Principais Conclusões

Skadden

Minimizando Riscos e Maximizando Oportunidades em Investimentos Chineses na América Latina

Contatos

Julie Bédard
+1.212.735.3236 (New York)
+55.11.3708.1849 (São Paulo)
julie.bedard@skadden.com

Chiann Bao
+852.3740.4795 (Hong Kong)
chiann.bao@skadden.com

Jennifer Permesly
+1.212.735.3723 (New York)
jennifer.permesly@skadden.com

Este memorando 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 memorando é considerado publicidade sob as leis estaduais aplicáveis dos Estados Unidos.

Four Times Square
New York, NY 10036
212.735.3000

Em 6 de fevereiro de 2017, o Skadden organizou o *webinar* "Minimizando Riscos e Maximizando Oportunidades em Investimentos Chineses na América Latina." Os temas discutidos incluíram a crescente importância de investimentos chineses na América Latina, a natureza e o tipo de litígios que podem surgir nas relações entre a China e a América Latina e como as partes podem minimizar os riscos associados a essas disputas por meio de um planejamento para resolução de disputas. As palestrantes do Skadden foram Julie Bédard, Jennifer Permesly e Chiann Bao, todas do departamento de contencioso e arbitragem internacional.

Jennifer Permesly, baseada em Nova York e fluente em espanhol, deu início ao *webinar* com uma visão geral dos investimentos chineses na América Latina na última década. A América Latina representa um percentual significativo de todo o investimento estrangeiro direto (IED) chinês no exterior e de todos os contratos celebrados por partes chinesas. O valor total de investimentos chineses na região na ultima década equivale a aproximadamente US$ 125 bilhões. Entidades públicas e privadas chinesas têm se concentrado na aquisição de ativos de recursos naturais, particularmente nos setores de mineração e petróleo e gás. Tradicionalmente, a China manteve laços fortes com Brasil, Argentina e Venezuela, mas nos últimos anos tem se aproximado do Peru e do Equador, bem como de vários outros países da América Latina. Permesly destacou o profundo comprometimento da China com a região e mencionou o plano do país de investir mais US$ 250 bilhões na região durante a próxima década e de diversificar seus investimentos nos setores de tecnologia, inovação científica e bancário. Contudo, Permesly também mencionou que relatórios recentes têm apontado para potenciais restrições governamentais a investimentos chineses no exterior, em um esforço para controlar a saída de capital do país, o que pode afetar o perfil dos investimentos chineses nos próximos anos.

Com essa visão dos investimentos como pano de fundo, Julie Bédard, baseada em São Paulo e Nova Iorque e fluente em português e espanhol, passou a discutir os desafios comumente enfrentados nas relações sino-latino-americanas. Ela destacou os principais obstáculos que partes chinesas e latino-americanas podem enfrentar, incluindo questões ambientais e outras dificuldades apresentadas por comunidades locais em projetos de mineração ou energia, incertezas jurídicas que podem surgir em áreas ainda em desenvolvimento na legislação latino-americana, bem como alegações de corrupção na formação ou na execução de contratos. Bédard observou que requerentes chineses deram inicio a várias arbitragens entre investidores e Estados nos setores de mineração

e de matérias-primas nos últimos anos, a fim de questionar medidas regulatórias ou de expropriação adotadas por Estados latinos, e que algumas dessas disputas envolveram discussões sobre potenciais alegações de corrupção.

Bédard enfatizou ainda que as aprovações regulatórias para *joint ventures* têm dado causa a muitas disputas, já que praticamente todos os investimentos chineses no exterior dependem de aprovação regulatória na China, o que pode implicar atrasos significativos. No caso de *joint ventures* entre *holdings offshore*, Bédard destacou a importância de se conduzir um processo adequado de *due diligence* e de "conhecer seu comprador" com o objetivo de prevenir potenciais disputas. Em alguns casos, a legislação chinesa sobre proteção de dados pessoais e sobre segredo de Estado pode limitar as informações disponíveis para as empresas latino americanas.

Por fim, Bédard observou o impacto da corrupção e de outras irregularidades em disputas contratuais e em pedidos formulados em arbitragens entre investidores e Estados, observando que a China e todos os países da América Latina são signatários da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. Ela deu exemplos de arbitragens entre Estados e investidores em que alegações de corrupção levaram tribunais a declinar sua jurisdição com base na ilegalidade dos investimentos.

Chiann Bao, baseada em Hong Kong e fluente em mandarim, discutiu formas de minimizar riscos por meio de um planejamento para a resolução de disputas. Inicialmente, Bao destacou que a arbitragem tem sido o método preferido para resolução de disputas entre partes latino-americanas e chinesas. Há uma série de fatores a serem considerados na decisão pela adoção da arbitragem em contratos envolvendo partes chinesas e latino-americanas, mas, em geral, a neutralidade do foro arbitral tem sido um fator chave a inclinar a balança em favor da escolha pela arbitragem. Bao analisou uma série de potenciais sedes arbitrais disponíveis para contratos entre partes chinesas e latino-americanas, incluindo sedes reconhecidamente favoráveis à arbitragem como Hong Kong e Cingapura, ambas atrativas para partes chinesas. Ela também abordou as vantagens e desvantagens de várias instituições arbitrais escolhidas com frequência por partes da China e da América Latina. Bao enfatizou as diferenças entre o Centro de Arbitragem Internacional de Hong Kong (*Hong Kong International Arbitration Centre*) e Centro Internacional de Arbitragem de Cingapura (S*ingapore International Arbitration Centre*), e também explicou as nuances associadas à condução de uma arbitragem na Comissão de Arbitragem Internacional de Economia e Comércio da China (*China International Economic and Trade Arbitration Commission* – CIETAC). Bao destacou que, salvo se as partes acordarem de outra forma em contrato, a CIETAC apenas indica árbitros da sua própria lista, sendo que 80% da lista é composta por árbitros de nacionalidade chinesa.

Bao observou que os acordos com entidades estatais, que são comuns no contexto dos investimentos sino-latino-americano, envolvem questões especiais – como a imunidade de jurisdição – e que as partes devem considerar a incorporação de cláusulas que tratem de hipóteses de renúncia expressa para tratar dessas questões em seus contratos. Além disso, ao celebrar um contrato com uma parte chinesa, deve-se levar em consideração que em determinadas situações a legislação local exige que os contratos sejam regidos pela lei chinesa, inclusive quando o contrato deve ser executado, no todo ou em parte, na China continental, onde certas regras cogentes são aplicáveis , ou quando houver potencial dano aos "interesses políticos e sociais" da China. Diante disso, as partes devem consultar um advogado para ter certeza que a cláusula de resolução de conflitos é exequível.

Com relação ao reconhecimento de sentenças arbitrais, a China e a maioria dos países latino-americanos são signatárias da Convenção de Nova Iorque, e a República Popular da China tem, de um modo geral, apoiado a validade das sentenças arbitrais.

Julie Bédard observou que existem tratados bilaterais de investimentos (BITs, na sigla em inglês), que protegem a relação de investimento entre a China e a América Latina, e observou que a China concluiu 150 tratados bilaterais de investimento e tratados com proteção a investimentos, 128 dos quais estão atualmente em vigor. Assim, investidores chineses podem estruturar seus investimentos na América Latina por meio de determinados veículos de investimento que lhes permitam usar as proteções oferecidas por esses tratados.

Em conclusão, Bédard reiterou que os compradores e vendedores de ativos na América Latina deveriam manter a expectativa de que a China vai continuar a ser um *player* relevante na próxima década. Embora o risco de disputas nessas operações seja inevitável, um cuidadoso planejamento focado na resolução de disputas pode auxiliar a reduzir alguns desses riscos e, ao mesmo tempo, maximizar as oportunidades que virão dessa dinâmica e crescente relação de investimentos entre a China e a América Latina.