

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE
FACULDADE DE DIREITO

GEOVANA DA SILVA MAYRESSE

Arbitragem e corrupção: jurisdição do Tribunal Arbitral

SÃO PAULO

2023

GEOVANA DA SILVA MAYRESSE

Arbitragem e corrupção: jurisdição do Tribunal Arbitral

Trabalho de conclusão de curso de graduação apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador Prof. Dr. Daniel Tavela Luis

SÃO PAULO

2023

GEOVANA DA SILVA MAYRESSE

Arbitragem e corrupção: jurisdição do Tribunal Arbitral

Trabalho de conclusão de curso de graduação apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Tavela Luis.

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Daniel Tavela Luis
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Professor(a): _____

Professor(a): _____

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, Elaine e Alexandre Mayresse, que fizeram de tudo para que eu alcançasse meus sonhos e objetivos, inclusive pausando os seus para que isso se concretizasse. Eu não seria metade da pessoa que sou hoje e não teria alcançado metade do que alcancei sem a ajuda e suporte de vocês. Serei eternamente grata.

À minha avó Lucia, que faz de tudo por mim e pela minha felicidade desde o dia em que nasci. A senhora é minha base e eu sempre tentarei retribuir o que me deu por tanto tempo. Agradeço por me ensinar valores que jamais esquecerei.

Agradeço também a minha irmã gêmea, Isabella, sem a qual a minha caminhada não seria tão feliz. Como sempre ouvimos “não existe Bebel sem Gigi ou Gigi sem Bebel”, e não existe mesmo. Obrigada por sempre estar presente, abraçar meus sonhos, me ajudar a conquistá-los e sorrir ou chorar comigo com a realização ou não deles.

Por fim, agradeço ao Grupo de Estudos em Arbitragem do Mackenzie (GEAMack), que me apresentou à arbitragem, essa área que me fascinou e me faz aprender todos os dias. Assim, agradeço ao Professor Daniel Tavela, que, além de meu orientador, é coordenador do grupo e o maior incentivador do GEAMack. Obrigada por toda a confiança, professor.

Estendo meus agradecimentos às pessoas especiais que conheci no GEAMack e se tornaram família para mim, Carolina Assumpção, Fernando Ponzini, Giulia Belmonte, Johnny Clemes, Julia Menta, Lucas Morimoto, Mateus Assis e Samuel Oliveira. Obrigada por estarem presentes em tantos momentos bons, pelas risadas e pelas conquistas. Vocês tornaram o caminho mais leve e divertido.

Arbitragem e corrupção: jurisdição do Tribunal Arbitral

Geovana da Silva Mayresse

Resumo: Existem discussões, no âmbito da arbitragem principalmente, quanto à jurisdição dos Tribunais Arbitrais na resolução de conflitos oriundos de contratos que possuem cláusula compromissória e que foram celebrados por meio de corrupção. Isto acontece porque a jurisdição do tribunal arbitral pode ser limitada, em certos casos, se determinada matéria — como é o caso da corrupção — for entendida como questão de ordem pública. O trabalho objetiva verificar se o posicionamento de *leading cases* estrangeiros e internacionais pode ser replicado para casos brasileiros, à luz da Lei 9.307/96.

Palavras-chave: Tribunal Arbitral — Corrupção — Jurisdição do Tribunal Arbitral — Cláusula arbitral — *Leading cases* internacionais.

Abstract: *Discussions have arisen, mainly in the field of arbitration, as to the jurisdiction of arbitral tribunals in resolving conflicts arisen from contracts with an arbitration clause that were concluded through corruption. This is because the jurisdiction of the Arbitral Tribunal can be limited in certain cases if a certain matter — such as corruption — is understood to be a matter of public policy. The aim of this study is to verify whether the position of leading foreign and international cases can be replicated to Brazilian cases, in light of the law 9.307/96.*

Keywords: *Arbitral Tribunal — Corruption — Jurisdiction of the Arbitral Tribunal — Arbitration clause — International leading cases.*

Sumário: [1.](#) INTRODUÇÃO [2.](#) LEADING CASES INTERNACIONAIS E ESTRANGEIROS: EM BUSCA DE UM TESTE INTERNACIONAL [2.1.](#) ICC N° 1110 [2.2.](#) WORLD DUTY FREE V. KENIA [2.3.](#) WESTINGHOUSE V. REPÚBLICA DAS FILIPINAS [2.4.](#) ICC N° 13515 [2.5.](#) ICC N° 13914 [3.](#) TESTE APLICADO PELOS TRIBUNAIS ARBITRAIS INTERNACIONAIS [4](#) O TESTE ESTRANGEIRO É COMPATÍVEL COM A LEI BRASILEIRA DE ARBITRAGEM? [5.](#) CONCLUSÃO [6.](#) BIBLIOGRAFIA.

1. INTRODUÇÃO

A arbitragem é um meio de resolução de controvérsias que visa resolver conflitos referentes a direitos patrimoniais disponíveis. Ocorre que, para que uma controvérsia seja resolvida por meio da arbitragem, faz-se necessário que a cláusula arbitral esteja inserida no contrato objeto da disputa.

A cláusula arbitral é considerada por muitos como um contrato autônomo, diverso do contrato principal, por conta do princípio da separabilidade.¹ Referido princípio é também uma premissa da Convenção de Nova York, que trata a cláusula arbitral de forma separada e autônoma do contrato principal, apesar de não se referir expressamente ao princípio em questão.²

Portanto, para que uma disputa seja submetida à arbitragem é necessário que a cláusula arbitral seja válida, confirmando, assim, a jurisdição do Tribunal Arbitral.

Em se tratando de contratos celebrados por meio de corrupção e, em sua maioria, contratos com a Administração Pública, é importante ressaltar que a cláusula compromissória pode ser contaminada por ações ou propósitos ilegais relacionados ao contrato principal, que serão objeto do procedimento arbitral³. Devido a isso, a alegação de corrupção pode ser usada por uma das partes com o intuito de evitar a jurisdição do Tribunal Arbitral.

No entanto, a tendência atual é de que os árbitros confirmem a sua jurisdição nestes casos e decidam acerca das consequências civis dos atos de corrupção, porque a autonomia da cláusula compromissória não seria afetada⁴ e, em se tratando de questão de ordem pública, possuem poderes para julgar referida alegação⁵. No Brasil, esse entendimento é corroborado

¹ BORN, Gary. *International arbitration: cases and materials*. 2 ed. Países Baixos: Kluwer Law International, 2014, p.56.

² “The separability doctrine provides that an arbitration agreement, even though included in and related closely to an underlying commercial contract, is a separate and autonomous agreement”. BORN, Gary. *International arbitration: cases and materials*. 2 ed. Países Baixos: Kluwer Law International, 2014, p.56.

³ ICC Case nº 1110. Final Award.

⁴ DE CASTRO, Bárbara Carneiro Paolinelli. Breves apontamentos sobre a competência do Tribunal Arbitral. In: TOLENTINO, Augusto; POTTSCH, Bernard; MARTINS, Julia Girão B. *Arbitragem e outros temas*. Homenagem a Pedro A. Batista Martins. São Paulo: Quartier Latin, 2023, p.121.

⁵ “[...] there is no question today that arbitrators are empowered, and indeed have the duty, to investigate and adjudicate corruption issues and thereby contribute to the global fight against corruption”. GAILLARD, Emmanuel. *The emergence of transnational responses to corruption in international arbitration*. Arbitration International. V. 35, n. 1, p.1-19, 2019. No mesmo sentido: HORVATH, Günther; WILSKE, Stephan; KAHN, Katherine. *Addressing corruption in commercial arbitration: how do arbitral tribunals evaluate and adjudicate contractual relationships tainted by corruption?* In: RISSE, Jörg et al. *German Arbitration Journal*. Países Baixos: Kluwer Law International, 2017, p.130.

por Pedro Batista Martins, que confirma que “esta questão é perfeitamente arbitrável”.⁶

Ocorre que essa confirmação ainda não é absoluta por partes dos Tribunais Arbitrais internacionais. Ainda há divergência no julgamento dos casos dependendo de como se dá a corrupção, havendo discussão acerca da violação à “ordem pública internacional” em relação a esses casos, que por vezes é entendida como óbice ao julgamento da causa.

Isso já foi decidido por diversos tribunais arbitrais, inclusive de investimentos. No entanto, em se tratando de arbitragens de investimentos, a análise é um pouco diferente, porque o acordo para ir à arbitragem em caso de conflito geralmente não é contratual, mas sim oferecido ao investidor por determinado país por força de tratado ou lei interna⁷. Devido a isso, muitas vezes os Tribunais Arbitrais internacionais entendem não possuírem jurisdição pela existência de cláusulas nos tratados de investimento que definem como investimento válido apenas aqueles efetuados de acordo com a lei,⁸ não pela violação à cláusula compromissória.

Portanto, se faz necessária uma análise detalhada de casos estrangeiros e internacionais envolvendo alegações de corrupção, tanto em arbitragens de investimento quanto comerciais, para entender como os Tribunais Arbitrais julgam estes casos. Para isso, serão analisados cinco *leading cases* (**item 2**), a fim de compreender se há um teste aplicado pelos Tribunais Arbitrais para resolver casos envolvendo corrupção. A partir disso, será analisado se esse teste internacional é compatível e faria sentido na lei brasileira de arbitragem (**item 3**). Em

⁶ GREBLER, Eduardo. Relatório-Síntese do XIV Congresso do Comitê Brasileiro de Arbitragem, realizado de 13 a 15 de setembro de 2015, em Foz do Iguaçu. Revista Brasileira de Arbitragem, v.13, n.49, p.207-228, 2016, p.208. No mesmo sentido, Miguel Hwang e Kevin Lim: “*If a tribunal makes a finding of corruption, it nevertheless has jurisdiction over the parties’ dispute, and is entitled to adjudicate issues of corruption as they are arbitrable. Contracts procured by corruption must generally be set aside by the victim of corruption in order of it to avoid its obligations thereunder (it may lose its right to do so if it elects to keep the contract alive with knowledge of such corruption), whereas claims arising out of contracts providing for corruption are deemed unenforceable or inadmissible without parties having to set it aside. However, generally speaking, one party’s unilateral intention to commit corrupt acts in performing a contract will not preclude the other innocent party from making claims arising out of the contract*”. HWANG, Miguel; KEVIN, Lim. Corruption in arbitration — law and reality. In: Asian international arbitration journal, v.8. Países Baixos: Kluwer Law International, 2012, p.54. Tradução livre: “Se um tribunal faz uma constatação de corrupção, ainda assim tem jurisdição sobre a disputa das partes e tem o direito de julgar questões de corrupção por serem arbitráveis. Os contratos adquiridos por corrupção geralmente devem ser anulados pela vítima de corrupção, a fim de evitar suas obrigações decorrentes (pode perder o direito de fazê-lo se optar por manter o contrato vivo com o conhecimento de tal corrupção), enquanto os contratos que preveem corrupção são considerados inexequíveis ou inadmissíveis, sem que as partes tenham que requerer sua invalidade. No entanto, de um modo geral, a intenção unilateral de uma parte de cometer atos corruptos na execução de um contrato não impedirá a outra parte inocente de fazer reivindicações decorrentes do contrato”.

⁷ *Niko v. Bangladesh*, p.127, §469.

⁸ *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. The Republic of the Philippines*. ICSID Case No. ARB/03/25. Award 16/08/2007; *Inceysa Vallisoletana, S.L. v. Republic of El Salvador*. ICSID Case No. ARB/03/26. Award 02/08/2006; *Metal-Tech Ltd. V. Republic of Uzbekistan*. ICSID Case No. ARB/10/3. Award 4/10/2013.

caso positivo, será proposta a utilização desse teste no Brasil, tendo em vista a falta de casos e, conseqüentemente, uniformidade em decisões que tratem sobre corrupção.

2. LEADING CASES INTERNACIONAIS E ESTRANGEIROS: EM BUSCA DE UM TESTE INTERNACIONAL

Cinco casos serão analisados para poder entender se há ou não um teste feito pelos Tribunais Arbitrais para resolver casos envolvendo corrupção, sendo eles: ICC nº 1110, *World Duty Free v. Kenia*, *Westinghouse v. República das Filipinas*, ICC nº 13515, ICC nº 13914.

Esses serão os casos analisados porque são eles os mais debatidos internacionalmente e usados como precedentes por outros tribunais. Além disso, o entendimento fixado nestes casos é o que se mantém na atualidade⁹ - com exceção do ICC nº 1110, como será abordado.

2.1. ICC nº 1110

Este caso envolve um engenheiro da Argentina — requerente —, que desde 1930 possui interesse comercial e industrial ativo em Buenos Aires, e uma empresa “B” — requerida —, cujas ações são detidas pela empresa “C”.

O primeiro contato entre as partes se deu em 1950, em Buenos Aires. As autoridades argentinas, conjuntamente com uma empresa argentina “D”, estavam analisando a possibilidade de aumentar a produção de energia elétrica na região de Buenos Aires, e a empresa “B”, que detinha um escritório em Buenos Aires, demonstrou interesse em ser fornecedora dos equipamentos elétricos.

Funcionários da requerida entraram em contato com o requerente por saberem da sua influência no meio governamental, comercial e industrial para promover a(s) encomenda(s) de material elétrico. Após essa conversa, um acordo verbal foi feito e, posteriormente, estabelecido por escrito.

Após algumas divergências, o requerente deu início ao procedimento arbitral.

O árbitro entendeu que, por mais que as partes considerassem os efeitos vinculantes do contrato e sua competência para julgar o caso, era necessário que isso fosse decidido e analisado pelo próprio Tribunal Arbitral, por haver questões de moralidade e ordem pública

⁹ VIDAL, Marina Coelho R. *A arbitragem internacional como instrumento no combate à corrupção*. São Paulo: Almedina, 2021, p.211.

envolvidas. Para isso, foi levado em conta o artigo V, (2), (a) e (b), da New York Convention¹⁰:

Art. V (2) Reconhecimento e execução de uma sentença arbitral podem ser recusados se a autoridade competente do país em que o reconhecimento e a execução são requeridos considerar que:

(a) O objeto da divergência não poder ser resolvido por arbitragem nos termos da legislação desse país; ou;

(b) O reconhecimento ou execução da sentença seria contrária à ordem pública desse país.¹¹

As partes alegaram que o Tribunal Arbitral não poderia decidir incompetência, uma vez que a eventual infração seria contra a ordem pública argentina, não a francesa, porque os contratos entre as partes tiveram sua sede e operação na Argentina, sendo a França somente o lugar onde tramita o processo arbitral.

Ocorre que o direito francês poderia ser aplicado por remissão pelo Regulamento de Conciliação e Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (ICC) — escolhido pelas partes — aos contratos, devido à disposição do artigo 16 do Regulamento da ICC — atual artigo 19¹²:

As regras pelas quais se rege o processo de arbitragem são as do presente regulamento e, na falta de disposição no presente regulamento, as da lei processual escolhida pelas partes ou, na falta de tal escolha, as da lei do país em que o árbitro realiza o processo. Não está prevista no presente regulamento qualquer disposição relativa à presente questão, ou seja, se o caso é arbitrável, e não foi escolhida pelas partes qualquer lei processual; mas pode ainda haver dúvidas quanto ao fato da questão da arbitrabilidade dever ser qualificada como pertencente às regras que regem o processo, tal como previsto no presente artigo.¹³

É correto afirmar que o Código de Processo Civil Francês reserva aos tribunais estatais todos os casos “comunicáveis ao Ministério Público”, como, por exemplo, os que envolvem a ordem pública e estas disposições se referem apenas à ordem pública francesa e,

¹⁰ United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. New York Convention. 10 de junho, 1958. Disponível em: <https://www.newyorkconvention.org/english>

¹¹ New York Convention: “Article V (2) Recognition and enforcement of an arbitral award may also be refused if the competent authority in the country where recognition and enforcement is sought finds that: (a) The subject matter of the difference is not capable of settlement by arbitration under the law of that country; or (b) The recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of that country.”

¹² Artigo 19, ICC: “O processo perante o Tribunal Arbitral rege-se pelo Regulamento e, quando este for omissivo, pelas regras que as partes ou, na sua falta, o Tribunal Arbitral, possa estabelecer, quer seja feita ou não referência às regras processuais de uma lei nacional aplicável à arbitragem.”

¹³ Artigo 16, ICC. Tradução livre: “The rules by which the arbitration proceedings shall be governed shall be these Rules and, in the event of no provision being made in these Rules, those of the law of procedure chosen by the parties or, failing such choice, those of the law of the country in which the arbitrator holds the proceedings. No provision concerning the present question that is whether the case is arbitrable, is given in these Rules, and no law of procedure has been chosen by the parties; but there can still be doubts whether the question of arbitrability is to be qualified as belonging to the Rules governing the proceedings as laid down in this Article.”

devido a isso, o requerente citou uma série de processos franceses em que a violação a leis estrangeiras não constituiu uma ofensa à ordem pública francesa.

No entanto, o Tribunal Arbitral entendeu que a partir destes e de outros casos foi possível concluir que, embora as infrações às legislações aduaneiras ou cambiais estrangeiras pudessem ser irrelevantes do ponto de vista do Código de Processo Francês, não há dúvida de que feriria os bons costumes que, em certa medida, são os mesmos em qualquer país, inclusive na França.

Além disso, segundo a lei francesa, os árbitros não estão apenas impedidos de apreciar casos reservados aos tribunais estatais, mas também de decidir pela execução de contratos que ofendam os bons costumes, quer sejam realizados na França, quer no estrangeiro.¹⁴

Mesmo entendendo pela incompetência de acordo com a lei francesa, o Tribunal Arbitral também fez a análise no sentido de atribuir competência à lei argentina.

As partes acordaram que a lei que regeria o contrato de comissão seria a da Argentina, mas o Código Civil deste país prevê, em seu artigo 502, que qualquer obrigação contrária à lei ou à ordem pública não teria nenhum efeito, portanto, não poderia ser executada.

De acordo com o Tribunal Arbitral, as evidências mostram que os contratos firmados entre as partes contemplaram suborno a oficiais argentinos por meio do requerente com o propósito de conseguir o negócio. O projeto estipulado no contrato previa o valor de 352.100 libras e, se fosse realmente fechado — o que ocorreu —, a comissão seria de 1.300.000 libras. Por mais que o valor todo da comissão não fosse para suborno, uma grande parte foi a esse fim direcionado, sendo completamente contrário aos bons costumes e à ordem pública internacional.

Devido à análise em questão, o Tribunal Arbitral decidiu por sua incompetência:

Depois de ponderar todas as provas, estou convencido de que um caso como este, que envolve violações tão grosseiras dos bons costumes e da ordem pública internacional, não pode ser aceito por nenhum tribunal, nem na Argentina, nem em França, nem em qualquer outro país civilizado, nem em qualquer tribunal arbitral. Por conseguinte, a competência deve ser declinada no presente caso. Resulta do que precede que, a conclusão que não tenho jurisdição, foi orientada por princípios gerais que negam aos árbitros a apreciação de litígios desta natureza e não em quaisquer regras nacionais sobre arbitrabilidade. As partes que se aliam num empreendimento da presente

¹⁴ ICC Case n° 1110, p.226.

natureza devem compreender que perderam qualquer direito a pedir a assistência da máquina da justiça (tribunais nacionais ou tribunais arbitrais) na resolução dos seus litígios.¹⁵

Sendo assim, nesta arbitragem comercial de 1963, o Tribunal Arbitral decidiu pela sua incompetência porque contratos envolvendo corrupção não poderiam ser julgados por árbitros ou qualquer outra corte do mundo. É importante ressaltar que esse entendimento vem sendo rechaçado por outros tribunais arbitrais e pela doutrina, que entendem pela autonomia da cláusula compromissória e do princípio da separabilidade, como será abordado a seguir.

2.2. World Duty Free v. Kenia

No caso *World Duty Free v. Kenia*, a empresa requerente havia celebrado um contrato com o governo do Quênia para operação de *free shops* nos aeroportos de Nairóbi e Mombasa, contrato esse que possuía uma cláusula compromissória da ICSID. Após a ocorrência de medidas judiciais que envolviam a sujeição da empresa no Quênia à administração judicial, o requerente ingressou com pedido de arbitragem na ICSID alegando ter havido expropriação indireta de seu investimento pelo governo do Quênia e requerendo a restituição do investimento obtido com o contrato, bem como indenizações pela alegada expropriação.

O requerente destaca que "*este caso é um exemplo clássico do tipo de litígio em matéria de investimento que o ICSID foi criado para resolver*" pela Convenção de Washington.¹⁶ A este respeito, o requerente afirma que o contrato foi constituído no Reino Unido (Convenção ICSID ratificada em 18 de janeiro de 1967) e é executado no Quênia (Convenção ICSID ratificada em 2 de fevereiro de 1987). O Requerente acrescenta que o consentimento à arbitragem está inserido na Cláusula 9 do Contrato e que o artigo 26 da Convenção de Washington¹⁷ estabelece que se a parte escolhe a via arbitral da ICSID para

¹⁵ *ICC Case n° 1110*, p.229: "After weighing all the evidence, I am convinced that a case such as this, involving such gross violations of good morals and international public policy, can have no countenance in any court either in the Argentine or in France, or, for that matter, in any other civilized country, nor in any arbitral tribunal. Thus, jurisdiction must be declined in this case. It follows from the foregoing, that in concluding that I have no jurisdiction, guidance has been sought from general principles denying arbitrators to entertain disputes of this nature rather than from any national rules on arbitrability. Parties who ally themselves in an enterprise of the present nature must realize that they have forfeited any right to ask for assistance of the machinery of justice (national courts or arbitral tribunals) in settling their disputes."

¹⁶ *World Duty Free v. Kenia*, p.15, §75.

¹⁷ WASHINGTON. Convenção de Washington, novembro de 1989, que dispõe sobre a resolução de conflitos relativos a investimentos internacionais. Art. 26: "O consentimento dado pelas partes para a arbitragem dentro do âmbito da presente Convenção será, excepto no caso de estipulação contrária, considerado como implicando a renúncia a qualquer outro meio de resolução. Um Estado Contratante poderá exigir a exaustão dos meios

resolver o litígio, renuncia a qualquer outra via, seja essa via judicial ou arbitral.

Como argumento de defesa, o governo do Quênia alegou que o contrato era nulo, pois foi obtido através do pagamento de propina ao presidente do Quênia na época, Daniel Arap Moi, no valor de 2.000.000 de dólares americanos, o que não foi negado pelo requerente, cuja alegação foi a de que tal pagamento era “protocolar no Quênia”, sendo uma “doação pessoal de interesse público” e que ele “não tinha opção se quisesse o contrato de investimento”¹⁸.

O tribunal entendeu não haver dúvidas de que tal pagamento se tratou de uma propina e foi enfático no sentido de que a corrupção afronta os princípios de ordem pública transnacional e, portanto, pedidos feitos com base em contratos corruptos ou obtidos por corrupção não poderiam ser sustentados pelo tribunal, conforme o trecho a seguir:

À luz de leis domésticas e convenções internacionais, relativas à corrupção, e à luz de decisões proferidas nessa questão por cortes e tribunais arbitrais, este tribunal está convencido de que o pagamento de propina é contrário à ordem pública internacional da maioria, senão todos, Estados, ou para usar outro termo, à ordem pública transnacional. Assim, pedidos baseados em contratos de corrupção ou contratos obtidos por meio de corrupção não podem ser apoiados por este Tribunal Arbitral.¹⁹

A requerente também argumentou que o Estado estaria impedido de alegar a corrupção por *estoppel*, princípio esse que pode ser comparado ao *venire contra factum proprium*²⁰ nos países de *civil law*, uma vez que a solicitação pelo presidente do Quênia seria fato atribuível ao próprio Estado, que não poderia ser levantado como sua própria defesa, além de que o Quênia executou o contrato normalmente entre 1989 e 1998, portanto, teria reconhecido o contrato como válido.

O entendimento do tribunal foi de que o comportamento corrupto e ilegal do presidente do Quênia não poderia ser atribuído ao Estado conforme as leis da Inglaterra e do Quênia, que eram aplicáveis ao contrato, já que o presidente estava sujeito e deveria observar esses ordenamentos jurídicos²¹, que Quênia possuía o direito de rescindir o contrato de acordo

administrativos e judiciais internos como condição para dar o seu consentimento à arbitragem no âmbito da presente Convenção.”

¹⁸ *World Duty Free v. Kenia*, p.37, §130.

¹⁹ *World Duty Free v. Kenia*, p.48, §157: “In light of domestic laws and international conventions relating to corruption, and in light of the decisions taken in this matter by courts and arbitral tribunals, this Tribunal is convinced that bribery is contrary to the international public policy of most, if not all, States or, to use another formula, to transnational public policy. Thus, claims based on contracts of corruption or on contracts obtained by corruption cannot be upheld by this Arbitral Tribunal.”

²⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do venire contra factum proprium*. Porto Alegre: Revista da AJURIS. 2005, v. 32, n. 97.

²¹ *World Duty Free v. Kenia*. Award, p.48, §157.

com a sua lei e julgou improcedente o pedido da requerente, sublinhando dois pontos para consideração, sendo o primeiro:

Primeiramente, pode haver consequências legais a partir da rescisão do contrato, ainda que a *restitutio in integrum* não possa incluir o estorno das propinas ao Requerente; ver *LogicRose v. Southend United* (1988; *ibid*), per Mr. Justice Millett, at pp. 1263-1264. Essas consequências legais não foram solicitadas pelo Requerente neste procedimento e não fazem parte desta decisão.²²

E o segundo, que não havia evidências da afetação da cláusula compromissória:

Por fim, o Tribunal aponta que nenhuma prova foi produzida ou argumento submetido por nenhuma das partes no sentido de que a propina influenciou especificamente a inclusão da Cláusula 9 do Contrato, contendo o acordo das partes à arbitragem sob a convenção da ICSID. Desse modo, de acordo com os princípios legais bem estabelecidos sob a lei inglesa e queniana, o Tribunal opera sob a presunção de que o acordo arbitral segue válido e efetivo para os efeitos deste procedimento e desta decisão.²³

Para chegar à decisão, o Tribunal Arbitral analisou:

- (i) Evidências concretas da ocorrência ou não de corrupção no investimento realizado entre as partes;
- (ii) Se houve a escolha da via arbitral da ICSID pelas partes ou revogação expressas; e
- (iii) Se as partes produziram provas que comprovassem, especificamente, que a Cláusula 9 do Contrato foi permeada por corrupção.

Após essa análise, a conclusão do tribunal em *World Duty Free v. Kenia* foi de que o contrato obtido através de corrupção é inexecutável, não afetando, porém, a validade da cláusula compromissória e, logo, a jurisdição do Tribunal Arbitral, porque nenhuma evidência foi elencada pelas partes no sentido de que a corrupção afetou diretamente a referida cláusula.

²² *World Duty Free v. Kenia*. Award, p.61, §186: “First, there may be legal consequences following the avoidance of the Agreement, although *restitutio in integrum* cannot include the return of the bribe to the Claimant: see *LogicRose v. Southend United* (1988; *ibid*), per Mr. Justice Millett, at pp. 1263-1264. These legal consequences are not pleaded claims by the Claimant in this proceeding and they do not form part of this Award.”

²³ *World Duty Free v. Kenia*, p.61, §187: “Lastly, the Tribunal notes that no evidence was adduced or argument submitted by either part of the Parties to the effect that the bribe specifically procured Article 9 of the Agreement, containing the Parties’ agreement to arbitration under the ICSID Convention. Accordingly, in accordance with well-established legal principles under English and Kenyan law, the Tribunal operates on the assumption that the Parties’ arbitration agreement remains subsisting valid and effective for the purpose of this proceeding and Award.”

2.3. Westinghouse v. República das Filipinas

Westinghouse Electric Corporation e seu consultor apresentaram queixas contra a República das Filipinas e uma entidade filipina, nos termos de um contrato de construção e de consultoria regidos pelas leis da Pensilvânia e de Nova Jersey, respectivamente.

Os requeridos alegaram que ambos os contratos eram inválidos, porque os requerentes tinham utilizado um agente, Sr. Disini, para obter os contratos por meio de subornos ao Presidente filipino Ferdinand Marcos e invocaram a incompetência do Tribunal Arbitral.

O Tribunal requereu um elevado nível de provas a esta alegação de suborno, argumentando que:

Nas Filipinas e nos Estados Unidos, a fraude em casos civis deve ser provada por provas claras e convincentes provas claras e convincentes que vão para além da mera preponderância.²⁴

Vale ressaltar que, apesar da determinação de provas pelo tribunal, os requerentes não provaram que a redação ou implementação da cláusula compromissória no contrato de engenharia tinha sido influenciada por atos de corrupção, além de não alegarem que não estavam vinculados à cláusula.

Para decidir sobre sua jurisdição ou não, o Tribunal Arbitral analisou:

- (i) Provas da alegação de suborno feita pelos requeridos porque, especificamente nos Estados Unidos, a alegação de fraude deve ser provada de forma clara;
- (ii) Se a corrupção ensejava em anulação do contrato pela sua lei aplicável;
- (iii) Se a corrupção permeou a execução do contrato ou somente sua celebração;
e
- (iv) Provas que corroborassem que a cláusula compromissória foi permeada por corrupção, tendo em vista o princípio da separabilidade.

²⁴ *Westinghouse v. República das Filipinas*. Tradução livre: “In the Philippines and in the United States, fraud in civil cases must be proved to exist by clear and convincing evidence amounting to more than mere preponderance.”

Após o procedimento probatório, o Tribunal Arbitral concluiu que os requerentes não tinham provado que subornos tinham sido feitos no âmbito da celebração dos contratos de engenharia e consultoria. De acordo com a sentença, mesmo que fosse entendido pelo Tribunal Arbitral que os subornos pagos ao presidente tivessem conduzido à celebração dos contratos, o pedido seria indeferido pelas seguintes razões:

- (i) A convenção de arbitragem é válida se satisfizer as exigências da lei escolhida pelas partes — neste caso, a lei suíça — e não pode ser contestada com base na invalidade do contrato principal. O direito suíço reconhece o princípio da autonomia da cláusula compromissória ou separabilidade. No entanto, referido entendimento não é absoluto, não sendo aplicável em casos em que a cláusula compromissória contida no contrato principal é igualmente nula, seja porque existe um desacordo de vontade, seja porque existe vício de consentimento²⁵; e
- (ii) De acordo com o direito suíço, as promessas de pagamento de suborno são ilegais e, por conseguinte, nulas nos termos dos artigos 19 e seguintes do Código Civil Suíço, somente podendo ser comprovada por meio de procedimentos probatórios.

No presente caso, o Tribunal Arbitral levou em conta que os pedidos dos requerentes não se baseavam em um contrato permeado por suborno, mas sim em contratos cuja celebração foi permeada por supostos subornos. De acordo com os artigos 19 e seguintes do Código Civil suíço, tais contratos não são nulos de pleno direito, mas podem não ser vinculativos para uma das partes devido a abuso de poder ou vício de consentimento.

A autonomia da cláusula compromissória é igualmente relevante neste contexto porque permite determinar os efeitos jurídicos do suborno no contrato principal sob a cláusula, a menos que, devido ao mesmo vício do contrato principal, a cláusula compromissória não vincule uma das partes.

Assim, o Tribunal Arbitral reconheceu sua competência.

2.4. ICC nº 13515

²⁵ *Westinghouse v. República das Filipinas*. Award, p.4, §4.a.

Nesse caso, o requerente possuía com o requerido um contrato de distribuição, em que o requerente, uma empresa estabelecida em um país do Norte da África, comprometeu-se a atuar como agente do requerido, uma empresa europeia de manufaturas. O requerente era responsável pela promoção das vendas, instalação e manutenção do equipamento do requerido em um determinado país e tinha direito a uma comissão de 40% sobre o preço dos equipamentos vendidos pelo requerido e um desconto de 40% pelos equipamentos por ele próprio vendidos.

O contrato foi feito sob a supervisão de um membro da equipe do requerente, que detinha os poderes para agir em nome do requerente durante as negociações com o requerido.

O requerente iniciou a arbitragem alegando que não recebeu nenhuma das comissões a que tinha direito pelo contrato, enquanto o requerido havia recebido todos os pagamentos oriundos dos consumidores finais.

O requerido, por sua vez, rejeitou todas as alegações do requerente, alegando que o contrato foi “contaminado” por corrupção e que, por isso, deveria ser considerado nulo. Ainda, em contrapartida, requereu a devolução dos valores que, de acordo com ele, não deveria ter sido pago, tendo em vista a nulidade do contrato, em função de ter sido permeado por corrupção.

Para analisar as alegações das partes e a ocorrência ou não de corrupção, o Tribunal Arbitral verificou:

- (i) Se a corrupção ensejava em anulação do contrato pela sua lei aplicável;
- (ii) Provas que corroborassem a ocorrência de corrupção no contrato; e
- (iii) Provas que corroborassem que a cláusula compromissória foi permeada por corrupção, afetando a jurisdição do tribunal.

O Tribunal Arbitral considerou que um contrato envolvendo corrupção era inválido tanto pela Lei Francesa — lei aplicável ao contrato —, quanto pela ordem pública internacional e examinou as evidências de corrupção, por exemplo, alto nível de remuneração, desinteresse da companhia nas decisões, pagamentos realizados para contas no exterior etc. Em tais casos, o árbitro considera a ordem pública internacional para decidir pela nulidade do contrato a partir

do momento em que sua ilegalidade por corrupção é estabelecida.²⁶

Assim, o Tribunal concluiu que contrato era nulo por ter sido permeado por corrupção, tendo em vista que as partes concordaram em efetuar pagamentos ilegais, que eram essenciais para a conclusão do contrato e, por consequência, o requerente não poderia ser condenado pelas comissões não pagas, da mesma forma que o requerido não poderia reaver as quantias já pagas.²⁷

Nesse caso, o Tribunal Arbitral entendeu que a convenção arbitral expressamente lhe autorizava a julgar qualquer matéria relativa ao contrato incluindo a nulidade por corrupção, tendo em vista que a corrupção não causa a inarbitrabilidade da disputa envolvendo corrupção e que o árbitro possui o poder de se manifestar sobre os efeitos civis da corrupção e a eventual invalidade do contrato:

Considerando que a convenção de arbitragem foi redigida de maneira ampla e que ela não exclui de seu domínio a questão relativa à nulidade por ilicitude. Que, de fato, ela prevê que toda controvérsia ou demanda em relação ao contrato será submetida à arbitragem. (...) Considerando que nenhuma objeção fundada na arbitrabilidade pela nulidade por ilicitude foi levantada pelas partes. Que, de todo modo, a arbitrabilidade é “a qualidade que se aplica a uma matéria, a uma questão ou a um litígio a serem submetidos ao poder jurisdicional dos árbitros” (...) e que define a capacidade de uma causa de ser objeto de uma arbitragem; e que ela não deve ser confundida com o fundamento da pretensão que deu causa ao litígio. Assim, a corrupção não é nada além de uma causa de invalidade do contrato (...). Desse modo, cabe ao árbitro se pronunciar sobre a validade e a execução do contrato e/ou sobre as consequências civis caso ele venha a ser anulado.²⁸

Tal entendimento moderno de interpretar a cláusula arbitral em contratos comerciais que envolvem corrupção leva em conta o princípio da separabilidade da cláusula compromissória, no sentido de que os tribunais entendem que podem considerar o contrato permeado por corrupção nulo, sem que isso afete a cláusula compromissória.

2.5. ICC n° 13914

²⁶ ICC Case n° 13515. Final Award, p.5, §27.

²⁷ ICC Case n° 13515. Final Award, p.1, §1.

²⁸ ICC Case n° 13515, Final Award: “Attenué que la convention d’arbitrage est rédigée de façon générale et n’exclut pas de son domaine la question relative à la nullité pour illicéité. Qu’en effet, il y est prévu que toute controverse ou demande en relation avec le contrat sera soumise à l’arbitrage. (...) Attenué qu’aucune objection fondée sur l’arbitrabilité de la nullité pour illicéité n’a été soulevée par les parties. Qu’en tout état de cause, l’arbitrabilité est « la qualité qui s’applique à une matière, à une question ou à un litige, d’être soumis au pouvoir juridictionnel des arbitres (...) et, définit l’aptitude d’une cause à faire l’objet d’un arbitrage; qu’elle n’est donc pas à confondre avec le fondement de la prétention sur laquelle porte le litige(...). Qu’ainsi il en est de la corruption qui n’est qu’une cause de l’invalidité du contrat (...). Que de ce fait, il appartient à l’arbitre de se prononcer sur la validité et l’exécution du contrat et/ou sur les conséquences civiles s’il venait à être annulé.”

Uma empresa americana contratou um empresário que detinha de muitos anos de experiência trabalhando com um determinado governo africano para agenciar contratos de monitoramento sísmico na fase pré-extração de óleo na costa marítima de um país africano. O contrato previa pagamento fixos e comissões sobre a venda de dados. A lei aplicável ao contrato era a do Texas, Estados Unidos.

O requerente — empresário relacionado a um determinado governo africano — iniciou a arbitragem alegando descumprimento do contrato para cobrar pagamentos não realizados pela requerida, bem como deduções indevidas. A requerida alegou que o autor teria subornado funcionários da empresa estatal “A” para garantir os contratos e que não poderia cobrar os pagamentos por violar o “Foreign Corrupt Practices Act” dos Estados Unidos — semelhante ao “UK Bribery Act” — o qual pune o pagamento de propinas feito por empresas americana no estrangeiro.

O Tribunal Arbitral considerou que um número relevante de evidências estava presente, incluindo alta taxa de corrupção no país africano, elevada taxa de comissão, documentação inadequada, alta taxa de sucesso no acordo e a falta de qualificação do agente no negócio sísmico e envolvimento de práticas de suborno. Além disso, durante o procedimento houve recusa de uma das partes em produzir documentos solicitados pelos árbitros, em especial os registros das transações financeiras e bancárias, o que ensejou a desconfiança dos árbitros acerca da legalidade do contrato.

De acordo com o Tribunal, havia provas convincentes de que a comissão paga pelo contratado ao contratante deveria ter sido usada para subornar funcionários do Estado, a fim de obter o contrato. Devido a isso, o contrato foi considerado inválido.

O Tribunal Arbitral levou em conta alguns “red flags” estipulados pelo governo dos Estados Unidos para verificar se algo foi ou não permeado por corrupção²⁹:

- (i) Padrões de pagamentos ou acordos financeiros não usuais;
- (ii) Se o país possui ou não histórico de corrupção;
- (iii) Recusa, por parte do parceiro ou representante da empresa estrangeira, em fornecer certificação informando que não tomará qualquer medida para

²⁹ ICC Case n° 13914. Final Award, p.5, §192.

promover oferta, promessa ou pagamento ilegal a funcionário público e ou que leve a empresa a violar o “Foreign Corrupt Practices Act”;

- (iv) Comissões extremamente altas;
- (v) Falta de transparência em despesas e registros contábeis;
- (vi) Aparente falta de qualificação ou recursos pelo parceiro ou representante da empresa em prestar os serviços propostos; e
- (vii) Se o parceiro ou representante da empresa foi recomendado por funcionário do potencial cliente governamental.

Neste caso, diversas evidências foram levadas em conta pelo Tribunal Arbitral:

- (i) De acordo com “Transparency International Corruption Perceptions Index” de 2007, este estado africano pertence a um dos países mais corruptos do mundo³⁰;
- (ii) O requerente admitiu ter recebido determinada quantia da requerida pelo contrato de consultoria e seu suplemento. Além disso, o requerente atestou que foi contratado pelo requerido para “abrir portas” à empresa americana em um momento que a requerida não estava conseguindo estabelecer relações adequadas com o Estado africano. Na opinião do Tribunal Arbitral, a comissão recebida pelo requerente está ligada a essa “abertura de portas”³¹;
- (iii) A ordem nº 2 — apresentação de documentos pelas partes — não foi cumprida pelo requerente, que também redigiu diversos documentos unilateralmente, sem deixar claro qual a justificativa para essa conduta. Devido a não apresentação de diversos documentos, o Tribunal Arbitral não analisou registros bancários atuais do requerente, considerando uma conduta permeada por falta de transparência e omissões³²;

³⁰ *ICC Case nº 13914*. Final Award, p.5, §194.a.

³¹ *ICC Case nº 13914*. Final Award, p.5, §194.b.

³² *ICC Case nº 13914*. Final Award, p.5, §194.c.

- (iv) O requerente atestou que não detinha qualquer conhecimento específico sobre o negócio sísmico ou a venda de dados sísmicos³³; e
- (v) Os funcionários da empresa americana propuseram que o requerente fosse contratado, negociaram a taxa de comissão que o requerente receberia e tentaram repetidamente manter o contrato em vigor, conjuntamente com os pagamentos ilícitos. Dessa forma, o Tribunal Arbitral concluiu que o requerente foi recomendado por um funcionário do potencial cliente governamental.³⁴

Devido a isso, o Tribunal Arbitral entendeu que inúmeros “red flags” foram encontrados e ficou convencido de que os pagamentos feitos pela requerida através do requerente — pelo contrato de consultoria — foram amplamente usados para subornar funcionários da empresa americana a fim de assegurar os direitos do processamento de dados. Restou provado que o requerente pagou mais de 6.000.000 de dólares aos funcionários da empresa sem oferecer nenhuma explicação razoável para tal.

O Tribunal Arbitral concluiu, então, que o contrato era nulo por ter sido perpetrado por corrupção — e que não teria sido concluído sem os pagamentos ilícitos feitos —, mas que esse fato não afetava a cláusula arbitral pelo princípio da separabilidade.

3. TESTE APLICADO PELOS TRIBUNAIS ARBITRAIS INTERNACIONAIS

O teste aplicado por Tribunais Arbitrais internacionais é composto por dois passos (i) verificar se houve ou não corrupção e (ii) em caso positivo, se isso afeta a jurisdição do Tribunal Arbitral.

Porém, antes de analisar o teste, é necessário passar pelo julgamento do caso ICC nº 1110, que entendeu pela incompetência do Tribunal Arbitral.

No caso ICC nº 1110, o árbitro, Gunnar Lagergren entendeu que “nenhuma corte do mundo civilizado, seja estatal ou arbitral, poderia dirimir um contrato que tivesse por objeto práticas corruptas, por envolver violações flagrantes à moral e à ordem pública internacional”.³⁵

³³ *ICC Case nº 13914*. Final Award, p.5, §194.d.

³⁴ *ICC Case nº 13914*. Final Award, p.5, §194.e.

³⁵ *ICC Case nº 1110*. Final Award, p.294.

O árbitro Gunnar Lagergren, para chegar a essa conclusão, baseou-se no artigo V, (2), (b), da Convenção de Nova York³⁶ que reconhece que a autoridade competente pode não reconhecer ou executar sentença que ofenda a ordem pública do país em que se busca a execução — em se tratando do caso ICC nº 1110, França.

Quanto a essa decisão, não se obteve muito impacto e não é adotada por outros Tribunais Arbitrais, muito pelo contrário, o entendimento é de que a corrupção não afeta a cláusula compromissória.³⁷

As decisões posteriores ao julgamento do caso ICC nº 1110 — 1963 — rejeitaram o entendimento. Nessas decisões os árbitros decidiram sobre o mérito dos litígios e rejeitaram a alegação de que o contrato era nulo por corrupção, com base na falta de fundamentação de corrupção ou consideraram nulo quer pela lei aplicável, quer pela ordem pública internacional.³⁸

Yas Banifatemi entende que Gunnar Lagergren, quando fazia referência à inarbitrabilidade da questão, referia-se à inadmissibilidade da demanda:

A arbitrabilidade diz respeito à questão de saber se a legislação nacional ou a autoridade judicial impediu a arbitragem de uma classe específica de litígios, normalmente porque o sistema jurídico em questão proibiu a resolução de certos litígios e porque as partes não podem dispor de forma autônoma de certas relações jurídicas (por exemplo, patentes, valores mobiliários, direito da concorrência, direito penal, direito da família, direitos sucessórios, etc.). Mas uma arbitragem relativa a direitos e obrigações no âmbito de um projeto "turnkey", por exemplo, não entra normalmente no domínio do direito penal, apesar de o contrato poder ter sido obtido em circunstâncias corruptas. De acordo com esta abordagem, o fundamento da sentença de Lagergren não reside tanto na inarbitrabilidade do pedido, mas na sua inadmissibilidade, que por sua vez se baseia em princípios gerais do direito, como o princípio *nemo auditor propriam turpitudinem allegans*.³⁹

³⁶ New York Convention: “Article V (2) Recognition and enforcement of an arbitral award may also be refused if the competent authority in the country where recognition and enforcement is sought finds that: (a) The subject matter of the difference is not capable of settlement by arbitration under the law of that country; or (b) The recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of that country.”

³⁷ DE CASTRO, Bárbara Carneiro Paolinelli. Breves apontamentos sobre a competência do Tribunal Arbitral. In: TOLENTINO, Augusto; POTTSCH, Bernard; MARTINS, Julia Girão B. *Arbitragem e outros temas*. Homenagem a Pedro A. Batista Martins. São Paulo: Quartier Latin, 2023, p.121.

³⁸ FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 1999, p.352.

³⁹ BANIFATEMI, Yas. The impact of corruption on “Gateway Issues” of arbitrability, jurisdiction, admissibility and procedural issues. In: BAIZEAU, Domitille; KREINDLER, Richard H. *Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration*. Dossiers of the ICC Institute of World Business Law: Kluwer Law International, Vol.13, 2015: “Arbitrability concerns the question whether national legislation or judicial authority has barred a specific class of disputes from being arbitrated, typically because the legal system in question has arrogated the power to resolve certain disputes and because parties cannot autonomously dispose of certain legal relations (e.g. patents, securities, competition law, criminal law, family law, inheritance rights etc.). But an arbitration concerning rights and obligations in relation to a turnkey project, for instance, does not normally trespass into the domain of criminal law, notwithstanding that the contract may have been procured in corrupt

Esse entendimento de que o árbitro tem competência para julgar um contrato permeado por corrupção é endossado pelas outras decisões aqui expostas: *World Duty Free v. Kenia*, *Westinghouse v. República das Filipinas*, ICC nº 13515 e ICC nº 13914. Porém é importante destacar que nenhum destes casos é utilizado como precedente por algum dos tribunais arbitrais analisados, por mais que as decisões levem a um mesmo entendimento.

Após a análise destes quatro casos que entenderam pela jurisdição do Tribunal Arbitral, restou comprovado que para chegar a esse entendimento, os tribunais utilizaram um teste, em sua maioria comum, com mínimas divergências.

Como pontos comuns, é importante destacar que todos os tribunais arbitrais entenderam ser necessária a produção de provas pelas partes com o intuito de provarem ou não se houve corrupção permeando a cláusula compromissória e o contrato, como por exemplo, suborno como fato imprescindível para a existência da relação contratual, relação com pessoas do governo etc. Vale ressaltar que os tribunais não consideraram as provas referentes aos contratos como provas ampliadas às cláusulas compromissórias, devendo estas serem produzidas especificamente com o intuito de demonstrar que as cláusulas compromissórias foram permeadas por corrupção. Além de também considerarem provas que as partes não queriam produzir.

Em se falando em provas, há um ponto a ser destacado. É necessária uma cronologia na análise das provas. Em um primeiro, o Tribunal Arbitral analisa se houve ou não atos de corrupção antes da assinatura do contrato, e em caso positivo, se esses atos foram imprescindíveis para sua assinatura, ou seja, sem suborno, por exemplo, o contrato não teria ocorrido. Já em um segundo momento, é analisado se houve corrupção durante a execução do contrato.

Por fim, os tribunais arbitrais também consideraram a ordem pública internacional como fato impeditivo a continuidade dos contratos e a lei aplicável a cada um. Se esta lei considerava as provas do caso como algo que comprovasse a ocorrência de corrupção.

Como pontos divergentes, vale destacar as análises realizadas pelo Tribunal Arbitral do caso ICC nº 13914. O referido tribunal acrescentou alguns pontos, sendo eles:

circumstances. Under this approach, the rationale of Lagergren's award lies not so much in the claim's inarbitrability but rather in its inadmissibility, which in turns is founded on general principles of law such as *nemo auditor propriam turpitudinem allegans*."

- (i) Se o país onde o contrato foi executado possui um histórico de corrupção; e
- (ii) Falta de qualificação ou recursos pelo parceiro ou representante da empresa em prestar os serviços propostos.

Ocorre, que por mais que haja dois pontos de acréscimo na análise feita pelo Tribunal Arbitral do caso ICC nº 13914, o teste não é afetado, tendo em vista os pontos em comum, que são suficientes para provar se houve ou não corrupção permeando o contrato, e se a resposta for sim, se a jurisdição dos tribunais arbitrais é afetada ou não.

Dessa forma, é seguro afirmar que o entendimento internacional é de que a autonomia da cláusula compromissória⁴⁰, em conjunto com o princípio *kompetenz-kompetenz*, permitem que o Tribunal Arbitral julgue casos que envolvam corrupção, por não afetar a cláusula compromissória.⁴¹

4. O TESTE ESTRANGEIRO É COMPATÍVEL E FARIA SENTIDO NA LEI BRASILEIRA DE ARBITRAGEM?

Após analisar o entendimento internacional e o teste feito pelos tribunais, é necessário averiguar se esse entendimento pode ser aplicado no Brasil.

A Lei de Arbitragem prevê, em seu artigo 32, hipóteses para anulação da sentença arbitral e, mais especificamente nos incisos I e VI, que a sentença será anulada se:

Art. 32. É nula a sentença arbitral se:
I — For nula a convenção de arbitragem;
VI — Comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva;

É possível aferir do inciso I que a sentença será anulada se a cláusula compromissória — que garante jurisdição ao Tribunal Arbitral — for nula. Neste caso, levando em conta o princípio da autonomia da cláusula compromissória positivado no Brasil⁴², uma possível nulidade do contrato principal pela comprovação de sua obtenção por

⁴⁰ BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, que dispõe sobre a arbitragem. Art. 8º: “A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserida, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória.”

⁴¹ JONES, Douglas. *Competence-Competence*. The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute and Management (Chartered Institute of Arbitrators — CI Arb). Kluwer Law International, Vol.75, n.1, p.56, 2009.

⁴² BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, que dispõe sobre a arbitragem. Art. 8º: “A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserida, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória.”

corrupção/fraude/propina não afetaria a cláusula compromissória, a não ser que a parte provasse especificamente que essa foi negociada e colocada no contrato também por meios corruptos e contrários à ordem pública. Esta hipótese foi analisada pelo Tribunal Arbitral do caso *World Duty Free v. Kenia*.⁴³

E, com relação ao inciso VI, a sentença será anulada caso o procedimento arbitral seja afetado por corrupção, não somente o contrato em discussão no caso. Um exemplo para aplicação desse inciso é um ato de corrupção de um dos árbitros para proferir voto favorável ou não a determinada parte do procedimento arbitral.

A Lei Brasileira de Arbitragem, salvo disposição expressa em contrário, se aplica a todas as arbitragens conduzidas no território nacional. Conforme exposto por Aline Dias, o Brasil optou por adotar sistema monista, fazendo com que uma mesma lei comanda toda arbitragem no país, seja ela entre partes brasileiras ou estrangeiras, conflitos internos ou transnacionais.⁴⁴ Contudo, a Lei de Arbitragem faz distinção entre sentença arbitral nacional e estrangeira com base no local em que a sentença foi proferida.⁴⁵

Sendo assim, em se tratando de arbitragens proferidas em território nacional, caberá ao árbitro proferir sentença válida, exequível e em consonância com o direito brasileiro.

Para isso, os tribunais arbitrais deverão analisar em primeiro lugar a cláusula compromissória, tendo em vista o princípio da autonomia da cláusula compromissória e do *kompetenz-kompetenz*, com o intuito de descobrir se houve algum vício no consentimento ou não.

Em segundo lugar, será feita a análise do contrato principal, submetido à arbitragem.

Ao tratar sobre os efeitos civis dos atos de corrupção no direito brasileiro, alguns autores afirmam que, de modo geral, ao contrato permeado por corrupção não se aplicam automaticamente as hipóteses de defeito do negócio jurídico, uma vez que a manifestação de vontade das partes corroboraria a vontade real de seus emissores:

⁴³ *World Duty Free v. Kenia*. Award.

⁴⁴ DIAS, Aline Henrique. *Os sistemas monista e dualista na arbitragem comercial*. Revista Brasileira de Arbitragem, v. 13, n. 50, p. 94, 2016.

⁴⁵ BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, que dispõe sobre a arbitragem. Art. 34, parágrafo único: “Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional.”

O negócio de corrupção – aquele celebrado entre corruptor e corrompido – não se encaixa, a priori, em nenhuma das hipóteses de defeito do negócio jurídico, uma vez que a manifestação de vontade do corruptor e do corrompido corresponderia, em tese, à vontade real de seus emissores. Também não parecem estar presentes vícios sociais como a fraude contra credores (não se presume a insolvência) ou a simulação. Além disso, na generalidade das situações: as partes são capazes; o objeto é possível e determinado; a forma, normalmente, obedecerá às prescrições e solenidades legais; não há intenção de fraudar lei imperativa; e a lei não declara tal negócio taxativamente nulo, ou proíbe-lhe a prática. Tampouco é possível afirmar aprioristicamente (sem analisar os elementos do caso concreto) a ilicitude do objeto ou motivo determinante do negócio de corrupção. De fato, a corrupção entre privados não é automaticamente ato ilícito, apenas porque a corrupção pública o é, mesmo porque o conceito de corrupção adotado neste artigo é bastante abrangente e abstrato, não encontrando suporte no direito positivo, diferentemente dos conceitos penais, que possuem tipologia específica.⁴⁶

Os mesmos autores referenciados acima trazem outras possibilidades de invalidade do negócio jurídico em caso de corrupção:

Outras hipóteses de invalidade por atos de corrupção são elencadas pelos mesmos autores referenciados acima: a. nos casos em que o representante ou pessoa detentora de confiança da vítima de obriga à prática de atos artificiosos para induzir a vítima a declarar sua vontade de forma defeituosa, celebrando negócio jurídico que de outra forma não celebraria; com efeito, é nulo o negócio jurídico em que a parte se obriga a artificios maliciosos para que seu representado (ou pessoa sob sua influência) celebre negócio jurídico eivado de dolo, conforme o art. 145 do Código Civil; b. nos casos em que o representante legal da empresa se obriga à prática de ato em desconformidade com o dever de lealdade ao qual está obrigado (art. 155 da Lei das Sociedades por Ações; art. 1.011 do Código Civil); c. nos casos em que o representante da empresa se obriga à prática de ato que, embora lícito em tese, na prática ultrapassa seus fins econômicos e sociais, a boa-fé, ou os bons costumes; haverá, então, ato ilícito por abuso de direito, conforme art. 187 do Código Civil.⁴⁷

⁴⁶ LOPES, Christian Sahb Batista; LOPES, Luiz Felipe Calábria. Os Efeitos Civis da Corrupção entre Particulares. In: FERES, Marcelo Andrade; CHAVES, Natália Cristina (Org.). *Sistema Anticorrupção e empresa*. Belo Horizonte: D'Plácido. 2018, p. 380.

⁴⁷ LOPES, Christian Sahb Batista; LOPES, Luiz Felipe Calábria. Os Efeitos Civis da Corrupção entre Particulares. In: FERES, Marcelo Andrade; CHAVES, Natália Cristina (Org.). *Sistema Anticorrupção e empresa*. Belo Horizonte: D'Plácido. 2018, p. 381.

Pode-se concluir que da mesma forma das arbitragens internacionais, as arbitragens nacionais também necessitam de uma análise cuidadosa do caso concreto, para averiguar se houve ou não uma hipótese de invalidade do negócio jurídico.

Sendo a cláusula compromissória negociada sem indícios de corrupção, o Tribunal Arbitral segue competente para dirimir controvérsias envolvendo corrupção, tendo em vista o princípio da autonomia da cláusula compromissória⁴⁸, como decidido nos casos abordados neste artigo, com exceção do ICC nº 1110.

Sendo o tribunal competente, o mesmo passará a análise do contrato principal submetido à arbitragem, verificando, por exemplo, a taxa de corrupção do país em que o contrato é executado, a ocorrência ou não de suborno, e, se esse suborno foi imprescindível ou não para a realização do contrato. Se a resposta para essas perguntas for positiva, o Tribunal Arbitral decidirá pela corrupção, determinando a nulidade do contrato por ir contra a ordem pública.⁴⁹

Resta evidente que, se as partes pactuaram uma cláusula arbitral, autônoma ao contrato principal, este contrato autônomo não é afetado por atos de corrupção que permearam o contrato o principal, objeto do procedimento arbitral.⁵⁰

5. CONCLUSÃO

Resta claro que a corrupção não é óbice à jurisdição do Tribunal Arbitral, tornando nulo somente o contrato obtido por meio dela, não a cláusula compromissória — a não ser que a parte demonstre que esta também foi negociada e aplicada de forma corrupta. Referido entendimento é o aplicado pelos tribunais, se afastando cada vez mais do entendimento do caso ICC nº 1110.

Esse entendimento é baseado na autonomia da cláusula compromissória e no princípio do *kompetenz-kompetenz*. Entende-se, resumidamente, que a cláusula compromissória está protegida de qualquer nulidade do contrato principal e permanece válida, conferindo aos árbitros a competência para determinar a sua própria competência, independentemente da

⁴⁸ VIDAL, Marina Coelho R. *A arbitragem internacional como instrumento no combate à corrupção*. São Paulo: Almedina, 2021, p.211.

⁴⁹ BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. *Efeitos do negócio jurídico nulo*. Tese de Doutorado PUC-SP. 2007, pp.25-232

⁵⁰ VIDAL, Marina Coelho R. *A arbitragem internacional como instrumento no combate à corrupção*. São Paulo: Almedina, 2021, p.214.

origem ou objeto ilegais do contrato. A lei brasileira incorpora esses dois pilares pelo artigo 8º da Lei de Arbitragem, de modo que, pela análise feita, o entendimento em arbitragens nacionais não teria por que ser distinto.

No entanto, por mais que a corrupção não invalide a cláusula compromissória, ela invalida o contrato principal obtido por meios corruptos. À luz das leis nacionais e das convenções internacionais relativas à corrupção, e à luz das decisões destacadas neste artigo, os tribunais arbitrais estão convencidos de que o suborno é contrário à ordem pública internacional da maioria dos Estados, senão de todos.⁵¹

Referido racional também é aplicável às arbitragens de investimentos, em que os tribunais entendem que a manifestação de vontade concretizada pela cláusula compromissória lhes atribui jurisdição, independentemente da existência de corrupção – quando a jurisdição do tribunal não se dá por força de tratado ou lei interna, mas sim por contrato. Isso ocorre porque os princípios da autonomia da cláusula compromissória, *kompetenz-kompetenz* e boa-fé⁵² devem ser observados e julgados de acordo com o acordado entre as partes, não sendo justificativa para óbice da jurisdição arbitral.

Portanto, conclui-se que o teste aplicado pelos tribunais arbitrais internacionais pode ser aplicado no Brasil em casos envolvendo corrupção, porque a corrupção – sendo uma questão de ordem pública no Brasil e no exterior – afeta o contrato principal e o contrato autônomo – cláusula arbitral.

⁵¹ BAIZEAU, Domitille; HAYES, Tessa. *The arbitral tribunal's duty and power to address corruption sua sponte*. ICC Congress Series: Kluwer Law International, vol. 19, 2017, p.232.

⁵² *Niko v. Bangladesh*, p.127, §471.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAIZEAU, Domitille; HAYES, Tessa. **The arbitral tribunal's duty and power to address corruption sua sponte**. ICC Congress Series: Kluwer Law International, vol. 19, p.232, 2017.

BANIFATEMI, Yas. The impact of corruption on “Gateway Issues” of arbitrability, jurisdiction, admissibility and procedural issues. In: BAIZEAU, Domitille; KREINDLER, Richard H. **Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration**. Dossiers of the ICC Institute of World Business Law: Kluwer Law International, Vol.13, 2015.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 16 de março de 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em 2 de novembro de 2023.

BORN, Gary. **International Arbitration: cases and materials**. 2 ed. Países Baixos: Kluwer International Arbitration, 2014, p.56.

CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL. **ICC Case No. 1110**. Julgado em 1963. Disponível em: WETTER, J. Gilles. **Issues of Corruption before International Arbitral Tribunals: The Authentic Text and True Meaning of Judge Gunnar Lagengren's 1963 Award in ICC Case No. 1110**. Arbitration International. Vol. 10, Issue 3. 1994.

CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL. **ICC Case No. 13515 Final Award**. Julgado em abril de 2006. ICC International Court of Arbitration Bulletin. Vol 24. Paris, 2013.

CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL. **ICC Case No. 13914 Final Award**. Julgado em 2008. ICC International Court of Arbitration Bulletin. Vol 24. Paris, 2013.

CENTRO INTERNACIONAL PARA A RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS SOBRE INVESTIMENTOS. **Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. The Republic of the Philippines**, ICSID No. ARB/03/25. Julgado em 16 de Agosto de 2007. Disponível em: <https://jsumundi.com/en/document/decision/en-fraport-ag-frankfurt-airport-services-worldwide-v-republic-of-the-philippines-i-award-thursday-16th-august-2007>.

CENTRO INTERNACIONAL PARA A RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS SOBRE INVESTIMENTOS. **Inceysa Vallisoletana, S.L. v. Republic of El Salvador**, ICSID No. ARB/03/26. Julgado em 2 de agosto de 2006. Disponível em: <https://jsumundi.com/en/document/decision/en-inceysa-vallisoletana-s-l-v-republic-of-el>

[salvador-award-wednesday-2nd-august-2006.](#)

CENTRO INTERNACIONAL PARA A RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS SOBRE INVESTIMENTOS **Metal-Tech Ltd. V. Republic of Uzbekistan**, ICSID No. ARB/10/3. Julgado em 4 de outubro de 2013. Disponível em: <https://jusmundi.com/en/document/decision/en-metal-tech-ltd-v-republic-of-uzbekistan-award-friday-4th-october-2013>.

CENTRO INTERNACIONAL PARA A RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS SOBRE INVESTIMENTOS. **Niko v. Bangladesh**, ICSID No. ARB/10/11. Julgado em 19 de agosto de 2013. Disponível em: https://jusmundi.com/en/document/decision/en-niko-resources-bangladesh-ltd-v-bangladesh-petroleum-exploration-production-company-limited-bapex-decision-on-jurisdiction-monday-19th-august-2013#decision_19871.

CENTRO INTERNACIONAL PARA A RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS SOBRE INVESTIMENTOS. **World Duty Free Company v. Republic of Kenya**, ICSID Case No. Arb/00/7. Julgado em 4 de outubro de 2006. Disponível em: <https://jusmundi.com/en/document/decision/en-world-duty-free-company-v-republic-of-kenya-award-wednesday-4th-october-2006#>.

DE CASTRO, Bárbara Carneiro Paolinelli. Breves apontamentos sobre a competência do Tribunal Arbitral. In: TOLENTINO, Augusto; POTSCH, Bernard; MARTINS, Julia Girão B. *Arbitragem e outros temas. Homenagem a Pedro A. Batista Martins*. São Paulo: Quartier Latin, 2023, p.121.

DIAS, Aline Henrique. **Os sistemas monista e dualista na arbitragem comercial**. Revista Brasileira de Arbitragem, v. 13, n. 50, p. 94, 2016.

FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. **Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration**. Kluwer Law International, p.352, 1999.

FRANÇA. Regulamento da Câmara de Comércio Internacional. 1 de janeiro de 2021. Disponível em: <https://iccwbo.org/dispute-resolution/dispute-resolution-services/arbitration/rules-procedure/2021-arbitration-rules/>. Acesso em 3 de outubro de 2023.

GAILLARD, Emmanuel. **The emergence of transnational responses to corruption in**

international arbitration. Arbitration International. V. 35, n. 1, p.1-19, 2019.

GREBLER, Eduardo. Relatório-Síntese do XIV Congresso do Comitê Brasileiro de Arbitragem, realizado de 13 a 15 de setembro de 2015, em Foz do Iguaçu. Revista Brasileira de Arbitragem, v.13, n.49, p.208, 2016.

HORVATH, Günther; WILSKE, Stephan; KAHN, Katherine. **Addressing corruption in commercial arbitration: how do arbitral tribunals evaluate and adjudicate contractual relationships tainted by corruption?** In: RISSE, Jörg et al. German Arbitration Journal. Países Baixos: Kluwer Law International, Vol.15, Issue 3, p.130, 2017.

HWANG, Miguel; KEVIN, Lim. **Corruption in arbitration — law and reality.** In: Asian international arbitration journal, v.8. Países Baixos: Kluwer Law International, p.54, 2012.

JONES, Douglas. **Competence-Competence.** The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute and Management (Chartered Institute of Arbitrators — CI Arb). Kluwer Law International, Vol.75, n.1, p.56, 2009.

LOPES, Christian Sahb Batista; LOPES, Luiz Felipe Calábria. **Os Efeitos Cíveis da Corrupção entre Particulares.** In: FERES, Marcelo Andrade; CHAVES, Natália Cristina (Org.). Sistema Anticorrupção e empresa. Belo Horizonte: D'Plácido, pp. 380/381, 2018.

MARTINS-COSTA, Judith. **A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do venire contra factum proprium.** Porto Alegre: Revista da AJURIS. v. 32, n. 97, 2005.

NOVA YORK. Convenção sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras. 10 de junho de 1958. Disponível em: <https://www.newyorkconvention.org/english>. Acesso em 3 de outubro de 2023.

SUIÇA. **National Power Corporation (Philippines) v. Westinghouse (USA)**, ATF 119 II 380. Julgado em 2 de setembro de 1993. Disponível em: <https://jusmundi.com/en/document/decision/fr-westinghouse-international-projects-company-westinghouse-electric-sa-westinghouse-electric-corporation-barns-roc-enterprises-inc-v-national-power-corporation-of-the-philippines-arret-du-tribunal-federal-suisse-119-ii-380-extraits-thursday-2nd-september->

[1993?su=%2Fen%2Fsearch%3Fquery%3Dwestinghouse%26page%3D1%26lang%3Den&contents\[0\]=fr](https://www.westinghouse.com/1993?su=%2Fen%2Fsearch%3Fquery%3Dwestinghouse%26page%3D1%26lang%3Den&contents[0]=fr).

VIDAL, Marina Coelho R. **A arbitragem internacional como instrumento no combate à corrupção**. São Paulo: Almedina, pp.211/214, 2021.

TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, Geovana da Silva Mayresse

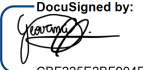
discente regularmente matriculado(a) na disciplina TCC II, da 10ª etapa do curso de Direito, matrícula nº (31914578), período (noturno), turma (10T), tendo realizado o TCC com o título: Arbitragem e corrupção: jurisdição do Tribunal Arbitral

sob a orientação do(a) Professor(a) Daniel Tavela Luis

declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 10 de novembro de 2023.

DocuSigned by:

CBE225E2BE904BD

Assinatura do discente