

# Informativo sobre Resolução de Disputas na América Latina

Os avanços mais recentes em disputas transnacionais relacionadas aos EUA e à América Latina

## Conteúdo

### 1 Atualização sobre a jurisprudência dos EUA

Suprema Corte decide que processos judiciais de primeiro grau devem ser suspensos na pendência de recurso contra decisão que nega moção para compelir a realização de arbitragem

Décimo Primeiro Circuito decide que a Lei de Arbitragem Federal, e não a Convenção de Nova York, deve reger a anulação de decisões arbitrais proferidas nos EUA ou sob a lei estadunidense

As cortes estadunidenses continuam limitando a possibilidade de se obter *discovery* em apoio a procedimentos arbitrais

O estatuto RICO dos EUA está potencialmente disponível onde partes conspiram para frustrar a aplicação de decisões arbitrais

Esforços de credores para executar decisões contra a Venezuela permanecem suspensos

### 6 A ONU adota Código de Conduta para Árbitros em Disputas de Investimento

### 7 Novidades sobre a arbitragem no Brasil

A lei brasileira sobre conflito de interesses de árbitros enfrenta possível mudança pelo Supremo Tribunal Federal e Congresso

Esforços contínuos em apoio à arbitragem de classe no Brasil

### 8 Corte francesa decide que o momento do investimento não retira a jurisdição do tribunal arbitral em arbitragens baseadas em tratados de investimento

## Atualização sobre a jurisprudência dos EUA

A Suprema Corte e as cortes recursais dos EUA emitiram diversas decisões recentes sobre temas importantes relacionados à arbitragem e à exequibilidade de sentenças arbitrais e judiciais no país.

### Suprema Corte decide que processos judiciais de primeiro grau devem ser suspensos na pendência de recurso contra decisão que nega moção para compelir a realização de arbitragem

Em 23 de junho de 2023, no caso *Coinbase, Inc. v. Bielski*,<sup>1</sup> a Suprema Corte dos EUA proferiu decisão sobre a Seção 16 do FAA, Título 9 do Código Federal dos Estados Unidos (U.S.C.), Seção 16(a), a qual prevê que a parte perdedora de uma moção para compelir a realização de arbitragem tem o direito de recorrer imediatamente dessa decisão a um tribunal de segundo grau, mas não menciona se o processo de primeiro grau deve ter prosseguindo na pendência do recurso.

No caso *Coinbase*, diversos usuários de serviços de criptomoeda processaram dois provedores desses serviços perante o Tribunal Distrital dos EUA para o Distrito Norte da Califórnia, por supostamente operarem certos sorteios alegadamente ilícitos.<sup>2</sup> A ré Coinbase apresentou uma moção para compelir a realização de arbitragem, argumentando que os contratos de usuário assinados pelos autores conteriam cláusula arbitral. Os autores, em contraponto, argumentaram que outros contratos haviam tornado a cláusula arbitral legalmente inoperante.

Em janeiro de 2022, um juiz de primeira instância negou a moção da Coinbase. A Coinbase então apresentou um recurso interlocutório ao Tribunal de Apelações do Nono Circuito dos EUA com base na Seção 16 do FAA, bem como requereu a suspensão do processo em primeira instância. Para tanto, argumentou que se o processo seguisse sem uma suspensão, a arbitragem a ser potencialmente realizada restaria prejudicada, na hipótese de o recurso ser bem-sucedido.

Em decisões proferidas em maio e julho de 2022, o Nono Circuito negou o pedido de suspensão, decidindo que, com base no então vigente precedente do caso *Britton v. Co-op Banking Grp.*,<sup>3</sup> não existiria um direito automático à suspensão do processo na pendência

<sup>1</sup> No. 22-105, 143 S.Ct. 1915 (23 de junho de 2023).

<sup>2</sup> *Suski v. Marden-Kane, Inc.*, 2022 WL 103541, em \*2-3 (N.D. Cal. 11 de janeiro de 2022).

<sup>3</sup> 916 F.2d 1405 (9º Cir. 1990).

# Informativo sobre Resolução de Disputas na América Latina

de um recurso interlocutório. O Nono Circuito decidiu ainda que a Coinbase não logrou convencer a corte da necessidade de conceder uma suspensão discricionária do processo na pendência do recurso. A Coinbase então recorreu da decisão para a Suprema Corte.

Em 23 de junho de 2023, por maioria de 5 votos a 4, a Suprema Corte reverteu a decisão do Nono Circuito e decidiu que o processo de primeiro grau deveria ter sido automaticamente suspenso. Ao redigir o voto majoritário, o Ministro Brett Kavanaugh argumentou que “um recurso interlocutório retira da corte distrital o controle sobre os aspectos do caso envolvidos no recurso”, o que reflete um “princípio há muito estabelecido no processo estadunidense.”<sup>4</sup> “Como a questão sujeita a recurso é se o caso deve ser submetido a arbitragem ou ao juízo distrital, o caso inteiro está essencialmente ‘envolvido no recurso’.”<sup>5</sup> Assim, é justificada a suspensão automática mandatória do processo na pendência de recurso contra a decisão que rejeita uma moção para compelir a realização de arbitragem.

O Ministro Kavanaugh argumentou ainda que a suspensão obrigatória também é corroborada por razões de eficiência processual, bem como que a chance de haver abusos é relativamente pequena, já que o tribunal de segunda instância possui os meios necessários para rejeitar recursos frívolos prontamente. A decisão da Suprema Corte se aplicou a apenas um dos casos nos quais a Coinbase interpôs recurso (*Coinbase v. Bielski*), já que a ação correlata (*Coinbase v. Suski*) foi rejeitada em razão da perda do objeto, uma vez que o Nono Circuito já havia decidido que a disputa não deveria ser submetida à arbitragem.

Essa decisão é importante para réus que acreditam que seu caso deve ser submetido à arbitragem, pois significa que mesmo perdendo uma moção para compelir a realização de arbitragem, os pleitos da contraparte ficarão suspensos enquanto a questão estiver sob recurso. A decisão da Suprema Corte não se estende à questão de fundo do caso, *i.e.*, não analisa se os pleitos dos autores devem ou não ser submetidos à arbitragem.

## Décimo Primeiro Circuito decide que a Lei de Arbitragem Federal, e não a Convenção de Nova York, deve reger a anulação de decisões arbitrais proferidas nos EUA ou sob a lei estadunidense

No caso *Corporación AIC, S.A. v. Hidroeléctrica Santa Rita, S.A.*,<sup>6</sup> o Tribunal de Apelações do Décimo Primeiro Circuito dos EUA, que julga recursos de tribunais distritais federais

na Flórida, Geórgia e Alabama, juntou-se a outros circuitos dos EUA ao decidir que sentenças proferidas em arbitragens internacionais com sede nos EUA ou regidas pelo direito estadunidense podem potencialmente ser anuladas com base nos fundamentos previstos no Capítulo 1, Seção 10, da Lei de Arbitragem Federal (FAA), Título 9, Seção 1 *et. seq.*, do Código Federal dos Estados Unidos (U.S.C.)

A decisão revoga um precedente do Décimo Primeiro Circuito que afirmava que sentenças proferidas em arbitragens internacionais somente poderiam ser anuladas com base nas causas de não reconhecimento/execução previstas na Convenção de Nova York sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de 1958 (Convenção de Nova York).

A disputa subjacente envolvia duas empresas guatemaltecas – uma construtora, Corporación AIC, S.A. (CAIC), e sua cliente, Hidroeléctrica Santa Rita, S.A. (Hidroeléctrica) – sendo que a primeira estava construindo uma usina hidrelétrica na Guatemala. Quando surgiram disputas sobre os valores que a CAIC tinha direito a receber com base no contrato, a questão foi submetida a arbitragem de acordo com as regras da Câmara de Comércio Internacional (ICC) em Miami, Flórida.

Em 2018, um tribunal ICC decidiu, por maioria, que a CAIC era obrigada a reembolsar mais de \$7 milhões à Hidroeléctrica. Essa decisão levou a CAIC a ajuizar uma ação perante o Tribunal Distrital dos EUA para o Distrito Sul da Flórida (S.D. Fla.) para buscar a anulação da sentença arbitral, sob o argumento de que o tribunal arbitral teria excedido seus poderes ao criar novos requisitos para a integração de partes adicionais à arbitragem, criar uma nova condição precedente ao contrato, e recusar-se a seguir o direito guatemalteco, dentre outras coisas. O “excesso de poderes” é um fundamento para a anulação de sentenças arbitrais reconhecido pela Seção 10 do FAA, mas não pela Convenção de Nova York.

Em 2020, o S.D. Fla. rejeitou a ação com base exclusivamente no argumento de que Seção 10 do FAA não se aplicara a uma arbitragem que (tal como essa) era regida pela Convenção de Nova York. Em maio de 2022, um painel de três juízes confirmou essa decisão, afirmando que a corte estaria vinculada por um precedente do Décimo Primeiro Circuito no caso *Industrial Risk v. M.A.N. Gutehoffnungshutte GmbH*,<sup>7</sup> o qual havia considerado que uma sentença arbitral regida pela Convenção de Nova York somente poderia ser anulada com base nas causas de não reconhecimento e execução estabelecidas pelo artigo V da Convenção.

<sup>4</sup> *Coinbase*, 143 S.Ct. em 1919.

<sup>5</sup> *Id.*

<sup>6</sup> Caso 20-13039, 66 F.4th 876 (11.º Cir. 13 de Abril de 2023).

<sup>7</sup> 141 F.3d 1434 (11.º Cir. 1998).

# Informativo sobre Resolução de Disputas na América Latina

Vale destacar que as causas de não reconhecimento previstas na Convenção de Nova York – as quais incluem a constituição imprópria do tribunal arbitral, a falta de notificação adequada sobre o procedimento arbitral, e a violação à ordem pública – são diferentes, e em certos casos mais restritas, do que aquelas estabelecidas pela Seção 10 do FAA. Além disso, a abordagem do Décimo Primeiro Circuito sobre o assunto (baseada no caso *Industrial Risk*) era diferente da interpretação conferida pela maioria, senão pela totalidade, dos demais circuitos do país. Conseqüentemente, ao longo dos últimos 25 anos, a decisão no caso *Industrial Risk* significou que sentenças arbitrais internacionais proferidas por tribunais sediados em Miami e Atlanta ficaram sujeitas a um conjunto diferente, e potencialmente mais restrito, de causas de anulação quando comparadas a tribunais arbitrais sediados em jurisdições como Nova York.

A CAIC buscou mudar essa situação ao apresentar uma moção para revisão *en banc* da decisão do painel tríplice de juizes, argumentando que o Décimo Primeiro Circuito deveria reavaliar se o caso *Industrial Risk* estava de fato correto. No dia 5 de outubro de 2022, a moção foi concedida, a decisão do painel tríplice foi afastada, e a totalidade do Décimo Primeiro Circuito concordou em rever o caso *en banc* (*i.e.*, concordou com uma revisão integral do recurso perante todos os juizes do Circuito em exercício).

Em decisão divulgada no dia 13 de abril de 2023, o Décimo Primeiro Circuito revogou por unanimidade a decisão do caso *Industrial Risk*. Citando o texto da Convenção de Nova York e diversos autores de obras sobre arbitragem, o Décimo Primeiro Circuito explicou que a Convenção de Nova York estabelece uma distinção entre:

- jurisdições primárias (o país que é a sede jurídica da arbitragem ou cuja lei rege a condução do procedimento arbitral), nas quais uma decisão arbitral pode ser anulada com base em fundamentos de direito interno; e
- jurisdições secundárias, as quais somente podem decidir se devem reconhecer e executar uma sentença arbitral com base nas causas previstas no Artigo V da Convenção de Nova York.

O Décimo Primeiro Circuito decidiu ainda que a Convenção de Nova York não buscou estabelecer causas para anulação de sentenças arbitrais pela jurisdição primária, já que isso é uma questão de direito arbitral doméstico. Esse direito, nos Estados Unidos, está disciplinado na Seção 10 do FAA. Assim, tendo redefinido os parâmetros para anulação de sentenças arbitrais, o Décimo Primeiro Circuito revogou a decisão do S.D. Fla. de 2020 e remeteu o caso de volta ao S.D. Fla., que agora poderá decidi-lo em conformidade com a Seção 10 do FAA.

Como resultado do caso *Corporación AIC, S.A.*, as causas de anulação vigentes no Décimo Primeiro Circuito (e, conseqüentemente, as causas de anulação aplicáveis a sentenças arbitrais decorrentes de arbitragens sediadas em Miami ou Atlanta) passam a estar alinhadas com o Segundo, Terceiro, Quinto e Sétimo Circuitos, na medida em que todos eles consideram que as causas de anulação previstas no Capítulo 1 do FAA se aplicam a decisões domésticas e não-domésticas proferidas em arbitragens sediadas nos Estados Unidos.

A decisão no caso *Corporación AIC, S.A.* ainda deixa em aberto algumas questões sobre as causas de anulação de sentenças arbitrais. Por exemplo, embora alguns tribunais federais dos EUA permitam a impugnação de sentenças arbitrais por “desrespeito manifesto à lei” (*manifest disregard of the law*), o Décimo Primeiro Circuito já decidiu que essa não é uma base adequada para a impugnação de uma sentença arbitral já que a Seção 10 do FAA não a menciona. Nesse sentido, resta saber se o Décimo Primeiro Circuito continuará tendo uma abordagem diferente sobre os parâmetros para anulação.

## As cortes estadunidenses continuam limitando a possibilidade de se obter *discovery* em apoio a procedimentos arbitrais

Nos Estados Unidos, a Seção 1782 do Título 28 do Código Federal dos Estados Unidos (U.S.C.) permite que as cortes estadunidenses auxiliem cortes e litigantes estrangeiros por meio de ordens determinando a produção de provas que de outra forma estariam indisponíveis em processos estrangeiros, incluindo provas documentais e testemunhais por parte de terceiros. Antes de 2022, as cortes do país divergiam sobre se esse dispositivo legal (Seção 1782) permitiria o *discovery* em apoio a arbitragens comerciais privadas e/ou a arbitragens entre investidor e Estado, como já discutimos [aqui](#) e [aqui](#).

Em junho de 2022, a Suprema Corte dos EUA decidiu no caso *ZF Automotive US v. Luxshare*<sup>8</sup> que o *discovery* previsto pela Seção 1782 não poderia ser utilizado em relação a arbitragens comerciais estrangeiras ou arbitragens baseadas em tratados internacionais. A Corte decidiu por unanimidade que arbitragens comerciais privadas e ao menos algumas arbitragens entre investidor e Estado (no caso, um tribunal arbitral *ad hoc* constituído de acordo com as regras da UNCITRAL, tal como previsto em inúmeros tratados bilaterais de investimento) não constituem um “tribunal estrangeiro ou internacional” para os efeitos da Seção 1782. Em vez disso, a Suprema Corte afirmou que um “tribunal estrangeiro ou internacional” inclui apenas órgãos adjudicatórios governamentais ou intergovernamentais.

<sup>8</sup>No. 21-401, 142 S.Ct. 2078 (2022).

# Informativo sobre Resolução de Disputas na América Latina

Essa decisão aparentou fechar as portas para a maioria dos pedidos baseados na Seção 1782 relacionadas à arbitragem. No entanto, o caso *ZF Automotive* não endereçou explicitamente qual seria o status de tribunais arbitrais constituídos sob a égide da Convenção sobre a Resolução de Disputas de Investimento entre Estados e Nacionais de outros Estados (Convenção do ICSID), a qual cria um sistema arbitral autônomo desenhado especificamente para disputas investidor-Estado e que é comumente utilizado em arbitragens baseadas em tratados internacionais.

Foram levantadas algumas teses no sentido de que os tribunais ICSID seriam distintos do tribunal *ad hoc* da UNCITRAL discutido no caso *ZF Automotive*, já que a Convenção do ICSID é um tratado multilateral de investimento que cria uma instituição intergovernamental permanente, o ICSID, para administrar arbitragens investidor-Estado. Nesse contexto, seria possível argumentar que um tribunal ICSID criaria um órgão adjudicatório “intergovernamental”, tal como descrito no caso *ZF Automotive*.

Até o momento, esse argumento não tem sido bem-sucedido. Em outubro de 2022, um juiz do Tribunal Distrital dos EUA para o Distrito Leste de Nova York (EDNY) decidiu que um tribunal ICSID constituído sob a égide do tratado bilateral de investimento (BIT) entre China e Malta não constituiria um “tribunal estrangeiro ou internacional” para os fins da Seção 1782.<sup>9</sup> Em seguida, em dezembro de 2022, um juiz do Tribunal Distrital dos EUA para o Distrito Sul de Nova York (SDNY) chegou à mesma conclusão, qual seja a de que um tribunal do ICSID constituído com base no BIT entre Itália e Panamá não se qualificaria como um “tribunal estrangeiro ou internacional”.<sup>10</sup> Este último caso está atualmente sendo objeto de recurso ao Tribunal de Apelações do Segundo Circuito dos EUA (que julga recursos de tribunais distritais federais em Nova York, Connecticut e Vermont).

Decisões judiciais distritais federais como estas não constituem precedentes vinculantes para outras cortes, embora possam ter caráter persuasivo. A decisão do Segundo Circuito, que deve ser proferida em algum momento no ano de 2024, provavelmente esclarecerá a solução jurídica aplicável com relação ao tema para disputas trazidas perante as cortes de primeiro grau desse circuito. Resta saber se e como outras cortes de segundo grau do país tratarão do assunto.

<sup>9</sup> *In re Alpine*, No. 21-mc-2547 (MKB) (RML), 2022 WL 15497008 (27 de outubro de 2022).

<sup>10</sup> *In re Webuild S.p.A.*, No. 22-mc-140 (LAK), 2022 WL 17807321 (19 de dezembro de 2022).

## O estatuto RICO dos EUA está potencialmente disponível onde partes conspiram para frustrar a aplicação de decisões arbitrais

A Suprema Corte dos EUA confirmou no caso *Yegiazaryan v. Smagin*<sup>11</sup> que a Seção 1964 do Estatuto de Repressão ao Crime Organizado (*RICO: Racketeering Influenced and Corrupt Organizations*), encontrada no Título 18 do Código Federal dos Estados Unidos (U.S.C.), a qual proíbe certos tipos de conduta criminosa e prevê a possibilidade de ações cíveis contra os responsáveis por tal conduta, pode ser usada quando partes localizadas nos EUA conspiram ilegalmente para frustrar a execução de sentenças arbitrais.

A disputa subjacente a este caso envolveu um cidadão russo, Vitaly Smagin, que teve julgado a seu favor um pedido no valor de 84 milhões de dólares americanos em uma arbitragem sediada em Londres e conduzida sob as regras da *London Court of International Arbitration* (LCIA). A sentença foi proferida contra outro cidadão russo, Ashot Yegiazaryan, em razão da apropriação indevida que este fez do investimento imobiliário detido por ambos.

- Em 2014, Smagin iniciou procedimentos de execução da sentença arbitral da LCIA perante o Tribunal Distrital dos EUA para o Distrito Central da Califórnia (C.D. Cal.), o qual tem jurisdição sobre Los Angeles, onde Yegiazaryan vivia à época. Em *Smagin v. Yegiazaryan*,<sup>12</sup> o tribunal distrital concedeu o pedido de execução da sentença arbitral da LCIA. No entanto, Yegiazaryan não cumpriu a sentença.
- Sem sucesso na obtenção de pagamento, em 2020 Smagin iniciou novos procedimentos cíveis contra Yegiazaryan e outros réus perante o mesmo Tribunal Distrital, alegando que eles, como parte de uma “organização”, estavam envolvidos em um padrão de conduta criminosa, desviando valores que Yegiazaryan recebeu por conta de outra sentença não relacionada, a fim de se evitar o pagamento a Smagin do valor devido sob a sentença arbitral da LCIA e sob a decisão do Tribunal Distrital. Smagin alegou que essas ações se enquadrariam na conduta proscribida pelo estatuto RICO e permitiriam que Smagin ajuizasse ações cíveis contra todos os membros da suposta “organização”.
- Em maio de 2021, o Tribunal Distrital dos EUA para o Distrito Central da Califórnia rejeitou os pedidos de Smagin baseados no estatuto RICO, alegando que Smagin não havia conseguido apresentar um prejuízo doméstico, *i.e.*, ocorrido nos EUA.

<sup>11</sup> No. 22-381, 143 S.Ct. 1900 (22 de junho de 2023).

<sup>12</sup> 2016 WL 10704874 (C.D. Cal., 17 de março de 2016).



# Informativo sobre Resolução de Disputas na América Latina

Considerando que Smagin era cidadão russo e domiciliado na Rússia, o Tribunal Distrital entendeu que o prejuízo decorrente da incapacidade de executar a sentença arbitral teria ocorrido na Rússia.<sup>13</sup> Em grau recursal, o Tribunal de Apelações do Nono Circuito dos EUA reverteu a decisão, adotando uma avaliação “contextual” quanto à determinação do local do prejuízo e concluindo que Smagin havia apresentado um prejuízo doméstico porque ele havia alegado que seus esforços para executar uma sentença na Califórnia contra um residente da Califórnia foram frustrados por um padrão de conduta criminosa que, em grande parte, “ocorreu na, ou cujo alvo era a, Califórnia” e foi “projetada para subverter” a execução da sentença na Califórnia.<sup>14</sup>

- Em outubro de 2022, Yegiazaryan apresentou um recurso à Suprema Corte, argumentando que o Nono Circuito havia interpretado incorretamente os precedentes da Suprema Corte no que diz respeito à aplicação extraterritorial do estatuto RICO. Em janeiro de 2023, a Suprema Corte aceitou ouvir o recurso.

Em uma decisão publicada em 22 de junho de 2023, a Suprema Corte considerou, por maioria de 6-3, que a abordagem do Tribunal de Apelações do Nono Circuito dos EUA estava correta e que Smagin havia demonstrado a existência de um “prejuízo doméstico” que se qualificaria sob a proteção do estatuto RICO. A Ministra Sonia Sotomayor, em nome da maioria, escreveu que o exercício para se “determinar se um requerente alegou um prejuízo doméstico pressupõe uma avaliação contextual e específica que, em grande medida, depende das especificidades dos fatos alegados em uma petição inicial”.<sup>15</sup> Segundo tal decisão, os tribunais federais dos EUA devem, portanto, analisar todas as circunstâncias envolvendo o suposto prejuízo para avaliar se ele ocorreu nos Estados Unidos.

A Ministra Sotomayor enfatizou, no entanto, que “[p]ela natureza contextual da avaliação, nenhum conjunto de fatores pode capturar as considerações relevantes para todos os casos”.<sup>16</sup> Aplicando sua abordagem a este caso, a Ministra Sotomayor ponderou que a posição de Smagin no processo de execução na Califórnia contra Yegiazaryan — um residente da Califórnia — foi diretamente prejudicada por atividades criminosas realizadas na Califórnia ou orquestradas a partir da Califórnia, com o objetivo e o efeito de minar os direitos de Smagin na execução da sentença na Califórnia e, portanto, essas alegações foram suficientes para demonstrar um dano doméstico.

A decisão neste caso foi elogiada em alguns círculos como uma forma de reafirmar, ou talvez expandir, as ações cíveis disponíveis para partes que ainda não tiveram sentenças cumpridas e pagas em seu favor. No entanto, como foi enfatizado pela Ministra Sotomayor, a aplicação civil do estatuto RICO em qualquer caso é extremamente dependente dos fatos. Além disso, esta decisão da Suprema Corte não abordou todos os aspectos cíveis do estatuto RICO, os quais permanecem complexos e muitas vezes difíceis de sustentar, mesmo na fase inicial de alegações. Ainda assim, a decisão ilustra de forma interessante como, em certos casos, uma conduta especialmente grave pode fornecer meios adicionais de reparação para credores em posse de títulos executivos judiciais.

## Esforços de credores para executar decisões contra a Venezuela permanecem suspensos

Como uma atualização ao [nosso artigo anterior](#) sobre os esforços de credores para executar nos Estados Unidos sentenças arbitrais proferidas contra a Venezuela, em julho de 2023, Tribunal de Apelações do Terceiro Circuito dos EUA autorizou novamente pedidos de outros credores de penhorar ações de uma subsidiária norte-americana da Petróleos de Venezuela, S.A. (PDVSA), chamada PDV Holding, Inc. (PDV Holding, a qual controla a Citgo), para satisfazer dívidas da Venezuela e da PDVSA. Em 2019, o Terceiro Circuito havia autorizado que a *Crystallex International Corporation* (Crystallex) registrasse uma penhora contra a PDV Holding como se fosse um alter ego da Venezuela, de modo que pudesse satisfazer o crédito da Crystallex contra a Venezuela.<sup>17</sup>

Criada a possibilidade, vários outros credores requereram<sup>18</sup> a penhora contra a PDV Holding sob a teoria do *alter ego*. A PDVSA, sob controle do governo de oposição liderado por Juan Guaidó, argumentou que a decisão anterior que considerou a PDVSA como o “*alter ego*” da Venezuela — e, portanto, autorizou a penhora de bens da PDVSA na execução de sentenças arbitrais contra a Venezuela — não era mais válida em razão de mudanças no controle do governo na Venezuela e na PDVSA.

O Tribunal de Apelações do Terceiro Circuito analisou as ações dos governos Maduro e Guaidó e manteve a decisão de primeira instância no sentido de que a PDVSA continua sendo um *alter ego* da Venezuela. Em 14 de agosto de 2023, os devedores venezuelanos apresentaram um recurso à Suprema Corte, o qual ainda não foi analisado por esta.

<sup>13</sup> *Smagin v. Compagnie Monegasco de Banque*, 2021 WL 2124254, at \*4-5 (C.D. Cal., 5 de maio de 2021).

<sup>14</sup> *Smagin v. Yegiazaryan*, 37 F.4th 562, 567-68 (9o Circuito, 2022).

<sup>15</sup> *Yegiazaryan*, 143 S.Ct. p. 1909.

<sup>16</sup> *Id.* na p. 1910.

<sup>17</sup> *Crystallex Int'l Corp. Contra Rep. Bolivariana da Venez.*, 932 F.3d 126 (3o Circ. 2019).

<sup>18</sup> Devido às sanções do Escritório de Controle de Bens Estrangeiros (OFAC) estabelecidas após a penhora em favor da Crystallex, novas penhoras contra bens da Venezuela (como os da PDV Holding) são condicionadas à aprovação pela OFAC.

# Informativo sobre Resolução de Disputas na América Latina

Enquanto isso, o processo de alienação judicial da PDV Holding prossegue perante o Tribunal Distrital dos EUA para o Distrito de Delaware (D. Del), o qual nomeou um leiloeiro para supervisionar o processo de venda, que deverá começar em outubro de 2023 e terminar em julho de 2024. O tribunal havia aberto prazo até 14 de agosto de 2023 para que quaisquer

partes com potenciais créditos contra a Venezuela se manifestassem e estabeleceu regras para determinar a ordem de pagamentos. Em agosto de 2023, aproximadamente 20 supostos credores já haviam se manifestado, cujos supostos créditos contra a Venezuela somavam mais de 20 bilhões de dólares.

## A ONU adota Código de Conduta para Árbitros em Disputas de Investimento

Durante a sua 56ª sessão anual em Viena, em julho de 2023, a Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL) adotou formalmente um Código de Conduta para Árbitros Envolvidos na Resolução de Disputas de Investimento Internacional, como parte de um esforço conjunto com o Centro Internacional para a Resolução de Conflitos sobre Investimentos (ICSID). A adoção do Código de Conduta encerra seis anos de discussão e debate.

O Código de Conduta busca um guia para a conduta para árbitros em arbitragens de investimento, inclusive em matérias que têm sido recentemente objeto de ações anulatórias ou defesas contra o reconhecimento e execução de sentenças de arbitragens de investimento, tais como independência, imparcialidade e dever de revelação dos árbitros. O Código será aplicável a arbitragens através do consentimento das partes ou conforme estabelecido nos tratados, contratos ou legislação aplicáveis. O ICSID começará agora um processo de consulta com seus estados membros para determinar os meios e mecanismos para a aplicação do Código de Conduta nos procedimentos por ele administrados.

Entre outras coisas, o Código de Conduta enumera obrigações específicas de revelação pelos árbitros, incluindo:

- Qualquer relação financeira, comercial, profissional ou pessoal próxima nos últimos cinco anos com qualquer uma das partes do processo, seus representantes legais, outros árbitros e peritos, assim como qualquer pessoa identificada como tendo um interesse direto ou indireto no resultado do processo, incluindo terceiros financiadores;
- Qualquer interesse financeiro ou pessoal no resultado do processo, em qualquer outro processo envolvendo a mesma medida governamental sendo discutida, e em qualquer outro processo envolvendo uma parte litigante ou pessoa ou entidade a ela relacionada;
- Envolvimento em todas as disputas internacionais de investimento e procedimentos internacionais ou domésticos que sejam diretamente relacionados (como uma ação anulatória ou execução) nos últimos cinco anos como árbitro, representante legal ou perito; e.

- Qualquer nomeação como árbitro, representante legal ou perito por uma das partes litigantes ou seus representantes legais em todas disputas internacionais de investimento e quaisquer outros procedimentos nos últimos cinco anos. Quando vinculados por obrigações de confidencialidade, os árbitros devem divulgar o máximo possível de informações exigidas pelo Código de Conduta. Por exemplo, embora os árbitros devam preservar informações confidenciais, eles ainda devem se esforçar para divulgar a região onde o requerente ou o requerido estão localizados, o setor ou indústria relevante, as regras aplicáveis e as obrigações de confidencialidade. O Código de Conduta aconselha árbitros a recusarem a nomeação se ele ou ela não puderem revelar circunstâncias que provavelmente darão origem a uma dúvida justificável quanto à imparcialidade.

Além disso, o Código de Conduta regulamenta expressamente a infame prática do chamado “*double-hatting*”: árbitros que atuam como representantes de partes ou peritos em outros casos. O Código proíbe que árbitros atuem como advogados ou peritos em qualquer disputa internacional de investimento ou processo diretamente relacionado envolvendo: (a) a(s) mesma(s) medida(s) governamental(is) ou as mesmas partes ou partes relacionadas por três anos após servir como árbitro, e (b) procedimentos decorrentes do mesmo dispositivo contido no instrumento de consentimento relevante (*i.e.*, o tratado, contrato ou legislação que contenha o consentimento estatal para a arbitragem) por um ano após servir como árbitro.

Os árbitros não podem atuar simultaneamente como advogados ou peritos em qualquer outro processo que envolva a mesma medida governamental, as mesmas partes ou partes relacionadas, ou o mesmo dispositivo contido no instrumento de consentimento relevante. As partes podem optar por modificar ou renunciar essas limitações por acordo expresso de todas as partes litigantes.

Note-se que o Código de Conduta não aborda explicitamente os chamados “conflitos de questões”,<sup>19</sup> os quais — segundo alguns especialistas — podem surgir quando um árbitro já tenha “pré-julgado” uma questão em suas decisões, publicações, posições

<sup>19</sup>A proibição do “*double-hatting*” resolve muitos desses conflitos de questões, por isso o tópico não é totalmente ignorado.

# Informativo sobre Resolução de Disputas na América Latina

ou declarações anteriores. O ponto foi considerado longamente pelo grupo de trabalho; até o último rascunho publicado antes da finalização, as restrições de “*double-hatting*” acima se estendiam a “questões legais que são tão substancialmente semelhantes que a aceitação do papel de árbitro seria em violação do [dever de

independência e imparcialidade].” Essa redação foi eventualmente excluída e o tema não está abrangido pelo Código de Conduta.

Árbitros e advogados fariam bem em explorar potenciais conflitos de questões como parte de sua diligência no início da disputa e das revelações pelos árbitros.

## Novidades sobre a arbitragem no Brasil

### A lei brasileira sobre conflito de interesses de árbitros enfrenta possível mudança pelo Supremo Tribunal Federal e Congresso

Atores políticos no Brasil têm recentemente visado às regras sobre conflitos de interesses de árbitros, argumentando que as leis existentes falharam repetidas vezes em garantir que os árbitros permaneçam imparciais e independentes, o que teria erodido a confiança pública na arbitragem. O arcabouço legal brasileiro existente sobre o tema é relativamente comum e foi baseado em grande medida na Lei Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional da UNCITRAL. Esse sistema é baseado em revelações voluntárias e autorregulação por parte dos árbitros, partes e instituições envolvidas em uma arbitragem.

Em maio de 2023, o União Brasil, um dos maiores partidos políticos do Brasil, arguiu o descumprimento de preceito federal (a qual foi eventualmente convertida em ação direta de inconstitucionalidade) junto ao Supremo Tribunal Federal, alegando que a autorregulação do dever de revelação se mostrou insuficiente e que os tribunais nacionais têm aplicado análises diferentes a casos semelhantes. A ação busca um remédio constitucional e solicita que o Supremo Tribunal Federal estabeleça interpretações vinculantes no sentido de que, *inter alia*:

- Os árbitros têm um dever irrestrito de divulgar qualquer informação que as partes solicitem.
- As partes não têm o dever de investigar potenciais conflitos.
- A não revelação é suficiente para a remoção de um árbitro, independentemente da existência de parcialidade efetiva.
- As partes podem contestar a independência e a imparcialidade de um árbitro a qualquer momento, em qualquer fórum.

Essas normas se aplicariam a todas as arbitragens com sede no Brasil. Ordens de advogados, instituições arbitrais e institutos de direito se apresentaram como *amici curiae* e, em grande medida, se opuseram aos pedidos, mas em alguns casos os apoiaram. O Supremo Tribunal irá ouvir o caso, mas atualmente não há indicação de quando o julgamento irá ocorrer.

Em paralelo, a Câmara dos Deputados prossegue com o projeto de lei nº 3.293/2021, que propõe alterações à lei de arbitragem brasileira, visando a introduzir em arbitragens sediadas no Brasil:

- Um dever mais amplo dos árbitros de revelar quaisquer circunstâncias que possam sugerir a “mínima” dúvida quanto à sua independência e imparcialidade.
- Um limite ao número de casos em que um árbitro pode atuar simultaneamente.
- Impedimento de dois árbitros atuarem em mais de um tribunal ao mesmo tempo.
- Impedimento de secretários e diretores de uma instituição arbitral atuarem como árbitros nos casos administrados por essa instituição.
- A criação de bases de dados públicas contendo, para qualquer caso, os nomes dos árbitros, o montante em disputa de cada caso que ouvirem, e as sentenças arbitrais proferidas.

Tal como com a ação ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal, ordens de advogados, instituições arbitrais e institutos de direito se opuseram ao projeto de lei. A Comissão de Constituição e Justiça da Câmara rejeitou recentemente um pedido para acelerar a votação do projeto e, agora, está em vias de organizar uma audiência pública para discutir as alterações propostas.

### Esforços contínuos em apoio à arbitragem de classe no Brasil

A discussão sobre a expansão dos direitos de acionistas para a propositura de demandas coletivas em face de companhias brasileiras pelas vias judicial e arbitral segue caminhando no Brasil. Como reportamos anteriormente, a arbitragem coletiva está sendo testada no país, na medida em que certos grupos de acionistas minoritários iniciaram arbitragens buscando reparação em forma de classe contra grandes companhias brasileiras.

Dois desenvolvimentos recentes sobre o assunto estão em curso.

# Informativo sobre Resolução de Disputas na América Latina

**Novas regras para procedimentos arbitrais coletivos.** Duas instituições arbitrais brasileiras desenvolveram regras para procedimentos arbitrais coletivos.<sup>20</sup> Embora as regras de cada uma das instituições contemplem diferentes estruturas de arbitragem coletiva, ambas estabelecem:

- Procedimentos para notificação de partes ausentes.
- As opções disponíveis para partes ausentes.
- As consequências do ingresso ou não como parte em diferentes momentos da arbitragem.
- Regras para a consolidação de múltiplas arbitragens.

Embora esses desenvolvimentos sejam significativos, vale ressaltar que a Câmara de Arbitragem do Mercado, que continua sendo a instituição arbitral obrigatória para disputas envolvendo companhias listadas em determinados segmentos especiais da Bolsa de Valores brasileira, ainda não possui um regulamento de arbitragem coletiva ou de classe.

**Projeto de lei.** Na esfera legislativa, a atual administração federal brasileira propôs um projeto de lei em junho de 2023 para regulamentar o “sistema de tutela privada de direitos de investidores do mercado de valores mobiliários”,<sup>21</sup> dentre outros assuntos. O projeto de lei confere legitimidade a certos acionistas para propor ações judiciais coletivas em face de companhias de capital aberto. Trata-se de uma questão notável na medida em que, atualmente, apenas o Ministério Público e a Comissão de Valores Mobiliários possuem legitimidade para propor ações coletivas relacionadas ao mercado de capitais. O projeto de lei também prevê que tais ações coletivas possam ser propostas por arbitragem, desde que haja autorização do estatuto social os documentos análogos (*e.g.*, escrituras e instrumentos de emissão de valores mobiliários).

<sup>20</sup> Em abril de 2023, o Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, uma das instituições com maior demanda no Brasil, publicou seu Regulamento de Arbitragem Societária. O Centro de Mediação e Arbitragem da Câmara Portuguesa de Comércio no Brasil publicou o seu Regulamento Suplementar para Arbitragem Coletiva em abril de 2021.

<sup>21</sup> Projeto de lei nº 2925/2023, proposto pelo Poder Executivo no dia 2 de junho de 2023.

## Corte francesa decide que o momento do investimento não retira a jurisdição do tribunal arbitral em arbitragens baseadas em tratados de investimento

Em fevereiro de 2023, no caso *Agarwal v. Uruguai*,<sup>22</sup> a Corte de Apelação de Paris (“Cour d'Appel de Paris”) anulou uma sentença arbitral proferida em uma arbitragem de investimento na qual o tribunal arbitral havia declinado de sua jurisdição tendo por base o momento do investimento realizado pela parte requerente. A Cour d'Appel entendeu que o tribunal arbitral não estava privado de jurisdição e deveria portanto ter recebido a disputa.

Por volta do ano de 2006, Pramod Agarwal, um nacional britânico, investiu US\$ 365 milhões em um projeto de US\$3 bilhões da mina de minério de ferro Valentines, o maior projeto de mineração da história do Uruguai. Separadamente, Agarwal estabeleceu um trust fund nas Ilhas Cayman que tinha como beneficiários os seus três filhos, determinando que certos rendimentos do projeto de mineração uruguaio fossem destinados a esse fundo e, posteriormente, aos seus filhos. Quando o *trust fund* foi estabelecido, por volta de 2008, os filhos de Agarwal eram beneficiários “discricionários” do fundo.

Embora Agarwal e o Uruguai discordem sobre as razões pelas quais isso ocorreu, os projetos de mineração enfrentaram dificuldades nos anos subsequentes ao investimento feito por Agarwal. Em 2013, o Uruguai promulgou legislação impondo restrições mais rigorosas a projetos de mineração que tivessem a mesma escala dos investimentos de Agarwal. Agarwal então retirou-se do projeto, alegando que o Uruguai havia retroativamente alterado o regime jurídico aplicável ao seu investimento.

Em 2016, dois meses antes de os filhos de Agarwal protocolarem a notificação de dispute baseada no BIT entre Reino Unido e Uruguai, o status dos filhos de Agarwal enquanto beneficiários do *trust fund* das Ilhas Cayman foi alterado de “discricionário” para “fixo”, tornando-os proprietários beneficiários de todos os bens relacionados ao projeto Valentines detidos pelo fundo. Os filhos de Agarwal iniciaram então uma arbitragem UNCITRAL sediada em Paris e administrada pela Corte Permanente de Arbitragem, alegando que o Uruguai teria deixado de cumprir suas obrigações de tratamento justo e equitativo a investimentos protegidos, além de ter expropriado o investimento.

O Uruguai impugnou a jurisdição do tribunal UNCITRAL com base em diversos fundamentos, incluindo o argumento de que os filhos de Agarwal não eram proprietários do investimento quando o Uruguai aprovou a legislação em questão, já que o fundo

<sup>22</sup> Cour d'Appel de Paris, Decisão nº RG 20/13899 (21 de fevereiro de 2023).



# Informativo sobre Resolução de Disputas na América Latina

---

possuía outros controladores e os filhos de Agarwal eram apenas os seus beneficiários discricionários. O tribunal arbitral concordou, afirmando (dentre outras coisas) que os requerentes apenas adquiriram um investimento protegido pelo BIT alguns meses antes do início da arbitragem e muito depois do surgimento da disputa com o Uruguai. O tribunal então interpretou que a cláusula de resolução de disputas do BIT – a qual excluía expressamente litígios antecedentes à vigência do tratado – também exclui litígios que antecedam o próprio investimento. Com base nisso, declinou sua jurisdição sobre a disputa.

Os requerentes buscaram anular a decisão perante a Cour d'Appel de Paris, que tem poderes com base no Código de Processo Civil francês para anular decisões arbitrais por falta de jurisdição. A Cour d'Appel discordou da interpretação do BIT feita pelo tribunal arbitral para decidir sob sua própria jurisdição, fornecendo a sua própria interpretação sobre a questão.

- Em primeiro lugar, a Cour d'Appel decidiu que o BIT continha uma definição ampla de “investimento,” a qual não exigia que o conceito de propriedade envolvesse uma conduta ou direção “ativas” pelos filhos de Agarwal enquanto beneficiários do *trust fund*.

- Em segundo lugar, concluiu que o tratado indicava que todos os investimentos estariam cobertos, independentemente de quando tenham sido feitos, excluindo-se apenas as disputas anteriores à sua vigência. O argumento do Uruguai de que o BIT não poderia ser aplicado antes de o investimento ser feito era uma questão substantiva – ao invés de uma questão jurisdicional – e, portanto, estava fora do escopo da revisão em sede de anulação.

A Cour d'Appel anulou a decisão e ordenou que o Uruguai pagasse os custos processuais incorridos pela família Agarwal no processo de anulação, além de €150.000 em honorários advocatícios. A Corte não adjudicou, e não lhe foi solicitado que adjudicasse, o mérito do pedido de Agarwal ou das defesas do Uruguai. Os advogados que representam o Uruguai manifestaram que o país pretende recorrer.

A decisão da Cour d'Appel é significativa na medida em que deixou de agir com deferência em relação ao racional do tribunal para decidir sobre sua própria jurisdição, bem como forneceu sua própria interpretação sobre o BIT. Se o Uruguai vier a recorrer conforme indicaram os seus advogados, a decisão será revisada pela Suprema Corte da França para assunto civis e criminais (“Cour de Cassation”), a qual, juntamente com a Cour d'Appel de Paris, desempenha um papel central para o desenvolvimento e evolução do direito dos investimentos internacionais no país.

# Informativo sobre Resolução de Disputas na América Latina

## Contacts



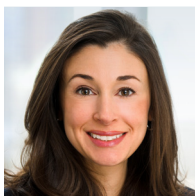
**Julie Bédard**

Sócia / New York / São Paulo  
212.735.3236  
julie.bedard@skadden.com



**Timothy G. Nelson**

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



**Jennifer Permesly**

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



**Valentin Autret**

Consultor / Paris  
33.1.55.27.11.11  
valentin.autret@skadden.com



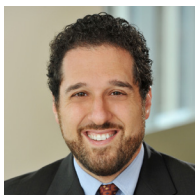
**John L. Gardiner**

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



**Sharmistha Chakrabarti**

Consultora / New York  
212.735.2018  
sharmistha.chakrabarti@skadden.com



**Gregory A. Litt**

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



**Betsy A. Hellmann**

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

---

O associado **Alexander C. Haden** contribuiu com esta atualização.

---

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.

One Manhattan West / New York, NY 10001 / 212.735.3000