

# Informe em resolução de disputas na América Latina

Desenvolvimentos recentes em disputas internacionais envolvendo Estados Unidos e América Latina

## O futuro do NAFTA parece cada vez mais incerto

Os Estados Unidos, o México e o Canadá acabaram de completar a quinta rodada de negociações sobre a renegociação do NAFTA (Tratado Norte-Americano de Livre Comércio) e o futuro do tratado parece cada vez mais incerto.

Num memorando prévio sobre as negociações do NAFTA, a Skadden observou que “reduzindo o déficit comercial de mercadoria dos EUA” foi listado como o “primeiro objetivo de negociação do Representante Comercial no dia 17 de julho de 2017,” um objetivo que possivelmente requer mudanças significativas ao acordo. Por outro lado, o México e o Canadá procuraram concentrar as negociações sobre a modernização do NAFTA, tal como abordar o comércio eletrônico e lidar com questões existentes relativas às regras de origem (entre outras).

A tensão entre esses objetivos concorrentes tornou-se evidente durante a quarta rodada de negociações do tratado, que aconteceu entre 11 de outubro e 17 de outubro de 2017. Nessa rodada, os Estados Unidos propuseram uma série de mudanças aparentemente “protecionistas” ao NAFTA, incluindo uma exigência de que 50% do valor de todos os carros, caminhões e motores grandes produzidos pelo NAFTA provêm dos Estados Unidos; um aumento nos requisitos regionais de conteúdo automotivo do NAFTA para 85% de 62,5%; uma cláusula de caducidade que exigiria a renegociação do tratado em cinco anos; o fim da disposição de resolução de disputas “antidumping” do Capítulo 19; proteções reduzidas para empresas canadenses e mexicanas que buscam contratos públicos do governo dos EUA;<sup>1</sup> e a possibilidade de adotar ou não as disposições de resolução de disputas entre investidores e estados do Capítulo 11.<sup>2</sup> Estas posições dos EUA podem ser altamente desagradáveis para os governos do Canadá e do México. Alguns comentaristas declararam que as propostas que os EUA apresentaram são “poison pills” (pílulas de veneno) para debilitar as negociações NAFTA e também sugeriram que existe uma probabilidade razoável de que o presidente Trump opte por retirar-se completamente do tratado.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Veja Dave Graham & David Lawder, “Grim Reality of NAFTA Talk Sets in After Tough U.S. Demands,” Reuters.com (14 out. 2017).

<sup>2</sup> Veja Katie Simpson, “U.S. Wants Power Taken Away from Panel Handling NAFTA Disputes,” CBCNews.com (14 out. 2017).

<sup>3</sup> Veja Paul Wiseman, “NAFTA in Jeopardy as Fourth Round of Talks Gets Underway,” PressHerald.com (11 out. 2017).

## Decisões de interesse dos Tribunais dos Estados Unidos

### O Supremo Tribunal dos Estados Unidos aborda a imunidade soberana estrangeira

O *Foreign Sovereign Immunities Act* (Lei de Imunidades Soberanas Estrangeiras) dos Estados Unidos (FSIA) concede imunidade judicial nos Estados Unidos a soberanos estrangeiros e entidades soberanas, a menos que uma exceção específica se aplique. No dia 1 de maio de 2017, o Supremo Tribunal dos EUA emitiu uma decisão que considerava que um caso contra um soberano não deveria continuar, a menos que o requerente demonstre mais do que uma base “*não-frívola*” que uma exceção específica à imunidade soberana se aplica. Veja *Venezuela v. Helmerich & Payne International Drilling Co.*, 136 S.Ct. 2539 (2017). Ao fazê-lo, o Supremo Tribunal enfatizou a importância de garantir, no início de um caso, que haja uma base firme para prosseguir contra o soberano.

Em *Helmerich*, os demandantes invocaram uma exceção à imunidade soberana no FSIA que afirma que um tribunal dos EUA terá jurisdição em qualquer caso “*em que os direitos sobre os bens contraídos em violação do direito internacional estão em questão* e esse imóvel ... é de propriedade ou operado por uma agência ou instrução do estado estrangeiro ... envolvido numa atividade comercial na Estados Unidos.” 28 U.S.C. 1605(a)(3) (ênfase dada).

continua na página 2

# Informe em resolução de disputas na América Latina

Os três países supostamente fizeram pouco progresso em relação a essas disposições controversas durante a quinta rodada de negociações, que encerrou no dia 21 de novembro de 2017.<sup>4</sup>

Embora não seja claro se o presidente Trump tem a autoridade para se retirar do NAFTA unilateralmente (sem a aprovação do Congresso), é possível que esta incerteza provocada pela ameaça do presidente dos EUA de retirar seu país do NAFTA poderá precipitar mudanças nas cadeias de suprimentos estabelecidas no México e no Canadá. Enquanto isso, vários grupos comerciais e outros têm pressionado para manter o status atual do tratado. O status do tratado provavelmente também será complicado nas próximas eleições nacionais de 2018 no México e na política das eleições de médio prazo de 2018 nos EUA (assim como na legislação de reforma tributária).

## Arbitragem de investimentos: O Peru enfrenta novos processos perante o ICSID

Em 2017, o Peru enfrentou novos processos com origem nos termos de tratados de investimento, com vários processos no setor de transportes. No dia 1 de fevereiro de 2017, o Metro de Lima Línea 2 S.A., a empresa peruana de um consórcio de empresas italianas e espanholas, apresentou um pedido de US\$ 260 milhões com o Centro Internacional para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos (ICSID), alegando que o Peru violou o contrato de concessão porque estava atrasado em fornecer-lhes o terreno necessário para iniciar a construção de determinadas linhas de metro em Lima.<sup>5</sup> No dia 5 de abril de 2017, a empresa espanhola Lidercón, S.L. também apresentou uma denúncia no ICSID, reclamando danos no total de US\$ 100 milhões em compensação relativa a uma alegada violação pelo Peru de certas obrigações de exclusividade do contrato da Lidercón para fornecer revisões técnicas de veículos em Lima.<sup>6</sup>

E relatado que dois processos adicionais estariam na iminência de ser formulados contra o Peru. Em julho de 2014, o Peru firmou um acordo com o consórcio argentino Kuntur Wasi, nos termos do qual o Kuntur Wasi projetaria, financiaria, construiria e operaria o segundo aeroporto da cidade de Cusco, o Aeroporto Internacional de Chincheros. Após três anos de incerteza, o Peru pretendeu rescindir o contrato em junho de 2017. O Peru foi fortemente criticado em fevereiro de 2017 quando assumiu 80% do financiamento do projeto, dizendo que Kuntur Wasi não tinha cumprido as suas obrigações de financiamento. O Peru também afirma estar a investigar Kuntur Wasi por suposto comportamento ilegal.

Noutra disputa, em janeiro de 2017, o Peru tomou recurso a uma caução financeira de US\$ 262 milhões e cancelou um contrato com o consórcio constituído pela empresa peruana Graña y Montero, a empresa espanhola Enagas e a empresa brasileira Odebrecht para a construção de um gasoduto no sul do Peru. O governo mencionou o fracasso alegado da Odebrecht em obter financiamento suficiente depois que bancos nacionais e internacionais cancelaram a relação de crédito com a Odebrecht (que, supostamente, se deveu a problemas que enfrenta essa empresa no

*continuação da página 1*

O Supremo Tribunal afirmou que os tribunais só podem proceder ao mérito de um caso se eles fizerem uma determinação preliminar em que “o imóvel em que a parte afirma ter direitos era na verdade ‘propriedade tomada em violação do direito internacional.’” O Tribunal constatou a importância de fazer essa determinação no início do caso como um limiar jurisdicional, e não mais tarde como parte de uma petição para encerrar o processo, porque uma decisão negativa a uma petição para encerrar o processo não resulta nos mesmos direitos de recurso imediato como uma negação de uma defesa jurisdicional. O Tribunal reconheceu que um tribunal pode ser obrigado a decidir alguns ou todos os méritos do caso para poder decidir a questão jurisdicional.

Num outro caso, o Supremo Tribunal dos Estados Unidos está considerando ouvir um recurso de uma decisão sobre os meios adequados para citar a um estado estrangeiro no âmbito do FSIA na *República do Sudão v. Harrison*, arquivo nº 16-1094. O peticionário (Sudão) solicita uma revisão de uma decisão da Corte de Apelação dos EUA pelo Segundo Circuito que decidiu que demandantes que processam um país estrangeiro podem notificar esse país através do chefe do ministério as relações exteriores do estado “via” ou “a cargo” da missão diplomática desse estado estrangeiro nos EUA, que Sudão argumenta viola as obrigações dos EUA nos termos da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas.

## Litígio de Valores Mobiliários Contra Empresas Latino-Americanas

Várias empresas latino-americanas foram alvo de várias ações coletivas de alto nível arquivadas no tribunal federal dos Estados Unidos no Distrito Sul de Nova York, alegando violações das leis federais de valores mobiliários. Esses processos foram iniciados depois que os preços das ações das empresas caíram como consequência às notícias sobre as investigações de suborno ou corrupção que implicaram essas empresas. Os acionistas requerentes ale-

*continua na página 3*

<sup>4</sup> Veja Ana Swanson and Elizabeth Mallon, “Nafta Round Closes With Talks Bogged Down by Conflict,” *New York Times* (21 nov. 2017).

<sup>5</sup> *Metro de Lima Línea 2 S.A. v. Republic of Peru* (ICSID Caso ARB/17/3).

<sup>6</sup> *Lidercón, S.L. v. Republic of Peru* (ICSID Caso ARB/17/9).

# Informe em resolução de disputas na América Latina

Brasil). Embora Odebrecht esteja atualmente em negociações com o estado peruano, anunciou publicamente que vai a uma arbitragem ICSID (prevista no contrato entre as partes) se essas negociações não forem bem sucedidas.<sup>7</sup>

## Crise de dívida soberana da Venezuela

A 13 de novembro de 2017, a S & P declarou a Venezuela “tecnicamente inadimplente” por não ter realizado US\$ 200 milhões em pagamentos de cupom em títulos com vencimento em 2019 e 2024 (Obrigações 2019/24).<sup>8</sup> É relatado que outros US\$ 420 milhões de endividamento externo podem vir a ser devidos (e/ou estar em atraso) a partir da data deste artigo e podem ficar inadimplentes em breve. É também relatado que a Venezuela já está negociando com os seus credores para possivelmente reestruturar sua dívida e assim evitar o que poderia ser o segundo maior incumprimento da dívida soberana da história (segundo em relação ao incumprimento da Grécia em 2012), envolvendo até US\$ 150 bilhões em dívida externa soberana.<sup>9</sup>

Quais os próximos passos? As Obrigações 2019/24 contêm “cláusulas de ação coletiva” que hoje são típicas, que permitem aos detentores de 75% de uma série de obrigações em circulação modificar os termos (como o principal, juros ou data de pagamento) para todos os detentores, mesmo aqueles que não concordam expressamente com tais alterações. Se a Venezuela conseguir convencer a super-maioria a se reestruturar, essas cláusulas de ação coletiva podem permitir que a Venezuela evite o tipo de litígio de “exclusão” de credores que a Argentina enfrentou após o seu incumprimento dos seus títulos soberanos nos anos 2001/2002.

Um incumprimento por parte da Venezuela ou aceleração dos títulos também pode desencadear eventos de inadimplência em outro endividamento externo público venezuelano. Os obrigações contêm cláusulas de “cross-default” que tornam um evento de inadimplência para a Venezuela se a Venezuela deixar de executar sob qualquer outro endividamento externo público, ou no caso de outro endividamento externo público ter sido acelerado por qualquer motivo.

Qualquer evento de inadimplência também garante que disputas seguirão, incluindo possíveis tentativas de penhorar de bens pertencentes à Venezuela. As Obrigações 2019/24 são regidas pela lei de Nova Iorque, e a Venezuela concordou (não exclusivamente) em ser processada em relação às Obrigações 2019/24 em Londres e nos tribunais federais e estatais em Manhattan.

Embora as obrigações contenham uma renúncia de imunidade soberana de ser processada por parte da Venezuela, o que pode permitir que os credores obtenham julgamentos contra a Venezuela nos tribunais ingleses e de Nova Iorque – e, embora as Obrigações 2019/24 também contenham uma suposta renúncia de imunidade soberana contra a penhora de bens de estado – qualquer esforço de penhorar bens pertencentes à Venezuela apresentará de qualquer modo questões de imunidade soberana. Nos Estados Unidos, o *Foreign Sovereign Immunities Act* (Lei de Imunidades Soberanas Estrangeiras) coloca várias restrições sobre a capacidade de penhorar os bens de um estado estrangeiro, mesmo quando uma renúncia foi assinada, incluindo que os bens em questão sejam “usados para atividades comerciais” nos Estados Unidos.

<sup>7</sup> Veja: “Odebrecht Podría Buscar Arbitraje Internacional Para Recuperar Inversión en GSP,” *Gestión* (8 Jul. 2017).

<sup>8</sup> O valor principal original desses títulos emitidos em 2009 totalizou US\$ 5 bilhões.

<sup>9</sup> Nossa discussão se concentra em títulos da República da Venezuela, e não nos valores mobiliários da PDVSA, o produtor de petróleo do governo venezuelano.

*continuação da pagina 2*

garam que essas empresas não divulgaram práticas de corrupção em andamento e deram uma ideia falsa da qualidade dos seus controles internos contra a corrupção. Nas decisões recentes, três juízes de tribunais distritais questionaram se as reclamações em tais processos eram suficientes para alegar um pedido de fraude de valores mobiliários. Os tribunais reconheceram que uma empresa não tem a obrigação geral de revelar que se envolveu em comportamentos ilegais, portanto não fez declarações enganosas.

No entanto, em situações onde a empresa fez declarações sobre as fontes de sua vantagem competitiva ou sucessos, mas não divulgou que as práticas de corrupção tiveram um papel importante, os tribunais julgaram que essa omissão é potencialmente litigável. Os tribunais também decidiram que se uma empresa negasse falsamente as irregularidades ou comentasse de forma enganosa sobre os méritos de uma investigação do governo, isso também pode ser litigável. Em relação às declarações sobre controles internos, os tribunais consideraram insuficientes as alegações em que se referiam exclusivamente à declarações gerais sobre a gestão de políticas ou códigos de conduta de anticorrupção. Mas os tribunais julgaram que se a empresa promoveu a eficácia de seus controles para tranquilizar os investidores após notícias sobre a possibilidade de corrupção ou fez declarações afirmativas e falsas sobre o estrito cumprimento dos seus empregados com as políticas anticorrupção, esses casos também podem ser litigável.

*Veja In re Banco Bradesco SA Securities Litigation*, No. 1:16-cv-4155-GHW, 2017 WL 4381407, at \*1 (S.D.N.Y. Sept. 29, 2017); *In re Braskem S.A. Securities Litigation*, 246 F. Supp. 3d 731 (S.D.N.Y. 2017); *In re Eletrobras Securities Litigation*, 245 F. Supp. 3d 450 (S.D.N.Y. 2017).

# Informe em resolução de disputas na América Latina

Também é possível que os detentores de títulos procurem penhorar bens de entidades estatais venezuelanas (como já ocorreu no caso de um credor) – nesse caso surgirão questões sobre se as entidades são entidades legalmente separadas ou “alter egos” do próprio estado.

## Países da América Latina são mais sancionados pela FIFA

Os países latino-americanos receberam o maior número de multas e penalidades da FIFA por má conduta disciplinar durante as partidas de qualificação para a Copa do Mundo da FIFA 2018 na Rússia. O Chile foi o país com mais multas, foi multado pela federação internacional de futebol em pelo menos 12 ocasiões, seguido pelo México, Argentina e Honduras, com 10, 9 e 8 penalidades, respectivamente.

De acordo com o artigo 67 do Código Disciplinar da FIFA, as associações nacionais são responsáveis pelo comportamento de seus torcedores. Portanto, muitas das multas impostas pela FIFA estão relacionadas à má conduta dos torcedores dos times nacionais, e não aos próprios jogadores. Por exemplo, como resultado de um suposto grito de torcida homofóbico dirigido ao goleiro adversário durante os jogos de qualificação do México para a Copa do Mundo, a FIFA impôs várias sanções disciplinares contra a Federación Mexicana de Fútbol Asociación A.C. (a associação nacional de futebol mexicana, “FMF”). O FMF apelou algumas dessas multas.

O Código Disciplinar da FIFA prevê um processo de apelação confidencial em duas etapas: um apelo interno ao Comitê de Apelação da FIFA e, se qualquer dos lados estiverem insatisfeitos com a decisão do Comitê de Apelação, um apelo externo ao Tribunal de Arbitragem para o Desporto (CAS) em Lausanne, Suíça. Em 16 de novembro de 2017, a CAS anunciou que um painel de árbitros aceitou parcialmente dois recursos da FMF. O painel determinou que o alegado grito de torcida homofóbico em questão constituía “conduta imprópria” sob os termos do artigo 67 do Código Disciplinar da FIFA. No entanto, o painel também reconheceu que, levando em consideração uma decisão de 2014 do Comitê Disciplinar da FIFA que havia concluído que o mesmo grito de torcida não era homofóbico, a FMF tinha uma razão legítima para concluir que o grito de torcida em questão não violava o Código Disciplinar da FIFA e portanto, não tinha motivos para evitar que os torcedores gritassem este canto durante as partidas. O painel, portanto, substituiu as multas por avisos, com a ressalva de que futuras violações do Código Disciplinar da FIFA resultariam em penas mais severas.

Não está claro se os países latino-americanos, com exceção do México, apelaram as recentes sanções disciplinares da FIFA.

## Estados Unidos Impõe Novas Sanções à Venezuela, Aumenta as Sanções a Cuba

Em agosto de 2017, o governo dos EUA aumentou drasticamente as sanções contra o governo venezuelano. As novas medidas visam restringir o acesso da Venezuela aos mercados de dívida e ações dos EUA. Estes incluem restrições em três categorias de dívida venezuelana: (i) qualquer nova dívida ou financiamento pela petrolífera estatal venezuelana, Petróleos de Venezuela, SA (PdVSA) com prazo de validade superior a 90 dias (transações com menos de 90 dias não são proibidas); (ii) outra nova dívida do governo venezuelano que não é uma nova dívida da PdVSA com prazo de vencimento superior a 30 dias (transações com menos de 30 dias não são proibidas); e (3) transações relacionadas a certos títulos existentes emitidos pelo governo venezuelano antes de 25 de agosto de 2017. Além disso, as novas medidas impõem certas restrições ao patrimônio do governo da Venezuela, incluindo a de PdVSA e outras entidades estatais ou controladas pelo estado, restrições ao pagamento de dividendos ao governo da Venezuela e restrições à compra de valores mobiliários do governo da Venezuela. A Skadden publicou um memorando para clientes sobre as novas sanções.

Em 9 de novembro de 2017, o governo dos EUA tomou medidas para implementar partes de um memorando presidencial de segurança nacional de 16 de junho de 2017 sobre a política dos EUA em relação a Cuba. Essas mudanças regulatórias marcam uma ruptura em relação aos últimos dois anos de ligeira atenuação das sanções aplicadas pelos EUA contra Cuba que tinha sido iniciado pela administração Obama. Os regulamentos alterados incluem (i) emendas aos regulamentos de controle de ativos cubanos da *Office of Foreign Asset Control* (OFAC) para proibir certas transações financeiras com entidades específicas associadas aos serviços militares, de inteligência ou de segurança cubanos; (ii) uma definição expandida de funcionários proibidos do governo de Cuba; (iii) mudanças aos regulamentos do Departamento de Comércio e na política de licenciamento para restringir as exportações e reexportações consistentes com as alterações da OFAC e ampliar as exceções de licenças disponíveis para atividades econômicas do setor privado; e (iv) alterações a certos requisitos para viajar para Cuba. Skadden emitiu um memorando para clientes sobre os novos regulamentos em 29 de novembro de 2017.

# Informe em resolução de disputas na América Latina

---

## Contatos no Grupo de Contencioso e Arbitragem Internacional

**Julie Bédard**

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

**John L. Gardiner**

Sócio  
New York  
212.735.2442  
john.gardiner@skadden.com

**Lea Haber Kuck**

Sócia  
New York  
212.735.2978  
lea.kuck@skadden.com

**Gregory A. Litt**

Sócio  
New York  
212.735.2159  
greg.litt@skadden.com

**Timothy G. Nelson**

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

**Marco E. Schnabl**

Sócio  
New York  
212.735.2312  
marco.schnabl@skadden.com

**Betsy A. Hellmann**

Conselheira  
New York  
212.735.2590  
betsy.hellmann@skadden.com

**Jennifer Permesly**

Conselheira  
New York  
212.735.3723  
jennifer.permesly@skadden.com

---

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

Four Times Square / New York, NY 10036  
212.735.3000

Av. Brigadeiro Faria Lima, 3311 - 7º andar  
04538-133 / São Paulo, SP, Brasil  
55.11.3708.1820