades – os municípios de Lago Agrio, Orellana, La Jova

programa de reparação das áreas prejudicadas, dando-se quitação a ela e à Texaco, Inc. de todas as presentes e futuras obrigações e responsabilidades em face do Estado equatoriano e da estatal Petroecuador, com a qual se consorciara. A liberação incluía todos os agentes, trabalhadores e empregados, oficiais, advogados, fiadores (*indemnitors*), garantidores, herdeiros, administradores, executores, beneficiários, sucessores, predecessores, controladoras e subsidiárias da TexPet e Texaco, Inc.⁵. Ainda no âmbito dessas negociações, a Texaco, Inc. desistiu de uma ação contra o Estado equatoriano referente a questões tributárias no valor de US\$ 570 milhões⁶.

7. Segundo a Chevron Corporation, os trabalhos de reparação começaram em 1995 e terminaram em 1998⁷, tendo custado à TexPet US\$ 40 milhões⁸. Em 1998 a TexPet encerrou sua última etapa e a República do Equador assinou a quitação final da Texaco, Inc. e da TexPet. Em 2001, essa última se fundiu a uma subsidiária indireta da Chevron Corporation, tornando-se, ela própria, uma subsidiária indireta da Chevron Corporation⁹.

II.2. Síntese da demanda

8. Em maio de 2003, um grupo de indígenas e outros moradores da região amazônica do Equador ajuizaram nova ação, desta vez perante o Judiciário do Equador e já em face da Chevron Corporation. O episódio ficou conhecido como “caso Lago Agrio” – que se refere à capital da província de Sucumbíos, um dos lugares onde a TexPet operava. Em síntese, alguns indivíduos, em nome do povo equatoriano, sem pleitear indenização por danos próprios,

de los Sanchas e Shushufindi, assim como a província de Sucumbíos e um consórcio de municípios da província de Napo-Comuna–, referentes a programas de desenvolvimento comunitário.

⁵ Judith Kimerling, *Indigenous peoples and the oil frontier in Amazonia: the case of Ecuador, Chevrontexaco, and Aguinda v. Texaco*, *International Law and Politics*: 38, 523, nota nº 300: “*The release included all agents, servants, employees, officers, attorneys, indemnitors, guarantors, heirs, administrators, executors, beneficiaries, successors, predecessors, principals and subsidiaries*”.

⁶ Judith Kimerling, *Indigenous peoples and the oil frontier in Amazonia: the case of Ecuador, Chevrontexaco, and Aguinda v. Texaco*, *International Law and Politics*: 38, 494, nota nº 219.

⁷ V. Texaco, *Background on Texaco Petroleum Company's former operations in Ecuador*. In: *History of Texaco and Chevron in Ecuador*. Disponível em: <<http://www.texaco.com/sitelets/ecuador/en/history/background.aspx>>. Acesso em: 15 abr. 2013.

⁸ V. Texaco, *October 21, 2003: Summary of ChevronTexaco response to Ecuador lawsuit*. In: *History of Texaco and Chevron in Ecuador*. Disponível em: <<http://www.texaco.com/sitelets/ecuador/en/releases/2003-10-21.aspx>>. Acesso em: 15 abr. 2013.

⁹ Em razão dessa fusão, a Chevron Corporation mudou sua denominação para ChevronTexaco Corporation. Passados alguns anos, o nome Chevron Corporation foi retomado.

pediam a condenação da ré a retirar os elementos contaminantes que supostamente ainda se encontrariam na região e providenciar a reparação dos danos ambientais que teriam resultado das atividades da TexPet no Equador¹⁰, além de pagar um adicional de 10% sobre o valor determinado para a reparação.

9. A pretensão dos autores se fundamentava principalmente na Lei de Gestão Ambiental de 1999¹¹. Embora o programa de reparação levado a cabo pela TexPet e pela Texaco, Inc. já tivesse sido encerrado quando da aprovação desse diploma, foi ele que viabilizou a propositura de demandas por danos ambientais coletivos por pessoas naturais, jurídicas ou grupos humanos na qualidade de substitutos processuais da coletividade afetada, servindo de base não apenas para a legitimidade *ad causam* dos autores da demanda¹², mas também para o pedido de reparação dos danos ambientais, para a condenação adicional em 10% sobre o valor da reparação¹³, além de ter definido a competência judicial e o procedimento a ser observado¹⁴.

10. A sentença de primeira instância, proferida em 14 de fevereiro de 2011, concluiu pela procedência parcial dos pedidos dos autores para condenar a Chevron a pagar: **(i)** cerca de US\$ 8,64 bilhões por danos ambientais, a serem entregues a um fideicomisso, cujo responsável e beneficiário seria a Frente de Defesa para a Amazônia; **(ii)** 10% sobre o valor da reparação ambiental, igualmente entregues à Frente; e **(iii)** 0,10% da condenação a título de honorários advocatícios. A ré também foi condenada a “*uma penalidade punitiva equivalente a*

¹⁰ Os recursos que fossem calculados, em perícia, como necessários para cobrir o custo das atividades cuja execução se demandava deveriam ser entregues à Frente de Defesa para a Amazônia.

¹¹ *Ley de Gestión Ambiental – Ley No. 37.RO/245 de 30 de Julio de 1999.*

¹² STJ, SEC 8.542/EC, Rel^a. Min^a. Nancy Andrighi, e-STJ fl. 188.

¹³ Lei de Gestão Ambiental (1999), art. 43: “*Las personas naturales, jurídicas o grupos humanos, vinculados por un interés común y afectados directamente por la acción u omisión dañosa podrán interponer ante el Juez competente, acciones por daños y perjuicios y por el deterioro causado a la salud o al medio ambiente incluyendo la biodiversidad con sus elementos constitutivos. Sin perjuicios de las demás acciones legales a que hubiere lugar, el juez condenará al responsable de los daños al pago de indemnizaciones a favor de la colectividad directamente afectada y a la reparación de los daños y perjuicios ocasionados. Además condenará al responsable al pago del diez por ciento (10%) del valor que represente la indemnización a favor del accionante. Sin perjuicio de dichos pagos y en caso de no ser identificable la comunidad directamente afectada o de constituir ésta el total de la comunidad, el juez ordenará que el pago que por reparación civil corresponda se efectúe a la institución que deba emprender las labores de reparación conforme a esta Ley. En todo caso, el juez determinará en sentencia, conforme a los peritajes ordenados, el monto requerido para la reparación del daño producido y el monto a ser entregado a los integrantes de la comunidad directamente afectada. Establecerá además la persona natural o jurídica que deba recibir el pago y efectuar las labores de reparación. Las demandas por daños y perjuicios originados por una afectación al ambiente, se tramitarán por la vía verbal sumaria.*”

¹⁴ STJ, SEC 8.542/EC, Rel^a. Min^a. Nancy Andrighi, e-STJ fls. 189 e 190.

100% [da indenização] *adicionais aos valores somados a medidas de reparação*” sem que se tenha citado qualquer fundamento legal que autorizasse a imposição de pena.

11. Segundo a sentença, o pedido de condenação por “danos punitivos” não foi formulado na demanda, mas inferido pelo juiz¹⁵, justificando-se na suposta prática de má-fé processual por parte da Chevron Corporation, no sofrimento causado às vítimas e na falta de reconhecimento público da dignidade desse último pela Chevron Corporation¹⁶. A finalidade da sanção seria “*dar exemplo e dissuadir*”, funcionando como “*uma lição*” à Chevron Corporation¹⁷. Ainda de acordo com a sentença, esse valor poderia ser perdoado caso a Chevron, em 15 dias, oferecesse desculpas públicas aos supostamente afetados pelas atividades da TexPet no Equador¹⁸.

12. A Chevron Corporation não ofereceu o pedido de desculpas e interpôs recurso de apelação, alegando, dentre outros pontos, a ocorrência de ofensas a garantias jurisdicionais. A decisão, contudo, foi mantida pela Corte Provincial de Justiça de Sucumbíos em 3 de janeiro de 2012¹⁹, resultando em uma condenação de cerca de US\$ 18 bilhões²⁰. Em novembro do mesmo ano, foi admitido recurso de cassação da Chevron, que ainda aguarda julgamento. Apesar disso, dentro e fora do Equador, os beneficiários da sentença já começaram a promover sua homologação e/ou execução. Ainda segundo a Chevron Corporation, já durante a fase de cumprimento da sentença, o Judiciário equatoriano majorou a indenização devida para mais de US\$ 19 bilhões, sustentando ter-se enganado no cálculo do valor a ser pago.

¹⁵ STJ, SEC 8.542/EC, Rel^a. Min^a. Nancy Andrighi, e-STJ fl. 603.

¹⁶ STJ, SEC 8.542/EC, Rel^a. Min^a. Nancy Andrighi, e-STJ fl. 603.

¹⁷ STJ, SEC 8.542/EC, Rel^a. Min^a. Nancy Andrighi, e-STJ fl. 604.

¹⁸ STJ, SEC 8.542/EC, Rel^a. Min^a. Nancy Andrighi, e-STJ fl. 603.

¹⁹ STJ, SEC 8.542/EC, Rel^a. Min^a. Nancy Andrighi, e-STJ fl. 694.

²⁰ Nada obstante, o acórdão esclareceu que o valor referente aos danos punitivos deveria ser entregue à Frente de Defesa para a Amazônia, mas, diferentemente do que previra a sentença, determinou que os autores da ação poderiam constituir, para administrar os 10% adicionais a eles destinados, um fideicomisso independente daquele que deveria administrar o valor da reparação por danos ambientais materiais.

II.3. Procedimentos fora do Equador

13. Nos EUA, em fevereiro de 2011, a Chevron Corporation ajuizou pedido de medida cautelar em face de Steven Donziger – um dos principais advogados norte-americanos dos autores do caso Lago Agrio – e outros²¹. A cautelar foi concedida em 7 de março de 2011 para impedir qualquer ação de reconhecimento ou execução da sentença equatoriana – ou de qualquer outra decisão que pudesse ser proferida no caso Lago Agrio – fora da República do Equador. O fundamento da decisão foi a grande suspeita de fraude no processo judicial equatoriano, comprovada, entre outras evidências, por um documentário produzido pelos advogados dos autores do caso Lago Agrio, que sugeria a existência de esquemas de corrupção diversos, por e-mails trocados entre os advogados, e por análises periciais constatando que partes substanciais da sentença eram transcrições de documentos confidenciais internos do escritório de advocacia que defendia os autores. Em sede de recurso, a ordem foi cassada, mas apenas por razões processuais, sem que se tenha questionado a existência das fraudes²². Em documento apresentado pela Chevron Corporation, o Sr. Alberto Guerra Bastidas, que já atuou como juiz no Equador, confessa ter colaborado com o magistrado que assinou a sentença do caso Lago Agrio, revisando a minuta de sentença que, em troca de dinheiro, teria sido elaborada pelos próprios advogados dos autores da causa.

14. Além dos processos judiciais no Equador e nos Estados Unidos, há também um procedimento arbitral em curso, com sede na Haia e regido pelas regras da UNCITRAL, iniciado pela Chevron Corporation e pela TexPet em face do Estado equatoriano. O processo tem como fundamento um Tratado Bilateral de Investimento firmado entre os Estados Unidos e o Equador, cujas disposições teriam sido violadas pelo Equador no caso Lago Agrio.

15. Em 25 de janeiro de 2012, o Tribunal Arbitral proferiu sentença provisória, determinando ao Equador que tomasse “*todas as medidas disponíveis para suspender ou fazer suspender a execução ou reconhecimento no Equador ou no exterior de qualquer sentença contra o Primeiro Autor [Chevron Corporation] no Caso Lago Agrio*”. Essa orientação foi confirmada pouco depois, em 16 de fevereiro de 2012, por nova sentença

²¹ *Chevron Corp. v. Donziger*, 768 F.Supp.2d 581 (S.N.Y. 2011).

²² *Chevron Corp. v. Naranjo*, 2011 WL4375022 (2d Cir. Sept. 19, 2011).

provisória, em que se observou que a medida tem a finalidade de “*impedir qualquer certificação pelo Réu [Equador] que fizesse com que tais sentenças [todas as proferidas no processo equatoriano] fossem executáveis contra o Primeiro Autor [Chevron Corporation]*”. Apesar disso, em dezembro de 2012, a mídia divulgou que o Presidente equatoriano, Rafael Correa, estaria realizando esforços para garantir a execução extraterritorial da sentença²³. Em fevereiro de 2013, nova decisão foi proferida pelo Tribunal Arbitral reconhecendo que o Equador violou as determinações anteriores ao permitir que a sentença em tela se tornasse executável ou reconhecível fora do território equatoriano, fazendo expressa menção ao Canadá, ao Brasil e à Argentina²⁴.

16. As graves suspeitas sobre a condução do processo no caso Lago Agrio vêm à tona em um momento no qual a comunidade internacional demonstra grande preocupação com a independência do Judiciário equatoriano. Em pouco mais de dez anos, o país viveu forte instabilidade política²⁵, que acabou atingindo sua Justiça. Em 2004, o Congresso substituiu quase todos os membros da Suprema Corte do Equador, motivando a Comissão Interamericana de Direitos Humanos a submeter à Corte Interamericana um processo em que se acusa o Estado equatoriano de ter violado diversas disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos, dentre as quais o direito a um processo justo, à proteção contra leis *ex post facto* e à proteção judicial²⁶. Novos atritos ocorreram em 2007: em meio aos debates sobre a instalação de uma Assembleia Constituinte, o Legislativo tentou destituir o Presidente do Supremo Tribunal

²³ V. Ecuador's Correa to lobby Argentina on Chevron case, *Buenos Aires Herald* 4 dez. 2012. Disponível em: <<http://www.buenosairesherald.com/article/118517/ecuadors-correa-to-lobby-argentina-on-chevron-case>>. Acesso em: 10 abr. 2013. A Justiça argentina chegou a determinar o bloqueio dos bens da Chevron no país – v. Danielle Nogueira e Janaína Figueiredo, Juíza congela os bens da petrolífera americana Chevron na Argentina, *O Globo* 8 nov. 2012. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/juiza-congela-os-bens-da-petrolifera-americana-chevron-na-argentina-6678442#ixzz2KVVvSdRf>>. Acesso em: 10 abr. 2013.

²⁴ O teor da Quarta Sentença Parcial, datada de 7 fev. 2013, está disponível em: <<http://www.theamazonpost.com/wp-content/uploads/Fourth-Interim-Award-on-Interim-Measures.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2013: “*The Tribunal declares that the Respondent has violated the First and Second Interim Awards under the Treaty, the UNCITRAL Rules and international law in regard to the finalisation and enforcement subject to execution of the Lago Agrio Judgment within and outside Ecuador, including (but not limited to) Canada, Brazil and Argentina*”.

²⁵ Entre 1996 e 2007, o país teve oito Presidentes – tendo três deles sido destituídos (Abdala Bucaram, Jamil Mahuad e Lucio Gutiérrez) – e duas Constituições, sendo que uma terceira (a atual) foi aprovada em 2008. O Presidente do Equador hoje é Rafael Correa, eleito em 2007 e reeleito em 2009.

²⁶ Em sua petição, a Comissão destaca que o caso traz à tona questões de ordem pública interamericana. V. Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Petição de 2 ago. 2011, Caso nº 12.600, *Hugo Quintana Coello et al. (Supreme Court of Justice)* – Ecuador, p. 3. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/demandas/12.600Eng.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2013).

Eleitoral – ao que o órgão respondeu removendo mais da metade dos parlamentares, que se opunham à formação da Assembleia nos moldes propostos pelo Presidente Rafael Correa²⁷.

17. Outro escândalo se verificou em 2011, quando o jornal *El Universo* e seus diretores foram condenados por difamação de autoridade em razão de críticas publicadas a determinada postura do governo²⁸. Com 156 páginas, a extensa sentença foi proferida apenas 25 horas depois da audiência, tendo sido criticada por relatores (*rappoteurs*) das Nações Unidas e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos para a liberdade de expressão, para quem a decisão contrariaria a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos²⁹. No mesmo ano, foi aprovado um conjunto de reformas constitucionais ampliando a interferência dos Poderes eletivos sobre a mídia e o Judiciário³⁰. Dentre as medidas aprovadas, dissolveu-se o Conselho Judicial – órgão responsável por selecionar, promover e demitir juízes –, substituindo-o por outro, transitório, cujos membros foram nomeados pelo Presidente, pelo Congresso e pela *Función de Transparencia y Control Social*³¹. Muitos juízes foram demitidos entre agosto e setembro de 2011 e o Presidente decretou estado de emergência no Judiciário equatoriano³². Em relatório de 2012, a ONG *Human Rights*

²⁷ Freedom House, *Countries at the Crossroads 2007 – Ecuador*, 25 September 2007. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/47386923c.html>>. Acesso em: 17 abr. 2013. Freedom House, *Freedom in the World 2008 – Ecuador*, 2 July 2008. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/487ca20693.html>>. Acesso em: 17 abr. 2013.

²⁸ Human Rights Watch, *World Report 2012 – Ecuador*, 22 January 2012. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/4f2007e15.html>>. Acesso em: 17 abr. 2013.

²⁹ United States Department of State, *2011 Country Reports on Human Rights Practices – Ecuador*, 24 May, 2012. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/4fc75aa4c.html>>. Acesso em: 17 abr. 2013. OEA, Inter-American Commission on Human Rights, Special Rapporteurship for Freedom of Expression, *UN and IACHR special rapporteurs for freedom of expression state deep concern over decision to affirm judgment against journalists in Ecuador (Press release)*. Disponível em: <<http://www.oas.org/en/iachr/expression/showarticle.asp?artID=884&IID=1>>. Acesso em: 15 abr. 2013. Após a concessão e suspensão de medidas cautelares no caso, Rafael Correa perdoou, em carta aberta, os condenados pela sentença. O texto da carta está disponível em: <<http://www.eluniverso.com/data/recursos/documentos/cartarafaelcorrea27f.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2013.

³⁰ O referendo era composto de 5 perguntas. As duas primeiras se relacionavam à modificação dos prazos máximos para prisão preventiva e dos critérios para medidas substitutivas à privação da liberdade. As perguntas 4 e 5 se relacionavam ao Judiciário. V. Las diez preguntas del Referendo y Consulta, *Hoy.com.ec* 17 jan. 2011. Disponível em: <<http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/las-diez-preguntas-del-referendo-y-consulta-453579.html>>. Acesso em 15 abr. 2013.

³¹ Trata-se de uma das cinco funções do Estado equatoriano, ao lado das Funções Executiva, Legislativa, Judiciária e Eleitoral (Constituição do Equador, art. 225.1).

³² Human Rights Watch, *World Report 2012 – Ecuador*, 22 January 2012. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/4f2007e15.html>>. Acesso em: 17 abr. 2013.

Watch demonstrou temor quanto aos efeitos das reformas sobre a independência dos juízes equatorianos³³.

III. REQUISITOS PARA A HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇAS ESTRANGEIRAS

18. O reconhecimento e a execução de sentenças estrangeiras são disciplinados, no Brasil, pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-Lei nº 4.657/42) e pela Resolução nº 09, de 4 de maio de 2005, do Superior Tribunal de Justiça³⁴. Em síntese, são cinco os requisitos *formais* exigidos para que uma sentença estrangeira produza efeitos no Brasil, a saber: **(i)** prolação por órgão competente; **(ii)** prévia citação das partes ou ocorrência lícita de revelia; **(iii)** trânsito em julgado e cumprimento das formalidades necessárias para sua execução no lugar em que tiver sido proferida; **(iv)** autenticação por cônsul brasileiro, sendo acompanhada por tradução feita por intérprete oficial ou juramentado; e **(v)** homologação pelo Superior Tribunal de Justiça³⁵.

19. Além disso, existe também uma exigência *material* a ser observada: somente podem produzir efeitos no Brasil sentenças que não ofendam a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes³⁶. As referências são redundantes: a soberania e os bons

³³ Human Rights Watch, *World Report 2012 – Ecuador*, 22 January 2012. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/4f2007e15.html>>. Acesso em: 17 abr. 2013.

³⁴ O Código de Processo Civil, por sua vez, limita-se a dispor: “Art. 483. A sentença proferida por tribunal estrangeiro não terá eficácia no Brasil senão depois de homologada pelo Supremo Tribunal Federal. Parágrafo único. A homologação obedecerá ao que dispuser o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Art. 484. A execução far-se-á por carta de sentença extraída dos autos da homologação e obedecerá às regras estabelecidas para a execução da sentença nacional da mesma natureza”. Essas disposições são anteriores à EC nº 45/2004, que transferiu a competência para homologar sentenças estrangeiras para o STJ, incluindo a alínea *i* no art. 105, I, da Carta Federal.

³⁵ LINDB, art. 15: “Será executada no Brasil a sentença proferida no estrangeiro, que reúna os seguintes requisitos: a) haver sido proferida por juiz competente; b) terem sido os partes citadas ou haver-se legalmente verificado a revelia; c) ter passado em julgado e estar revestida das formalidades necessárias para a execução no lugar em que foi proferida; d) estar traduzida por intérprete autorizado; e) ter sido homologada pelo Supremo Tribunal Federal”. Quando assumir a competência de conceder *exequatur* a sentenças estrangeiras, o STJ editou a Resolução/STJ nº 9/2005, cujo art. 5º dispõe: “Constituem requisitos indispensáveis à homologação de sentença estrangeira: I - haver sido proferida por autoridade competente; II - terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado a revelia; III - ter transitado em julgado; e IV - estar autenticada pelo cônsul brasileiro e acompanhada de tradução por tradutor oficial ou juramentado no Brasil”.

³⁶ LINDB, art. 17: “As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes”. No mesmo sentido, o art. 6º da Resolução nº 09/2005 do STJ dispõe que “não será homologada sentença estrangeira ou concedido *exequatur* a carta rogatória que ofendam a soberania ou a ordem pública”.

costumes integram a noção de ordem pública que, por sua vez, consiste em um dos elementos mais importantes do direito internacional privado. Como já se poderia antever, não é tarefa singela definir o que se entende por ordem pública. Trata-se de um *conceito jurídico indeterminado*, assim chamado porque não estabelece de antemão os elementos que determinam sua aplicação em um caso concreto – sua incidência depende de uma boa dose de participação do intérprete, que deve levar em conta as peculiaridades da hipótese examinada e os parâmetros desenvolvidos, ao longo dos anos, pela doutrina e pela jurisprudência³⁷.

20. Sem prejuízo disso, em uma aproximação inicial, é possível afirmar que a ordem pública corresponde ao conjunto de valores ou opções políticas fundamentais de cada sociedade política, geralmente positivados na Constituição e na legislação vigente³⁸. Largamente utilizada, a expressão acabou assumindo contornos e funções diversas, justificando a distinção entre ordem pública de primeiro, de segundo e de terceiro graus. Fala-se em ordem pública de *primeiro grau* para designar normas que, operando em âmbito fundamentalmente interno, consideram-se imperativas, não podendo ser afastadas pela vontade das partes (*e.g.*, contrato mínimo de trabalho). Já a ordem pública de *segundo grau* atua no plano do direito internacional privado, impedindo a aplicação de leis, atos e decisões estrangeiros contrários aos valores locais. Por fim, o *terceiro grau* de ordem pública descreve um conjunto de princípios que, aplicáveis sobretudo às relações internacionais, traduzem os interesses da comunidade mundial e se situam acima dos sistemas jurídicos internos de cada país – é o que se chama em doutrina de *ordem pública verdadeiramente internacional*³⁹.

³⁷ Sobre o tema, v. Luís Roberto Barroso, *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 2010, p. 312 e ss.; Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, 1989, p. 254 e ss., e p. 561 e ss.; Eros Roberto Grau, *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, 2003, p. 226.

³⁸ V. Jacob Dolinger, Ordem pública mundial; ordem pública verdadeiramente internacional no direito internacional privado, *Revista de Informação Legislativa* 90: 211. Também sobre o princípio da ordem pública no direito internacional privado, v. Jacob Dolinger, *Direito internacional privado – Parte geral*, 2012, p. 385 e ss..

³⁹ Sobre o ponto, v. Jacob Dolinger, Ordem pública mundial; ordem pública verdadeiramente internacional no direito internacional privado, *Revista de Informação Legislativa* 90:211, 1986: “Assim, identificar-se-ia por primeiro grau de ordem pública aquele de âmbito interno, que estabelece, v.g. a invalidade de cláusulas contratuais que firam princípios basilares do ordenamento jurídico; o segundo grau designaria a ordem pública de direito internacional privado, que é aquela que impede a aceitação de leis, atos e decisões estrangeiros contrários à ordem pública interna e, conseqüentemente, produz efeitos no plano internacional. O terceiro grau de ordem pública é o que estabelece os princípios universais, nos vários setores do direito internacional, bem como nas relações internacionais, servindo aos mais altos interesses da comunidade mundial, às aspirações comuns da Humanidade. Trata-se de uma ordem de valores situada acima dos sistemas jurídicos internos, que, eventualmente, poderá estar até mesmo em colisão com interesses circunstanciais das nações individualmente consideradas.”

21. Interessa ao presente estudo apenas a ordem pública de segundo grau. Em uma economia cada vez mais globalizada, em que atores de diferentes nacionalidades e domicílios interagem em frequência crescente, a justa solução das controvérsias e a exigência de segurança jurídica demandam algum grau de interação entre ordenamentos e jurisdições. Vale dizer: em alguma medida, leis estrangeiras serão chamadas a reger certas lides e sentenças proferidas por outros países produzirão efeitos no Brasil. Nada obstante, para evitar contradições graves e impasses, sempre se considerou indispensável a criação de mecanismos capazes de impedir que normas ou decisões estrangeiras, *ofensivas* ao foro, produzissem efeitos em território nacional. Aqui se insere a ordem pública de segundo grau, que não afasta a eficácia de comandos estrangeiros *diferentes* do direito brasileiro, mas apenas as determinações consideradas *chocantes* ao ordenamento nacional.

22. A ordem pública de segundo grau é empregada em dois cenários diversos, ainda que relacionados: quando se tratar da aplicação direta da lei estrangeira ou quando se cuide de aplicar indiretamente a ordem jurídica estrangeira, como ocorre na hipótese de homologação de decisões proferidas por outra jurisdição. O campo de atuação da ordem pública será mais restrito na segunda hipótese, prevalecendo, via de regra, o respeito a situações já validamente constituídas no exterior. Apenas se deixará de reconhecer uma decisão estrangeira em circunstâncias excepcionais, quando normas fundamentais do foro em que se pretende executá-la venham a ser gravemente violadas⁴⁰.

23. Resta saber, então, que normas compõem a noção de ordem pública no Brasil. Naturalmente, não é possível estabelecer uma lista fechada dos elementos da ordem pública nacional. Há relativo consenso, porém, de que ela inclui, *e.g.*, os *princípios constitucionais fundamentais* (CF/88, arts. 1º a 4º), os *direitos fundamentais* em geral⁴¹, as normas protegidas por *cláusulas pétreas* (CF/88, art. 60, § 4º) e, por fim, os princípios ditos *sensíveis* (CF/88, art. 34, VII) que, por sua relevância, dão ensejo à intervenção federal. Trata-se dos aspectos mais elementares do sistema jurídico brasileiro, que lhe conferem identidade; ao ignorá-los ou furtar-se a protegê-los, o Estado de Direito desejado pela Constituição se

⁴⁰ Jacob Dolinger, *A evolução da ordem pública no direito internacional privado*, 1979, p. 40 e 41. V. também Carmen Tiburcio, *A ordem pública na homologação de sentenças estrangeiras*. In: Luiz Fux; Nelson Nery Jr.; Teresa Celina Arruda Alvim Wambier (Org.), *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*, 2006, p. 209 e ss..

⁴¹ Sobre ordem pública e constituição, v. Luis Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2009, p. 48 e ss..

descharacteriza, deixando de atender às mais fundamentais aspirações de justiça. Por isso é que o Estado brasileiro não pode emprestar sua força para executar uma decisão estrangeira que os contrarie.

24. Quando aplicada à homologação de sentenças estrangeiras, a ordem pública de segundo grau opera tanto em questões de direito material (*ordem pública material*) – *i.e.*, examinando o conteúdo, o mérito, da decisão – quanto em matéria de direito processual (*ordem pública processual*) – *i.e.*, verificando se o processo estrangeiro atendeu a requisitos mínimos de justiça procedimental ou, dito de outra forma, de *devido processo legal*⁴². Um exemplo de aplicação da ordem pública material ocorreu quando da recusa de homologação, pelo STF, de sentença estrangeira de divórcio proferida em repúdio da mulher pelo homem, que se considerou afrontosa ao princípio da igualdade entre os sexos⁴³.

25. Por sua vez, a ordem pública processual foi explicitamente acolhida pela legislação brasileira que, como visto, veda o reconhecimento de sentenças proferidas, *e.g.*, por juiz incompetente ou sem a devida citação dos réus. Mas ela não se esgota nessas exigências: o devido processo legal se desdobra em diversas outras garantias, como o contraditório e a ampla defesa, e a independência e imparcialidade dos juízes⁴⁴. A falta de referência explícita a essas exigências na LINDB não diminui sua importância ou, muito menos, impede sua aplicação quando da homologação de sentenças estrangeiras⁴⁵. Não se pode – é claro – confundir respeito

⁴² É assim também, *e.g.*, na França, onde a Corte de Cassação observou, no *arrêt Corenlissen* (Arrêt n° 222 du 20 février 2007 (05-14.082), Première chambre civile): “pour accorder l'exequatur (...) le juge français doit s'assurer que trois conditions sont remplies, à savoir la compétence indirecte du juge étranger, fondée sur le rattachement du litige au juge saisi, **la conformité à l'ordre public international de fond et de procédure** et l'absence de fraude à la loi (...)” (negrito acrescentado).

⁴³ STF, DJ 26 mai. 1977, SE 2.373, Rel. Min. Thompson Flores.

⁴⁴ Embora não tenha um sentido unívoco predefinido, a garantia do devido processo legal abriga um conjunto de conteúdos e significados, acolhidos progressivamente pela doutrina e pela jurisprudência. Ela foi prevista especificamente pela Constituição brasileira de 1988 no seu elenco de direitos e garantias individuais, ao dispor que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, LIV). De parte isto, antecipou o constituinte alguns dos desdobramentos da cláusula, tais como a inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV), o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV), e a obrigatoriedade da motivação das decisões judiciais (art. 93, IX). Tais princípios, embora contemplados de forma autônoma no texto constitucional, constituem subprincípios do direito ao próprio devido processo legal e lhe forjam o conteúdo. Sobre o tema, enumerando e desenvolvendo os diversos elementos que compõem a garantia do *due process of law* em sentido processual, *v.*, dentre outros, Nelson Nery Junior, *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, 2002, p. 40 e ss.; Humberto Theodoro Júnior, *Processo justo e contraditório dinâmico*, *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil* 33: 8, 2009.

⁴⁵ Nessa linha, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal já negaram a homologação de decisões estrangeiras por não terem sido respeitados os direitos inerentes ao devido processo legal, mesmo quando não indicados explicitamente no art. 15 da LINDB – *v.* STJ, DJ 6 nov. 2006, SEC 880/IT,

à ordem pública com a identidade absoluta entre os procedimentos adotados no Brasil e no exterior. Contudo, tampouco se poderia admitir que o Estado brasileiro executasse um julgado resultante da violação dos requisitos mais básicos de justiça processual⁴⁶.

26. Eram esses, em suma, os registros introdutórios que se pretendia fazer. Apresentados os fatos e os elementos jurídicos relevantes, pode-se passar à apreciação específica da hipótese da consulta.

Rel. Min. Fernando Gonçalves: “Não há motivação suficiente (princípio de ordem pública) na decisão estrangeira de fixação de alimentos sem a utilização de parâmetro apto a dar suporte ao quantum estabelecido, tendo por base apenas ‘noção arbitrária de equidade’, com maltrato à regra do ônus da prova que obriga a mulher a demonstrar a capacidade de ganho real do alimentante”; STF, *DJ* 26 mai. 1995, SEC 3.897/IN, Rel. Min. Néri da Silveira: “Pressuposto para a homologação de sentença estrangeira que concede ‘exequatur’ a decisão arbitral é que exista no país de origem procedimento jurisdicional assegurando às partes o contraditório. Precedentes do STF”; STF, *DJ* 26 ago. 1988, SE 3.977/República Francesa, Rel. Min. Francisco Rezek: “Decisão que se limita a revelar a sanção aplicada à ré, sem dizer das razões que orientaram o árbitro, não se qualifica como hábil à homologação”; STF, *DJ* 2 jan. 1974, SE 2.161, Rel. Min. Bilac Pinto: “Sentença estrangeira. Decisão administrativa. Limitação da jurisdição. Não é homologável a decisão administrativa híbrida e alheia ao contencioso, nem tampouco a sentença judiciária que a endossa ou incorpora, em frontal ofensa às limitações da jurisdição cível e ao princípio do contraditório”. É assim também na União Europeia, onde a regularidade do processo estrangeiro está compreendida na noção de ordem pública, muito embora o direito positivo comunitário não preveja de forma específica a chamada *ordem pública processual*, dispondo apenas que não haverá o conhecimento da decisão estrangeira se não houver citação ou for ela deficiente (Regulamento (CE) nº 44/200, art. 34, §2º). De fato, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) consolidou o entendimento de que a cláusula geral de ordem pública abarca outras violações a direitos fundamentais de natureza processual, além dos relacionados com a citação, como, *e.g.*, o direito de defesa e o contraditório (V. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, Krombach, Caso C-7/98, j. 28.03. 2000, Colectânea da Jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância, 2000, p. I-1935, também publicado no *Journal du Droit International*, p. 690, 2001, notas de Huet; *Revue Critique de Droit International Privé*, 2000, p. 481, notas de Muir-Watt; *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 2000, p. 944, notas de Raynard).

⁴⁶ Nos EUA, a doutrina distingue entre elementos fundamentais do devido processo legal, cujo respeito é exigido para o reconhecimento de decisões estrangeiras – tais como a imparcialidade do tribunal estrangeiro, assistência de advogado, oportunidade de apresentação de defesa e citação – e as hipóteses que apenas diferem da legislação do foro, mas seguem a lei do local em que a decisão foi proferida e, portanto, não impedem a homologação. Encaixam-se nesta última categoria a tomada de depoimento da testemunha pelo juiz ou pela parte, *discovery* ou apreciação por júri civil. V. Geoffrey C. Hazard, Jr. and Michael Traynor, Foreign judgments: Is “system fairness” sufficient or is “specific fairness” also required for recognition and enforcement?, *Berkeley Journal of International Law Publicist*, vol 11, spring 2012. Disponível em: <<http://bjil.typepad.com/publicist/2012/04/foreign-judgments-is-system-fairness-sufficient-or-is-specific-fairness-also-required-for-recognition-and.html>>. Acesso em: 17 abr. 2013.

SEGUNDA PARTE
Aplicação da teoria à hipótese

IV. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA EQUATORIANA

27. Como visto, um dos requisitos formais para o reconhecimento de sentenças estrangeiras no Brasil é seu trânsito em julgado. Prevista na LINDB e na Resolução/STJ nº 9/2005, e na Súmula nº 420 do Supremo Tribunal Federal⁴⁷, essa exigência consta também da maioria das convenções internacionais pertinentes ao tema, além de estar presente na legislação de diversos outros países⁴⁸. Trata-se de uma determinação bastante razoável, que presta homenagem à segurança jurídica ao evitar que o Judiciário brasileiro efetive uma sentença meramente provisória, passível de reforma ou até cassação no lugar em que proferida.

28. Ao exigir o trânsito em julgado da sentença, o que se procura garantir é a *definitividade* do pronunciamento a ser homologado⁴⁹, que pode – é claro – ser constatada por outros meios que não uma certidão de trânsito em julgado nos moldes do que se pratica no Brasil⁵⁰. Cabe ao direito estrangeiro definir *como e quando* uma sentença se torna definitiva na sua própria ordem jurídica⁵¹, além dos meios de prova aptos a atestar a ocorrência desse

⁴⁷ Súmula/STF nº 420: “Não se homologa sentença proferida no estrangeiro sem prova do trânsito em julgado”.

⁴⁸ V. Convenção Interamericana sobre Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros (Montevideu, 1979; Dec. Leg. nº 93/95; Dec. nº 2.411/97), art. 2º, g; Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa – “Protocolo de Las Leñas” (Las Leñas, 1992; Dec. Leg. nº 55/95; Dec. nº 2.067/96), art. 20, e. Na legislação estrangeira, v., e.g., na Itália, a Lei nº 218, de 31 de maio de 1995 (*Riforma del Sistema Italiano di Diritto Internazionale Privato*), art. 64; na Venezuela, a *Ley de Derecho Internacional Privado* de 1998, art. 53.

⁴⁹ STJ, DJ 19 dez. 2011, SEC 3.281/EX, Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura: “A exigência do trânsito em julgado prevista no art. 5º, III, da Resolução n.º 9/2009, não impõe à parte a sua comprovação por meio de termo equivalente ao previsto na processualística pátria, mas que demonstre, por qualquer meio, ter havido a definitividade da decisão homologanda, que em outras palavras significa, que comprove a consagração indubitosa da coisa julgada”.

⁵⁰ Uma alternativa é a anuência das partes à sentença – v. STJ, DJ 3 mar. 2008, SEC 1.304/US, Rel. Min. Gilson Dipp: “A anuência dos ora requeridos em relação ao decidido pela sentença homologanda, além da não interposição de recurso, confere natureza jurídica equivalente à do trânsito em julgado, para os fins perseguidos no presente feito. Precedentes do Supremo Tribunal Federal”. Outra possibilidade é a aposição de carimbo atestando o arquivamento dos autos, também considerada apta a comprovar a definitividade do julgado – v., por todos, STJ, DJ 3 set. 2007, SEC 1.397/US, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins.

⁵¹ STJ, DJ 10 jun. 2011, SEC 1.185/EX, Relª. Minª. Laurita Vaz: “(...) as regras que determinam o trânsito em julgado das decisões proferidas em território alienígena é matéria que diz respeito ao direito estrangeiro”.

fenômeno⁵². No entanto, é igualmente certo que a homologação de uma sentença no Brasil pressupõe que a decisão seja revestida do atributo essencial que caracteriza a coisa julgada no Direito brasileiro. Por isso, dizer que uma sentença estrangeira só pode ser homologada no Brasil quando seja *definitiva* significa simplesmente que ela será reconhecida aqui se não puder ser modificada, em seu Estado de origem, por meios processuais normais ou comuns, como são os recursos no Brasil⁵³. O importante aqui não é a nomenclatura ou as eventuais peculiaridades do Direito do Estado de origem, e sim a verificação desse traço característico básico.

29. Pois bem: a Chevron Corporation informa que, em novembro de 2012, a Corte Nacional de Justiça equatoriana admitiu recurso de cassação interposto pela ChevronTexaco Corporation para impugnar a sentença em tela⁵⁴. Como o recurso ainda não foi apreciado no mérito, é possível a modificação ou mesmo a reversão da decisão homologanda nos termos da Lei de Cassação equatoriana. Não foi cumprido, portanto, o requisito de trânsito em julgado previsto no art. 15, *c*, da LINDB e no art. 5º, III, da Resolução/STJ nº 9/2005, sendo inviável a homologação pretendida.

30. Além disso, como já mencionado, está em curso na Haia um procedimento arbitral entre o Equador e a Chevron Corporation que discute exatamente o caso

⁵² STJ, *DJ* 13 ago. 2007, SEC 911/GB, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins: “A prova do trânsito em julgado é matéria processual, que varia em cada país, não se podendo exigir a mesma forma do direito brasileiro”.

⁵³ Embora não desenvolva o tema de forma analítica, essa parece ser a orientação de José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao CPC*, v. V, 2005, p. 90, ao apontar que, em alguns ordenamentos jurídicos – citando Itália e Portugal –, as noções de irrecorribilidade e trânsito em julgado não são sinônimas. Na Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Estrangeiras em Matéria Civil e Comercial, elaborada pela Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, o que se exige para a homologação do julgado estrangeiro é que este não mais esteja sujeito a meios ordinários de revisão no Estado de origem (art. 4º (2)) – a convenção não foi assinada pelo Brasil, mas serve como uma boa referência. Apontando a pendência de recurso no processo estrangeiro, o STJ indeferiu pedido de medida cautelar de arresto formulado por empresa que pretendia garantir a execução de sentença proferida no exterior, mas ainda não transitada em julgado. Na ocasião, destacou o Min. Ari Pargendler: “Dentre os requisitos indispensáveis à homologação de sentença estrangeira previstos na Resolução STJ nº 9, de 4 de maio de 2005, o único que ainda não se encontra presente é o relativo ao trânsito em julgado, vez que há recurso pendente de julgamento na instância superior do Poder Judiciário da Inglaterra” (STJ, *DJ* 20 mai. 2010, MC 16.823/SP, Rel. Min. Ari Pargendler; decisão monocrática). Essa decisão transitou em julgado.

⁵⁴ Segundo a *Codificación de la Ley de Casación (Codificación 2004-01)*, o recurso de cassação equatoriano é semelhante ao recurso extraordinário do direito processual civil brasileiro. Ele é cabível para impugnar decisões finais de cortes superiores, dos *tribunales distritales de lo fiscal y de lo contencioso administrativo* (art. 2º), quando se alegue, *e.g.*, “*Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva*” (art. 3º, I). Seu prazo de interposição é de cinco dias (art. 5º) e, tal como os recursos brasileiros citados, não tem, em geral, efeito suspensivo (art. 10).

Lago Agrio. A arbitragem trata do mesmo assunto da sentença homologanda, já tendo o Tribunal Arbitral proferido duas sentenças parciais determinando ao Equador que adote todas as providências disponíveis para suspender ou fazer suspender a execução da decisão objeto da presente homologação. Tudo isso lança dúvidas substanciais acerca da definitividade da sentença equatoriana que, ademais, estaria proibida de ser executada dentro do próprio Equador, por força das referidas sentenças. Sua instabilidade, aliás, restou confirmada também pelo próprio Judiciário do Equador que, já na fase de cumprimento da sentença, chegou a alterar o valor da indenização devida pela Chevron.

31. Em suma: a sentença em tela ainda não transitou em julgado, na medida em que ainda pende, contra ela, recurso de cassação a ser apreciado pela Corte Nacional de Justiça do Equador. Além disso, há arbitragem em andamento na Haia também relacionada ao caso Lago Agrio e seu julgamento, em que se determinou ao Equador que impedisse o reconhecimento ou a execução da decisão referida (dentro ou fora do Equador), sendo que a própria Justiça equatoriana chegou a alterar o valor da condenação na fase de cumprimento do julgado. Não se trata, portanto, de uma sentença estável ou definitiva, tendo sido descumprido o requisito formal previsto no art. 15, *c*, da LINDB e no art. 5º, III, da Resolução/STJ nº 9/2005.

V. VIOLAÇÃO DA ORDEM PÚBLICA MATERIAL

V.1. Segurança jurídica

32. O conhecimento convencional, de longa data, situa a segurança – e, no seu âmbito, a *segurança jurídica* – como um dos fundamentos do Estado e do direito, ao lado da justiça e, mais recentemente, do bem-estar social⁵⁵. As teorias democráticas acerca da origem e justificação do Estado, de base contratualista, assentam-se sobre uma cláusula comutativa: recebe-se em segurança aquilo que se concede em liberdade. Consagrada no art. 2º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, como um *direito natural e*

⁵⁵ Humberto Ávila, *Sistema constitucional tributário*, 2008, p. 308, destaca que o princípio da segurança jurídica, além de derivar diretamente do Estado de Direito, é inferido de normas constitucionais mais específicas, como a proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, bem com as regras da legalidade, irretroatividade e anterioridade.

*imprescritível*⁵⁶, a segurança encontra-se positivada como um direito individual na Constituição de 1988, ao lado dos direitos à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade, na dicção expressa do *caput* do art. 5º⁵⁷.

33. Nessa linha, constitui conteúdo elementar do direito à segurança jurídica o dever do Estado de garantir a previsibilidade e a estabilidade das relações jurídicas⁵⁸. Diversas regras existentes no ordenamento se relacionam com esse fim, como as que tratam, *e.g.*, da prescrição. Na hipótese da consulta, têm particular relevância dois desses conjuntos de disposições.

34. Em *primeiro* lugar, simplesmente não se pode ignorar a proteção constitucional conferida ao ato jurídico perfeito, à coisa julgada e ao direito adquirido (art. 5º, XXXVI⁵⁹). Nos termos do art. 60, § 4º, IV, da Carta, nem mesmo emendas à Constituição podem autorizar sua superação por lei nova⁶⁰. Além disso, é pacífico o entendimento de que a tutela dessas figuras não pode ser fragilizada sequer diante das chamadas “leis de ordem pública”⁶¹ ou, tampouco, afastada por “razões de Estado”⁶².

⁵⁶ Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, 1789, art. 2º: “O fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses Direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.”

⁵⁷ CF/88, art. 5º, *caput*: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)”.

⁵⁸ De fato, a jurisprudência registra que a instabilidade jurídica é incompatível com o princípio constitucional da segurança jurídica. V. STJ, DJ 16 set. 1991, REsp 6.518/RJ, Rel. Min. Gomes de Barros: “Na avaliação da nulidade do ato administrativo é necessário temperar a rigidez do princípio da legalidade, para que ele se coloque em harmonia com os princípios da estabilidade das relações jurídicas, da boa-fé e outros valores essenciais à perpetuação do Estado de Direito”.

⁵⁹ CF/88, art. 5º, XXXVI: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;”.

⁶⁰ CF/88, art. 60, § 4º: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV – os direitos e garantias individuais.

⁶¹ O termo *ordem pública* é usado, aqui, no sentido de ordem pública de primeiro grau.

⁶² STF, RTJ 143:724 e ss., ADI 493/DF, Rel. Min. Moreira Alves: “O disposto no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva. Aliás, no Brasil, sendo o princípio do respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, de natureza constitucional, sem qualquer exceção a qualquer espécie de legislação ordinária, não tem sentido a afirmação de muitos – apegados ao direito de países em que o preceito é de origem meramente legal – de que as leis de ordem pública se aplicam de imediato alcançando os efeitos futuros do ato jurídico perfeito ou da coisa julgada, e isso porque, se se alteram os efeitos, é óbvio que se está introduzindo modificação na causa, o que é vedado constitucionalmente”. STF, DJ 6 jun 1997, RE 205.193/RS, Rel. Min. Celso de Mello: “Leis de ordem pública – razões de Estado – motivos que não justificam o desrespeito estatal à Constituição – prevalência da norma inscrita no art. 5º, XXXVI, da Constituição. – A possibilidade de intervenção do Estado no domínio econômico não exonera o Poder Público do dever

35. A sentença em tela, contudo, condenou a Chevron Corporation com base na aplicação de uma lei de 1999 (Lei de Gestão Ambiental) a eventos anteriores a sua edição, ocorridos entre 1964 e 1992. Como o direito à indenização resulta do dano, é a verificação deste que gera a obrigação correspondente – e, conseqüentemente, define o diploma aplicável ao caso⁶³. O devedor tem o direito de pagar apenas o que lhe cabe e nada mais. Qualquer acréscimo imposto por nova lei constitui retroatividade vedada pela proteção ao direito adquirido. Na hipótese, ademais, não se cuidou de um mero reajuste ou mesmo de uma pequena majoração da indenização supostamente devida pela Chevron Corporation, mas de uma condenação bastante elevada, em favor de outras partes⁶⁴, à qual se somaram outras verbas, também de alto valor – como o percentual (10%) a ser pago à entidade indicada pelos autores da demanda.

36. Outros problemas se colocam em razão da condenação em danos punitivos⁶⁵. Diversos países impõem um severo controle sobre a homologação de sentenças estrangeiras que envolvam *punitive damages*. Na Alemanha, por exemplo, que segue a tradição da *civil law* como o Brasil, não se reconhecem condenações nessa linha, consideradas ofensivas aos princípios básicos do direito alemão⁶⁶. Já a França, que também é um país de *civil law*, aprecia o mérito da sentença para evitar o reconhecimento de uma decisão irrazoável, que

jurídico de respeitar os postulados que emergem do ordenamento constitucional brasileiro. Razões de Estado – que muitas vezes configuram fundamentos políticos destinados a justificar, pragmaticamente, ex parte principis, a inaceitável adoção de medidas de caráter normativo – não podem ser invocadas para viabilizar o descumprimento da própria Constituição. As normas de ordem pública – que também se sujeitam à cláusula inscrita no art. 5º, XXXVI, da Carta Política (RTJ 143/724) – não podem frustrar a plena eficácia da ordem constitucional, comprometendo-a em sua integridade e desrespeitando-a em sua autoridade”. Nesse mesmo sentido, dentre outros: STF, DJ 6 dez. 2002, RE 263.161/BA, Rel.^a Min.^a Ellen Gracie; STF, DJ 13 set. 2002, RE 248.694/SP, Rel. Min. Moreira Alves; STF, DJ 6 jun. 1997, RE 205.193/RS, Rel. Min. Celso de Mello; STF, RTJ 89:634, RE 88.790/RS, Rel. Min. Moreira Alves; STF, RTJ 90:296, RE 89.430/BA, Rel. Min. Rodrigues Alckmin; STF, RTJ 107:394, RE 99.601/SP, Rel. Min. Rafael Mayer; STF, RTJ 112:759, AI 99.655 AgR/SP, Rel. Min. Moreira Alves; e STF, RTJ 164:1144, RE 205.622/RS, Rel. Min. Ilmar Galvão.

⁶³ V. STF, DJ 27 dez. 1956, RE 10.955/DF, Rel. Min. Orozimbo Nonato: “Em tema de responsabilidade, assim contratual como aquiliana, a lei aplicável é a do tempo em que se deu o fato que a origina”.

⁶⁴ Como os autores foram a juízo para defender o que supunham ser um direito coletivo, qualquer pagamento eventualmente devido caberia à coletividade substituída. Apesar disso, a legislação em tela contemplou os próprios demandantes (substitutos processuais) com um adicional calculado sobre a condenação, inovando objetiva e subjetivamente na disciplina da matéria.

⁶⁵ Um registro terminológico: a expressão é uma tradução literal do inglês *punitive damages*. Nos EUA, contudo, a palavra *damages* costuma ser usada como referência à indenização. Por isso, quando se fala, aqui, em *danos punitivos*, pretende-se fazer menção à indenização que tenha objetivos punitivos.

⁶⁶ A partir de 1994, o Tribunal Constitucional Federal alemão decidiu que a indenização por danos punitivos feria a ordem pública internacional alemã e não poderia ser reconhecida no país (BVerfG 1994, RIW 1995, 320). Também na Suíça a questão é controversa. V. Martin Bernet e Nicolas C. Ulmer, Recognition and enforcement of foreign civil judgments in Switzerland, *The International Lawyer* 27: 317 e ss., 1993.

imponha uma indenização desproporcional ao dano sofrido⁶⁷. No Brasil, mesmo no plano do direito interno, condenações como essas suscitam bastante controvérsia.

37. Segundo a doutrina, os danos punitivos não existem no direito brasileiro como categoria autônoma de reparação civil⁶⁸, sendo que em duas oportunidades, pelo menos, o legislador rejeitou a ideia de introduzi-la no ordenamento jurídico⁶⁹. A jurisprudência, por sua vez – embora acentue a inadmissibilidade dos danos punitivos em geral⁷⁰ – vem admitindo que

⁶⁷ A Corte de Cassação francesa negou reconhecimento a decisão americana que teria condenado uma parte em indenização desproporcional ao prejuízo sofrido e às obrigações contratualmente assumidas, o que feriria a ordem pública francesa. V. Corte de Cassação, Arrêt n° 1090 du 1 décembre 2010 (09-13.303), Cour de cassation, Première chambre civile.

⁶⁸ Maria Celina Bodin de Moraes, *Punitive damages* em sistemas civilistas: problemas e perspectivas, *Revista Trimestral de Direito Civil* 18: 45-78, 2004. V. também José Roberto de Castro Neves, *Direito das obrigações*, 2009, p. 354-355. Castro Neves aponta três motivos pelos quais danos morais punitivos seriam inconstitucionais e ilegais: "(a) (...) violaria a garantia constitucional da anterioridade legal na fixação de pena (inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal); (b) haveria transgressão específica de dois dispositivos do Código Civil, ao do artigo 944 (pois admitiria uma indenização superior ao dano) e ao do artigo 389 (segundo o qual, descumprida a obrigação, o devedor inadimplente responde pelas perdas e danos que deu causa e não há referência a qualquer pena); e (c) o conceito fundamental de que o Direito Civil não pune, mas repara". Castro Neves complementa seu posicionamento apontando uma incoerência intrínseca à ideia de danos punitivos: "haveria a possibilidade de terceiro, que não o punido, arcasse com a pena, excluindo o seu caráter pedagógico. Caso, por exemplo, o autor do ato moralmente lesivo viesse a falecer momentos depois de ter cometido a ilegalidade, a sua condenação recairia sobre seus sucessores, não havendo qualquer elemento 'pedagógico', e, até mesmo, permitindo que a pena ultrapasse a pessoa do culpado". O escopo da responsabilidade civil é apenas a reparação do dano, como destacam Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes, *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. II, 2006, p. 859: "A responsabilidade civil (...) tem tradicionalmente se mantido imune a qualquer escopo punitivo, preocupando-se tão-somente com a reparação do dano causado a outrem. (...) Daí o direito civil ter, há muito, abandonado a distinção entre a culpa grave, leve e levíssima para fins de responsabilização. (...) O dano provocado pelo agente terá a mesma extensão, tenha ele agido com dolo, com culpa grave ou com culpa levíssima".

⁶⁹ Isso se passou quando da edição do Código de Defesa do Consumidor e do novo Código Civil. No primeiro caso, o dispositivo que cuidava da multa civil foi vetado pelo Presidente da República. V. Mensagem n° 664/1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/anterior_98/vep664-L8078-90.htm#art16>. Acesso em: 21 abr. 2013). No segundo caso, o dispositivo rejeitado tratava da quantificação da indenização por dano moral, que deveria "constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante". V. Deputado Vicente Arruda, Parecer, Projeto de Lei n° 6.960/2002. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=EED11F95C72515386401EB519678D5B1.node1?codteor=196514&fileame=Tramitacao-PL+6960/2002>. Acesso em: 18 abr. 2013. Sobre o tema, v. Maria Celina Bodin de Moraes, *Punitive damages* em sistemas civilistas: problemas e perspectivas, *Revista Trimestral de Direito Civil* 18: 48-9, 2004.

⁷⁰ STJ, *DJ* 16 ago. 2007, REsp 447.431/MG, Rel. Min. Ari Pargendler: "no Brasil a indenização de perdas e danos não tem função punitiva. Mesmo nos Estados Unidos da América do Norte, esse instituto supõe uma carga de dolo (...), inexistente na espécie, na qual o perito esclareceu que os descontos estavam previstos "implicitamente no contrato de cheque especial".

STJ, *DJ* 8 jun. 2006, REsp 521.431/TO, Rel. Min. Denise Arruda: "6. A indenização por dano moral deve ter conteúdo didático, de modo a coibir a reincidência do causador do dano, sem, contudo, proporcionar enriquecimento sem causa à vítima". No mesmo sentido: STJ, *DJ* 16 mar. 2009, REsp 401.358/PB, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias; STJ, *DJ* 9 dez. 2008, REsp 210.101/PR, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias; STJ, *DJ* 6 out. 2008, REsp 913.131/BA, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias; STJ, *DJ* 13 mar.

as indenizações por danos morais tenham um caráter “pedagógico”, servindo como desincentivo à reincidência pelo agente do ilícito⁷¹. Mesmo nesses casos, porém, registra-se que um ilícito não justifica outro: o que é indenização não pode se transformar em fonte de enriquecimento sem causa⁷².

38. O tema não é dos mais singelos. Toda sanção tem o objetivo de desestimular comportamentos indevidos, seja ao compelir alguém ao cumprimento de um dever, seja ao punir o agente de um ilícito⁷³. Ao contrário do que poderia parecer à primeira vista, condenações em danos punitivos não são verdadeiras indenizações (*sanções ressarcitórias*), mas pura e simplesmente punições (*sanções retributivas*), como as multas em geral⁷⁴. Seu objetivo não é restabelecer o estado de coisas anterior a um dano ilícito, mas *punir* os transgressores da lei⁷⁵. Por isso mesmo, a aplicação de *punitive damages* se submete necessariamente aos princípios que regem o exercício legítimo da atividade punitiva pelo Poder Público⁷⁶. Aqui se

2010, REsp 1.025.104/RS, Rel. Min. Nancy Adrigli; STJ, DJ 25 fev. 2008, REsp 965.500/ES, Rel. Min. José Delgado.

⁷¹ V. STJ, DJ 28 mar. 2012, REsp 1.300.187/MS, Rel. Min. Raul Araújo; STJ, DJ 22 abr. 2009, REsp 971.976/RN, Rel. Min. Luiz Fux; STJ, DJ 8 abr. 2002, REsp 337.739/SP, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro; STJ, DJ 25 fev. 2008, REsp 965.500/ES, Rel. Min. José Delgado.

⁷² STJ, DJ 24 ago. 2010, AgRg no Ag 850.273/BA, Rel. Des. Conv. Honildo Amaral de Mello Castro: “3. A aplicação irrestrita das ‘*punitive damages*’ encontra óbice regulador no ordenamento jurídico pátrio que, anteriormente à entrada do Código Civil de 2002, vedava o enriquecimento sem causa como princípio informador do direito e após a novel codificação civilista, passou a prescrevê-la expressamente, mais especificamente, no art. 884 do Código Civil de 2002. 4. Assim, cabe a alteração do *quantum* indenizatório quando este se revelar como valor exorbitante ou ínfimo, consoante iterativa jurisprudência desta Corte Superior de Justiça” (negrito acrescentado).

⁷³ Hugo de Brito Machado, Ilícito tributário, *Revista dos Tribunais* 709:287, 1994: “A sanção é o meio de que se vale a ordem jurídica para desestimular o comportamento ilícito. Pode limitar-se a compelir o responsável pela inobservância da norma ao cumprimento de seu dever, e pode constituir num castigo, numa penalidade, a este cominada”. Como observa Rafael Munhoz de Mello, Sanção administrativa e o princípio da culpabilidade, *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional* 22:25, 2005, p. 26, por meio da sanção, atribui-se uma consequência negativa à prática de um comportamento ilícito, com o objetivo de incentivar a observância das condutas prescritas.

⁷⁴ Sobre a classificação mencionada, v. Rafael Munhoz de Mello, Sanção administrativa e o princípio da culpabilidade, *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional* 22:25, 2005. Além das sanções pecuniárias, existem outras, como as privativas de liberdade e as restritivas de direitos, sem mencionar as tradicionais sanções de nulidade e anulabilidade. Nada obstante, como se cuida aqui do direito de propriedade, apenas as sanções pecuniárias interessam a este tópico.

⁷⁵ É longa a discussão sobre a finalidade da pena. De modo geral, as opiniões variam entre a retribuição e a prevenção. Sobre o tema, v. Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de direito penal: A nova parte geral*, 1985, p. 287-9.

⁷⁶ V. Tribunal Constitucional espanhol, *Sala Primera, Sentencia* 18/1981, j. 8.jun.1981: “1. Los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado”. Na doutrina, v. Marçal Justen Filho, *Curso de direito administrativo*, 2012, p. 987: “A sanção administrativa apresenta clara natureza punitiva. Não se trata de instrumento de promover o ressarcimento de prejuízos ou danos. Tem cunho retributivo, sendo orientado a infligir um mal àquele que exteriorizou conduta reprovável. Mas

insere o *segundo* conjunto de disposições a ser examinado, composto pelos arts. 5º, *caput* e incisos II, XXXIX e XL, da Constituição⁷⁷. Interpretados sistematicamente, eles recusam validade a punições impostas sem prévia cominação legal⁷⁸ ou em aplicação retroativa de normas mais gravosas, inclusive quando resultantes de nova interpretação adotada pela autoridade competente⁷⁹.

39. Na hipótese, a condenação em danos punitivos não tinha fundamento nem na lei (nem em pedido formulado pelos autores da demanda)⁸⁰. Sua aplicação não se fez segundo parâmetros previamente definidos, mas como preço de um pedido de desculpas, pela dobra de uma indenização por danos materiais, sem que se tenha oferecido qualquer justificativa para tanto – em uma confusa combinação de elementos ressarcitórios e retributivos⁸¹. Ainda que se pudesse imaginar que a Lei de Gestão Ambiental equatoriana tivesse autorizado semelhante

é evidente o cunho preventivo, funcionando a ameaça de punição como instrumento de desincentivo à prática de atos reprováveis.”; Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, *Processo administrativo*, 2001, p. 154: “Na seara dos processos administrativos pertinentes à aplicação de sanções não deve o agente decisório deixar de levar em consideração a rica trama principiológica do direito penal. (...) Alerta-se: não estamos a referir tão apenas as relações entre a Administração e seus servidores. O que sustentamos é que as preconizações que seguirão têm incidência em toda e qualquer atividade administrativa sancionatória (...)”.

⁷⁷ CF/88, art. 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à **segurança** e à propriedade, nos termos seguintes: (...) II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; (...) XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, **nem pena sem prévia cominação legal**; XL – a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

⁷⁸ A exigência não se restringe ao âmbito penal, mas se aplica a todas as sanções pecuniárias retributivas. V. STF, DJ 16 out. 1998, ADI 1.823 MC/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão: “Normas por meio das quais a autarquia, sem lei que o autorizasse (...) estabeleceu sanções para a hipótese de inobservância de requisitos impostos aos contribuintes, com ofensa ao princípio da legalidade estrita que disciplina, não apenas o direito de exigir tributo, mas também o direito de punir”; STJ, DJ 20 nov. 2009, RMS 28.778/RJ, Rel.^a Min.^a Denise Arruda: “a aplicação de sanções administrativas, decorrente do exercício do poder de polícia, somente se torna legítima quando o ato praticado pelo administrado estiver previamente definido pela lei como infração administrativa”. Naturalmente, multas civis podem ser estipuladas também, e.g., em contratos. Nesses casos, o consentimento dos interessados não se dá de forma ficta, geral e *erga omnes* – como na aprovação de uma lei pelo processo democrático –, mas em caráter particular e específico.

⁷⁹ Thiago Magalhães Pires, Pós-positivismo sem trauma: o possível e o indesejável no reencontro do direito com a moral, *Revista de Direito do Estado* 17-18: 204-7, 2010.

⁸⁰ No particular, a sentença equatoriana refere-se tão somente à legislação processual equatoriana de forma genérica. V. STJ, SEC 8.542/EC, Rel.^a Min.^a Nancy Andrighi, e-STJ fls. 603 e 604.

⁸¹ Note-se que tampouco se tratava de uma indenização por danos morais – até porque parece (no mínimo) muito difícil afirmar a existência de um dano moral difuso. V. STJ, DJ 1º jun. 2006, REsp 598.281/MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki: “Processual civil. Ação civil pública. Dano ambiental. Dano moral coletivo. Necessária vinculação do dano moral à noção de dor, de sofrimento psíquico, de caráter individual. incompatibilidade com a noção de transindividualidade (indeterminabilidade do sujeito passivo e indivisibilidade da ofensa e da reparação). Recurso especial improvido”.

condenação, seria aberrante para o direito brasileiro reconhecer eficácia a uma sentença que aplicasse uma punição a alguém com base em diploma editado *ex post facto*.

40. Em suma: a sentença homologanda viola a ordem pública brasileira ao atribuir eficácia retroativa a uma lei para agravar deveres já consolidados e aplicar sanção retributiva sem prévia cominação legal.

V.2. Boa-fé objetiva

41. A obrigação do Poder Público de agir com boa-fé decorre, logicamente, de um dos princípios fundamentais do Estado brasileiro: a decisão de organizar um Estado democrático de direito⁸². A relação existente entre o Estado e os particulares não opõe partes privadas, cada qual defendendo seu interesse⁸³ – embora também entre particulares incida o dever de boa-fé⁸⁴. A boa-fé está diretamente associada ao dever de moralidade (CF/88, art. 37, *caput*)⁸⁵, sendo igualmente regulada pelo direito ordinário brasileiro⁸⁶. Como princípio geral de direito, aplicável a todas as relações, públicas ou privadas, a boa-fé certamente integra a ordem pública brasileira.

⁸² CF/88, art. 1: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:”. V. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Direito administrativo na Constituição de 1988*, 1991.

⁸³ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, 2010, p. 119-20: “Compreendem-se em seu âmbito [do princípio da moralidade administrativa], como é evidente, os chamados princípios da *lealdade* e *boa-fé*, tão oportunamente encarecidos pelo mestre espanhol Jesús Gonzáles Perez em monografia preciosa. Segundo os cânones da lealdade e da boa-fé, a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhanza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, evadido de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos”; Alice Gonzalez Borges, Valores a serem considerados no controle jurisdicional da Administração Pública: segurança jurídica – boa-fé – conceitos indeterminados – interesse público, *Interesse Público* 15:89, 2002. Veja-se também, na doutrina estrangeira, Jesus Gonzalez Perez, *El principio general de la buena fé en el derecho administrativo*, 1989.

⁸⁴ V., dentre outros, Teresa Negreiros, *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*, 1998; e Judith Martins-Costa, *A boa-fé no direito privado*, 1999.

⁸⁵ Marcelo Figueiredo, *O controle da moralidade na Constituição*, 1999, p. 104. Veja-se, também, José Augusto Delgado, O princípio da moralidade administrativa e a Constituição Federal de 1988, *Revista dos Tribunais* 680:34, 1992: “A obediência ao princípio da moralidade administrativa impõe ao agente público que revista todos os seus atos das características de boa-fé, veracidade, dignidade, sinceridade, respeito, ausência de emulação, de fraude e de dolo”.

⁸⁶ Lei nº 9.784/99, art. 2º: “A Administração Pública obedecerá dentre outros aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...) IV – atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé”.

42. Quando incide nas relações entre Estado e particulares, a boa-fé demanda das autoridades públicas, dentre outras exigências, que respeite a *legítima expectativa* gerada em particulares por atos do próprio Poder Público⁸⁷, vedando, *e.g.*, a adoção de comportamentos contraditórios⁸⁸. A proteção da confiança ou das expectativas legítimas incide não apenas sobre a Administração⁸⁹, mas inclui também o Judiciário⁹⁰. Naturalmente, não se cuida, aqui, de tutelar esperanças ou desejos, mas de proteger expectativas razoáveis, amparadas em comportamentos objetivos do Estado⁹¹.

43. Pois bem. Na hipótese, os danos que se imputam à Chevron Corporation já foram objeto de uma reparação específica, fundada em contrato firmado entre o Equador e a TexPet, uma empresa controlada pela Texaco Inc., que depois foi incorporada por uma subsidiária da Chevron. O acordo em tela foi firmado para liberar a TexPet (bem como sociedades existentes e futuras com ela relacionadas) de qualquer responsabilidade e abrangia todos os alegados prejuízos decorrentes da atuação da TexPet no Equador. Com o cumprimento dessa obrigação, o Estado equatoriano deu à empresa e a seus agentes total quitação pelos supostos, tal como previsto no ajuste. Apesar disso, o próprio Equador houve por bem impor novas obrigações à Chevron Corporation e condená-la ao pagamento de outros valores, ignorando o acordo celebrado⁹². Ainda mais grave: o próprio Executivo equatoriano tem tomado

⁸⁷ Sobre os parâmetros de aplicação do princípio da proteção da confiança legítima no direito administrativo, v. Patrícia Ferreira Baptista, *Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no direito administrativo: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro*, 2006. Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 130 e ss..

⁸⁸ Sobre o tema, v. Anderson Schreiber, *A proibição do comportamento contraditório*, 2007.

⁸⁹ Nesse sentido, v. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, 2011, p. 86 e 87.

⁹⁰ STJ, DJ 27 mar. 2000, REsp 227.940/AL, Rel. Min. Jorge Scartezini: “O Poder Judiciário deve ao jurisdicionado, em casos idênticos, uma resposta firme, certa e homogênea. Atinge-se, com isso, valores tutelados na ordem político-constitucional e jurídico material, com a correta prestação jurisdicional, como meio de certeza e segurança para a sociedade. Afasta-se, em consequência, o rigor processual técnico, no qual se estaria negando a aplicação do direito material, para alcançar-se a adequada finalidade da prestação jurisdicional, que é a segurança de um resultado uniforme para situações idênticas”. V., ainda, STJ, DJ 2 abr. 2001, AGA 304.282/SP, Rel. Min. Francisco Falcão.

⁹¹ Confirma-se decisão da Corte Europeia de Justiça em que critério similar foi adotado. Caso 375/03, acórdão de 10 mar. 2005: “Any trader on the part of whom an institution has inspired reasonable expectations may rely on the principle of the protection of legitimate expectations. (...) However, if those traders can foresee the adoption of the Community measure which affects their interests, the benefit of the principle of the protection of legitimate expectations cannot be invoked (Case C-22/94 Irish Farmers Association and Others [1997] ECR I-1809, paragraph 25, and Di Lenardo and Dillexport, cited above, paragraph 70)”.

⁹² Como o Executivo e o Judiciário são meros órgãos do Estado, não há qualquer relevância no fato de que o acordo foi celebrado – como é próprio – pelo Poder Executivo, sem participação do Judiciário. Seja

medidas na esfera internacional para garantir o reconhecimento da sentença que previu as novas obrigações – comportamento que, além de contraditório, viola as sentenças proferidas pelo Tribunal Arbitral da Haia constituído para aferir o cumprimento pelo Equador de suas obrigações internacionais.

44. Como é evidente, essa conduta desleal viola as exigências mínimas impostas pelo princípio da boa-fé objetiva. No caso, o Poder Público equatoriano não apenas acenou com uma solução para o problema, como a implementou, concedendo plena liberação à TexPet e, assim, à Chevron Corporation. Posteriormente, porém, passou a seguir o caminho oposto, defendendo a imposição de obrigações adicionais à Chevron por danos que, segundo o próprio Estado, já haviam sido integralmente reparados. Simplesmente não há como imaginar que uma postura como essa, incorporada a uma sentença estrangeira, possa ter curso no Brasil.

V.3. Vedação ao enriquecimento sem causa

45. Como a boa-fé, a vedação ao enriquecimento sem causa é uma exigência geral, aplicável às relações jurídicas como um todo⁹³, sendo considerada uma norma implícita na Constituição Federal⁹⁴. Ninguém pode incrementar seu patrimônio, em detrimento de terceiros,

como for, a insistência do Executivo para que a sentença seja homologada demonstra claramente a inversão do rumo adotado com o acordo.

⁹³ Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, vol. II, 2011, p. 274-5: “O que nos faltava, conseqüentemente, era a construção do enriquecimento sem causa como instituto dotado de autonomia e disciplina legal própria. No seu desenvolvimento, necessário será erigi-lo sobre requisitos específicos, os quais, *ad instar* da doutrina alemã, deverão compreender: 1.º) a diminuição patrimonial do lesado, seja com o deslocamento, para o patrimônio alheio, de coisa já incorporada ao seu, seja com a obstrução a que nele tenha entrada o objeto cuja aquisição era seguramente prevista; 2.º) o enriquecimento do beneficiado sem a existência de uma causa jurídica para a aquisição ou a retenção; e 3.º) a relação de imediatidade, isto é, o enriquecimento de um provir diretamente do empobrecimento do outro, de tal maneira que aquele que cumpre a prestação de auto-empobrecimento possa dirigir-se contra o que se enriqueceu em virtude de uma causa jurídica suposta não existente ou desaparecida, ou para dizê-lo mais sucintamente: o enriquecimento de um dos sujeitos e o empobrecimento do outro hão de decorrer de uma mesma circunstância.”; e Celso Antônio Bandeira de Mello, O princípio do enriquecimento sem causa em direito administrativo, *Revista de Direito Administrativo* 210: 28, 1997: “Enriquecimento sem causa é o incremento do patrimônio de alguém em detrimento do patrimônio de outrem, sem que, para supeditar tal evento, exista uma causa juridicamente idônea. É perfeitamente assente que sua proscrição constitui-se em um *princípio geral do direito*. Uma vez que o enriquecimento sem causa é um princípio geral do direito – e não apenas princípio alocado em um de seus braços: público ou privado – evidentemente também se aplica ao direito administrativo” (grifo no original).

⁹⁴ Em diversas decisões, o Supremo Tribunal Federal tem considerado o princípio que veda o enriquecimento sem causa como um princípio constitucional implícito, inclusive para ensejar o conhecimento de recursos extraordinários. É o que se vê, dentre outras, das seguintes decisões: *DJ* 8 mar 2002, RE 222.368/PE, Rel. Min. Celso de Mello; *DJ* 28 abr. 2000, RE 231.655/RJ, Rel. Min. Moreira Alves; *DJ* 6 dez. 2002, RE 282.120/PR, Rel. Min. Maurício Corrêa; e *DJ* 18 jun. 2001, RE 141.298/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio.

sem uma causa legítima. No caso das relações travadas pelo Estado com particulares, essa vedação assume um caráter ainda mais grave, em função do desequilíbrio existente entre as partes⁹⁵. O tema é hoje disciplinado expressamente pelo Código Civil⁹⁶.

46. O ponto é especialmente importante quando da quantificação das reparações pecuniárias – que, por sua própria natureza, devem ser fixadas na medida do dano⁹⁷, não podendo passar de meio de compensação a fonte de enriquecimento⁹⁸. A lógica desse entendimento é simples: o dano é a causa e a própria razão de ser de qualquer indenização, motivo pelo qual fixar a reparação em patamares que superam o valor do prejuízo é desvincular a medida do seu fundamento fático, em afronta ao princípio da razoabilidade-proporcionalidade⁹⁹⁻¹⁰⁰. Naturalmente, a legislação estrangeira pode prever critérios distintos para o cálculo de indenizações – o que, por si só, não impede a homologação no Brasil das eventuais sentenças que nelas se fundamentem. O que não se admite é o reconhecimento de

⁹⁵ Celso Antônio Bandeira de Mello, O princípio do enriquecimento sem causa em direito administrativo, *Revista de Direito Administrativo* 210:24 e ss., 1997.

⁹⁶ Código Civil, art. 884: “Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.”

⁹⁷ Código Civil, art. 944: “A indenização mede-se pela extensão do dano”. V. também STJ, *DJ* 18 dez. 2006, REsp 604.758/RS, Rel.^a p/ acórdão Min.^a Nancy Andrighi: “A indenização por dano material, porém, só pode dizer respeito ao ressarcimento daquilo que, em cada situação, representou uma diminuição indevida do patrimônio do ofendido”.

⁹⁸ V. STF, *DJ* 6 nov. 2009, ADPF 130/DF, Rel. Min. Carlos Britto (trechos do voto do Relator): “A indenização por dano material, como todos sabem, é aferida objetivamente, ou seja, o juiz, ao fixá-la, leva em conta o efetivo prejuízo sofrido pela vítima, inclusive mediante avaliação pericial se necessário for.”; STJ, *DJ* 18 nov. 2010, REsp 1.075.293/MT, Rel. Min. Luiz Fux: “O pagamento da indenização em desapropriação direta restringe-se à área efetivamente registrada, constante do decreto expropriatório, incumbindo à parte o ingresso em via ordinária própria para a apuração de eventual esbulho de área excedente. (...) O pagamento de área não-registrada conduz o Poder Público a indenizar aquele que não detém a propriedade da área expropriada e, conseqüentemente, ao enriquecimento sem causa do particular (...)”; STJ, *DJ* 10 fev. 2011, REsp 1.198.879/RJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves: “Para que não se configure enriquecimento sem causa da União, a indenização devida, em virtude do que dispõe o artigo 116, § 1º, inciso II, alínea ‘b’, deve ter como parâmetro tanto o valor despendido pelo Poder Público como a contra-prestação efetuada pelo ex-militar quando ainda em serviço, em observância aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da isonomia”; STJ, *DJ* 30 abr. 2007, REsp 675.147/RJ, Rel.^a p/ acórdão Min.^a Nancy Andrighi: “Se o acórdão afirma existir o direito da viúva à percepção integral, a título de pensão por morte, dos vencimentos do falecido, qualquer quantia recebida a mais sobre a mesma base representaria a fruição de uma vantagem pecuniária indevida, ultrapassando os limites do ressarcimento ao dano causado”.

⁹⁹ Sobre o tema, ainda que com acepções diferentes, v. Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2009; Humberto Ávila, *Teoria dos princípios*, 2003; e Luís Virgílio Afonso da Silva, O proporcional e o razoável, *Revista dos Tribunais* 798: 23, 2002.

¹⁰⁰ STF, *DJ* 6 nov. 2009, ADPF 130/DF, Rel. Min. Carlos Ayres Britto (trecho do voto do relator): “(...) o que importa para o intérprete e aplicador do Direito é revelar a vontade objetiva da Constituição na matéria. E esse querer objetivo da Constituição reside no juízo de que a relação de proporcionalidade entre o dano moral ou material sofrido por alguém e a indenização que lhe cabe receber (quanto maior o dano, maior a indenização) opera é no próprio interior da relação entre a potencialidade da ofensa e a concreta situação do ofendido”.

decisões absolutamente desvinculadas de qualquer critério de razoabilidade, sob pena de se chancelar o enriquecimento sem causa.

47. A violação a essa exigência é particularmente clara na hipótese examinada: a indenização imposta – de aproximadamente US\$ 18 bilhões – é a maior condenação da História¹⁰¹, representando, sozinha, *um terço* de todo o PIB do Equador¹⁰². Sua desproporção – como se vê – é manifesta, deixando evidente sua completa desvinculação dos danos concretos alegadamente sofridos. Isoladamente considerada, a condenação a título de danos materiais (US\$ 8,64 bilhões) é uma das maiores condenações por alegados danos ambientais de que se tem registro¹⁰³. Não fosse suficiente, a previsão de um adicional de dez por cento sobre a indenização em favor dos autores da ação – implementada pela sentença em tela, baseada em lei aplicada retroativamente – não tem qualquer *causa*, além de premiar os demandantes, em meio a todos os substituídos do processo coletivo, sem uma razão que justifique a disparidade. Não há razoabilidade que explique medidas como essa, sendo evidente, portanto, o enriquecimento sem causa.

VI. VIOLAÇÃO DA ORDEM PÚBLICA PROCESSUAL

48. Um dos principais pilares sobre os quais se assenta um efetivo Estado Democrático de Direito é a estabilidade e independência de suas instituições, capazes de assegurar aos administrados o exercício de seus direitos fundamentais, segurança e bem-estar mínimos, igualdade e justiça social. O papel do Poder Judiciário nesse contexto é de fundamental importância. Não há Estado de Direito sem Judiciário independente – até porque cabe a este exercer o último controle da atividade estatal¹⁰⁴. A ideia de governo de *leis* e não de *homens* seria meramente retórica sem um corpo de magistrados dotado de independência, capaz

¹⁰¹ Jude Webber, Claimants to pursue Chevron's LatAm assets, *Financial Times* 31 out. 2012. Disponível em: <<http://www.ft.com/cms/s/0/cb91619e-2396-11e2-a46b-00144feabdc0.html>>. Acesso em 17 abr. 2013.

¹⁰² Naomi Mapstone, Ecuador court upholds \$18bn Chevron ruling, *Financial Times* 4 jan. 2012. Disponível em: <<http://www.ft.com/intl/cms/s/0/e2404598-367c-11e1-a3fa-00144feabdc0.html>>. Acesso em: 17 abr. 2013.

¹⁰³ Simon Romero and Clifford Krauss, Ecuador judge orders Chevron to pay \$9 billion, *The New York Times* 14 fev. 2011. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2011/02/15/world/americas/15ecuador.html?_r=0>. Acesso em: 17 abr. 2013.

¹⁰⁴ Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de direito constitucional*, 2007, p. 884.

de promover a aplicação imparcial do Direito. A *independência* e a *imparcialidade* do magistrado¹⁰⁵ são, portanto, essenciais tanto sob a perspectiva institucional do Estado de Direito, quanto sob a ótica individual, como garantias elementares do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV).

49. Não por acaso, a Constituição de 1988 procura organizar um sistema de garantias e de controles cuja finalidade é propiciar condições adequadas para o exercício imparcial e independente da atividade jurisdicional, como, *e.g.*, a autonomia funcional, administrativa e financeira do Judiciário (CF/88, arts. 96 e 99) e as chamadas *garantias funcionais* (que a despeito do nome incluem igualmente vedações), cujo propósito imediato é assegurar que o juiz estará preservado de injunções indevidas. Resguardam-se, assim, sua *independência*, por meio de prerrogativas como a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade da remuneração (CF/88, art. 95), e sua *imparcialidade*, mediante um conjunto de vedações que procuram evitar conflitos de interesses (CF/88, art. 95, parágrafo único). Vale dizer: a independência e a imparcialidade do magistrado são garantias que integram o conceito básico de devido processo legal, sendo indispensáveis à própria jurisdição¹⁰⁶. Não resta dúvida, portanto, quanto à sua inclusão na ordem pública processual brasileira¹⁰⁷.

50. A mesma orientação prevalece no cenário internacional. O art. 2º da Carta Universal do Magistrado registra que: “*O juiz, no desempenho do ofício judicial, deve poder exercer a função jurisdicional livre de pressão social, econômica e política (...)*”¹⁰⁸. Ademais, a

¹⁰⁵ A rigor, a imparcialidade é elemento indispensável ao conceito de jurisdição. V. Jorge Miranda, *Teoria do Estado e da Constituição*, 2007, p. 251-2.

¹⁰⁶ V. STF, *DJ* 26 fev. 2009, HC 94.016/SP, Rel. Min. Celso de Mello: “Impõe-se, ao Judiciário, o dever de assegurar, mesmo ao réu estrangeiro sem domicílio no Brasil, os direitos básicos que resultam do postulado do devido processo legal, notadamente as prerrogativas inerentes à garantia da ampla defesa, à garantia do contraditório, à igualdade entre as partes perante o juiz natural e à garantia de imparcialidade do magistrado processante”; STF, *DJ* 22 out. 2004, ADI 1.570/DF, Rel. Min. Mauricio Corrêa: “Busca e apreensão de documentos relacionados ao pedido de quebra de sigilo realizadas pessoalmente pelo magistrado. Comprometimento do princípio da imparcialidade e consequente violação ao devido processo legal”; STF, *DJ* 16 abr. 1993, Rcl 417/RR, Rel. Min. Carlos Velloso: “Impossibilidade de realização do devido processo legal, dado que um dos componentes deste, o juiz natural, conceituado como juiz com garantias de independência, juiz imparcial, juiz confiável, não existe, no caso”.

¹⁰⁷ Tal análise não é estranha ao direito brasileiro: o STF a realiza quando da apreciação da legalidade do pedido extradicional, de modo que a mesma verificação deve ser feita quando da homologação de sentenças estrangeiras. V. STF, *DJ* 20 dez. 1967, Ext 272/Austrália, Rel. Min. Victor Nunes; STF, *DJ* 18 ago. 1995, Ext 646/República Eslovaca, Rel. Min. Mauricio Corrêa.

¹⁰⁸ A Carta foi adotada pelo Conselho Central da União Internacional dos Magistrados em Taipei, 17 nov. 1999. A Associação dos Magistrados Brasileiros é associada da UIM. O trecho transcrito é tradução livre do original em inglês: “*The judge, as holder of judicial office, must be able to exercise judicial powers free*”

American Law Institute e o Unidroit (*Institut International pour l'Unification du Droit Privé*) elaboraram projeto que contém princípios do processo civil internacional e o primeiro deles diz respeito, precisamente, à exigência da independência, imparcialidade e qualificações das cortes e juízes. Tais normas esclarecem que se inclui nesses conceitos a exigência de que os magistrados não sofram pressões externas e internas (item 1.1) e tenham assegurada uma estabilidade no cargo (1.2)¹⁰⁹. Ademais, o *Restatement (Third) of Foreign Relations Law* do American Law Institute aponta ser vedado o reconhecimento de sentenças proferidas onde não se garantam “tribunais imparciais ou procedimentos compatíveis com o devido processo legal”¹¹⁰.

51. Como narrado inicialmente, pendem sérias suspeitas sobre a independência do Judiciário equatoriano de modo geral, e há, no mínimo, indícios consistentes de que houve fraude no processo equatoriano que deu origem à decisão ora em exame. Houve extenso processo de coleta de provas nos EUA nos escritórios dos advogados norte-americanos que patrocinaram a causa no Equador, onde foram obtidos documentos escritos e vídeos impressionantes acerca dessas fraudes. Uma ordem judicial chegou a ser proferida nos EUA com base nessas provas e, embora ela tenha sido cassada, jamais foi infirmada a suspeita de vícios no processo. Além da decisão revogada, uma nova ordem foi proferida nos EUA em 23 de fevereiro de 2013, reforçando a existência de fraude¹¹¹. Essa circunstância¹¹², aliada ao peso

from social, economic and political pressure, and independently from other judges and the administration of the judiciary”.

¹⁰⁹ American Law Institute, UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure, Scope and Implementation: “1. Independence, Impartiality, and Qualifications of the Court and Its Judges. 1 The court and the judges should have judicial independence to decide the dispute according to the facts and the law, including freedom from improper internal and external influence. 1.2 Judges should have reasonable tenure in office. Nonprofessional members of the court should be designated by a procedure assuring their independence from the parties, the dispute, and other persons interested in the resolution. 1.3 The court should be impartial. A judge or other person having decisional authority must not participate if there is reasonable ground to doubt such person’s impartiality. There should be a fair and effective procedure for addressing contentions of judicial bias. 1.4 Neither the court nor the judge should accept communications about the case from a party in the absence of other parties, except for communications concerning proceedings without notice and for routine procedural administration. When communication between the court and a party occurs in the absence of another party, that party should be promptly advised of the content of the communication. 1.5 The court should have substantial legal knowledge and experience” Disponível em: <<http://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/ali-unidroitprinciples-e.pdf>>. Acesso em: 13 abr. 2013.

¹¹⁰ *Apud* Ronald A. Brand, *Recognition and enforcement of foreign judgments*, Federal Judicial Center – International Litigation Guide, April 2012, p. 6. Disponível em: <[http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/brandenforce.pdf/\\$file/brandenforce.pdf](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/brandenforce.pdf/$file/brandenforce.pdf)>. Acesso em 10 abr. 2013.

¹¹¹ Memorandum Opinion (Corrected), Case No. 11-cv-00691-LAK, Dkt. 843 at 10-11 (Southern District of New York Feb. 21, 2013): “Nor is this Court Court alone in finding substantial evidence of fraud (...) at least six other federal district courts have concluded (...) that Chevron established prima facie case of fraud with respect to the procurement of the Judgment”.

do material coletado, lança – no mínimo – severas dúvidas sobre a higidez do feito que resultou na sentença em tela, o que, conforme a orientação do STF, impede sua homologação no Brasil¹¹³.

VII. CONCLUSÃO

52. As conclusões obtidas ao longo do estudo podem ser sumariadas nas seguintes proposições objetivas:

(A) Uma sentença estrangeira só pode ser homologada pelo STJ quando forem observados os requisitos formais pertinentes – dentre os quais seu trânsito em julgado – e não houver ofensa à soberania nacional, aos bons costumes e à ordem pública brasileira. Por ordem pública, entende-se aqui o conjunto dos valores mais importantes do sistema jurídico nacional, incluindo questões de fundo (ordem pública material) e de procedimento (ordem pública processual).

(B) A sentença equatoriana em questão não transitou em julgado, pois ainda se aguarda apreciação de recurso – meio processual ordinário – interposto contra ela. Como consequência, não pode ser homologada no Brasil.

¹¹² Mesmo decisões estrangeiras não homologadas podem servir como prova de fato ocorrido no exterior (José Ignácio Botelho de Mesquita, *Sentença Estrangeira (parecer)*. In: *Teses, estudos e pareceres de processo civil*, v. II, 2005, p. 201). Nessas hipóteses, a autoridade judiciária brasileira não estará vinculada pela autoridade do seu conteúdo, mas considerará o julgado estrangeiro como um fato, a ser por ela livremente apreciado, do qual extrairá as consequências que considerar cabíveis. O STF já reconheceu essa possibilidade em ação de cobrança proposta no Brasil, na qual a sentença estrangeira foi apresentada como prova do débito (STF, *DJ* 7 nov. 1947, Embargos no RE 8.441/DF, Rel. Min. Lafayette de Andrada): “Embargos. Não há se confundir sentença estrangeira a ser executada, nem documentos de procedência estrangeira para servirem de prova. Só no primeiro caso há necessidade de prévia homologação”.

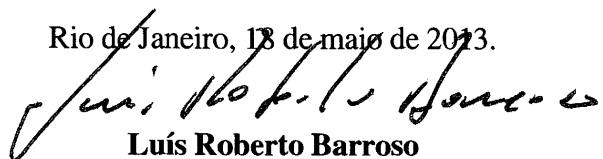
¹¹³ STF, *DJ* 10 dez. 1953, SE 1.307/Alemanha, Rel. Min. Lafayette de Andrada: “Não se pode homologar sentença estrangeira, senão quando as formalidades legais tenham sido atendidas e inexistam dúvidas, receios de fraude no processo”. No mesmo sentido: STF, *DJ* 20 out. 1967, SE 1926/Estados Unidos Mexicanos, Rel. Min. Djaci Falcão; e STF, *DJ* 24 dez. 1959, SE 1673/Estados Unidos da América do Norte, Rel. Min. Barros Barreto.

(C) A sentença em tela viola a ordem pública material brasileira por ofender: (i) a *segurança jurídica*, ao impor a aplicação retroativa de um diploma legal na quantificação da indenização devida pela Chevron Corporation, e condená-la em pena civil não previamente cominada por lei; (ii) o *princípio da boa-fé objetiva*, já que, tendo liberado a Chevron Corporation de qualquer reparação adicional, o Estado equatoriano a condenou ao pagamento de novos e elevados valores; e (iii) a *vedação ao enriquecimento sem causa*, ao impor uma indenização sem precedentes, que não guarda relação de proporcionalidade com os danos a serem ressarcidos.

(D) A homologação da sentença equatoriana ofenderia também a ordem pública processual brasileira, pois há graves indícios de parcialidade e fraude no processo em que proferida a decisão aqui analisada.

É como me parece.

Rio de Janeiro, 18 de maio de 2013.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Luís Roberto Barroso', is written over the typed name below it.

Luís Roberto Barroso