

Principais tendências em um mundo em transformação

Arbitragem Internacional em 2023

Bem-vindos às mais relevantes tendências da arbitragem internacional para 2023.

2022 foi mais um ano de desafios para muitos dos nossos clientes e para a economia global em geral. Desde as repercussões da invasão russa da Ucrânia até o aumento dos preços da energia e da inflação, empresas em todo o mundo enfrentam novos obstáculos e desafios legais complexos, muitos dos quais marcam as novas tendências da arbitragem internacional.

Exploramos neste relatório os temas-chave que, segundo a nossa previsão, irão influenciar o panorama da arbitragem neste ano. Os temas foram identificados por especialistas internacionais de arbitragem da nossa rede global para auxiliar os clientes e usuários de arbitragem a planejarem seus próximos meses.

São eles:

- As consequências jurídicas e econômicas da invasão russa à Ucrânia tiveram um impacto significativo nas empresas de uma vasta gama de setores em todo o mundo, e isso deve causar o aumento do número de arbitragens relacionadas com a Rússia – tanto arbitragens baseadas em tratados de investimento quanto comerciais. Um planejamento estratégico e criativo será fundamental para que as empresas aumentem a probabilidade de execução dessas decisões arbitrais. ([Arbitragens derivadas da invasão da Ucrânia pela Rússia](#))
- A significativa afetação da cadeia de fornecimento continuará a causar dificuldades em grandes projetos por todo o mundo. Esperamos um aumento das disputas envolvendo cláusulas contratuais relevantes, tais como escalada de preços, flutuação cambial e cláusulas de qualificação de subcontratados. Também se espera que partes invoquem conceitos legais de frustração do fim do

contrato, força maior e/ou mudança das circunstâncias de celebração do contrato. ([A crise global da cadeia de fornecimento e a arbitragem de construção](#))

- No mercado de GNL, espera-se que a ampla volatilidade do mercado de energia cause, cada vez mais, disputas sobre precificação do gás e outras disputas contratuais, na medida em que compradores e vendedores tentam navegar as grandes flutuações do mercado e as dificuldades de abastecimento enfrentadas pela indústria, ao lado de questões como os efeitos de sanções e outras adversidades de natureza política. ([As disputas de GNL no horizonte em meio à volatilidade do mercado](#))
- A crise energética também está impactando o ritmo dos avanços no campo da transição energética. Desafios e oportunidades apresentados pela transição energética na América Latina deverão dar origem a um número crescente de disputas relacionadas ao setor energético na região durante este ano. ([Transição energética: o panorama atual na América Latina e o que esperar em 2023](#))
- O futuro do Tratado da Carta da Energia (TCE) parece incerto à luz do número crescente de Estados que anunciaram a sua intenção denunciar o tratado. Investidores mais prudentes no setor de energia devem considerar opções alternativas para proteger os seus investimentos contra intervenções ilegais dos Estados. ([Retiradas do TCE: um passo à frente, dois passos atrás?](#))
- Espera-se que a tendência de maior transparência na arbitragem internacional continue a avançar neste ano, com mais instituições arbitrais alterando os seus regulamentos para proporcionar maior acesso à informação sobre os procedimentos arbitrais, incluindo a existência de financiamento de terceiros.

(O avanço para maior transparência)

- A diversidade continua a ser um tema chave em 2023, já que cada vez mais esforços são feitos no âmbito da comunidade arbitral para adotar objetivos de diversidade mais amplos do que a de gênero. Dois passos notáveis abrem o caminho para o progresso: a consideração da diversidade na nomeação de árbitros sendo consagrada, pela primeira vez, nos regulamentos de arbitragem de duas instituições arbitrais; e o lançamento da Equal Representation for Experts Pledge (Compromisso de Representação Igualitária para Peritos) destinada a abordar a diversidade na nomeação de peritos. ([A caminhada no sentido da diversidade continua a ganhar ritmo](#))
- A ansiosamente esperada reforma da Lei Inglesa de Arbitragem de 1996 é outro desenvolvimento fundamental a se ter em conta em 2023. O resultado da consulta pública da Comissão Jurídica, que deverá ser publicada no primeiro semestre deste ano, revelará quais das propostas iniciais estão suscetíveis de serem promulgadas. As disposições relativas ao julgamento sumário e objeções de jurisdição devem interessar bastante as partes. ([Reforma da Lei Inglesa de Arbitragem de 1996](#))
- Após o esclarecimento da Suprema Corte americana de que a produção de provas com base na Seção 1782 não está disponível no âmbito da arbitragem comercial, permanece a incerteza no que diz respeito às arbitragens de investimento. Esperamos muitas decisões novas sobre essa questão neste ano, na medida que as cortes locais analisam se um tribunal arbitral de investimento é suficientemente governamental para se qualificar para a produção de documentos com base na Seção 1782. ([Produção de provas com base na Seção 1782: Algumas respostas, mais perguntas](#))

- O número de disputas a serem submetidas à arbitragem no setor de ciências da vida (*life sciences*) está aumentando – em parte devido ao crescimento dessa indústria em geral, mas também devido à percepção, dentro da indústria, de que muitas das características da arbitragem internacional são adequadas à resolução das disputas nesse setor. ([Arbitragem internacional no setor de life sciences](#))
- As considerações sobre cibersegurança e proteção de dados continuam a ganhar importância na arbitragem internacional. Esperamos que partes adotem cada vez mais medidas de cibersegurança e proteção de dados nos seus procedimentos individuais, e que as instituições continuem a encorajar a sua adoção através dos seus regulamentos e suas políticas. ([A proteção de dados e a cibersegurança na Arbitragem Internacional continua em destaque](#))
- A nossa última tendência se relaciona com o número crescente de disputas fiscais internacionais a serem resolvidas por arbitragem. Com a economia global enfrentando desafios, esperamos que este ano traga mais casos de tributação agressiva por parte de governos financeiramente stressados e, portanto, mais investidores estrangeiros reconsiderarão os seus riscos fiscais e as suas opções para a resolução de disputas. ([Aumento da “internacionalização” das disputas fiscais](#))

Se quiser conversar sobre os tópicos abordados neste relatório, fique à vontade para entrar em contato conosco, com os autores das tendências ou com o seu contato usual no Freshfields.

Esperamos trabalhar com os nossos clientes neste ano para enfrentar os desafios e explorar as oportunidades apresentadas neste relatório.



Boris Kasolowsky

Global Co-Head of International Arbitration Group



Noiana Marigo

Global Co-Head of International Arbitration Group & Co-Head of Latin America Practice



Ashley Jones

Senior Knowledge Lawyer

Conteúdo

_____	_____
_____	_____
_____	_____
_____	_____
_____	_____
_____	_____
_____	_____

01.

Arbitragens derivadas da invasão da Ucrânia pela Rússia



Eric Leikin
Partner,
Vienna



Alexander Monro
Principal Associate,
Frankfurt



Mariia Puchyna
Senior Associate,
Paris

A invasão russa da Ucrânia em fevereiro de 2022 provocou respostas jurídicas, regulatórias e econômicas sem precedentes da comunidade internacional, ensejando, em contrapartida, uma série de medidas sancionatórias tomadas pela Rússia contra os chamados Estados hostis. Muitas empresas foram forçadas a tomar decisões rápidas, mas comercialmente difíceis e de longo alcance, num cenário de instantânea mudança. Em um primeiro momento, as empresas afetadas concentraram seus esforços em encontrar soluções comercialmente viáveis (e muitas vezes temporárias). Contudo, com poucas promessas de que a guerra ou as amplas sanções decretadas contra (e pela) Rússia terminarão em curto prazo, espera-se que um número crescente de disputas relacionadas com a Rússia ou a Ucrânia sejam submetidas à arbitragem em 2023.

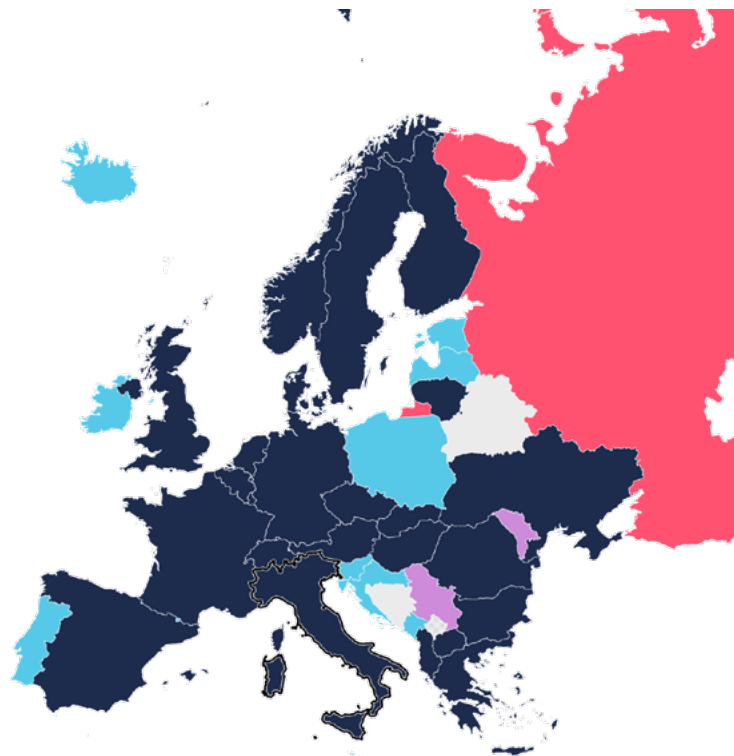
1. Demandas investidor-estado

Diversas grandes empresas mundiais decidiram (ou foram forçadas a) abandonar as suas operações na Rússia. O governo russo está assegurando, entretanto, que a retirada dessas empresas do país não seja nada simples – limitações severas foram implementadas pelo governo para que estrangeiros dos “Estados hostis” vendam suas ações em filiais russas e repatriem legalmente as suas receitas. Empresas que continuam a operar na Rússia, contudo, são confrontadas com restrições cada vez maiores, causando frequentemente uma forte redução no valor dos seus negócios. Além disso, como resultado das medidas tomadas pela Rússia, empresas com operações na Ucrânia também vêem suas instalações destruídas ou requeridas pelo governo, a sua força de trabalho esgotada, as suas operações deterioradas, e o valor dos seus ativos diminuindo significativamente.

Claramente, grande parte da conduta da Rússia pode ser considerada como violadora de normas bem estabelecidas de proteção aos investimentos estrangeiros. A Rússia é signatária de 63 tratados bilaterais de investimento (TBI) em vigor, ao abrigo dos quais os investidores afetados – incluindo investidores de 28 dos 49 Estados considerados “hostis” pela Rússia – podem procurar tomar medidas com a Rússia. Contudo, apesar de algumas exceções (por exemplo, os TBIs com a Itália e a França), a maioria dos TBIs russos buscam limitar o escopo das demandas que podem ser submetidas à arbitragem. É importante que investidores afetados compreendam a extensão da proteção que lhes é conferida pelo TBI aplicável à luz da estrutura corporativa do investidor.

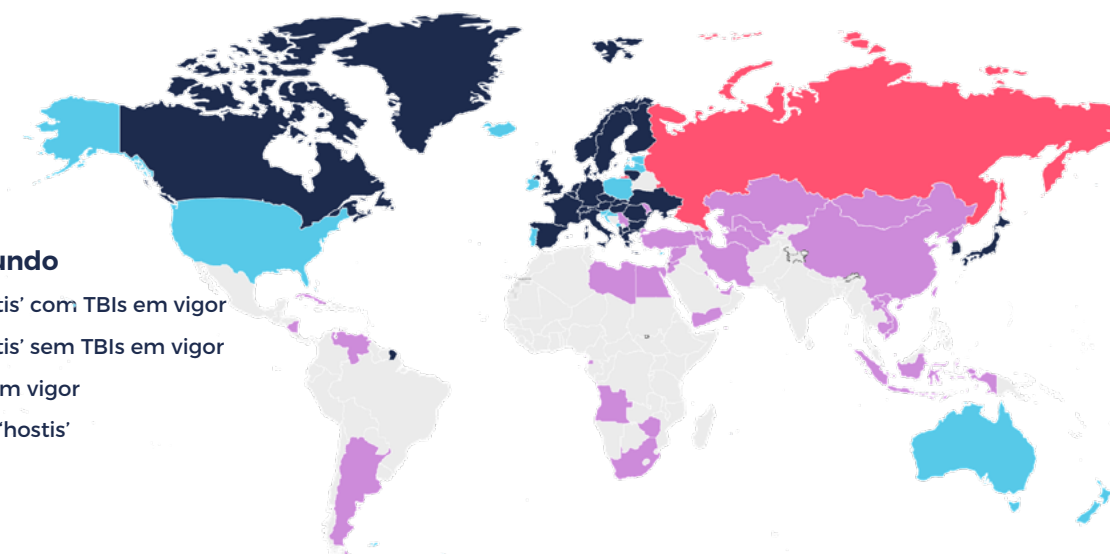
Dados TBI da Rússia com a Europa

- Estados considerados ‘hostis’ com TBIs em vigor
- Estados considerados ‘hostis’ sem TBIs em vigor
- Outros Estados com TBIs em vigor
- Estados não considerados ‘hostis’ e sem TBIs em vigor
- Rússia



TBIs da Rússia com o mundo

- Estados considerados ‘hostis’ com TBIs em vigor
- Estados considerados ‘hostis’ sem TBIs em vigor
- Outros Estados com TBIs em vigor
- Estados não considerados ‘hostis’ e sem TBIs em vigor
- Rússia



Também é possível que investidores no setor energético possam iniciar demandas contra a Rússia sob o Tratado da Carta da Energia (TCE). Várias cortes e tribunais arbitrais – principalmente no contexto das disputas *Yukos* – concluíram que a Rússia está vinculada a uma aplicação provisória do TCE. A Rússia anunciou a sua intenção de se retirar do TCE em 2009, mas a “cláusula de caducidade” do TCE determina que, para investimentos feitos antes dessa data, as proteções do tratado se aplicam até 2029.

Até hoje, pelo menos 10 arbitragens foram iniciadas por investidores afetados pela tomada da Crimeia pela Rússia em 2014, e vários requerentes já receberam decisões favoráveis. Ainda não foram registradas publicamente novas demandas arbitrais investidor-Estado contra a Rússia, quer em relação à invasão russa da Ucrânia em 2022, quer em relação às sanções adotadas pela Rússia na esteira da invasão. Esperamos que isso venha a mudar em 2023. Embora seja pouco provável que essas demandas arbitrais sejam de simples solução (particularmente em relação a questões de causalidade e quantum), tais demandas ainda são a melhor opção disponível para empresas que enfrentam danos significativos e poucas perspectivas realistas de obterem justiça no sistema jurídico russo.



Claramente, grande parte da conduta da Rússia pode ser considerada como violadora de normas bem estabelecidas de proteção aos investimentos estrangeiros. Embora seja pouco provável que essas demandas arbitrais sejam de simples solução, ainda são a melhor opção disponível para empresas que enfrentam danos significativos e poucas perspectivas realistas de obterem justiça no sistema jurídico russo.

Eric Leikin
Partner

2. Demandas comerciais

A invasão russa da Ucrânia tornou o cumprimento de contratos muito mais complexo ou, em certos casos, legal ou praticamente impossível. Isso resultou na suspensão ou rescisão de diversos contratos por cláusulas contratuais aplicáveis em caso de sanções e/ou controle de exportação, por força maior, pela frustração da finalidade do contrato ou outras bases legais equivalentes.

Muitas dessas disputas estão relacionadas com os efeitos das sanções nas empresas, indústrias ou seus produtos – assim como com as medidas implementadas por essas empresas para que essas sanções fossem evitadas ou mitigadas por alterações em sua estrutura societária ou do seu modelo operacional. Além da interpretação das disposições contratuais e legais relevantes, é provável que essas disputas se concentrem na análise dos fatos que a individualizam, incluindo-se a conduta das partes no período que antecede a disputa. Esse contexto aumenta a importância de mecanismos para a produção de provas que permitam a uma parte obter documentos e provar fatos (por exemplo, detalhes da estrutura societária) conhecidos apenas pela parte contrária.

O panorama jurídico único em que estas disputas devem ser resolvidas salienta também a importância de se tomar decisões estratégicas para resguardar a jurisdição de um tribunal e a exequibilidade das sentenças arbitrais. A legislação russa confere jurisdição exclusiva às cortes russas sobre litígios envolvendo pessoas sancionadas, autorizando até mesmo que as cortes emitam decisões impedindo o início ou a continuação de procedimentos judiciais ou arbitrais no estrangeiro contra pessoas sancionadas.

Considerando a persistência dos efeitos da invasão russa à Ucrânia, empresas terão que analisar e gerir cuidadosamente os riscos associados à rescisão e/ou descumprimento de contratos relacionados com a Rússia.

3. Olhando um ano à frente... a execução

Tanto os requerentes de arbitragens investidor-Estado contra a Rússia como as partes envolvidas em arbitragens comerciais contra empresas russas estão suscetíveis a enfrentar desafios no momento de executar sentenças proferidas a seu favor. Na realidade, enquanto não houver mudança no regime de Moscow, qualquer sentença emitida contra a Rússia (ou contra entidades alinhadas com o Estado russo), ou com fundamento nos efeitos das sanções impostas pelo Ocidente, será extremamente difícil executar sentenças dentro da Rússia. Apesar disso, a experiência demonstra que a execução de tais sentenças pode ser conseguida através de estratégias mais criativas e interjurisdicionais.

Uma matéria crucial a ser observada será, portanto, o desenvolvimento de mecanismos de conexão nacionais e internacionais para dar utilidade ao enorme número – atualmente estimado em pelo menos US\$330 bilhões – de bens relacionados com a Rússia que tenham sido penhorados no estrangeiro. Se 2023 vier a ser, como esperamos, o ano dos pedidos de arbitragem relacionados com a Rússia, 2024 poderá ser o ano das ações de execução relacionadas com a Rússia.

02.

A crise global da cadeia de fornecimento e a arbitragem de construção



Tom Hutchison

Counsel,
London



Matei Purice

Continental Europe
Head of Global
Projects Disputes,
Paris



Jon Gilbert

Knowledge Lawyer,
London

Os grandes projetos de construção dependem de cadeias de fornecimento complexas que chegam a abranger diversas jurisdições em múltiplos continentes. A ruptura dessas cadeias pode ter um impacto significativo, e muitas vezes oneroso, na execução desses projetos. O crescente enfoque dado às cadeias de fornecimento tanto pelos proprietários/operadores quanto pelos empreiteiros está se tornando uma causa cada vez mais frequente de disputas em projetos globais, uma tendência que esperamos aumentar ao longo de 2023.

Fatores cruciais que contribuem para a crise global da cadeia de fornecimento

Desde o começo, a pandemia da COVID-19 afetou gravemente a contratação e execução de projetos de construção, as cadeias de fornecimento e sua sustentabilidade financeira. Embora os impactos da pandemia tenham em grande parte, mas não completamente, sido atenuados em 2022, outros acontecimentos globais vieram a aprofundar ainda mais a crise nesse setor. Em particular, a invasão russa da Ucrânia e as sanções internacionais a ela associadas levaram ao aumento dos preços globais da energia, das matérias-primas, e da inflação, com efeitos acentuados na indústria. Somadas às pressões sobre os custos desses projetos, decorrentes das flutuações cambiais globais, esses eventos agravaram uma situação já desafiante na cadeia de fornecimento global.



Sem uma solução imediata à vista, esperamos que os fatores decorrentes da invasão russa da Ucrânia continuem a pressionar as cadeias de fornecimento ao longo de 2023, levando a um aumento dos riscos de execução de projetos e a potenciais disputas.

Tom Hutchison
Counsel

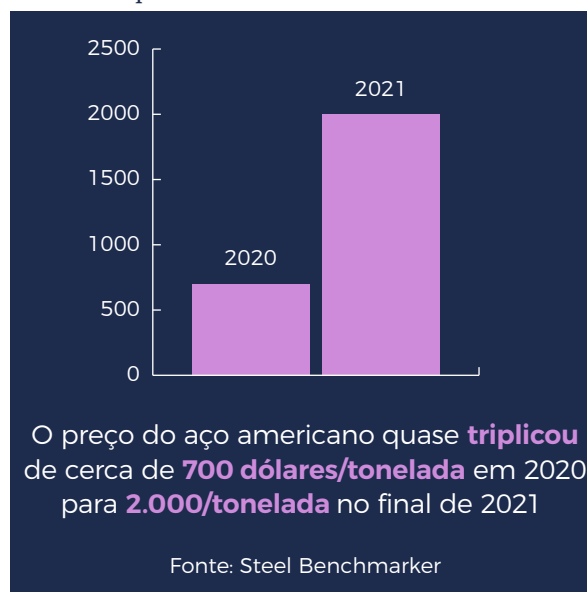


A maior atenção dada à transparência e divulgação de informações da cadeia de fornecimento, particularmente em relação às políticas ESG, pode também ter um impacto relevante (ao menos a curto e médio prazo) na medida em que proprietários, empreiteiros e fornecedores se adaptam aos novos critérios de conformidade introduzidos sob várias formas a nível mundial. Por exemplo, a lei alemã sobre o dever de cuidado da cadeia de fornecimento (*German Supply Chain Duty of Care Act*) obriga empresas a cumprir normas de proteção aos direitos humanos e certas normas ambientais internacionais em suas operações e cadeias de fornecimento (veja [aqui](#)). Legislação semelhante foi proposta pela União Europeia sob a forma da Diretiva de Diligência de Sustentabilidade Empresarial (vide [aqui](#)). Além disso, o aumento da procura dos consumidores por soluções mais ecológicas exercerá pressão sobre essas cadeias de fornecimento à medida que se acomodam a tais exigências.

O que significa, na prática, o rompimento da cadeia de fornecimento?

O rompimento da cadeia de fornecimento tem o potencial de atrasar o progresso de obras e, eventualmente, a conclusão de um projeto, porque os materiais ou componentes necessários já não estão disponíveis, os prazos de entrega são aumentados ou a entrega demorará mais tempo, para citar apenas alguns exemplos. O rompimento da cadeia de fornecimento pode também aumentar os custos, uma vez que os materiais ou componentes devem ser adquiridos a um preço mais elevado do que o inicialmente previsto, ou pode ser necessário adquirir um material ou componente alternativo, mais caro, para o projeto.

O aço, o cobre e a madeira são exemplos de materiais de construção cujo fornecimento tem sido afetado nos últimos tempos. Em relação aos componentes, exemplos notáveis incluem turbinas necessárias para projetos eólicos *offshore* e equipamentos para armazenamento de baterias de sílica necessárias para projetos solares. O fornecimento de equipamento especializado, energia, petróleo e outros combustíveis e a sua logística também podem ser afetados. O preço e a disponibilidade de mão-de-obra também podem ser abalados por muitos dos fatores que afetam a cadeia de fornecimento.





As pressões acima referidas podem também aumentar o risco de insolvência na cadeia de fornecimento, com os principais fornecedores e subcontratantes potencialmente em risco. Comentamos essa tendência no nosso [relatório de 2021](#), mas ela continua a ser um risco igualmente grande, se não mesmo maior, no contexto atual.

Tradicionalmente, empreiteiros que celebravam contratos de construção a preço fixo estavam, muitas vezes, dispostos a suportar o risco de pequenos aumentos de custo e/ou pequenos atrasos causados pela ruptura da cadeia de fornecimento – nesses casos, o risco era precificado e incorporado no cronograma. No entanto, como se tornou evidente durante a pandemia de COVID-19, este mecanismo é comercialmente viável até um certo ponto.

O impacto nas arbitragens: aumento das demandas

Dada a gravidade dos abalos na estrutura da cadeia de fornecimento, esperamos que novos litígios surjam, por exemplo, em relação a demandas para a dilação de prazos e/ou para o reembolso de custos adicionais nos termos dos respectivos contratos.



Esperamos uma maior dependência (e disputas em relação ao funcionamento de) cláusulas contratuais relacionadas com os seguintes temas.

- **Escalada de preços:** tradicionalmente, tais cláusulas não são um ponto de especial atenção na negociação dos contratos de construção, mas à luz da realidade econômica atual a sua utilização (e a necessidade de sua inclusão nos contratos) torna-se fundamental (leia o nosso [post no blog](#) para saber mais).
- **Flutuação do câmbio:** tais cláusulas podem ser úteis quando o custo dos materiais e da mão-de-obra está associado a uma moeda diferente do preço do contrato.
- **Alterações:** um contratante pode procurar mitigar efeitos por meio da alteração dos termos contratuais em determinadas circunstâncias, por exemplo, prevendo alternativas para permitir a utilização de um componente diferente.
- **Cláusulas com identificação de subcontratados:** uma cláusula exigindo que o empreiteiro subcontrate um fornecedor específico (ou selecione entre um número limitado de fornecedores) pode ter impacto na capacidade do empreiteiro de mitigar os efeitos da ruptura da cadeia de fornecimento.



No ano passado, assistimos a uma maior concentração na inclusão e operação de cláusulas de escalada de preços, flutuação cambial e de identificação de subcontratantes/fornecedores – uma tendência que esperamos ver em 2023

Matei Purice

Continental Europe Head of Global Projects Disputes

Conceitos legais tais como frustração da finalidade do contrato, força maior, imprevisibilidade ou mudança das circunstâncias de contratação podem também ganhar mais atenção num esforço para evitar as consequências de atrasos (ou ausência) na operação das cadeias de fornecimento. Cláusulas que permitam alterações contratuais em virtude de mudanças nas leis aplicáveis ao contrato podem ser incluídas em referência às sanções e obrigações derivadas das regras ESG (incluindo-se leis relacionadas com a fiscalização da cadeia de fornecimento e alterações climáticas), quando haja uma restrição material na capacidade de se utilizar fornecedores particulares ou previamente escolhidos. Em todo caso, esperamos que a sua utilização seja recomendada apenas a casos específicos e excepcionais.

Olhando para o futuro: soluções potenciais para limitar os riscos gerados pela ruptura da cadeia de fornecimento

As medidas práticas que as partes podem tomar para reduzir o impacto da ruptura global da cadeia de fornecimento incluem as seguintes:

- Relocalização da empresa para o seu país do origem, perto da costa desse país ou diversificação da base de fornecimento. Um exemplo dessa medida é a estratégia “China mais um” (*China plus one*), ou seja, o estabelecimento de um fornecedor adicional fora da China. A localização das empresas é frequentemente imposta em projetos de transição de energia apoiados pelo Estado, para assegurar benefícios econômicos internos.

- Uso de novas tecnologias, por exemplo redes de fornecimento digitais (DSNs), que forneçam dados em tempo real sobre a disponibilidade e movimento de materiais. Estas tecnologias podem alertar imediatamente as partes sobre potenciais problemas na cadeia de fornecimento, dando mais tempo para resolvê-los.
- Consideração de estruturas contratuais alternativas. Partes interessadas em um projeto devem considerar a adoção de estruturas alternativas, tais como contratos de parceria e de alianças que possam ajudar a equilibrar alguns dos riscos decorrentes da crise global da cadeia de fornecimento (ver [aqui](#)).



Garantir a resiliência das cadeias de fornecimento continuará a ser um imperativo empresarial para o futuro. As partes terão de ser atenciosas na abordagem das várias pressões desde a inflação à insolvência e na preparação para uma maior instabilidade geopolítica. O recente contexto de crise contínua irá moldar disputas nos próximos anos

Erin Miller Rankin

Partner

03.

As disputas de GNL no horizonte em meio à volatilidade do mercado



Joaquin Terceño

Partner,
Tokyo



Yuri Mantilla

Senior Associate,
Paris



Shannon O'Neill

Senior Associate,
London

Os últimos três anos registaram mudanças e incertezas em quase todos os aspectos da vida, uma vez que a pandemia da COVID-19 e os conflitos políticos causaram enorme estrago aos mercados em todo o mundo.

Um dos setores mais afetados tem sido o setor energético, em particular o gás natural, cujos preços têm flutuado de forma desgovernada em todo o mundo ao longo dos últimos três anos. A pandemia da COVID-19 registou baixas drásticas de preço à medida que a procura diminuiu durante os *lockdowns*, vindo a aumentar em 2021 pelo aumento da procura e súbita escassez da oferta. Em 2022, os preços subiram novamente em paralelo à invasão russa da Ucrânia, que provocou um declínio acentuado no fornecimento de gás russo, enquanto mercados relevantes consumiram mais gás em meio a uma produção mais baixa de eletricidade derivadas de outras fontes energéticas, como a nuclear e a hidroelétrica.

À medida que os compradores em todo o mundo se apressaram a assegurar fontes de gás alternativas, o preço do gás natural liquefeito (GNL) disparou. A Agência Internacional de Energia informou que, no terceiro trimestre de 2022, o custo do GNL tinha atingido o seu nível mais alto desde 2008 nos EUA e estava a um nível sem precedentes na Europa e na Ásia. De fato, entre o início de 2020 e meados de 2022, os preços do GNL aumentaram mais de 40 e 20 vezes

na Europa e na Ásia, respectivamente. Embora os preços tenham diminuído desde o seu pico em meados de 2022, continuam elevados e espera-se que permaneçam voláteis devido às flutuações projectadas da oferta e da procura.

Estas circunstâncias levaram a um aumento dos litígios decorrentes de contratos de GNL, que normalmente incluem cláusulas de arbitragem. Em particular, tem-se assistido nos últimos anos a um aumento das arbitragens relacionadas com revisões de preços e obrigações de fornecimento, uma tendência que parece destinada a continuar.

As cláusulas de revisão de preços nos contratos de fornecimento de GNL são incluídas para dar às partes flexibilidade para ajustar os seus acordos com base nas flutuações de mercado, sendo os requisitos procedimentais e materiais de tal revisão ditados pelo contrato. Embora a Europa já tenha visto arbitragens de preços de gás anteriormente, desencadeadas sobretudo pela desregulamentação do mercado de gás da UE em 1998 e depois pela redução da procura europeia e do excesso de oferta dos EUA após a crise financeira global de 2008, a volatilidade do mercado nos últimos anos assistiu a um aumento das arbitragens de revisão de preços na Ásia-Pacífico em particular, onde anteriormente eram mais raras.

Preços elevados do GNL significam que vendedores irão recorrer a cláusulas de revisão de preços para buscar o aumento dos preços em contratos de longo prazo, enquanto compradores estarão sob pressão para manter os custos baixos e resistir ao aumento de preços. Com posições diametralmente opostas e incertezas no desenvolvimento do mercado do gás, as hipóteses de se chegar a um acordo amigável sobre aumentos de preços diminuem, pelo que esperamos um aumento global no número de arbitragens de revisão de preços.

As graves flutuações do mercado e as incertezas do fornecimento também alimentam o anseio de quebra ou renegociação de contratos de fornecimento de GNL existentes, com o objetivo de lucrar com preços mais elevados no mercado e buscar fontes alternativas de fornecimento, já que restrições de fornecimento estão tornando as obrigações de entrega difíceis de cumprir. Cada vez mais, vendedores não conseguem entregar total ou mesmo parcialmente os seus compromissos de GNL em contratos a longo prazo, citando frequentemente como justificativa questões operacionais e logísticas (tais como falta ou problemas de infraestrutura), força maior, onerosidade excessiva e/ou sanções. Isso agrava ainda mais a crise de provisionamento, pois compradores procuram substituir o GNL para cumprir as suas próprias obrigações com os seus próprios consumidores. As disputas surgem quando as partes procuram atribuir a culpa e argumentar sobre quem suporta o risco contratual.

Ademais, vendedores estão buscando formas de desviar cargas de GNL submetidas a contratos de longo prazo, em favor de novos compradores que estejam dispostos a pagar mais. Dado que vendedores estão normalmente sujeitos a um dever de maximizar o lucro dos seus acionistas, podem considerar necessário procurar acordos mais lucrativos para fornecer a terceiro em contratos negociados nas condições de mercado mais favoráveis, aceitando as consequências advindas de uma quebra dos seus atuais compromissos de longo prazo. Isso dá origem a mais disputas, incluindo-se acerca da existência de um direito contratual de venda a outros compradores e, em caso afirmativo, a quem deve ser dada prioridade.

Essas disputas provavelmente levarão compradores a impor obrigações contratuais e/ou a buscar a recuperação de danos para além de limitações contratuais e de danos pre-liquidados (especialmente se o vendedor se recusar o fornecimento em favor da obtenção de ganhos oportunistas). Quando contratualmente disponíveis, novas demandas podem também surgir pelo não cumprimento, pelos vendedores, dos direitos dos compradores de aumentar o fornecimento durante um determinado período, notadamente porque compradores podem ter um incentivo para receber as quantidades adicionais pelo preço contratual mais baixo com a finalidade de armazená-las e/ou revende-las noutro local pelo preço de mercado mais elevado. Como referido acima, vendedores podem invocar cláusulas de força maior e de onerosidade excessiva para justificar falhas na entrega.

A arbitragem, com a sua ênfase na confidencialidade e na capacidade de nomear membros do tribunal com conhecimentos relevantes da indústria, está bem colocada para solucionar disputas decorrentes da tempestade que combina flutuações drásticas de preços, estrangulamentos de fornecimento, infraestruturas inadequadas e sanções internacionais. O aumento de disputas até o momento serve não só como um aviso às partes que ainda não a enfrentam, mas também como um lembrete da posição única da arbitragem – privada, adaptada e aplicável internacionalmente – para resolver tais diferenças.



A volatilidade do mercado energético e a instabilidade política no mundo de hoje estão aumentando as relações contratuais para as vendas de GNL, e esperamos ver o surgimento de disputas decorrentes destes efeitos em quase todos os cantos do mundo enquanto compradores e vendedores procuram formas criativas de melhorar as suas posições

Joaquin Terceño

Partner

04.

Transição energética: o panorama atual na América Latina e o que esperar em 2023



Nigel Blackaby KC
Partner,
Washington DC



Caroline Richard
Partner,
Washington DC



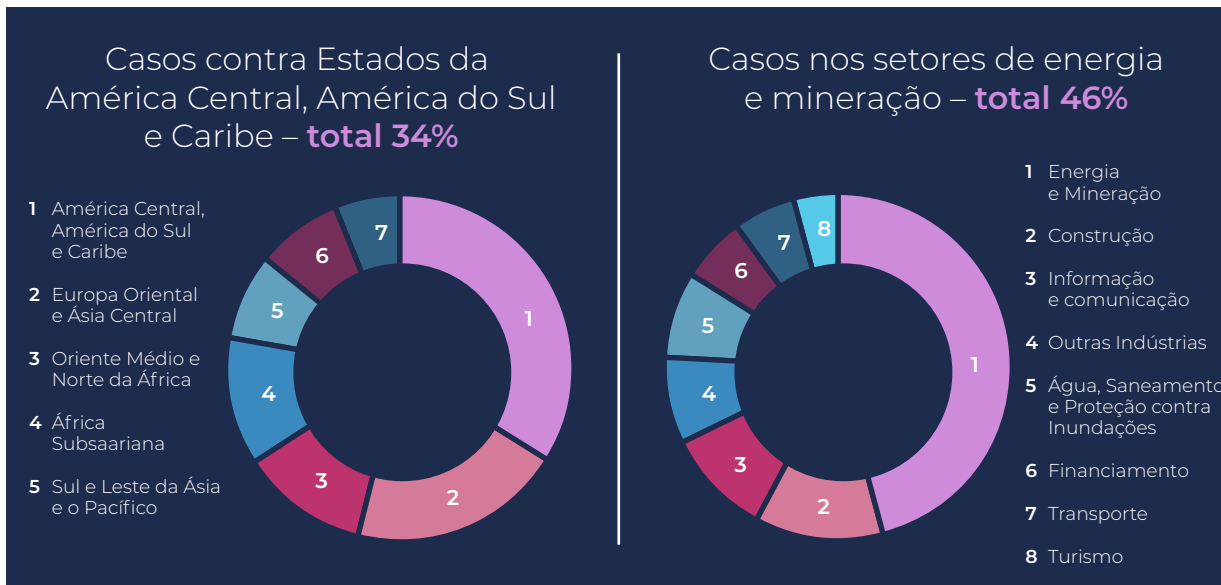
Natalia Zibibbo
Counsel,
New York



Juan Pomes
Senior Associate,
Washington DC

À medida que deixamos para trás a crise global criada pela pandemia, os governos e a sociedade civil estão a reunir-se novamente em torno da consecução dos objetivos climáticos e de desenvolvimento sustentável, para os quais a transição energética é fundamental.

Na América Latina, a transição apresenta tanto oportunidades como desafios, os quais podem aumentar o número de disputas relacionadas com a energia na região em 2023. As disputas no setor são normalmente resolvidas por arbitragem, incluindo a arbitragem de investimento. De acordo com o último relatório do ICSID, quase metade dos casos do ICSID em 2022 estavam relacionados com os setores de energia e mineração, e um em cada três casos registados envolveu países da América Central, do Sul ou do Caribe.



Os esforços para incentivar o investimento na geração de energia limpa na América Latina na última década produziram resultados positivos. Entre 2015 e 2020, os países da América Latina aumentaram a sua capacidade renovável em 33%. A Costa Rica e o Uruguai, por exemplo, já são quase inteiramente autosuficientes em energia através do desenvolvimento de energias renováveis. Além disso, 15 países da região comprometeram-se a gerar, até 2030, 70% do seu consumo de eletricidade a partir de fontes renováveis. Estes países fazem parte da iniciativa *Renewables in Latin America and the Caribbean* (RELAC), criada no final de 2019 no âmbito da Reunião das Nações Unidas sobre Ação Climática. Os seus membros são a Bolívia, Chile, Colômbia, Costa Rica, República Dominicana, Equador, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru e Uruguai. Neste sentido, governos latino-americanos têm estabelecido regimes regulamentares específicos para atrair investimentos estrangeiros para o setor. A revogação desses regimes, ou mesmo a introdução de alterações regulamentares significativas, pode violar proteções concedidas aos investidores ao abrigo de tratados internacionais de investimento e acordos de livre comércio.

A transição energética, contudo, tem sido afetada por acontecimentos recentes que abalaram os mercados energéticos internacionais, incluindo-se a pandemia da COVID-19 e a invasão da Ucrânia pela Rússia, provocando um aumento dos preços dos combustíveis fósseis. Vários países latino-americanos aproveitam essa oportunidade para investir na sua indústria de petróleo e gás (O&G), num esforço para reativar suas economias deterioradas pela pandemia. Isso pode motivar os governos latino-americanos a suspender políticas de energia renovável, conduzindo potencialmente a novas disputas.

No caso do governo mexicano, por exemplo, sob a liderança do Presidente López Obrador, vê-se um recuo nas políticas de desenvolvimento de investimento privado em energias renováveis a fim de reimpulsionar o domínio de empresas estatais como a PEMEX (petróleo e gás) e a CFE (eletricidade) no setor da energia. Considerando que estas entidades estatais são largamente dominadas pelo desenvolvimento de combustíveis fósseis e (no caso da CFE) centrais térmicas, pode-se dizer que a transição para uma energia mais limpa está, efetivamente, estagnada. Notadamente, essas alterações regulamentares no setor das energias renováveis podem colocar o México numa posição semelhante à de Espanha e Itália, que enfrentaram múltiplas arbitragens com base em tratados de investimento após a revogação de incentivos dados ao setor de energias renováveis.

O Presidente brasileiro recentemente eleito, Lula, deu indicações de uma tendência ao se posicionar em favor da recuperação da posição de líder de mercado pela Petrobras (a empresa estatal O&G), especialmente nas operações *upstream*. Assim, é esperado um aumento do investimento estatal no setor. Uma Petrobras mais atuante em um contexto de alta volatilidade dos preços do petróleo pode também conduzir a um aumento de disputas comerciais no setor. Empresas brasileiras de energia preferem, em larga maioria, resolver as suas disputas através da arbitragem, pelo que podemos esperar um aumento das arbitragens de energia sediadas no Brasil.

Outras tensões estão surgindo como consequência de mudanças políticas na América Latina. A Colômbia, por exemplo, é tradicionalmente um dos maiores exportadores mundiais de carvão e, atualmente, exporta carvão a níveis recorde. O país também é um novo exportador de petróleo e gás através da Ecopetro, empresa de energia controlada pelo Estado. Entretanto, o recém-eleito presidente Gustavo Petro declarou abertamente a sua oposição às indústrias de O&G e de

mineração com o compromisso de não conceder novas licenças de exploração e de *fracking*. Essas medidas teriam um grave impacto nas receitas do Estado, o que está sendo parcialmente compensado por uma grande reforma fiscal que aumentou a receita fiscal do Estado no campo da exploração dos recursos naturais (por exemplo, tornando os royalties não dedutíveis para efeitos fiscais).

Em contraste com a posição da Colômbia, a Argentina não se opõe ao *fracking* e procura aumentar a produção de O&G no seu megadepósito de Vaca Muerta, que detém a segunda maior reserva mundial de gás de xisto e a quarta maior reserva mundial de petróleo de xisto. As preocupações ambientais sobre a exploração do xisto, no entanto, podem conduzir a novas disputas. A Argentina também procura, juntamente com a Bolívia e o Chile, expandir a exploração do lítio, que é essencial para a transição energética e certamente estará no centro das atenções em 2023. Dados os impactos ambientais associados à exploração do xisto e à extração de lítio, bem como a sua importância estratégica (vide, por exemplo, que o México nacionalizou recentemente o lítio), é provável que a região veja disputas relacionadas com o lítio num futuro próximo.

Finalmente, a sede global por energia pode ter um potencial lado positivo para os investidores na Venezuela. A atual situação geopolítica que cortou o petróleo russo dos mercados internacionais permitiu à Venezuela retomar as suas relações diplomáticas com certos países, incluindo a Colômbia e a Espanha. Permissões foram concedidas às companhias petrolíferas europeias para negociarem petróleo venezuelano. Se os EUA decidirem aliviar ainda mais as sanções contra o país, a Venezuela poderá se interessar por atrair um novo influxo de investimento estrangeiro para o setor.

Em resumo, a América Latina está numa encruzilhada. Sendo uma região onde a riqueza de muitos países depende da exploração de seus recursos naturais (incluindo a extração de carvão em grande escala e o desenvolvimento do O&G), a transição energética apresenta um desafio único. Alguns países como o México e o Brasil parecem continuar a confiar na sua indústria de combustíveis fósseis, enquanto outros, como a Colômbia, parecem ter abraçado a necessidade de uma transição, apesar da sua provável onerosidade. Considerando que as disputas florescem justamente em tempos de transição, bem como a preferência da América Latina pela resolução de disputas através de arbitragem, esperamos que a região continue a gerar muitos novos casos em 2023.

05.

Retiradas do TCE: um passo à frente, dois passos atrás?



**Carsten
Wendler**
Partner,
Frankfurt



**Marta
Garcia Bel**
Senior Associate,
Milan



**Gregorio
Pettazzi**
Principal Associate,
Frankfurt

Em 2022, vários Estados-Membros da UE anunciaram a intenção de se retirar do Tratado da Carta de Energia (TCE). Isso aconteceu num momento em que o processo de modernização do TCE, iniciado em 2017, tinha acabado de ser concluído – sendo a votação sobre a adoção do texto modernizado a única questão pendente. Após as saídas serem anunciadas, a votação foi adiada para abril de 2023. Como os investidores devem se posicionar?

No intuito de alinhar as obrigações no âmbito do TCE com a nova estratégia de transição energética e de mudanças climáticas, as 53 Partes Signatárias do TCE chegaram a um acordo acerca dos princípios aplicáveis à modernização do tratado. A proposta inclui (i) uma lista revisada de investimentos protegidos no setor energético, (ii) a exclusão de arbitragens intra-UE, seguindo a jurisprudência da Corte da União Europeia, e (iii) um mecanismo de opt-out que permita aos Estados excluir da proteção do tratado novos investimentos em combustíveis fósseis.

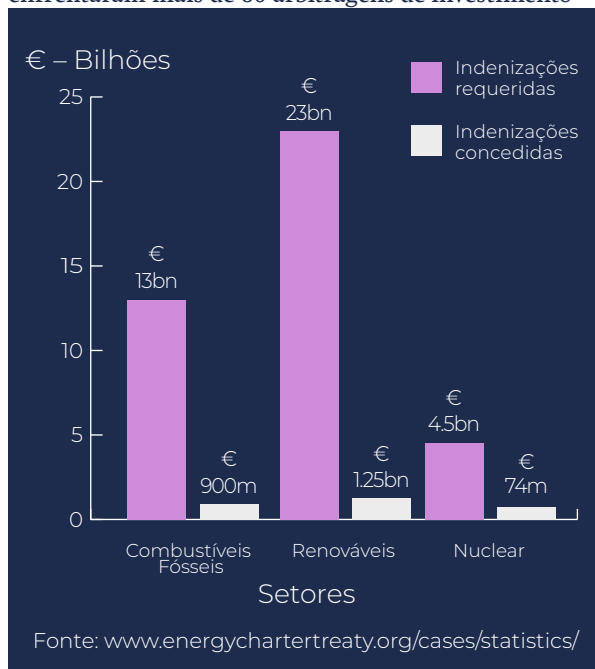
A proposta também reafirmou o direito dos Estados de adotar medidas de proteção ambiental e a impulsionar a transição energética. Contudo, vários Estados-Membros parecem agora ter tomado a posição de que esses avanços não são suficientes.

Porque Estados da UE estão saindo do TCE?

Os apelos à modernização do TCE vieram em sequência a uma série de arbitragens de investimento derivadas da adoção de políticas ambientais e climáticas. Em 2012, a Swedish Vattenfall processou a Alemanha por causa da eliminação progressiva da energia nuclear, na sequência do incidente de Fukushima.

Os Países Baixos enfrentou situação semelhante quando decidiu implementar a sua política de eliminação do carvão, planejando a redução gradual de todas as centrais elétricas alimentadas a carvão até 2029. Com base no TCE, as empresas alemãs RWE e Uniper estão aparentemente buscando indenização de cerca de €2,5 bilhões de euros em prejuízos causados pelos Países Baixos. Mais recentemente, um tribunal arbitral condenou a Itália a pagar €190 milhões mais juros à empresa inglesa Rockhopper por proibir a busca e exploração de concessões petrolíferas na costa adriática, devido a preocupações ambientais.

No entanto, o TCE não protege apenas investimentos convencionais. A grande maioria das demandas contra os Estados-Membros da UE foi iniciada por investidores em energias renováveis. Desde 2010, Espanha, Itália, República Checa, Alemanha e França – entre outros – enfrentaram mais de 60 arbitragens de investimento



no valor de mais de €10 bilhões de euros depois de cortarem ou reverem incentivos a produtores de energias renováveis.

Esta onda de disputas de investimento levantou a questão do equilíbrio entre a proteção de investimentos estrangeiros e o direito dos Estados de implementar suas políticas públicas, especialmente aquelas relativas à transição energética e às mudanças climáticas. Redefinir este equilíbrio foi um dos próprios objetivos do processo de modernização do TCE.

Em todo caso, alguns Estados-Membros da UE parecem estar insatisfeitos com o resultado alcançado e consideram que a reforma proposta é insuficiente. Neste contexto, a Bélgica, França, Alemanha, Luxemburgo, Países Baixos, Polônia, Portugal, Eslovênia e Espanha anunciaram, no ano passado, a sua intenção de se retirar do TCE. Pouco tempo depois, o Parlamento Europeu chegou a sugerir uma retirada coordenada de todos os Estados-Membros da UE.

O que o futuro reserva para o TCE, e para os investidores?

As denúncias do TCE por Estados signatários desencadeiam a aplicação da chamada cláusula de caducidade (*sunset clause*). A cláusula de caducidade do TCE estende a proteção dos investimentos existentes (incluindo os de fontes de energia convencionais) por um período de 20 anos após a denúncia do tratado pelo respectivo Estado signatário.

É por isso que a UE procura uma saída coordenada dos Estados-Membros da UE do TCE, numa tentativa de neutralizar o funcionamento da sua cláusula de caducidade. No entanto, os efeitos jurídicos de tal retirada coordenada estão longe de estarem definidos sob o direito internacional. Caberá aos tribunais arbitrais determinar se – após essa retirada

coordenada dos Estados-Membros da UE – a cláusula de caducidade do TCE se aplicaria ou não em relação a investimentos anteriores feitos nesses Estados.

No contexto dessa potencial mudança significativa no panorama europeu dos investimentos no setor energético, investidores devem considerar cuidadosamente uma série de fatores para assegurar a proteção dos seus investimentos contra a intervenção ilegal governamental.

- **Estruturação do investimento para assegurar a melhor proteção jurídica possível:** investidores devem avaliar cuidadosamente como estruturar e/ou reestruturar os seus investimentos na UE. Pode ser aconselhável que o investimento seja realizado a partir de uma entidade localizada numa jurisdição fora da UE (por exemplo, Suíça ou Reino Unido) com bons tratados de proteção de investimento em vigor com o Estado-Membro da UE no qual o investimento é realizado.
- **Avaliar instrumentos alternativos para proteger os seus direitos:** investidores devem considerar a possibilidade de concluir ou alterar contratos de investimento com o Estado-Membro da UE em questão – ou um de seus órgãos estatais – a fim de incluir cláusulas de arbitragem e proteções substantivas nestes instrumentos. É primordial que a sede da arbitragem se situe fora da UE. Além disso, investidores devem avaliar cuidadosamente as proteções legais alternativas específicas disponíveis para os seus investimentos – sob a lei nacional, sob a legislação da UE, outros tratados de proteção de investimentos ou da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.
- **Assegurando a sua posição para as negociações:** o custo dos procedimentos de arbitragem, bem como o risco de danos à reputação, podem incentivar os Estados a resolver as suas disputas com investidores.

A arbitragem Vattenfall contra a Alemanha é um bom exemplo disso, em que as partes conseguiram chegar a um acordo no valor de mais de €1,4 bilhões de euros, *no lugar de* uma decisão do tribunal arbitral. Investidores devem, portanto, estar sempre dispostos a alavancar a sua posição nas negociações com os Estados e entidades estatais, a fim de mitigar o risco de litígio.



Investidores no setor de energia devem se preparar frente à denúncia do TCE anunciada por vários Estados-Membros da UE. O risco de ficar sem uma proteção jurídica adequada face a intervenções governamentais – especialmente em certos países – é demasiado elevado. A situação específica de cada investimento deve ser cuidadosamente avaliada para assegurar a melhor proteção jurídica possível e mitigar os riscos tanto quanto possível.

Carsten Wendler
Partner

06.

O avanço para maior transparência



Noah Rubins KC

Partner,
Paris



Rohit Bhat

Dispute Resolution
Lead – India Disputes,
Singapore



Ezequiel Vetulli

Senior Associate,
New York

Uma das marcas distintivas da arbitragem é a confidencialidade do procedimento. Contudo, no passado recente, assistimos a um movimento para conferir maior transparência tanto nas arbitragens investidor-Estado como nas arbitragens comerciais. Em 2022, algumas das principais instituições arbitrais alteraram os seus regulamentos para proporcionar maior acesso público à informação sobre procedimentos arbitrais. Essas mudanças indicam um avanço no sentido de uma nova regra geral de publicação de sentenças, ordens processuais e até mesmo de manifestações escritas das partes, na qual as partes devem objetar um nível de confidencialidade que, até pouco tempo, era a regra. As mudanças também seguem a tendência de se exigir a divulgação de alguns aspectos dos acordos de financiamento por terceiros (*third party funding*).

Esperamos que o impulso para uma maior transparência ganhe velocidade em 2023, com mais instituições arbitrais seguindo essa tendência.

Publicação de sentenças arbitrais

As exigências de transparência estão no centro do debate no âmbito das arbitragens de investimentos, e a comunidade arbitral tem feito esforços para responder a estas exigências nos últimos anos. As Regras da *UNCITRAL* de Transparência em Arbitragens Investidor-Estado sob Tratados e a Convenção das Nações Unidas sobre Transparência em Arbitragens Investidor-Estado sob Tratados refletem essa tendência.

ICSID: em 2022, o ICSID alterou o seu regulamento de arbitragem e introduziu um [capítulo dedicado à transparência](#). A principal alteração, na Regra 62, prevê que “as sentenças, decisões complementares sobre uma sentença, e retificação, interpretação e revisão de uma sentença, e decisões sobre anulação” devem ser publicadas automaticamente, a menos que uma parte se oponha por escrito no prazo de 60 dias. Isso é o oposto da posição anterior, que exigia que todas as partes dessem o seu consentimento para a publicação de sentenças e decisões. Além disso, as

Regras 63 e 64 prevêm a publicação, como princípio, de ordens processuais, de manifestações das partes e de documentos apresentados junto com essas manifestações. A nova Regra 65 também inclui uma presunção de que as audiências serão abertas ao público, a menos que uma das partes se oponha.

ICDR: o [Regulamento de Arbitragem do ICDR](#) de também introduziu alterações ao regime de confidencialidade do ICDR. Menos imponente do que o Regulamento do ICSID, a Regra 40(3) do Regulamento do ICDR agora prevê que o ICDR “pode” publicar o texto completo de uma sentença se obtiver o consentimento das partes. A Regra 40(4) permite que o ICDR publique versões anônimas de sentenças, ordens, e decisões, a menos que uma das partes se oponha dentro de um prazo de seis meses.

CCI: em janeiro de 2021, a CCI publicou uma nota às partes destacando o seu esforço para alcançar uma maior transparência, com todas as sentenças finais proferidas a partir do 1 de janeiro de 2019 presumidamente sujeitas à publicação. Em abril de 2021, a CCI colaborou com o *Jus Mundi* – uma conhecida ferramenta de pesquisa jurídica – para fornecer acesso total ao público a todas as sentenças CCI publicáveis. Em 2022, a CCI expandiu a sua parceria com o *Jus Mundi*, dando-lhe acesso à biblioteca de resolução de litígios da CCI com mais de 7,500 documentos, incluindo sentenças arbitrais.

Essas mudanças provavelmente terão um impacto positivo na legitimidade do procedimento arbitral. Em particular, o acesso a mais precedentes melhorará a consistência e a previsibilidade, tornará as partes interessadas mais responsáveis, melhorará o processo de seleção dos árbitros e reduzirá os riscos de conflito de interesses. É importante notar que as partes continuam podendo impedir a publicação quando a confidencialidade for importante, preservando o que é uma vantagem importante da arbitragem para muitas empresas.

Financiamento por terceiros (*third-party funding*)

À medida que o financiamento arbitral por terceiros se torna cada vez mais comum, as instituições arbitrais estão considerando mudanças para abordar questões a ele relacionadas. Notamos no nosso [Relatório de Tendências do ano passado](#) que, embora vários regulamentos como os da CCI, Delos e HKIAC tenham instituído regimes de divulgação de financiamento por terceiros, ainda não existe consenso sobre o tema. Desde então, mais algumas instituições arbitrais implementaram regulamentos que exigem essa divulgação.

A Regra 14 do Regulamento do ICSID de 2022 exige a divulgação da existência de acordos de financiamento por terceiros, incluindo a divulgação da identidade do financiador e dos seus proprietários beneficiários finais. As Regras da ICDR de 2021 exigem igualmente que as partes revelem a identidade e natureza de qualquer financiador, incluindo “qualquer terceiro que tenha interesse econômico no resultado da arbitragem”, o que poderia incluir, por exemplo, seguradoras, empresas coligadas ou acionistas.

Outros novos regulamentos a requerer a divulgação de acordos de financiamento por terceiros são as [Regras de Arbitragem Financeira PRIME de 2022](#), que agora exigem que as partes revelem “a identidade de qualquer terceiro com um interesse significativo no resultado do litígio” e a “natureza” desse interesse, e o [Regulamento de Arbitragem do Centro Australiano de Arbitragem Comercial Internacional de 2021](#), que introduziram novas disposições que obrigam as partes a divulgar a existência e a identidade de quaisquer financiadores.

Com essas alterações, parece que algum grau de consenso sobre a exigência de revelação da existência de financiamento está emergindo, o que não se estende ao acordo de financiamento em si. Isso porque a principal preocupação em relação a tais acordos é evitar relações não reveladas entre árbitros e instituições de financiamento, já que isso poderia prejudicar a execução de sentenças arbitrais posteriormente.

Será que outras instituições arbitrais irão seguir o mesmo caminho?

Embora em 2022 tenha havido algumas grandes mudanças no regime de transparência na arbitragem internacional, ainda não há consenso sobre o assunto. As principais instituições arbitrais, tais como a LCIA, SIAC, HKIAC, DIAC e SCC continuam a ter a posição padrão de que as decisões arbitrais e outros documentos devem ser mantidos confidenciais a menos que as partes concordem com a sua publicação. A LCIA, SIAC e a SCC são também omissas quanto às regras de divulgação de financiamento por terceiros. Contudo, a maioria desses regulamentos não foi atualizado nos últimos três a cinco anos, e é provável que versões atualizadas desses regulamentos reflitam a nova tendência.

07.

A caminhada no sentido da diversidade continua a ganhar ritmo



Sylvia Noury KC
Partner,
London



Noiana Marigo
Partner,
New York



Guy MacInnes-Manby
Associate,
London



Ashley Jones
Senior Knowledge
Lawyer, London

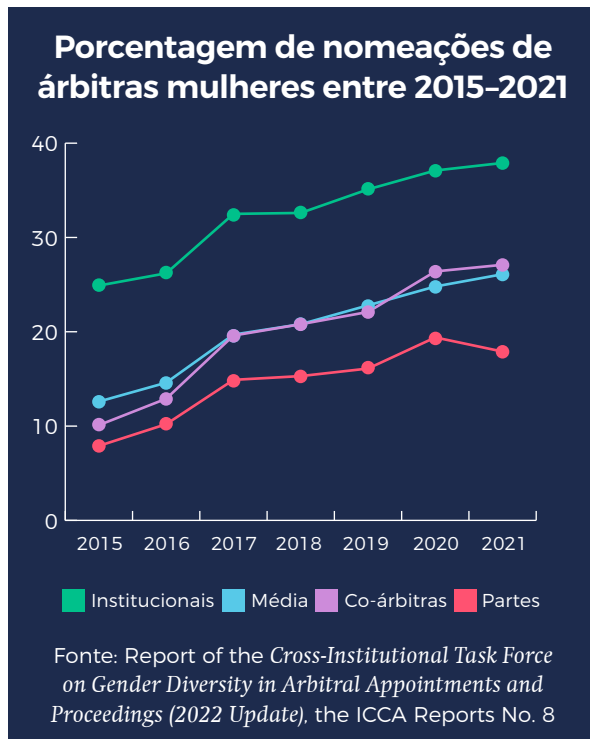
O dicionário de Cambridge oferece duas definições da palavra “tendência”; a primeira, “um desenvolvimento geral ou mudança numa situação ou na forma como as pessoas estão se comportando”, e a segunda, simplesmente, “uma moda”.

Com demasiada frequência, compromissos com a diversidade têm sido motivados por essa última definição; as iniciativas de diversidade são apoiadas porque *está na moda* fazê-lo. Esse apoio tende a ser de curto prazo e ineficaz para conduzir a uma mudança real. A obtenção de um desenvolvimento geral ou uma mudança no comportamento das pessoas requer um compromisso constante, sendo incontestável que a mudança de perspectiva de diversidade vale a pena, tanto como um fim em si mesmo quanto pelos benefícios para a comunidade arbitral como um todo.

Podemos (finalmente) afirmar que houve “um desenvolvimento geral ou uma mudança de situação na forma como as pessoas estão se comportando” no que diz respeito à promoção e desenvolvimento da diversidade na arbitragem. A nossa expectativa é que, com o excelente trabalho de base estabelecido nos últimos anos, essa mudança de tendência na comunidade arbitral continue a ganhar ritmo em 2023, dando visibilidade e promovendo um número crescente de grupos subrepresentados.

Sem dúvida, progressos foram alcançados quanto à diversidade de gênero; nos últimos anos, assistiu-se a uma melhoria constante do número de árbitras mulheres nomeadas nas principais instituições arbitrais – graças a iniciativas como a [Equal](#)

[Representation in Arbitration \(ERA\) Pledge](#), [ArbitralWomen](#), [WWA Latam](#), e muitas outras. Embora ainda haja mais trabalho a ser feito, especialmente no que diz respeito às nomeações de árbitras mulheres pelas partes, as estatísticas demonstram que uma mudança real está ocorrendo. Como demonstra o gráfico, a proporção de mulheres nomeadas como árbitras mais do que duplicou de 12,6% em 2015 para 26,1% em 2021.



Cada vez mais, medidas estão sendo tomadas no âmbito da comunidade arbitral para incorporar objetivos de diversidade mais amplos. A [Igualdade Racial para os Advogados Arbitrais \(REAL\)](#) e a [Promessa Africana](#) continuam a promover a igualdade racial

para advogados através das suas redes ativas de advogados e parceiros. O ERA Pledge tem subcomitês centrados na promoção de árbitras de diferentes origens raciais e étnicas, incluindo África, Ásia, MENA e América Latina. E em 2022, o Prêmio GAR Pledge foi expandido para reconhecer e celebrar iniciativas que promovam uma diversidade mais ampla irrestritas ao gênero.

As instituições arbitrais continuam a liderar o caminho para o progresso

O [Regulamento de Arbitragem do Centro de Arbitragem Escocês](#), lançado em Setembro de 2022, foi o primeiro do seu gênero a consagrar a necessidade de aqueles que nomeam árbitros levarem em conta os compromissos concretos de diversidade tanto do ERA Pledge como do REAL.

Desde então, o [Centro Belga de Arbitragem e Mediação](#) introduziu no seu regulamento um requisito expresso para que o seu comitê de nomeação de árbitros e o seu presidente levem em conta “considerações de diversidade e inclusão”, bem como a criação de um novo comitê permanente de diversidade e inclusão (D&I) para promover e monitorar a D&I no seio da instituição.

Outro exemplo de ação inovadora por parte de uma instituição arbitral é a [Iniciativa DIS-ERA Pledge Gender Champion Initiative](#) do Instituto Alemão de Arbitragem, destinada a encorajar os advogados envolvidos na seleção de árbitros a considerar a diversidade através de um autocontrole estatístico.

A Câmara de Comércio Internacional (CCI) também tomou medidas significativas nos últimos anos para abordar questões que incluem um amplo espectro de diversidade. Em julho de 2021, a CCI anunciou a [criação da rede LGBTQIA da CCI](#), que procura apoiar o

desenvolvimento pessoal e profissional de membros da comunidade LGBTQIA da Corte da CCI. Alguns meses mais tarde, a CCI confirmou a criação da sua [Task Force para a Inclusão de Deficientes e Arbitragem Internacional](#). Isso marca o primeiro esforço de uma instituição arbitral para tornar a resolução de litígios mais inclusiva para as pessoas com deficiência. Essas iniciativas reconhecem que os indivíduos dessa comunidade podem enfrentar barreiras baseadas nas suas características pessoais específicas e procuram reconhecer e remover essas barreiras.

Organizações de arbitragem como o Conselho Internacional de Arbitragem Comercial (ICCA), o [Comitê de Arbitragem da International Bar Association \(IBA\)](#) e o Instituto para Arbitragem Transnacional (*Institute for Transnational Arbitration*) também estão desempenhando um papel importante.

Por exemplo, o Comitê de D&I do ICCA anunciou no Congresso de 2022 em Edimburgo mudanças radicais no seu Conselho de Administração, incluindo um aumento na última década de 7% para 47% de membros femininos, assim como uma mudança no número de membros regionais. O ICCA também efetuou mudanças significativas relacionadas com a diversidade nos seus congressos, com uma maioria de oradoras pela primeira vez no Congresso de 2022 (em comparação com um elenco de oradores exclusivamente masculinos no primeiro Congresso do ICCA em 1961). Entre as iniciativas conjuntas importantes que estão sendo desenvolvidas com outras organizações arbitrais, incluem-se:

- A [atualização de 2022](#) pelo ICCA *Cross-Institutional Task Force on Gender Diversity* do seu relatório de 2020 sobre Diversidade de Gênero em Nomeações e Procedimentos Arbitrais;
- O ICCA acolherá a [ferramenta de busca de árbitros da ERA Pledge](#), uma ferramenta feita sob medida, gerida

por membros de instituições arbitrais que têm assento no Comitê de Busca da ERA Pledge e podem ajudar a encontrar a árbitra certa para qualquer arbitragem;

- Uma colaboração entre o Comitê de Arbitragem da IBA e o ICCA para redigir diretrizes sobre a promoção de todas as formas de diversidade nas conferências de arbitragem, para servir de modelo para todos.

Além disso, há muitas iniciativas de diversidade lideradas por indivíduos ou grupos que visam a melhorar todas as formas de diversidade no que diz respeito à nomeação de árbitros. Por exemplo, em Dezembro de 2022, *Mute Off Thursdays* (em parceria com a GAR e Burford Capital) lançou a primeira edição do seu [Compêndio de Unicórnios – Um Guia Global de Mulheres Árbitros](#), traçando o perfil de 176 mulheres árbitras de diferentes origens jurídicas, culturais e étnicas.



Advogados de arbitragem internacional também têm um papel importante a desempenhar no avanço da diversidade de forma mais geral através do seu alcance e recursos globais. Freshfields faz parte de uma iniciativa para apoiar o Centro Internacional para a Justiça Transitória num projeto de pesquisa comparativa intitulado [Verdade Racial, Reconciliação e Reparação na América](#) que procura examinar estudos de casos de países que enfrentaram a opressão histórica das minorias étnicas através de comissões de verdade e reconciliação. Iniciativas como esta são raras, mas bem-vindas, onde os advogados de contencioso podem se unir por um fim comum em vez de se confrontarem numa audiência

Noiana Marigo
Partner

Diversidade de peritos

Na sequência do sucesso do ERA Pledge, que conta agora com mais de 5,200 signatários e celebrará o seu sétimo aniversário em maio deste ano, em 2022 foi lançado um compromisso anexo – o [Pledge Equal Representation for Expert Witnesses \(ERE\)](#) – para abordar a questão da diversidade de gênero na nomeação de peritos em procedimentos de resolução de litígios em todo o mundo. Os cofundadores do ERE Pledge, Kathryn Britten e Isabel Kunsman, o criaram após uma pesquisa de 2020 ter revelado que 56% dos árbitros e advogados não tinham visto mulheres em papéis de peritos nos últimos três anos e apenas 1% tinha visto quatro ou mais mulheres peritos em ação no mesmo período.

O ERE Pledge começou com muita força, atraindo mais de 830 signatários em todo o mundo, incluindo 100 organizações. O comitê de direção global inclui membros de todo o mundo e uma série de profissões e instituições, incluindo os sócios do Freshfields Sylvia Noury KC, Noiana Marigo e Ali Kirby Harris. As comemorações de lançamento ocorreram em Londres e Nova Iorque e em breve serão celebradas em Paris, Dubai e Singapura.

Em 2023, o ERE Pledge tem planos de se expandir para novos países e formar novos subcomitês, incluindo um Grupo de Jovens Praticantes. Um dos maiores desafios enfrentados pela equipe do ERE Pledge será encontrar formas de medir o progresso, uma vez que a informação sobre o número de mulheres nomeadas como especialistas não é atualmente rastreada ou registrada de forma sistemática.

A comunidade arbitral deve continuar os seus esforços no sentido de expandir a diversidade por várias razões, mas nos concentraremos em duas delas em conclusão. Primeiro, profissionais da arbitragem adoram

descrever-se como parte de uma comunidade verdadeiramente global e, no entanto, lamentamos com demasiada frequência que os mesmos árbitros sejam repetidamente nomeados. A tendência para tribunais mais diversificados só pode fazer avançar essa questão. Em segundo lugar, devido ao seu alcance global, a arbitragem pode servir de guia a países onde o contexto jurídico, social ou cultural pode ser hostil a indivíduos subrepresentados ou minoritários. As nossas ações, seja na seleção de árbitros, na organização de conferências ou no recrutamento de talentos, podem ajudar a impulsionar essa mudança.

08.

Reforma da Lei Inglesa da Arbitragem de 1996



Oliver Marsden
Partner,
London



Ella Davies
Senior Lawyer,
London

Um dos desenvolvimentos mais significativos a serem observados neste ano para partes regularmente envolvidas em arbitragens em Londres será o resultado da consulta pública da Comissão Jurídica da Inglaterra e País de Gales sobre as potenciais reformas da Lei Inglesa de Arbitragem de 1996 (a Lei).

Em setembro passado, a Comissão Jurídica (órgão britânico independente encarregado de rever a lei) publicou as suas propostas iniciais de reforma da Lei que tem regido as arbitragens sediadas na Inglaterra, País de Gales e Irlanda do Norte pelos últimos 25 anos

A consulta se encerrou em dezembro de 2022 e o primeiro semestre deste ano revelará qual dessas propostas avançará mais um passo para ser promulgada.

O relatório de consulta da Comissão Jurídica

No seu relatório de consulta de setembro de 2022, a Comissão Jurídica concluiu que a Lei está funcionando bem e que uma “reforma das suas raízes” é desnecessária. Em vez disso, a consulta visa assegurar que a legislação inglesa de arbitragem continue a se modernizar, tanto para as arbitragens domésticas como para promover a escolha de Londres como sede mundial de arbitragens comerciais internacionais.

A Comissão Jurídica se concentrou na revisão de oito aspectos da Lei:

- **Confidencialidade:** a Comissão propôs que os princípios que regem a confidencialidade das arbitragens sediadas em Londres devem continuar a ser tratados caso-a-caso pelas cortes na forma do *common law* e não devem ser codificados em lei.
- **Independência dos árbitros:** a Comissão propôs que a Lei codifique o dever contínuo dos árbitros de revelar quaisquer circunstâncias que possam razoavelmente suscitar dúvidas justificáveis quanto à sua imparcialidade, sem introduzir um novo dever de independência.
- **Discriminação:** incorporando conceitos encontrados na lei de igualdade do Reino Unido, a Comissão sugeriu uma emenda ‘inovadora’ para obstar impugnações à nomeação de árbitros fundamentadas em acordos de arbitragem discriminatórios. A nova disposição tornaria ineficaz um acordo entre as partes para determinar “características” de um árbitro no contexto de uma impugnação, salvo se a exigência da característica em voga é um “meio proporcional para alcançar um objetivo legítimo” no contexto da arbitragem em questão. As características seriam aquelas estabelecidas na seção 4 da Lei da Igualdade de 2010, entre elas, idade, deficiência, raça (incluindo nacionalidade), religião ou crença, sexo, orientação sexual, mudança de sexo, casamento e parceria civil, gravidez e maternidade.
- **Rejeição sumária de pedidos:** a Comissão propôs a codificação de uma nova disposição que autorize árbitros a adotar procedimentos de rejeição sumária de pedidos mediante requerimento de uma das partes (a menos que as partes tenham optado por eliminar tal mecanismo). A Comissão sugeriu, provisoriamente, que o standard aplicado na arbitragem seria o mesmo standard aplicado nos processos de julgamento sumário pelas cortes inglesas (“ausência de perspectiva real de êxito” e “nenhum outro motivo imperioso para proceder a uma audiência completa”).
- **Medidas provisórias e árbitros de emergência:** a Comissão considerou que a Lei não necessita de reforma extensiva. Contudo, sugeriu limitadas emendas à Lei para incluir a assistência judicial para o cumprimento de ordens proferidas pelos árbitros de emergência, considerando-se que os procedimentos de arbitragem de emergência estão previstos em diversos regulamentos institucionais de arbitragem.
- **Imunidade dos árbitros:** a Comissão propôs que a imunidade dos árbitros seja ainda mais reforçada através da inversão da jurisprudência existente que, em determinadas circunstâncias, responsabiliza os árbitros pelos custos dos processos judiciais decorrentes de uma arbitragem.
- **Objecção à jurisdição:** talvez a mais controversa proposta da Comissão seja de que, em circunstâncias nas quais uma parte tenha participado de arbitragem e subsequentemente venha a objetar a validade da sentença arbitral, com fundamento na Seção 67 da Lei, arguindo a ausência de jurisdição do tribunal arbitral, tal objeção não ensejaria uma audiência completa sobre a jurisdição do tribunal arbitral (como acontece atualmente), mas assumiria uma forma mais restrita de um recurso de apelação.
- **Recurso sobre uma questão de direito:** a Comissão propôs que a Seção 69 da Lei, que permite às partes recorrer de decisões do tribunal sobre uma questão de direito (a menos que isso seja excluído por acordo das partes), deve ser mantida na Lei.

Esperamos que agentes do comércio internacional estejam particularmente interessados no resultado da consulta sobre duas questões: o julgamento sumário de requerimentos ou defesas sem perspectiva real de êxito e as impugnações da validade da sentença arbitral por ausência de jurisdição do tribunal arbitral. Abordaremos ambas a seguir.

Julgamento sumário de requerimentos ou defesas sem perspectiva real de êxito

Assim como na maioria das leis de arbitragem nacionais, essa matéria não é, atualmente, tratada pela Lei. A codificação desse mecanismo eliminaria qualquer incerteza residual na Lei existente e poderia incentivar árbitros a adotar procedimentos sumários (quando solicitados), sempre que isso possa colaborar de forma clara com a eficiência processual. Por esta razão, antecipamos que a proposta da Comissão encontrará um apoio generalizado entre os usuários da arbitragem comercial.

Será interessante ver se a consulta levará à adoção do mesmo standard utilizado pelas cortes inglesas para o julgamento sumário de demandas, tal como proposto atualmente pela Comissão Jurídica, em vez do teste “manifestamente improcedente” normalmente encontrado nos regulamentos arbitrais.

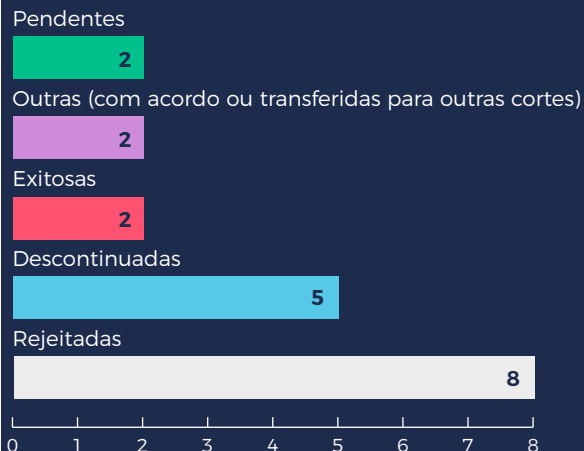
Objecção à jurisdição do tribunal arbitral após emissão da sentença arbitral

Tal como acima referido, uma das propostas mais controvertidas apresentadas pela Comissão diz respeito à natureza da revisão pelas cortes inglesas quanto à validade das sentenças arbitrais impugnadas por falta de jurisdição do tribunal arbitral (limitado aos casos em que a parte que objeta a jurisdição tenha participado da arbitragem).

Os defensores dessa proposta dizem que ela irá abordar um problema corrente. Atualmente, a parte que tenha sua objeção à jurisdição rejeitada pelo tribunal arbitral pode submeter uma nova objeção de jurisdição perante as cortes inglesas após a emissão da sentença arbitral, permitindo-se uma repetição onerosa e demorada dos argumentos da parte perante as cortes inglesas, incluindo-se nova produção de provas, em muitos casos com o mesmo resultado. As estatísticas publicadas pela Corte Empresarial inglesa mostram que apenas 11% das impugnações jurisdicionais às sentenças apresentadas em 2019-2020 tiveram êxito (vide gráfico de barras).

Por outro lado, opositores dessa proposta argumentam que o direito a uma nova e completa audiência sobre jurisdição (e não apenas na forma de um recurso da decisão do tribunal arbitral) é uma salvaguarda importante para as partes que afirmam que não estão sujeitas à arbitragem, e as partes devem poder articular sua impugnação jurisdicional perante o tribunal arbitral sem prejudicar o seu direito a uma revisão completa pelas cortes em qualquer impugnação subsequente com base no artigo 67 da Lei. Será interessante ver como a Comissão Jurídica vai decidir essa importante questão em 2023.

Resultados das impugnações à jurisdição arbitral com base na Seção 67 protocoladas perante a Corte Comercial em 2019-2020



Fonte: Business and Property Courts, The Commercial Court Report 2020-2021, p. 15.

09.

Produção de provas com base na Seção 1782: Algumas respostas, mais perguntas



Elliot Friedman
Partner,
New York



David Livshiz
Partner,
New York

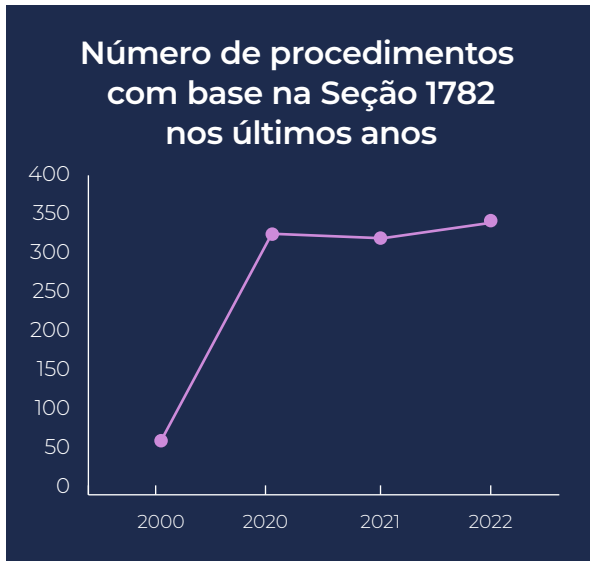


Paige von Mehren
Senior Associate,
New York

A “produção de provas ao estilo americano” é uma frase que, para alguns, não tem lugar na arbitragem internacional. Ela evoca imagens de depoimentos invasivos, interrogatórios longos e análises de documentos custosas. Também está longe da norma padrão em muitos procedimentos de arbitragem internacional, uma diferença que (pelo menos em parte) é responsável pela reputação da arbitragem internacional por ser mais eficiente e menos custosa do que disputas judiciais nas cortes americanas.

No entanto, durante muitos anos foi possível obter a produção de provas ao estilo americano para utilização em alguns procedimentos de arbitragem internacional. O gancho era a Seção 1782 do Título 28 do Código dos EUA, que permite às cortes federais americanas ordenar a produção de provas para utilização em procedimento perante um “tribunal estrangeiro ou internacional”. Os únicos outros requisitos são que a pessoa sujeita à produção de provas esteja sujeita à jurisdição da respectiva corte americana, e que a parte requerente seja uma “pessoa interessada” no procedimento estrangeiro ou internacional (uma contraparte, por exemplo). Cumpridos esses requisitos legais, a corte tem poder discricionário para ordenar a produção de provas solicitada, no todo ou em parte, sujeita a um conjunto de diretrizes articuladas pela Suprema Corte dos EUA em *Intel Corp. v Advanced Micro Devices, Inc.*, um caso de 2004 que era (até recentemente) o único caso do Suprema Corte americana sobre a Seção 1782. A produção de provas com base na Seção 1782 é frequentemente utilizada

como forma de obter a produção de provas de partes e terceiros em processo estrangeiro ou internacional e tem aumentado a sua popularidade nos últimos anos.



Em 2022, a Suprema Corte ouviu dois casos consolidados sobre a Seção 1782: *ZF Automotive US, Inc. v Luxshare, Ltd.* e *AlixPartners, LLP v Fund for Protection of Investors' Rights in Foreign States*. Ambos questionaram se tribunais arbitrais internacionais seriam “tribunais estrangeiros ou internacionais” elegíveis para a produção de provas com base na Seção 1782. *ZF Automotive* dizia respeito a um tribunal arbitral comercial sob Regulamento do DIS, enquanto *AlixPartners* dizia respeito a um tribunal arbitral de investimento sob o tratado bilateral de investimento Rússia-Lituânia e do Regulamento da UNCITRAL. Até esse caso, havia uma profunda divisão entre as cortes locais dos EUA quanto à possibilidade da produção de provas com base na Seção 1782 em arbitragem comercial. O quadro era mais claro no que dizia respeito às arbitragens de investimento: as cortes locais concordavam que a produção de provas com base na Seção 1782 seria possível nesse contexto. As cortes frequentemente justificavam essa distinção ao apontar para o maior envolvimento de entes governamentais em tribunais de arbitragem de investimento, com base no raciocínio de que esses tribunais seriam mais próximos em sua natureza às cortes estrangeiras

(que são o arquétipo “tribunal estrangeiro ou internacional”) – muito embora os tribunais de arbitragem de investimento sejam muitas vezes funcionalmente indistinguíveis dos seus homólogos comerciais.

Em junho de 2022, a Suprema Corte emitiu um parecer consolidado sobre os dois casos. Decidiu unanimemente que apenas os tribunais que estejam imbuídos de autoridade governamental de um ou vários países se qualificam para a produção de provas com base na Seção 1782. Assim, em *ZF Automotive*, a Suprema Corte decidiu que a maioria (se não todos) os tribunais de arbitragem comercial não se qualificam para a produção de provas com base na Seção 1782.

A Suprema Corte foi menos clara no que diz respeito aos tribunais de investimento, abordados em *AlixPartners*. Embora requerimentos para produção de provas com base na Seção 1782 em suporte às arbitragens de investimento cumpriram naturalmente a condição de “tribunal estrangeiro ou internacional”, as cortes locais devem agora se perguntar se um determinado tribunal de investimento é suficientemente “governamental” segundo a decisão da Suprema Corte. A Suprema Corte forneceu muito pouca orientação sobre como fazer essa qualificação, o que significa que as cortes locais terão de traçar o caminho a se seguir em 2023 em diante. As cortes já começaram a se debruçar sobre esta questão, mas esperamos muito mais decisões sobre o assunto neste ano.

A decisão da Suprema Corte é uma boa notícia para potenciais alvos de pedidos de produção de provas com base na Seção 1782 – incluindo empresas americanas com filiais que estão ou podem estar envolvidas em procedimentos de arbitragem internacional – que não precisam mais se preocupar em receber um pedido de produção de provas em suporte à arbitragem comercial, e que têm um novo instrumento de defesa contra pedidos de produção de prova em arbitragens de investimento. Aqueles que de outra forma procurem utilizar a Seção 1782 – tais como partes não

americanas em disputas arbitrais contra empresas americanas ou as suas filiais – devem contudo considerar cuidadosamente a sua estratégia e a forma como podem utilizar os procedimentos de produção de provas no âmbito da sua arbitragem para reunir as provas necessárias para o seu caso.



Após anos de confusão nos tribunais inferiores, a decisão da Suprema Corte proporcionou desejada clareza para arbitragem comercial internacional. Mas resta saber se, na resolução de uma divergência, a Suprema Corte lançou bases para outra divergência acerca da Seção 1782 em arbitragem de investimento

Paige von Mehren
Senior Associate

10.

Arbitragem internacional no setor de *life sciences*



Tom Walsh
Partner,
New York



Alexandra van der Meulen
Counsel,
Paris



Tim Chen
Associate,
New York

O setor de *life sciences* está em plena expansão. Só nos EUA, o volume de negócios de *venture capital* no setor aumentou em 500% nos últimos 10 anos. Isso vem acompanhado de um crescimento significativo nas disputas entre empresas nesse setor. Características singulares da indústria de *life sciences* são particularmente adequadas ao uso da arbitragem, e as empresas do setor recorrem cada vez mais à arbitragem internacional para resolver suas disputas contratuais.

Crescimento do setor de *life sciences* e disputas a ele relacionadas

O setor de *life sciences* tem registrado um crescimento impressionante desde antes da pandemia de COVID-19. Em 2003, o valor de mercado da indústria farmacêutica global era de aproximadamente US\$462 bilhões. Até 2015, esse valor tinha mais do que duplicado para US\$951 bilhões. A pandemia acelerou ainda mais esse crescimento: o investimento anual em empresas de biotecnologia atingiu um máximo histórico de US\$105 bilhões em 2020 e novamente em 2021.

O rápido crescimento do investimento no setor de *life sciences* vem acompanhado por um crescimento correspondente em disputas, muitas das quais resolvidas em arbitragem. Este aumento nas arbitragens tem sido incrementado por uma tendência geral em excluir das cláusulas arbitrais dispositivos que antes excetuavam disputas relacionadas a direitos de propriedade intelectual.

A maioria das principais instituições arbitrais relataram um crescimento significativo no número de casos de *life sciences*. Por exemplo, em julho de 2022, a CCI relatou um aumento de 50% nas arbitragens de *life sciences* por ela administradas. A LCIA relatou que os setores da saúde e farmacêuticos representaram o oitavo tipo de disputa mais comum por setor dos seus

casos em 2021. Em 2020, houve um aumento de 34% no número de casos relacionados com saúde e *life sciences* administrados pela ICDR, seguindo um aumento de 40% no número de casos de *life sciences* administrados pela instituição em 2019.

Disputas de *life sciences* são adequadas às características da arbitragem

As características-chave do setor de *life sciences* tornam disputas entre as empresas desse setor adequadas à arbitragem internacional. Estas características tipicamente incluem as seguintes:

- empresas internacionais, *joint ventures* plurianuais ou colaborações entre vários tipos de empresas (tais como empresas de biotecnologia, empresas farmacêuticas, fabricantes e distribuidores);
- *know-how* e direitos de PI confidenciais e valiosos, assim como certos arranjos contratuais;
- pesquisa e desenvolvimento inerentemente arriscados, custosos e demorados para levar os produtos ao mercado;
- enormes potenciais de receita com produtos exitosos.

A arbitragem tem pelo menos quatro vantagens fundamentais quanto à resolução de disputas nesse contexto.

- **Confidencialidade:** devido à natureza frequentemente confidencial da PI e do *know-how* e/ou dos arranjos contratuais e econômicos que regem as licenças, colaborações ou outro arranjos contratuais em disputa, as empresas de *life sciences* podem ter forte interesse em manter a confidencialidade dos detalhes e mesmo da existência de uma disputa. Diferentemente dos processos judiciais na maioria das jurisdições, os procedimentos arbitrais privados e as provas neles trocadas podem ser mantidos em confidencialidade.
- **Julgadores especialistas na indústria:** enquanto juízes em litígios domésticos são aleatoriamente designados aos casos e nem sempre possuem conhecimentos especializados de uma determinada indústria e suas práticas, as partes em uma

arbitragem podem escolher os árbitros que irão decidir a sua disputa. Assim, empresas do setor de *life sciences* e biotecnologia podem selecionar árbitros com expertise científicas e industriais específicas, que compreendam a natureza e o contexto das disputas e que possam navegar mais facilmente pelas provas apresentadas pelas partes.

- **Escopo mais estreito da produção de provas:** tipicamente, o escopo da produção de provas é significativamente mais estreito em arbitragens do que em processos judiciais perante as cortes americanas. Na maioria das arbitragens há um menor risco de produção excessiva de documentos, e é menos provável que executivos de empresas fiquem sujeitos a instrumentos de produção de provas existentes em algumas jurisdições, tais como depoimentos nos EUA.
- **Escopo recursal limitado e execução facilitada de sentenças internacionais:** sentenças arbitrais estão sujeitas a limitada revisão judicial e podem ser mais facilmente executadas internacionalmente do que uma sentença judicial. A Convenção de Nova Iorque possibilita a execução de sentenças arbitrais em mais de 160 Estados Signatários. Para as empresas de *life sciences* que têm acordos comerciais internacionais com contrapartes no mundo todo, a arbitragem internacional proporciona um mecanismo eficaz para execução de sentenças.

Esperamos que essa tendência se mantenha à medida que o setor de *life sciences* continue a exercer papel fundamental na economia global em meio ao desenvolvimento de novas técnicas para a prevenção e tratamento de doenças, às rupturas nas cadeias de fornecimento globais, e à tensões macroeconômicas. Dado o risco real de disputas, as empresas do setor de *life sciences* deveriam prestar especial atenção à inclusão de cláusulas resolução de conflitos eficientes em novos contratos para assegurar que as suas necessidades serão satisfeitas em caso de novas disputas.

11.

A proteção de dados e cibersegurança na Arbitragem Internacional continua em destaque



John Choong
Partner,
Hong Kong



Vasuda Sinha
Counsel,
Paris



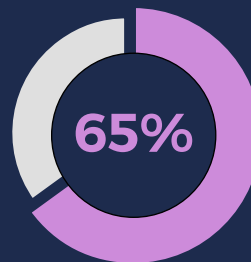
Sofia Klot
Senior Associate,
New York



Olivier André
Client Relationship
Advisor, New York

Como relatamos em nossos relatórios de tendências de [2019](#) e [2020](#), a proteção de dados e a cibersegurança estão virando pontos focais na arbitragem internacional. A natureza política e comercialmente sensível das disputas arbitrais, frequentemente confidenciais, as torna um alvo atrativo para hackers. A prevalência de audiências e registros eletrônicos na sequência da COVID-19 trouxe uma percepção renovada sobre riscos de cibersegurança e proteção de dados, uma tendência que se manterá de 2023 em diante.

Uma pesquisa da CCI em 2022 sobre a utilização de tecnologia em arbitragem demonstrou que a maioria dos usuários de arbitragem agora apoia a adoção de medidas específicas, tais como a criptografia, para salvaguardar a privacidade e a segurança da informação armazenada eletronicamente.



dos entrevistados (advogados, árbitros e empresários) estavam **inclinados** a adotar regras específicas, como a criptografia, **para resguardar a privacidade e segurança** das comunicações eletrônicas armazenadas

Fonte: ICC Commission on Arbitration and ADR, 'Report on Leveraging Technology for Fair, Effective and Efficient International Arbitration Proceedings', International Chamber of Commerce (ICC), February 2022, page 43



Vazamentos de dados podem representar um risco real para a integridade da arbitragem como mecanismo de resolução de conflitos. Em 2015, hackers atacaram o website. O malware instalado na seção do website da CPA dedicada à disputa da fronteira marítima China-Filipinas representou um risco potencial para os visitantes, e fez com que o website da CPA ficasse offline durante uma semana. Nesse mesmo ano, em *Caratube v Kazakhstan*, informações confidenciais foram vazadas do sistema do governo do Cazaquistão e o requerente acabou por obter alguns dos documentos vazados. Embora a informação tivesse sido obtida por meio de hacking, o tribunal permitiu ao requerente apresentar documentos não privilegiados obtidos por tais meios questionáveis, pois nenhuma regra ou orientação proibia o tribunal de exercer a sua discricção para admitir provas obtidas por esses meios. Informações obtidas informalmente sugerem que também houve arbitragens em que a base de dados dos autos foi objecto de vazamento ou invasão, que

poderiam ter sido evitadas se medidas de segurança adequadas tivessem sido implementadas.

Estes riscos salientam a importância em se refletir sobre formas de proteger dados no contexto de um procedimento arbitral. Felizmente, partes e árbitros agora dispõem de uma variedade de instrumentos para os orientar.

- O [Protocolo ICCA-NYC Bar-CPR sobre Cibersegurança na Arbitragem Internacional](#) (o Protocolo), originalmente lançado em 2019 e atualizado em 2022, propõe um quadro inicial para as partes acordarem medidas razoáveis de cibersegurança para suas disputas (por exemplo, controles de acesso, criptografia e gestão de incidentes de segurança). O Protocolo contém exemplos de linguagem para abordar questões de segurança da informação que podem ser incorporadas em acordos de arbitragem, em agendas para conferências de gestão de casos, em ordens processuais e em cláusulas de resolução de conflitos pós-arbitragem, bem como um procedimento para notificar e lidar com vazamento de dados com base no *General Data Protection Regulation*.
- Instituições arbitrais também tomaram medidas para enfrentar os riscos da cibersegurança:
 - a HKIAC, LCIA, CAM-CCBC, DIFC-LCIA, CPR, DIS e o Centro Suíço de Arbitragem, por exemplo, passaram a exigir ou encorajar os tribunais arbitrais a considerar medidas apropriadas ou a emitir instruções obrigatórias para reforçar a segurança da informação e proteger dados pessoais já na fase inicial dos procedimentos (normalmente antes ou durante a primeira audiência processual);
 - um número crescente de instituições, incluindo a SCC, a ICDR, o Instituto Tailandês de Arbitragem e

a CCI lançaram plataformas de gestão de casos próprias, como a recentemente lançada [Case Connect](#) da CCI, para centralizar com segurança o compartilhamento de arquivos, eliminando assim os riscos associados à utilização de e-mail;

- um terceiro grupo de instituições ainda introduziu medidas adicionais – a ICDR, por exemplo, exige que os árbitros de seu painel completem treinamentos obrigatórios em cibersegurança, e a CPR oferece às partes acesso a um serviço de e-mail criptografado; e
- finalmente, embora as Regras de Arbitragem do ICSID 2022 recentemente publicadas não façam menção explícita à cibersegurança ou à proteção de dados, a Regra 29 agora exige que tribunais procurem obter a opinião das partes sobre “o tratamento de informações confidenciais ou protegidas” antes da primeira audiência.

Para além da finalidade em si mesmo de se proteger dados, partes e advogados devem estar cientes de que diversas regulamentações obrigatórias de proteção de dados podem se aplicar em diferentes fases de uma arbitragem, podendo afetar os participantes de formas distintas. Transferências de dados pessoais podem desencadear uma rede complexa de diferentes regimes jurídicos com regras rígidas sobre quando e como dados podem ser transferidos internacionalmente. Por exemplo, as provas de uma parte podem incluir e-mails entre pessoas sediadas na UE e que contenham dados pessoais e protegidos ao abrigo do GDPR. Para transferir tais dados para um árbitro num país terceiro, a parte pode ser obrigada a pôr em prática medidas de segurança apropriadas para proteger esses e-mails. Em alguns casos, os dados pessoais terão de ser tarjados antes que possam ser transferidos. Reguladores estão aumentando os custos do não cumprimento, com multas por violações do GDPR que chegam até 20 milhões de Euros ou 4% do faturamento mundial da entidade no exercício financeiro anterior.

Dada a complexidade deste universo regulatório, em 2022, a ICCA e a IBA lançaram o [Roteiro ICCA-IBA para a Proteção de Dados em Arbitragem Internacional](#) como instrumento para assistir os profissionais de arbitragem na aplicação das leis de proteção de dados e privacidade durante os procedimentos de arbitragem internacional. O roteiro oferece uma cartilha sobre conformidade de dados e inclui modelos de avisos sobre privacidade de dados para instituições, árbitros e advogados adotarem em atividades relacionadas com arbitragem; exemplos de disposições para orientações sobre proteção de dados para a primeira ordem processual ou ata de missão; e checklists de questões relevantes que os participantes na arbitragem devem levar em consideração.

Escritórios de advogados também estão direcionando recursos ao desenvolvimento de ferramentas inovadoras para assistir os clientes com questões de vazamento de dados. Um exemplo é a [Plataforma de Notificação de Vazamentos de Dados](#) do Freshfields, que fornece uma avaliação instantânea sobre quais autoridades deve ser notificadas e quais informações devem ser fornecidas em caso de vazamento de dados.

Na medida em que aumenta a preocupação com a proteção de dados, aumentam também disputas acerca da violação de obrigações de proteção de dados. Estes tipos de disputas podem, de fato, acabar sendo arbitradas (vide *re StockX Customer Data Sec Breach Litigation*).



A comunidade arbitral desenvolveu um conjunto de ferramentas úteis para as partes que desejam gerir de maneira eficaz riscos cibernéticos e de proteção de dados. Além de incorporar estas melhores práticas, cabe às partes selecionar árbitros, instituições e prestadores de serviços que compreendam a importância e que sejam competentes para a proteção de dados em arbitragens internacionais.

John Choong
Partner

Em 2023, esperamos que as partes adotem cada vez mais medidas de cibersegurança e proteção de dados nos seus procedimentos individuais, e que as instituições continuem a encorajar sua adoção através dos seus regulamentos e políticas. Partes são aconselhadas a selecionar árbitros, instituições e prestadores de serviços que compreendam a importância e que sejam competentes para a proteção de dados em arbitragens internacionais. Cabe igualmente aos advogados orientar os participantes no procedimento de arbitragem, tais como clientes, testemunhas e assistentes técnicos, para cumprirem com as melhores práticas à medida que se desenvolvem. Embora haja um consenso crescente sobre a importância destas questões, clientes devem considerar a incorporação de requisitos de cibersegurança em suas cláusulas de arbitragem (extraíndo de cláusulas modelo como as incluídas no Protocolo) e utilizando checklists internos de medidas essenciais a serem tomadas antes, durante e após a arbitragem, tais como as que fornecemos no nosso [relatório de tendências de 2020](#).

Ver o nosso post no blogue sobre [Proteção de Dados Atualizada e Directrizes de Segurança Cibernética para Arbitragem Internacional](#).

12.

Aumento da “internacionalização” das disputas fiscais



**Will
Thomas KC**
Partner,
London/Paris



**Helen
Buchanan**
Tax, Partner,
London



**Joshua
Kelly**
Senior Associate,
London

Muitos economistas estão prevendo uma recessão global em 2023, com as finanças públicas e privadas sob tensão. Investidores estrangeiros estão na linha de fogo, enquanto governos sob intensa pressão econômica e política, com elevados encargos de empréstimos e inflação, procuram “grandes empresas” para preencher lacunas de receitas em seus orçamentos. Políticas fiscais agressivas e ações coercivas podem também resultar em mais disputas tributárias pós-M&A, na medida em que compradores inadvertidos se vêem sobrecarregados com significantes encargos fiscais pós-venda.

Durante os próximos 12 a 24 meses, esperamos ver um aumento de disputas comerciais fiscais de alto valor entre investidores e Estados – com especial destaque para o imposto de renda de pessoas jurídicas, impostos sobre lucros, impostos retroativos, e novos impostos sobre os setores de energia, telecomunicações e tecnologia.

Ao lado dos processos tradicionais de resolução de conflitos domésticos nos tribunais e cortes locais, a arbitragem com base em contratos e tratados – e outras formas alternativas de resolução de conflitos – desempenhará um papel importante na “internacionalização” das disputas fiscais de grande escala, permitindo às partes encontrar soluções construtivas e mutuamente benéficas por meio de um fórum independente e neutro.

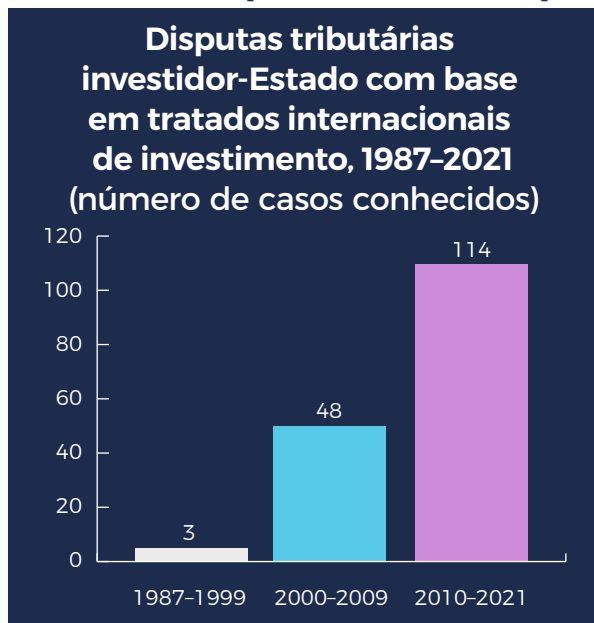
Opções para a resolução de litígios e o uso da arbitragem

Evidentemente, é natural que Estados reconsiderem suas políticas fiscais à luz das condições econômicas, e isso pode envolver uma recalibragem das relações econômicas do Estado com investidores estrangeiros. No entanto, problemas surgem quando Estados ultrapassam limites – por exemplo, através de políticas fiscais ilegais ou precipitadas para taxar lucros que (em última medida) podem equivaler a “estatização de recursos”.

Embora a adoção de uma tributação agressiva contra investidores estrangeiros não seja novidade (enfatizamos

a tendência crescente de disputas fiscais “internacionalizadas” em 2018) o que *de fato* mudou nos últimos cinco anos é que Estados e investidores se tornaram mais sofisticados em sua predisposição para explorar opções “internacionalizadas” – tais como a arbitragem – para resolver disputas fiscais. Do mesmo modo, métodos alternativos de resolução de conflitos, tais como a mediação entre investidor e Estado e procedimentos de mútuo acordo (em que o Estado “de origem” de um contribuinte pode envolver-se com outro Estado por meio de um processo formal baseado num tratado) estão aumentando à medida que investidores e Estados procuram vias alternativas para

conjunto para alcançar um melhor entendimento acerca dos limites da tributação legal e ilegal e das melhores práticas, com o benefício do conhecimento especializado de um tribunal “à medida”.



Investidores estrangeiros em qualquer jurisdição terão que ser estratégicos ao decidir sobre quais cartas jogar e se e como devem se submeter a um procedimento de resolução de conflitos local. Entretanto, ao retirar as disputas fiscais – sejam elas comerciais ou entre investidor e Estado – de cenários domésticos altamente sobrecarregados, as partes podem trabalhar em



Uma ilustração clara dos benefícios da arbitragem num contexto de disputas fiscais é vista na abordagem da Índia a um número significativo de disputas com investidores estrangeiros em decorrência de uma controversa lei tributária retroativa datada de 2012. Essa lei (que cobrou retroativamente o imposto sobre ganhos de capital das empresas numa tentativa de anular um litígio bem sucedido da Vodafone na Suprema Corte indiana) foi criticamente analisada tanto na Índia como no âmbito internacional. Uma combinação de disputas domésticas, arbitragem investidor-Estado e um processo de resolução de conflitos altamente estruturado permitiu à Índia e aos contribuintes em questão colocarem termo a estes litígios, o que, por sua vez, reforçou a confiança dos investidores na Índia.

Avaliação de riscos

Na medida em que a evolução da economia global toma forma no curso desse ano, investidores estrangeiros devem (re)considerar seus riscos fiscais e fazer um balanço das suas opções para a resolução de conflitos.

- Para empresas que mantenham operações em jurisdições onde é provável que o risco de tributação agressiva aumente, a chave é antecipar-se. Muitas vezes é possível prever os riscos mais prováveis – e quais medidas podem ser tomadas – tendo em conta as fontes de receita e os rastros do ativo patrimonial, a assessoria de especialistas sobre as tendências recentes de tributação, e o “quadro mais amplo” que impulsiona a agenda da autoridade política ou fiscal. Compreender e testar os riscos locais e saber quais consultores estão disponíveis para ajudar se o risco se materializar é muito melhor do que ter que reagir com rapidez sob pressão.
- Similarmente, novos investidores podem antecipar seus riscos fiscais aludindo aos mesmos fatores – enquanto também consideram quais tipos de proteções fiscais estão disponíveis para lhe proporcionar maior certeza quanto às suas posições fiscais a longo prazo (por exemplo, através de um contrato entre investidor e Estado com disposições que “estabilizem” o regime fiscal aplicável ou de garantias aplicáveis ao abrigo de tratados de investimento bilaterais ou multilaterais). Ao estruturar investimentos, vale também ter em mente que certos tipos de tratados de investimento podem proporcionar proteção qualificada apenas em relação a medidas fiscais ou podem excluí-las completamente da arbitragem investidor-Estado.
- Para os investidores que procuram deixar um país, desinvestimentos darão origem à questões fiscais próprias, tornando ainda mais importante a alocação contratual do risco fiscal com qualquer potencial comprador, bem como a resolução de disputas

históricas. O seguro fiscal pode também ser um instrumento útil em alguns casos, com as seguradoras cada vez mais dispostas a segurar certos tipos de riscos fiscais específicos de elevado valor.

freshfields.com

This material is provided by the international law firm Freshfields Bruckhaus Deringer LLP (a limited liability partnership organised under the laws of England and Wales authorised and regulated by the Solicitors Regulation Authority (SRA no. 484861)) and associated entities and undertakings carrying on business under, or including, the name Freshfields Bruckhaus Deringer in a number of jurisdictions, together referred to in the material as 'Freshfields'. For further regulatory information please refer to www.freshfields.com/support/legal-notice.

Freshfields Bruckhaus Deringer has offices in Austria, Bahrain, Belgium, China, England, France, Germany, Hong Kong, Italy, Japan, the Netherlands, Singapore, Spain, the United Arab Emirates, the United States of America and Vietnam.

This material is for general information only and is not intended to provide legal advice.

© Freshfields Bruckhaus Deringer LLP, February 2023, DS159524