

Arbitragem internacional em 2022:

Principais tendências



Freshfields Bruckhaus Deringer

Introdução

Bem-vindo à nossa revisão anual das principais tendências em arbitragem internacional para 2022.

No início do ano passado, esperávamos que 2021 fosse o começo do fim da pandemia da COVID-19 e o princípio de uma recuperação econômica global. No início de 2022, não obstante os programas de vacinação generalizados, a pandemia e as conseqüentes perturbações econômicas continuam a interferir em muitos aspectos fundamentais da vida e dos negócios em todo o mundo.

Nesta edição de nossa publicação das principais tendências em arbitragem internacional, exploramos alguns temas que prevemos influenciarão o cenário de arbitragem durante o próximo ano. As dez tendências abordadas no relatório deste ano foram identificadas por especialistas em arbitragem internacional de toda a nossa rede global.

Além da pandemia, diversos fatores políticos, econômicos e sociais impactam o mundo em que nossos clientes operam, e indiretamente, afetam a substância e a prática da arbitragem. Identificamos abaixo alguns destes temas gerais, que serão considerados mais adiante nas tendências individuais:

- As crescentes expectativas ambientais, sociais e de governança (ESG) das empresas e a implementação de metas mais amplas de combate à mudanças climáticas devem levar a um aumento das disputas relacionadas às ESG sendo encaminhadas à arbitragem ([ESG e arbitragem](#)), principalmente nos setores de energia e construção, à medida que as empresas se esforçam para implementar programas globais de transição energética nos próximos anos ([arbitragem de construção em face da transição energética e mudanças climáticas](#)).
- Espera-se que a continuação da desaceleração econômica global leve a um aumento ainda maior do número de disputas em muitos setores. As instituições arbitrais relataram um número recorde de casos para 2020 e esta tendência provavelmente continuará à medida que as empresas tentarem recuperar algumas de suas

perdas pandêmicas, exacerbadas pela expiração dos esquemas de proteção governamental e acordos para adiar ou remarcar o desempenho da dívida ([COVID-19 e o cenário da arbitragem](#)). Os efeitos da pandemia provavelmente catalisarão o interesse e o uso de financiamento de terceiros à medida que as empresas adotam novas estratégias de liquidez e gestão de risco ([Desenvolvimentos no financiamento de terceiros](#)).

- Na UE, a Tribunal de Justiça da União Européia tem procurado reduzir ainda mais a proteção aos investimentos. O TJUE estendeu a decisão histórica em *Achmea*, que havia declarado as cláusulas de arbitragem nos TBIs intra-UE incompatíveis com a legislação da UE, à arbitragem intra-UE ECT e às cláusulas de arbitragem ad hoc. Consideramos as medidas que os investidores podem tomar para se protegerem no futuro ([arbitragem de investimento na União Européia](#)).
- Espelhando as crescentes expectativas da sociedade sobre os negócios mencionados acima, a comunidade de arbitragem tem visto um aumento acentuado nas iniciativas destinadas a melhorar os padrões profissionais, éticos e ambientais na condução e procedimento de arbitragem, incluindo aquelas que visam aumentar a diversidade e civilidade da arbitragem ([padrões emergentes na arbitragem internacional](#)).
- O ceticismo contínuo acerca dos métodos de resolução de disputas entre investidor e Estado levou a esforços renovados para impulsionar uma reforma.



As tão aguardadas Regras revistas da ICSID deverão ser lançadas em 2022 com características novas, como um novo procedimento acelerado para arbitragens investidor-Estado. A reforma na esfera do ISDS segue extensas reformas procedimentais de regras destinadas a tornar a arbitragem comercial mais eficiente e econômica nos últimos anos ([impulsiona para uma maior eficiência](#)).

- A transformação digital acelerada e a inovação continuarão a impactar o cenário de disputas durante o próximo ano com o rápido crescimento e globalização do setor de tecnologia. Novas categorias de produtos, como a moeda criptográfica, a cadeia de bloqueio e a Inteligência Artificial, por exemplo, inevitavelmente darão origem a novos tipos de disputas comerciais enquanto um aumento de regulamentação governamental de grandes empresas de tecnologia também pode levar a um número crescente de disputas entre investidores e Estados relacionadas à tecnologia ([Arbitragem e o Setor Tecnológico](#)).
- Interferência do Estado na economia e na atividade empresarial está aumentando também em outros setores, incluindo o financeiro. Isto, juntamente com a crescente complexidade das transações financeiras transfronteiriças, está fazendo com que certas instituições financeiras reavaliem suas opções de resolução de disputas, especialmente à luz dos recentes desenvolvimentos em procedimentos arbitrais destinados a tornar a arbitragem mais atraente para a comunidade bancária ([Instituições Financeiras e Arbitragem](#)).
- No final do ano passado, um raro exemplo de interferência governamental no procedimento de arbitragem diz respeito ao Decreto 34 de 2021 de Dubai, que teve o efeito de tornar o Centro Internacional de Arbitragem de Dubai a única instituição arbitral de Dubai com autoridade para administrar casos. Analisamos o impacto resultante sobre a arbitragem na região ([Consolidação dos centros de arbitragem no Oriente Médio](#)).

A seguir, exploramos estas tendências em mais detalhes. Para maior discussão acerca de qualquer dos tópicos abordados no relatório, favor entrar em contato conosco, com os autores das tendências ou com seu contato habitual no Freshfields.

Estamos ansiosos para navegar os desafios e oportunidades apresentados por estes desenvolvimentos com nossos clientes durante o próximo ano.

Conheça a equipe:



Nigel Blackaby QC

Co-Dirigente Global de Arbitragem Internacional e Co-Dirigente para América Latina



Boris Kasolowsky

Sócio, Disputas, Contencioso e Arbitragem



Ashley Jones

Advogada Sênior de Conhecimento, Disputas, Contencioso e Arbitragem



Conteúdo



01. O crescente impacto das questões ambientais, sociais e de governança (ESG) e o papel da arbitragem internacional



Jack Terceño
Sócio,
Tóquio



Will Thomas QC
Sócio,
Londres



Amanda Neil
Associada Principal,
Viena

As questões ambientais, sociais e de governança (ESG) continuaram a dominar as agendas jurídica, política e empresarial em 2021. Alguns dos desenvolvimentos mais notáveis que afetarão a forma como as empresas abordarão as questões de ESG em 2022 e além incluem:

- A decisão pioneira do Tribunal Distrital de Haia no caso da Shell, que representa a primeira vez que um tribunal impõe uma obrigação legal a uma empresa de reduzir suas emissões de CO₂.
- O tão aguardado pacote legislativo da Comissão Europeia 'Apto para 55%', que visa alcançar uma redução de 55% nas emissões de carbono até 2030 e zerar as emissões líquidas até 2050, juntamente com a esperada publicação no início de 2022 de sua proposta de Diretiva para a Cadeia de Fornecimento, que imporá deveres de investigação em matéria de direitos humanos às empresas que operam na UE.
- COP26, que fez progressos significativos para alcançar as metas do Acordo de Paris, inclusive estabelecendo a [Glasgow Financial Alliance for Net Zero](#), um fórum para instituições financeiras líderes para acelerar a transição energética, e um novo Conselho Internacional de Padrões de Sustentabilidade para desenvolver padrões de divulgação de ESG para empresas.

Esses avanços deixam claro que tribunais, governos e investidores esperam que as empresas facilitem a transição energética e salvaguardem os direitos humanos dos trabalhadores, dois pilares da ESG considerados como centrais para a reconstrução pós-pandemia. Empresas precisarão repensar suas formas de fazer negócios para responder a essas mudanças, o que, por sua vez, resultará em disputas relacionadas aos ESG. Dado que a arbitragem internacional é o mecanismo preferido de muitas empresas para a resolução de disputas transfronteiriças, seu papel na resolução de disputas relacionadas aos ESG só vai aumentar.

Arbitragem comercial

As pressões legais e comerciais sobre empresas para que zerem suas emissões de carbono e protejam os direitos

humanos dos trabalhadores criaram riscos adicionais, que exigem uma revisão não só das políticas e práticas internas, mas também das relações contratuais. Como resultado, as cláusulas da ESG estão encontrando cada vez mais seu caminho para os contratos comerciais.

Uma empresa sujeita à regulamentação da cadeia de fornecimento, por exemplo, deveria tomar todas as medidas possíveis para se proteger dos riscos originados das atividades de seus fornecedores e, até mesmo dos fornecedores de seus fornecedores. Ela deve assegurar que os contratos com os fornecedores contenham proteções apropriadas, com a inclusão de representações, garantias e indenizações. Da mesma forma, qualquer potencial comprador, investidor ou credor da empresa deve tomar medidas para se proteger dos mesmos riscos utilizando mecanismos contratuais similares. Os riscos decorrentes da regulamentação da cadeia de fornecimento podem ser de longo alcance e precisam ser gerenciados não apenas pela empresa visada pela regulamentação, mas também pelas entidades que interagem com ela.

As cláusulas da ESG são fatores novos, complexos e, em grande parte, não testados, que podem dar origem a disputas sobre como devem ser interpretados e aplicados. Na medida em que uma disputa surja e o contato subjacente contenha uma cláusula de arbitragem, a disputa será determinada por arbitragem.

Várias características da arbitragem a tornam particularmente adequada para uso nestes exatos casos. A arbitragem permite que as partes escolham árbitros especializados que tenham o conhecimento e a experiência necessários. Estes podem ser advogados com experiência em direitos humanos em casos relativos à regulamentação da cadeia de fornecimento, ou podem ser engenheiros ou outros especialistas que entendam a tecnologia em questão em casos relativos à transição de energia. A arbitragem também proporciona um foro neutro e procedimentos flexíveis, de modo que as partes possam criar um processo de resolução de disputas que atenda às suas necessidades e à natureza da disputa. Por exemplo, provas periciais podem



adquirir proeminência e serem testadas mais minuciosamente por outros especialistas. Finalmente, a executoriedade quase universal de laudos arbitrais através da Convenção de Nova Iorque proporciona paz de espírito de que a disputa será resolvida completamente e finalmente por meio de um laudo executável, proporcionando assim certeza comercial.

O fato de que a arbitragem é essencialmente um mecanismo privado de resolução de disputas gera desafios em casos de questões de interesse público, tais como as que envolvem o meio ambiente e os direitos humanos. Entretanto, estas preocupações podem ser resolvidas com a adição de certos mecanismos à arbitragem, tais como permitir a publicação de sentenças e permitir intervenções de terceiros. Tais medidas podem garantir que a arbitragem continue sendo uma forma eficaz de resolver disputas comerciais em andamento, inclusive no contexto do ESG.

Arbitragem de investimentos

Duas tendências que observamos em nossos relatórios de tendências principais de [2019](#) and [2020](#) cresceram mais ainda em 2021. Primeiro, os casos de arbitragem de investimentos continuam a surgir como resultado da regulamentação doméstica da ESG promulgada principalmente em resposta à transição energética. Alguns investidores estão argumentando que as regulamentações, e a maneira como foram introduzidas, prejudicaram significativamente o valor de seus ativos e estão reclamando compensação. Os casos de grande destaque relacionados com a eliminação gradual do carvão na Holanda e a onda de casos em andamento relativos ao desmantelamento dos subsídios de energia renovável na Espanha e na Itália se enquadram nesta categoria.

Em segundo lugar, Estados continuam a incluir disposições do ESG em tratados comerciais e de investimento e estão usando esses tratados como ferramentas de avanço de seus objetivos de sustentabilidade. De fato, 2021 viu nascer uma nova geração de acordos de investimento – o acordo de investimento sustentável – colocando as questões dos ESG no centro da política comercial e de investimento.

A Comissão Europeia deu início às negociações para um Acordo de Facilitação de Investimento Sustentável com Angola, que se concentrará na promoção do desenvolvimento sustentável e do investimento responsável, melhorando a diversificação e resiliência econômica, e apoiando a transição energética. Espera-se que o acordo seja o primeiro de uma série de acordos de investimento sustentável entre a UE e as nações africanas. De forma semelhante, Cingapura e Austrália iniciaram negociações para um Acordo de Economia Verde, que pretende ser o primeiro acordo mundial que combina objetivos comerciais, econômicos e ambientais.

Também é interessante o modelo de Acordo de Facilitação de Investimento Sustentável e Cooperação desenvolvido para a Gâmbia para ajudar nas suas negociações de tratados com outras nações. O modelo de acordo se baseia fortemente nos Princípios Orientadores das Nações Unidas sobre Negócios e Direitos Humanos e inclui uma série de elementos inovadores, em particular, relacionados à arbitragem de investimentos. Não só permite expressamente que o Estado anfitrião apresente pedidos reconventionais, mas também permite que pessoas físicas apresentem reclamações contra investidores relacionadas a questões de direitos humanos decorrentes do investimento. O modelo de acordo também exige que a conduta do investidor seja considerada na determinação de qualquer compensação, exige que o investidor pague os depósitos necessários e permite o uso das Regras de Haia sobre Negócios e Direitos Humanos em Arbitragem como uma alternativa às Regras do ICSID.

Esta nova forma de acordo de investimento ilustra que, embora os Estados continuem a ver os tratados comerciais e de investimento como essenciais para alcançar seus objetivos econômicos, eles estão cada vez mais olhando para eles para alcançar seus objetivos em questões ESG também. Embora a forma exata desses tratados e os mecanismos de resolução de controvérsias que eles conterão ainda não estejam definidos, parece provável que os regimes legais relativos ao comércio e ao investimento, ao meio ambiente e aos direitos humanos continuarão a convergir. As empresas que desejam investir no exterior devem se manter a par destes desenvolvimentos para garantir que possam aproveitar as oportunidades que estes tratados oferecem e se protegerem contra riscos relevantes.

‘A pandemia da COVID-19 trouxe as questões ESG à tona para as empresas. O meio ambiente, direitos humanos, saúde e segurança, tributação, proteção de dados e corrupção provavelmente serão alguns dos principais temas ESG nos próximos anos. As questões ESG já são familiares no contexto da arbitragem de investimentos, onde freqüentemente surgem disputas relativas à transição energética e aos direitos humanos. As disputas relacionadas aos ESG também surgirão cada vez mais no contexto da arbitragem comercial, à medida que as empresas adaptam seus negócios para cumprir as novas leis e regulamentos, e para responder às pressões comerciais.’



Amanda Neil

Associada Principal,
Viena



02. Como a COVID-19 tem moldado e continuará moldando o cenário da arbitragem



John Choong
Sócio,
Hong Kong



Lluís Paradell
Advogado,
Roma



Alexandra van der Meulen
Advogada, Paris



Olivier André
Consultor de Relacionamento
com o Cliente, Nova Iorque

Em 2021, a COVID-19 continuou a afetar quase todos os aspectos do cotidiano em todo o mundo, incluindo a arbitragem. A pandemia deu origem e provavelmente continuará a originar novas disputas, desde conflitos acerca das consequências da interrupção dos negócios em uma ampla gama de setores, até disputas acerca do impacto das medidas relacionadas à COVID-19 implementadas pelos Estados contra investidores.

Força maior, frustração e impossibilidade

A economia mundial contraiu-se em 3,5% em 2020 e a interrupção dos negócios continua a ser sentida em todo o mundo, notadamente nos setores de viagens, varejo e energia. Embora muitas entidades empresariais tenham adotado uma abordagem conciliatória em relação às obrigações das contrapartes (por exemplo, chegando a um acordo sobre desempenho contratual diferido e/ou pagamento), muitas serão cada vez mais incapazes de evitar submeter suas disputas à procedimentos formais de resolução, incluindo arbitragem, à medida que os esquemas de apoio governamental forem eliminados, e os acordos para adiar ou reescalonar o desempenho ou a dívida expirarem.

Quando disputas foram submetidas à arbitragem, a COVID-19 continuou a ser invocada em argumentos de força maior, frustração e impossibilidade econômica. É importante notar, entretanto, que os requisitos para invocação dessas defesas estão se tornando cada vez mais rígidos, com cortes judiciais e tribunais arbitrais considerando que a segunda e subseqüentes ondas da COVID-19 (e os bloqueios e restrições recorrentes que a acompanham) não são suficientemente 'imprevisíveis'.

Insolvência

A interrupção dos negócios e os problemas de liquidez ainda não se traduziram em taxas de insolvência consistentemente mais altas, em parte devido a extensos subsídios estatais. Entretanto, há uma angústia significativa em certos mercados, e a retirada gradual dos subsídios provavelmente levará a um forte aumento das insolvências

corporativas, tornando importante considerar tanto as arbitragens relacionadas à insolvência quanto os efeitos da insolvência sobre a arbitragem. A insolvência afeta todas as fases de uma arbitragem, desde a capacidade de uma parte de participar de um processo arbitral até a prossecução de um processo arbitral e, em última instância, a sua execução. Os altos níveis de endividamento na África e na Ásia são particularmente notáveis, devido em parte à desaceleração da economia chinesa e à conseqüente redução do investimento Chinês no exterior, bem como ao impacto da COVID-19 na Iniciativa de Estradas.

Disputas comerciais setorizadas

No setor de seguros, esperamos que a extensão e o escopo da cobertura das apólices de seguro da COVID-19 sejam discutidas com crescente frequência nos processos de arbitragem comercial.

Quais tipos de disputa, se houver, surgiram ou possivelmente surgirão em virtude da disrupção causada pela pandemia do COVID-19?



Fonte: https://www.ey.com/en_uk/assurance/how-covid-19-impacts-the-claims-and-disputes-landscape (Abril 2021)



Embora 2021 tenha sido um ano recorde para transações de fusões e aquisições, uma série de acordos de alto perfil foi paralisada durante a pandemia, dando origem a disputas. Exemplos incluem a aquisição cancelada da Victoria's Secret, bem como o atraso na aquisição da Tiffany & Co. pela LVMH. Em uma decisão recente, um tribunal da CCI declarou que a EssilorLuxottica poderia recuar de uma aquisição de 5,5 bilhões de euros. Além disso, a incerteza da COVID-19 levou a um aumento do uso de cláusulas 'earn-out', adicionando uma quantia variável ao preço fixo dependendo do desempenho da meta, com o risco de litígio associado a tais cláusulas inerentemente complexas.

Um número crescente de disputas de construção e projetos também é esperado a médio e longo prazo, a medida que o impacto de lockdowns na aquisição e execução, bem como as questões de sustentabilidade financeira e de fornecimento se cristalizam, e seu efeito sobre os cronogramas de desenvolvimento se torna claro.

Disputas entre investidores e Estados

As medidas governamentais de emergência adotadas durante a pandemia provavelmente levarão a um aumento no número de disputas investidor-Estado relacionadas à COVID-19. Já foram iniciados procedimentos no setor de viagens aéreas, incluindo a suposta falha do Chile em fornecer alívio à concessão de um aeroporto; o uso da COVID-19 como justificativa para rescindir uma concessão na Moldávia; e a nacionalização de uma companhia aérea em Cabo Verde. Houve também ameaças de instauração de procedimentos arbitrais em relação às reformas energéticas promovidas pela COVID-19 e às medidas de retirada do fundo de pensão.

Espera-se o surgimento de disputas, particularmente no setor da saúde, em relação aos direitos de propriedade intelectual e às proibições de exportação. Estes casos, que provavelmente prosseguirão, testarão os limites do significado de 'razoabilidade e proporcionalidade' na ação do Estado, 'necessidade' e de exceções a tratados, tais como medidas de saúde pública.

Uma outra questão é como a COVID-19 pode impactar a forma como os danos são avaliados nos casos de arbitragem de investimento. Em particular, pode influenciar como os fluxos de caixa futuros são avaliados em análises de fluxo de caixa descontado, talvez levando a data de avaliação a ser substituída pela data da sentença para levar em conta o impacto da COVID-19.

Audiências virtuais

Na frente processual, a questão principal é se as audiências remotas que floresceram durante a pandemia se transformarão num aspecto mais permanente do cenário da arbitragem em 2022 e além.

A comunidade arbitral passou rapidamente para as audiências remotas como uma alternativa às audiências presenciais, limitando assim as consequências de tempo e custo dos atrasos devido à pandemia. As instituições continuaram a adaptar suas regras e práticas para resolver as preocupações remanescentes preservando o devido processo legal. Os árbitros e profissionais ganharam mais experiência com a tecnologia e a logística da organização de audiências virtuais.

Ainda assim, as audiências virtuais continuam a apresentar desafios, tais como a dificuldade de acomodar fusos horários díspares, de defender ou apresentar provas de forma eficiente, e de permitir que equipes de advogados ou tribunais se comuniquem durante as sessões de audiência. Longas audiências virtuais também podem levar à fadiga da tela, problemas de concentração e problemas de saúde mental. Ao mesmo tempo, as audiências virtuais podem ser mais econômicas e oferecer maior flexibilidade processual e logística: são mais fáceis de programar, permitem maior mobilização das partes interessadas e têm um impacto positivo na diversidade e inclusão, bem como no treinamento de advogados juniores. De modo geral, as audiências virtuais têm funcionado bem, alinhando-se aos objetivos ESG de empresas e escritórios de advocacia. Algumas empresas até começaram a adotar políticas que exigem audiências virtuais como formato padrão, e escritórios de advocacia, tais como Freshfields, se comprometeram a limitar ainda mais sua pegada de carbono, reduzindo as viagens e o uso de papel.

Por estas razões, e devido às persistentes restrições voláteis de viagem e saúde, a tendência para audiências remotas provavelmente continuará em 2022 e durará mais do que a pandemia. As audiências processuais remotas se tornarão a norma, com o custo das viagens para audiências menores se tornando cada vez mais difícil de justificar. As audiências à distância também provavelmente ganharão impulso para uma ampla gama de casos à medida que continuamos a nos adaptar às novas habilidades e técnicas e nos tornarmos mais confortáveis com o ambiente virtual. Também esperamos ver um aumento de audiências 'híbridas', combinando elementos de audiências presenciais e virtuais nos casos em que as partes não se sintam confortáveis com audiências puramente virtuais.



03. Financiamento por terceiros: facilitando a entrada no mercado



Noiana Marigo
Sócia,
Nova Iorque



Caroline Richard
Sócia,
Washington DC



Noah Rubins QC
Sócio,
Paris



Samantha Tan
Associada Sênior,
Cingapura

O financiamento da arbitragem está se beneficiando de uma convergência de condições favoráveis. Como previsto em nosso [relatório de tendências de 2019](#), os últimos três anos trouxeram clareza incremental sobre o impacto dos custos e as exigências de divulgação do financiamento de terceiros na arbitragem. A pandemia da COVID-19 e os consequentes desafios fiscais levaram a uma reavaliação, para algumas empresas envolvidas em disputas, de sua alocação de capital e gerenciamento de liquidez – questões para as quais o financiamento de terceiros pode oferecer uma boa resposta.

A evolução da jurisprudência arbitral confirma que a existência de financiamento de terceiros por si só não é suficiente para justificar uma ordem de segurança de custos. Desde o caso *García Armas v. Venezuela* em 2018 (ênfatisado em nosso relatório de 2019), não parece que qualquer requerente financiado em uma arbitragem de investimentos tenha sido obrigado a providenciar segurança de custos. Uma dessas ordens contra um reclamante financiado foi rescindida em junho de 2020 quando foi demonstrado que o administrador do reclamante insolvente tinha sido incapaz de obter a segurança necessária (*Dirk Herzig as Insolvency Administrator over the Assets of Unionmex v Turkmenistan*). Enquanto isso, pelo menos quatro solicitações de segurança de custos contra demandantes financiados na arbitragem de investimentos foram recentemente rejeitadas.

Mais tribunais arbitrais estão concedendo aos demandantes bem sucedidos seus custos de obtenção de financiamento de terceiros. O Tribunal Superior Inglês confirmou, pela segunda vez, que os tribunais arbitrais têm o poder de conceder o custo razoável de financiamento de terceiros a um demandante bem sucedido. Em uma decisão de dezembro de 2021 em *Tenke Fungurume v. Katanga* [2021] EWHC 3301 (Comm), o Tribunal rejeitou o argumento de que o tribunal arbitral havia excedido seus poderes ao conceder ao reclamante os custos incorridos para obter financiamento. Isto foi consistente com a decisão do

Tribunal Superior de 2016 no caso *Essar Oilfields Services Limited v. Norscot Rig Management PVT Limited* [2016] EWHC 2361 (Comm). Estas decisões podem encorajar outros tribunais a permitir, de forma semelhante, a recuperação dos custos de financiamento.

Ainda não há consenso acerca da obrigação das partes de revelar o financiamento de terceiros. A tendência parece oposta à divulgação obrigatória, pelo menos para procedimentos de arbitragem comercial.

- A CCI – ainda a instituição arbitral preferida globalmente de acordo com uma pesquisa de 2021 – adotou novas regras de arbitragem em 2021, que exigem a divulgação da existência de financiamento de terceiros e da identidade do financiador. Entretanto, as regras da LCIA de 2020 permanecem em silêncio sobre a divulgação de financiamento de terceiros. A AIAC de Kuala Lumpur também declinou, em suas regras de 2021, a exigência de divulgação de financiamento de terceiros, estipulando apenas que o tribunal arbitral tem o poder de fazer as ordens necessárias a esse respeito.
- As emendas propostas às Regras de Arbitragem e Conciliação do ICSID, a serem apresentadas aos Estados membros para aprovação no início de 2022, exigem a divulgação da identidade dos financiadores de terceiros, incluindo seus proprietários. Elas também conferem poderes expressos aos tribunais arbitrais para ordenar a divulgação de mais informações a respeito do acordo de financiamento e do financiador. As regras especializadas da SIAC de 2017 para arbitragem de investimentos avançam ligeiramente em direção à divulgação de financiamento de terceiros. Elas não exigem divulgação, mas dão poder ao tribunal arbitral para ordenar a divulgação das informações necessárias. Elas também permitem que os árbitros levem em conta os acordos de financiamento de terceiros ao repartir os custos da arbitragem e ao ordenar que uma parte pague os custos legais ou outros custos da outra (lembrando *Essar v Norscot*).



Regras na Arbitragem acerca da Divulgação de Financiamento de Terceiros

Requeridos	À discrição do tribunal	Silencioso
ICC (2021)	AIAC (2021)	JCAA (2021)
ICSID (Proposta de Alteração 2021)	ICDR-AAA (2021)	LCIA (2020)
Delos (2021)	Regulamento de Arbitragem de Investimento da SIAC (2017)	SCC (2017) (porém com políticas encorajando divulgação)
HKIAC (2018)		SIAC (2016) (porém com notas práticas acerca da conduta dos árbitros em casos envolvendo financiamento externo)
		KCAB (2016)
		UNCITRAL (2013)

Fonte: *The Future of third-party litigation funding*, a study by Alix Partners and The Lawyer, 2021

Os efeitos da pandemia provavelmente catalisarão o interesse em financiamento de terceiros.

Pesquisas de mercado sugerem que as empresas ainda estão limitadas por seus recursos internos a decidir se devem prosseguir ou renunciar a reivindicações legais. Mas este modelo pode ter que mudar à medida que as empresas continuam a resistir ao impacto econômico prolongado da pandemia nas cadeias de abastecimento e na demanda de varejo.

A gestão de liquidez continua a ser um foco central nas estratégias das empresas para resiliência contra a pandemia. Esse foco só aumenta à medida que as empresas se preparam para o aumento das taxas de juros e a iminente retirada dos programas de estímulo do governo.

Uma ferramenta chave para a gestão da liquidez é a estratégia de alocação de capital, e o financiamento de reclamações judiciais por terceiros parece complementar esta estratégia. Os usuários citam a liberação de capital de giro, retirada da responsabilidade pelos custos do balanço, e a gestão de riscos como os três principais

benefícios do financiamento de litígios. Existe agora até mesmo um mercado crescente para a compra e venda de sentenças arbitrais, através do qual os demandantes podem monetizar sentenças em seu favor sem incorrer no risco e no custo de execução.

Consistente com as perspectivas do mercado de financiamento, Freshfields tem uma crescente carteira de casos financiados e fortes relações com financiadores em todo o mundo. O Freshfields está atualmente trabalhando em 15 arbitragens internacionais financiadas por terceiros, um aumento em relação aos 12 casos em 2018.

‘O que é fundamental é que hoje, com o financiamento de terceiros, as empresas que lutam contra os efeitos prolongados da pandemia ainda podem trazer reclamações de arbitragem sem afetar sua liquidez.’



Noiana Marigo
Sócia,
Nova Iorque



04. Proteção de investimentos dentro da União Européia



Nathalie Colin
Sócia,
Bruxelas



Carsten Wendler
Sócio,
Frankfurt



Gregorio Pettazzi
Associada,
Frankfurt



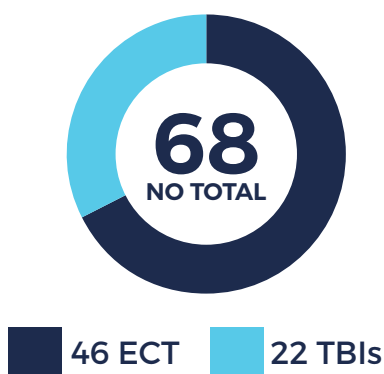
Alice Lindemann
Consultora Jurídica,
Bruxelas

2021 viu o Tribunal de Justiça Europeu tentando colocar um prego no caixão para a arbitragem de investimentos intra-UE. O que vem em seguida para os investidores?

Após a decisão amplamente discutida do Tribunal de Justiça Europeu (TJEU) em *Eslováquia v. Achmea*, que declarou as cláusulas de arbitragem nos tratados bilaterais de investimento (TBIs) intra-UE incompatíveis com a legislação da UE, o mesmo tribunal proferiu mais duas decisões marcantes em 2021. No caso *Moldávia v. Komstroy*, o tribunal considerou que a cláusula de arbitragem do Tratado da Carta da Energia (ECT), quando aplicada intra-UE, é afetada pela mesma incompatibilidade com a legislação da UE. Algumas semanas depois, em *Polónia v. PL Holdings*, o TJUE estendeu a mesma decisão a acordos de arbitragem ad hoc entre investidores da UE e Estados Membros da UE.

Em princípio, estas decisões não devem ter nenhuma relação com os procedimentos de arbitragem intra-UE (e sentenças arbitrais resultantes) conduzidos sob os auspícios do Centro Internacional de Resolução de Disputas de Investimento (ICSID), dado que o ICSID constitui um regime autónomo sob o direito internacional e é independente das ordens jurídicas da UE e nacionais.

Arbitragens investidor-Estado Intra EU pendentes:



Espera-se, no entanto, que estas duas decisões tenham um grande impacto sobre as arbitragens intra-UE do ECT que não estão sob a Convenção do ICSID e sediadas na UE.

Estas arbitragens, ao contrário dos procedimentos ICSID, são fundamentadas na jurisdição doméstica de sua sede e, portanto, sujeitas à legislação da UE e às decisões do TJUE. Os tribunais nacionais sediados dentro da UE muito provavelmente se verão obrigados a aplicar a legislação da UE e a decisão do TJUE de incompatibilidade. Na prática, os investidores evitarão, sempre que possível, iniciar processos sediados em um Estado Membro da UE. Isto, por sua vez, significará que dificilmente qualquer procedimento de arbitragem que não seja da ICSID será iniciado em um contexto intra-UE.

Qual é a boa na proteção de investimentos na UE?

No início de dezembro de 2021, a Comissão Européia iniciou processos por infração contra sete Estados-Membros da UE, além daqueles iniciados em 2020 contra a Finlândia e o Reino Unido, por não removerem os TBIs intra-UE de suas respectivas ordens legais. Será interessante ver se eles serão encaminhados ao TJUE já que, embora alguns Estados-Membros da UE simplesmente não concluam o processo de ratificação do acordo para a rescisão dos TBI intra-UE (Acordo de Rescisão) (Bélgica, Itália, Luxemburgo, Portugal e Romênia), Áustria e Suécia nem mesmo assinaram o Acordo de Rescisão.

Além disso, após uma consulta pública realizada em 2020, espera-se que a Comissão Européia adote em breve uma proposta legislativa para uma Estrutura de Proteção e Facilitação de Investimentos intra-UE destinada a 'proteger e facilitar melhor os investimentos transfronteiriços' à luz do 'impulso criado pelo término dos TBIs intra-UE'. Isto também dará à UE a oportunidade de assegurar que esta nova estrutura legal de proteção aos investimentos esteja alinhada com os compromissos da UE relacionados às mudanças climáticas e à digitalização. Se finalmente for aprovada como legislação, esta proposta poderá virar o jogo para os investidores da UE.



Em paralelo, a Comissão Européia é uma das forças motrizes por trás do processo de modernização da ECT. Neste contexto, a Comissão Européia tem defendido tanto o estabelecimento de um tribunal de investimento multilateral que substitua o atual sistema de arbitragem – também à luz dos acórdãos do TJUE discutidos acima – quanto o alinhamento do ECT com o Acordo de Paris no que diz respeito às metas de sustentabilidade.

‘Dada a necessidade gritante de investimento verde para garantir um futuro sustentável, é essencial que os Estados, e a UE em particular, reconheçam que o ISDS pode ajudar a enfrentar os desafios decorrentes das mudanças climáticas, especialmente no que diz respeito à transição à energia limpa.’



Nathalie Colin
Sócia,
Bruxelas

O que os investidores precisam considerar ao investir na UE?

Contra o pano de fundo dos novos desenvolvimentos, os investidores intra-UE devem levar cuidadosamente em conta uma série de fatores ao tomar suas decisões de investimento para se protegerem contra a intervenção soberana ilegal:

- **Considerando possíveis medidas adversas e mudanças regulatórias futuras:** medidas governamentais com impacto prejudicial sobre os investimentos, bem como mudanças na estrutura regulatória e legal que formavam a base dos investimentos, podem vir a ser implementadas em qualquer lugar. Os Estados-Membros da UE com altos padrões de proteção aos investimentos e bons antecedentes em termos de conformidade com o Estado de Direito, como Áustria, Bélgica, Dinamarca, França, Alemanha, Itália, Holanda e Espanha, adotaram no passado medidas que deram origem a disputas sobre investimentos.
- **Estruturando o investimento adequadamente:** os investidores devem avaliar cuidadosamente como estruturar seus investimentos na UE. Pode ser aconselhável investir de uma entidade localizada em uma jurisdição fora da UE (por exemplo, Suíça ou Reino Unido) com bons tratados de proteção ao investimento em vigor com o Estado da UE no qual o investimento deve ser feito. Isto é particularmente importante em países que não são partes da Convenção ICSID, como por exemplo, a Polônia.

Da mesma forma, ao decidir iniciar um tratado de investimento intra-UE, os investidores devem igualmente levar em conta o seguinte:

- **Escolher o fórum apropriado:** é de suma importância não subestimar a relevância dos diferentes fóruns disponíveis para resolver disputas de investimento. Pelas razões discutidas acima, colocar as arbitragens sob os auspícios do ICSID pode ser a opção preferível.

‘O que parece à primeira vista um conflito de normas legais pode ser melhor descrito como um choque de diferentes perspectivas. Na busca de seu objetivo de fortalecer a ordem jurídica da UE, a Comissão da UE certamente continuará a interferir nas arbitragens de investimento intra-UE. Até agora, observamos que isto pode envolver ações legais perante os tribunais nacionais, numa tentativa de desencorajar os demandantes-investidores a prosseguirem com suas reivindicações de investimento, ou abrir investigações sobre auxílios estatais. Os investidores devem, portanto, estar preparados para perseguir seus direitos legais em diferentes fóruns.’



Carsten Wendler
Sócio,
Frankfurt

- **Rastreamento de ativos desde cedo:** dados os obstáculos para executar qualquer laudo arbitral entre investidores e Estados da UE dentro da UE, os investidores dentro da UE devem considerar o cumprimento fora da UE. Portanto, os investidores devem desenvolver estratégias eficazes de execução desde o início de uma disputa de investimento e identificar jurisdições extracomunitárias onde os Estados demandados possuem ativos executáveis suficientes. A Austrália, o Reino Unido e os EUA parecem ser, até agora, as opções preferidas para execução fora da UE.
- **Manter a opção de acordo em aberto:** tanto o mecanismo eficaz de execução de sentenças arbitrais quanto o potencial dano reputacional de sentenças adversas (por exemplo, ao emitir títulos do governo) tornam as negociações de acordo ainda atraentes para os Estados demandados. Recentemente, a Alemanha concordou em pagar EUR 1,4 bilhões à Swedish Vattenfall em acordo relativo à disputa sobre energia nuclear trazida sob o ECT. Também foi relatado que a República da Croácia firmou acordo com quatro bancos europeus sobre a conversão forçada em euros de empréstimos indexados ao franco suíço.



05. Normas de comportamento emergentes para a condução da arbitragem internacional



Sylvia Noury
Sócia,
Londres



Lee Rovinescu
Sócio,
Nova Iorque



Mariia Puchyna
Associada Sênior,
Paris



Stephanie Mbonu
Gerente Global de Projetos e
Audiências em Arbitragem Internacional

‘Embora seja incontroverso dizer que a arquitetura processual de um sistema jurídico está entre os elementos mais essenciais que determinam sua capacidade de fazer justiça, temos tendência a não dar às questões e reformas processuais a atenção que é proporcional ao seu significado’.

As palavras de abertura do ilustre Ministro Sundaresh Menon,
Presidente do Supremo Tribunal de Cingapura, na 36ª Palestra Anual Freshfields-SIA, em novembro de 2021

Nos últimos anos, houve um aumento acentuado de iniciativas e protocolos transfronteiriços que procuram regular o procedimento e a condução de vários aspectos da arbitragem internacional, muitos dos quais são dignos de atenção. Aqui, focaremos em iniciativas notáveis relacionadas a (i) padrões de prática; (ii) diversidade; e (iii) arbitragens mais verdes e audiências virtuais.

Padrões de prática

Em junho de 2021, a ICCA introduziu suas Diretrizes sobre Padrões de Prática em Arbitragem Internacional, uma amálgama de padrões profissionais e regras éticas que refletem o caldeirão de culturas e tradições legais na comunidade de arbitragem internacional. Buscando incentivar a ‘civildade’ e a diversidade, mas também garantir a eficiência de custos, privacidade e confidencialidade, as Diretrizes da ICCA não pretendem ser obrigatórias, mas foram elaboradas para permitir sua incorporação por referência em acordos de arbitragem ou ordens processuais. As Diretrizes contêm orientações para várias partes interessadas em toda a comunidade de arbitragem, incluindo representantes das partes (por exemplo, abstendo-se de interromper ou atrasar o processo), árbitros (isto é, agindo ‘eficientemente’), assim como outros participantes.

Embora o objetivo de alcançar uma maior ‘civildade’ em nossa prática seja sem dúvida louvável, as diferenças culturais transfronteiriças podem tornar a convergência em algumas áreas um desafio. As próprias Diretrizes reconhecem que ‘se um determinado curso de ação é ofensivo... pode variar dependendo de... antecedentes pessoais, culturais e/ou religiosos [s]’. Para dar um exemplo prático, enquanto a primeira diretriz prevê que ‘todos os

participantes’ devem ‘agir com integridade’, existem diferenças legítimas entre jurisdições quanto à medida em que o advogado pode preparar testemunhas fáticas e peritos antes de seu testemunho. As práticas em algumas jurisdições podem dar origem a preocupações de integridade em outras. Apesar de tais diferenças perdurarem, as Diretrizes, no entanto, registram com sucesso regras básicas de civildade e padrões éticos que podem ser universalmente referidas e não devem ser controversas para qualquer participante em uma arbitragem internacional.

Em setembro de 2021, a terceira versão do Código de Conduta para os Adjudicadores em Litígios de Investimentos Internacionais (IID) foi publicada pelo ICSID e pela UNCITRAL, após um extenso período de consulta durante o qual os delegados estatais e outras partes interessadas foram convidados a fornecer suas contribuições. O Código procura aumentar a eficiência e transparência dos processos de disputa de investimentos e aumentar a confiança na independência e imparcialidade dos tribunais, bem como dar efeito a considerações políticas importantes, tais como a promoção da diversidade. Dois acontecimentos merecem menção.

Primeiramente, a terceira versão do Código contém uma disposição mais complexa que rege a permissibilidade de árbitros desempenharem concomitantemente outros papéis, como advogado, em outros procedimentos (o chamado ‘duplo chapéu’), proporcionando às partes uma maior autonomia para consentir ou proibir a prática (Artigo 4). A iteração anterior do Código foi menos permissiva e os redatores observaram que uma estrutura mais permissiva



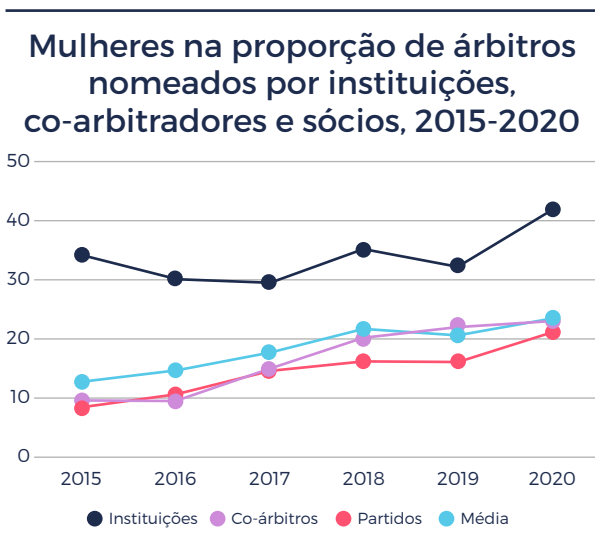
criaria menos barreiras à entrada, com o objetivo de fomentar um ambiente que promoverá a diversidade dos árbitros tanto quanto possível. Relativamente, o Código prevê que os árbitros devem revelar todas as disputas de investimento ‘nas quais o Candidato ou Árbitro tenha estado envolvido nos últimos [cinco/dez] anos ou esteja atualmente envolvido como representante legal, testemunha especializada ou Árbitro’ (Artigo 10), equipando as partes com as informações necessárias para expor quaisquer preocupações em relação ao ‘duplo chapéu’ no início.

Em segundo lugar, a minuta inicial do Código revisado sugeria limitações específicas sobre o número de casos em que os árbitros de disputas de investimento poderiam atuar concomitantemente. Embora controvertida, essa disposição teria ajudado a resolver dois problemas que continuam a afligir a comunidade: um grupo insuficientemente diversificado de árbitros nomeados para ouvir os casos, bem como árbitros com excesso de casos que causam atrasos na resolução de disputas. A terceira versão do Código omite qualquer limitação específica, mas mantém a disposição anteriormente existente de que os árbitros não devem aceitar nomeações se não tiverem ‘disponibilidade para cumprir suas obrigações’ (Artigo 6.2). Se for devidamente cumprida, essa regra também promoverá a diversidade.

Diversidade

Sobre a diversidade dos árbitros, embora a tendência permaneça positiva, mais progresso é necessário.

Em relação à diversidade de gênero, ocorreram reais progressos nos últimos anos, graças a iniciativas como a Equal Representation in Arbitration (ERA) Pledge e ArbitralWomen. A porcentagem média de mulheres árbitras sendo nomeadas em casos relatados pelas principais instituições arbitrais dobrou de cerca de 12% em 2015 para quase 24% em 2020.



Fonte: Report of the Cross-Institutional Task Force on Gender Diversity in Arbitral Appointments and Proceedings (2021 Update), the ICCA Reports No. 8 (due to be published imminently)

Embora a nomeação de mulheres pelas partes seja menos frequente do que a nomeação de mulheres pelas instituições arbitrais (algumas das quais, incluindo a LCIA, DIS, VIAC e SCC, alcançaram a paridade de gênero em suas estatísticas recentes), as estatísticas para 2020 mostram melhorias, com árbitros mulheres nomeadas em mais de 21% das nomeações pelas partes, em comparação com apenas 13,6% em 2019.

O ERA Pledge (fundado e co-presidido pela sócia, Sylvia Noury) continuará a se concentrar na melhoria das nomeações pelas partes, inclusive através de seu Sub Comitê Corporativo, concentrando-se não apenas em garantir a visibilidade de candidatas mais qualificadas, mas também em transferir as candidatas de listas de árbitros para os tribunais. A extensa rede de Subcomitês da Pledge continuará a tratar de questões de diversidade em regiões específicas. 2021 viu o lançamento de seus Subcomitês do Oriente Médio e dos EUA e um novo Subcomitê Ásia-Pacífico está em preparação para 2022.

Também houve um aumento recente de iniciativas focalizadas em outras formas de diversidade na arbitragem, incluindo notavelmente a *Igualdade Racial para Advogados de Arbitragem (REAL)*, lançada no início de 2021, com o objetivo principal de progredir na igualdade racial e na representação de minorias na arbitragem internacional. A ‘Promessa da África’, a lista de Katherine Simpson de Árbitros de Descendência Africana com um Nexus nos EUA, e a Academia Africana de Arbitragem – uma iniciativa focada em melhorar a especialização dos profissionais africanos de arbitragem, equipando-os com o conjunto certo de habilidades para obter sucesso dentro da comunidade internacional de arbitragem – são exemplos de outras iniciativas destinadas a promover os árbitros africanos que surgiram nos últimos anos.

Arbitragens mais ecológicas e audiências virtuais

Houve também o surgimento de iniciativas de arbitragem mais verdes, lideradas pela Campanha para Arbitragens Mais Verdes (CGA), que ganhou o Prêmio GAR de Melhor Desenvolvimento em 2020. A CGA é uma iniciativa para reduzir o impacto ambiental das arbitragens internacionais através de uma variedade de medidas. Ela foi lançada em 2019 com um Compromisso Verde segundo o qual os signatários se comprometem a aderir a um conjunto de princípios orientadores. A CGA atingiu um marco histórico em seu trabalho no Dia da Terra do ano passado, 22 de abril de 2021, quando lançou seus seis Protocolos Verdes. Os Protocolos Verdes fornecem orientação prática a todos os envolvidos na arbitragem sobre como podem reduzir sua pegada de carbono. Existe um Protocolo único para cada um deles: procedimentos arbitrais em geral, escritórios de advocacia e prestadores de serviços jurídicos, árbitros, instituições arbitrais, conferências arbitrais e locais de



audiência de arbitragem. Os protocolos incluem orientação sobre a eliminação de cópias em papel, minimização de viagens, uso de formas limpas de energia e uso de audiências virtuais, entre outras coisas.

O trabalho da CGA tem, naturalmente, coincidido com a pandemia global, o que levou a comunidade arbitral a adotar por necessidade muitas das medidas de redução de carbono que a CGA recomenda. Se 2020 foi o ano em que as audiências virtuais vieram à tona, 2021 foi o ano em que a comunidade arbitral aperfeiçoou (em sua maior parte) a arte da audiência virtual. E, dependendo do estado da pandemia, 2022 pode ser o ano em que as audiências virtuais continuam a ser realizadas por escolha e não por necessidade. A esse respeito, coincidindo com o trabalho da CGA tem sido uma confluência de esforços de uma variedade de diferentes partes interessadas na arbitragem no desenvolvimento de protocolos e procedimentos para a realização efetiva de uma audiência virtual. A maioria das instituições tem agora um conjunto de diretrizes ou um modelo de ordem processual para a condução eficiente de audiências virtuais. Embora a comunidade arbitral talvez ainda não esteja pronta para as audiências de arbitragem no metaverso (e que sem dúvida virão), as audiências virtuais em sua forma atual serão uma consequência da pandemia que veio para ficar.

É evidente que as recentes e crescentes iniciativas que abordam padrões de prática, diversidade, questões ambientais e pandêmicas na arbitragem já estão tendo um impacto positivo na condução da arbitragem internacional e no comportamento de seus participantes. Para que a arbitragem continue atrativa para seus usuários, é importante que a comunidade arbitral continue não apenas a produzir novos padrões e orientações sobre 'melhores práticas', mas também a implementar esses padrões para efetuar mudanças reais e duradouras. Somente o tempo dirá quais códigos, protocolos e diretrizes alcançarão a ubiquidade de um dos primeiros e mais bem-sucedidos esforços para harmonizar a prática arbitral: as Regras da IBA sobre a Obtenção de Provas. Fique atento em 2022.



06. Ações para maior eficiência na arbitragem internacional



Nicholas Lingard
Sócio,
Cingapura



Patrick Schroeder
Sócio,
Hamburgo



Hinda Rabkin
Associada Sênior,
Nova Iorque



Ketevan Betaneli
Advogada Sênior de Conhecimento,
Paris

Tornar a arbitragem internacional mais barata e mais rápida para seus usuários tem sido um objetivo importante há anos e está impulsionando reformas recentes no procedimento arbitral. As instituições arbitrais assim como a UNCITRAL introduziram (ou estão planejando introduzir) disposições nas regras que regem as arbitragens para melhorar sua eficiência. Uma reforma recente que melhora consideravelmente a eficiência para certas disputas é a introdução de procedimentos acelerados. Esta e outras ferramentas processuais são discutidas mais adiante, tanto no contexto da arbitragem investidor-Estado quanto no da arbitragem comercial internacional.

‘À medida que estas novas disposições entram em vigor e são utilizadas pelas partes, esperamos ver as disputas arbitrais serem resolvidas mais rapidamente por um custo mais baixo. Entretanto, dada a sensibilidade envolvida na resolução de disputas investidor-Estado, que envolvem questões de soberania do Estado, resta saber se os Estados optarão por utilizar as novas disposições aceleradas e se elas serão amplamente adotadas.’



Hinda Rabkin
Associada Sênior,
Nova Iorque

Procedimentos Acelerados sob várias regras de arbitragem internacional

	UNCITRAL	ICSID (Proposta de Regras)	CCI	SCC	SIAC	HKIAC
Árbitros	Árbitro Único	Árbitro único ou tribunal de três membros (se as partes não notificarem que querem um tribunal de três membros, o árbitro único se aplica automaticamente)	Árbitro Único	Árbitro Único	Árbitro Único, a menos que o SIAC determine o contrário	Árbitro único, a menos que haja acordo para 3
Limiar monetário	N/A	N/A	Sim	Não	Sim S\$6 milhões	Sim, HK\$25 milhões (mais de US\$3 milhões)
Aplicabilidade	Opt-in	Opt-in	Opt-out	Opt-in	Opt-in	Opt-in
Prazo para emissão do laudo	6 meses	120 dias após audiência	6 meses após conferência de gestão do caso	3 meses a partir do encaminhamento do caso	6 meses a partir da constituição do tribunal	3 meses a partir do encaminhamento do caso



Arbitragem investidor-estado

No ano passado, foram introduzidas (ou propostas) regras que prevêem procedimentos acelerados que podem ser usados na arbitragem investidor-Estado.

Em setembro de 2021, as Regras de Arbitragem Acelerada da UNCITRAL (UNCITRAL EA Rules) entraram em vigor. Estas regras não se aplicam automaticamente. As partes devem concordar expressamente em utilizá-las. Embora estas regras não tenham sido especificamente projetadas para a arbitragem investidor-Estado, na prática, as regras da UNCITRAL são frequentemente usadas em tais procedimentos e pode haver oportunidades de usá-las em disputas investidor-Estado.

As principais características das Regras da UNCITRAL EA são: (i) árbitro único; (ii) audiências são opcionais; (iii) o tribunal pode decidir renunciar à fase de produção de documentos; e (iv) um cronograma acelerado para a conclusão da arbitragem, com a sentença a ser emitida dentro de seis meses a partir da data de constituição do tribunal.

Em novembro de 2021, o ICSID divulgou seu Documento de Trabalho nº 6, fruto de um processo de cinco anos de atualização das regras do ICSID para arbitragem. O Documento de Trabalho nº 6 do ICSID trata de tópicos que os Estados e o público em geral haviam levantado sobre a iteração anterior das emendas propostas às regras do ICSID e estabelece o conjunto completo de regras emendadas. Essas regras incluem um procedimento acelerado. A ICSID disse que planeja apresentar as emendas para votação pelos Estados membros no início de 2022.

O procedimento acelerado do ICSID é opt-in. Suas principais características são: (i) ausência de bifurcação, de modo que a jurisdição, o mérito e as questões quânticas seriam considerados em uma única fase da arbitragem; (ii) prazos mais rápidos, com uma sentença a ser emitida dentro de 120 dias da audiência; (iii) extensão limitada das petições escritas; (iv) submissões processuais limitadas; e (v) procedimentos de anulação acelerados.

Além de alterar as regras que regem os procedimentos, os Estados também estão incluindo certas características processuais que se aplicariam na arbitragem investidor-Estado em tratados de investimento bilaterais ou multilaterais recentemente emitidos. Estes incluem tratados recentemente concluídos com a UE, bem como o Modelo 2021 do Acordo de Promoção e Proteção de Investimentos Estrangeiros do Canadá (modelo canadense FIPA). Assim, por exemplo, o modelo canadense FIPA prevê que quando os

danos reivindicados por um investidor são inferiores a CAD\$10 milhões, aplica-se um procedimento acelerado. Este procedimento envolve um árbitro único, um cronograma de procedimentos reduzido, e uma audiência virtual.

Arbitragem comercial

Na arbitragem comercial, os seguintes procedimentos têm desempenhado um papel importante na melhoria da eficiência nos últimos anos e espera-se que continuem a fazê-lo nos próximos anos:

- O uso de regras aceleradas continua a aumentar. De acordo com as estatísticas da CCI de 2020, 261 casos foram conduzidos sob suas regras aceleradas desde que o procedimento foi introduzido em março de 2017. O sucesso das regras aceleradas levou a CCI a ampliar o escopo de sua aplicação automática a disputas avaliadas de US\$ 2 milhões a US\$ 3 milhões. Este mecanismo também é popular nos procedimentos da CEC: 31% dos casos registrados em 2020 foram registrados sob suas regras aceleradas.
- Uma comparação da duração dos processos sob as regras aceleradas com aqueles sob as regras padrão da CCI mostra um claro benefício de tempo. As estatísticas da CCI para 2020 informaram que 67% dos laudos finais emitidos sob as Regras em Procedimentos Acelerados foram entregues no prazo de ou aproximadamente em seis meses. A duração média dos procedimentos nos casos que chegaram a um laudo final em 2020 foi de 26 meses.

‘Regras Aceleradas precisam ser tratadas com cuidado, especialmente quando elas contêm um prazo para o tribunal arbitral proferir a sentença. Há obstáculos para que o reclamado apresente seu caso em um prazo muito curto, e há um risco latente de que exceder o prazo possa ser considerado um erro processual relevante em sede de execução.’



Nicholas Lingard

Sócio,
Cingapura

- Muitas das principais regras de arbitragem (LCIA, SCC, SIAC, HKIAC, etc.) introduziram procedimentos sumários de resolução, que estão sendo usados com crescente frequência. Esta ferramenta processual habilita os tribunais arbitrais a proferirem decisões rápidas sobre reivindicações discretas, permitindo que o tribunal disponha de reivindicações frívolas



- A maioria das principais regras de arbitragem contém disposições sobre junção e consolidação (ICC, SCC, SIAC, HKIAC, etc.). A versão 2021 das regras da CCI permite a adesão de uma das partes após a nomeação ou confirmação do árbitro. Elas também permitem a consolidação de procedimentos sob múltiplos acordos com cláusulas de arbitragem compatíveis. Procedimentos simplificados que permitem a junção e consolidação reduzem os procedimentos paralelos e, potencialmente, as ineficiências que tais procedimentos implicam
- Os potenciais benefícios dos protocolos eletrônicos e das audiências virtuais tornaram-se evidentes durante a pandemia da COVID-19. Como a comunidade de arbitragem internacional se acostumou ainda mais a eles, espera-se que continuem a ser amplamente utilizados. Da mesma forma, novas plataformas online (como o recentemente lançado HKIAC Case Connect ou a SCC, ICC e outras plataformas de gerenciamento de casos eletrônicos existentes) tornam mais eficiente o compartilhamento de documentos e a organização de casos.
- As instituições começaram a incentivar a emissão pontual de laudos. Certas regras arbitrais (como a SCC) fornecem limites de tempo para a entrega de uma sentença, mas não penalizam a não conformidade. A ICC, entretanto, reduz os honorários dos árbitros se uma sentença for adiada na ausência de um motivo válido, o que provou ser uma ferramenta eficaz. As estatísticas da ICC para 2020 informaram que o número de casos com atraso de três a seis meses na adjudicação final diminuiu pela metade desde que esta nova prática foi implementada em 2016.
- O número de arbitragens de emergência aumentou. Os árbitros de emergência geralmente proferem uma decisão dentro de duas semanas (cinco dias sob as regras da SCC, e 14 dias sob as regras da SIAC, LCIA, HKIAC e CCI) que pode mais tarde ser revisitada pelo Tribunal, uma vez constituído. Este procedimento foi inicialmente utilizado para disputas de construção e engenharia, mas agora está sendo utilizado por partes que operam em outros setores.

'A tecnologia e a digitalização dos procedimentos mudarão a forma de trabalho dos árbitros e do advogado. Os ganhos de eficiência resultarão em processos mais rápidos e mais econômicos. As audiências virtuais são apenas o começo. Esperar ajuda da inteligência artificial na pesquisa legal, no tratamento de dados, na análise de provas, etc., tanto no banco de árbitros como na mesa do advogado.'



Patrick Schroeder

Sócio,
Hamburgo



07.

O futuro da arbitragem no espaço tecnológico



Elliot Friedman
Sócio,
Nova Iorque



Sofia Klot
Associada Sênior,
Nova Iorque



Annie Pan
Associada Sênior
Londres

As empresas de tecnologia são inovadoras e disruptoras. Mas elas têm sido em grande parte tradicionalistas no espaço de disputas: litigiosas, porém sub-representadas em métodos alternativos de resolução de disputas como a arbitragem. Isso está mudando. As empresas de tecnologia estão se tornando mais conscientes da proteção de tratados de investimento e também estão se voltando para a arbitragem para disputas envolvendo moeda criptográfica, cadeia de bloqueio e inteligência artificial (AI).

O surgimento de disputas entre empresas de tecnologia e Estados relacionadas a investidores

Os setores energético e industrial há muito confiam no poder dos tratados de investimento para proteger os investimentos contra a interferência de governos estrangeiros. O setor de tecnologia está fazendo cada vez mais uso de tratados de investimento para se proteger contra ações governamentais adversas, inclusive em resposta a cancelamentos de concessões, leis de dados injustas e discriminatórias, e o uso protecionista da regulamentação tributária, concorrencial e de investimentos estrangeiros.

Um exemplo de alto nível é a ameaça feita pelo Uber, em janeiro de 2020, de apresentar uma queixa contra a Colômbia no âmbito do Acordo de Promoção Comercial EUA-Colômbia. Em resposta a uma reclamação apresentada por um concorrente local, a autoridade de concorrência colombiana impôs uma proibição nacional ao aplicativo da empresa de compartilhamento de caronas. A proibição foi anulada logo após Uber ter ameaçado instaurar procedimento arbitral contra a Colômbia com base no tratado de investimento. Ainda mais recentemente, investidores canadenses e americanos apresentaram reclamações contra o México com base no NAFTA e USMCA após o cancelamento de uma concessão da Cidade do México para substituir todos os taxímetros analógicos por taxímetros digitais e desenvolver um aplicativo de transporte de mercadorias.

Vários casos recentes de tratados de investimento também implicam na tentativa dos países de regular dados, segurança e ciber-segurança. Por exemplo, uma empresa chinesa

iniciou uma arbitragem contra a Ucrânia após o bloqueio de da aquisição de uma empresa aeroespacial que supostamente possui tecnologia sensível, e a Huawei notificou uma disputa contra a Suécia sob o tratado bilateral de investimento Suécia-China após ter sido banida da implantação do 5G no país em meio a alegações de espionagem. As proteções do tratado de investimento também estão sendo consideradas em relação às novas regras em todo o mundo relativas à localização de dados.

Esperamos mais disputas deste tipo nos próximos anos, à medida que as empresas de tecnologia se tornam cada vez mais conscientes da disponibilidade e do poder dos tratados de investimento, e os governos expandem a regulamentação do setor de tecnologia. Estes casos também levantam questões interessantes relacionadas a como os tratados de investimento protegem investimentos em plataformas puramente digitais ou deslocalizadas, uma vez que os tratados normalmente protegem investimentos 'no território' do estado anfitrião, uma questão que exploramos em um [podcast](#) recente. E como discutimos em nosso [blog](#) Freshfields, com a regulamentação tendente a aumentar, as empresas de tecnologia podem e devem estruturar seus investimentos estrangeiros para garantir que eles sejam protegidos por tratados de investimento.

Arbitragem comercial no espaço tecnológico – movendo-se para além das disputas de fusões e aquisições

As disputas de fusões e aquisições e financiamento envolvendo empresas de tecnologia têm aumentado, pois a pandemia desencadeou uma enxurrada de atividades de negociação no setor. Mas, além dos casos de negócios que azedaram, outros tipos de disputas tecnológicas estão surgindo.

Nos últimos anos, houve uma proliferação de novos produtos e serviços baseados na cadeia de bloqueio, inteligência artificial complexa (como aprendizagem de máquinas e redes neurais) e tecnologias de realidade aumentada, com muitos contratos para o desenvolvimento, venda ou licenciamento



dessas novas tecnologias contendo cláusulas de arbitragem. Isto não é surpreendente, pois os benefícios da arbitragem para estas tecnologias, cada vez mais sem fronteiras, são óbvios: elas permitem que as partes selecionem especialistas em assuntos com conhecimentos técnicos relevantes para resolver sua disputa em um ambiente confidencial e obter uma sentença prontamente executável em qualquer um dos quase 170 países que ratificaram a Convenção de Nova Iorque. Esperamos ver um aumento nas arbitragens internacionais envolvendo cadeia de bloqueio, inteligência artificial e realidade aumentada ou virtual à medida que estas tecnologias se tornam mais comuns.

'A arbitragem internacional frequentemente faz sentido neste setor: disputas podem ser resolvidas por árbitros especializados, a confidencialidade do processo significa que informações proprietárias ou sensíveis podem ser mantidas fora dos olhos do público, e a sentença resultante pode ser facilmente executada em todo o mundo.'



Elliot Friedman
Sócio,
Nova Iorque

As disputas por moedas criptográficas já estão no centro das atenções, impulsionadas pela popularidade meteórica das trocas criptográficas que negociam bilhões de dólares por dia. Um exemplo digno de nota é a iminente arbitragem de 'ação coletiva' que envolve milhares de requerentes individuais contra Binance, a maior bolsa criptográfica do mundo, perante a HKIAC. A disputa surgiu em 19 de maio de 2021, dia em que houve uma das maiores quedas históricas no valor do Bitcoin, o que teria causado enormes perdas aos usuários que não puderam acessar suas contas e efetuar negociações. Em uma segunda arbitragem da CCI contra o Binance, um investidor europeu supostamente busca US\$140 milhões em prejuízos com base no fato de que seus fundos foram liquidados injustamente pelo sistema de liquidação automatizado da bolsa.

O crescimento contínuo e a popularidade das trocas criptográficas prepara o cenário para futuras arbitragens trazidas pelos investidores sob os termos de serviço das plataformas, muitas das quais incluem cláusulas de arbitragem. As bolsas criptográficas deveriam rever suas cláusulas de arbitragem e, em particular, seu tratamento de reclamações em massa.



08. Instituições Financeiras e Arbitragem



Oliver Marsden
Sócio,
Londres



Thomas Walsh
Advogado Especial,
Nova Iorque



Ruth Montiel
Associada,
Nova Iorque

As instituições financeiras têm tradicionalmente favorecido o litígio judicial como um meio de resolver suas disputas contratuais. Entretanto, há situações em que as instituições financeiras podem considerar a opção pela arbitragem para certos tipos de negócios, especialmente à luz dos recentes desenvolvimentos no procedimento arbitral destinado a tornar a arbitragem mais atrativa para a comunidade bancária. Além disso, as instituições financeiras estão cada vez mais ligadas às proteções disponíveis nos tratados de investimento em caso de ações governamentais que afetem adversamente seus investimentos. Analisamos a seguir estas duas tendências.

Arbitragem para disputas contratuais em acordos financeiros: desenvolvimentos recentes

Para disputas contratuais, a decisão de optar por arbitragem ou litígio envolve ponderar uma variedade de fatores e dependerá das circunstâncias específicas de cada transação individual. Como mencionado acima, as instituições financeiras têm tradicionalmente favorecido o litígio para muitas de suas disputas contratuais, particularmente nos tribunais de Londres e Nova Iorque. Estas jurisdições têm juízes especialmente familiarizados com as complexidades das transações financeiras e têm um histórico estabelecido de proferir decisões sólidas, bem como procedimentos bem estabelecidos de resolução sumária de reclamações e defesas que manifestamente carecem de mérito. Quando as instituições financeiras optam pela arbitragem ao invés do litígio, é frequentemente porque um acordo envolve uma contraparte baseada em uma jurisdição onde as sentenças arbitrais são mais facilmente executáveis do que as decisões judiciais, ou a instituição antecipa que pode se beneficiar da maior proteção de confidencialidade e/ou requisitos de divulgação mais restritos da arbitragem, em comparação com o litígio.

Para tornar a arbitragem mais atraente para as instituições financeiras e outras empresas, nos últimos anos, muitas das principais instituições arbitrais alteraram suas regras para introduzir ou esclarecer certas ferramentas processuais com o objetivo de tornar a arbitragem mais eficiente e

econômica. Estas mudanças incluem novas regras sobre resolução sumária, procedimentos de arbitragem de emergência para medidas provisórias urgentes anteriores à constituição do tribunal arbitral, e procedimentos acelerados (ver [tendência 6](#), para uma análise mais detalhada destas ferramentas).

Para as instituições financeiras em particular, dois desenvolvimentos recentes merecem ser destacados com mais detalhes:

‘O poder de um tribunal arbitral para emitir uma ordem de resolução sumária de uma reclamação ou defesa sem mérito está agora incluso nas regras processuais e notas de orientação das principais instituições arbitrais. Este é um passo importante para o uso da arbitragem na comunidade das instituições financeiras.’



Oliver Marsden
Sócio,
Londres

1. **Resolução sumária.** Até recentemente, tem havido incerteza acerca da possibilidade de um tribunal arbitral rejeitar sumariamente uma reclamação ou defesa que manifestamente careça de mérito (ou seja, dispensando um processo probatório completo). Em contraste, procedimentos de resolução sumária estão prontamente disponíveis em litígio, particularmente nos tribunais ingleses e de Nova Iorque. Essa divergência tem sido cada vez mais reduzida: nos últimos anos, as principais instituições arbitrais, e agora o PRIME Finance (uma instituição arbitral dedicada a arbitragens no setor financeiro), ou alteraram suas regras para conferir expressamente ao tribunal um poder de resolução sumária ou (no caso da CCI) publicaram notas de orientação confirmando que os tribunais têm tal poder. Desde que as partes arbitrem sob as regras de uma dessas instituições arbitrais e sediarem sua arbitragem em uma jurisdição como Londres ou Nova Iorque, onde agora existe



uma jurisprudência útil confirmando que as sentenças proferidas de acordo com procedimentos sumários são válidas e executáveis, elas podem estar confortáveis de que tais procedimentos estarão disponíveis e podem ser confiantemente implantados pelo tribunal.

2. Regras de Arbitragem Financeira P.R.I.M.E. 2022 revisadas. Como alternativa à adoção das regras processuais das instituições arbitrais tradicionais, as instituições financeiras podem optar por arbitrar suas disputas sob as Regras de Arbitragem Financeira P.R.I.M.E., cuja última versão entrou em vigor em 1º de janeiro de 2022. As Regras de Arbitragem Financeira P.R.I.M.E. são especificamente desenvolvidas para a arbitragem de disputas financeiras, inclusive sob produtos financeiros complexos, como derivativos, e em áreas emergentes, como fintech e finanças sustentáveis. As revisões de 2022 procuram abordar o feedback de instituições financeiras sobre versões anteriores das regras, inclusive introduzindo um procedimento de arbitragem de emergência, incluindo melhores provisões para consolidação em situações multipartidárias e multi-contrato, incorporando um novo procedimento acelerado e (como observado acima) prevendo a resolução sumária de reivindicações e defesas sem mérito. A oferta da P.R.I.M.E. Finance também inclui a opção de selecionar árbitros de seu painel de especialistas de cerca de 250 árbitros internacionais com conhecimento especializado e experiência no setor financeiro.

Resta saber se esses recentes desenvolvimentos levarão mais instituições financeiras a optarem pela arbitragem em futuros negócios financeiros, mas a estrutura agora existe para que a arbitragem atenda melhor às necessidades das instituições financeiras.

Usando a proteção de tratados de investimento como uma ferramenta de mitigação de riscos para investimentos transfronteiriços

As instituições financeiras estão estruturando (ou reestruturando) cada vez mais seus investimentos transfronteiriços para tirar proveito de um ou mais dos milhares de tratados de investimento que protegem os investidores de ações governamentais adversas que afetam seus investimentos estrangeiros. Muitas instituições estão agora conduzindo o 'planejamento de tratados de investimento' simultaneamente com o planejamento tributário.

A maioria dos tratados garante aos investidores estrangeiros um conjunto básico de direitos tais como: o direito de serem tratados de forma justa e não arbitrária; o direito à compensação por qualquer expropriação; proteções contra tratamento discriminatório que favoreçam concorrentes

nacionais ou concorrentes de outros países estrangeiros; e o direito de transferir fundos e retornos fora do país anfitrião. Crucialmente, a maioria dos tratados de investimento permite que os investidores apresentem uma reclamação de danos diretamente contra o governo anfitrião através de arbitragem, em circunstâncias em que seus direitos decorrentes de tratados sejam violados. Esta é uma ferramenta poderosa, e a ameaça de tal reivindicação pode proporcionar a uma instituição financeira uma alavanca para negociar com o governo e assegurar uma resolução favorável.

Uma porcentagem significativa das reivindicações baseadas em tratado de investimento referidas à arbitragem a cada ano é apresentada por instituições financeiras. Por exemplo, em 2021, o HSBC apresentou uma reclamação contra El Salvador alegando que El Salvador violou seu tratado bilateral de investimento com o Reino Unido (*HSBC Latin American Holdings (UK) Limited v. República de El Salvador* (Caso nº ARB/21/46 do ICSID)). A Alpepe Limited também apresentou uma reclamação contra Malta em 2021 em nome de sua subsidiária, o Pilatus Bank, por supostas violações do tratado bilateral de investimento de Malta com a República Popular da China.

Essa tendência deve perdurar os estados lutam contra a pandemia da COVID-19 e a ruptura nas cadeias de fornecimento globais, alterando os regulamentos que afetam as instituições financeiras, por exemplo, suspendendo ou limitando sua capacidade de cobrança de dívidas, incluindo hipotecas, ou proibindo a cobrança de taxas em projetos públicos, com um impacto prejudicial no financiamento para esses projetos.

'As instituições financeiras estão cada vez mais sintonizadas com o valor dos tratados de investimento como uma ferramenta para se protegerem contra o risco de futuras medidas governamentais adversas que tenham impacto em seus investimentos transfronteiriços.'



Thomas Walsh
Advogado Especial,
Nova Iorque



09. Arbitragem de construção diante da transição energética e da mudanças climáticas



Tom Hutchison
Advogado,
Londres



Samantha Lord Hill
Advogada,
Dubai



Jon Gilbert
Advogado de Conhecimento,
Londres

A [tendência 1](#) acima delimitou alguns dos principais desenvolvimentos que aceleraram o ritmo da transição energética global, notadamente os compromissos assumidos na COP26, a decisão pioneira no caso Shell pelo Tribunal Distrital de Haia e o pacote legislativo 'Apto para 55%' da Comissão Europeia. Nesta tendência, avaliamos o provável impacto da proliferação de projetos planejados de energia renovável e de baixo carbono na arbitragem de construção e consideramos os riscos relacionados a eventos climáticos cada vez mais extremos em grandes projetos em andamento.

Transição de energia – riscos de novos projetos

O tamanho, o escopo e a ambição dos projetos renováveis e de baixo carbono estão aumentando. O rápido desenvolvimento de novas tecnologias, a entrada de novos operadores no mercado e o desenvolvimento de políticas governamentais (tais como subsídios) criarão novos perfis de risco para projetos de energia 'verde' em todo o mundo. Prevemos que isto se traduzirá em um aumento de novas disputas e, em última análise, de alto risco, que serão levadas à arbitragem à medida que estes projetos avançam do planejamento até a construção e operação. As principais razões para isto incluem:

- **Confiança na nova tecnologia:** muitos (mas não todos) projetos de transição de energia dependem de tecnologia relativamente nova. Mesmo a tecnologia experimentada e testada, como a solar e eólica, continua a evoluir – pense em solar de sal derretido e vento flutuante offshore. Quando a nova tecnologia não funciona como pretendido, ou é mais cara ou complexa de construir, pode haver sérias consequências para todos os participantes do projeto. Atrasos na conclusão, falha no cumprimento dos padrões de comissionamento ou, em última instância, produção inferior ao previsto podem levar a reclamações complexas e de alto valor. Isto pode ser particularmente grave em um cenário de subsídios estatais ou compromissos financeiros limitados no tempo. Além disso, a nova tecnologia também pode elevar o tempo necessário para obter aprovações regulamentares e de planejamento se for necessário comprovar sua segurança e/ou se o regulador não estiver

familiarizado com a tecnologia, uma questão comum em projetos recentes de novas construções nucleares.

- **A falta de padrões industriais desenvolvidos** pode levar à reclamações baseadas em garantias contratuais ou adequação do produto contra empreiteiros. Mesmo quando há especificações disponíveis, podem surgir problemas – no caso amplamente relatado da Suprema Corte do Reino Unido, *MT Højgaard v. E.ON* [2017] UKSC 59, as fundações de um parque eólico offshore falharam menos de um ano após a conclusão, apesar de o empreiteiro ter cumprido as especificações relevantes do setor.
- **A falta de formulários-padrão do setor, ou a interpretação estabelecida dos formulários-padrão existentes**, como o FIDIC no contexto de novas estruturas de projeto (com diferentes interfaces de risco em relação a projetos de energia tradicionais), pode resultar em um maior número de reivindicações onde as partes diferem em seu entendimento de seus direitos contratuais em relação a um projeto novo. Uma característica comum de muitos projetos de transição de energia é que o proprietário assume o risco da interface, em grande parte devido às incertezas envolvidas. As incertezas podem ser difíceis de administrar e precificar, e o potencial para surgimento de disputas aumenta, especialmente quando um novo escopo é acordado com base em um preço fixo ou EPC.

Investimento global na
transição energética:
\$501.3bn
em 2020

Fonte: BloombergNEF



Transição de energia – procedimento de arbitragem

É provável que a arbitragem continue a ser o método preferido de resolução de disputas para projetos de energia em larga escala, particularmente quando partes de todo o mundo estão envolvidas. Em 2019, a Comissão de Arbitragem e ADR da CCI e a Comissão de Meio Ambiente e Energia da CCI emitiram um relatório conjunto sobre a ‘Arbitragem de Disputas Relacionadas à Mudança Climática’, delineando os benefícios da arbitragem na resolução de disputas decorrentes de projetos de energia existentes, tradicionais, como resultado da regulamentação da mudança climática e de um mercado em mudança em direção às energias renováveis e de baixo carbono, e aquelas decorrentes dos desafios e complexidades dos próprios projetos novos. Entre os principais benefícios estavam o acesso a árbitros com experiência adequada relacionada à mudança climática, a disponibilidade de procedimentos rápidos, a capacidade de se juntar partes ou consolidar múltiplos procedimentos arbitrais e a executoriedade de laudos.

O tempo dirá se alguma instituição arbitral vai mais longe para se posicionar como particularmente adequada para resolver disputas decorrentes de projetos de transição de energia, como vimos a CCI, HKIAC e outros fazerem em relação a disputas de Estradas, mas antecipamos alguma pressão do mercado para que isso ocorra.

Por exemplo, é provável que haja o desejo de um procedimento acelerado de arbitragem para obter um laudo final e vinculativo sobre uma questão técnica, especialmente quando há múltiplos ativos idênticos sendo construídos, por exemplo, turbinas eólicas ou painéis solares. Isto pode permitir que as partes prossigam com o projeto com a certeza e executoriedade de uma sentença arbitral e, portanto, sem a incerteza de uma decisão crítica ser reaberta em um estágio posterior quando for muito difícil ou caro realizar trabalhos de remediação.

Mais amplamente, a necessidade de iniciar a operação dos ativos a tempo para assegurar a viabilidade financeira é particularmente aguda para projetos de energias renováveis. Prevemos que os proprietários/operadores se concentrem cada vez mais em meios para evitar longos atrasos causados por disputas em projetos ao vivo.

Mecanismos bem estabelecidos, incluindo determinação de especialistas e conselhos de disputa podem ajudar, mas é provável que a arbitragem rápida ou acelerada se torne cada vez mais importante, seja para resolver um ponto técnico ou mais amplamente para garantir o progresso contínuo.

Finalmente, esperamos ver o crescimento contínuo da arbitragem investidor-estado se os Estados retraírem subsídios e incentivos para investir em projetos de energia verde feitos como parte de compromissos mais amplos com metas líquidas zero e metas de emissões.

‘Atrasos, interrupções, defeitos e disputas – todos estão em ascensão à medida que investimentos significativos são feitos e a construção se inicia em novas energias renováveis e projetos de baixo carbono em todo o mundo. Para muitos, estes projetos marcam uma jornada em águas desconhecidas à medida que novas tecnologias são desenvolvidas em ritmo acelerado, novas estruturas regulatórias são estabelecidas e a capacidade de mecanismos contratuais familiares para gerenciar os riscos do projeto é testada. A certeza; a arbitragem internacional será sem dúvida o ponto de partida para a resolução de disputas nos próximos anos.’



Samantha Lord Hill

Advogada,
Dubai

Clima extremo

Voltando aos efeitos atuais da mudança climática, os eventos climáticos extremos têm o potencial de atrasar e/ou interromper significativamente os projetos de construção existentes e testarão a resiliência dos ativos como nunca antes. Isto, por sua vez, testará a alocação de risco contratual, em particular se tais eventos eram previsíveis.

Exemplos de eventos de atraso ou interrupção incluem temperaturas extremas que reduzem as horas de trabalho, ventos fortes que interrompem o fornecimento de energia ou inundações que atrasam o transporte de materiais. Os contratos de construção normalmente estabelecem quem deve suportar o risco de eventos climáticos extremos – por exemplo, se o empreiteiro tem direito a uma extensão de tempo. Entretanto, nem sempre é claro o que realmente constitui um evento climático qualificado sob um determinado contrato (mesmo quando um contrato padronizado é usado), e poderia caber a um tribunal determinar este ponto crucial.

Muitos contratos incluem uma exigência de que o evento climático deve ter sido imprevisível. Entretanto, a mudança climática pode apresentar algumas dificuldades neste caso: (i) o limiar do imprevisível mudará (e em algumas regiões já



mudou) à medida que eventos climáticos extremos se tornam mais comuns; e (ii) alguns contratos avaliam a previsibilidade por referência a dados históricos, assumindo que os padrões climáticos são constantes, o que não é mais o caso.

Quanto à resiliência dos ativos, eventos climáticos extremos podem causar ou agravar defeitos que de outra forma poderiam não ter surgido e/ou ter sido descobertos. Eles também podem afetar a operabilidade dos ativos e/ou reduzir os resultados esperados, impactando assim a capacidade do proprietário de recuperar custos de gastos de capital.

Tais resultados provavelmente resultarão em um aumento das reivindicações contra empreiteiros e profissionais da construção relacionadas aos parâmetros e tolerâncias de projeto. Também podemos testemunhar mais reclamações baseadas em suposta negligência ou violação do padrão de cuidado, por não tomar em conta os efeitos da mudança climática no projeto e na construção.



10.

Consolidação dos centros de arbitragem no Oriente Médio



Sami Tannous
Sócio,
Dubai



Amani Khalifa
Advogada,
Dubai

Um acontecimento que surpreendeu muitos, inclusive a LCIA, em 14 de setembro de 2021 foi a abolição do centro de arbitragem DIFC-LCIA pelo Decreto 34 de Dubai de 2021 relativo ao Centro Internacional de Arbitragem de Dubai (o *Decreto*). Antes do Decreto, o centro de arbitragem DIFC-LCIA não tinha uma presença legal independente em Dubai e operava através de uma joint venture entre o Instituto de Arbitragem DIFC (o DAI) e a LCIA. O Decreto aboliu o DAI e transferiu a propriedade de seus bens e funcionários para o Centro de Arbitragem Internacional de Dubai (DIAC). O Decreto também aboliu o Centro de Arbitragem Marítima dos Emirados, que era o único centro de arbitragem marítima especializado da região (embora, ao nosso conhecimento, ao contrário do DIFC-LCIA, ele não tivesse uma carga de processos ativa).

O Decreto criou alguma incerteza, especialmente em relação aos casos de arbitragem pendentes e aos aspectos administrativos da presença e funcionamento do DIFC-LCIA. Para facilitar a transição dos casos para DIAC, o Decreto prevê um período de seis meses para DIAC 'coordenar' com 'todas as entidades envolvidas' para ajudá-las a se adequarem ao Decreto.

Além dessas importantes mudanças, o Decreto inclui o novo estatuto do DIAC (Estatuto) que prevê uma reestruturação abrangente, com a criação de uma diretoria, um tribunal de arbitragem e um órgão administrativo. O Decreto também prevê que o DIAC tenha sede em 'onshore' Dubai e uma filial na DIFC. Vários membros da diretoria e o presidente do DIAC foram nomeados desde então.

As mudanças na estrutura corporativa da DIAC e a abolição dos outros centros de arbitragem foram vistas por alguns como um movimento útil para consolidar os centros de arbitragem nesta importante sede de arbitragem regional. Outros profissionais expressaram a opinião de que a falta de escolha nas instituições de arbitragem 'locais' de Dubai e a súbita mudança na política pode prejudicar a reputação de Dubai como um centro para disputas. Independentemente desses pontos de vista opostos, é importante para o futuro papel de Dubai como centro de arbitragem regional que

qualquer incerteza decorrente do Decreto seja resolvida o mais rápido possível.

A posição da DIFC e da LCIA

Em 7 de outubro de 2021, a DIFC emitiu um comunicado à imprensa indicando que os casos existentes continuariam a ser administrados pela LCIA e pela equipe de trabalho de casos da DIFC-LCIA em regime de *secondment*. A declaração não forneceu quaisquer detalhes sobre os termos do *secondment* proposto.

Em separado, a LCIA fez uma declaração oficial no mesmo dia esclarecendo sua posição em relação ao Decreto. A LCIA não abordou a proposta de *secondment* de funcionários da DIFC-LCIA, mas observou que havia várias questões pendentes, incluindo o status da equipe de trabalho de casos, que precisavam ser resolvidas urgentemente. Até a data da redação do presente documento, ainda há considerável incerteza quanto aos acordos transitórios, embora, na prática, as arbitragens existentes da DIFC-LCIA continuem a ser administradas pela antiga equipe de gestão de casos da DIFC-LCIA, agora empregadas pelo DIAC. .

Transição de Casos Pendentes

Com relação aos casos atualmente em audiência sob as regras de arbitragem da DIFC-LCIA, o Decreto prevê que as regras dos centros abolidos continuarão a ser aplicadas na medida em que não entrem em conflito com as disposições do Decreto até que a DIAC emita suas novas regras. Existe, portanto, o risco de que os tribunais de Dubai possam achar que os tribunais que continuam a aplicar as regras de arbitragem da DIFC-LCIA para além desta data estejam agindo ilegalmente, o que poderia, por sua vez, colocar as sentenças arbitrais sediadas em Dubai onshore em risco de anulação.

O Decreto esclarece que as cláusulas de arbitragem nos acordos existentes que fazem referência aos centros abolidos, onde o tribunal ainda não está constituído, permanecerão válidas, e que o DIAC substituirá os centros abolidos na administração e supervisão de tais disputas.



Embora isto sugira que o DIAC continuará a aplicar as regras dos centros abolidos aos processos de arbitragem pendentes, não está claro como isto será implementado na prática e se isto deverá mudar quando o DIAC emitir suas novas regras de arbitragem.

O futuro da DIFC como sede

O Estatuto prevê que quando nenhuma sede ou local de arbitragem for acordado pelas partes em uma arbitragem DIAC, a DIFC será a sede padrão. Isto provavelmente aumentará o volume de casos ouvidos nos Tribunais da DIFC, o que, por sua vez, levará a mais julgamentos publicados e maior certeza quanto à aplicação e interpretação da Lei de Arbitragem da DIFC.

O Decreto confirma que os Tribunais de Dubai e os Tribunais do DIFC continuarão a exercer sua jurisdição para considerar e determinar as reivindicações relacionadas às sentenças proferidas pelos centros abolidos.

O caminho a seguir

O Decreto não afeta a posição da DIFC como sede de arbitragem. Pelo contrário, a posição da DIFC como sede de arbitragem foi reforçada pelo Decreto que prevê que ela seja a sede padrão para as arbitragens DIAC.

Entretanto, as partes não devem mais incluir cláusulas de arbitragem DIFC-LCIA ou EMAC em seus contratos e, dada a incerteza contínua com relação a acordos transitórios, seria aconselhável renegociar as cláusulas existentes antes que surja uma disputa. As partes que desejam arbitrar no Oriente Médio ainda podem escolher entre qualquer uma das bem conhecidas regras de arbitragem institucional e podem optar por sediar suas arbitragens no DIFC, no ADGM (Abu Dhabi Global Market) ou em qualquer outra sede que seja reconhecida como favorável à arbitragem.



freshfields.com

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

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

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

© Freshfields Bruckhaus Deringer LLP, February 2022, 08929

