

CORRUPÇÃO E ARBITRAGEM: OS ÁRBITROS DIANTE DA ALEGAÇÃO OU CONSTATAÇÃO DE PRÁTICAS ILÍCITAS PELAS PARTES

Cesar Pereira
Doutor em Direito. FCI Arb
Sócio da Justen, Pereira, Oliveira e Talamini.

1 Introdução

Em 21 de agosto de 2018, a CAMFIEP – Câmara de Arbitragem e Mediação da Federação das Indústrias do Estado do Paraná realizou debate intitulado “Corrupção e Arbitragem”, de que participei. Estas são algumas ideias que apresentei naquela oportunidade.¹ Dentro do tema geral, concentram-se mais especificamente nos deveres dos árbitros diante da alegação ou constatação *ex officio* de práticas corruptas pelas partes.

2 Arbitragem e corrupção

Há vasta experiência internacional na discussão acerca dos efeitos, sobre a arbitragem, das questões ligadas à corrupção. Debate-se sobre a corrupção na própria arbitragem (como a corrupção de árbitros ou peritos) e à corrupção por meio da arbitragem (lavagem de dinheiro, por exemplo).² As considerações abaixo centram-se na corrupção envolvendo os agentes públicos relacionados com a matéria de fundo do litígio. Isso abrange tanto os contratos que têm por objeto atos de corrupção³ quanto contratos obtidos por meio de corrupção.

¹ Cabe destacar que o debate se iniciou antes disso, em evento realizado pela CCMA-CIESP/FIESP em Recife em 31.7.2018. Também devo consignar que parte do texto desta nota integra artigo que escrevi em conjunto com Luísa Quintão intitulado “*Um paralelo entre a homologação de sentenças anuladas e o tratamento das objeções de ordem pública*”, que comporá coletânea sobre os 60 anos da Convenção de Nova York, no prelo.

² Sobre estes temas, igualmente relevantes e comumente discutidos em casos concretos, cf. ULUC, Dr Inan. Corruption in international arbitration. Wildy, Simmonds & Hill Publishing. London. 2018. p. 57-73.

³ Juan Fernández-Armesto confirma que a situação mais frequente de discussão de corrupção em arbitragem envolve o inadimplemento de contratos que veiculam atos de corrupção

Um tema alheio a esta nota, embora também relevante, é o da corrupção privada (*private bribery*), que pode assumir entre nós o caráter de fraude ou estelionato e é internacionalmente reprovada como prática ofensiva à ordem pública.

3 Invocação pela Administração Pública como defesa

A arguição de corrupção é usualmente formulada pela Administração Pública, que se põe na condição de vítima do ato de corrupção praticado entre a parte privada e agentes públicos determinados. Embora possa ser acolhida em circunstâncias específicas, essa postulação deve ser rejeitada em situações nas quais a Administração tem conhecimento dos atos de corrupção ou é indiretamente beneficiada pelo ato de corrupção.⁴ Também seria inadequado atribuir à Administração a condição de vítima do ato de corrupção nas situações em que a corrupção é sistêmica, integrada ao modo de funcionamento da Administração, ou tolerada pelos órgãos da Administração que deveriam combatê-la.⁵

4 Efeitos sobre o processo

O significado jurídico da verificação de corrupção varia segundo a natureza da arbitragem e o aspecto do processo a que se relaciona. Nos casos de arbitragem de investimento, especialmente mas não apenas com base em tratados com cláusula de legalidade, pode implicar a descaracterização de um investimento protegido.⁶ Na arbitragem baseada em contrato, por força dos princípios da competência-competência e da autonomia (separabilidade) da convenção arbitral, a corrupção que atinge o contrato principal não afeta

(FERNÁNDEZ-ARMESTO, Juan. The effects of a positive finding of corruption". In BAIZEAU, Domitille. KREINDLER, Richard. Addressing Issues of Corruption in Commercial Arbitration. ICC. 2015. p. 167-68).

⁴ *A contrario*, FERNÁNDEZ-ARMESTO, Juan. Ibid. p. 169 ("The corrupted party is not to be blamed: it is unaware of the existence of corruption and does not benefit from it").

⁵ Juan Fernández-Armesto separa a responsabilidade da entidade estatal daquela dos seus agentes, assim como afirma que a existência de corrupção generalizada não reduz a responsabilidade do corruptor. No entanto, ressalva que "there may be situations where the corrupted party knew (or must have known) of the existence of corruption, and did not take any action, incurring in *culpa in vigilando* when supervising its officers and related persons. In such cases, tribunals will have to balance the misconduct of both parties" (FERNÁNDEZ-ARMESTO, Juan. Ibid. p. 170).

⁶ WAIBEL, Michael; KAUSHAL, Asha et al. *The Backlash against Investment Arbitration: Perception and Reality*. Kluwer Law International: The Netherlands, 2010, p. 308-309. Tb. FERNÁNDEZ-ARMESTO, Juan. Ibid. p. 172.

necessariamente a convenção de arbitragem nem o poder dos árbitros para resolver o litígio.⁷

5 Efeitos sobre a questão de fundo

O reconhecimento da corrupção pode implicar a nulidade da relação jurídica de fundo⁸, embora não necessariamente, como no caso de contratos com objeto lícito mas obtidos por corrupção⁹. Pode também acarretar consequências de natureza patrimonial, como ressarcimento, indenizações ou o abatimento do preço contratado.¹⁰ O regime jurídico do art. 59, parágrafo único, da Lei nº 8.666 assegura, no mínimo, o ressarcimento de custos ao contratado, uma vez que nem mesmo a verificação da conduta reprovável pode levar ao confisco patrimonial do particular ou ao enriquecimento sem causa da Administração.¹¹ As sanções eventualmente cabíveis devem ser aplicadas, mas nada suprime o dever de observar as garantias do contratado.¹²

6 Constatação de ofício

Debate-se acerca dos poderes dos árbitros para examinar e investigar fatos que denotem condutas de corrupção sem que haja arguição pelas partes¹³. Prevalece a visão de que os árbitros detêm a prerrogativa de

⁷ ULUC, Inan. Ibid, p. 106. BETZ, Kathrin. *Proving Bribery, Fraud and Money Laundering in International Arbitration: on applicable criminal law and evidence*. Cambridge [UK]; New York: Cambridge University Press, 2017, p.300. FERNÁNDEZ-ARMESTO, Juan. Ibid. p. 170. BANIFATEMI, Yas. The impact of corruption on 'gateway issues' of arbitrability, jurisdiction, admissibility and procedural issues. In BAIZEAU, Domitille. KREINDLER, Richard. *Addressing Issues of Corruption in Commercial Arbitration*. ICC. 2015. p. 20. MARCENARO, Edoardo. *Chapter 9: Arbitrators' Investigative and Reporting Rights and Duties on Corruption in Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration*. Edited by BAIZEAU, Domitille; KREINDLER, Richard. Paris: International Chamber of Commerce, 2015, p. 143.

⁸ FERNÁNDEZ-ARMESTO, Juan. Ibid. p. 168. BANIFATEMI, Yas. Ibid. p. 22.

⁹ FERNÁNDEZ-ARMESTO, Juan. The effects of a positive finding of corruption". In BAIZEAU, Domitille. KREINDLER, Richard. *Addressing Issues of Corruption in Commercial Arbitration*. ICC. 2015. p. 170.

¹⁰ FONTMICHÉL, Alexandre. *Court de l'arbitre, le juge et les pratiques illicites du commerce international*. LGDJ, 2004. p. 260. FERNÁNDEZ-ARMESTO, Juan. Ibid. p. 169-172.

¹¹ STJ. REsp 1.153.337/AC, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, 2ª T., j. 15/05/2012, DJe 24/05/2012. STJ. REsp 1.188.289/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, 2ª T., j. 14/08/2012, DJe 13/12/2013

¹² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 17ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pp. 1143-1144.

¹³ MARCENARO, Edoardo. Ibid, p. 152.

promover tais investigações de ofício¹⁴, embora com a oportunidade de participação das partes, para se preservar a ampla defesa,¹⁵ e com a motivação adequada, para que se previnam alegações de decisão *extra* ou *ultra petita*.¹⁶

Afirma-se até mesmo que a omissão dos árbitros em promover tais investigações pode acarretar consequências negativas tanto para os árbitros, a quem se poderia imputar, em tese e de acordo com o direito interno aplicável, conduta destinada a ocultar ou impedir a apuração dos atos ilícitos envolvidos,¹⁷ como também para o resultado do procedimento arbitral.¹⁸ Mas a gravidade das imputações e de suas consequências exige cautela dos árbitros.¹⁹

7 Dever de reportar o ato ilícito verificado (art. 40 do CPP)

Discute-se se, diante da constatação de atos de corrupção ou outra conduta criminal, o art. 40 do Código de Processo Penal exigiria dos árbitros que reportassem os fatos à autoridade estatal competente, a despeito do seu eventual dever de confidencialidade.²⁰

No caso das arbitragens envolvendo a Administração Pública, sujeitas ao princípio da publicidade, não se põe a objeção da confidencialidade e não deveria haver dúvida quanto ao dever de comunicação dos fatos ilícitos apurados, exceto se, instadas pelos árbitros, as partes demonstrarem que se trata de fatos já apurados ou em investigação em procedimentos externos à

¹⁴ FERNÁNDEZ-ARMESTO, Juan. Ibid. p. 168. MARCENARO, Edoardo. Ibid, p. 152. BETZ, Kathrin. Ibid, p 290. Sobre o dilema dos árbitros mas com posição a favor, ULUC, Inan. Ibid, p. 183-192).

¹⁵ MARCENARO, Edoardo. Ibid, p. 146-47. BETZ, Kathrin. Ibid, p 288.

¹⁶ MARCENARO, Edoardo. Ibid, p. 145. Não entendendo haver decisão *ultra petita*, cf. BETZ, Kathrin. Ibid, p 289. ULUC, Inan. Ibid, p. 185 e 188.

¹⁷ BETZ, Kathrin. Ibid, p. 289.

¹⁸ MARCENARO, Edoardo. Ibid, p. 145. ULUC, Inan. Ibid, p. 184.

¹⁹ MARCENARO, Edoardo. Ibid, p. 144.

²⁰ Contra a aplicação do art. 40 do CPP, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Arbitragem e teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. pp. 63-66. No sentido contrário, embora sem alusão a este dispositivo específico, BARLETTA, Bruna. “A extensão da confidencialidade no procedimento arbitral: seus limites e o aparente conflito entre os deveres dos árbitros de sigilo e de revelação” in FINKELSTEIN, Cláudio. *Arbitragem e Direito*. Vol. 1. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016. pp. 108-135.

arbitragem, ou se o fato já houver sido ou puder ser objeto de comunicação por iniciativa das partes ou de terceiros em posição que prefere à dos árbitros.

Mesmo em arbitragens não submetidas ao princípio da publicidade, a realização dos valores fundamentais do combate à corrupção e à atividade criminosa e a proteção da própria legitimidade e dignidade da arbitragem prevalecem em relação à confidencialidade e permitem a aplicação do art. 40 do CPP, observados os limites reconhecidos para tal dispositivo no âmbito do processo penal e a equiparação prevista no art. 17 da Lei nº 9.307.²¹

Tal como as exigências relativas à apuração, provocada ou de ofício, dos fatos relativos à conduta corrupta, a observância do dever de comunicação favorece a arbitragem na medida em que evita que esta se transforme em um instrumento para a ocultação de práticas ilícitas.

8 *lura novit curia* e submissão da matéria às partes

Evidentemente, os árbitros devem submeter a matéria à discussão das partes, se suscitada de ofício, e observar uma elevada exigência de convicção para a adoção de tal medida de comunicação às autoridades responsáveis pela persecução penal. Ressalvadas situações extraordinárias, o momento típico para tal eventual comunicação pelos árbitros será o da sentença arbitral, quando haverá certeza jurídica dos árbitros acerca dos fatos e o exercício efetivo da sua função pública (arts. 17 e 18 da Lei nº 9.307), não o de alguma fase intermediária anterior, em que o ponto ainda poderia ser objeto de mera suspeita.

9 Arbitrabilidade

Por decorrência, não mais se discute a arbitrabilidade dos temas ligados a corrupção.²² Ao contrário, chega-se ao ponto de se afirmar que os árbitros nem sequer estão limitados, na decisão do caso concreto, às conclusões

²¹ Contra, reputando que os árbitros não estão sujeitos ao art. 40 do CPP em razão do dever de confidencialidade, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Ibid.* pp. 63-66. O doutrinador não trata da hipótese de arbitragens não sujeitas à confidencialidade, como as que envolvem a Administração Pública. A favor da solução proposta, com detalhamento dos fundamentos e das consequências do descumprimento mas sem alusão ao art. 40 do CPP, BARLETTA, Bruna. *Ibid.* p. 108-135. Sobre o tratamento do tema no processo penal, com a afirmação do dever do magistrado de observar a regra, cf. STJ, 2a T., REsp 1.360.534, Rel. Min. Humberto Martins, j. 7.3.2013.

²² BETZ, Kathrin. *Ibid.*, p. 302. BANIFATEMI, Yas. *Ibid.* p. 18.

oriundas do eventual processo penal correspondente. Essa posição depende do direito aplicável e das circunstâncias específicas.

Desse modo, não se poderia cogitar de eventual aplicação do art. 32, I e IV, da Lei nº 9.307, ou do art. V(2)(a) da Convenção de Nova York (objeção de inarbitrabilidade), a uma sentença arbitral nacional ou estrangeira que houvesse decidido temas ligados a corrupção. Desde que abrangidos os fatos no escopo da convenção de arbitragem, por consistirem, por exemplo, em temas oriundos ou relacionados com a relação contratual em questão, trata-se de matéria arbitrável.²³

10 Ofensa à ordem pública pela omissão dos árbitros

Cabe examinar também a situação oposta: não só a matéria é arbitrável, como a omissão em investigá-la, por provocação das partes ou de ofício, pode configurar ofensa à ordem pública nacional ou internacional.

Há amplas manifestações doutrinárias no sentido de que a ausência de cumprimento, pelo Tribunal Arbitral, do dever de investigar alegações ou suspeitas fundadas de corrupção implica ofensa à ordem pública.²⁴

A ordem pública internacional das nações civilizadas impõe o combate à corrupção,²⁵ assim como reprova condutas fraudulentas com esta relacionadas.²⁶ A recusa dos árbitros em examinar ou investigar o tema pode comprometer a validade da sentença arbitral e impede sua homologação.²⁷

²³ Sobre o dever de decidir alegações de corrupção, cf. ULUC, Inan. Ibid, p. 183.

²⁴ BETZ, Kathrin. Ibid., p. 288 (“Arbitrators have to render an enforceable award; in commercial arbitration, an arbitral award that ignores suspicions of criminal behavior might be set aside, or not be enforced by domestic courts as it is against public policy”). MARCENARO, Edoardo. Ibid. p. 144-45 e 152. Acerca das incertezas no tratamento da corrupção no âmbito da arbitragem internacional, NAPPERT, Sophie. Raising corruption as a defence in investment arbitration. In BAIZEAU, Domitille. KREINDLER, Richard. Addressing Issues of Corruption in Commercial Arbitration. ICC. 2015. p. 175-183. Sobre *red flags*, ULUC, Inan. Ibid, p. 191.

²⁵ BETZ, Kathrin. Ibid, p. 264 e p. 306 (sobre *private bribery*, p. 161). Em sentido contrário à configuração de ofensa à ordem pública transnacional, situando o tema no plano doméstico, FONTMICHEL, Alexandre Court de. Ibid. p. 116.

²⁶ BETZ, Kathrin. Ibid, p. 264.

²⁷ MARCENARO, Edoardo. Ibid, p. 145. BANIFATEMI, Yas. Ibid. p. 22.

11 Limites: impossibilidade de revisão da decisão

Isso não permite a revisão de mérito da decisão. É possível que os árbitros investiguem e concluam pela inexistência de corrupção, ou mesmo que reconheçam a existência de corrupção, mas não lhes deem o tratamento jurídico pretendido pela parte interessada. Essas situações não permitem a recusa de homologação, pois a revisão pelo juízo de homologação é de mera delibação, de verificação dos contornos extrínsecos da decisão. O que configuraria ofensa à ordem pública e autoriza a recusa da homologação seria a efetiva omissão dos árbitros em proferir decisão acerca da realização de investigações e, se for o caso, de seu resultado, em face de alegações ou suspeitas fundadas de corrupção.²⁸

12 Conclusões

A gravidade da constatação de práticas corruptas nos fatos submetidos ao julgamento dos árbitros impede que estes se omitam. O tema é complexo e não há solução simples para o dilema em que colocam os árbitros quando se lhes apresentam alegações de corrupção – ou, ainda pior, quando verificam de ofício essa prática, sem arguição pelas partes. Afirma-se, com razão, que os árbitros nesses casos estão “*between a rock and a hard place*”.²⁹

A dificuldade da situação não lhes autoriza a omissão. Com a ponderação e serenidade necessárias, sem preconceitos nem conclusões precipitadas ou justiceiras, sempre mediante a plena observância das exigências do devido processo legal e da proibição da surpresa processual, cabe-lhes adotar a postura que efetivamente protege a instituição da arbitragem: não se omitir diante da alegação ou verificação de práticas corruptas e, se comprovadas, delas extrair as consequências que derivem do direito aplicável.

Informação bibliográfica do texto:

PEREIRA, Cesar. Corrupção e arbitragem: os árbitros diante da alegação ou constatação de práticas ilícitas pelas partes. *Informativo Justen, Pereira,*

²⁸ MARCENARO, Edoardo. *Chapter 9: Arbitrators' Investigative and Reporting Rights and Duties on Corruption in Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration*. Edited by BAIZEAU, Doitille; KREINDLER, Richard. Paris: International Chamber of Commerce, 2015, p. 145.

²⁹ ULUC, Inan. *Ibid*

Oliveira e Talamini, Curitiba, n.º 138, agosto de 2018, disponível em <http://www.justen.com.br/informativo>, acesso em [data].