

# Informativo sobre Resolução de Disputas na América Latina

Os avanços mais recentes em disputas transnacionais envolvendo os EUA e a América Latina

- 1 Suprema Corte dos EUA decide três novos casos envolvendo arbitragem
- 2 *Helms-Burton Act* aumenta o risco de litígios para empresas que possuem ligações com Cuba
- 3 As cortes americanas continuam considerando a utilização da produção de provas (*discovery*) prevista na “Seção 1782” em arbitragens internacionais
- 4 Governos venezuelanos rivais participam de procedimentos para cumprimento de decisões arbitrais nos EUA
- 5 Cortes americanas podem determinar a exibição de informações de aplicativos de mensagens

## Suprema Corte dos EUA decide três novos casos envolvendo arbitragem

Durante o ano judiciário de 2018-2019, a Suprema Corte dos EUA proferiu decisões em três casos envolvendo arbitragens. Essas decisões, discutidas em nosso informativo de 26 de setembro de 2019, podem ter implicações importantes para as partes envolvidas em procedimentos arbitrais cuja sede seja nos Estados Unidos.

No caso *Henry Schein, Inc. v. Archer & White Sales, Inc.*,<sup>1</sup> a Suprema Corte deliberou sobre uma questão que tem sido frequentemente contestada judicialmente nos Estados Unidos: qual órgão possui competência para decidir a questão “preliminar” relativa à arbitrabilidade de uma determinada disputa – o judiciário ou os árbitros? Segundo a jurisprudência atualmente predominante nas cortes americanas, as partes podem definir contratualmente que as questões relativas aos “pressupostos” da arbitragem serão decididas pelos árbitros, e as cortes devem respeitar e dar cumprimento à escolha das partes. No caso *Henry Schein*, a Suprema Corte decidiu que as cortes americanas devem dar cumprimento às disposições por escrito de uma cláusula arbitral delegando questões preliminares ao tribunal arbitral, mesmo quando o juízo entender que a alegação de que a disputa é arbitrável é “totalmente infundada”. A Suprema Corte estabeleceu que a lei de arbitragem americana não possui uma exceção para a hipótese em que a alegação da parte é “totalmente infundada” e, portanto, as cortes devem sempre respeitar a escolha das partes de submeter questões relativas ao pressuposto de arbitrabilidade ao árbitro, independentemente do entendimento do juízo quanto à efetiva arbitrabilidade da disputa.

*Henry Schein* é o caso mais recente de uma série de decisões da Suprema Corte que reafirmam a competência dos árbitros para decidir diferentes questões relativas à “arbitrabilidade” de uma disputa. Desde então, esse precedente já foi aplicado por cortes federais americanas em vários outros casos.

<sup>1</sup> *Henry Schein, Inc. v. Archer & White Sales, Inc.*, 139 S. Ct. 524 (2019).

# Informativo sobre Resolução de Disputas na América Latina

## **Helms-Burton Act aumenta o risco de litígios para empresas que possuem ligações com Cuba**

Em maio de 2019, o governo Trump tornou disponível uma ação judicial que permite que cidadãos americanos demandem contra indivíduos ou pessoas jurídicas que “comerciem” em propriedades expropriadas pelo governo cubano (conforme o nosso informativo de 9 de maio de 2019). Essa ação judicial, discutida adiante, tem como fundamento o Título III do *Cuban Liberty and Democratic Solidarity (Libertad) Act* de 1996 (“*Helms-Burton Act*”).<sup>1</sup>

Originalmente promulgado em 1996 em tempos de elevada tensão entre os governos dos EUA e de Cuba, o *Helms-Burton Act* previu uma série de medidas contra o governo de Castro em Cuba. Alguns trechos do *Helms-Burton Act* têm produzido efeitos desde 1996.

O Título III do *Helms-Burton Act*, entretanto, esteve suspenso até maio de 2019. O objetivo do Título III é assegurar o ajuizamento de ações por cidadãos americanos que “sejam titulares de direito” de “propriedade” “confiscada” pelo governo cubano. De acordo com a lei, os autores nessas demandas podem pleitear indenização contra pessoas que “comerciem” na propriedade confiscada.<sup>2</sup> Sobre o tema:

- A definição legal de “comerciar” cobre potencialmente uma ampla gama de atividades comerciais, sujeitas a algumas exceções. A definição também está sujeita

ao requisito de que a atividade comercial seja consciente e intencional.

- Ainda de acordo com essa legislação, a indenização devida em uma ação ajuizada com fundamento no Título III corresponderá ao que for maior entre (i) o valor de mercado da propriedade confiscada à época da expropriação acrescido de juros; (ii) o valor atual de mercado; ou (iii) o valor certificado pela *U.S. Foreign Claims Settlement Commission* (FCSC) (na hipótese de a FCSC ter previamente certificado a demanda de um determinado autor conforme previsto no *International Claims Settlement Act* de 1949).<sup>3</sup>
- É provável que os demandantes também façam uso de uma previsão dessa lei que supostamente permitiria que a indenização seja triplicada nos casos em que o réu tenha sido cientificado prévia e especificamente sobre o ato de comércio na propriedade e não tenha cessado a conduta no prazo de 30 dias.<sup>4</sup>

O *Helms-Burton Act*, e o Título III em especial, gerou controvérsia imediatamente após a sua promulgação, dentro e fora dos Estados Unidos. Parte do estatuto atribuiu ao presidente dos EUA o poder de suspender o direito de ajuizar a ação prevista no Título III. Em agosto de 1996, antes mesmo da legislação entrar em vigor, o presidente Bill Clinton exerceu esse poder e as administrações seguintes adotaram posição similar. Por consequência, o direito de ajuizar a ação prevista no Título III esteve suspenso continuamente por mais de 23 anos. Em

abril de 2019, porém, o secretário de Estado americano, Mike Pompeo, anunciou que a suspensão do Título III cessaria a partir de 2 de maio de 2019.

Nos meses seguintes, vários autores ajuizaram ações com fundamento no Título III contra empresas americanas e de outros países, sob a alegação de que esses autores seriam “titulares de direito” sobre propriedades confiscadas pelo governo Castro – e que os réus, por se engajarem em atividades empresariais ligadas à Cuba, teriam “comerciado” em propriedade “confiscada”. É possível que novas demandas com base no Título III sejam ajuizadas nos próximos meses ou anos.

Até o momento uma parte considerável desse contencioso está tramitando na Corte Federal do Distrito Sul da Flórida dos EUA contra réus que não são afiliados ao governo cubano, mas foram acusados de terem “comerciado” em “propriedade confiscada” para o propósito da legislação. No momento, nenhum réu foi condenado com base nessa tese e nenhuma corte de apelação teve a oportunidade de decidir sobre o cabimento de ações com fundamento no Título III sob essas circunstâncias. De fato, o Título III levanta uma série de questões jurisdicionais, legislativas e constitucionais, todas a serem exploradas em detalhe com os desdobramentos dessas disputas.

Enquanto isso, considerando a exposição possivelmente significativa que grupos de demandantes têm pleiteado em relação ao Título III, empresas com vínculos com Cuba podem ter interesse em revisar as suas atividades relacionadas à Cuba.

<sup>1</sup> 22 U.S.C. §§ 6021-609.

<sup>2</sup> 22 U.S.C. § 6082(a)(1).

<sup>3</sup> 22 U.S.C. § 6082(a)(1).

<sup>4</sup> 22 U.S.C. § 6082(a)(3)(B)-(C).

Em outra decisão, *New Prime Inc. v. Oliveira*,<sup>2</sup> a Suprema Corte decidiu por 8 votos a 0 que o judiciário americano – e não um árbitro – deve decidir se um contrato se enquadra nas exceções legais ao uso da arbitragem previstas na Seção 1 da lei de arbitragem americana (*Federal Arbitration Act* ou “FAA”). Sobre o tema, a Seção 1 do FAA excepciona “marinheiros, trabalhadores ferroviários e outros empregados envolvidos em comércio estrangeiro ou internacional” do âmbito de aplicação da lei. A Suprema Corte decidiu que a aplicabilidade dessa exceção deve

ser decidida pelo judiciário, independentemente se o contrato puder ou não ser interpretado no sentido de que as questões referentes à arbitrabilidade são de competência dos árbitros. De acordo com a Suprema Corte, antes que o judiciário possa invocar os poderes da FAA para “suspender demandas e determinar a instituição da arbitragem de acordo com os termos do contrato”, o juiz “deve primeiro analisar se o contrato em si se enquadra ou não nos limites” da FAA.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> *New Prime Inc. v. Oliveira*, 139 S. Ct. 532 (2019).

<sup>3</sup> *New Prime Inc.*, 139 S. Ct. p. 537.

# Informativo sobre Resolução de Disputas na América Latina

Por último, no caso *Lamps Plus, Inc. v. Varela*,<sup>4</sup> a Suprema Corte retomou uma questão que gerou controvérsia no passado, qual seja, o direito de um “grupo” de pessoas titulares de um direito coletivo de instituir uma arbitragem. Essa modalidade de arbitragem tem atraído o interesse de consumidores e outros possíveis demandantes com interesse em instituir arbitragens para resolver disputas antitruste ou similares contra empresas. Esses demandantes normalmente argumentam que, apesar de individualmente serem partes de um contrato que contém uma cláusula arbitral, alguns direitos não podem ser litigados de maneira eficiente a não ser que seja assegurado à parte a instauração de uma demanda coletiva.

A possibilidade de uma arbitragem “coletiva” já havia sido reduzida significativamente pela decisão proferida pela Suprema Corte dos EUA em 2010 no caso *Stolt-Nielsen S.A. v. Animal-Feeds Int’l Corp.*<sup>5</sup> Naquele caso, a Suprema Corte decidiu que, considerando que a arbitragem resulta do “consentimento” entre as partes, uma “arbitragem coletiva” não é cabível e não pode ser instituída por ordem do judiciário, a não ser que o procedimento tenha sido expressamente previsto na cláusula arbitral de cada pleito. Segundo a Corte, o mero silêncio sobre a questão não poderia ser considerado como consentimento das partes quanto à instauração de arbitragem coletiva.

No caso *Lamps Plus*, a Suprema Corte retornou a essa questão no contexto de uma relação de trabalho. O autor naquele caso, Frank Varela, era um empregado de uma empresa californiana cujos registros fiscais foram hackeados. Como consequência, Varela foi vítima de uma fraude a partir do uso de sua identidade, e uma declaração de imposto de renda falsa foi apresentada em seu nome. Como o seu contrato de trabalho continha uma cláusula

<sup>4</sup> *Lamps Plus, Inc. v. Varela*, 139 S. Ct. 1407 (2019).

<sup>5</sup> 559 U.S. 662 (2010).

arbitral, Varela apresentou uma “proposta” de arbitragem coletiva – nesse momento ainda não havia sido confirmado o grupo específico de pessoas a ser representado pelo requerente – contra o seu empregador e em nome de todos os empregados em situação similar cujas informações fiscais também tivessem sido afetadas. Tanto o juízo federal de 1º grau como a Corte de Apelações do Nono Circuito dos EUA decidiram que a arbitragem coletiva seria permitida visto que a cláusula arbitral era ambígua e qualquer ambiguidade deveria ser interpretada contra o empregador.

A Suprema Corte deferiu o processamento (*certiorari*) do recurso para reexaminar se a arbitragem coletiva poderia ser instituída por ordem do judiciário com base em um princípio interpretativo de lei estadual que, em relação a cláusulas arbitrais, prevê a adoção da interpretação menos favorável àquele que redigiu a cláusula. Em outras palavras, a questão a ser decidida era a seguinte: se aquele que redigiu a cláusula arbitral não foi claro quanto à possibilidade de instituição de arbitragem coletiva, deve ser permitido a uma parte ingressar com uma demanda coletiva sob o argumento de que a ambiguidade deve ser interpretada contra aquele que redigiu a cláusula? Por 5 votos a 4, a Suprema Corte rejeitou esse posicionamento, indicando que a ambiguidade “não provê base suficiente para concluir que as partes de uma convenção de arbitragem” teriam consentido com a instituição de uma arbitragem coletiva.<sup>6</sup> A Corte ressaltou em especial que a ambiguidade é insuficiente dado que a arbitragem coletiva sacrifica “a principal vantagem da arbitragem” – a sua rapidez e eficiência.

A decisão da Suprema Corte é em muitos aspectos uma confirmação da posição crítica adotada no caso *Stolt-Nielsen* em relação à arbitragem coletiva. Porém, a votação apertada entre os ministros e a reação pública em relação à decisão sugerem que o debate sobre a arbitragem coletiva deve continuar.

<sup>6</sup> *Lamps Plus, Inc.*, 139 S. Ct. p. 1416.

## As cortes americanas continuam considerando a utilização da produção de provas (*discovery*) prevista na “Seção 1782” em arbitragens internacionais

Como mencionado em nosso informativo anterior, a lei americana conhecida como “Seção 1782” permite que as cortes nos EUA determinem que uma parte produza provas segundo as regras do direito americano e utilize essas provas em procedimentos perante “tribunais estrangeiros ou internacionais”.<sup>7</sup> Tal pedido pode ser apresentado por qualquer pessoa “interessada” no procedimento estrangeiro/internacional e pode consistir em intimações (*subpoenas*) ou produção de prova testemunhal (*depositions*) antes da fase de julgamento. A medida pode ser

concedida contra qualquer indivíduo ou pessoa jurídica que “resida ou se encontre” no distrito da corte federal na qual o pedido for apresentado.

Nos últimos meses, as cortes americanas proferiram diversas decisões relacionadas ao âmbito de aplicação dessa lei. Em outubro de 2019, a Corte de Apelações do Segundo Circuito dos EUA proferiu uma decisão estabelecendo que a aplicação da lei àqueles que se “encontram” em determinado distrito corresponde aos mesmos limites aplicáveis à competência “em razão

<sup>7</sup> 28 U.S.C. § 1782.

# Informativo sobre Resolução de Disputas na América Latina

da pessoa” (*personal jurisdiction*).<sup>8</sup> Em outras palavras, nas hipóteses em que uma corte federal americana teria competência “em razão da pessoa” sobre uma determinada parte, aquela parte se “encontraria” naquele distrito também para os objetivos da Seção 1782. Essa decisão também estabeleceu que a Seção 1782 pode ser usada para obter documentos de uma parte que se encontre naquele distrito mesmo quando os respectivos documentos estiverem fisicamente em uma localização fora do território americano. O Segundo Circuito ressaltou que os juízes podem exercer a sua discricionariedade ao decidir se é o caso de permitir a produção de provas no exterior, mas deixou claro que a extraterritorialidade dos documentos por si só não deve ser impedimento para produção da prova.

Outras decisões recentes também abordaram a possibilidade de um tribunal arbitral estrangeiro se enquadrar na definição de “tribunais estrangeiros ou internacionais” para a finalidade da Seção 1782 – ou seja, a possibilidade de uma corte americana determinar a produção de provas a serem utilizadas em uma arbitragem estrangeira. No passado, algumas cortes (incluindo o Segundo Circuito) rejeitaram esse posicionamento. Em 1999, ao decidir o caso *NBC v. Bear Stearns*,<sup>9</sup> por exemplo, o Segundo Circuito estabeleceu que “um painel arbitral instituído por partes privadas” não era um “tribunal estrangeiro ou internacional” para os fins da Seção 1782.

Em 2004, porém, a Suprema Corte dos EUA proferiu a primeira decisão sobre a aplicação da Seção 1782, no caso *Intel Corp. v. Advanced Micro Devices, Inc.*<sup>10</sup> Apesar desse caso não ter envolvido

## Governos venezuelanos rivais participam de procedimentos para cumprimento de decisões arbitrais nos EUA

Desde que Juan Guaidó se declarou presidente interino da Venezuela em 23 de janeiro de 2019, ele foi reconhecido por quase todas as nações nas Américas como presidente legítimo da Venezuela. Desde então, Guaidó compareceu ou procurou intervir em ao menos dois casos em andamento nas cortes americanas envolvendo o cumprimento de sentenças arbitrais estrangeiras proferidas contra a Venezuela. Em ambos os casos, as cortes federais de apelação americanas reconheceram que Guaidó tem autoridade para falar e atuar em nome da Venezuela com base na decisão do poder executivo americano de reconhecer Guaidó como presidente legítimo daquele país.

No caso *Rusoro Mining Ltd. v. Venezuela*,<sup>1</sup> o escritório de advocacia que representa a República Bolivariana da Venezuela, que antes atuava a partir de instruções do governo Maduro, passou a atuar sob a orientação do governo Guaidó após o Departamento de Estado americano ter reconhecido Guaidó como presidente legítimo. Posteriormente, um novo escritório de advocacia instruído pela administração de Maduro se habilitou e se retirou do processo, então o próprio Procurador-Geral da administração de Maduro pediu a sua inclusão no caso. A administração de Guaidó pediu o indeferimento do requerimento apresentado pelo Procurador-Geral, argumentando que permitir que o Procurador-Geral do governo Maduro participe de processos em cortes americanas resultaria no reconhecimento do governo Maduro como legítimo e usurparia a autoridade exclusiva do poder executivo americano de conduzir a sua política externa. Em resposta, a administração de Maduro contestou a reivindicação de Guaidó quanto à presidência da Venezuela, impugnando, entre outros pontos, a legitimidade de Guaidó sob as leis venezuelanas. A Corte de Apelações do Distrito de Columbia dos EUA rejeitou o pedido do governo Maduro no sentido de impedir que o governo de Guaidó comparecesse em juízo em nome da Venezuela, ressaltando que o reconhe-

cimento de determinado governo é uma questão de natureza política e não judicial.

No caso *Crystallex Int'l Corp. v. Venezuela*,<sup>2</sup> o governo Maduro não contestou formalmente a legitimidade de Guaidó comparecer em juízo. Nesse caso, a Venezuela ainda não havia participado formalmente da disputa, que se tratava de um procedimento entre a *Crystallex e a Petróleos de Venezuela, S.A. (PDVSA)*. Naquele momento, o Departamento de Estado americano reconheceu a administração de Guaidó. A administração de Guaidó então pediu a sua inclusão no processo como representante da Venezuela para intervir na apelação interposta pela PDVSA perante a Corte de Apelações do Terceiro Circuito dos EUA. O Terceiro Circuito deferiu o pedido e “reconhece[u] o regime de Guaidó como autorizado a falar e atuar em nome da Venezuela nestes recursos de apelação.”

Ao reconhecer a autoridade exclusiva de Guaidó para representar a Venezuela em juízo, ambas as cortes basearam as suas decisões no precedente estabelecido pela Suprema Corte dos EUA no caso *Guaranty Trust Co. v. United States*,<sup>3</sup> que definiu que “a ação [do poder executivo] de reconhecer um governo estrangeiro ... é conclusiva em todas as cortes domésticas, que devem aceitar essa determinação”. Por consequência, tendo em vista que o poder executivo do governo americano reconheceu Guaidó como presidente legítimo da Venezuela, as cortes americanas seguirão esse posicionamento, reconhecendo a prerrogativa exclusiva de Guaidó como representante da Venezuela em litígios nos EUA.

As demais consequências da disputa entre as administrações de Guaidó e Maduro – e seus efeitos nas relações jurídicas envolvendo a Venezuela – ainda serão determinadas no futuro. Se a disputa se prolongar por um período significativo, ela poderá apresentar novos desafios para partes realizando negócios com a Venezuela.

<sup>8</sup> *In re Application of Antonio del Valle Ruiz and Others*, 939 F.3d 520 (2d Cir. 2019).

<sup>9</sup> 165 F.3d 184, 191 (2d Cir. 1999).

<sup>10</sup> 542 U.S. 241 (2004).

<sup>1</sup> No. 18-7044, Doc. No. 1785518 (D.C. Cir. 1º de maio de 2019).

<sup>2</sup> 932 F. 3d 126 (3d Cir. 2019).

<sup>3</sup> 304 U.S. 126, 137 (1938).

# Informativo sobre Resolução de Disputas na América Latina

uma arbitragem, ao decidir que um procedimento investigativo europeu poderia ser considerado um “tribunal estrangeiro ou internacional”, a Suprema Corte fez alguns comentários sobre o âmbito de aplicação da Seção 1782 que, na visão de alguns, criou a possibilidade de as cortes americanas terem o poder de determinar a produção de provas a serem utilizadas em arbitragens estrangeiras.

O Segundo Circuito não abordou mais essa questão desde a decisão da Suprema Corte no caso *Intel*, embora em breve possa ter a oportunidade de deliberar sobre o tema. Desde 2004, algumas cortes federais que integram o Segundo Circuito proferiram decisões que aparentemente favorecem o entendimento de que a Seção 1782 pode realmente ser aplicada em relação a procedimentos arbitrais estrangeiros. Por exemplo, na decisão proferida em 2016 no caso *In re Ex Parte Application of Kleimar N.V.* (discutida em nosso [informativo de junho de 2017](#)), um magistrado da Corte Federal do Distrito Sul de Nova Iorque decidiu que a produção de provas segundo as leis americanas para uso em uma arbitragem comercial “privada” estrangeira era um direito assegurado pela Seção 1782.<sup>11</sup> Outras cortes americanas também proferiram decisões similares.<sup>12</sup>

Mais recentemente, porém, dois juízes do Distrito Sul de NY discordaram desse entendimento e seguiram o precedente estabelecido pelo Segundo Circuito no caso *NBC*, no qual restou decidido que a produção de provas com fundamento na Seção 1782 não se aplica a arbitragens comerciais estrangeiras, mesmo depois da decisão no caso *Intel*.

<sup>11</sup> 220 F. Supp. 3d 517, 521 (S.D.N.Y.2016).

<sup>12</sup> Confira, por exemplo, *In re Application of Owl Shipping, LLC*, No. 14-5655 (AET) (DEA), 2014 WL 5320192, p. \*2 (D.N.J. 17 de outubro de 2014) (permitindo a produção de prova com fundamento na Seção 1782 para um procedimento perante a *London Maritime Arbitrators Association*); *OJSC Ukrnafta v. Carpatyky Petroleum Corp.*, No. 3:09 MC 265 JBA, 2009 WL 2877156, p. \*4 (D. Conn., 27 de agosto de 2009) (procedimento perante a *Stockholm Chamber of Commerce* sob as Regras de Arbitragem da UNCITRAL); *In re Application of Babcock Borsig A.G.*, 583 F. Supp. 2d 233, 240 (D. Mass. 2008) (arbitragem sob administração da *International Chamber of Commerce* e com sede em Düsseldorf).

No primeiro caso, *In re Hanwei Guo*,<sup>13</sup> o juiz Jesse M. Furman decidiu que a *China International Economic and Trade Arbitration Commission* não configura um “tribunal estrangeiro ou internacional”. Ele reconheceu que outras decisões proferidas no âmbito do Distrito Sul de NY não seguiram o posicionamento do caso *NBC*, mas concluiu que precedentes do Segundo Circuito deveriam ser observados ao menos enquanto não forem superados.

No segundo caso, *In re Petrobras Securities Litigation*,<sup>14</sup> o juiz Jed S. Rakoff do Distrito Sul de NY indeferiu a produção de provas que seriam utilizadas em uma arbitragem brasileira contra a Petrobrás. Ele decidiu que a Seção 1782 não permite que a produção de provas segundo as regras americanas seja utilizada em uma arbitragem privada em um país estrangeiro, argumentando que o painel arbitral constituído por partes privadas não configura um “tribunal estrangeiro ou internacional”. Embora tenha reconhecido que outras cortes americanas concluíram no sentido contrário, o magistrado adotou uma posição similar à do juiz Furman no caso *Guo*.

O caso *Guo* está em fase de apelação e o Segundo Circuito terá a oportunidade de decidir se a Seção 1782 deve ser aplicada a arbitragens comerciais estrangeiras.

Além do Segundo Circuito, a Corte de Apelações do Sexto Circuito dos EUA decidiu em setembro de 2019 que a produção de provas segundo as regras americanas com base na Seção 1782 deveria ser permitida em relação a uma arbitragem comercial com sede em Dubai.<sup>15</sup> Ao decidir sobre a questão, a corte analisou o significado da palavra “tribunal” e concluiu que ela “inclui painéis privados de arbitragens comerciais estabelecidos por contrato e que tenham autoridade para proferir decisões que vinculem as partes”.

<sup>13</sup>No. 18 MC 561, 2019 WL 917076 (S.D.N.Y. 25 de fevereiro de 2019).

<sup>14</sup>393 F. Supp. 3d 376 (S.D.N.Y. 2019).

<sup>15</sup>*In re Application to Obtain Discovery for Use in Foreign Proceeding*, 939 F.3d 710 (6th Cir. 2019).

## Cortes americanas podem determinar a exibição de informações de aplicativos de mensagens

Com frequência, as cortes americanas deferem aos litigantes acesso a um amplo conjunto de fontes de informação da parte contrária, com o intuito de permitir a propositura ou defesa de uma ação judicial. Em geral, o uso de mensagens de texto ou outros aplicativos de mensagens (como o WhatsApp) são sujeitos à exibição durante a produção de provas no contencioso americano, da mesma forma que e-mails, anotações e

outros tipos mais tradicionais de documentos relacionados ao trabalho. Embora questões relacionadas à produção de provas segundo as regras do direito americano envolvendo aplicativos de mensagens não sejam novas, a preservação desses dados para apresentação em uma disputa em andamento continua sendo uma questão controversa. Em junho de 2019, por exemplo, um juiz do Distrito Sul de NY impôs sanções – incluindo o pagamento

# Informativo sobre Resolução de Disputas na América Latina

---

de custas e honorários advocatícios – a uma parte que deixou de preservar mensagens de texto de celulares relevantes para a disputa.<sup>16</sup> Além disso, a corte autorizou que a parte contrária apresentasse provas sobre as mensagens de texto que não foram preservadas para permitir que o júri decidisse sobre a credibilidade da parte que deixou de preservar os dados.<sup>17</sup>

Conforme a regra 37(e) da legislação aplicável ao processo civil em âmbito federal nos EUA (*Federal Rules of Civil Procedure*), uma parte deve tomar medidas razoáveis para preservar informações armazenadas eletronicamente em antecipação ou durante uma disputa judicial. Sobre o tema, as cortes federais americanas tem enfatizado repetidamente a obrigação das partes em preservar ou instruir os seus funcionários em relação à preservação de dados potencialmente relevantes de aplicativos de mensagens. No caso *Congregational Rabbinical College of Tartikov, Inc. v. Village*

---

<sup>16</sup> *Karsch v. Blink Health, Ltd.*, No. 17-CV-3880 (VM)(BCM), 2019 WL 2708125, p. \*24, 26 (S.D.N.Y. 20 de junho de 2019).

<sup>17</sup> *Id.* p. \*27-28.

*of Pomona*,<sup>18</sup> por exemplo, a corte concluiu que os réus tinham o dever de preservar uma publicação na plataforma Facebook e mensagens de texto relacionadas que discutiam o conteúdo da publicação porque era razoável que os réus soubessem que as mensagens eram relevantes para a disputa.<sup>19</sup> As cortes têm decidido que esse dever se aplica inclusive sobre dispositivos pessoais na hipótese em que o funcionário tiver conduzido negócios em um dispositivo pessoal e poderia ser presumido que a parte sabia ou deveria saber sobre a prática adotada pelo funcionário.<sup>20</sup> Como mensagens de texto, aplicativos de mensagens e mídias sociais são amplamente utilizados para discutir assuntos de negócios, partes que podem eventualmente se envolver em litígios nos EUA devem estar cientes das possíveis consequências em relação à preservação de dados relevantes a uma disputa nas cortes americanas.

---

<sup>18</sup> 138 F. Supp. 3d 352, 386 (S.D.N.Y. 2015).

<sup>19</sup> *Id.* p. 388.

<sup>20</sup> *In re Pradaxa (Dabigatran Etexilate) Product Liability Litigation*, MDL No. 2385, 2013 WL 6486921, p. \*19 (S.D. Ill., 9 de dezembro de 2013) (superado com base em outros fundamentos, 745 F.3d 216).

# Informativo sobre Resolução de Disputas na América Latina

---

## Contacts



**Julie Bédard**

Sócia / São Paulo / New York  
55.11.3708.1849  
julie.bedard@skadden.com



**Gregory A. Litt**

Sócio / New York  
212.735.2159  
greg.litt@skadden.com



**John L. Gardiner**

Sócio / New York  
212.735.2442  
john.gardiner@skadden.com



**Timothy G. Nelson**

Sócio / New York  
212.735.2193  
timothy.g.nelson@skadden.com



**Lea Haber Kuck**

Sócia / New York  
212.735.2978  
lea.kuck@skadden.com



**Betsy A. Hellmann**

Consultora / New York  
212.735.2590  
betsy.hellmann@skadden.com



**David Herlihy**

Sócio / London  
44.20.7519.7121  
david.herlihy@skadden.com



**Jennifer Permesly**

Consultora / New York  
212.735.3723  
jennifer.permesly@skadden.com

---

Este comunicado é fornecido pelo Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom LLP e suas afiliadas apenas para fins educativos e informativos e não se destina e não deve ser interpretado como consultoria jurídica. Este comunicado é considerado publicidade sob as leis estaduais aplicáveis dos Estados Unidos.

Four Times Square / New York, NY 10036  
212.735.3000