
CONTRATOS CELEBRADOS NUM AMBIENTE DE CORRUPÇÃO E A VALIDADE DA CLÁUSULA ARBITRAL¹

CONTRACTS CONCLUDED IN A CORRUPTED ENVIRONMENT AND THE VALIDITY OF THE ARBITRATION CLAUSE

Adriana Braghetta²

SUMÁRIO: Introdução. 1. Os contratos que nascem neste ambiente poluído. 2. Discussão dos atos de corrupção no procedimento arbitral. Conclusão. Referências

1 Este é o primeiro artigo fruto do curso sobre “Contratos contaminados pela Corrupção e Arbitragem” que a autora lecionou, por duas semanas, no LLM sobre Transnational Arbitration & Dispute Settlement – TADS na Science Po, em Paris, em fevereiro de 2024, convite que recebeu em decorrência de uma parceria entre Science Po e CAM-CCBC. Oportunamente publicará consolidado de todos os temas tratados no curso e suas diversas facetas.

2 Doutora e mestre pela Faculdade de Direito Universidade de São Paulo-USP. Membro do Advisory Board do International Council for Commercial Arbitration (ICCA), instituição da qual foi Vice-Presidente durante o mandato de 2014-2017 e membro do Governing Board de 2012-2023. Membro do Conselho Consultivo do Comitê Brasileiro de Arbitragem-CBAR. Membro do Conselho Deliberativo do CAM-CCBC e membro do Conselho Temático do CMA CIESP/FIESP, entre outros. Professora do FGV Law.

RESUMO: Não obstante o esforço da comunidade internacional no combate à corrupção, ela existe e é corriqueira. Vários contratos são e serão entabulados valendo-se de práticas ilícitas. O artigo discute de quem é a jurisdição para decidir a validade desses contratos quando existe cláusula arbitral. O cerne é a análise se eventual invalidade do contrato principal em razão da constatação de atos de corrupção na sua obtenção também contaminará a validade da cláusula arbitral. O artigo analisa alguns precedentes internacionais importantes, bem como o impacto do princípio da separabilidade constante das diversas leis nacionais e da Lei Modelo UNCITRAL.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem. Corrupção. Jurisdição. Validade da Cláusula Arbitral. Princípio da separabilidade.

ABSTRACT: Despite the international community's efforts to combat corruption, it exists and is commonplace. Several contracts are and will be entered into using illicit practices. The article discusses whose jurisdiction is to decide the validity of those contracts when there is an arbitration clause. The core is the analysis of whether any invalidity of the main contract due to a positive finding of corruption will also contaminate the validity of the arbitration clause. The article analyzes some important international precedents, as well as the impact of the principle of separability contained in the various national laws and the UNCITRAL Model Law.

KEYWORDS: Arbitration. Corruption. Jurisdiction. Validity of the Arbitration Clause. Principle of separability.

INTRODUÇÃO

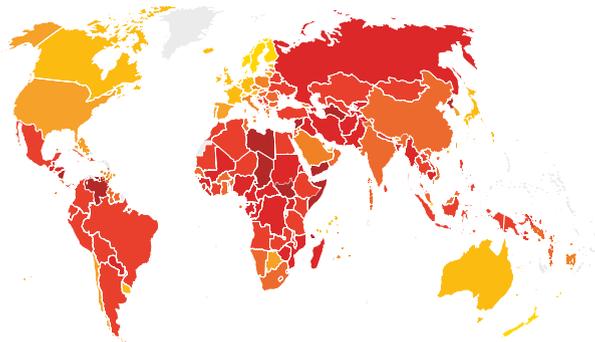
A corrupção é um cancro social. Elimina a livre competição, acaba com o incentivo ao estudo e à meritocracia, ao investimento em desenvolvimento tecnológico, destrói riqueza, privilegia poucos em detrimento da imensa maioria da população e aprofunda as desigualdades sociais. A humanidade carrega este mal desde seus primórdios e ele está longe de ser eliminado.

O Índice de Percepção da Corrupção, divulgado anualmente pela ONG Transparência Internacional, revela que os níveis de corrupção no setor público continuam altíssimos³.

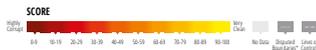


CORRUPTION PERCEPTIONS INDEX 2022

The perceived levels of public sector corruption in 180 countries/territories around the world.



SCORE	COUNTRY/TERRITORY	SCORE	COUNTRY/TERRITORY	SCORE	COUNTRY/TERRITORY	SCORE	COUNTRY/TERRITORY
96	Denmark	52	Grenada	42	Solomon Islands	36	Sri Lanka
92	Finland	51	Malta	42	Timor-Leste	36	Thailand
87	New Zealand	51	Paraguay	42	Trinidad and Tobago	35	Turkey
84	Norway	51	Saudi Arabia	42	Vietnam	34	Bosnia and Herzegovina
83	Singapore	50	Croatia	42	Vietnam	29	Gabon
83	Sweden	50	Mauritius	41	Kenya	28	Mali
82	Switzerland	49	Namibia	40	Guyana	28	Paraguay
82	Netherlands	48	Vanuatu	40	India	28	Russia
79	Germany	47	Portugal	40	Jordan	24	Nepal
77	Ireland	47	Malaysia	40	North Macedonia	24	Sierra Leone
72	Luxembourg	46	Romania	40	Suriname	23	Algeria
72	Hong Kong	46	Armenia	40	Tunisia	23	Angola
72	Australia	45	China	39	Belarus	23	El Salvador
72	Canada	45	Cuba	39	Colombia	23	Mongolia
72	Estonia	45	Montenegro	39	Moldova	23	Philippines
72	Iceland	45	Qatar	39	Moldova	23	Ukraine
72	Uruguay	45	Czechia	39	Argentina	23	Bangladesh
72	Belgium	44	Georgia	39	Brazil	23	Zambia
72	Japan	44	Italy	39	Ethiopia	22	Dominican Republic
72	United Kingdom	44	Slovenia	39	Bahrain	22	Kenya
72	France	44	Poland	39	Jamaica	22	Niger
71	Austria	44	Saint Lucia	39	Oman	22	Yemen
70	Seychelles	43	Costa Rica	39	Benin	37	Cote d'Ivoire
69	United States of America	43	Fiji	39	Bulgaria	37	Lesotho
68	Shutan	42	Slovakia	43	Ghana	37	Albania
64	Taiwan	42	Cyprus	42	Senegal	36	Ecuador
		42	Greece	42	South Africa	36	Kazakhstan
		42		42	Burkina Faso	36	Panama
		42		42	Hungary	36	Peru
		42		42	Kuwait	36	Serbia
		42		42		36	Eswatini
		42		42		36	Mauritania
		42		42		36	Papua New Guinea
		42		42		36	Zimbabwe
		42		42		36	Togo
		42		42		36	Sudan
		42		42		36	Congo
		42		42		36	Guinea Bissau
		42		42		36	Democratic Republic of the Congo
		42		42		36	Chad
		42		42		36	Comoros
		42		42		36	Nicaragua
		42		42		36	Liberia
		42		42		36	Madagascar
		42		42		36	Mozambique
		42		42		36	Uganda
		42		42		36	Equatorial Guinea
		42		42		36	Nauru
		42		42		36	Korea, North
		42		42		36	Libya
		42		42		36	Central African Republic
		42		42		36	Camodia
		42		42		36	Alghanistan
		42		42		36	South Sudan
		42		42		36	Syria
		42		42		36	Guatemala
		42		42		36	Lebanon
		42		42		36	Nigeria
		42		42		36	Tajikistan
		42		42		36	Azerbaijan
		42		42		36	Honduras



#cpi2022
www.transparency.org/cpi

This work from Transparency International (2022) is licensed under CC BY-ND 4.0

As cores mais fortes e escuras apontam para um maior índice de corrupção. Dos 180 países levantados, apenas a Dinamarca é tida como

3 TRANSPARENCY INTERNACIONAL. (2023). Acesso em 20/02/2024. Na versão online deste artigo, é possível ver o mapa colorido.

“very clean”, seguida de poucos 7 países em situação semelhante: Finlândia, Nova Zelândia, Noruega, Singapura, Suíça e Holanda.

A corrupção não está restrita aos países de terceiro mundo, afinal há corrompidos e corruptores. A partir de um levantamento das multas aplicadas a empresas americanas no âmbito do Foreign Corrupt Practices Act (FCPA), importante norma americana que pune atos de corrupção envolvendo funcionários públicos estrangeiros, o Mintz Group⁴ apurou que, desde 1977, empresas americanas foram multadas por terem corrompido oficiais estrangeiros em 80 países – alguns deles membros da OCDE⁵⁻⁶.

Os esforços empregados para a melhoria no ambiente de negócio são muitos. Vale destacar a Convenção da OCDE para o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros nas Transações Comerciais Internacionais, de 1997, que entrou em vigor em 1999. Foi assinada pelos estados membros e Argentina, Brasil, Bulgária, Chile e República Eslovaca.

Na mesma linha, a Convenção das Nações Unidas sobre Corrupção, aprovada em 2003 pela Assembleia Geral das Nações Unidas, tendo entrado em vigor em 14 de dezembro de 2005 e que já conta com a participação de 190 países⁷.

No âmbito das Américas, também foi celebrada a Convenção Interamericana contra a Corrupção, assinada em 1996, aprovada e promulgada no Brasil em 2002.

Além das legislações nacionais em combate à corrupção, no que toca ao tema do ambiente de negócios, vale destacar as regras da Câmara de Comércio Internacional contra Corrupção, cuja primeira edição é de 1977 e a última atualização é de 2023⁸. Apesar de ser um instrumento de softlaw, é de extrema valia para ajudar as empresas a não somente cumprir as regras de compliance e com suas obrigações legais, bem com para resistir a tentativas de extorsão e solicitação de suborno.

1. OS CONTRATOS QUE NASCEM NESTE AMBIENTE POLUÍDO

Muitos são os contratos que, lamentavelmente, são entabulados nesse ambiente pernicioso.

4 Disponível em: <https://mintzgroup.com/>. Acesso em 20/2/2024.

5 Vide: <https://fcpamap.com/>

6 Informação sobre a Convenção da OCDE disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/articulacao-internacional-1/convencao-da-ocde#:~:text=A%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20o%20Combate,com%20o%20A%20r%20internacional%20bem%20como%20adotar>. Acesso em 20/02/2024.

7 Informação disponível em: <https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/ratification-status.html>. Acesso em 20/02/2024.

8 ICC (2023). Acesso em 20/02/2024.

Há dois tipos básicos que se deve diferenciar: o contrato cujo objeto é a própria propina; e o contrato cujo objeto é lícito, porém foi contaminado em alguma medida por atos de corrupção.

No primeiro tipo, o contrato que escamoteia o pagamento de valores impróprios nada mais é do que um instrumento jurídico simulado, por ambas as partes, para dar uma roupagem jurídica ao deslocamento de dinheiro do corruptor ao corrompido. Vários são os tipos de contrato que podem servir para esse propósito escuso: um contrato de agente, consultor, prestação de serviço etc. Em realidade, apesar do objeto do contrato, nenhum serviço é efetivamente prestado ou nenhum bem é entregue. São tipos contratuais absolutamente legítimos, mas que, naqueles casos, não passam de engodo.

As legislações de diversos países, inclusive a brasileira, regulam que tais contratos são nulos ab initio. O artigo 166 do Código Civil brasileiro regula ser nulo o negócio jurídico quando for ilícito o seu objeto, quando o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito, ou quando tiver como objetivo fraudar lei imperativa.

Por outro lado, há contratos que, apesar de contaminados, têm, no seu bojo, um objeto real, verdadeiro e muitas das vezes integralmente executado. A corrupção ocorre no processo licitatório, na escolha da parte privada, no preço ou em outras condições de negócio. A maioria das legislações trata este tipo de contrato como anulável.

As consequências da qualificação jurídica merecem um tratamento em outro artigo, muito mais profundo. Da mesma forma, há diversos outros temas imbrincados e que normalmente surgem no contexto de que tratamos, entre eles: (i) o ônus e o standard da prova do ato da corrupção no procedimento arbitral, sobretudo considerando que tais atos são dissimulados e deixam poucos rastros, além dos próprios limites investigatórios do procedimento arbitral; (ii) a lei aplicável ao ônus da prova e a importância das red flags; (iii) a lei aplicável ao mérito; (iv) a influência da ordem pública (inclusive internacional); (v) o controle estatal (minimalista ou maximalista) de uma sentença arbitral que analisa alegação de corrupção, bem com a complexidade do surgimento de novas provas depois de proferido a sentença arbitral; e (vii) a intersecção entre o procedimento arbitral com outros procedimentos, como investigações criminais, ações civis públicas, etc.

O objeto deste artigo, contudo, é a análise do tema da jurisdição do Tribunal Arbitral.

2. DISCUSSÃO DE ATOS DE CORRUPÇÃO NO PROCEDIMENTO ARBITRAL

Constatada a corrupção pelo Tribunal Arbitral, o vício contratual se estende também à validade da cláusula de arbitragem?

O leading case de arbitragem internacional no qual o tema da corrupção surgiu é o caso CCI de n.º 1110, decidido por árbitro único, Gunner Lagergren. A arbitragem é de 1963 e a publicação da sentença arbitral excluiu o nome das partes⁹.

O requerente, Sr. X, era engenheiro de nacionalidade argentina e era um empresário ativo em Buenos Aires na época da disputa. A requerida, Empresa A, era uma subsidiária integral da Empresa B, cujas ações eram detidas pela Empresa C.

As partes, X e A, entraram em contato pela primeira vez em 1950, em Buenos Aires. À época, as autoridades argentinas, entre elas a Empresa Argentina D, cogitavam aumentar a produção de energia elétrica numa determinada região do país, e a requerida, que mantinha um escritório em Buenos Aires, interessou-se por este empreendimento como um potencial fornecedor de equipamentos elétricos.

Dado esse cenário, funcionários da empresa requerida solicitaram ao requerente, que tinha influência nos círculos governamentais e industriais, que os ajudasse na obtenção de contrato para venda de equipamentos elétricos pela requerida.

Requerente e requerida celebraram uma série de acordos (notes), pelos quais a requerida pagaria uma comissão ao requerente na hipótese de êxito na contratação com o governo argentino. Em suma, elaboraram de 3 cartas, sendo que em cada uma delas a requerida se obrigava a pagar um percentual de comissão ao requerente. Agregadas as 3 cartas, o percentual chegava ao montante de 10%. Na arbitragem, as partes disputaram o escopo dessas cartas. Também discutiam a extensão de outro contrato celebrado em 1953.

Numa oportunidade de negócio em 1951, a Requerida não logrou obter a contratação com o governo argentino e aquele projeto específico foi adjudicado a um consórcio alemão concorrente.

Mais tarde, um contrato foi adjudicado a uma parceria ad hoc entre a Empresa Britânica E e a Empresa G. A Empresa Britânica E era uma subsidiária integral da Empresa Britânica F, cujas ações são detidas pela Empresa C – a mesma empresa que detém as ações da Empresa B e indiretamente as da Requerida. Portanto, o requerente iniciou a arbitragem pedindo o pagamento da comissão pactuada.

Na audiência de instrução da arbitragem, o Tribunal Arbitral ouviu diversas testemunhas que esclareceram que o principal trunfo do Requerente era o notável grau de influência que exercia junto aos políticos do Governo Peronista, responsáveis por escolher os contratantes.

As testemunhas explicaram que de fato havia contratos para pagamento de comissão ao requerente. Disputava a requerida, porém, que o contrato

9 BERGER (1996). Acesso em 20/02/2024.

que conseguiu com o governo argentino não tinha decorrido dos contratos com o requerente, pelo que o valor não era devido. Dizia a requerida que se obtido o contrato com o governo em decorrência da atuação do requerente nos termos contratados, ela requerida reconheceria e pagar-lhe-ia o valor devido¹⁰.

Numa petição do requerente de abri 28 de abril de 1961, um fato chamou a atenção do árbitro único. Foi alegado que: “(..) quando em julho de 1953, a sua comissão foi fixada em 10 por cento do valor F.O.B., apenas 2 por cento seria para ele e o restante para seus colaboradores”.

Depois de longa análise das provas, o árbitro, analisando ex officio sua jurisdição (já que ambas as partes não negavam os efeitos dos contratos), considerou que, embora as comissões prometidas ao Sr. X não envolvessem exclusivamente subornos, uma parte muito substancial – cerca de 80% – teria tal natureza. Esta circunstância foi interpretada como grave violação dos bons costumes e da ordem pública, que não poderia ser menosprezada: “it is impossible to close one’s eyes to the probable destination of amounts of this magnitude, and the destructive effect thereof on the business pattern with consequent impairment of industrial progress”.

O árbitro entendeu que o caso não poderia ser resolvido por arbitragem, com base no Código de Processo Argentino, cujo artigo 768:5 estipulava que todas as questões que afetem os bons costumes (“la moral y buenas costumbres”) estavam excluídas da arbitragem.

Além disso, Lagergren analisou o caso também do ponto de vista do direito francês, concluindo da mesma forma pela violação ordem pública internacional. Mencionou a existência de um “princípio geral de direito reconhecido pelas nações civilizadas” de que os contratos que violam gravemente os bons costumes ou as políticas públicas internacionais são inválidos ou pelo menos inexecutáveis, e não podem ser sancionados por tribunais ou árbitros.

Depois de apresentar suas razões, o árbitro negou os pedidos da requerente por entender que não tinha jurisdição.

10 “The contracts finally awarded to the ad hoc partnership and [the Respondent] related to a project totally different from that which was in the parties’ mind when the commission notes were written or at the time when the agreement of July 1953 was made. The new project was double the size of the 1953 project and differently planned. Mr. [X] was not even present in Argentine when the new project was first announced in 1956, and while part of this project was awarded to [the Respondent] this result can in no way be attributed to any efforts or activities carried on by the Claimant”. Tradução livre: “Os contratos ao final adjudicados à parceria ad hoc e [ao Requerido] diziam respeito a um projecto totalmente diferente daquele que estava na cabeça das partes quando as notas da comissão foram escritas ou no momento em que o acordo de Julho de 1953 foi celebrado. O novo projeto tinha o dobro do tamanho do projeto de 1953 e foi planejado de forma diferente. O Sr. [X] nem sequer estava presente na Argentina quando o novo projeto foi anunciado pela primeira vez em 1956, e embora parte deste projeto tenha sido concedida ao [Requerido], este resultado não pode de forma alguma ser atribuído a quaisquer esforços ou atividades realizadas pelo Requerente”.

Tratou-se de importantíssimo precedente a demonstrar a firmeza com que tribunais arbitrais deverão tratar a questão, porém, muito se evoluiu em termos de quem é aquele que deve julgar os atos. Vejamos.

Depois do julgamento do caso Lagergren, muitas legislações foram modernizadas, na esteira também da lei modelo UNCITRAL. Uma das características marcantes de todas as novas legislações é o princípio da separabilidade, no sentido de que a invalidade do contrato não necessariamente implica na invalidade da cláusula arbitral. Na nossa legislação, o tema é tratado no artigo 8º: “A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória”.

Na doutrina e nas arbitragens que se seguiram, pode-se ver que houve importante mudança daquela posição do Juiz Lagergren, justamente em razão do princípio da separabilidade. Afinal, a cláusula arbitral deve sobreviver mesmo ante a contaminação do contrato por corrupção.

Nessa linha, vale destacar o caso *Fiona Trust vs Privalov*, decidido em 10 de outubro de 2007¹¹. Neste caso, os autores ingressam com ação judicial nas Cortes Inglesas para pedir a declaração de que várias charters haviam sido validamente rescindidas sob a alegação de que os contratos só foram celebrados em razão de corrupção.

As cortes inglesas se debruçaram sobre o tema da validade da cláusula arbitral nos oito contratos. Nos referidos negócios jurídicos, havia cláusulas arbitrais escolhendo o direito inglês como o direito aplicável, bem como que qualquer parte poderia valer-se de arbitragem em Londres, mediante as regras da London Maritime Association of Arbitrators de 1950.

Neste caso, a primeira conclusão foi no sentido de que não havia dúvidas de que as partes haviam escolhido a arbitragem nos contratos. Destacou a Corte Inglesa o caráter internacional dos acordos, pelo que “they[partes] want a quick and efficient adjudication and do not want to take the risks of delay and, in too many cases, partiality, in proceedings before a national jurisdiction”.

O Tribunal inglês, ainda, entendeu que a invalidade do contrato principal não necessariamente contamina a validade da cláusula arbitral, sobretudo ante o princípio estampado na sessão 7 do Lei de Arbitragem Inglesa de 1996. Pela pertinência da motivação, convém destacar da decisão judicial:

11 Judgments – Premium Nafta Products Limited (20th Defendant) and others (Respondents) v. Fili Shipping Company Limited (14th Claimant) and others (Appellants), House of Lords, Session 2006-07, [2007] UKHL 40 on appeal from: [2007] EWCA Civ 20. Disponível em: http://archive.onlinedmc.co.uk/fioan_trust_v___privalov_%28hof#%29.htm. Acesso em 20/02/2024.

I think that a fresh start is justified by the developments which have occurred in this branch of the law in recent years and in particular by the adoption of the principle of separability by effect to the reasonable commercial expectations of the parties about the questions which they intended to be decided by arbitration. (...) 15. If one adopts this approach, the language of clause 41 of Shelltime 4 contains nothing to exclude disputes about the validity of the contract, whether on the grounds that it was procured by fraud, bribery, misrepresentation on anything else. (...)

16. The next question is whether, in view of the allegation of bribery, the clause is binding upon the owners. They say that if they are right about the bribery, they were entitled to rescind the whole contract, including the arbitration clause. The arbitrator therefore has no jurisdiction and the dispute should be decided by the court.

17. The principle of separability enacted in section 7 means that the invalidity or rescission of the main contract does not necessarily entail the invalidity or rescission of the arbitration agreement. The arbitration agreement must be treated as a 'distinct agreement' and can be void or voidable only on grounds which relate directly to the arbitration agreement. Of course, there may be cases in which the ground upon which the main agreement is invalid is identical with the ground upon which the arbitration is invalid. (...) But the ground of attack is not that the main agreement was invalid. It is that the signature to the arbitration agreement, as a 'distinct agreement', was forged. (...) If the arbitration clause has been agreed, the parties will be presumed to have intended the question of whether there was a concluded main agreement to be decided by the arbitration¹².

12 Tradução livre: "Eu acho que um novo começo é justificado pelas evoluções ocorridas no ramo do direito nos últimos anos e particularmente pela adoção do princípio da separabilidade como decorrência das expectativas comerciais razoáveis das partes sobre as questões que elas pretenderam decidir por arbitragem. (...) 15. Adotada essa linha, a linguagem da cláusula 41 da Shelltime 4 não contém nada que exclua disputas sobre a validade do contrato, quer sob a alegação de que houve fraude, suborno ou deturpações na licitação quer sobre qualquer outra coisa. (...) 16. A próxima questão é se, em razão da alegação de suborno, a cláusula é vinculante sobre os proprietários. Eles dizem que caso estejam certos sobre o suborno, eles teriam direito a rescindir todo o contrato, incluindo a cláusula arbitral. O árbitro assim não teria jurisdição e a disputa deveria ser decidida na corte. 17. O princípio da separabilidade previsto na seção 7 significa que a invalidade ou rescisão do contrato principal não necessariamente enseja a invalidade ou rescisão do acordo de arbitragem. O acordo de arbitragem deve ser tratado como um acordo diferente e pode ser nulo ou anulável somente sob alegações diretamente relacionadas com o acordo de arbitragem. Claro que haverá casos nos quais a alegação pela qual o acordo principal é inválido é idêntica à alegação pela qual a arbitragem é inválida. (...) Mas essa alegação atacada não é a de que o acordo principal era inválido. É que a assinatura do acordo de arbitragem, como um acordo diferente, foi falsificada. (...) Se a cláusula arbitral foi convencionada, presumir-se-á que as partes tiveram a intenção de que a questão sobre se houve um acordo principal concluída seja decidida por arbitragem".

A partir da pertinente análise da separação da cláusula arbitral e do contrato principal, a Corte inglesa concluiu que as disputas sobre a validade do contrato principal não são menos apropriadas de serem decididas por um árbitro do que qualquer outra disputa.

Hoje é praticamente unânime, senão unânime, a posição de que na arbitragem comercial, mesmo naquelas em que se discute vícios contratuais fruto de corrupção, é do árbitro a jurisdição para avaliar a validade do contrato e suas consequências.

No caso da arbitragem de investimento, o tema importa em algumas especificidades, na medida em que o acordo para se submeter à arbitragem não decorre de cláusula contratual, mas de uma oferta de arbitragem via tratado internacional.

No caso *Metal-Tech Ltd. v. The Republic of Uzbekistan*¹³, que tramitou pelo CIADI sob o ARB 10/3, ante a constatação pelo Tribunal Arbitral da existência da corrupção, as partes iniciaram extenso debate sobre a redação do Bilateral Investment Agreement (BIT) que conceituava o investimento protegido pelo tratado como “any kind of assets, implemented in accordance with the laws and regulations of the Contracting Party in whose territory the investment is made”¹⁴. Entendeu o Tribunal Arbitral que o tratado continha um requisito de legalidade, ou seja, só protegia acordos que seguissem as leis do país. Como as partes teriam desrespeitado a lei nacional ao praticarem atos de corrupção, o tratado não mais poderia ser utilizado como instrumento de proteção ao investimento.

Concluiu o Tribunal Arbitral que: “[o]n the basis of the foregoing analysis, the Tribunal comes to the conclusion that corruption is established to an extent sufficient to violate Uzbekistan law in connection with the establishment of the Claimant’s investment in Uzbekistan. As a consequence, the investment has not been ‘implemented in accordance with the laws and regulations of the Contracting Party in whose territory the investment is made’ as required by Article 1(1) of the BIT”¹⁵. (...) This means that this dispute does not meet the consent requirement set in Article 25(1) of the ICSID Convention. Accordingly, failing consent by the host state under

13 *Metal-Tech Ltd. v. The Republic of Uzbekistan*, ICSID Case No. ARB/10/3, Award dated Oct. 4, 2013. Disponível em: <https://www.italaw.com/cases/2272>. Acesso em 20/02/2024.

14 Tradução livre: “qualquer tipo de ativos, implementados de acordo com as leis e regulamentações da parte contratante em cujo território o investimento é feito”.

15 P. 372 da sentença arbitral. Tradução livre: “com base na análise precedente, o Tribunal chegou à conclusão de que a corrupção é estabelecida com extensão suficiente para violar a lei do Uzbequistão, em conexão com a instituição de investimentos do Requerente no Uzbequistão. Como consequência, o investimento não foi ‘implementado de acordo com as leis e regulamentos da parte contratante em cujo território o investimento é feito’”.

the BIT and the ICSID Convention, this Tribunal lacks jurisdiction over this dispute”¹⁶.

Nos casos em que se seguiram, tribunais arbitrais mantiveram a posição do caso Metal-Tech de que a conclusão da existência de atos de corrupção implicava na falta de jurisdição nos termos dos tratados de proteção de investimento, e muitos casos agregaram que o requisito de legalidade não precisa estar expresso, era de fato implícito.

CONCLUSÃO

A corrupção deve e será combatida. Essa é posição unânime tanto nas diversas leis nacionais, como na ordem pública internacional. Não há qualquer dúvida que para um ambiente mais saudável de negócios, não só é indispensável que a corrupção seja fortemente atacada como, caso surja no contexto da interpretação de um contrato, o tema merecerá o adequado tratamento em processos adjudicatórios, judiciais ou arbitrais.

Com a continua evolução da arbitragem no Brasil e em outras regiões do mundo, como Ásia e África, além das já tradicionais regiões da Europa e América do Norte, será comum o aumento da discussão do tema da corrupção nos procedimentos arbitrais.

O tema é extremamente complexo e sua compreensão depende da análise uma plêiade de aspectos que não cabem nestas breves notas.

De toda a sorte, já se pode concluir que, nas arbitragens comerciais, a constatação de corrupção não prejudicará a jurisdição do tribunal arbitral em razão do princípio da separabilidade, também firmemente assente na nossa lei e nas decisões pátrias. Caberá ao tribunal arbitral, no caso a caso, avaliar se a prova do vício de vontade atinge só o contrato principal ou também se atinge a validade da cláusula compromissória. Se não atingir, terá o árbitro a plena jurisdição para exercer seu mister e julgar o caso.

É importante destacar as ponderações da corte inglesa de que o árbitro não está menos apto a julgar questões de validade do que quaisquer outras a ele submetidas.

Aliás, fica aqui uma última reflexão. No processo judicial brasileiro, não se pode eliminar a possibilidade de partes de má-fé usarem o próprio procedimento judicial estatal para validar atos fraudulentos. Basta que o autor ingresse com uma ação ordinária com pleito condenatório e o réu, mancomunado, depois de devidamente citado, deixe de apresentar contestação. O Código de Processo Civil determinará a aplicação dos efeitos da revelia,

16 P. 373 da sentença arbitral. Tradução livre: “Isso significa que a disputa não cumpre o requisito de consentimento previsto no Artigo 25 (1) da Convenção do ICSID. Nesse sentido, ausente consentimento pelo Estado sede com base no BIT e na Convenção ICSID, este Tribunal não tem jurisdição sobre a disputa”.

nos termos do seu artigo 345, e os fatos deduzidos pelo autor presumir-se-ão verdadeiros, com as exceções previstas no artigo 346 do mesmo diploma legal. Com uma manobra destas, é possível que o autor consiga uma sentença judicial favorável confirmando um crédito contra o réu, ainda que sem base (nas hipóteses de contratos para pagamento de propinas e em que nenhum serviço foi efetivamente prestado ou produto entregue).

Na arbitragem, não há previsão dos efeitos da revelia da mesma forma que há no processo civil, pelo que o autor ainda poderá ter que provar os fatos constitutivos do direito que pleiteia. A lei de arbitragem dispõe, no parágrafo 3º do artigo 22, que “a revelia da parte não impedirá que seja proferida a sentença arbitral”. A revelia não poderá ser usada como argumento para que prejudicar o desenrolar do procedimento arbitral, mas não é suficiente para o julgamento em favor do requerente. Ou seja, não só o árbitro tem jurisdição para decidir sobre a validade do contrato principal ainda que a alegação decorra de atos de corrupção, como é razoável supor que não será nada fácil as partes tentarem ludibriá-lo num procedimento arbitral.

REFERÊNCIAS

BERGER, K. P. *ICC Award No. 1110 of 1963 by Gunnar Lagergren*, YCA 1996, at 47 et seq. (also published in: *Arb.Int'l* 1994, at 282 et seq.). 1996. Disponível em: https://www.trans-lex.org/201110/_/icc-award-no-1110-of-1963-by-gunnar-lagergren-yca-1996-at-47-et-seq/.

ICC. *ICC Rules on Combating Corruption*. 2003. Disponível em: <https://iccwbo.org/news-publications/policies-reports/icc-rules-on-combating-corruption/>.

TRANSPARENCY INTERNACIONAL. *Corruption Perceptions Index 2023*. Disponível em: <<https://www.transparency.org/en/cpi/2023>>. ICC Case No. 1110, Award of 1963, YCA 1996.