

Arbitragem internacional em 2024

Bem-vindos à nossa análise anual das principais tendências que devem moldar o cenário da arbitragem internacional neste ano e nos anos a seguir

Nossos especialistas em arbitragem internacional espalhados através da nossa rede global identificaram 11 tendências principais que, segundo a nossa previsão, irão influenciar o panorama da arbitragem internacional em 2024.

Vários temas abrangentes impulsionam essas tendências. A instabilidade geopolítica e econômica é um catalisador de disputas em muitos setores, especialmente quando combinada com a busca de muitas empresas por atingir metas ambiciosas nas áreas de tecnologia, transição energética e zero emissões de carbono.

As questões ambientais, sociais e de governança (ESG) continuam sendo importantes para negócios em transição e, por isso, as regras ESG aparecem com destaque em várias tendências. Fatores macroeconômicos globais, como a inflação e o aumento dos custos de capital, estão gerando disputas em vários setores. Questões ligadas a sanções econômicas são cada vez mais prevalentes para partes que estão lidando com as consequências do conflito entre a Rússia e a Ucrânia, entre outros conflitos.

Nosso relatório também investiga os riscos e as oportunidades apresentados pelos recentes acontecimentos na prática da arbitragem internacional. Como a inteligência artificial afetará a arbitragem? Como devem ser consideradas, nas estratégias de resolução de disputas, as recentes decisões judiciais relacionadas à arbitragem? Quais são as implicações da reforma da Lei de Arbitragem do Reino Unido? Como investidores podem lidar com os esforços contínuos da União Europeia (UE) de bloquear arbitragens de investimentos intra-UE?

Nossa equipe não apenas monitora esses acontecimentos de perto, mas também desempenha papel ativo de liderança na formação de ideias no âmbito da comunidade de arbitragem internacional. Tomamos a iniciativa e atuamos ativamente na promoção da diversidade com o [Equal Representation in Arbitration Pledge](#), e arbitragens mais ecológicas, com nosso apoio à [Campaign for Greener Arbitrations](#).



Este é um momento empolgante para a arbitragem internacional. Diversos eventos disruptivos estão transformando o procedimento arbitral e expandindo cada vez mais seu escopo de aplicação.

diz Boris Kasolowsky

Partner and Global Co-Head of the International Arbitration Group (IAG)



Esperamos que essas percepções em primeira mão os ajudem a planejar suas estratégias de resolução de disputas em 2024 e nos anos seguintes. Estamos ansiosos para superar quaisquer obstáculos e maximizar suas oportunidades nesse cenário em rápida evolução

diz Noiana Marigo

Partner and Global Co-Head of the International Arbitration Group (IAG)

Caso queira discutir qualquer um dos tópicos abordados neste relatório, fique à vontade para entrar em contato conosco, com os autores das tendências ou com seu contato usual no Freshfields.



Boris Kasolowsky

Global Co-head of the Freshfields International Arbitration Group



Noiana Marigo

Global Co-head of the Freshfields International Arbitration Group



Ashley Jones

Senior Knowledge Lawyer, International Arbitration Group

01.

IA generativa: oportunidades e riscos na arbitragem



Elliot Friedman

Partner and Head of International Arbitration – Americas, New York



Marta Garcia Bel

Senior Associate, New York



Desmond Chong

Associate, Singapore



Veronika Timofeeva

Associate, Paris

A inteligência artificial (IA) já é usada em muitas partes da prática de arbitragem, inclusive no gerenciamento e na revisão de conjuntos volumosos de documentos e na preparação de cronologias. O rápido desenvolvimento de formas mais avançadas de IA, como a [IA generativa](#) (GenAI) e grandes modelos de linguagem (LLMs), apresenta novas oportunidades e riscos na área da arbitragem.

O uso de inteligência artificial (IA) em serviços jurídicos [não é novidade](#). De acordo com o [2023 Wolters Kluwer Future Ready Lawyer Survey Report](#), 73 por cento dos profissionais da área jurídica entrevistados esperam integrar a GenAI em seu trabalho jurídico em 2024. Da mesma forma, muitas empresas estão [expandindo o uso da GenAI](#) em suas operações e departamentos jurídicos.

Como a IA pode beneficiar a arbitragem internacional?

A IA já está sendo usada na arbitragem internacional em várias áreas importantes.

- **Prevenção de disputas:** A IA está sendo usada para gerenciamento e execução de contratos, mapeando potenciais riscos e até mesmo sinalizando infrações contratuais. No [setor de construção](#), por exemplo, a IA está sendo usada para automatizar o processo de concepção do projeto, otimizar a gestão de cronograma e a estimativa de custos, além de prever atrasos e riscos, o que pode ajudar as partes a evitar ou mitigar demandas geradas por atrasos e interrupções.
- **Seleção de árbitros:** As ferramentas de IA existentes podem ajudar as partes na seleção de árbitros, sintetizando dados relacionados a decisões passadas, tendências e expertise. Prevemos que em breve serão desenvolvidas novas ferramentas que se aprofundarão ainda mais nesses e em outros fatores, com o processo de seleção de árbitros se tornando menos subjetivo e baseado no boca a boca e mais objetivo além de, esperançosamente, diversificado.

- Gerenciamento de procedimentos de arbitragem: Instituições arbitrais como a [CCI](#) e a [AAA/ICDR](#) já estão usando ou estão considerando usar IA para melhorar os processos internos, economizar tempo e custos e aumentar a eficiência processual no gerenciamento de procedimentos arbitrais.
- Redação de sentenças: Vários juízes em diferentes jurisdições, inclusive no [Reino Unido](#), [Colômbia](#), [Brasil](#), [Índia](#) e [Taiwan](#), reportaram já terem utilizado GenAI na redação de decisões ou estão desenvolvendo ferramentas de IA para auxiliar na elaboração de sentenças. Ainda não há relatos públicos de árbitros utilizando GenAI, mas esperamos que isso mude em breve. Os possíveis ganhos de eficiência são óbvios, mas há riscos associados ao uso de IA por tomadores de decisão, alguns dos quais discutiremos a seguir.

Riscos da IA na arbitragem internacional

Como acontece com todas as tecnologias inovadoras, o uso da IA também apresenta [novos riscos](#).

- Predisposições: Como as ferramentas de IA foram desenvolvidas por seres humanos, é importante implementar salvaguardas para mitigar as possíveis predisposições de seus criadores e do conjunto de dados subjacente no qual foram treinadas. Além disso, como a maioria das sentenças arbitrais comerciais não são públicas, os dados nos quais as ferramentas de IA se baseiam podem estar incompletos.
 - Riscos de “alucinações”: Esse é um risco relacionado a eventos nos quais os resultados gerados por um modelo de IA se desvinculam dos materiais de origem, como, por exemplo, prompt de usuário e textos de referência. No entanto, tem havido um esforço contínuo e avanços técnicos nas comunidades acadêmicas e de IA para detectar, medir e mitigar esses riscos. No contexto da resolução de disputas, dois advogados de Nova Iorque foram [punidos](#) em 2023 após apresentarem um documento jurídico frente a um tribunal federal que fazia referência a uma jurisprudência inexistente fornecida pelo ChatGPT. Em resposta, alguns tribunais nos [EUA](#) e no [Canadá](#) agora exigem que as partes divulguem o uso de IA ou certifiquem que nenhuma ferramenta GenAI foi usada na redação ou que todo o conteúdo criado por GenAI foi revisado e verificado por um ser humano. Outros tribunais, como os da [Nova Zelândia](#), consideram desnecessária a divulgação do uso cuidadoso de IA. Conforme observado abaixo, pelo menos um órgão de arbitragem está desenvolvendo diretrizes que abordam o uso de IA em procedimentos de arbitragem.
- Privacidade e confidencialidade: Ferramentas de IA disponíveis publicamente podem gerar preocupações de confidencialidade quanto ao armazenamento de dados confidenciais inseridos pelo usuário. Além disso, outros [riscos legais e de reputação](#) podem estar associados ao uso de IA, o que pode resultar em disputas relacionadas a [violações de direitos autorais ou de dados pessoais, ou em reivindicações por negligência ou responsabilidade](#).
 - Integridade dos procedimentos e das provas: Os avanços em IA podem aumentar os riscos de [provas manipuladas ou falsas](#), como as “deepfakes”, serem apresentadas nos documentos dos procedimentos de arbitragem.
 - Questões do devido processo legal: Se os árbitros delegarem sua função de tomadores de decisão (ou parte dela) a uma ferramenta de IA, e o fizerem de forma não declarada, isso poderá levantar questões de devido processo legal e, em um extremo, possivelmente dar origem a argumentos de anulação ou *vacatur*.



A IA encontrará seu caminho na prática da arbitragem internacional, como na maioria dos outros lugares. A IA tem grande capacidade de reduzir custos e aumentar a precisão e a eficiência, mas também traz riscos - como dois advogados de Nova Iorque vivenciaram recentemente quando a jurisprudência gerada pela IA em sua petição não existia. Como em muitas outras áreas, valerá a pena abordar o papel da IA na arbitragem internacional com cautela e com a mente aberta.

Elliot Friedman

Freshfields Partner and
Head of International Arbitration – Americas

Regulamentação da IA na arbitragem

Reconhecendo essas e outras preocupações, legisladores e governos estão considerando como regulamentar a IA. Um desenvolvimento importante é a “[Lei de IA](#)” da UE, que regulamentará o uso da IA nos Estados Membros da UE. A lei, que deverá ser aplicada a partir de meados de 2026, tem como objetivo proteger os direitos fundamentais, impondo limites sobre sistemas de IA de alto risco e dispondendo sobre requisitos de transparência para sistemas de IA de uso geral.

A iniciativa pública mais notável que aborda o uso de IA em arbitragem encontra-se atualmente nas [Diretrizes sobre o uso de IA em Arbitragem](#), elaboradas por uma força-tarefa do Centro de Arbitragem e Mediação do Vale do Silício e publicadas em Agosto de 2023. Essas diretrizes buscam refletir as melhores práticas e destacar os riscos associados ao uso de IA em procedimentos de arbitragem.

A minuta ainda está passando por um processo de consulta pública, e sua versão final, que deverá ser lançada em 2024, incorporará o feedback da comunidade arbitral e das instituições sobre determinadas questões controversas, incluindo se, e em que medida, as partes e os árbitros devem ter uma obrigação geral de divulgar o uso de IA em procedimentos de arbitragem.



Embora a IA apresente oportunidades incríveis de inovação e eficiência para a prática jurídica, sua implantação deve ser medida e cuidadosa para mitigar os riscos que estão surgindo rapidamente, inclusive para manter precisão e credibilidade perante os tribunais e preservar os direitos de privacidade e a confidencialidade das informações confidenciais.

Tim Howard

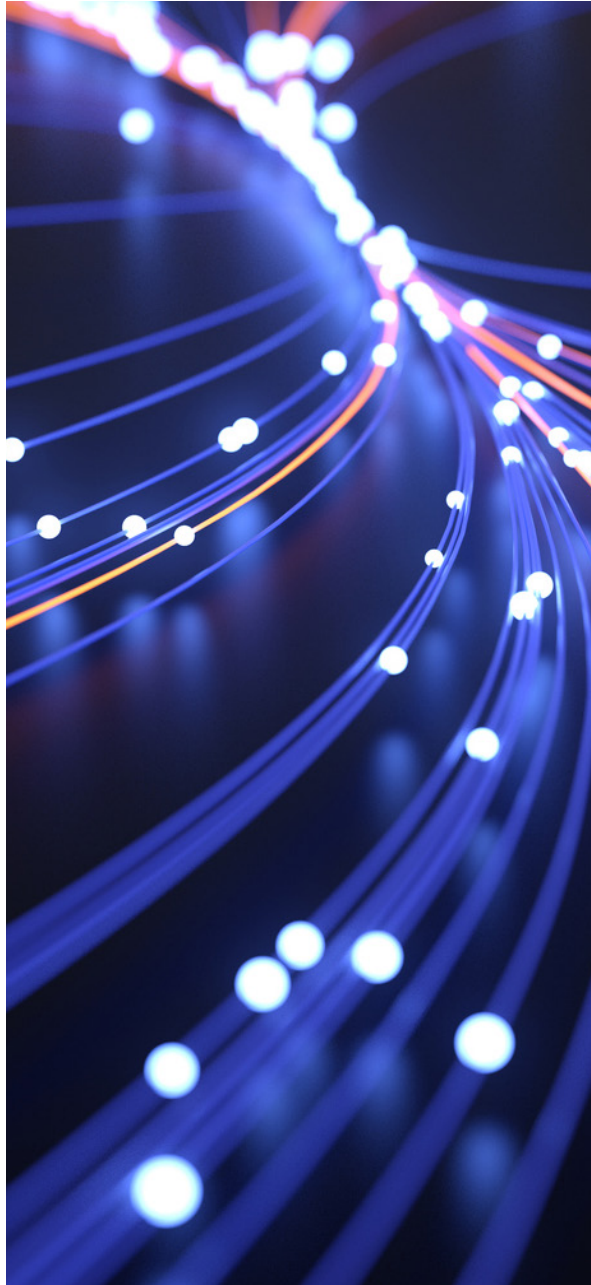
Freshfields Partner and
US Head of Data Security

Considerações práticas para o uso de IA na arbitragem

Além das considerações gerais que devem ser levadas em conta ao usar a IA (consulte nossos insights sobre as principais ações que um Diretor Jurídico deve tomar e as considerações da GenAI para advogados), partes envolvidas em procedimentos de arbitragem devem considerar o uso da IA para ajudar a evitar disputas. Investir em ferramentas de IA adequadas pode ajudar a minimizar, gerenciar e monitorar os riscos contratuais e pode auxiliar na implementação de estratégias para mitigá-los.

Será importante abordar como a IA será utilizada em um processo de arbitragem desde o estágio inicial. As partes e os árbitros devem considerar a possibilidade de chegar a um acordo sobre os princípios que regem o uso da IA durante os procedimentos e incorporar esses princípios na primeira ordem processual. Isso promoverá transparência e legitimidade do processo de arbitragem, estabelecerá proteções adequadas e evitará batalhas processuais caras e demoradas.

Talvez o mais importante seja que, antes de usar ferramentas de IA em procedimentos de arbitragem, as empresas e os advogados devem entender como as ferramentas funcionam, os dados nos quais elas se baseiam e os riscos envolvidos em seu uso.



02.

Arbitragem em tempos de crise: conflito, sanções, clima



Noah Rubins KC
Partner,
Paris



Xin Liu
Partner,
Hong Kong



Maxim Pyrkov
Associate,
London



Olga Sendetska
Associate,
Frankfurt

Em 2024, esperamos mais disputas relacionadas a crises geopolíticas, aquecimento global, conflitos econômicos e às medidas regulatórias e econômicas que os Estados tomam em resposta.

Empresas buscarão indenizações com fundamento nas demandas investidor-Estado, apresentarão demandas de acordo com as apólices de seguro de risco político e enfrentarão disputas relacionadas à mudança climática. As sanções e contra-sanções econômicas provavelmente acrescentarão mais complicações, criando camadas complexas de procedimentos paralelos, fazendo com que as partes considerem estratégias de mitigação de riscos e responsabilidades.

Reivindicações de saída contra a Rússia

Em 2023, a estrutura regulatória para investidores estrangeiros na Rússia continuou a se deteriorar. O governo introduziu mais restrições à possibilidade de investidores de “Estados hostis” de saírem da Rússia vendendo operações locais. Empresas ocidentais tiveram dificuldades em obter as “autorizações de saída” necessárias do governo russo, forçando-as a aceitar grandes reduções no preço de venda e atrasos significativos no pagamento. Pior ainda, alguns investidores estrangeiros, como a [Danone](#) e a [Carlsberg](#), viram seus ativos russos serem totalmente confiscados.

Explicamos em [nosso Relatório de Tendências de 2023](#) que a conduta da Rússia poderia dar origem a demandas em arbitragem investidor-Estado nos termos dos tratados bilaterais de investimento (TBIs) entre a Rússia e os “Estados hostis” cujas empresas são objeto de contra-sanções da Rússia. O aumento da movimentação dos investidores estrangeiros nessa área ao longo de 2023 sugere que eles concluíram que é improvável que o ambiente de negócios russo melhore e que seus ativos na Rússia podem ser totalmente perdidos. Alguns investidores enviaram notificações de disputa em 2023, e parece provável que as primeiras

demandas decorrentes das contra-sanções russas sejam apresentadas em 2024.

As primeiras decisões sobre jurisdição nessas disputas serão importantes. Muitos TBIs russos restringem o escopo da arbitragem ao “valor ou modo de compensação por expropriação”. Decisões anteriores deixaram em aberto se essa limitação deve ser interpretada de forma restrita ou permissiva.

Sinistros de seguros contra riscos políticos

O seguro contra riscos políticos cresce em importância em tempos de crise. Investidores adquirem apólices de seguradoras privadas ou de seus Estados de origem no âmbito de um programa de incentivo ao investimento estrangeiro direto. A apólice pode cobrir compensação pela perda de ativos, renda ou propriedade em decorrência de eventos políticos ou ações governamentais, reduzindo o risco de investimentos em países onde a interferência do governo é uma preocupação.

Muitos investidores estrangeiros na Rússia adquiriram esse tipo de seguro. Em 2024, espera-se que esses segurados enfrentem suas seguradoras em arbitragem, tendo apresentado demandas em 2022 e 2023 que agora estão em disputa. Um dos focos dessas disputas será se as contra-sanções russas causaram prejuízo, considerando os procedimentos de licenciamento que podem (em teoria) liberar ativos na Rússia, sujeitos à discricção das autoridades russas.

A China apresenta uma tendência semelhante no seguro contra riscos políticos. Além dos desafios específicos associados ao investimento interno e externo da China, a crescente complexidade do clima de investimento global é um fator de influência.



O seguro de risco político oferece aos investidores acesso simplificado à recuperação de prejuízos em jurisdições de alto risco, aliviando a necessidade de rastrear os ativos do Estado ou de lidar com procedimentos de execução de sentenças contra um Estado.

Noah Rubins KC
Freshfields Partner

Disputas relacionadas a mudanças climáticas

Há anos, organizações e indivíduos ativistas vêm usando o litígio em sistemas jurídicos por todo o mundo como forma de buscar a regulamentação. Essa tendência continuou em 2023 e provavelmente persistirá em 2024.

As demandas relacionadas ao clima assumem uma variedade de formas, desde ações buscando indenização por empresas em setores de uso intensivo de carbono até ações buscando a responsabilidade pessoal de diretores, impugnações a projetos com uso intensivo de carbono em andamento e reivindicações contra órgãos reguladores ou governos. A gama de tais reivindicações cresceu, incluindo ações perante o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, a Corte Penal Internacional e órgãos da ONU.

Essas disputas pressionam os Estados a introduzir reformas regulatórias sobre aquecimento global. Essas mudanças, por sua vez, podem afetar os investidores estrangeiros, dando origem a arbitragens investidor-Estado. Um exemplo notável é [RWE v the Netherlands](#), uma arbitragem relacionada à decisão do

governo holandês de eliminar gradualmente o carvão. Embora essa reivindicação tenha sido retirada após a decisão do Tribunal Federal de Justiça da Alemanha de que o caso da ECT intra-UE era inadmissível, casos semelhantes podem ocorrer à medida que a estrutura regulatória evolui.

É provável que a diversidade de tais disputas se desenvolva ainda mais com possíveis procedimentos de conciliação e arbitragem nos termos de tratados como a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas (UNFCCC) e o Acordo de Paris. Ambos contêm disposições de resolução de disputas que preveem a arbitragem. Até o momento, apenas alguns Estados aderiram ao sistema de resolução de disputas. Mas os governos podem se sentir pressionados a aderir para mostrar que estão agindo em relação à mudança climática, o que pode levar a uma nova era de arbitragem de mudança climática entre Estados.

Disputas relacionadas a sanções

O cenário das sanções está em constante evolução, com o surgimento de novas sanções e contra-sanções econômicas em resposta a novas crises. Isso afeta uma ampla gama de contratos comerciais em que a execução se torna difícil ou impossível, devido à aplicação de sanções ao parceiro contratual ou devido a uma proibição de exportação de determinados bens ou serviços. No entanto, partes afetadas pelas sanções podem não aceitar as restrições e buscar impor o cumprimento das disposições contratuais por todos os meios.

Partes russas foram empoderadas por uma modificação de 2020 no Código de Procedimento Arbitrazh (Comercial do Estado) que concedeu jurisdição exclusiva aos tribunais russos sobre disputas envolvendo uma parte russa afetada por sanções, mesmo que cláusulas contratuais de resolução de disputas se refiram a cortes estrangeiras ou arbitragem. Partes russas utilizaram essas disposições com frequência em 2023 para evitar processos no exterior e prevemos que essa tendência se intensifique em 2024.

Essa tática de disputa cria exposição para empresas estrangeiras com relação a ativos na Rússia e em jurisdições “neutras” onde os tribunais poderiam ser convencidos a dar efeito a decisões russas emitidas em violação de cláusulas contratuais de resolução de disputas. O risco parece particularmente acentuado na China, que assinou um tratado que a obriga a executar as decisões russas, sujeito apenas a exceções limitadas.

Em resposta, muitas empresas ocidentais provavelmente darão início a procedimentos de acordo com a cláusula contratual de resolução de disputas e buscarão liminares extintivas em tribunais estrangeiros para impedir que a parte russa litigue na Rússia. Isso poderia fortalecer suas defesas contra tentativas de executar a decisões russas fora da Rússia. No entanto, a tentativa de instaurar processos no exterior pode expor a parte estrangeira a uma liminar extintiva russa, acompanhada de multas até o valor em disputa no foro contratual.

Partes ocidentais enfrentarão uma complexidade adicional, sendo forçadas a lidar com procedimentos paralelos, com o risco de responsabilização na Rússia e com resultados imprevisíveis em procedimentos paralelos. Empresas internacionais precisarão equilibrar cuidadosamente o risco de jurisdições concorrentes na defesa de seus ativos e interesses, e se beneficiarão de uma estratégia internacional que maximize suas chances de sucesso dentre as jurisdições.

A China é outra jurisdição em que o investimento estrangeiro e o comércio estão fortemente afetados por sanções e controles de exportação. Em resposta, a China vem montando seu regime anti-sanções, incluindo a possibilidade para que partes chinesas sancionadas busquem recursos nos tribunais chineses. Até o momento, não houve aumento de disputas relacionadas a sanções na China, mas isso pode estar reservado para 2024 se as tensões geopolíticas continuarem.

Adaptação na comunidade de arbitragem

A imposição de sanções afeta profundamente a logística e as considerações legais dos procedimentos arbitrais. Advogados, árbitros e instituições de arbitragem devem cumprir as leis de sanções aplicáveis e, ao mesmo tempo, garantir que a justiça seja atendida. As principais instituições arbitrais reagiram dando ênfase à flexibilidade processual, fornecendo orientação sobre compliance, utilizando a tecnologia para evitar perturbações causadas por restrições de viagem e mantendo uma forte ênfase na neutralidade, integridade e devido processo legal em face das pressões políticas e econômicas.

Enquanto isso, os usuários de arbitragem estão buscando cada vez mais “deslocalizar” suas disputas para mitigar os efeitos das sanções, o que pode complicar ou até mesmo impedir a resolução de disputas quando elas envolvem Estados, entidades ou indivíduos sancionados. Essa tentativa está refletida em suas escolhas de regimes jurídicos, instituições arbitrais e árbitros. Por exemplo, houve um aumento da popularidade das jurisdições asiáticas de common law (ou seja, Singapura e Hong Kong) e das instituições arbitrais localizadas nessas jurisdições em contratos relacionados à Rússia.



Os desafios que as sanções representam para o comércio e o direito internacional continuarão a testar a adaptabilidade, a eficácia e a neutralidade dos procedimentos arbitrais em um cenário global carregado de sanções em 2024.

Xin Liu

Freshfields Partner

03.

Transição energética: desafios críticos do setor mineral



Eric Leikin
Partner,
Vienna



Caroline Richard
Partner,
Washington, DC



Lee Rovinescu
Partner,
New York



Patrick Schroeder
Partner,
Hamburg



Natalia Zibibbo
Counsel,
New York

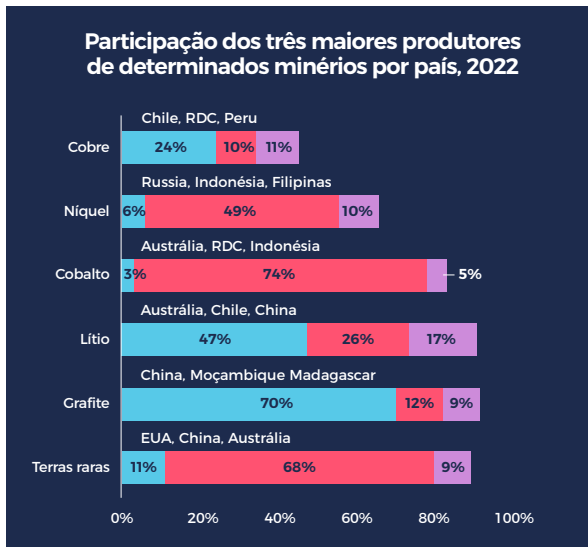
A crescente demanda por minerais essenciais para a transição energética gerará cada vez mais desafios políticos, ambientais, sociais e de governança, o que pode representar um obstáculo aos investimentos necessários para realizar a transição energética. Considerando que disputas de energia e mineração são comumente resolvidas por meio de arbitragem, muitos casos novos em 2024 provavelmente se concentrarão em questões de ESG.

Países e empresas de todo o mundo estão aumentando os seus gastos e diversificando para fontes de energia limpa ou de baixa emissão de carbono. Espera-se que energias renováveis sejam a principal [fonte de energia elétrica](#) do mundo [em 2025](#) e que, até 2030, um em cada quatro carros novos vendidos no mundo seja elétrico. (Alguns países planejam banir completamente os carros com motor a combustão até 2030).

A acelerada transição energética [está alimentando a demanda e o investimento em](#) minerais essenciais necessários para a fabricação de produtos elétricos - principalmente lítio, cobre, cobalto, níquel e outros elementos de terras raras. O aumento da demanda e a alta de preços dobraram o tamanho do mercado dos principais minerais de transição energética [nos últimos cinco anos, chegando a US\\$ 320 bilhões em 2022](#). Prevê-se que a demanda por minerais essenciais aumente em até [500 por cento](#) nos próximos dez anos.

Concentração geográfica

No entanto, esse mercado em rápido crescimento está concentrado geograficamente. Os minerais mais importantes atualmente são encontrados em [apenas alguns países](#), na maioria na [América Latina](#), na [Ásia](#) e na [África](#). [Empresas chinesas](#) controlam a maior parte do mercado global de processamento e refinamento de vários minerais essenciais.



Fonte: International Energy Agency, Share of top three producing [countries in mining of selected minerals 2022](#) e [Share of top three producing countries in processing of selected minerals 2022](#).

Nesse contexto, acreditamos que investidores na extração e cadeia de fornecimento de minerais críticos provavelmente encontrarão três tipos principais de desafios e oportunidades em 2024 e nos anos seguintes.

Aumento do controle estatal

Primeiro, governos de onde minerais essenciais estão localizados podem aumentar ainda mais o controle estatal do setor ou aumentar sua participação nos benefícios econômicos. Por exemplo, tanto o [México](#) quanto o [Chile](#) já alteraram fundamentalmente o regime jurídico para mineração de lítio, concedendo ao Estado maior controle sobre os recursos de lítio.

Na África e na Ásia, vários países (incluindo Indonésia, Namíbia e Zimbábue) decidiram restringir ou proibir exportações de minerais brutos essenciais. Da mesma forma, a [Malásia anunciou](#) que irá proibir a exportação de matérias-primas de terras raras para impulsionar sua indústria doméstica. Outros Estados produtores provavelmente seguirão esses passos em 2024.

Regulamentação e subsídios

Em segundo lugar, esperamos que o setor de minerais essenciais se torne mais regulamentado e mais subsidiado em decorrência de preocupações com segurança nacional, principalmente em países ocidentais.

Por exemplo, tanto os [Estados Unidos](#) quanto a [União Europeia](#) estão atualizando suas regulamentações e investindo na expansão de suas cadeias domésticas de fornecimento de minerais críticos. Em especial, a [Lei de Matérias-Primas Críticas da União Europeia espera reduzir](#) a carga administrativa e simplificar os procedimentos de licenciamento para projetos de matérias-primas essenciais na UE. Por sua vez, os Estados-Membros da UE terão que aumentar seus esforços para mitigar quaisquer impactos adversos com relação a direitos trabalhistas, direitos humanos e proteção ambiental.

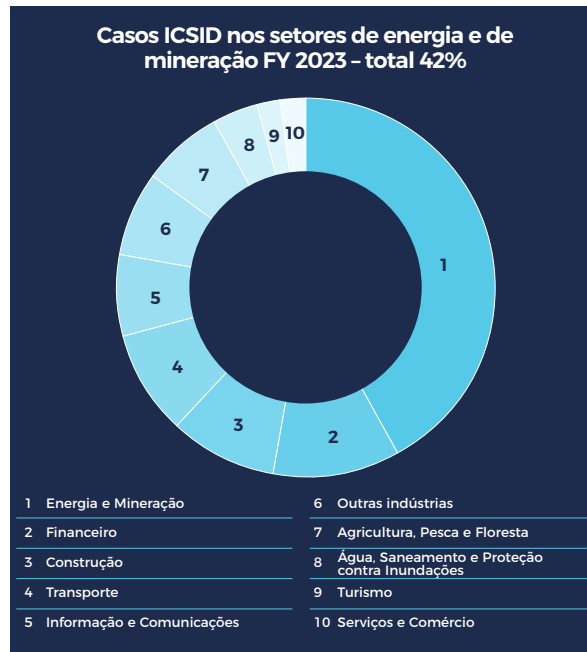
Por sua vez, o Canadá anunciou que limitaria a [participação](#) e o investimento [de empresas estatais estrangeiras](#) no setor de minerais essenciais.

Entretanto, conforme demonstrado pelo recuo final do Canadá em seus esforços para forçar investidores chineses a se desfazerem de três grandes empresas de mineração, pode haver limites à intromissão de tais intervenções governamentais.

Desafios ESG para a mineração

Em terceiro lugar, a mineração de minerais essenciais provavelmente continuará a enfrentar desafios sob a perspectiva de ESG, especialmente em relação aos riscos do impacto ambiental e social dos projetos. Por exemplo, [um estudo mostrou](#) que, de 120 projetos de mineração localizados na Argentina e no Chile, metade está enfrentando algum tipo de oposição social. E uma [pesquisa com profissionais envolvidos em arbitragens de mineração prevê](#) que questões ambientais serão a principal fonte de disputas no futuro próximo. Projetos de mineração em todo o mundo continuarão a enfrentar oposição social em relação ao uso de água, à perda de biodiversidade e ao possível deslocamento de comunidades locais.

Esperamos que esse aumento nas disputas relacionadas à energia e mineração seja comumente resolvido por arbitragem (incluindo arbitragem de investimento). De fato, [mais de dois em cada cinco casos do ICSID](#) registrados em 2023 estavam relacionados aos setores de energia e mineração.



Fonte: [ICSID, Relatório Anual 2023](#), página 29

Utilizando ou não a arbitragem, mecanismos eficazes de prevenção e resolução de disputas serão fundamentais para mitigar riscos.



O ideal é que os investidores considerem cuidadosamente todos os riscos potenciais para tentar evitar disputas, por exemplo, desenvolvendo sólidos programas de compliance, conduzindo due diligence para tratar de considerações de ESG e engajando com stakeholders relevantes bem antes de iniciar ou investir em um projeto.

Natalia Zibibbo

Freshfields Counsel

Tanto os investidores quanto os Estados devem considerar que a não manutenção dos regimes regulatórios especificamente implantados pelos países para incentivar o investimento, ou a introdução de mudanças regulatórias significativas nesses regimes, pode violar proteções concedidas aos investidores nos termos de tratados internacionais de investimento e de acordos de livre comércio. Os investidores podem, portanto, ter acesso a remédios contra medidas dos Estados anfitriões que limitem o retorno ou o usufruto de investimentos.



Os investidores do setor de minerais essenciais devem considerar a estruturação de seus investimentos por meio de uma jurisdição que tenha em vigor um tratado com o estado anfitrião que proteja o investimento. No entanto, há diferenças importantes entre os tratados e os investidores devem considerar cuidadosamente as diferentes opções disponíveis.

Caroline Richard
Freshfields Partner



04.

Reformas da Lei Inglesa de Arbitragem de 1996: garantindo que Londres mantenha sua posição de liderança como sede de arbitragem internacional



Oliver Marsden
Partner and Head
of International
Arbitration – London



Joaquin Terceño
Partner,
Singapore



Ella Davies
Senior Lawyer,
London

Espera-se que o [projeto de lei de arbitragem](#) contendo as principais reformas da [Lei Inglesa de Arbitragem de 1996](#) entre em vigor em 2024.

O Projeto de Lei de Arbitragem é o resultado de uma consulta de dois anos realizada pela Comissão Jurídica da Inglaterra e do País de Gales, da qual o Freshfields participou.

Londres tem sido há muito tempo a sede preferida de arbitragem para partes que se envolvem em arbitragens sob contratos internacionais, principalmente devido à sólida estrutura jurídica para arbitragens sediadas em Londres encontrada na Lei de 1996 e à abordagem dos tribunais ingleses sobre questões relacionadas à arbitragem, que foi [recentemente resumida](#) pelo então Lord Chief Justice, Lord Thomas, da seguinte forma: “Suporte máximo. Interferência mínima”. Uma [pesquisa de 2021](#) classificou Londres como a sede mais popular, ao lado de Singapura.

Em novembro de 2021, a Comissão Jurídica iniciou sua consulta sobre possíveis reformas na Lei de 1996 para garantir que Londres mantenha essa posição de destaque. A consulta resultou em uma série de

recomendações que estão refletidas no Projeto de Lei de Arbitragem. Resumimos abaixo as quatro principais reformas recomendadas.



A Comissão Jurídica realizou uma consulta minuciosa e cuidadosa sobre a Lei Inglesa de Arbitragem de 1996 e fez algumas recomendações muito bem-vindas para a reforma que, se promulgada, deve aumentar ainda mais a popularidade de Londres como sede de arbitragem.

Oliver Marsden
Freshfields Partner

A lei aplicável à uma convenção de arbitragem

A lei que rege uma convenção de arbitragem normalmente será aplicada para determinar questões importantes, tais como a validade e o escopo da convenção de arbitragem. Seguindo a decisão da Suprema Corte em [Enka v Chubb](#), a posição atual sob a

lei inglesa é que, na ausência de uma escolha expressa de lei para a convenção de arbitragem, a lei aplicável à convenção de arbitragem geralmente será a mesma que a lei que rege o contrato mais amplo entre as partes.

O Projeto de Lei de Arbitragem propõe mudar isso: na ausência de uma escolha expressa de lei para a convenção de arbitragem, a lei aplicável à convenção de arbitragem será a lei da *sede da arbitragem*.

Novos poderes do tribunal para rejeitar sumariamente pedidos e defesas sem mérito

O Projeto de Lei de Arbitragem introduz uma nova disposição que permite que um tribunal sediado em Londres profira uma sentença rejeitando um pedido ou defesa de forma sumária em circunstâncias em que a parte relevante não tenha “nenhuma perspectiva real de êxito”. Esse é o mesmo parâmetro para o “julgamento sumário” aplicado pelos tribunais ingleses.

Essa nova disposição (da qual as partes poderão “derrogar”, se desejarem) eliminará qualquer incerteza remanescente em relação ao poder de um tribunal de descartar um pedido ou defesa por meio de um procedimento sumário sob a lei inglesa. Esse poder agora será definido expressamente na nova lei.

As partes (e os tribunais arbitrais) deverão, portanto, sentir-se mais à vontade para requerer (e adotar) procedimentos sumários em arbitragens sediadas em Londres, sem medo de que a outra parte tente posteriormente se opor à execução da sentença com base nisso.



Antecipamos que essas reformas na Lei Inglesa de Arbitragem serão de grande interesse para partes celebrando contratos comerciais internacionais, especialmente o novo poder expresso de rejeitar sumariamente pedidos e defesas sem mérito.

Joaquin Terceño
Freshfields Partner

Medidas provisórias: poderes judiciais realçados para apoiar o processo arbitral

Em alguns casos, uma parte pode precisar solicitar uma medida provisória dos tribunais ingleses em apoio a uma arbitragem sediada em Londres, ao invés de buscar tal medida de um tribunal arbitral ou de um “árbitro de emergência”, porque um tribunal arbitral ou árbitro de emergência podem não fornecer uma medida eficaz em certas circunstâncias. Um exemplo é uma situação em que uma parte requer uma ordem contra um terceiro, porque esse terceiro não está sob a jurisdição de um tribunal arbitral ou árbitro de emergência. Entretanto, por muitos anos, tem havido incerteza na jurisprudência inglesa quanto à extensão dos poderes dos tribunais para emitir ordens contra terceiros em apoio a procedimentos de arbitragem. O Projeto de Lei de Arbitragem altera a Lei de 1996 para esclarecer que, a menos que acordado de outra forma pelas partes, tribunais arbitrais têm os mesmos poderes das cortes judiciais para ordenar medidas contra terceiros em um contexto de arbitragem.

O projeto de lei também contém uma disposição que auxilia partes que buscam medidas urgentes de um árbitro de emergência, confirmando que elas podem recorrer aos tribunais ingleses para converter uma ordem peremptória de um árbitro de emergência em uma ordem judicial. Isso facilitará a execução de tais ordens no Reino Unido e provavelmente também deixará as partes em melhores condições para executar essas decisões internacionalmente. Isso é útil porque uma medida provisória obtida de um árbitro de emergência pode ser difícil de ser executada, especialmente quando o árbitro de emergência profere sua decisão na forma de uma “ordem” em vez de uma sentença, pois pode não haver nenhuma estrutura disponível em um tratado ou lei local para a execução de tal ordem.

Escopo mais limitado de revisão de sentenças sobre jurisdição por tribunais ingleses em determinadas circunstâncias

Atualmente, uma impugnação de jurisdição à uma sentença de um tribunal nos termos da seção 67 da Lei de 1996 envolve uma análise completa *de novo* pelos tribunais ingleses sobre a questão da jurisdição, em todas as circunstâncias.

O projeto de lei prevê emendas à Lei de 1996 e ao regramento relevante das cortes judiciais para fazer uma provisão separada para circunstâncias em que uma aplicação da seção 67:

- estiver relacionada a uma objeção jurisdicional sobre a qual o tribunal arbitral já tenha se pronunciado; e
- seja feita por uma parte que tenha participado do procedimento de arbitragem.

Nessas circunstâncias, prevê-se a aplicação das seguintes regras:

- um fundamento para a objeção que não foi levantado perante o tribunal arbitral não deve ser levantado perante a corte judicial, a menos que não pudesse ter sido descoberto com diligência razoável durante a arbitragem;
- novas provas que não foram examinadas pelo tribunal arbitral não devem ser examinadas pela corte judicial, a menos que não pudessem ter sido apresentadas ao tribunal arbitral com diligência razoável; e
- provas que foram examinadas pelo tribunal arbitral não devem ser examinadas novamente pela corte judicial, exceto se a corte judicial considerar isso necessário no interesse da justiça.

Isso representa uma mudança importante na abordagem atual dos tribunais ingleses e cria um ponto de diferença entre as arbitragens sediadas em Londres e as arbitragens sediadas em Singapura. (Conforme observado acima, Singapura tem rivalizado com Londres nos últimos anos como sede arbitral preferida para partes internacionais). Os tribunais de Singapura ainda realizam uma revisão completa *de novo* sobre a jurisdição (pelo menos por enquanto; reformas semelhantes podem ocorrer em Singapura). Nosso [blog recente](#) discute como a Lei de 1996 pós-reforma se compara com a legislação de arbitragem de Singapura.

05.

A campanha da UE para acabar com a arbitragem investidor-Estado intra-UE: incentivando a criatividade do investidor



Nathalie Colin
Partner,
Brussels



Gregorio Pettazzi
Principal Associate,
Frankfurt



Alexandre Alonso
Associate,
Madrid



Florence Frühling
Associate,
Brussels

Todos os tratados de investimento bilaterais (TBIs) intra-UE estão agora encerrados, o que, combinado com retirada da UE do Tratado da Carta da Energia (TCE), pode ter implicações significativas para a arbitragem em 2024.

Ao declarar que as cláusulas de arbitragem em TBIs intra-UE são incompatíveis com a legislação da UE, a [decisão histórica de 2018 do Tribunal de Justiça da UE \(TJUE\) Achmea](#) marcou o início de uma mudança radical.

Nos anos seguintes, sob crescente pressão da Comissão Europeia (CE), os Estados-Membros encerraram todos os TBIs intra-UE, por meio de um tratado multilateral entre a maioria dos Estados-Membros (Acordo de Encerramento) ou de instrumentos bilaterais comuns.

Sunset clauses de TBIs intra-UE

Os TBIs intra-UE incluem as chamadas *sunset clauses*, que estendem a proteção do tratado por, dependendo do tratado, cinco, dez ou 20 anos para investimentos feitos antes do encerramento do respectivo tratado. O Acordo de Encerramento tentou impedir a operação das *sunset clauses* mediante a revogação dessas cláusulas no ato que encerra o tratado. A validade legal desse encerramento simultâneo dos tratados de investimento e de suas *sunset clauses* ainda não foi posta à prova. A esse respeito, o tribunal arbitral no caso *Adria Group v Croatia* sustentou que os tratados de investimento conferem direitos diretamente aos investidores no momento em que eles fazem seus investimentos. Portanto, os investidores não poderiam ser privados retroativamente de tais direitos, inclusive o de recorrer à arbitragem internacional. De acordo com essa abordagem, qualquer tentativa de invalidar a operação das *sunset clauses* não teria nenhum efeito sobre os investimentos já realizados.

Recentemente, o Tribunal de Apelação de Amsterdã [se recusou a impedir que um investidor holandês prosseguisse com um procedimento de arbitragem](#) iniciado de acordo com o TBI Holanda-Polônia e com sede em Londres. Isso ocorreu apesar do tratado relevante ter sido terminado em 2019 e tanto a Holanda quanto a Polônia terem buscado neutralizar sua *sunset clause* por meio do Acordo de Encerramento. De acordo com o tribunal holandês, a incompatibilidade da cláusula de arbitragem do TBI com a legislação da UE não é suficiente para concluir que a instauração de um procedimento arbitral fora da UE é ilegal ou abusiva com base em tal cláusula.

Da mesma forma, em outubro de 2023, um grupo de seguradoras búlgaras [ameaçou iniciar uma arbitragem](#) contra a Romênia com base na *sunset clause* do TBI Bulgária-Romênia, cujos efeitos teriam sido extintos pelo Acordo de Encerramento. O resultado dessas tentativas ainda está por vir. Mas o sucesso dessas demandas pode fazer renascer a proteção de tratados de investimento dentro das fronteiras da UE.

Retirada coordenada do TCE

Devido à sua natureza multilateral, a UE não pôde lidar com o [TCE](#) tão facilmente.

Enquanto o Secretariado do TCE tentava chegar a um consenso para modernizar o TCE (especialmente excluindo combustíveis fósseis da proteção do tratado), em julho de 2023 a CE propôs, a retirada conjunta da UE e de seus Estados-Membros do tratado. Um dos principais objetivos de uma estratégia de retirada coordenada – como a adotada com o Acordo de Encerramento para TBIs intra-UE – era, novamente, tentar invalidar a operação da *sunset clause* de 20 anos do TCE.

No entanto, os Estados-Membros parecem estar agindo de forma desarticulada. França, Alemanha,

Luxemburgo e Polônia já se retiraram do TCE. A partir de junho de 2024, todas essas retiradas terão efeito legal. Dinamarca, Irlanda, Países Baixos, Portugal, Eslovênia e Espanha já anunciaram publicamente sua intenção de retirar-se do TCE. Espera-se que esses países o façam formalmente em breve. Outros Estados-Membros como Chipre, Grécia, Hungria e Eslováquia permanecem relutantes em se retirar do TCE. Veremos se a posição deles mudará à medida que a pressão política da CE aumentar. Sem o apoio necessário da UE e de seus Estados-Membros, o futuro do processo de modernização do TCE (se houver), que exige unanimidade entre as Partes Contratantes, é incerto.

Os efeitos legais de uma retirada coordenada também não estão definidos no direito internacional. Caberá às cortes nacionais e aos tribunais arbitrais determinar se a *sunset clause* do TCE se aplica a investimentos anteriores. Os investimentos em energia já feitos por investidores da UE em outros Estados-Membros podem, portanto, ainda receber a proteção do tratado nos termos do TCE por muito tempo após os vários encerramentos de tratados, sejam elas coordenadas ou não.

Enquanto aguardam o encerramento dos tratados, os Estados-Membros envolvidos em processos de arbitragem do TCE intra-UE estão cada vez mais buscando assistência dos tribunais nacionais da UE. A Alemanha e os Países Baixos fizeram isso recentemente, solicitando aos tribunais alemães que declarassem a cláusula de arbitragem do TCE inválida nas relações intra-UE. Esses casos chegaram até o Tribunal Federal da Alemanha, [que, em julho de 2023, decidiu a favor da Alemanha e dos Países Baixos](#). Embora a relevância jurídica desses julgamentos domésticos sob o direito internacional seja limitada, essas decisões criam um obstáculo adicional que os investidores da UE devem estar preparados para enfrentar.



Diante desse cenário, não é surpreendente que as empresas da UE estejam considerando reestruturar seus investimentos na UE, canalizando-os por meio de suas subsidiárias fora da UE, especialmente aquelas constituídas na Suíça e no Reino Unido. Investidores da UE devem ter em mente que a reestruturação corporativa para assegurar a proteção do tratado de investimento é geralmente permitida, desde que seja feita com suficiente antecedência.

Nathalie Colin
Freshfields Partner

Estratégias de execução e caminhos jurídicos alternativos

Desde a decisão do TJUE no caso Achmea, ficou claro que as sentenças intra-UE têm pouquíssima chance de serem executadas dentro das fronteiras da UE. O TJUE [confirmou recentemente que essa opção está de fato fora de cogitação](#) em sua decisão *Romatsa e outros*.

No entanto, alguns investidores parecem estar conseguindo executar com êxito suas sentenças fora das fronteiras da UE. Na Inglaterra, credores da Espanha conseguiram penhorar ativos imobiliários e contas bancárias mantidas por entidades estatais. Tribunais australianos também permitiram a execução de sentenças de tratados de investimento intra-UE.

Mas a jurisdição mais popular para esses fins, que apresenta uma das maiores concentrações de ativos dos Estados-Membros fora da UE, são os EUA. Seguindo uma tendência consistente e positiva de decisões judiciais que confirmam a executoriedade de sentenças

intra-UE, investidores vivenciaram um retrocesso nos EUA. Em março de 2023 – pela primeira vez – um juiz norte-americano recusou-se a executar uma sentença do TCE em favor de investidores da UE contra a Espanha. A questão está agora no Tribunal de Apelações dos EUA do Distrito do Circuito de Columbia. Uma decisão é esperada para este ano.

Participantes do mercado continuam um tanto otimistas. Notadamente, fundos de investimento continuam a adquirir sentenças intra-UE no mercado secundário (embora com deságio), refletindo a crença de que poderão executá-las.



Outros caminhos legais podem ser explorados no que diz respeito a execução de direitos. Por exemplo, esperamos um aumento gradual no número de investidores que recorrem à proteção oferecida pelos instrumentos de direitos humanos, tanto em relação a disputas de investimentos com os Estados onde o investimento foi feito, quanto em relação à execução de sentenças.

Gregorio Pettazzi
Freshfields Principal Associate

Vale lembrar também que a recusa injustificada em executar uma sentença arbitral válida pode, de fato, constituir uma violação do direito de propriedade, conforme confirmado recentemente pela [Corte Europeia de Direitos Humanos em *BTS v Eslováquia*](#). A recusa de um tribunal da UE em executar sentenças intra-UE que violem as obrigações do Estado de acordo com a Convenção de Nova Iorque e a Convenção ICSID pode potencialmente desencadear a responsabilidade do Estado de acordo com a Convenção Europeia dos Direitos Humanos. A viabilidade dessa via legal será, sem dúvida, testada em breve.

06.

Índia: uma nova era para a arbitragem internacional



Rohit Bhat
India Disputes Lead,
Singapore



Vasuda Sinha
Counsel,
Paris



Stuti Gadodia
Principal Associate
Frankfurt

Algumas decisões judiciais recentes fornecem motivos para um otimismo cauteloso com relação ao ecossistema de arbitragem da Índia. No entanto, na medida em que o cenário continua a evoluir, os investidores devem continuar a planejar-se estrategicamente em relação às vias de resolução de disputas aplicáveis a novos investimentos.

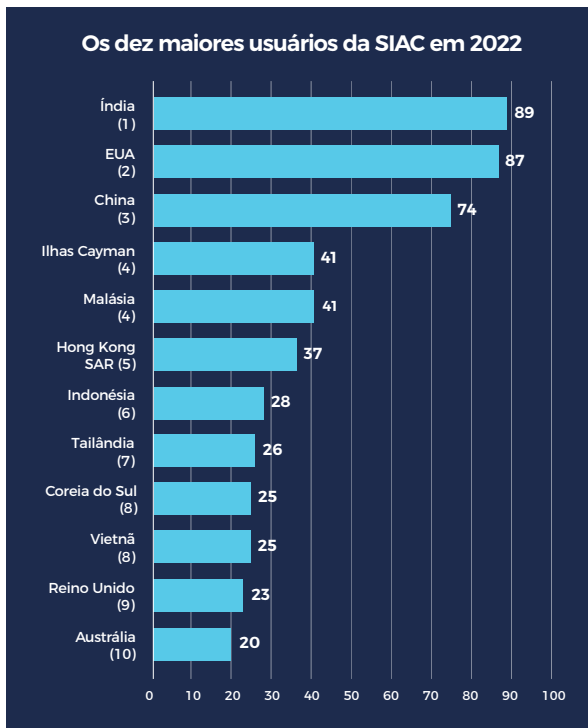
Atualmente a [quinta maior economia do mundo](#), a Índia deve se tornar a [terceira maior até 2030](#). Com sua imensa e crescente população, mercado consumidor e força de trabalho jovem, a Índia continua sendo uma prioridade para investidores estrangeiros.

Patrocinadores financeiros, líderes em tecnologia, grandes empresas de energia e automobilísticas apostaram fortemente na Índia. Disputas internacionais relacionadas à Índia aumentarão de acordo com essa atividade econômica.

O crescimento da Índia na arbitragem

Arbitragens envolvendo partes indianas estão aumentando em número, valor e perfil, tais como [a contestação pela Amazon da venda de um negócio de varejo indiano para a Reliance](#).

A Índia liderou a [lista de usuários estrangeiros da SIAC](#) por quatro anos consecutivos e nos últimos dois anos houveram quase 300 partes indianas na SIAC. Partes indianas também aparecem entre os dez maiores usuários de arbitragem na CCI. Singapura continua sendo a sede preferida para arbitragens relacionadas à Índia, enquanto Londres e Dubai também são escolhas populares. Esperamos que essa tendência continue em 2024 e nos anos seguintes.



Fonte: [Relatório Anual da SIAC 2022](#), página 24

Desenvolvimentos favoráveis à arbitragem na Índia?

O aumento do uso e do foco na arbitragem significa que a Índia está se tornando mais amigável e estável para a arbitragem.

Historicamente, tribunais indianos tem sido conhecidos pela interferência em sentenças arbitrais, muitas vezes resultando em resultados imprevisíveis e fora de sintonia com as normas internacionais. Em meio a uma mudança gradual, diversas sentenças pró-arbitragem da Suprema Corte da Índia e de alguns Tribunais Superiores importantes foram proferidas:

- defenderam a interferência mínima em sentenças arbitrais proferidas por tribunais arbitrais sediados na Índia;

- reconheceram a necessidade de reconhecimento e execução céleres de sentenças arbitrais estrangeiras;
- confirmaram que sentenças arbitrais de emergência em arbitragens sediadas na Índia são exequíveis localmente; e
- confirmaram o papel e a legitimidade do financiamento da arbitragem por terceiros.

As emendas à [Lei de Arbitragem e Conciliação](#) da Índia complementam essa evolução na abordagem pelo judiciário. Em junho de 2023, a Índia nomeou um comitê de especialistas de alto escalão para explorar as lacunas na regulamentação da arbitragem na Índia. (Espera-se que esse comitê apresente seu relatório no primeiro trimestre de 2024.) Ao passo que o comitê tem um mandato geral, espera-se que aborde questões como diretrizes para financiamento por terceiros e honorários de árbitros, e a necessidade de esclarecer o poder das cortes para enviar as sentenças arbitrais de volta aos tribunais arbitrais ou modificar questões de compensação (o que foi feito em alguns casos).

Instituições arbitrais locais estão liderando uma melhoria no ecossistema de arbitragem da Índia. O Mumbai Centre for International Arbitration (MCIA), o Delhi International Arbitration Centre e a mais recente Institution of Arbitration, Mediation and Conciliation, Hyderabad (IAMC), são exemplos de novas instituições que buscam competir com instituições internacionais mais estabelecidas para disputas relacionadas à Índia. O [MCIA teve um aumento de 20 por cento](#) em seu número de casos em 2022 e agora está administrando disputas com um valor total de mais de US\$ 1 bilhão.

Ao passo que a SIAC e a CCI continuarão a liderar no futuro próximo, essas instituições indianas provavelmente ganharão uma posição mais forte nos próximos anos, especialmente em arbitragens domésticas sediadas na Índia, a maioria das quais são atualmente *ad hoc*.

Mudanças no cenário de tratados da Índia

Embora a arbitragem comercial internacional esteja aumentando, é provável que o número de disputas investidor-Estado contra a Índia continue a diminuir. Posteriormente ao encerramento da maioria dos TBIs pela Índia, movimento iniciado em 2017, investidores não se apressaram para iniciar procedimentos com base na sunset clause desses tratados, havendo apenas cinco novos casos conhecidos nesse período.

Apenas alguns TBIs permanecem em vigor. A proteção ao investidor também pode estar disponível por meio de um pequeno número de acordos ou parcerias comerciais e econômicas ainda em vigor que contêm cláusulas de resolução de disputas investidor-Estado; esses incluem acordos com o Japão, Singapura e Coreia do Sul.

A Índia está buscando ativamente alavancar sua posição global na negociação de novos tratados de investimento e acordos comerciais. Em relação ao TBI, as negociações têm se baseado no Modelo de TBI da Índia de 2016. No entanto, a maioria dos principais parceiros comerciais da Índia tem resistido a esse modelo devido à limitada proteção e recursos que ele oferece aos investidores estrangeiros.

A estratégia de negociação da Índia teve sucesso limitado, com apenas Belarus, Quirguistão e Taiwan (executados não pelos próprios Estados, mas pela Associação Índia Taipei em Taipei e pelo Centro Econômico e Cultural Taipei na Índia) concordando com TBIs baseados no Modelo de TBI de 2016. A Índia também assinou declarações interpretativas conjuntas com a Colômbia e Bangladesh, alinhando os TBIs existentes com o Modelo de TBI de 2016. Em 2022, a Índia e Maurício assinaram uma Declaração Interpretativa Conjunta referente ao TBI Índia-Maurício encerrado (utilizado por vários investidores para reivindicações contra a Índia, incluindo um [caso recente de um investidor no setor de satélites](#)).

Novos acordos de livre comércio (ALCs) têm grande importância no esforço da Índia para aumentar e diversificar o comércio internacional. Atualmente, a Índia está negociando ALCs com importantes parceiros comerciais, incluindo o Reino Unido, a UE, Israel e o Canadá. Notavelmente, os ALCs recentemente concluídos pela Índia com os Emirados Árabes Unidos e com a Austrália não contêm disposições de resolução de disputas investidor-Estado, ainda que não esteja claro como o ALC com os Emirados Árabes Unidos vai interagir com o recentemente ratificado TBI Índia-Emirados Árabes Unidos ou quais mecanismos de resolução de disputas esse último inclui. Mas investidores podem esperar que o TBI Índia-Reino Unido (proposto para ser finalizado junto com os ALCs) contenha disposições equilibradas com relação à proteção de investimentos e à resolução de disputas. Uma questão importante é, portanto, se (e até que ponto) a Índia fará concessões para se afastar do Modelo de TBI de 2016, dada a posição estratégica do Reino Unido como um dos aliados econômicos mais próximos da Índia.

De forma similar, a UE, o terceiro maior parceiro comercial da Índia, [propôs uma minuta de Acordo de Proteção ao Investimento](#) contendo amplas disposições para proteção do investidor; a minuta do acordo, assim como outros tratados de investimento recentemente assinados pela UE, prevê o estabelecimento de um tribunal permanente de 15 membros para a resolução de disputas investidor-Estado.

A proteção ao investidor e os mecanismos de resolução de disputas relacionados continuam a evoluir junto com o cenário de tratados da Índia. Embora a situação permaneça em fluxo, investidores que buscam mais certeza em relação ao escopo das obrigações e aos fóruns de resolução de disputas aplicáveis a investimentos específicos podem se beneficiar da tentativa de negociar a inclusão de compromissos específicos em contratos de investimento diretamente com o Estado ou órgãos estatais relevantes.



A Índia está negociando ativamente novos tratados de investimento e acordos comerciais. Recomenda-se que investidores fiquem atentos ao escopo da solução de controvérsias investidor-Estado – caso haja – fornecido por esses acordos. Além de pensar cuidadosamente sobre a estruturação do tratado, investidores devem considerar o papel dos acordos sob medida para fornecer a estabilidade e a previsibilidade que, de outra forma, poderiam esperar dos TBIs.

Vasuda Sinha

Freshfields Counsel

Otimismo cauteloso sobre a arbitragem na Índia

Em 2024, esperamos que a Índia continue sendo uma jurisdição interessante para investidores e partes interessadas em arbitragem.

No geral, o ambiente parece estar se estabilizando em uma direção “amigável à arbitragem”. No entanto, investidores devem se lembrar de que a vastidão e a diversidade da Índia se manifestam em seu sistema judiciário: os riscos em relação a procedimentos indevidamente longos de execução ou de medidas provisórias em que as cortes locais estejam envolvidos permanecerão. Partes comerciais que buscam maior certeza ou previsibilidade devem pensar cuidadosamente antes de designar a Índia como sede em convenções de arbitragem.

Além disso, à medida que as negociações de TBIs e ALCs avançam, os investidores que desejam preservar a possibilidade de apoiar-se no direito internacional devem avaliar como obter maior nível de proteção sob tratados internacionais ao planejar seus investimentos na Índia.



A Índia é uma prioridade para os investidores estrangeiros e, na medida em que a Índia continua crescendo, é provável que vejamos mais disputas. Apesar dos esforços significativos para melhorar seu ecossistema de arbitragem, ainda há o risco de atrasos indevidos nos tribunais indianos. Partes estrangeiras que buscam maior segurança devem continuar a designar uma sede fora da Índia.

Rohit Bhat

Freshfields India Disputes Lead

07.

A Evolução do panorâma dos conflitos entre árbitros e os requisitos da revelação



Samantha Tan
Partner,
Singapore



Lluís Paradell Trius
Counsel,
Madrid



Enisa Halili
Principal Associate,
Frankfurt



Hinda Rabkin
Senior Associate,
New York

A adoção pela UNCITRAL em 2023 de um Código de Conduta para Árbitros na Resolução de Disputas sobre Investimentos Internacionais, prevendo maior controle das revelações e da imparcialidade dos árbitros, ao lado da revisão das diretrizes da IBA sobre conflitos de interesse, a serem publicadas em 2024, indicam que essas questões continuarão a desempenhar papel crucial nos procedimentos arbitrais neste ano.

Um dos principais benefícios da arbitragem é a capacidade das partes de selecionar seus próprios árbitros. Esse benefício, entretanto, está sujeito à condição fundamental de que os árbitros sejam independentes das partes e imparciais em relação às questões em disputa. Os desenvolvimentos recentes ressaltam a necessidade de uma atenção contínua e intensa a essas questões e a importância da seleção cuidadosa dos árbitros para garantir a integridade dos procedimentos arbitrais.

Mídias sociais e suspeita de parcialidade

2023 trouxe algumas decisões interessantes sobre conflitos de interesse devido a declarações públicas de um árbitro feitas on-line ou na TV.

No início de 2023, o Tribunal de Apelações de Paris [anulou uma sentença](#) arbitral devido ao relacionamento íntimo não revelado entre o presidente do tribunal arbitral, Thomas Clay, e o advogado do requerente, o falecido Emmanuel Gaillard. A proximidade de seu relacionamento surgiu do elogio escrito por Clay para Gaillard que havia sido publicado on-line, no qual Clay observou, entre outras coisas, que ele e Gaillard haviam desenvolvido uma amizade “mais pessoal” e que ele consultava Gaillard “antes de tomar qualquer decisão importante”.

Também em 2023, a CCI deferiu uma impugnação de uma parte do Oriente Médio contra um árbitro com base em supostos comentários antimuçulmanos feitos durante uma transmissão de televisão. A parte impugnante baseou-se na [decisão suíça de 2021 no caso Sun Yang](#), em que uma sentença do CAS contra um nadador chinês foi anulada devido aos tweets depreciativos de um árbitro sobre cidadãos chineses.

É improvável que essas decisões continuem sendo isoladas. A onipresença das mídias sociais e a facilidade de publicação de gravações de vídeo e áudio, combinadas com o aumento de expressões públicas de convicções pessoais, criam um potencial maior para impugnações de árbitros e processos de anulação devido à aparência de parcialidade. Os tweets e as postagens on-line dos árbitros, e talvez até mesmo curtidas ou repostagens que sugiram o endosso de determinados pontos de vista, podem desencadear tentativas de impugnação.

As diretrizes revisadas da *International Bar Association* (IBA) sobre conflitos de interesse em arbitragem internacional, [previstas para 2024](#), podem incluir mais orientações sobre os possíveis conflitos apresentados por declarações públicas de árbitros, inclusive aquelas feitas em mídias sociais.

Revelações na arbitragem de investimento

A extensão da obrigação de revelação de um árbitro depende das regras arbitrais aplicáveis e da lei da sede da arbitragem (se aplicável).

Obrigações detalhadas de revelação estão definidas no Artigo 11 do [Código de Conduta para Árbitros na Resolução de Disputas sobre Investimentos Internacionais](#) adotado pela UNCITRAL em julho de 2023 (o Código). Em dezembro de 2023, a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou uma resolução recomendando o uso do Código por árbitros, partes, instituições e Estados que negociam instrumentos de investimento. O próximo ano revelará como o Código será colocado em prática. Já estamos começando a ver as partes em arbitragens investidor-Estado fazendo referência ao Código em ordens que regem o procedimento de arbitragem, seja como um instrumento obrigatório ou de soft law.

As partes em uma arbitragem podem, portanto, esperar revelações cada vez mais consequentes e contínuas dos árbitros. Isso não significa necessariamente que as informações reveladas representem um conflito de interesses ou que darão origem a uma impugnação contra o árbitro. Pelo contrário, revelações robustas podem proteger um

árbitro de impugnações posteriores. Até o momento, o aumento das revelações por parte dos árbitros não parece ter causado um aumento nas impugnações contra o árbitro autor da revelação.



Nos últimos anos, houve uma mudança significativa a favor de revelações mais amplas na arbitragem de investimentos, o que se espera que continue neste ano. Entretanto, uma divulgação mais ampla, por si só, não significa que haja um risco maior de conflito de interesses.

Hinda Rabkin

Freshfields Senior Associate

“Double-hatting” e “issue conflict” na arbitragem de investimentos

Essas questões continuarão a ser muito debatidas ao se avaliar os conflitos de interesse na arbitragem de investimentos este ano. Como as disputas sobre investimentos tendem a levantar uma série de questões jurídicas relativamente limitadas e recorrentes, o envolvimento prévio ou concomitante de um árbitro como árbitro ou advogado em outras disputas pode ser considerado como algo que prejudica sua imparcialidade. Mas as impugnações nessas bases raramente foram bem-sucedidas.



Uma revelação mais ampla, juntamente com as novas restrições sobre o *double-hatting*, pode levar a uma ampliação e diversificação do grupo de árbitros no longo prazo, especialmente aqueles que atuam em arbitragens de tratados de investimento, já que alguns dos árbitros comumente nomeados podem ser impedidos de assumir determinados casos.

Lluís Paradell Trius
Freshfields Counsel

No caso do “issue conflict”, as impugnações foram rejeitadas principalmente com base no fato de a mentalidade aberta dos árbitros deve ser presumida, ainda que o mesmo árbitro tenha decidido questões semelhantes em casos anteriores. Essa presunção foi refutada em casos raros, como quando o árbitro decidiu uma questão legal em vários casos da mesma forma e também expressou suas opiniões sobre a questão em textos acadêmicos (como foi o caso do árbitro nomeado pela parte, Professor Francisco Orrego Vicuña, em [Devas v India, embora essa decisão tenha sido criticada](#)). O Código não trata diretamente do “issue conflict”.

As impugnações de árbitros por duplicidade de funções também exigiram circunstâncias específicas para serem bem-sucedidas. Em 2022, uma impugnação bem-sucedida foi feita contra um árbitro em um caso do Tratado da Carta de Energia porque ele havia sido instruído como advogado por investidores mais de 20 vezes para apresentar reivindicações nos termos do mesmo tratado, inclusive em vários casos pendentes.

Se fosse aplicável, o novo Código teria impedido o árbitro impugnado no caso acima de aceitar a nomeação. O artigo 4 do Código limita o *double-hatting* ao exigir que um árbitro se abstenha de atuar como advogado ou perito em um caso que envolva a mesma medida, partes relacionadas ou que envolva o mesmo tratado, simultaneamente e por um determinado período após a conclusão do procedimento (entre um e três anos).

No momento, o Código pode ser aplicado por consentimento das partes ou incluído na convenção de arbitragem. O ICSID está consultando seus membros sobre sua aplicação nos procedimentos do ICSID. Ainda veremos como o Código influenciará a seleção e a conduta dos árbitros na arbitragem de investimentos.

08.

Disputas ambientais e de construção decorrentes do descomissionamento de projetos na área de petróleo e gás



Kate Gough
Partner,
London



Matei Purice
Counsel and
Continental Europe
Head of Global
Projects Disputes,
Paris/Dubai



Sarah-Jane Fick
Senior Associate,
Dubai/Singapore

À medida que os ativos de petróleo e gás chegam ao fim de seus ciclos de vida e a transição energética continua em ritmo acelerado, uma onda de disputas relacionadas ao descomissionamento parece inevitável, testando questões substantivas de construção e direito ambiental, bem como os mecanismos de resolução de disputas existentes em contratos padronizados.

Os governos estão sob escrutínio para atingir compromissos de emissões líquidas zero. Apesar das iniciativas que buscam descarbonizar as atividades de petróleo e gás (como a [Oil and Gas Decarbonization Charter](#)), um compromisso internacional de “[redução gradual](#)” do uso global de petróleo, gás e carvão foi acordado na COP28.

Além de uma certa mudança de investimentos de combustíveis fósseis para fontes de energia renováveis, uma enxurrada de poços de petróleo e gás, plataformas, tubulações e usinas de processamento devem chegar ao fim de seu ciclo de vida na próxima década. Um número significativo de ativos de petróleo e gás exigirá o descomissionamento. O emergente setor de descomissionamento está pronto para crescer.

US\$ 24,3 bilhões

para o descomissionamento de estruturas em águas profundas no Golfo do México, de acordo com o [Bureau of Safety and Environmental Enforcement dos EUA](#)

De US\$ 30 bilhões a US\$ 100 bilhões até 2030

mercado de descomissionamento de 200 campos offshore do sudeste asiático, de acordo com a [Associação Internacional de Produtores de Petróleo e Gás](#)

mais de 20 bilhões de libras

O valor da oportunidade de descomissionamento de instalações de energia no Mar do Norte na próxima década, de acordo com a [Offshore Energies UK](#). O investimento em descomissionamento ultrapassará as despesas de capital no Mar do Norte até 2030, segundo estimativas da [Associação Internacional de Produtores de Petróleo e Gás](#).

Estrutura legal de descomissionamento de petróleo e gás

O descomissionamento apresenta desafios ambientais, jurídicos, financeiros, sociais e logísticos complexos. As obrigações de descomissionamento podem ser encontradas em acordos contratuais específicos (inclusive por meio de PSCs, JOAs, acordos de concessão ou acordos semelhantes), leis nacionais e convenções internacionais.

Os contratos mais antigos geralmente não abordam o descomissionamento explicitamente, embora as atividades de descomissionamento possam ser afetadas indiretamente por meio de obrigações ambientais, cláusulas de estabilização ou cláusulas de escolha de lei. Mais recentemente, no entanto, em um esforço para padronizar as disposições contratuais para

atividades de descomissionamento, dois formulários padrão de contrato foram desenvolvidos pelo setor, a saber, as Condições Gerais de Contrato para Descomissionamento Offshore da LOGIC (Formulário LOGIC) e o Contrato de Desmontagem, Remoção e Serviços Marítimos da BIMCO DISMANTLECON (Formulário BIMCO).

A nível nacional, os países costeiros do Mar do Norte, do Golfo do México e muitos da Orla do Pacífico desenvolveram regimes detalhados para o descomissionamento de ativos de petróleo e gás, geralmente supervisionados por órgãos reguladores nacionais, alguns autorizados a impor multas pesadas em caso de não conformidade. Muitos desses regimes envolvem responsabilidade onerosa e requisitos de financiamento. Por exemplo, na Austrália, os proprietários históricos de ativos podem manter a responsabilidade pelo descomissionamento muito tempo depois de terem transmitido seus interesses. Na Nova Zelândia, todos os licenciadores de ativos são obrigados a contribuir para um fundo de amortização para que os custos de descomissionamento sejam garantidos durante todo o ciclo de vida de um ativo.

Porém, muitas jurisdições com mercados domésticos de petróleo e gás consideráveis têm atualmente uma legislação limitada (ou nenhuma) aplicável às atividades de descomissionamento. Por exemplo, nem o Catar nem os Emirados Árabes Unidos têm legislação específica que trate da alocação de riscos para o descomissionamento. Esperamos que isso mude na próxima década, à medida que uma legislação nacional maior for adotada, seja especificamente voltada para a forma como o descomissionamento deve ser realizado ou em relação às proteções ambientais de forma mais geral.

Internacionalmente, não existe atualmente um regime regulatório abrangente sobre o descomissionamento de ativos de petróleo e gás, exceto para instalações localizadas em alto-mar: O artigo 60(3) da [Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982](#) estabelece que as estruturas abandonadas ou fora de uso dentro da zona econômica exclusiva de um Estado signatário (ou seja, dentro de 200 milhas náuticas além do mar territorial de um Estado) devem ser removidas para garantir a segurança da navegação, e a [Organização Marítima Internacional emitiu diretrizes não vinculantes](#) sobre a remoção de instalações offshore.

Algumas convenções marítimas regionais também podem afetar a execução de trabalhos de descomissionamento, principalmente com foco no movimento de resíduos perigosos e proteções ambientais gerais (por exemplo, a Convenção Regional do Kuwait de 1978 para Cooperação na Proteção do Meio Ambiente Marinho contra a Poluição, a Convenção de 1987 para a Proteção dos Recursos Naturais e do Meio Ambiente da Região do Pacífico Sul ou a Convenção de 1995 para a Proteção do Meio Ambiente Marinho e da Região Costeira do Mediterrâneo).

Aumento das disputas de descomissionamento

Os projetos de descomissionamento são repletos de riscos. Além de cada ativo ser único, muitos ativos de petróleo e gás estão em locais remotos ou perigosos para os trabalhadores. A execução do descomissionamento de instalações de petróleo e gás pode dar origem aos riscos jurídicos clássicos da construção: atrasos, custos excedentes, escassez de habilidades, saúde e segurança etc.



À medida que o trabalho de descomissionamento aumenta, é inevitável a escassez de habilidades e uma crise em toda a cadeia de valor para serviços e produtos de descomissionamento. Portanto, é provável que o atraso seja uma característica marcante das disputas relativas à execução do trabalho de descomissionamento.

Sarah-Jane Fick

Freshfields Senior Associate

O aumento do escrutínio público sobre violações ambientais e a rápida evolução dos regimes de proteção ambiental significa que as questões de conformidade ambiental provavelmente serão outra característica fundamental das disputas de descomissionamento a curto prazo. De fato, é provável que as mudanças nos regimes regulatórios imponham novas (e mais onerosas) obrigações ambientais que afetem as obrigações de descomissionamento existentes. Em algumas circunstâncias, o direito internacional pode oferecer proteção contra leis retroativas sob os tratados de investimento bilaterais ou multilaterais.

Para adicionar mais uma camada de complexidade, a qualidade do trabalho de descomissionamento em si (seja cobrindo uma cabeça de poço ou desmontando a infraestrutura) é geralmente avaliada com base em critérios ambientais. As violações ambientais podem desencadear obrigações de comunicação a um órgão regulador nacional, escrutínio público e até mesmo, em algumas jurisdições, responsabilização pessoal de diretores corporativos.

O potencial dano à reputação dos participantes do projeto de descomissionamento é muito maior do que em um contexto normal de construção. Além disso, estão sendo desenvolvidas soluções comerciais para maximizar o reaproveitamento de materiais e peças de ativos usados. Os requisitos para a preservação de materiais e peças aumentam a pressão sobre a qualidade da entrega do trabalho de descomissionamento. Todos esses fatores normalmente aumentam o risco de disputas.

Arbitragem e disputas de descomissionamento

Dado o grande volume de trabalho de descomissionamento necessário na próxima década, prevemos que as empresas provavelmente serão confrontadas com a perspectiva de disputas associadas, incluindo disputas entre parceiros comerciais sobre questões de responsabilidade para atender a esses requisitos de descomissionamento; disputas com empreiteiras contratadas para implementar planos de descomissionamento; e desacordos com governos sobre o escopo e a implementação de requisitos de descomissionamento.

As disputas relacionadas ao descomissionamento têm sido resolvidas por meio de arbitragem (por exemplo, quando as questões surgiram de instrumentos legais que contêm uma cláusula de arbitragem) ou de processos locais (especialmente quando as questões surgiram de regimes regulatórios nacionais). Esperamos que esse continue sendo o caso. Tanto o contrato padrão LOGIC quanto o contrato padrão BIMCO preveem a arbitragem como mecanismo final de solução de controvérsias (embora o contrato padrão LOGIC, criado para uso no Mar do Norte do Reino Unido, preveja a jurisdição de tribunais nacionais como opção alternativa).



As disputas ocorrerão em uma variedade de fóruns decorrentes de uma rede de acordos contratuais com disposições de resolução de disputas em vários níveis e uma interação complexa entre obrigações contratuais, regulamentações nacionais e compromissos internacionais dos Estados receptores dos investimentos.

Matei Purice

Freshfields Counsel

A longo prazo, é improvável que as disputas de descomissionamento diminuam com a transição para energias renováveis. A infraestrutura de energia verde tem uma vida útil natural muito parecida com a dos ativos de combustíveis fósseis: a vida útil padrão do setor de uma turbina eólica é estimada em 20 a 25 anos, a de fazendas solares em 30 a 40 anos e a de uma usina hidrelétrica em 50 a 100 anos. Como um número significativo desses ativos está próximo do fim de sua vida útil, são esperadas mais disputas sobre o descomissionamento de ativos de energia verde.

As partes interessadas em projetos de energia devem ficar a par dos desenvolvimentos regulatórios que afetam os requisitos locais de descomissionamento, a alocação de responsabilidade e as tendências gerais de responsabilidade ambiental. Para mitigar a exposição à responsabilidade, as partes envolvidas em projetos de descomissionamento devem considerar:

- adotar um contrato padrão desenvolvido no setor para projetos de descomissionamento;
- adaptar os mecanismos de resolução de disputas para atender às especificidades de determinados projetos de descomissionamento;

- estruturar sua participação em projetos de descomissionamento para se beneficiar da proteção do direito internacional nos termos dos tratados internacionais de proteção de investimentos;
- garantir que o seguro adequado esteja em vigor.



É provável que as disputas de petróleo e gás sejam apenas o primeiro capítulo de uma saga de descomissionamento de energia que pode durar décadas.

Kate Gough

Freshfields Partner



09.

A crescente relevância do direito internacional público para as empresas



Will Thomas KC
Partner and
Head of Public
International Law,
London



Carsten Wendler
Partner,
Frankfurt



Alexa van der Meulen
Counsel,
Paris



Joshua Kelly
Senior Associate,
London

Em meio à contínua incerteza econômica global, às perturbações da cadeia logística e às tensões entre as principais potências econômicas, o direito internacional público será cada vez mais relevante em: transações envolvendo entidades estatais; disputas territoriais que afetam recursos naturais; demandas de direitos humanos empresariais; e desenvolvimento de regras ESG, especialmente para riscos decorrentes da cadeia logística.

Os desafios que os Estados e as empresas enfrentaram em 2023 provavelmente persistirão em 2024. As empresas envolvidas em investimentos estrangeiros continuarão a ter uma ampla gama de opções para proteger seus investimentos, envolver-se de forma construtiva com o governo do Estado onde o investimento foi feito no caso de uma disputa e, quando necessário, obter uma solução obrigatória para suas disputas. Nesse contexto, o direito internacional público, embora exista principalmente em um plano de Estado para Estado, também será de relevância crescente para as empresas privadas.



Apesar dos desafios que 2024 pode trazer para as empresas multinacionais que operam em todo o mundo, o direito internacional público continuará a ser uma lente importante por meio da qual as empresas podem se envolver de forma construtiva com os governos em vários contextos – desde transações de fusões e aquisições envolvendo fundos soberanos até a extração de recursos naturais em áreas sujeitas a disputas de limites e riscos da cadeia logística ESG

Will Thomas KC
Freshfields Partner

Transações envolvendo entidades estatais

Nos últimos anos, as empresas estatais e, principalmente, os fundos soberanos, forneceram o capital tão necessário para a realização de negociações alavancadas. Parece que a tendência de aquisições financiadas pelo Estado continuará em 2024, à medida que os negociadores buscam rotas alternativas para obter retornos.

Uma das questões de maior risco que pode surgir ao realizar transações com uma empresa pública ou um Estado é a lei de imunidade, que permite que um Estado reivindique imunidade contra processos ou execução de um julgamento, sujeito a determinadas exceções. À medida que as empresas públicas e os Estados se envolvem cada vez mais em transações significativas, o direito internacional público desempenhará um papel importante no gerenciamento dos riscos específicos das empresas públicas, como a imunidade do Estado e a capacidade das empresas de buscar e obter isenções da imunidade do Estado. Nesse sentido, esperamos um desenvolvimento gradual dos seguintes conceitos:

- a exceção de “transação comercial” à imunidade do Estado (que geralmente impede que um Estado se baseie em sua imunidade em relação a uma transação comercial);
- as circunstâncias em que as empresas públicas podem se recorrer à imunidade do Estado; e
- novas exceções à imunidade do Estado à luz de práticas emergentes do Estado.

Disputas envolvendo limites territoriais e recursos naturais

O controle sobre recursos naturais (cada vez mais raros) continuará sendo um fator fundamental subjacente às disputas entre Estados sobre fronteiras internacionais em terra e no mar (como explica [nosso artigo sobre o setor de minerais brutos essenciais](#)). É provável que várias disputas cheguem ao ápice em 2024, incluindo a disputa de longa data entre a Guiana e a Venezuela em relação à região de Essequibo, rica em petróleo (antes das eleições presidenciais da Venezuela em 2024), e a disputa de delimitação marítima entre o Quênia e a Somália.

Para as empresas que possuem licenças ou concessões concedidas pelo Estado para explorar, desenvolver e produzir recursos naturais em áreas contestadas, o direito internacional público desempenhará um papel essencial na calibração das medidas que os detentores de licenças podem ou não tomar enquanto aguardam uma resolução.

O direito internacional público também informará a análise sobre a [melhor forma de alocar o risco](#) por meio de contratos regidos pelo direito internacional (como acordos de petróleo), bem como a forma mais eficaz de implementar acordos cooperativos entre Estados (como acordos de desenvolvimento conjunto que podem ser facilitados pelo setor privado). Na ausência de qualquer perspectiva de uma solução construtiva, as empresas afetadas também buscarão no direito internacional público os caminhos para a resolução, seja por meio de procedimentos interestaduais e/ou arbitragem investidor-Estado.

Reivindicações de direitos humanos corporativos

Embora o direito internacional dos direitos humanos seja frequentemente percebido como uma proteção apenas para pessoas físicas, em muitos contextos as empresas podem invocar proteções de direitos humanos contra os Estados. Um dos exemplos mais claros são as proteções disponíveis para empresas de acordo com a Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH).

Considerando as atuais propostas de legislação e os objetivos de política da União Europeia e de muitos Estados europeus, é provável que em 2024 as empresas recorram cada vez mais à CEDH – tanto nos tribunais nacionais quanto perante a própria Corte Europeia de Direitos Humanos – para apresentar reclamações relacionadas a violações, entre outras coisas, de seus

direitos de propriedade e de seus direitos a um julgamento justo, à liberdade de expressão e à liberdade de associação.

Dentre os fatores que impulsionam essa tendência, pode-se incluir o encerramento de tratados de investimento intra-UE, limitando o acesso à arbitragem investidor-Estado para muitos investidores ([veja nossa tendência sobre arbitragem investidor-Estado intra-UE](#)). As reclamações também podem surgir como resultado de medidas tomadas por Estados europeus (especialmente em Estados com eleições iminentes) que resultem em restrições ilegais à liberdade de expressão.

ESG e cadeias logísticas

Por outro lado, é cada vez mais provável que as empresas se vejam sujeitas a obrigações de direito internacional refletidas pelos Estados em sua legislação nacional – por exemplo, normas voltadas para os direitos humanos, por meio de padrões ESG e sua implementação em leis nacionais.

Em algumas jurisdições, a legislação internacional já se tornou um elemento crucial da conformidade e da avaliação de riscos. Por exemplo, a [Lei da Cadeia Logística da Alemanha](#) e a [Lei do Dever de Vigilância da França](#) exigem que as empresas tomem medidas para evitar violações de direitos humanos e danos ambientais em suas cadeias logísticas. Tanto os projetos existentes quanto os futuros, inclusive os projetos de transição energética, estão, portanto, sob maior escrutínio em relação ao seu impacto sobre os direitos humanos e o meio ambiente.

Isso já fez com que as empresas enfrentassem questionamentos dos órgãos reguladores com relação à conformidade com normas jurídicas internacionais, como o direito à autodeterminação e o consentimento livre, prévio e informado (FPIC) dos povos indígenas. É provável que as regras ESG ganhem ainda mais importância se a proposta da Lei da Cadeia Logística da UE for adotada, que se somará às leis pré-existentes sobre cadeia logística.



À medida que os Estados continuam a codificar as regras ESG em leis nacionais, as empresas estão cada vez mais propensas a se encontrarem sujeitas a obrigações de direito internacional, incluindo deveres focados em direitos humanos.

Carsten Wendler
Freshfields Partner

10. Clareza ou confusão? Implicações das decisões domésticas para a arbitragem



Christophe Seraglini
Partner and Head
of International
Arbitration – Paris



Ketevan Betaneli
Senior Knowledge
Lawyer,
Paris



Katherine Khan
Principal Associate,
Vienna



Guy MacInnes-Manby
Senior Associate,
London

Decisões em 2023 de tribunais domésticos na Europa e nos EUA destacam o importante papel desenvolvido por cortes domésticas na proteção e legitimação da arbitragem, ainda que suas decisões critiquem as sentenças arbitrais.

Em especial, as decisões sobre *anti-suit injunctions*, anulações de sentenças, corrupção e imunidade de execução contra bens estatais possuem implicações importantes que moldarão as estratégias de resolução de disputas de nossos clientes nessas áreas no próximo ano e nos anos seguintes.

***Anti-suit injunctions* em apoio a arbitragens estrangeiras**

Em uma série de decisões, as cortes inglesas emitiram *anti-suit injunctions* em apoio a arbitragens ainda que a sede não fosse inglesa, desde que houvesse uma conexão com a Inglaterra.

Em três [casos](#), incluindo dois casos perante o [Tribunal de Apelação inglês \(o mais recente sendo *UniCredit Bank v RusChemAlliance*\)](#), os tribunais consideraram que, embora a sede das arbitragens fosse Paris, a lei que regia as convenções de arbitragem era a lei inglesa, o que proporcionava uma conexão suficiente com a Inglaterra. Essas decisões se basearam em provas de que, embora um tribunal francês não tenha a capacidade de emitir uma *anti-suit injunction*, ele pode reconhecer uma *anti-suit injunction* emitida por um tribunal estrangeiro.

Em consequência, as partes que arbitram fora da Inglaterra podem vir a estar mais inclinadas a buscar assistência dos tribunais ingleses. Entretanto, em todas as três decisões, a porta de entrada jurisdicional para os tribunais ingleses foi o fato de que a escolha da lei inglesa como lei regente da convenção de arbitragem poderia ser inferida a partir da escolha da lei inglesa como lei regente do contrato (seguindo a decisão da Suprema Corte em [Enka v Chubb](#)). É improvável que essa porta de entrada permaneça intacta quando a [Lei Inglesa de Arbitragem](#) revisada entrar em vigor, momento em que a presunção será de que a lei da sede é a lei que rege a convenção de arbitragem, a menos que as partes prevejam expressamente outra lei.

Desafios da sentença arbitral: critérios rígidos

Na França, várias decisões judiciais relacionadas à arbitragem reafirmaram uma postura pró-arbitragem e destacaram a existência de critérios rígidos para anular ou recusar a execução de uma sentença arbitral.

A [Corte de Cassação francesa reverteu a decisão da Corte de Apelação de anular a sentença no caso *Oschadbank v Rússia*](#), que havia determinado que o tribunal arbitral não tinha jurisdição *ratione temporis*, pois o investimento havia sido feito antes do prazo previsto no TBI Ucrânia-Rússia. A Corte de Cassação considerou que o limite temporal era uma regra substantiva e não uma condição jurisdicional (contrastando com a posição adotada pelo Tribunal Federal Suíço nas decisões 4A_396/2017 e 4A_398/2017, analisando a mesma disposição). A caracterização da questão jurídica em análise é de importância crucial em processos de anulação, porque os tribunais franceses geralmente possuem poderes limitados para revisar as conclusões de um tribunal arbitral, exceto quando a revisão diz respeito à jurisdição de um tribunal arbitral, que pode ser revisada *de novo*. Ao concluir que o limite temporal no TBI aplicável era uma regra substantiva, a Corte de Cassação restringiu o poder da corte francesa sobre esse ponto.

Em outro caso, a Corte de Apelação de Paris anulou a sentença em *Agarwal v Uruguai*, [concluindo que o tribunal arbitral havia recusado erroneamente a jurisdição](#). Os requerentes, três cidadãos britânicos, eram os beneficiários discricionários de um trust nas Ilhas Cayman por meio do qual o investimento em mineração de ferro havia sido feito. Os requerentes permaneceram como beneficiários discricionários até alguns meses antes do início da arbitragem, quando o trust discricionário foi convertido em um trust fixo. A

conversão ocorreu depois que a disputa já havia surgido. De acordo com o tribunal arbitral, os interesses do beneficiário discricionário não eram um investimento protegido nos termos do TBI porque os interesses dos requerentes estavam sujeitos às decisões de terceiros e eles não possuíam nenhum direito direto sobre os ativos do trust. Consequentemente, o tribunal recusou jurisdição porque não havia nenhum investimento qualificado no momento em que a disputa surgiu. A Corte de Apelação de Paris determinou que, ao exigir que o investimento fosse anterior à disputa, [o tribunal arbitral havia imposto uma restrição temporal que não estava prevista pelo tratado](#) (a única limitação temporal contida no TBI era que a disputa deveria surgir após sua entrada em vigor); por outro lado, todas as condições para a jurisdição do tribunal arbitral haviam sido atendidas. A corte parisiense, portanto, anulou a sentença.



As decisões proferidas pelas cortes francesas em 2023 reafirmam uma postura geral pró-arbitragem e destacam a existência de um critério rígido para anular ou recusar a execução de uma sentença na França.

Christophe Seraglini
Freshfields Partner

Revisão de sentenças arbitrais em que há alegação de corrupção

Embora as cortes inglesas e francesas sejam geralmente deferentes em relação às sentenças arbitrais, a tendência não se aplica aos casos que envolvem alegações de corrupção, em que as sentenças são examinadas com mais cuidado.

Na Inglaterra, o caso *high-profile* [Nigéria v P&ID](#) é um exemplo claro. Uma sentença arbitral de US\$ 11 bilhões foi anulada em outubro de 2023 porque havia sido obtida por meio de fraude e de maneira contrária à ordem pública, o que o juiz descreveu como os “mais graves abusos do processo arbitral”. Ao criticar o tribunal arbitral por não ter considerado as *red-flags* durante a arbitragem, Knowles J destacou os riscos de confidencialidade em arbitragens envolvendo Estados e questionou se os tribunais arbitrais deveriam ser mais intervencionistas em circunstâncias em que os representantes relevantes internos e externos do Estado não o estão representando adequadamente na arbitragem.

Em 2017, a [Corte de Apelação de Paris](#) esclareceu que uma sentença arbitral pode ser anulada ou ter sua execução recusada quando houver indícios “sérios, precisos e consistentes” – ou, em outras palavras, *red flags* – de corrupção (os poderes ilimitados da corte francesa para examinar uma sentença arbitral quando houver suspeitas de corrupção ou ilegalidade foram confirmados pela [Corte de Cassação](#) em 2022). Desde então, esse princípio tem sido usado por outros tribunais, notadamente por [um tribunal em Versalhes no contexto da execução de uma sentença arbitral CCI contra a Alstom](#) em março de 2023 (embora, nessas circunstâncias, o tribunal de Versalhes tenha concluído que não havia provas suficientes do suposto suborno).



2023 demonstrou o compromisso contínuo das cortes inglesas em proteger os direitos das partes de arbitrar suas disputas. Ao mesmo tempo, o apoio dos tribunais à arbitragem não é ilimitado nem incondicional, especialmente quando surgem questões de ilegalidade ou fraude.

Guy MacInnes-Manby

Freshfields Senior Associate

11.

Seu contrato de life sciences é passível de renegociação ou rescisão se o equilíbrio econômico do contrato mudar?



José Luis Prieto
Partner,
Madrid



Thomas W. Walsh
Partner,
New York



Ruth Montiel
Senior Associate,
New York

As disputas no setor de life sciences estão evoluindo. Enquanto muitas arbitragens de 2020-21 surgiram de interrupções nas cadeias logísticas relacionadas à COVID, em 2022-23, a inflação e o aumento dos custos de capital estão impulsionando a continuidade do alto número de arbitragens no setor.

Fatores macroeconômicos globais estão causando essa mudança na natureza das disputas em life sciences, criando desafios significativos para as empresas do setor. Os altos custos de capital e a inflação contínua nos preços de materiais e mão-de-obra continuam a pressionar a economia dos produtos que estão em desenvolvimento e dos produtos que já foram comercializados.

160%

Alguns custos de matérias-primas de life sciences aumentaram entre 50% e 160% devido à escassez, ao conflito na Ucrânia e à inflação, de acordo com a resiliinc.

70%

O custo dos ingredientes farmacêuticos ativos aumentou em até 70% desde 2018, de acordo com a IBM

Para os produtos no mercado, esses custos mais altos geralmente não podem ser totalmente repassados aos consumidores, corroendo as margens e a lucratividade. As empresas que tentam desenvolver e comercializar novos produtos, por sua vez, encontram situações financeiras precárias à medida que essas dinâmicas de mercado corroem seus orçamentos e seu saldo de caixa. De fato, em agosto de 2023, o número de empresas do setor farmacêutico que relataram reduções na força de trabalho [já havia atingido o total para 2022](#).

O aumento dos custos e a consequente queda nas perspectivas de lucros causaram um aumento acentuado no número de empresas que buscam sair ou renegociar colaborações, acordos de fornecimento e outras relações contratuais que se tornaram antieconômicas nas atuais condições de mercado. Em muitos casos, esses esforços precipitam arbitragens com base em supostas violações dos contratos subjacentes.

Essas dinâmicas de mercado contribuíram significativamente para o aumento das arbitragens em life sciences em 2022-23, e prevemos que elas continuem a dar origem a disputas em 2024. Como observamos no [relatório do ano passado](#), a maioria das principais instituições arbitrais relatou um crescimento significativo no número de casos de life sciences por elas administrados. Essas instituições continuaram a registrar números elevados em 2023.



A agitação no mercado, principalmente em relação aos custos mais altos de capital e à inflação que afeta as matérias-primas e a mão de obra, colocou em risco muitas relações contratuais que antes eram equilibradas. Estamos observando um aumento acentuado de disputas no setor de life sciences, à medida que as empresas reconsideram o equilíbrio econômico de colaborações, contratos de produção e fornecimento e outros acordos que foram negociados com base em premissas de custos que não são mais realistas.

Thomas W. Walsh

Freshfields Partner

Direitos de rescisão e resolução de disputas

Muitas dessas arbitragens envolvem disposições contratuais relacionadas a direitos de rescisão e resolução de disputas. Essas cláusulas geralmente recebem pouca atenção quando o contrato é negociado, frequentemente devido à perspectiva positiva do mercado para o empreendimento naquele momento. No entanto, quando uma parte está buscando sair ou renegociar um contrato não lucrativo, esses termos representam questões críticas para ambos os lados.

- Há circunstâncias em que uma parte tem permissão para rescindir o contrato na ausência de uma violação material pela outra parte?
- As partes devem continuar a execução do contrato enquanto uma disputa é resolvida?

- O contrato oferece um processo de resolução de disputas eficiente e previsível?
- A disputa será confidencial?
- Uma parte pode reivindicar lucros cessantes se a outra parte violar o contrato?

As respostas a essas perguntas determinarão os tipos de perdas que uma parte pode esperar se rescindir o contrato ou, ao contrário, a capacidade da parte que não rescindiu o contrato para obrigar o cumprimento ou obter indenização, inclusive se é economicamente viável para uma parte iniciar uma arbitragem para fazer cumprir os termos do contrato.

Execução do contrato enquanto uma arbitragem estiver pendente

A estrutura das cláusulas contratuais relacionadas a essas questões varia muito, e as empresas devem ser cautelosas ao pensar em suas repercussões em todos os estágios da relação contratual. Por exemplo, alguns contratos exigem que as partes continuem a executar o contrato enquanto uma arbitragem estiver pendente, por meio de termos como: “As partes concordam que, no caso de uma disputa relativa à execução deste contrato, nenhuma das partes poderá rescindir este contrato até a resolução final da disputa.”

Embora esse tipo de cláusula possa oferecer vantagens em algumas situações, as empresas devem estar cientes dos possíveis custos financeiros e da oportunidade da inclusão dessas cláusulas em seus contratos. Por exemplo, no contexto de um contrato de fornecimento, a parte que deseja continuar recebendo e vendendo o produto fornecido será beneficiada por essa cláusula e poderá considerá-la essencial quando a transferência da produção para um fornecedor alternativo puder exigir meses ou anos para a obtenção de aprovações regulatórias. A parte que não quiser fornecer, por outro lado, poderá enfrentar perdas

substanciais à medida que as partes passam pelo que pode ser um longo processo de arbitragem.

Limitações de responsabilidade em *life sciences*

As cláusulas de limitação de responsabilidade também podem ocupar posição central quando surge uma disputa. Muitos contratos limitam os recursos, mas as formas dessas cláusulas variam muito. Uma cláusula típica de limitação de responsabilidade pode limitar danos consequenciais. Outras proíbem explicitamente a recuperação de perda de lucros. Por exemplo: “Nenhuma das partes será responsável por quaisquer danos indiretos, incidentais, especiais, punitivos ou consequenciais, ou qualquer lucros cessantes.”

Essas cláusulas são aplicáveis em muitas jurisdições na maioria das circunstâncias, inclusive em Nova Iorque e na Espanha, e os tribunais geralmente interpretam a frase “ou qualquer lucros cessantes” para impedir a recuperação de lucros cessantes nos termos do contrato. As partes devem pensar cuidadosamente antes de incluir esse tipo de cláusula em um contrato. A exclusão de lucros cessantes pode reduzir significativamente as indenizações disponíveis em um contrato e tornar muito menos oneroso para uma parte violar e sair de um contrato.

Dificuldades e mudanças nas circunstâncias

As disposições contratuais relativas à onerosidade excessiva e mudanças nas circunstâncias também são cruciais no atual mercado volátil. Mas, em muitos casos, não é apenas a redação dessas disposições no próprio contrato que afetará a capacidade das partes de invocá-las para sair ou renegociar. A escolha da lei que rege o contrato também pode ter um grande impacto na aplicabilidade dessas cláusulas, bem como nas possíveis vias extracontratuais de reparação. Por

exemplo, em algumas jurisdições, como a Arábia Saudita, as partes são expressamente proibidas de renunciar contratualmente ao direito de reequilibrar um contrato no caso de uma mudança drástica nas circunstâncias. Em outras jurisdições, como Nova Iorque ou Espanha, as partes têm mais espaço para renunciar a esse direito em seus contratos. Na medida do possível, as empresas devem considerar essas questões ao redigir seus contratos, em vez de esperar até que o mercado mude e/ou surja uma disputa. À medida que a dinâmica do mercado muda, essas escolhas podem ter repercussões significativas, quer uma parte esteja buscando sair ou renegociar contratos não econômicos ou manter sua contraparte em sua negociação.



É fácil ignorar as cláusulas de rescisão e respectivas soluções durante as negociações, mas as empresas devem pensar cuidadosamente sobre esses termos antes de celebrar um contrato. Em caso de disputa, essas cláusulas podem ser decisivas, afetando substancialmente o poder de influência das partes para renegociar, rescindir ou executar o contrato. As empresas devem considerar a melhor forma de se posicionar no caso de uma disputa, mesmo na fase inicial de elaboração.

José Luis Prieto
Freshfields Partner



Agradecemos a Yuri Mantilla, Clara Bianchi Ferran, Luiza Saldanha, Gabriela Yung, Fernanda Botti e Matheus Bastos Oliveira pela tradução para o português das nossas 'Principais tendências para a arbitragem internacional em 2024

freshfields.com

This material is provided by Freshfields Bruckhaus Deringer, an international legal practice operating through 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)), Freshfields Bruckhaus Deringer US LLP, Freshfields Bruckhaus Deringer (a partnership registered in Hong Kong), Freshfields Bruckhaus Deringer Law office, Freshfields Bruckhaus Deringer Foreign Law Office, Studio Legale associato a Freshfields Bruckhaus Deringer, Freshfields Bruckhaus Deringer Rechtsanwälte Steuerberater Part mbB, Freshfields Bruckhaus Deringer Rechtsanwälte Part mbB, Freshfields Bruckhaus Deringer Ireland LLP and other associated entities and undertakings, 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, Ireland, Italy, Japan, the Netherlands, Singapore, Spain, the United Arab Emirates, the United States and Vietnam.

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

© Freshfields Bruckhaus Deringer US LLP, February 2024, DS185026