

FACULDADE DE DIREITO  
Departamento de Direito Privado e Processo Civil

RAPHAEL LANG SILVA

**“Corrupção e Arbitragem”**

**A jurisdição do tribunal arbitral em disputas envolvendo corrupção**

Porto Alegre

2017

RAPHAEL LANG SILVA

**Corrupção e Arbitragem: A jurisdição do tribunal arbitral em disputas  
envolvendo corrupção**

Projeto de Trabalho de Conclusão de curso apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, junto à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Orientador (a): Prof. Luís Renato Ferreira da Silva

Porto Alegre

2017

RAPHAEL LANG SILVA

**Corrupção e Arbitragem: a jurisdição do tribunal arbitral em disputas envolvendo  
corrupção**

Projeto de Trabalho de Conclusão de curso apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, junto à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Trabalho aprovado em: \_\_/\_\_/\_\_

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Dr. Luís Renato Ferreira da Silva

---

Prof. Dr. Gerson Branco

---

Prof. Dr. Luis Felipe Spinelli

## AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, ao meu orientador, Prof. Luís Renato Ferreira da Silva, pela confiança em mim depositada, pelo estímulo e pelos valiosos conselhos e observações, tanto na elaboração do presente trabalho de conclusão como enquanto coordenador da equipe do FDI Moot, que me inspirou a escrever sobre o presente tema e cujos ensinamentos para sempre levarei comigo.

Agradeço à minha família, cujo apoio incondicional foi importantíssimo em toda a minha trajetória acadêmica.

Agradeço aos meus colegas do time do FDI Moot, em especial a Inaê Oliveira e George Hauschild, por involuntariamente terem me ajudado de maneira substancial na pesquisa que culminou com o presente trabalho de conclusão, além de serem excelentes colegas de equipe.

Agradeço ao meu amigo, Guilherme Schwartzmann, por toda ajuda na escrita do presente trabalho e pelo nosso largo histórico de ajuda acadêmica mútua, que ainda há de perdurar.

Agradeço aos meus colegas e coaches do time do Vis Moot de 2015 e de 2016, sem os quais talvez nunca tivesse começado a estudar arbitragem e direito internacional.

Agradeço, por fim, aos meus amigos de longa data, do grupo de que tenho orgulho de presidir, pelas conversas, risadas e momentos de descontração que tornaram a elaboração do presente trabalho uma experiência mais leve.

## RESUMO

Esta monografia tem como escopo analisar os efeitos ocasionados pela constatação da existência de atos corruptos relacionados a uma disputa objeto de um procedimento arbitral no julgamento pelos árbitros, especificamente no que diz respeito à jurisdição do tribunal arbitral para dirimir estas disputas. Para este fim, analisou-se a prática arbitral internacional, primeiramente em arbitragens comerciais, analisando-se o tratamento atribuído pelos tribunais arbitrais a contratos cujo objeto é corrupto e a contratos que tenham sido obtidos através de corrupção. Fez-se, no que coube, paralelos à prática nacional brasileira, buscando-se determinar qual tratamento seria dispensado a esses casos se aplicável a legislação brasileira, considerando os fundamentos utilizados pelos tribunais arbitrais nos casos internacionais que lidaram com a matéria e que também são reconhecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, como o princípio da autonomia da cláusula compromissória e *kompetenz-kompetenz*. Após, analisou-se a maneira como o assunto é tratado em arbitragens de investimentos, fazendo-se aí uma separação entre as arbitragens de investimento em que a jurisdição do tribunal arbitral se baseia em contratos e as em que a jurisdição do tribunal se baseia em tratados de investimento. Nesse ponto, fez-se análises individuais de diversos casos distintos que lidaram com o tema. Por fim, analisou-se a *clean hands doctrine* como princípio capaz de barrar a jurisdição de um tribunal arbitral para dirimir controvérsias afetadas por atos de corrupção em arbitragens de investimentos. Nesse sentido, buscou-se determinar como essa doutrina é definida pelos tribunais arbitrais que a discutiram e, após, se a sua aplicabilidade é reconhecida no âmbito de arbitragens internacionais.

Palavras chave: arbitragem comercial – arbitragem de investimentos – arbitragem internacional – corrupção – fraude – *clean hands doctrine*.

## ABSTRACT

This essay has the scope of analysing the effects of corruption in the judgement by arbitrators, specifically regarding the jurisdiction of the arbitral tribunal to settle these disputes. To this end, an analysis was made regarding the international arbitral practice, firstly regarding commercial arbitration, analysing the treatment given by the tribunals to arbitrations arising from contracts with a corrupt object and from contracts procured by corruption. It was made to the brazilian practice, seeking to determine what treatment would be given to these cases in the application of brazilian law, taking into account the fundaments used by the international arbitral tribunals rulings on this issue that are also recognized under brazilian law, such as the separability doctrine and *kompetenz-kompetenz*. Afterwards, it was analysed the treatment given by international investment arbitration cases to this issue, distinguishing contract based investment arbitration from treaty based investment arbitration, by making na individual analysis of cases that dealt if this matter. Finally, the clean hands doctrine was analysed as a principle able to bar the jurisdiction of an arbitral tribunal to settle disputes affected by acts of corruption, in the investment arbitration practice. In this sense, it was sought to determine how is this doctrine defined by by arbitral tribunals that discussed this matter and, afterwards, whether its aplication is recognized in the field of international arbitration.

Keywords: commercial arbitration – investment arbitration – international arbitration – corruption – fraud – clean hands doctrine.

## LISTA DE ABREVIATURAS

<b>CCI</b>	Câmara de Comércio Internacional
<b>ICJ</b>	<i>International Court of Justice</i>
<b>ICSID</b>	Centro Internacional de Solução de Controvérsias relativas a Investimentos (sigla do inglês <i>International Center for the Settlement of Investment Disputes</i> )
<b>NAFTA</b>	Tratado Norte-Americano de Livre Comércio (sigla do inglês <i>North American Free Trade Agreement</i> )
<b>OCDE</b>	Organização para Cooperação Econômica e Desenvolvimento
<b>OIC</b>	<i>Organisation of the Islamic Confernce</i>
<b>ONU</b>	Organização das Nações Unidas
<b>PCA</b>	<i>Permanent Court of Arbitration</i>
<b>PCIJ</b>	Corte Permanente de Justiça Internacional
<b>TBI</b>	Tratado Bilateral de Investimento
<b>UNCITRAL</b>	<i>United Nations Comission on International Trade Law</i>

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>9</b>
<b>2</b>	<b>CORRUPÇÃO EM ARBITRAGENS COMERCIAIS</b> .....	<b>13</b>
2.1	Possível aplicação sob a legislação brasileira .....	21
<b>3</b>	<b>CORRUPÇÃO EM ARBITRAGENS DE INVESTIMENTO</b> .....	<b>25</b>
3.1	<b>CORRUPÇÃO EM ARBITRAGENS DE INVESTIMENTO BASEADAS EM CONTRATOS</b> .....	<b>26</b>
3.1.1	O caso <i>World Duty Free v. Kenya</i> .....	26
3.1.2	O caso <i>Niko v. Bangladesh</i> .....	30
3.2	<b>ARBITRAGENS POR TRATADO DE INVESTIMENTO</b> .....	<b>37</b>
3.2.1	<i>Inceysa v. El Salvador</i> .....	38
3.2.2	<i>Fraport v. Philippines</i> .....	40
3.2.3	<i>Metal-Tech v. Uzbekistan</i> .....	43
3.2.4	<i>Al Warraq v. Indonesia</i> .....	46
<b>4</b>	<b>A “CLEAN HANDS DOCTRINE”</b> .....	<b>49</b>
4.1	Definição .....	50
4.2	Aplicabilidade.....	53
<b>5</b>	<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>57</b>
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>59</b>
	<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	<b>62</b>



# 1 INTRODUÇÃO

Em seu discurso a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção em 2003, o então Secretário Geral das Nações Unidas, Kofi Annan, descreveu a corrupção com a seguinte frase:

Corruption is an insidious plague that has a wide range of corrosive effects on societies. It undermines democracy and the rule of law, leads to violations of human rights, distorts markets, erodes the quality of life, and allows organized crime, terrorism and other threats to human security to flourish.<sup>1</sup>

A corrupção é um mal alastrado por todo o mundo e possui reflexos extensos, de modo que é inevitável que a corrupção acabe se manifestando em arbitragens, o que pode ocorrer quando a administração pública está envolvida nessas relações ou até entre privados, quando possuem como objetivo praticar atos de corrupção

No Brasil, são corriqueiras as notícias de escândalos de corrupção descobertas envolvendo a administração pública. Aliado a esse fato, cumpre mencionar que o surgimento de arbitragens em que a administração pública brasileira é parte devem crescer de maneira vertiginosa nos próximos anos. Isso porque a reforma na Lei de Arbitragem brasileira, efetivada pela Lei nº 13.129/2015, positivou a possibilidade de a administração pública utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Além disso, a Medida Provisória nº 752, a recentemente aprovada como Lei sob o nº 13.448<sup>2</sup>, prevê, em seu artigo 31, que as controvérsias surgidas em decorrência dos contratos de PPI<sup>3</sup>, *podem ser submetidas a arbitragem ou a outros mecanismos alternativos de solução de controvérsias*, incluindo, ainda, a possibilidade de aditamento dos contratos em vigor que não possuem cláusula compromissória para se adaptarem ao *caput*<sup>4</sup>. Tal dispositivo legal pode ser interpretado

---

<sup>1</sup> <http://www.unodc.org/unodc/en/corruption>

<sup>2</sup> BRASIL. Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017, que estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei no 13.334, de 13 de setembro de 2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal.

<sup>3</sup> BRASIL. Lei nº 13.334 de 13 de setembro de 2016, que cria o Programa de Parcerias de Investimentos – PPI: Conforme o Art. 1º, § 1º da lei, fazem parte do PPI os empreendimentos públicos de infraestrutura executados por meio de contratos de parceria celebrados pela administração pública e o setor privado. Também entram nessa lista os projetos do Programa Nacional de Desestatização.

<sup>4</sup> BRASIL. Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017. Art. 31. As controvérsias surgidas em decorrência dos contratos nos setores de que trata esta Lei após decisão definitiva da autoridade competente, no que se refere aos direitos patrimoniais disponíveis, podem ser submetidas a arbitragem ou a outros mecanismos alternativos de solução de controvérsias.(...) § 1º Os contratos que não tenham cláusula arbitral, inclusive aqueles em vigor, poderão ser aditados a fim de se adequar ao disposto no **caput** deste artigo.

como uma oferta unilateral para a arbitragem, podendo os investidores da modalidade PPI aceitarem a oferta bastando, para tanto, requerer o aditamento do contrato administrativo.<sup>5</sup>

Somando-se a isso o surgimento diário de notícias relativas a novos escândalos de corrupção que possuem como ponto basilar, em sua maioria, contratos com a administração pública, torna-se de premente necessidade a análise de como a corrupção pode afetar as arbitragens que tenham que lidar com essas matérias, sendo essa a proposta do presente trabalho de conclusão. Tendo em vista a inexistência de precedentes sobre o tema disponíveis em âmbito nacional, essa análise será feita baseada no entendimento esposado por casos e doutrina internacionais.

Com fins de clareza, no presente trabalho de conclusão se discutirá tanto corrupção quanto fraude em arbitragens, sendo o termo “corrupção” referente a qualquer ato em que há uma transferência de valor para algum servidor público ou privado para que o receptor desse valor cometa ou se omita em relação a alguma ação de maneira indevida ou em violação aos seus deveres para o benefício de outrem, e inclui diversos atos ilegais tais como o pagamento de propina, peculato, tráfico de influência, abuso de autoridade e lavagem de dinheiro<sup>6</sup>, e o termo “fraude” como qualquer ato com a finalidade de induzir uma parte a agir de maneira desfavorável a si mesma.

Ao longo dos anos, no âmbito internacional, diversas vezes surgiu a discussão de como devem se portar os tribunais arbitrais diante de atos corruptos. Enquanto existem tribunais que julgam haver uma barreira moral que os impede de julgar essas questões, que seriam inarbitráveis, como o famoso *caso Lagergren*<sup>7</sup> de 1963, outros tribunais, posteriores a tal visão, não enxergam tal óbice à arbitrabilidade da causa e não veem prejuízos à suas jurisdições. Ainda, existe grande divergência no julgamento dos casos dependendo de como ocorre a corrupção, havendo discussão acerca de violação à “ordem pública internacional” em relação a esses casos, que por vezes os tribunais arbitrais entendem como um fator que impede o julgamento da causa.

---

<sup>5</sup> Ver PEREIRA, Cesar A. Guimarães e; QUINTÃO, Luisa. **Has Brazil Made a Unilateral Binding Offer to Arbitrate in the 2016 Investment Partnership Program (PPI)?**. Kluwer Arbitration Blog, 24 de março de 2017. Disponível em: <http://kluwerarbitrationblog.com/2017/03/24/has-brazil-made-a-unilateral-binding-offer-to-arbitrate-in-the-2016-investment-partnership-program-ppi/>

<sup>6</sup> ALBANESI, Christian, JOLIVET, Emmanuel. **Dealing with Corruption in Arbitration: A Review of ICC Experience**, in ICC International Court of Arbitration Bulletin. Vol 24/Special Supplement. 2013

<sup>7</sup> Ver ICC Case No. 1110, disponível em: WETTER, J. Gilles. **Issues of Corruption before International Arbitral Tribunals: The Authentic Text and True Meaning of Judge Gunnar Lagergren's 1963 Award in ICC Case No. 1110**. Arbitration International, Volume 10, Issue 3, 1994, p. 277-294.

No âmbito de arbitragens internacionais de investimento, também, é inevitável que os tribunais tenham que resolver questões envolvendo corrupção por parte dos investidores em países estrangeiros. Diante dessas questões, o tribunal arbitral pode se ver diante de uma impossibilidade de julgar a causa pela invalidade do investimento obtido ilegalmente, ou por princípios que impediriam o investidor de se beneficiar do tratado de investimento após ter cometido um ato corrupto.

Nesse trabalho de conclusão de curso serão discutidas questões como a possibilidade de um árbitro julgar questões envolvendo corrupção, se a existência de corrupção pode afetar a jurisdição conferida ao tribunal arbitral e se existe alguma barreira à admissibilidade da causa tendo em vista a ocorrência de corrupção. Para tanto, é importante separar o tipo de arbitragem (comercial ou de investimento), a origem da jurisdição do tribunal arbitral (contratual ou por tratado) e a origem do ato corrupto que afeta a ação (no objeto, na origem ou na execução do contrato ou do investimento).

Dessa forma, existem três situações distintas para se analisar. Primeiramente, se discutirá o efeito de corrupção sobre arbitragens comerciais, em que a origem da jurisdição do tribunal se dá inexoravelmente por contrato, em que os contratos podem ser afetados pela corrupção de duas maneiras, sendo a primeira delas quando o contrato é uma simulação utilizada para dar uma aparência de legalidade para pagamentos ilícitos, possuindo um objeto corrupto, e a segunda quando o contrato formaliza um negócio jurídico lícito, mas que foi obtido através de pagamentos de propina ou em que, durante a sua execução, uma das partes praticou atos corruptos, sendo contratos afetados por corrupção (casos que serão discutidos no item 2).

A segunda situação envolve arbitragens de investimento, em que a jurisdição do tribunal pode ter a sua origem em contratos ou por tratados de investimento. Primeiramente se analisarão as arbitragens de investimento com origem contratual, em que a jurisdição do tribunal advém do contrato (item 3.1). Após, analisar-se-ão as arbitragens de investimento por tratado, em que a jurisdição do tribunal arbitral não advém de um contrato, mas de um tratado de investimento. Nesse âmbito, a questão discutida é se um investidor estrangeiro que pratica atos corruptos no país receptor de seus investimentos pode se valer da garantia de resolver controvérsias por arbitragem ou de qualquer outra proteção oferecida pelo tratado de investimento (casos esses que serão discutidos no ponto 3.2).

Ainda, outro ponto fundamental a ser analisado é a assim denominada “*clean hands doctrine*”, que já foi levantada como defesa por Estados em arbitragens, sob a argumentação de que tal doutrina impediria a satisfação de um direito a uma parte que possui as “mãos sujas” de corrupção, tema esse que será tratado no ponto 4 do presente trabalho.

## 2 CORRUPÇÃO EM ARBITRAGENS COMERCIAIS

A arbitragem já foi considerada um foro inapropriado para dirimir controvérsias envolvendo contratos cujo objeto envolvia, indiretamente, corrupção. No caso n° 1110 da CCI, o árbitro, o Juiz Gunnar Lagergren, negou a possibilidade de que um contrato que tivesse por objeto práticas corruptas pudesse ser dirimido por qualquer corte do mundo civilizado, seja estatal ou arbitral, por envolver violações flagrantes à moral e à ordem pública internacional, conforme trecho que segue:

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 civilised 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 realise that they have forfeited any right to ask for assistance of the machinery of justice (national courts or arbitral tribunals) in settling their disputes.<sup>8</sup>

Esse caso tratou de uma disputa envolvendo uma empresa britânica que contratou os serviços de um agente que deveria facilitar a obtenção de contratos em licitações na Argentina durante o governo peronista, em que o agente receberia uma comissão de 10% sobre os contratos obtidos. Ocorre que, após a instrução processual, descobriu-se que, dos 10% pagos em comissão para o agente, 8% iriam para “Perón e seus rapazes”, e apenas 2% para o agente, de modo que se chegou à conclusão que o objeto do contrato era, de fato, o pagamento de propina para obtenção de contratos com a administração pública.<sup>9</sup>

Em que pese não ter sido alegado por nenhuma das partes a inarbitrabilidade da disputa, tal questão foi levantada de ofício pelo árbitro, que chegou à seguinte conclusão: *in the presence of a contract in dispute of the nature set out hereafter, condemned by public decency and morality, I cannot in the interest of due administration of justice avoid*

---

<sup>8</sup> Ver **ICC Case No. 1110**, p. 294. Tradução livre do autor: Após analisar todas as provas estou convencido de que um caso envolvendo uma violação tão grave à boa moral e à ordem pública internacional não pode ter apoio em nenhuma corte na Argentina ou na França, ou, nesse sentido, de qualquer outro país civilizado, nem de qualquer tribunal arbitral. Portanto, a jurisdição deve ser declinada no presente caso. Tendo em conta o que precede, ao concluir que não possuo jurisdição, orientações foram buscadas a partir de princípios gerais que impedem os árbitros de julgar disputas dessa natureza, e não a partir de quaisquer regras nacionais envolvendo arbitrabilidade. Partes que se envolvem em uma empreitada da presente natureza devem se dar conta de que elas abriram mão de qualquer direito de solicitar ajuda do maquinário de justiça (cortes nacionais ou tribunais arbitrais) para resolver as suas disputas.

<sup>9</sup> **ICC Case No. 1110**, p. 290.

*examining the question of jurisdiction on my own motion*<sup>10</sup>. Para chegar a essa conclusão, Lagergren embasou-se no artigo V(2)(b) da Convenção de Nova York sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de 1958<sup>11</sup>, que reconhece o poder das cortes estatais em negar o reconhecimento ou a execução de sentenças que considerem contrárias à ordem pública do país em que se busca a execução, concluindo o Juiz Lagergren que esse poder deve ser estendido a árbitros no âmbito de arbitragens, e assim considerou que tal contrato não deveria ser discutido em arbitragem, por violar a “ordem pública internacional”.

A decisão do Juiz Lagergren, embora célebre, teve pouco impacto na prática arbitral, conforme explicam FOUCHARD, GAILLARD e GOLDMAN<sup>12</sup>. Alguns doutrinadores opostos ao entendimento proferido no caso o consideram extremo<sup>13</sup>, ao ponto que, aplicando tal entendimento, os árbitros que se recusam a julgar uma ação sob a justificativa de sua inarbitrabilidade deixam as questões da validade do contrato e da efetiva existência de fundamento para a alegação de corrupção não respondidas.<sup>14</sup>

Ainda, sobre essa questão, BANAISTEMI faz uma diferenciação sobre a inarbitrabilidade de uma disputa e a sua inadmissibilidade pelo tribunal arbitral, chegando à conclusão de que o que o Juiz Lagergren referia como inarbitrabilidade na verdade era a inadmissibilidade da demanda, conforme segue:

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

---

<sup>10</sup> **ICC Case No. 1110**, p. 291. Tradução livre do autor: na presença de um contrato em disputa da natureza aqui descrita, condenada pelo decência e moralidade pública, eu não posso, no interesse da devida administração de justiça, deixar de examinar a questão de jurisdição de ofício.

<sup>11</sup> Artigo V (...) (2) O reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral também poderão ser recusados caso a autoridade competente do país em que se tenciona o reconhecimento e a execução constatar que:(...) (b) o reconhecimento ou a execução da sentença seria contrário à ordem pública daquele país.

<sup>12</sup> FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. **Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration**. Kluwer Law International. The Hague. 1999. p. 352: “Subsequent awards rightly rejected that approach. In those cases, the arbitrators ruled on the merits of the dispute, and they either rejected the defense that the contract was void for corruption on the grounds that the defendant had failed to substantiate its claims,(...) or held the contract to be void either under the applicable law or under international public policy.”

<sup>13</sup> BANAISTEMI, Yas. **Chapter 1: The Impact of Corruption on “Gateway Issues” of Arbitrability, Jurisdiction, Admissibility and Procedural Issues** em: BAIZEAU, Domitille e; KREINDLER, Richard H. (eds). *Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration*. Dossiers of the ICC Institute of World Business Law. Volume 13. Kluwer Law International; International Chamber of Commerce (ICC). 2015. §10.

<sup>14</sup> BANAISTEMI, §11.

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 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 turn is founded on general principles of law such as *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.<sup>15</sup>

Tal entendimento, de que o árbitro tem o poder de arbitrar um contrato em que ocorreu corrupção, é endossado por decisões arbitrais recentes, tal como o caso CCI n° 13515, de 2006<sup>16</sup>.

Nesse caso, o Requerente possuía com o Requerido um contrato de agência e distribuição, em que o Requerente, uma empresa estabelecida em país do Norte de África (X) comprometeu-se a atuar como agente do Requerido, uma empresa europeia de manufaturas. O Requerente era responsável pela promoção das vendas do equipamento do Requerido no país X 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 vendido. O Requerente iniciou a arbitragem alegando que não recebera nenhuma das comissões a que tinha direito pelo contrato, enquanto o Requerido havia recebido todo o pagamento devido pelos consumidores.

O Requerido contestou as alegações do Requerente e alegou que o contrato estava “contaminado” por corrupção e que por isso deveria ser considerado nulo. O Requerido ainda apresentou reconvenção requerendo a devolução dos valores que não deveria ter pago tendo em vista a nulidade do contrato por corrupção. O Tribunal examinou as evidências e chegou à conclusão de que haviam indícios suficientes para se aferir a corrupção no caso (alta remuneração, desinteresse dos diretores da empresa, pagamentos em contas estrangeiras) e chegou à conclusão de que o contrato era inválido de acordo com a lei francesa (a lei aplicável ao contrato) e com a ordem pública internacional.

---

<sup>15</sup> BANAISTEMI, §12. Tradução livre do autor: Arbitrabilidade se refere à questão de se a legislação nacional ou a autoridade judicial impedem determinados tipos de disputas de serem arbitradas, normalmente porque o sistema legal em questão atribui a si mesmo o poder de resolver determinadas disputas e porque as partes não podem dispor autonomamente de determinadas relações legais (ex. patentes, valores mobiliários, direito concorrencial, direito penal, direito de família, direitos sobre herança etc.). Mas uma arbitragem sobre direitos e obrigações relacionados a um projeto “turnkey”, por exemplo, normalmente não entra no direito penal, salvo se o contrato tenha sido obtido por meio de circunstâncias corruptas. Sob esse prisma, a *ratio* do laudo de Lagergren não se baseia tanto na inarbitrabilidade do pedido, mas na sua inadmissibilidade, que se baseia em princípios gerais do direito tal qual o *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.

<sup>16</sup> **ICC Case 13515 Final Award**. ICC International Court of Arbitration Bulletin. Vol 24/Special Supplement. 2013. p.66.

O Tribunal concluiu que o contrato era nulo e, conseqüentemente, ao Requerente não poderia ser concedida a comissão não paga e, ao Requerido, não poderia ser concedido o reembolso das quantias pagas.

Nesse caso, o tribunal entendeu que a convenção arbitral expressamente lhe autorizava a julgar qualquer matéria relativa ao contrato, incluindo a nulidade por ilicitude. O Tribunal chegou à conclusão de que a corrupção não causa a inarbitrabilidade do litígio envolvendo corrupção e que o árbitro possui o poder de se manifestar sobre os efeitos civis da corrupção e a eventual invalidade do contrato, conforme segue:

Attendu 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.

(...)

Attendu 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.<sup>17</sup>

Assim como nesse caso, diversos outros tribunais arbitrais julgaram casos que envolviam corrupção anulando o negócio jurídico considerado ilegal, declarando a arbitrabilidade da questão e confirmando a sua jurisdição, tais como os casos CCI No. 3913 (1981), No. 3916 (1982), No. 8891 (1998) e No. 13914 (2008)<sup>18</sup>.

Tal entendimento moderno de interpretar a cláusula arbitral em contratos comerciais que envolvem corrupção levam em conta a doutrina da separabilidade (ou autonomia) da cláusula compromissória, no sentido de que os tribunais entendem que

---

<sup>17</sup> **ICC Case 13515 Final Award**, p.69-70. Tradução livre do autor: 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 conseqüências civis caso ele venha a ser anulado.

<sup>18</sup> **ICC Case 13914 Final Award**. ICC International Court of Arbitration Bulletin Vol 24/Special Supplement – 2013. p.77. Todos os casos citados no parágrafo foram analisados por este laudo.



podem considerar o contrato ilegal nulo sem que isso afete a cláusula compromissória. Nesse sentido, REDFERN e HUNTER fazem a seguinte observação:

The modern approach, based on the concept of separability that has now received widespread acceptance both nationally and internationally, is that an allegation of illegality does not in itself deprive the arbitral tribunal of jurisdiction. On the contrary, it is generally held that the arbitral tribunal is entitled to hear the arguments and receive evidence and to determine for itself the question of illegality.<sup>19</sup>

Nesse sentido, um tribunal federal da Suíça entendeu que, mesmo que se demonstrasse que um contrato possuía de fato como objeto o pagamento de propina, ainda assim a cláusula compromissória permaneceria válida.<sup>20</sup>

Em outro famoso caso, conhecido como *Westacre*, detalhadamente analisado por SAYED<sup>21</sup>, uma estatal Iugoslava (Jugoimport) contratou uma empresa panamenha (Westacre) para lhe prestar serviços de consultoria para vender tanques de guerra para o Kuwait. O contrato entre a Westacre e a Jugoimport possuía uma cláusula para arbitragem na CCI, aplicando a lei Suíça. Após desentendimentos na execução do contrato e seu consequente término, as partes deram início ao procedimento arbitral, que julgou em favor da Westacre. O laudo foi confirmado pelo Tribunal Federal Suíço. Ao tentar executar o laudo no Reino Unido, a Jugoimport contestou a sua execução alegando que a consultoria prestada pela Westacre envolvia o pagamento de propina para oficiais do Kuwait para obter contratos de vendas de tanques de guerra. Em primeiro grau, em face das provas apresentadas pela Jugoimport, a Corte determinou que a seguinte questão fosse inicialmente julgada: se o contrato de consultoria entre as partes incluía o pagamento de propinas de oficiais do Kuwait e se a execução de tal laudo seria contrária à ordem pública do Reino Unido.

---

<sup>19</sup> BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. **Redfern and Hunter on International Arbitration**. 5th edition. Oxford University Press. Oxford. 2009, §2.138. Tradução livre do autor: “O entendimento moderno, baseado no conceito de independência da cláusula compromissória que já recebeu ampla aceitação tanto nacional como internacionalmente, é de que uma alegação de ilegalidade, por si só, não priva o tribunal arbitral de jurisdição. Ao contrário, é geralmente sustentado que o tribunal arbitral possui competência para ouvir os argumentos e receber evidência e determinar a questão da ilegalidade.”

<sup>20</sup> Tribunal Federal Suíço, **National Power Corporation (Philippines) v Westinghouse (USA)**, ATF 119 II 380, 2 de setembro 1993, apud ALBANESI, Christian; JOLIVET, Emmanuel. **Dealing with Corruption in Arbitration: A Review of ICC Experience**. ICC International Court Of Arbitration Bulletin, Vol 24/Special Supplement – 2013.

<sup>21</sup> **Westacre v Jugoimport**. 2 Lloyd's rep. 111. 1998. Apud SAYED, Abdulhay. **Corruption in International Trade and Commercial Arbitration**. Kluwer Law International, 2004, p.p. 47-58.

A Westacre argumentou que, mesmo se fosse um contrato para o pagamento de propina, o que seria executado no Reino Unido não seria esse contrato, mas sim o contrato em que as partes concordaram em arbitrar seus litígios, o que não deveria se confundir com o contrato em que teria ocorrido tal ilegalidade, já que a decisão arbitral estaria isolada do contrato principal. Argumentou, ainda, que a ordem pública com a finalidade de executar um laudo arbitral se sobreporia a qualquer violação à ordem pública do contrato principal por corrupção. A Westacre ainda argumentou que, se houve qualquer alegação de violação à ordem pública durante o procedimento arbitral e o tribunal chegou a uma decisão fundamentada de que não havia qualquer violação, tal decisão deveria ser mantida.

A Corte em primeiro grau, por fim, chegou à conclusão de que, embora houvesse uma ordem pública em escala global para o combate à corrupção, a ordem pública pela manutenção dos laudos arbitrais deveria se sobrepor a essa. Essa decisão foi confirmada pela Corte de Apelação, que ainda mencionou que a Corte não havia efetuado uma vista grossa para a corrupção, mas apenas demonstrou confiança no julgamento do tribunal arbitral, conforme trecho que segue:

That conclusion is not to be read as in any sense indicating that the Commercial Court is prepared to turn a blind eye to corruption in international trade, but rather as an expression of its confidence that if the issue of illegality by reason of corruption is referred to high caliber ICC Arbitrators and duly determined by them, it is entirely inappropriate in the context of the New York Convention that the enforcement Court should be invited to retry that very issue in the context of a public policy submission.<sup>22</sup>

A conclusão da justiça britânica foi de que o laudo arbitral pode ser executado, mesmo quando há alegações de corrupção, baseando-se em três fatores, conforme eloquentemente resumido por TANG:

(...) first, the parties entered into arbitration agreements and the intention should be respected; second, the doctrine of kompetenz-kompetenz grants jurisdiction to the arbitral tribunal; and third, the doctrine of separability decides that the illegality of the underlying contract will not affect the validity of the arbitration agreement.<sup>23</sup>

---

<sup>22</sup> SAYED, p.p. 47-58. Tradução livre do autor: “A conclusão não deve ser entendida como uma indicação de que a Corte Comercial está disposta a fazer vista grossa para a corrupção no comércio internacional, mas como uma expressão de confiança de que se a questão da ilegalidade por corrupção é endereçada para um tribunal de árbitros de grande reputação da CCI e devidamente resolvida por eles, é completamente inapropriado, à luz da Convenção de Nova York, que a Corte de execução seja convidada a reapreciar essa questão no contexto de uma alegação de violação à ordem pública.”

<sup>23</sup> TANG, Zheng Sophia. **Jurisdiction and Arbitration Agreements in International Commercial Law**. Routledge. New York. 2014. p.p. 97-98. Tradução livre do autor: “em primeiro lugar, as acordaram em entrar em uma cláusula compromissória e essa intenção deve ser respeitada; em segundo lugar, a doutrina

Em outro caso paradigmático mais recente, a Corte Suprema Grega entendeu que a suspeita de existência de corrupção na obtenção de um contrato não se configuraria como uma violação de ordem pública capaz de impedir a execução do laudo arbitral. Esse caso trata de uma licitação internacional para a obtenção de um sistema de segurança para ser utilizado nos jogos olímpicos de Atenas de 2004. Tal licitação foi vencida pela empresa Science Applications International Corporation (SAIC), que subcontratou 71% do valor do contrato para sua empresa controladora, a alemã Siemens S.A, sendo o valor do contrato de €254.999.000,00. O principal critério para que a SAIC ganhasse o contrato era o de entregar o sistema em total capacidade de operação em até 12 meses. Quando o sistema foi entregue, o governo grego recusou parte dele, por estar alegadamente incompleto, deixando de pagar parte substancial do contrato.

Em resposta, a SAIC iniciou procedimentos arbitrais na CCI em abril de 2006. As partes chegaram a um acordo, mas o governo grego recusou-se a efetuar o pagamento final do contrato, o que levou a uma nova disputa em 2008. O tribunal da CCI concluiu que o governo grego havia inadimplido o seu contrato com a SAIC e condenou a Grécia a pagar €39.8 milhões em julho de 2013.

O governo grego contestou o laudo arbitral perante o tribunal competente em Atenas, requerendo a sua anulação, sob a alegação de que o contrato foi obtido através do pagamento de propina a funcionários públicos e que a existência de corrupção ao obter um contrato com a administração pública afeta a cláusula arbitral em tal contrato, tornando o laudo subsequente inválido, por uma questão de ordem pública. O Tribunal de Atenas entendeu que de fato haveria uma questão de ordem pública que prejudicaria a validade da arbitragem, anulando, pois, o laudo da CCI, em junho de 2014. O tribunal entendeu que o atraso ocorrido na entrega do sistema de segurança pela SAIC teria demonstrado que a empresa não possuía a capacidade de entregar o sistema, além de que estava representando a sua sub-contratada, SIEMENS, que foi investigada por corrupção na Grécia entre 2002 e 2007, chegando à conclusão de que o contrato havia sido obtido por corrupção.

A SAIC, então, apelou para a Corte Suprema da Grécia, que concluiu, em maio de 2016, que a decisão do tribunal de Atenas reanalisou os fatos da arbitragem, o que

---

da *kompetenz-kompetenz* confere jurisdição ao tribunal arbitral; e, em terceiro lugar, a doutrina da autonomia da cláusula arbitral determina que a ilegalidade do contrato principal não afeta a validade da cláusula compromissória.”

excedia os seus poderes, de modo que anulou a decisão do tribunal de Atenas e o devolveu para ser julgado novamente, por outra câmara do tribunal.<sup>24</sup> Desse modo, conclui-se que o entendimento foi no sentido de que existe competência pelos tribunais arbitrais em julgar essas questões.

Entretanto, em que pese o entendimento majoritário por parte de tribunais arbitrais e cortes estatais de que questões envolvendo corrupção podem ser submetidas à arbitragem, existem exceções a essa maioria. No Paquistão, por exemplo, a Corte Suprema decidiu, em *Hubco v Wapad*<sup>25</sup>, que uma evidência *prima facie* de corrupção tornaria a questão inarbitrável, baseando-se principalmente em argumentos de defesa da ordem pública.<sup>26</sup> Tal decisão sofreu diversas críticas por parte de doutrinadores, entre as quais está a de SAYED, que afirmou que:

The political circumstances that surrounded the Hubco vs. WAPDA case prevent the drawing of useful conclusions. In particular, one is unable to conclude as to whether there exists a rule on the non-arbitrability of corruption matters in Pakistani Law. The Supreme Court decision lacks substantiation and motivation.<sup>27</sup>

Portanto, a principal questão colocada por essa discussão é o balanço entre a ordem pública de combate à corrupção, que poderia impedir o laudo arbitral de ser executado, e a ordem pública relacionada à preservação de laudos arbitrais, que preza pela manutenção das decisões dos tribunais arbitrais. Enquanto a maioria dos tribunais entende que a ordem pública relacionada à preservação de laudos arbitrais deve se sobrepôr, a Suprema Corte Paquistanesa entendeu que a ordem pública de combate à corrupção impediria a execução de um laudo em que há uma alegação de corrupção.<sup>28</sup>

Em que pese a existência de uma decisão contrária, parece seguro afirmar que o entendimento internacional em relação a essa questão é de que as teorias da autonomia da cláusula compromissória, em conjunto com o instituto da *kompetenz-kompetenz*

---

<sup>24</sup>GLINAVOS Ioannis. **Government Procurement, Bribery, and an Olympic Size Scandal at the ICC.** Kluwer Arbitration Blog, April 7 2017, <http://kluwerarbitrationblog.com/2017/04/07/government-procurement-bribery-and-an-olympic-size-scandal-at-the-icc/>

<sup>25</sup> **Hub Power Co Ltd (HUBCO) v Pakistan WAPDA and Federation of Pakistan (2000).** 15(7) Mealey's International Arbitration Report, Section A.1, A-15 and 16, apud SAYED, p. 73.

<sup>26</sup> TANG, pp. 97-98.

<sup>27</sup> SAYED, p. 73. Tradução livre do autor: "As circunstâncias políticas que envolveram o caso Hubco vs. WAPDA impede que se retirem conclusões úteis. Particularmente, não é possível concluir sobre a existência ou não de uma regra anti-arbitrabilidade de questões envolvendo corrupção na lei do Paquistão. A decisão da Suprema Corte é escassa de fundamentação e motivação."

<sup>28</sup> SAYED, p. 73.

permitem aos tribunais arbitrais julgar as causas que envolvam corrupção, não havendo óbice de alguma eventual nulidade do contrato principal.

## **2.1 Possível aplicação sob a legislação brasileira**

Havendo analisado o entendimento internacional sobre o tema, o presente sub-capítulo visa analisar como a existência de corrupção poderia afetar uma arbitragem no Brasil. Inicialmente, cabe observar que no Brasil ainda não foram julgados casos em que um laudo arbitral foi contestado pela presença de uma alegação de corrupção no contrato principal. Porém, considerando a lógica de análise da existência de violação à ordem pública nos casos de *Westacre v. Jugoimport* e *Hubco v. Wapda*, é possível analisar o entendimento atual da justiça brasileira quanto à existência de violação à ordem pública quando há alegações de corrupção.

Para tanto, é possível fazer uma comparação com o caso julgado em 04/03/2015 na SEC 9.021, pela Corte Especial do STJ, de relatoria do Ministro Felix Fischer. No caso, a empresa requerente, Itaipu Binacional, buscou a homologação de sentença estrangeira, proferida pela Justiça paraguaia, que denegou mandado de segurança impetrado pela empresa requerida para reverter sua inabilitação em procedimento licitatório internacional, que teve por objeto a contratação dos serviços de implementação de linha de transmissão de energia, a serem executados em território paraguaio.

A Requerida alegou que houve fraude na licitação para inabilitar o consórcio do qual ela fazia parte, o que deveria ser entendido como uma violação à ordem pública brasileira, trazendo como fundamento a "Convenção Interamericana contra a Corrupção", a "Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção" e a "Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais da OCDE". O Ministro Relator, em voto aprovado por unanimidade pela Corte Especial, chegou à seguinte conclusão:

Não vislumbro, ademais, a alegada ofensa à ordem pública. De fato, os supostos vícios suscitados pela requerida na contestação, em especial acerca da metodologia utilizada pela comissão de licitação para inabilitar o consórcio do qual ela fazia parte, dizem respeito ao mérito da causa na Justiça estrangeira,

razão pela qual torna-se impossível a sua análise em sede de homologação de sentença, como preceitua o parágrafo único do art. 216-H do RISTJ.<sup>29</sup>

Essa decisão demonstra qual pode ser a interpretação pelas cortes brasileiras quando da execução de laudos arbitrais em que se discutiu a existência de corrupção. Embora o caso não seja sobre a execução de laudo arbitral, mas de sentença estrangeira, a fundamentação utilizada pelo STJ, o Título VII-A, capítulo I, do RISTJ, que compreende o art. 216-H<sup>30</sup>, é aplicável à homologação de decisões estrangeiras, estando os laudos arbitrais internacionais aí incluídos, de modo que, à primeira análise, o mesmo entendimento deveria ser aplicado aos laudos arbitrais estrangeiros.

O artigo 216-H do RISTJ possui o seguinte texto:

Art. 216-H. A parte interessada será citada para, no prazo de quinze dias, contestar o pedido.

Parágrafo único. A defesa somente poderá versar sobre a inteligência da decisão alienígena e a observância dos requisitos indicados nos arts. 216-C, 216-D e 216-F.

Os artigos 216-C, 216-D e 216-F, por sua vez, possuem a seguinte redação:

Art. 216-C. A homologação da decisão estrangeira será proposta pela parte requerente, devendo a petição inicial conter os requisitos indicados na lei processual, bem como os previstos no art. 216-D, e ser instruída com o original ou cópia autenticada da decisão homologanda e de outros documentos indispensáveis, devidamente traduzidos por tradutor oficial ou juramentado no Brasil e chancelados pela autoridade consular brasileira competente, quando for o caso.

Art. 216-D. A decisão estrangeira deverá:

I - ter sido proferida por autoridade competente;

II - conter elementos que comprovem terem sido as partes regularmente citadas ou ter sido legalmente revelia;

III - ter transitado em julgado.

Art. 216-F. Não será homologada a decisão estrangeira que ofender a soberania nacional, a dignidade da pessoa humana e/ou a **ordem pública**.(grifou-se)

Desse modo, em que pese qualquer diferenciação a ser feita entre execução laudos arbitrais estrangeiros e sentenças judiciais estrangeiras, a Corte Especial do STJ concluiu que a alegação de corrupção não se enquadra nas hipóteses de contestação à sentença

---

<sup>29</sup> SEC 9.021/EX, Rel. Ministro FELIX FISCHER, CORTE ESPECIAL, julgado em 04/03/2015, DJe 23/03/2015

<sup>30</sup> Art. 216-H. A parte interessada será citada para, no prazo de quinze dias, contestar o pedido. (...) Parágrafo único. A defesa somente poderá versar sobre a inteligência da decisão alienígena e a observância dos requisitos indicados nos arts. 216-C, 216-D e 216-F.

estrangeira, o que incluiu violação à ordem pública, mesmo sob a luz de todos os tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário. Logo, é possível concluir que um laudo arbitral estrangeiro que decidiu sobre questão envolvendo corrupção não teria a execução obstruída no Brasil por tal fundamento.

Em relação a arbitragens nacionais, não há indicativos de que disputas envolvendo atos de corrupção poderiam ser consideradas inarbitráveis. Em primeiro lugar, a lei de arbitragem, em seu rol exaustivo de razões para se anular uma sentença arbitral<sup>31</sup>, não prevê a possibilidade de anulação do laudo por existência de corrupção na matéria arbitrada. O inciso VI do artigo 32 da lei prevê, por sua vez, a anulação da sentença arbitral quando for “comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva”, ou seja, quando o *procedimento arbitral é afetado*, sendo o exemplo mais claro da aplicação desse inciso o corrompimento de um árbitro para que profira laudo ou voto favorável. Esse caso não se confunde com a existência de corrupção na matéria da arbitragem.

Outro fundamento que poderia afetar a jurisdição do tribunal arbitral em relação a uma disputa envolvendo corrupção é a possibilidade de nulidade da cláusula compromissória, conforme previsto no inciso I do artigo 32 da Lei 9.307/96<sup>32</sup>. Nesse caso, considerando o princípio da autonomia da cláusula compromissória, que é positivada no Brasil<sup>33</sup>, uma possível nulidade do contrato principal pela comprovação de que este foi obtido pelo pagamento de propinas ou por fraude não a afetaria, a não ser que se comprovasse que essa cláusula foi especificamente negociada no contexto do ato

---

<sup>31</sup> Lei nº 9.307. Art. 32. É nula a sentença arbitral se:

I - for nula a convenção de arbitragem;

II - emanou de quem não podia ser árbitro;

III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei

IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem;

~~V - não decidir todo o litígio submetido à arbitragem;~~

VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva;

VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e

VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.

<sup>32</sup> Lei nº 9.307.

<sup>33</sup> 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 inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória. (...) Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.

corrupto, hipótese essa que foi observada pelo Tribunal Arbitral em *World Duty Free v. Kenya*<sup>34</sup>.

Cumpra mencionar também que a Lei 9.307/1996 não prevê anulação de laudo arbitral por violação à ordem pública, sendo esse o principal fundamento utilizado no argumento de que questões envolvendo corrupção não seriam arbitráveis nos casos internacionais. Desse modo, é válido presumir que, havendo um compromisso arbitral que não foi especificamente negociado através de corrupção, o tribunal arbitral possui competência para dirimir a controvérsia conforme a legislação brasileira<sup>35</sup>, desde que se atenha às questões que envolvam direitos patrimoniais disponíveis afetados pelo ato corrupto.

---

<sup>34</sup> **World Duty Free Company v Republic of Kenya**, ICSID Case No. Arb/00/7. Julgado em 04/10/2006. §187, em tradução livre do autor: “Por fim, o Tribunal repara que não há evidências e sequer foi arguido por qualquer das partes de que a propina deu causa à Cláusula 9 do Contrato, a qual contém o compromisso arbitral para a ICSID. Desse modo, de acordo com princípios bem-estabelecidos sob a lei inglesa e queniana, esse Tribunal opera sob a presunção de que o compromisso arbitral permanece válido e efetivo para os propósitos desse procedimento e Laudo.”

<sup>35</sup> Após análise de leis relevantes, como a Lei Anticorrupção (nº 12.846/2013) e de contratos administrativos em geral (Lei nº, 8.666/1993, Lei nº 13.303/2016, etc) não encontrei nenhum dispositivo legal que poderia obstar a jurisdição do tribunal arbitral quanto a essas questões.



### 3 CORRUPÇÃO EM ARBITRAGENS DE INVESTIMENTO

A arbitragem de investimento se diferencia em muitos aspectos da arbitragem comercial, sendo talvez a diferença mais indicada pela doutrina o momento em que é perfectibilizado o acordo arbitral. Enquanto em arbitragens comerciais o contrato e a cláusula compromissória são negociados ao mesmo tempo, havendo uma confusão entre o contrato substantivo e a cláusula compromissória, em arbitragens de investimento o acordo em arbitral normalmente não é contratual, mas é oferecido ao investidor por determinado país por força de tratado, seja um tratado bilateral ou multilateral de investimento, ou até por lei interna. Essa diferenciação, entretanto, não leva em consideração as arbitragens de investimento via cláusula compromissória em contrato de investimento, sendo importante distinguir ambas pela diferença na aplicação da doutrina da autonomia da cláusula compromissória.

Em arbitragens contratuais, a confusão existente entre a cláusula compromissória e o contrato substantivo é a razão de existir da doutrina da autonomia da cláusula compromissória, sendo esta, portanto, aplicada de uma maneira mais clara quando existe um contrato com dita cláusula, sendo diferente a maneira como se dá a sua aplicação quando a fonte do dever de arbitrar é contratual ou por tratado.

No presente trabalho de conclusão, utiliza-se como definição de arbitragem de investimento aquelas arbitragens em que uma disputa tenha como objeto um investimento. A definição de investimento aqui utilizada, em que pese haver discussão doutrinária sobre o tema, será a seguinte: se o objeto da disputa envolver (1) uma contribuição em dinheiro ou ativos no Estado; (2) se a relação possuir certa duração e; (3); se houver um elemento de risco<sup>36</sup>.

---

<sup>36</sup> Essa definição utilizada se baseia no *Salini test*, que foi utilizado no caso *Salini v. Morocco*, menos o seu quarto item, cuja aplicação foi considerada desnecessária por tribunais arbitrais em casos posteriores e que ainda é discutida doutrinariamente. Ver GRABOWSKI, Alex. **The Definition of Investment under the ICSID Convention: A Defense of Salini**. Chicago Journal of International Law: Vol. 15: No. 1, Article 13. 2014. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cjil/vol15/iss1/13>.

### 3.1 CORRUPÇÃO EM ARBITRAGENS DE INVESTIMENTO BASEADAS EM CONTRATOS

A segunda maneira como a corrupção pode afetar uma arbitragem é pela sua influência na obtenção ou execução de um contrato cujo objeto é lícito. Nesse caso, o contrato estaria “contaminado” por corrupção, seja na fase de sua obtenção ou em sua execução. O corruptor, nesse caso, paga propinas para algum representante da parte corrompida para obter o contrato ou facilitar a sua execução.<sup>37</sup> Os principais casos arbitrais lidando com essa questão são o *World Duty Free v. Kenya* e *Niko v. Bangladesh*, que serão analisados a seguir.

#### 3.1.1 O caso *World Duty Free v. Kenya*

No emblemático caso *World Duty Free v. Kenya*, a empresa requerente havia celebrado um contrato com o governo do Quênia para a 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 entrou com um 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.

Como 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 milhões de dólares norte-americanos, o que não foi negado pelo requerente, que alegou 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*”<sup>38</sup>.

O tribunal entendeu não haver dúvidas de que tal pagamento se tratou de uma propina e foi enfático no sentido de que a corrupção vai contra princípios de ordem pública transnacional e, portanto, pedidos feitos com base em contratos corruptos ou

---

<sup>37</sup> ARMESTO, Juan Fernandez. **Chapter 11: The Effects of a Positive Finding of Corruption** in Domitille Baizeau and Richard H. Kreindler (eds), **Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration**, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, Volume 13 (Kluwer Law International; International Chamber of Commerce (ICC) 2015) pp. 167 – 174, § 13.

<sup>38</sup> *World Duty Free v. Kenya*, p. 37, §130.

obtidos por corrupção não poderiam ser sustentados pelo tribunal, conforme o trecho a seguir:

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.<sup>39</sup>

O 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*<sup>40</sup> 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, e, 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 as leis, conforme segue:

(...) there can be no affirmation or waiver in this case based on the knowledge of the Kenyan President attributable to Kenya. The President was here acting corruptly, to the detriment of Kenya and in violation of Kenyan law (including the 1956 Act). There is no warrant at English or Kenyan law for attributing knowledge to the state (as the otherwise innocent principal) of a state officer engaged as its agent in bribery. The Claimant ripostes that the Kenyan President was “one of the remaining ‘Big Men’ of Africa, who, under the one-party State Constitution was entitled to say, like Louis XIV, he was the State”(…). In the Tribunal’s view, this submission is ill-founded under Kenyan law: the President held elected office under the Kenyan Constitution, subject to the rule of law (including the 1956 Act). As Lord Denning MR famously said in *Ex p. Blackburn* [1968] 2 QB 118, 148 (quoting Thomas Fuller): “Be ye never so high, the law is above you”; and in law, in Kenya as in England, the position is materially the same.<sup>41</sup>

---

<sup>39</sup> *World Duty Free v. Kenya*, p.48, §157. Tradução livre do autor: “À luz de leis domésticas e convenções internacionais relativas a 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.”

<sup>40</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A Ilícitude Derivada do Exercício Contraditório de um Direito: O Renascer do Venire Contra Factum Proprium**. Revista da AJURIS . V. 32, n. 97. Porto Alegre. Março/2005.

<sup>41</sup> *World Duty Free v. Kenya*, p.61, §185. Tradução livre do autor: “Não pode haver confirmação ou renúncia neste caso baseado no conhecimento do Presidente do Quênia atribuível ao Quênia. O Presidente estava agindo corruptamente, em detrimento ao Quênia e em violação à lei do Quênia (incluindo a lei de 1956). Não há permissivo legal nas leis Inglesa e Queniana para atribuir conhecimento ao Estado (como o

O tribunal, então, chegou à conclusão de que Quênia possuía o direito de rescindir o contrato de acordo com a sua lei e julgou improcedente o pedido do requerente, mas sublinhou dois pontos para consideração, sendo o primeiro ponto:

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.<sup>42</sup>

E o segundo:

Lastly, the Tribunal notes that no evidence was adduced or argument submitted by either 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.<sup>43</sup>

Portanto, a conclusão do tribunal em *World Duty Free v. Kenya* 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.

RAESCHKE- KESSLER e GOTTWALD<sup>44</sup>, em comentário indireto a esse caso, fizeram a seguinte observação sobre a responsabilidade do Estado pelo ato corrupto

---

representado inocente) de um administrador público envolvido como agente em esquema de propina. O requerente argumenta que o Presidente Queniano “era um dos “Grandes Homens” remanescentes na África, que, sob a constituição unipartidária do Estado poderia dizer, como Luís XIV, que ele era o Estado”(…). Na visão do Tribunal, esse argumento é mal-sustentado sob a lei Queniana: o Presidente ocupou cargo eleito conforme a Constituição Queniana, sujeito ao Estado de direito (incluindo a lei de 1956). Conforme Lorde Denning MR famigeradamente disse em *Ex p. Blackburn* [1968] 2 QB 118, 148 (citando Thomas Fuller): “Seja você alto como nunca, a lei está acima de você”; e, na lei, tanto no Quênia como na Inglaterra, a posição é materialmente a mesma.

<sup>42</sup> *World Duty Free v. Kenya*, p. 61, §186. Tradução livre do autor: “Primeiramente, podem haver consequências legais a partir da rescisão do contrato, ainda que a *restitutio in integrum* não pode incluir o estorno das propinas ao Requerente: ver *LogicRose v. Southend United* (1988; *ibid*), por Mr Justice Millett, às pp. 1263-1264. Essas consequências legais não foram solicitadas pelo Requerente neste procedimento e não fazem parte deste laudo.

<sup>43</sup> *World Duty Free v. Kenya*, p. 61, §187. Tradução livre do autor: “Por fim, o Tribunal aponta que nenhuma prova foi produzido ou argumento levantada 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 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 deste Laudo.

<sup>44</sup> RAESCHKE-KESSLER, Hilmar; GOTTWALD, Dorothee. **Part II Substantive Issues, Ch.15 Corruption**. The Oxford Handbook of International Investment Law. Oxford University Press, 2015, p. 596. Tradução livre do autor: “A lei internacional contém o princípio fundamental de responsabilidade estatal, que se refere à “responsabilização dos Estados por violações à lei internacional, e a obrigação de que os Estados façam reparações por essas violações”. Com o crescente consenso internacional anti-corrupção, e a assinatura de diversas convenções multilaterais anti-corrupção, a corrupção deve ser considerada como uma violação à lei internacional. Responsabilização nesse contexto significa que os

praticado pelo seu próprio presidente. De acordo com os autores, segundo a lei internacional os Estados devem ser responsabilizados pela ação de seus representantes, principalmente quando estes fazem parte do alto escalão governamental, conforme trecho a seguir:

International law contains the fundamental principle of state responsibility, referring to ‘the accountability of states for violation of international law, and the requirement that states make reparation for such violations’. With the growing international consensus on anti-corruption, and the signing of multilateral anti-corruption conventions, hard corruption is to be considered as a violation of international law. Accountability means in this context that states have to bear the consequences of corruption and assume full responsibility for the actions of their organs. This is obvious if the highest-ranking hierarchy, such as heads of state or the prime minister, is involved in the corrupt acts. It is not different if the state is represented by corrupt lower-ranking officials, like heads or deputy heads of departments.

Tal entendimento tem como base os Artigos Sobre a Responsabilidade dos Estados por Atos Internacionalmente Ilícitos, cujo artigo sétimo possui o seguinte teor:

[t]he conduct of an organ of a State or of a person or entity empowered to exercise elements of the governmental authority shall be considered an act of the State under international law if the organ, person or entity acts in that capacity, even if it exceeds its authority or contravenes instructions.<sup>45</sup>

Ou seja, conforme esse entendimento, um ato corrupto por qualquer funcionário público é um ato atribuível ao Estado e, portanto, ato sobre o qual o Estado possui responsabilidade, inclusive responsabilidade contratual. Desse modo, o Estado deveria cumprir com as suas obrigações contratuais apesar dos atos corruptos de seus representantes.<sup>46</sup> Para fundamentar praticamente esse argumento, os autores ainda mencionam um argumento econômico: se o Estado pudesse facilmente rescindir qualquer obrigação advinda de um contrato afetado por corrupção, poderia lucrar por sua própria violação da lei internacional.<sup>47</sup> Entretanto, a possibilidade de se utilizar de um meio legal para evitar esse enriquecimento ilícito por parte do Estado não foi descartado pelo tribunal em *World Duty Free v. Kenya*, que expressamente mencionou a possibilidade de

---

Estados devem ser submetidos às consequências da corrupção e assumir total responsabilidade pelas ações de seus órgãos. Isso é óbvio se a autoridade máxima, como chefes de Estado ou primeiros ministros, estão envolvidos nos atos corruptos, não sendo diferente se o Estado é representado por oficiais menor ranqueados, como chefes ou sub chefes de departamentos.”

<sup>45</sup> International Law Commission. *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries* (2001). Tradução livre do autor: “a conduta de um órgão de Estado ou de uma pessoa ou entidade com poderes para exercer atos da autoridade governamental serão considerados como um ato do Estado sob a lei internacional se o órgão, pessoa ou entidade agir nesta capacidade, mesmo se exceder a sua autoridade ou se violar instruções”.

<sup>46</sup> RAESCHKE- KESSLER e GOTTWALD, p. 597.

<sup>47</sup> RAESCHKE- KESSLER e GOTTWALD, p. 597.

existirem “consequências legais” com a rescisão do contrato, o que não analisou por não constarem nos pedidos do requerente a aplicação dessas possíveis consequências, tendo deixado essa questão em aberto.<sup>48</sup> Em um caso julgado pela ICC, por exemplo, o tribunal concluiu que um contrato obtido por corrupção de diretores de uma empresa não era inexecutável, cabendo reparação à parte corruptora por seus desembolsos, descontando a sua margem de lucro<sup>49</sup>.

Deve-se observar, no entanto, que o caso *World Duty Free v. Kenya* não aplicou apenas a lei de responsabilidade internacional, mas sim as leis nacionais do Quênia e da Inglaterra, que fundamentaram o argumento de que um ato corrupto pelo presidente não poderia se confundir com um ato corrupto pelo Estado. No que se refere à aplicação da lei internacional nesses casos, conforme RAESCHKE- KESSLER e GOTTWALD, “[i]t seems too early to find a consolidated position of arbitral tribunals, although there seems to be at least a certain degree of reservation”<sup>50</sup>.

### 3.1.2 O caso *Niko v. Bangladesh*<sup>51</sup>

Em outro caso de arbitragem contratual entre investidor e Estado, *Niko v. Bangladesh*, o tribunal arbitral, presidido por Jan Paulsson, lidou com a questão de corrupção em sua decisão sobre a jurisdição do tribunal. Esse caso trata de uma disputa entre a subsidiária de uma empresa canadense situada em Bangladesh (Niko Resources Ltd) contra duas estatais de Bangladesh e contra este Estado, caso esse que foi sucintamente resumido por LLAMZON:

The investment related to gas field development in Bangladesh. The claimant concluded a joint venture agreement in 2003 with Bapex under the direction of

<sup>48</sup> *World Duty Free v. Kenya*, p. 61, §186.

<sup>49</sup> **ICC Case 10.518, Partial and Final Awards**, em ICC International Court of Arbitration Bulletin. Vol 24/Special Supplement. 2013. Nesse caso, o requerente (contratado) e o requerido (contratante) celebraram um contrato para a construção de uma instalação industrial em um país do Sudeste Asiático. O contrato era regido pela lei de Nova York e surgiram controvérsias entre as partes relacionadas com a sua execução. Durante o procedimento arbitral para resolver tais controvérsias, o demandado arguiu em preliminar que o demandante não poderia obter qualquer reparação por ter obtido o contrato subornando os conselheiros. O tribunal arbitral concluiu que suborno não tornava o contrato inexecutável e não impedia o demandante de continuar com as suas demandas, e tampouco afetava de qualquer maneira a jurisdição do tribunal arbitral. Após, julgou, com base na lei de Nova York, que a solução apropriada para a controvérsia era que o demandante recuperasse os seus desembolsos, mas sem auferir qualquer lucro.

<sup>50</sup> RAESCHKE- KESSLER e GOTTWALD, p. 598. Tradução livre do autor: “parece demasiado cedo para encontrar uma posição consolidada de tribunais arbitrais, mas parece haver ao menos um certo grau de reserva.”

<sup>51</sup> **Niko Resources (Bangladesh) Ltd. v. Bangladesh Petroleum Exploration & Production Company Limited ("Bapex") and Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation ("Petrobangla")**. ICSID Case No. ARB/10/18. Decision on jurisdiction. Julgado em 19/08/2013.

the Ministry of Power in Bangladesh. Having successfully been able to generate gas supplied from two wells from 2004, Bapex and Niko negotiated and eventually concluded a Gas Purchase and Sale Agreement (GSPA) with Petrobangla in 2006 with the approval of the Government of Bangladesh. While drilling was done and gas started becoming available, and while the GSPA was still being negotiated, two blowouts occurred in one field in 2005 for which the government formed a committee to ascertain the causes and the damage done. Niko was considered responsible, and legal actions in Dhaka courts were filed, where the government and Petrobangla sought a large amount of compensation (the proceedings were still pending at the time of the decision). Niko initiated arbitration due to purported non-payment of delivered gas under the GSPA amounting to over US\$35 million.<sup>52</sup>

Os requeridos alegaram em sua defesa, entre outros fundamentos, que a Niko praticou atos corruptos, como a entrega de um carro de 190.000,00 dólares canadenses para o ministro de energia de Bangladesh, e um convite feito ao ministro pela sua controladora canadense para uma exposição no Canadá, custeada por esta, com o fim de obter o contrato de compra e venda de gás com a Petrobangla. Alegaram que a mera entrega ao ministro dessas vantagens já se configuraria como corrupção. Ainda, as atividades da *Niko* foram investigadas pelas autoridades canadenses, que apuraram terem ocorrido práticas corruptas, aplicando à empresa uma multa de 9.5 milhões de dólares canadenses. Por fim, concluíram sua alegação mencionando que “*jurisdiction must be denied because the Claimant has violated the principles of good faith and international public policy.*”<sup>53</sup>

O requerente apresentou defesa à essa argumentação alegando que os pressupostos trazidos pelas requeridas baseavam-se em julgados de casos que possuíam como base jurisdicional tratados de investimento, que por sua vez possuíam requisitos específicos de *compliance* para a sua aplicação, algo que não havia no contrato de investimento que embasava a presente disputa, conforme trecho que segue:

---

<sup>52</sup> LLAMZON, Aloysius P. **Corruption in International Investment Arbitration**. Oxford University Press, 2015. §6.276. Tradução livre do autor: “O investimento relacionava-se com a exploração de campos de gás em Bangladesh. O requerente firmou uma joint venture (JVA na sigla em inglês) com a estatal Bapex, sob a direção do Ministério da Energia de Bangladesh, em 2003. Havendo extraído gás com sucesso em dois poços em 2004, a Bapex e a Niko negociaram e posteriormente firmaram um Contrato de Compra e Venda de Gás (GSPA na sigla em inglês) com a estatal Petrobangla em 2006, com a aprovação do governo de Bangladesh. Enquanto a perfuração dos poços estava ocorrendo e o gás começava a ficar disponível, e enquanto o GSPA ainda estava sendo negociado, duas explosões ocorreram em um campo de gás em 2005, pelas quais o governo criou um comitê para fazer um levantamento das causas das explosões e do prejuízo causado. A Niko foi considerada responsável e ações legais foram ajuizadas em Daca, onde o governo e a Petrobangla pediram uma grande quantia em indenizações (esse processo ainda estava pendente ao tempo da decisão). A Niko iniciou arbitragem pelo suposto não pagamento da entrega de gás sob o GSPA no valor de US\$35 milhões.”

<sup>53</sup> *Niko v. Bangladesh*, p. 104, §374. Tradução livre do autor: “a jurisdição deve ser negado pois o Requerente violou princípios de boa fé e ordem pública internacional.”

Absent special requirements imposed by treaty, the international law requirements of good faith relate to the creation of the investment, and in some instances the acquisition of an investment for an improper purpose. Obviously, in some instances bad faith performance is relevant, in that rights arising from illegal acts will not be recognized where a BIT requires ongoing compliance with local law. Also, contracts which have corruption as their objective are not enforceable.

It is apparent from these cases that there must be a nexus between the alleged corruption or bad faith and the contract sought to be enforced. (...) <sup>54</sup>

Ao analisar as provas presentes nos autos, o tribunal chegou à conclusão de que haviam provas de que o requerente havia praticado atos de corrupção<sup>55</sup>, mas não pôde vislumbrar nexos causais entre tais atos de corrupção com a conclusão dos contratos envolvidos na disputa.<sup>56</sup>

Após, o tribunal passou à análise do efeito que tal prática corrupta teria sobre a arbitragem. Inicialmente, o tribunal fez uma breve análise sobre a existência de uma “ordem pública internacional” contra a corrupção, e chegou à conclusão de que “(...) *the prohibition of bribery forms part of international public policy.*”<sup>57</sup>

Feito tal esclarecimento, o Tribunal mencionou que a ordem pública internacional se sobrepõe à vontade das partes, e, portanto, contratos que entrem em conflito com a ordem pública internacional (...) “*cannot be given effect by arbitrators.*”<sup>58</sup> Então, o tribunal fez uma diferenciação entre contratos cujo objeto é corrupto e contratos obtidos por corrupção. Quanto aos contratos cujo objeto é corrupto, o tribunal declarou ser pacífico o entendimento de que são nulos ou inexequíveis, conforme o seguinte trecho:

Courts in a number of countries(...) and arbitral tribunals(...) have found that contracts having influence peddling or bribery as their objectives or motives were void or unenforceable. Legal writers have supported these conclusions. (...) In this context reference is often made to the adages such as *Ex injuria jus*

---

<sup>54</sup> *Niko v. Bangladesh*, p. 107, §376. Tradução livre do autor: “Na ausência de requisitos especiais impostos por tratado, os requisitos de boa fé de direito internacional se relacionam à criação do investimento, e em alguns casos à aquisição do investimento com um propósito impróprio. Obviamente, em algumas situações a operação em má fé é relevante, em que direitos que nascem de atos ilegais não serão reconhecidos onde o TBI requer o cumprimento contínuo à lei local. Ainda, contratos que possuem corrupção como o seu objeto não são exequíveis.

É aparente por esses casos que é necessário haver um nexo entre a corrupção alegada ou má fé com o contrato que se busca executar (...)”

<sup>55</sup> *Niko v. Bangladesh*, p. 116, §423.

<sup>56</sup> *Niko v. Bangladesh*, p. 117, §429.

<sup>57</sup> *Niko v. Bangladesh*, p. 118, §433. Tradução livre do autor: “a proibição ao pagamento de propina faz parte da ordem pública internacional”.

<sup>58</sup> *Niko v. Bangladesh*, p. 119, §434. Tradução livre do autor: “[a esses contratos] os árbitros não podem dar efeito”.



*non oritur(...)* or *Nullus commodum capere potest de sua injuria propria (...)* or the Roman law principle *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans(...)*<sup>59</sup>

Porém, foi feita a ressalva de que os contratos em disputa não se tratavam de contratos cujos objetos eram corruptos, e que o que cabia ao tribunal era determinar se os atos de corrupção cometidos pelo requerente afetavam de alguma maneira a validade dos acordos feitos entre as partes ou a cláusula compromissória:

In the present case, the agreements on which the claims are based have as their object the development of marginal/abandoned gas fields and the sale of gas from such fields. It has not been argued that there is anything illegal about the object and the content of these contracts. The Tribunal has not been made aware of any such illegality. The reasons which lead to the unenforceability of contracts for corruption do not apply to the agreements considered in the present case.

The question therefore is whether the acts of corruption committed by the Claimant affect the validity of the otherwise legal agreements or the arbitration clause contained in them.<sup>60</sup>

Logo, o tribunal passou a examinar os contratos obtidos por meio de práticas corruptas. O tribunal entendeu que os contratos obtidos por meio de corrupção são, por vezes, feitos por meio de propinas pagas de maneira encoberta e que a propina é recebida pelo funcionário público ao invés do Estado, sendo este a parte “vítima” dos atos corruptos. Sendo o Estado vítima do ato corrupto, teria ele também o pressuposto de manter tal contrato caso possuía interesse em fazê-lo, sendo, pois, o contrato obtido por corrupção anulável, e não nulo, baseando-se no artigo 34 da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção<sup>61</sup>, sobre o que concluiu:

---

<sup>59</sup> *Niko v. Bangladesh*, p. 119, §436. Tradução livre do autor: “Cortes em diversos países (...) e tribunais arbitrais (...) concluíram que contratos que possuíam tráfico de influência ou pagamento de propina como objeto ou fim eram nulos ou inexequíveis. Doutrinadores apoiaram essas conclusões. (...) Neste contexto, normalmente se faz referência aos adágios *Ex injuria jus non oritur(...)* ou *Nullus commodum capere potest de sua injuria propria (...)* ou o princípio de direito Romano *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans(...)*”

<sup>60</sup> *Niko v. Bangladesh*, p. 120, §§ 438, 439. Tradução livre do autor: “No presente caso, os contratos em que os pedidos são baseados tem como objeto o desenvolvimento de campos de gás marginais/abandonados e a venda do gás de tais campos. Não foi alegado de que haveria qualquer ilegalidade em relação ao objeto e conteúdo desses contratos. O Tribunal não foi informado de qualquer ilegalidade nesse sentido. As razões para a inexecutabilidade de contratos por corrupção não se aplicam aos contratos considerados no presente caso.

A questão, portanto, é se atos de corrupção cometidos pelo Requerente afetam a validade de um contrato que por sua vez é legal e a cláusula compromissória nele contida.

<sup>61</sup> BRASIL. Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, que promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. Artigo 34. Conseqüências dos atos de corrupção. Com a devida consideração aos direitos adquiridos de boa-fé por terceiros, cada Estado Parte, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, adotará medidas para eliminar as conseqüências dos atos de corrupção. Neste contexto, os Estados Partes poderão considerar a corrupção um fator pertinente em procedimentos jurídicos encaminhados a anular ou deixar sem efeito um contrato ou a revogar uma concessão ou outro instrumento semelhante, o adotar qualquer outra medida de correção.

The essential elements to be taken from this provision are first of all that rights of third parties acquired in good faith must be protected and second that the consequences of corruption may lead to the annulment or rescission of a contract, the withdrawal of such rights as a concession; but these consequences are not automatic. They must be considered as “a relevant factor in legal proceedings”.<sup>62</sup>

Nesse caso, ao contrário do Quênia no *World Duty Free v. Kenya*, Bangladesh e as outras requeridas foram questionadas se queriam a rescisão do contrato, o que negaram. Elas tampouco alegaram que o contrato era nulo de pleno direito. O tribunal concluiu que as requeridas não se basearam na corrupção como base para pedir a extinção do contrato e, por isso, os contratos não poderiam ser rescindidos ou anulados, conforme segue:

The Tribunal concludes that the Respondents do not rely on the proven nor on the alleged acts of corruption as grounds for avoiding the agreements and the arbitration clauses contained therein. Their defence is that, even though the agreements are still in force, the Claimant may not rely on their respective ICSID arbitration clauses.

Therefore, the Tribunal is of the view that, in the absence of a clear declaration by the Respondents and given that there is no illegality in the content of the Agreements or in their performance, it may not treat the Agreements as avoided or invalid.(...)<sup>63</sup>

Após, o tribunal analisou as alegações das requeridas sobre a negação de jurisdição apesar da existência de uma cláusula compromissória válida. Em defesa de sua posição, as requeridas apresentaram as seguintes linhas argumentativas: (i) a oferta para a arbitragem na ICSID é aplicável apenas a investimento feitos em boa fé; (ii) a aceitação de jurisdição pelo tribunal colocaria em risco a integridade do mecanismo de solução de disputas da ICSID e (iii) a doutrina “*clean hands*”.<sup>64</sup>

Quanto ao primeiro argumento, de que a oferta para a arbitragem na ICSID é aplicável apenas a investimento feitos em boa fé, o tribunal, ao analisar os casos nos quais as requeridas basearam tal argumento, chegou à conclusão de que tais casos dizem respeito a tratados de investimentos em que um Estado se compromete com outro Estado

---

<sup>62</sup> *Niko v. Bangladesh*, p.122, §447. Tradução livre do autor: “ Os elementos essenciais a serem retirados dessa previsão legal são, em primeiro lugar, de que os direitos de terceiros de boa fé devem ser protegidos e, em segundo lugar, que as consequências de corrupção podem levar à anulação ou rescisão do contrato, a retirada de direitos como a concessão; mas essas consequências não são automáticas. Elas devem ser consideradas como “um fator relevante” em procedimentos legais.”

<sup>63</sup> *Niko v. Bangladesh*, p. 126, §§ 463 e 464. Tradução livre do autor: “O Tribunal conclui que os Requeridos não se valem dos atos de corrupção comprovados ou alegados como base para rescindir os contratos e as cláusulas compromissórias neles contidas. A sua defesa é que, ainda que os contratos ainda estejam em vigor, o Requerente não pode se valer de suas respectivas cláusulas compromissórias da ICSID.

Portanto, o Tribunal entende que, na ausência de uma declaração clara pelos Requeridos e considerando que não há nenhuma ilegalidade manifesta nos Contratos ou em suas execuções, os Contratos não podem ser considerados rescindidos ou inválidos. (...)”

<sup>64</sup> *Niko v. Bangladesh*, p. 126, §466.

a oferecer aos nacionais deste último proteções especiais a seus investimentos em território nacional, incluindo nessas proteções a resolução de conflitos pela ICSID ou outras formas de arbitragem. Tal oferta é feita a um número não identificado de investidores estrangeiros, e, no contexto desses tratados, as circunstâncias podem justificar que as proteções conferidas pelo Estado receptor do investimento, incluindo a resolução de disputas, podem estar sujeitas a determinadas condições<sup>65</sup>, incluindo que o investimento tenha sido feito em boa fé.

O tribunal observou que esse não era o caso da disputa, uma vez que a sua jurisdição não se baseava em um tratado, mas em dois contratos, cujas cláusulas compromissórias não eram apenas uma oferta de arbitragem sujeita a condições que podem ou não ser aceitas, mas de um contrato vinculando as partes a submeter as suas disputas à arbitragem na ICSID<sup>66</sup>, e, portanto, as questões relativas à boa fé deveriam ser julgadas pela maneira acordada entre as partes, não havendo justificativa para a denegação de jurisdição, conforme segue:

The question whether the investment was made in good faith or not and, if not, what consequences would have to be drawn from it, are matters which must be resolved in the agreed manner. In a contractual dispute as the present one, alleged or established lack of good faith in the investment does not justify the denial of jurisdiction but must be considered as part of the merits of the dispute.<sup>67</sup>

Quanto à alegação de que a aceitação de jurisdição pelo tribunal colocaria em risco a integridade do mecanismo de solução de disputas da ICSID, o tribunal concluiu que não havia tal risco, uma vez que tal integridade seria promovida, e não violada, pela adjudicação de disputas trazidas à sua jurisdição por compromissos arbitrais válidos<sup>68</sup>, e, ainda, que no caso a arbitragem da ICSID foi invocada não em busca de um pedido com fim corrupto ou por pedidos advindos de um contrato ilegal, mas a execução de contratos reconhecidamente válidos pelas próprias requeridas, através dos quais estas continuavam se beneficiando, concluindo que “[t]he Tribunal cannot see why hearing and resolving

---

<sup>65</sup> *Niko v. Bangladesh*, p. 127, §469.

<sup>66</sup> *Niko v. Bangladesh*, p. 127, §470.

<sup>67</sup> *Niko v. Bangladesh*, p. 127, §471. Tradução livre do autor: “A questão se o investimento foi ou não efetuado de boa fé, e, em caso negativo, que consequências teriam de ser retiradas disso, são questões que devem ser resolvidas da maneira acordada. Em uma disputa contratual como a presente, a ausência de boa fé no investimento não justifica a negativa jurisdicional e deve ser considerada como parte do mérito da disputa.”

<sup>68</sup> *Niko v. Bangladesh*, p.128, §474.

*these claims under the given circumstances would affect the integrity of the ICSID system*".<sup>69</sup>

O último argumento nesse tópico trazido pelas requeridas foi de que a doutrina “*clean hands*” barraria a jurisdição do tribunal. Nesse ponto o tribunal demonstrou dúvida quanto à existência de fato de tal doutrina no direito internacional. Ainda, através da análise de casos julgados pela Corte Internacional de Justiça, o tribunal chegou à conclusão que, mesmo que ela seja considerada como aceita pelo direito internacional, apenas seria relevante em uma situação em que o requerente baseasse seus pedidos em uma ilegalidade praticada pelo requerido quando o próprio requerente também estivesse envolvido nessa ilegalidade, ou seja, se houvesse reciprocidade nas ilegalidades alegadas, o que entendeu não ser o caso da disputa em questão. Tal entendimento do árbitro sobre a doutrina “*clean hands*”, embora não tenha sido mencionado, se aproxima muito da definição do princípio *tu quoque* do direito romano-germânico.

Tal teoria já ocasionou diversas discussões no âmbito de tribunais arbitrais<sup>70</sup> e doutrina<sup>71</sup> e será melhor discutida no ponto 4 do presente trabalho de conclusão.

A conclusão que se extrai desses julgados é de que um ato de corrupção para a obtenção de um contrato (*World Duty Free v. Kenya* e *SAIC v. Greece*) não obsta a jurisdição do tribunal arbitral. No *World Duty Free v. Kenya* o tribunal reconheceu sua jurisdição e declarou nulo o contrato, enquanto em *Niko v. Bangladesh* o entendimento foi de que um ato corrupto relacionado a um contrato, ocorrido no curso da relação contratual, não afeta a jurisdição do tribunal arbitral. Destaca-se, portanto, que nesses casos a existência de corrupção não afetou a jurisdição dos tribunais arbitrais.

---

<sup>69</sup> *Niko v. Bangladesh*, p.128, §475. Tradução livre do autor: “o tribunal não vê como ouvir e resolver esses pedidos sob as circunstâncias presentes poderia afetar a integridade do Sistema ICSID”.

<sup>70</sup> Ver *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, UNCITRAL, PCA Case No. AA 227 (final award). 18/07/2014; *Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/05/15 (award). 01/06/2009.

<sup>71</sup> Ver LLAMZOM, Aloysius. **Yukos Universal Limited (Isle of Man) v The Russian Federation: The State of the “Unclean Hands” Doctrine in International Investment Law: Yukos as Both Omega and Alpha**. 30(2) ICSID Review. 2015; MOLOO, Rahim. **A Comment on the Clean Hands Doctrine in International Law**. SSRN. 2010.

### 3.2 ARBITRAGENS POR TRATADO DE INVESTIMENTO

O entendimento sobre os efeitos de corrupção em arbitragens que possuem como base jurisdicional tratados de investimento se difere dos contratos que possuem como base jurisdicional uma cláusula compromissória, como bem referido pelo tribunal de *Niko v. Bangladesh*<sup>72</sup>, pois em arbitragens por tratados de investimento a oferta de arbitragem é feita a um número não identificado de investidores estrangeiros, e, no contexto desses tratados, as circunstâncias podem justificar que as proteções conferidas pelo Estado receptor do investimento, incluindo a resolução de disputas, podem estar sujeitas a determinadas condições, que na maioria das vezes ditam que o investimento deve ser feito de acordo com as leis do país receptor e em boa fé.

Havendo, pois, indícios de corrupção pelo investidor, os tribunais muitas vezes entendem não possuírem jurisdição para julgar as demandas por ele ajuizadas. Isso acontece, principalmente, pela existência de cláusulas nos tratados bilaterais de investimento definindo como investimento válido apenas aqueles efetuados de acordo com a lei. Por exemplo, no caso *Fraport v. Philippines*<sup>73</sup>, *Inceysa v. El Salvador*<sup>74</sup>, *Metal-Tech v. Uzbekistan*<sup>75</sup>, entre outros, que serão analisados individualmente a seguir, os tribunais negaram jurisdição com base na seguinte cláusula de legalidade dos TBI's, que normalmente possuem uma redação parecida com esta:

Article 1. Definition of Investment:

For the purpose of this Agreement: 1. the term 'investment' shall mean any kind of asset accepted in accordance with the respective laws and regulations of either Contracting State [...]<sup>76</sup>

De modo a demonstrar a racionalidade da aplicação dessa cláusula e cláusulas de efeito similar, passasse a analisar os casos que de fato as aplicaram.

---

<sup>72</sup> *Niko v. Bangladesh*, p. 127, §469.

<sup>73</sup> **Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. The Republic of the Philippines**. ICSID Case No. ARB/03/25. Award. 16/08/2007.

<sup>74</sup> **Inceysa Vallisoletana, S.L. v. Republic of El Salvador**. ICSID Case No. ARB/03/26. Award 02/08/2006.

<sup>75</sup> **Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan**. ICSID Case No. ARB/10/3. Award. 04/10/2013.

<sup>76</sup> **Agreement between the Federal Republic of Germany and the Republic of the Philippines on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments**. Tradução livre do autor: "Artigo 1. Definição de investimento: Para fins desse acordo: 1. o termo "investimento significará qualquer tipo de ativo aceito de acordo com as respectivas leis e regulações de qualquer Estado Contrato."

### 3.2.1 *Inceysa v. El Salvador*

O Tribunal em *Inceysa v. El Salvador*<sup>77</sup> negou possuir jurisdição para julgar o caso pois restou demonstrada a ocorrência de fraude por parte do investidor com o fim de vencer uma licitação para prestar serviços de inspeção mecânica. Assim, baseando-se não somente na cláusula de definição de investimento, que exige que o investimento seja feito de acordo com a lei, mas também com princípios gerais de direito e com o direito internacional<sup>78</sup>, o Tribunal concluiu que não possuía jurisdição para adjudicar a disputa.

Dentre esses princípios, o tribunal fez referencia à violação dos princípios da boa fé, e do princípio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. Ainda, o tribunal entendeu haver violação à ordem pública internacional e ao princípio de proibição ao enriquecimento ilícito.

O Tribunal utilizou a seguinte definição para resumir o princípio da boa fé: “(...) *la ausencia de engaños y artificios durante el proceso de negociación y otorgamiento de los actos que dieron origen a la inversión, así como la lealtad, la verdad y el animo de mantener el equilibrio en las prestaciones reciprocas de las partes.*”<sup>79</sup> Utilizou ainda, a seguinte definição por DÍEZ-PICAZO: “*La buena fe es, según sabemos, un estándar de conducta arreglada a los imperativos éticos exigibles de acuerdo con la conciencia social imperante*”<sup>80</sup>.

O tribunal entendeu, então, que a Inceysa violou o princípio da boa fé ao apresentar informações falsas ou fraudulentas durante o processo de licitação, e, portanto, o seu investimento não ocorreu de acordo com a legislação salvadorenha.

Após, o tribunal ainda concluiu que o investimento realizado pela Inceysa violava o princípio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, ou que ninguém pode beneficiar-se do próprio dolo. Segundo o tribunal:

(...)se puede afirmar que un inversor extranjero no puede pretender beneficiarse de una inversión realizada mediante uno o varios actos ilegales y,

---

<sup>77</sup> *Inceysa Vallisoletana, S.L. v. Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/03/26, Award (2 August 2006).

<sup>78</sup> *Inceysa v. El Salvador*, p. 70, §229.

<sup>79</sup> *Inceysa v. El Salvador*, p. 71, §231.

<sup>80</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis María. **Fundamentos del Derecho Civil**. Editorial Civitas. Madrid. Quinta Edición, p. 398. Apud *Inceysa v. El Salvador*, p. 71, §231. Tradução livre do autor: “A boa-fé é, segundo sabemos, um standard de conduta amparada nos imperativos éticos exigíveis de acordo com a consciência social imperante.”

consecuentemente, gozar de la protección que le confiere el Estado receptor, como es, el acceso al arbitraje internacional para la solución de sus controversias, pues es evidente que su actuación tuvo un origen doloso y, como sostiene la máxima jurídica, "nadie puede beneficiarse de su propio dolo."<sup>81</sup>

O tribunal concluiu, neste ponto, que “[n]ingún sistema jurídico sustentado en bases racionales permite que se beneficie quien ha realizado una cadena de actos claramente ilegales.”<sup>82</sup> Assim, pode se entender que a presença da cláusula denegatória de proteção a investimentos feitos de maneira ilegal não é decisiva para que o tribunal reconheça a inexistência da proteção ao investimento sob o TBI, sendo esse princípio universal e aplicável independentemente da existência de cláusula proibindo tal conduta.

O terceiro ponto abordado pelo tribunal arbitral foi de que a conduta do investidor violou a ordem pública internacional. De acordo com o tribunal, “[e]s irrefutable que el respeto a la legalidad se constituye como una cuestión de orden público no sólo en El Salvador sino en todo país civilizado”<sup>83</sup> e, portanto, o investimento não poderia estar amparado pelo TBI.

Por fim, o tribunal também fundamentou a negativa de proteção ao investimento pelo TBI pelo princípio da proibição ao enriquecimento ilícito. O entendimento do tribunal foi o seguinte:

Inceysa se ha valido del engaño para obtener un beneficio que de otra forma no hubiera podido obtener. Así, por medio de conductas violatorias de los principios de derecho antes enunciados, Inceysa pretendió enriquecerse, suscribiendo un contrato administrativo con el MARN [Ministerio del Medio Ambiente e Recursos Minerales de El Salvador] que, sin lugar a dudas, le produciría una utilidad considerable.<sup>84</sup>

Desse modo, considerando todos esses fundamentos, o tribunal arbitral declarou não possuir jurisdição para conhecer da controvérsia em questão.<sup>85</sup>

---

<sup>81</sup> *Inceysa v. El Salvador*, p. 73, §242. Tradução livre do autor: “(...)se pode afirmar que um investidor estrangeiro não pode se beneficiar de um investimento realizado mediante um ou vários atos ilegais e, consequentemente, gozar da proteção que lhe confere o Estado receptor, como o acesso à arbitragem internacional para a solução de controvérsias, pois é evidente que a sua atuação teve uma origem dolosa e, como sustenta a máxima jurídica, “ninguém pode se beneficiar do próprio dolo”.”

<sup>82</sup> *Inceysa v. El Salvador*, p. 74, §244. Tradução livre do autor: “nenhum sistema jurídicos sustentado em bases racionais permite que se beneficie quem realizou uma série de atos claramente ilegais.”

<sup>83</sup> *Inceysa v. El Salvador*, p. 75, §248. Tradução livre do autor: “é irrefutável que o respeito à legalidade constitui uma questão de ordem pública não apenas em El Salvador mas em todo país civilizado”.

<sup>84</sup> *Inceysa v. El Salvador*, p. 77, §255. Tradução livre do autor: “Inceysa se valeu do engano para obter um benefício que de outra forma não poderia ter obtido. Assim, por meio de condutas violadoras dos princípios de direito anteriormente mencionados, Inceysa pretendeu enriquecer-se, assinando um contrato com o MARN [Ministerio del Medio Ambiente e Recursos Minerales de El Salvador] que, sem dúvidas, lhe traria lucros consideráveis.”

<sup>85</sup> *Inceysa v. El Salvador*, p. 77, §257.

### 3.2.2 *Fraport v. Philippines*

Com um entendimento similar ao caso *Inceysa v. El Salvador*, no caso *Fraport v. Philippines*, ao analisar a efetivação do investimento, o tribunal concluiu que o investimento violava as leis e regulações das Filipinas, especificamente em relação a uma lei que impedia a participação de mais de 40% de capital estrangeiro em licitações relativas a aeroportos no País, que foi fraudada por meio de acordos secretos de acionistas. Desse modo, o tribunal concluiu que o “investimento” da *Fraport* não se enquadrava no termo de artigo 1º do TBI, de modo que não poderia desfrutar das proteções nele dispostas, incluindo a resolução de disputas por arbitragem.

Tal decisão, entretanto, não foi unânime. O árbitro Bernardo Cremades, em seu voto divergente, argumentou que a cláusula de legalidade não poderia ser invocada contra a jurisdição do tribunal por qualquer ilegalidade, por mais trivial que fosse. De acordo com o árbitro, a legalidade do investimento em uma arbitragem de investimentos é análoga à validade do contrato em uma arbitragem comercial, havendo a necessidade de haver uma separação entre a validade da cláusula compromissória e da validade do investimento, sob pena de haver um grande enfraquecimento para o reconhecimento da jurisdição pelos árbitros. Segundo o seu entendimento:

(...)If the applicable law does not insist on the separability of the arbitration agreement from the main contract, then respondents quickly seek to subvert the arbitral process by challenging the validity of the main contract. Similarly, the phrase 'according to the laws and regulations of the Host State' might provide the Achilles Heel of investment arbitration if jurisdiction depends on the Claimant passing a full legal compliance audit.<sup>86</sup>

Ainda, argumentou que esse princípio da legalidade, assim como os princípios *pacta sunt servanda* e da boa fé, deve ser aplicado a ambas as partes, isto é, o propósito de um tratado de investimento é determinar a legalidade da conduta do Estado e do investidor sob a lei aplicável. O entendimento contrário causaria um desequilíbrio no procedimento, uma vez que a questão da legalidade da conduta do investidor seria tratada como uma questão de jurisdição, enquanto a legalidade na conduta do Estado seria tratada

---

<sup>86</sup> *Fraport v. Philippines*, Dissenting Opinion of Mr. Bernardo M. Cremades, p. 22, §37. Tradução livre do autor: (...) Se a lei aplicável não insiste na separabilidade da cláusula compromissória do contrato principal, os Requeridos logo tentam subverter o procedimento arbitral ao contestar a validade do contrato principal. De maneira similar, a frase 'de acordo com as leis e regulações do Estado Receptor' pode fornecer o calcanhar de Aquiles da arbitragem de investimento se a jurisdição depender da aprovação do Requerente em uma auditoria completa de *compliance*.”



como uma questão de mérito<sup>87</sup>. Utilizando uma analogia bíblica, Cremades ilustrou tal situação afirmando que o tribunal analisaria a existência de um cisco no olho do investidor e adiar, e talvez nunca analisar, uma viga no olho do Estado.<sup>88</sup>

Conforme seu entendimento, a legalidade da conduta do investidor deve ser tratada como uma questão de mérito<sup>89</sup>. A análise da legalidade como uma matéria jurisdicional deveria ocorrer apenas para determinar se o tipo do ativo do investidor é legal de acordo com a lei doméstica<sup>90</sup>, o que não seria o caso na questão controversa, uma vez que, na sua visão, os ativos seriam legais, sendo a discussão da quebra de lei uma questão do manejo destes ativos<sup>91</sup>.

Cremades ainda fez a ressalva de que tal entendimento não deveria se confundir com tolerância do tribunal com condutas ilegais tomadas pelo investidor, sendo a questão relativa ao tempo e contexto apropriados para avaliar as provas e consequências de tal ilegalidade, sendo que em muitos casos o foro apropriado para tomar medidas em relação à ilegalidade seria em foros domésticos competentes, em que o investidor poderia sofrer sanções pecuniárias ou criminais<sup>92</sup>. Entretanto, seria igualmente equivocado adotar uma interpretação dúbia da cláusula de legalidade de modo a deixar o investidor sem indenizações e o Estado receptor imune às consequências de sua violação ao tratado bilateral de investimentos<sup>93</sup>.

Por fim, Cremades criticou os seus co-árbitros, especificamente no que se referiu como “*the practice of the casual use of citations from other awards without regard to their original contexts*”<sup>94</sup>. O tribunal citou como autoridades ou precedentes, segundo ele, casos que não guardavam similaridades com o caso concreto, dando como exemplo os seguintes casos, conforme sua própria citação:

Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco (ICSID Case 23/24 No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction of July 23, 2001)

---

<sup>87</sup> *Fraport v. Phillipines*, Dissenting Opinion of Mr. Bernardo M. Cremades, p. 22, §37.

<sup>88</sup> *Fraport v. Phillipines*, Dissenting Opinion of Mr. Bernardo M. Cremades, p. 22, §37. Trecho original: “In the Biblical phrase, the Tribunal must first examine the speck in the eye of the investor and defer, and maybe never address, a beam in the eye of the Host State. Such an approach does not respect fundamental principles of procedure.”

<sup>89</sup> *Fraport v. Phillipines*, Dissenting Opinion of Mr. Bernardo M. Cremades, p. 9, §13.

<sup>90</sup> *Fraport v. Phillipines*, Dissenting Opinion of Mr. Bernardo M. Cremades, p. 22, §38.

<sup>91</sup> *Fraport v. Phillipines*, Dissenting Opinion of Mr. Bernardo M. Cremades, p. 22, §38.

<sup>92</sup> *Fraport v. Phillipines*, Dissenting Opinion of Mr. Bernardo M. Cremades, pp. 22-23, §39.

<sup>93</sup> *Fraport v. Phillipines*, Dissenting Opinion of Mr. Bernardo M. Cremades, p. 22, §39.

<sup>94</sup> *Fraport v. Phillipines*, Dissenting Opinion of Mr. Bernardo M. Cremades, p. 23, §40. Tradução livre do autor: “a prática de uso casual de citações de outros casos sem atentar aos seus contextos originais”

concerned the proper separation of contract from treaty claims. *Empresas Lucchetti, S.A. and Lucchetti Peru, S.A. v. Republic of Peru*, (ICSID Case No. ARB/03/4, Award of February 7, 2005) concerned the date when a dispute had arisen, and the effect on this determination of certain decisions of the Peruvian courts, for the purposes of jurisdiction *rationae temporis* under the Chile-Peru BIT. *Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador* (ICSID Case No. ARB/03/26, Award of August 2, 2006) is also not relevant to the arbitration before us, as it involved a concession solicited and obtained by fraud, where the documentary evidence of the fraud was overwhelming.<sup>95</sup>

Cumprе mencionar que esse laudo foi anulado em 2010 por um comitê *ad hoc* de anulação por ter havido violação ao direito ao contraditório da Fraport, em questão independente do julgamento da negativa jurisdicional por fraude. Após essa anulação, a Fraport iniciou uma nova arbitragem através da ICSID que teve o mesmo desfecho do primeiro caso: o Tribunal entendeu ter havido ilegalidades no estabelecimento do investimento e, com base nisso, negou possuir jurisdição para dirimir a disputa, conforme trecho anexo:

Investment treaty cases confirm that such treaties do not afford protection to illegal investments either based on clauses of the treaties, as in the present case according to the above analysis, or, absent an express provision in the treaty, based on rules of international law, such as the “clean hands” doctrine or doctrines to the same effect. One of the first cases having ruled on this issue, *Inceysa v. El Salvador*, has held that “because Inceysa’s investment was made in a manner that was clearly illegal, it is not included in the scope of consent expressed by Spain and the Republic of El Salvador in the BIT and, consequently, the disputes arising from it are not subject to the jurisdiction of the Centre.”<sup>96</sup>

Em crítica ao entendimento de que o aspecto temporal da existência de ilegalidade como definidor da existência ou não de jurisdição pelo tribunal, utilizado não apenas pelo

---

<sup>95</sup> *Fraport v. Phillipines*, Dissenting Opinion of Mr. Bernardo M. Cremades, pp. 23-24, §40. Tradução livre do autor: “*Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco* (ICSID Case 23/24 No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction of July 23, 2001) se referia a separação adequada entre causas advindas de contratos e de tratados. *Empresas Lucchetti, S.A. and Lucchetti Peru, S.A. v. Republic of Peru*, (ICSID Case No. ARB/03/4, Award of February 7, 2005) se referia à data quando a disputa surgiu, e o efeito desta determinação em determinadas decisões das cortes Peruanas, com o propósito da constatar a jurisdição *rationes temporis* sob o TBI Chile-Peru. *Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador* (ICSID Case No. ARB/03/26, Award of August 2, 2006) também não é relevante ao presente caso, uma vez que envolvia a concessão solicitada e obtida por fraude, em que as provas documentais da existência de fraude era substancial”.

<sup>96</sup> **Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines**, ICSID Case No. ARB/11/12, Award, 10/12/2014. Tradução livre do autor: “Casos de tratado investimento confirmam que tais tratados não oferecem proteção à investimentos ilegais, seja baseado em cláusulas dos tratados, tal como no presente caso conforme análise acima, ou, em caso de ausência dessas, baseado em regras de direito internacional, como a *clean hands doctrine* ou doutrina no mesmo sentido. Um dos primeiros casos a julgar uma questão similar, *Inceysa v. El Salvador*, sustentou que “uma vez que o investimento da Inceysa foi feito de uma maneira claramente ilegal, não está incluído no escopo do consentimento expressado pela Espanha e pela República de El Salvador no TBI e, conseqüentemente, as disputas surgidas a partir dele não estão sujeitas à jurisdição do Centro.”

Tribunal em *Fraport v. Philippines*, mas também em diversos outros, como *Inceysa v. El Salvador* e *Metal Tech v. Uzbekistan*, Zachary Douglas escreveu que tal divisão temporal leva a resultados artificiais, pois se a violação à lei se consumasse apenas após o estabelecimento do investimento, a essência da ilegalidade continuaria a mesma, e os seus efeitos seriam diferentes, conforme trecho a seguir:

This temporal dividing line between pleas of illegality that go to jurisdiction and to the merits has no sound basis in principle. (...) It would seem to follow that if those agreements had simply been executed after the shareholding interests were acquired, then this would be a problem for the merits. And yet the essence of the illegality would be identical.

What if relevant acts giving rise to a violation of the law of the host State commenced before the acquisition but the violation was only consummated afterwards? The dissenter asserted that there was no evidence that control was actually exercised by Fraport over PIATCO pursuant to the shareholders' agreements during the performance of the concession, and this was necessary for a violation of the Anti-Dummy Law. If the dissenter's interpretation of the Anti-Dummy Law is correct, then following the majority's approach, there would cease to be a viable jurisdictional objection because the violation was consummated after the acquisition of the investment, despite the fact that critical steps were taken before the acquisition by executing the secret shareholders' agreements. The temporal dividing line between the issues of jurisdiction and the merits endorsed by the majority leads to artificial results.<sup>97</sup>

### 3.2.3 *Metal-Tech v. Uzbekistan*

No caso *Metal-Tech v. Uzbekistan*, a Metal-Tech, uma empresa israelense produtora de produtos de molibdênio entrou em uma joint-venture com duas estatais Uzbeques para a exploração de duas plantas de molibdênio no Uzbequistão. A joint-venture, Uzmetal, sofreu processos criminais a partir de 2006 sob a alegação de abuso de autoridade por seus servidores. Após a instauração de tais processos, o governo do

---

<sup>97</sup> DOUGLAS, Zachary. **The Plea of Illegality in Investment Treaty Arbitration**. ICSID Review 2014; 29 (1): 155-186. DOI: 10.1093/icsidreview/sit040, p.175. Tradução livre do autor: “Essa linha divisória temporal entre as alegações de ilegalidade que vão para jurisdição ou para o mérito não possuem, em princípio, base. (...) Parece que se esses contratos fossem simplesmente executados após as ações terem sido adquiridas, o problema seria resolvido nos méritos, e, apesar disso, a essência da ilegalidade seria a mesma.

E se os atos que ensejaram a violação à lei do país receptor começaram antes da aquisição, mas a violação apenas foi consumada após isso? Se o árbitro dissidente, que assentou que não havia prova de que o controle era de fato exercido pela Fraport sobre a PIATCO conforme os acordos de acionistas e isso era necessário para se configurar uma violação à lei *Anti-Dummy*, está correto, ao se seguir o entendimento do maioria, não haveria mais qualquer objeção viável à jurisdição do tribunal pois a violação foi consumada após a aquisição do investimento, em que pese o fato de que passos críticos foram tomados antes da aquisição das ações pela execução do acordo de acionistas secreto. A linha divisória temporal entre as questões de jurisdição e do mérito endossada pela maioria leva a resultados artificiais.”

Uzbequistão revogou a licença da Uzmetal para comprar matéria prima e cancelou o monopólio da Metal-Tech na exportação dos produtos oriundos do molibdênio produzidos pela joint-venture. Logo, as estatais rescindiram seus contratos com a joint-venture e solicitaram a decretação de sua falência, tendo seus créditos para com a massa falida sido reconhecidos. Ao tentar habilitar os seus créditos, a Metal-Tech teve seu pedido rejeitado, sendo essa decisão por ela contestada. Por tal razão, a Metal-Tech iniciou arbitragem contra o Estado baseando-se no TBI Israel-Uzbequistão.

A principal defesa do Uzbequistão nesse caso foi de que o tribunal não possuía jurisdição uma vez que o investimento foi obtido através do pagamento de propina e, portanto, violava a lei do Uzbequistão, além de diversos tratados anti-corrupção tais como o da OCDE e da ONU<sup>98</sup>.

Entre outros argumentos, o Estado alegou que a cláusula de legalidade presente no Artigo 1(1) do TBI Israel-Uzbequistão dizia respeito não somente à maneira como o investimento foi obtido, mas que o investimento deveria ser operado durante toda a sua existência de acordo com a lei, sob pena de denegação de jurisdição pelo tribunal<sup>99</sup>. Por sua vez, o investidor alegou que tal cláusula dizia respeito tão somente ao momento da implementação do investimento, que sustentou ter ocorrido de maneira legal<sup>100</sup>. O tribunal chegou à conclusão de que o investidor estava correto, no sentido de que a ilegalidade barra a jurisdição do tribunal apenas se ela está presente na implementação inicial do investimento, conforme segue:

In summary, on the basis of its reading of Article 1(1) taken in its context, the Tribunal concludes that the term “assets implemented” refers to the time when the investment was made. In other words, the Treaty requires that the investment must be legal when it is initially established. Article 1 simply does not address whether or not the investment must be operated lawfully after it is in place.<sup>101</sup>

Entretanto, após analisar as alegações das partes e fazer uma profunda análise sobre as provas apresentadas por elas, o tribunal chegou à conclusão de que houve de fato

---

<sup>98</sup> *Metal-Tech v. Uzbekistan*, p. 98, §291.

<sup>99</sup> *Metal-Tech v. Uzbekistan*, p.55, § 167.

<sup>100</sup> *Metal-Tech v. Uzbekistan*, p.58, § 176.

<sup>101</sup> *Metal-Tech v. Uzbekistan*, p.62, § 193. Tradução livre do autor: “Em suma, com base na leitura do Artigo 1(1) em seu contexto, o Tribunal conclui que o termo “ativos implementados” refere-se ao tempo em que o investimento foi feito. Em outras palavras, o Tratado requer que o investimento seja legal quando é inicialmente estabelecido. O Artigo 1 simplesmente não se refere sobre a necessidade do investimento ser operado legalmente após ser efetuado.”

corrupção na implementação do investimento pela Metal-Tech, o que barrava a jurisdição do tribunal nos termos do Artigo 1(1) do TBI Israel-Uzbequistão.<sup>102</sup>

Esse caso é importante pois foi o primeiro caso da ICSID a utilizar a lógica já utilizada pelos tribunais em *Inceysa v. El Salvador* e *Fraport v. Phillipines* de negar jurisdição em uma arbitragem utilizando como fundamento um pagamento de propina ao invés de fraude ou outras violações à lei.<sup>103</sup>

O tribunal demonstrou, porém, certo desconforto com relação a essa questão, fazendo a observação de que “*the Tribunal is sensitive to the ongoing debate that findings on corruption often come down heavily on claimants, while possibly exonerating defendants that may have themselves been involved in the corrupt acts*”<sup>104</sup>. Entretanto, a ideia nesses casos não seria de prejudicar uma parte em favor da outra, “*but rather to ensure the promotion of the rule of law, which entails that a court or tribunal cannot grant assistance to a party that has engaged in a corrupt act.*”<sup>105</sup>

Outro fato que merece destaque nesse caso foi de que se fez expressa menção à existência de responsabilidade do Estado pelos atos corruptos de seus servidores, ao contrário da conclusão do tribunal em *World Duty Free v. Tanzania*, e que a decisão estava baseada tão somente na questão jurisdicional, ponto no qual a lei era clara, o que não significava a ausência de culpa do Estado pelo ato corrupto. Existindo essa parcela de culpa por parte do Estado, o tribunal condenou-o a arcar com metade das custas processuais sob esse fundamento, conforme segue:

More important, the Tribunal’s determination is linked to the ground for denial of jurisdiction. The Tribunal found that the rights of the investor against the

---

<sup>102</sup> Ver **Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic**, ICSID Case No. ARB/07/26. Decision on jurisdiction. 19/12/2012. Nesse caso, tal entendimento já havia sido aplicado, tratando de uma discussão relativa ao momento em que a ilegalidade relacionada a uma operação societária envolvendo o investimento poderia ser considerada uma ilegalidade que afetaria o reconhecimento do investimento como tal, conforme trecho que segue: “(...) *The requirement for compliance with the laws of the Host State is focused on the entry and the initiation of the investment. The subsequent conduct and operation of the investment is relevant within the framework of the application of the BIT and comes under the Tribunal’s jurisdiction on the merits. The borderline of the distinction to be drawn is not always easy.*”

<sup>103</sup> LLAMZON, Aloysius P. **Corruption in International Investment Arbitration**. Oxford University Press, 2015. §6.55.

<sup>104</sup> *Metal-Tech v. Uzbekistan*, p.133, § 389. Tradução livre do autor: “o Tribunal é sensível ao debate atual de que achados de corrupção frequentemente oneram de sobremaneira os requerentes, enquanto possivelmente exoneram de responsabilidade os requeridos que podem, eles mesmos, ter estado envolvidos nos atos de corrupção.”

<sup>105</sup> *Metal-Tech v. Uzbekistan*, p.133, § 389. Tradução livre do autor: “mas para assegurar a aplicação do *rule of law*, que pressupõe que uma corte ou tribunal não pode oferecer assistência a uma parte que se envolveu em um ato corrupto.”

host State, including the right of access to arbitration, could not be protected because the investment was tainted by illegal activities, specifically corruption. The law is clear - and rightly so – that in such a situation the investor is deprived of protection and, consequently, the host State avoids any potential liability. That does not mean, however, that the State has not participated in creating the situation that leads to the dismissal of the claims. Because of this participation, which is implicit in the very nature of corruption, it appears fair that the Parties share in the costs.<sup>106</sup>

Observe-se que tal entendimento não teve como fundamento, explicitamente, nenhum princípio geral de direito, tal como a “*clean hands doctrine*”. De acordo com LLAMZON, ao comentar sobre esse caso, isso se deu possivelmente pelo fato de não haver bases seguras para a aplicação desses fundamentos em direito internacional, mas esse julgamento apoiou a aplicação desse fundamento<sup>107</sup>, o que será melhor analisado no capítulo seguinte deste trabalho de conclusão.

Assim, é possível extrair desse caso as seguintes conclusões: (i) a existência de corrupção na implementação de um investimento é um impedimento jurisdicional para o tribunal arbitral devido à cláusula de legalidade; (ii) tal impedimento não existe por atividades corruptas ocorridas após a implementação inicial do investimento e; (iii) os atos de corrupção por parte dos servidores do Estado podem ser atribuídos ao próprio Estado.

### 3.2.4 *Al Warraq v. Indonesia*<sup>108</sup>

O caso *Al Warraq v. Indonesia*, cujo tribunal foi presidido por Bernardo Cremades, se destaca dos demais casos citados anteriormente pelo fato de o tribunal ter reconhecido a existência de corrupção ocorrida durante a operação do investimento na

---

<sup>106</sup> *Metal-Tech v. Uzbekistan*, pp.141-142, § 422. Tradução livre do autor: “E mais importante, a determinação do Tribunal está ligada à negação de jurisdição. O Tribunal concluiu que os direitos do investidor contra o Estado receptor, incluindo o direito ao acesso à arbitragem, não poderia ser protegido pois o investimento estava contaminado por atividades ilegais, incluindo corrupção. A lei é clara – acertadamente- no sentido de que em tal situação o investidor é privado de proteção e, conseqüentemente, o Estado receptor se esquivava de qualquer responsabilidade em potencial. Isso não significa, entretanto, que o Estado não tenha participado na criação da situação que levou à rejeição dos pedidos. Por causa dessa participação, que é implícita à própria natureza da corrupção, parece justo que as Partes dividam os custos do procedimento.

<sup>107</sup> LLAMZON, Aloysius P. **Corruption in International Investment Arbitration**. Oxford University Press, 2015. §6.57. “Whether such a principle also exists in international law is not settled, but has undoubtedly been buttressed by this case.”

<sup>108</sup> Hesham T. M. **Al Warraq v. Republic of Indonesia**. UNCITRAL. Award, 15/12/2014.

Indonésia, e não no estabelecimento de tal investimento, e ainda assim considerou a disputa inadmissível ao tribunal arbitral.

Esse caso trata de um investidor Saudita, acionista de uma holding das Bahamas através da qual adquiriu ações de três bancos na Indonésia que se fundiram para criar o Bank Century. Durante a crise de 2008, esse banco apresentou problemas de liquidez a valeu-se de um socorro, na forma de empréstimo de curto prazo, pelo banco estatal da Indonésia. Após o recebimento desse empréstimo, o requerente passou a ser investigado e, subsequentemente, foi processado e condenado criminalmente por irregularidades bancárias e corrupção, tendo suas ações confiscadas devido a tal condenação.

Devido a essa situação, o requerente entrou com um pedido de arbitragem contra a Indonésia, alegando ter sido expropriado e não ter recebido um tratamento “justo e equitativo”, com base no tratado da Organização de Cooperação Islâmica (OIC). Como defesa, o Estado alegou que o pedido do Requerente estaria barrado devido aos atos ilegais, incluindo corrupção, por ele praticados durante a operação do banco na Indonésia, com base no artigo 9 da OIC e na *clean hands doctrine*.

O tribunal chegou à conclusão que, de fato, o pedido do Requerente deveria ser considerado inadmissível devidos às ilegalidades por ele cometidas, utilizando como base o artigo 9 da OIC e a *clean hands doctrine*. Ao contrário dos outros casos de arbitragem por tratados de investimentos citados acima, nesse caso a ilegalidade não ocorreu no estabelecimento do investimento, mas durante a sua operação. A decisão pela inadmissibilidade se deu, principalmente, pelo artigo 9º da OIC, cuja redação segue:

The investor shall be bound by the laws and regulations in force in the host state and shall refrain from all acts that may disturb public order or morals or that may be prejudicial to the public interest. He is also to refrain from exercising restrictive practices and from trying to achieve gains through unlawful means.<sup>109</sup>

Depreende-se, pois, que as regras aplicáveis ao caso eram claras no sentido de que o cumprimento das leis domésticas durante a operação do investimento era condição *sine qua non* para que o investidor pudesse se valer da proteção oferecida pelo tratado, diferentemente das provisões dos TBIs dos casos *Metal Tech v. Uzbekistan* e *Fraport v.*

---

<sup>109</sup> *Al Warraq v. Indonesia*, p.55, §155. Tradução livre do autor: “O investidor será vinculado às leis e regulações em vigência no estado receptor e abster-se-á de praticar qualquer ato que possa perturbar a ordem ou moral pública ou que sejam prejudiciais ao interesse público. Ele também deve se abster de exercer práticas restritivas a de tentar obter ganhos a partir de meios ilegais.”

*Phillipines*, que estabeleciam que o investimento, para receber a proteção do tratado, deveria apenas ser *estabelecido* em conformidade com as leis.

Outro fator trazido pelo tribunal foi a “clean hands doctrine”, segunda a qual o requerente não poderia se valer de um ato ilegal por ele cometido para benefício próprio, e, portanto, o seu pedido era inadmissível. Esse ponto será melhor explicado no capítulo seguinte do presente trabalho de conclusão.

Esse caso demonstra-se, portanto, importante em três sentidos: (i) pois foi o primeiro caso baseado em arbitragem de investimento em que o tribunal deixou de apreciar uma causa por corrupção pela inadmissibilidade da causa, e não por falta de jurisdição; (ii) por ser o primeiro caso em que o tribunal acatou a defesa do Estado baseada em corrupção por atos ilegais ocorridos após o estabelecimento do investimento e; (iii) por ter sido o primeiro a caso a acatar a defesa do Estado baseada em corrupção citando a “*clean hands doctrine*”.



#### 4 A “CLEAN HANDS DOCTRINE”

Tendo analisado o efeito de corrupção em arbitragens de investimento de maneira geral, no presente capítulo analisará uma questão específica muito discutida nesse âmbito, que é o princípio da *clean hands doctrine*, ou “*unclean hands doctrine*. Tal doutrina advém da expressão “[H]e who comes into equity must come with clean hands”, que se aplica na arbitragem de forma a barrar o pedido de um investidor que não estiver com “as mãos limpas”, isto é, que tenha praticado ou se envolvido em algum tipo de conduta ilegal<sup>110</sup>. Tal princípio encontra paralelo nos institutos do direito Romano *ex turpi causa non oritur actio* (“de um fato imoral e ilícito não pode nascer o direito de ação”) e *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (“ninguém pode se beneficiar de sua própria torpeza”)<sup>111</sup>.

Conforme breve definição por MOLOO, princípios de equidade são aplicáveis na lei internacional e, dentre esses princípios “(...) *international tribunals have applied [...] the concept that a claimant’s claims may be barred due to its illegal conduct in relation to the claims he brings*”, que seria esse a *Clean Hands Doctrine*<sup>112</sup>. Em sentido similar, o ex-juíz da Corte Internacional de Justiça, Sir Gerald Fitzmaurice, definiu, no âmbito do direito internacional público, a *clean hands doctrine* da seguinte forma:

“He who comes to equity for relief must come with clean hands”. Thus a State which is guilty of illegal conduct may be deprived of the necessary *locus standi in judicio* for complaining of corresponding illegalities on the part of other States, especially if these were consequential on or were embarked upon in order to counter its own illegality—in short were provoked by it.<sup>113</sup>

---

<sup>110</sup> LLAMZOM, Aloysius. **Yukos Universal Limited (Isle of Man) v The Russian Federation: The State of the “Unclean Hands” Doctrine in International Investment Law: Yukos as Both Omega and Alpha**. 2015. 30(2) ICSID Review. p. 316. Tradução livre do Autor: Aquele que busca equidade deve vir com as mãos limpas.

<sup>111</sup> DUMBERRY, Patrick. **State of Confusion: The Doctrine of ‘Clean Hands’ in Investment Arbitration After the Yukos Award**. The Journal of World Investment & Trade, n. 17. 2016. p. 230; LLAMZOM, Aloysius. **Yukos Universal Limited (Isle of Man) v The Russian Federation: The State of the “Unclean Hands” Doctrine in International Investment Law: Yukos as Both Omega and Alpha**. 30(2) ICSID Review. 2015. p. 316; *Inceysa v. El Salvador*.

<sup>112</sup> MOLOO, Rahim. **A Comment on the Clean Hands Doctrine in International Law**. SSRN. 2010. Tradução livre do autor: “está o conceito de que um pedido feito pelo autor pode ser negado devido a sua conduta ilegal em relação a esse pedido.”

<sup>113</sup> *Niko v. Bangladesh*, p.130, §179. Tradução livre do autor: “Aquele que vêm à equidade para reparação deve vir com as mãos limpas. Logo, um Estado que é culpado de uma conduta ilegal pode ser privado do *locus standi in judicio* para reclamar de ilegalidades correspondentes pela outra parte, especialmente se estas forem em consequência daquela ou foram efetuadas para fazer frente à sua própria ilegalidade – em resumo, que foram provocadas por ela.

Em diversos casos de arbitragem de investimento discutiu-se a possibilidade de aplicar a “*clean hands doctrine*” de modo a negar ao investidor a proteção que lhe foi conferida por contrato, tratado bilateral de investimento ou tratado multilateral de investimento pela prática de condutas ilegais. Em alguns desses casos a doutrina foi expressamente mencionada (*Niko v. Bangladesh*, *Yukos v. Russia*<sup>114</sup>, *Al Warraq v. Indonesia*), enquanto em outros, alguns doutrinadores entendem que a doutrina foi aplicada sem expressa menção (*Inceysa v. El Salvador*, *Plama v. Bulgaria*<sup>115</sup>)<sup>116</sup>.

A “*clean hands doctrine*” é objeto de grandes divergências tanto no meio doutrinário quanto nas decisões arbitrais, no que diz respeito à sua (i) definição e à sua (ii) aplicabilidade em arbitragens internacionais. A seguir, analisar-se-á o entendimento dos tribunais arbitrais em relação a esses tópicos.

#### 4.1 Definição

O tribunal em *Niko v. Bangladesh* foi o primeiro tribunal arbitral a fazer uma análise detalhada sobre a *clean hands doctrine*. Nessa análise, o tribunal tentou chegar a uma definição sobre o que seria tal doutrina, o que se fez utilizando entendimentos previamente utilizados por tribunais internacionais nos casos *Diversion of Waters from the Meuse* e *Guyana v. Suriname*<sup>117</sup>.

Na análise desses casos, o tribunal concluiu que a aplicação da *clean hands doctrine* dependia de uma relação de reciprocidade entre a ilegalidade cometida e o pedido efetuado no processo. No primeiro caso citado, *Diversion of Waters from the Meuse*, o caso tratava de uma disputa territorial entre a Bélgica e a Holanda, em que a Holanda alegava o descumprimento de um tratado por parte da Bélgica, a qual se defendeu alegando que a Holanda cometia esse mesmo descumprimento, e estaria, portanto, impedida de requerer qualquer reparação. O tribunal, nesse caso, acatou a defesa da Bélgica com base na *clean hands doctrine*.<sup>118</sup>

---

<sup>114</sup> **Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation**, UNCITRAL, PCA Case No. AA 227. Final Award. 18/07/2014.

<sup>115</sup> **Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria**, ICSID Case No. ARB/03/24. Award. 27/08/2008.

<sup>116</sup> DUMBERRY, p. 253.

<sup>117</sup> Ver **Diversion of Water from the Meuse, Netherlands v Belgium** (1937) PCIJ, Series A/B, No. 70; **Guyana v. Suriname**, PCA, Award of 17 September 2007 [UNCLOS].

<sup>118</sup> Em que pese a clara semelhança de tal entendimento com o princípio do *tu quoque*, o tribunal comparou a *clean hands doctrine* com o princípio do *exceptio non adimpleti contractus*. Ver *Diversion of Water from*

Seguida desta referencia, o tribunal baseou o seu entendimento sobre a doutrina no caso *Guyana v. Suriname*, da Corte Permanente de Arbitragem de Haia baseada na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, em que o tribunal aplicou os seguintes requisitos para definir se uma violação à lei poderia afetar a admissibilidade do recurso, quais sejam:

(i) the breach must concern a continuing violation, (ii) the remedy sought *must* be “protection against continuance of that violation in the future”, not damages for past violations and (iii) there must be a relationship of reciprocity between the obligations considered.<sup>119</sup>

Em suma, a *clean hands doctrine* pode ser aplicada quando a defesa demonstra a existência de uma violação à lei ocorrendo continuamente, busca a cessação de tal violação e que existe uma relação de reciprocidade entre o pedido do requerente e a violação por ele cometida. A existência de reciprocidade é essencial para a aplicação da *clean hands doctrine* no entendimento do tribunal em *Niko v. Bangladesh*, isto é, a violação à lei cometida pelo investidor e o inadimplemento do contrato ou tratado deveriam derivar do mesmo fato ou de fatos substancialmente similares. O tribunal entendeu, portanto, tendo em vista os fatos do caso<sup>120</sup>, não haver a possibilidade de aplicar a doutrina, pois nenhum desses requisitos se encontrava satisfeito no caso, pois, nas palavras do tribunal:

Here the violation on which the Respondents rely is not continuing, but consisted in two acts that have been completed long ago; the remedy which the Claimant seeks does not concern protection against this past violation; and there is no relation of reciprocity between the relief which the Claimant now seeks in this arbitration and the acts in the past which the Respondents characterise as involving unclean hands.<sup>121</sup>

Por essas razões, o Tribunal concluiu que os atos corruptos do investidor não poderiam ser utilizados como *base para se recusar a examinar o mérito da disputa uma vez que as partes aceitaram submeter suas disputas à arbitragem da ICSID*.<sup>122</sup>

---

*the Meuse, Netherlands v Belgium* (1937) PCIJ, Series A/B, No. 70, Individual Opinion by Mr Hudson, p. 77.

<sup>119</sup> *Niko v. Bangladesh*, p.131, §481. Tradução livre do autor: “(i) a violação à lei deve ser contínua, (ii) a tutela buscada deve ser pela “proteção contra o prosseguimento dessa violação no futuro”, e não reparações por violações passadas e (iii) deve haver uma relação de reciprocidade entre as obrigações consideradas.”

<sup>120</sup> Ver capítulo 2.2 – B, do presente trabalho de conclusão.

<sup>121</sup> *Niko v. Bangladesh*, p.131, §483. Tradução livre do autor: “Aqui a violação em que os Requeridos se baseiam não é contínua, mas consiste em dois atos que foram implementados há muito tempo; a tutela que o Requerente busca não se trata de proteção contra essa violação passada; e não há relação de reciprocidade entre a reparação buscada pelo Requerente nesta arbitragem e os atos passados que os Requeridos caracterizam como envolvendo mãos sujas.

<sup>122</sup> *Niko v. Bangladesh*, §485.

Ao contrário do Tribunal de *Niko v. Bangladesh*, alguns autores entendem a *clean hands doctrine* como tendo o mesmo efeito da cláusula de legalidade presente em diversos TBI's, mesmo quando não existe tal cláusula no tratado.<sup>123</sup> Isso se daria pois, ao se basear em princípios com o mesmo efeito que a *clean hands doctrine* (como *ex turpi causa non oritur actio* e *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*) eles estariam endossando a sua aplicação<sup>124</sup>. Como base para esse entendimento, utilizou-se de *obiter dictums* dos tribunais em *Fraport II*<sup>125</sup> e *Siag v. Egypt*<sup>126</sup>.

De encontro a esse entendimento, o tribunal em *Yukos v. Russia* traçou uma distinção entre a *clean hands doctrine* e a cláusula de legalidade, sendo o principal fator de tal distinção a temporalidade da ocorrência de corrupção. Enquanto a aplicação de cláusula de legalidade impede o reconhecimento de jurisdição por parte de um tribunal apenas quando a ilegalidade afeta o *estabelecimento* do investimento, a *clean hands doctrine* barraria a admissibilidade de um pedido baseado em ilegalidades cometidas durante a operação do investimento.

Baseado no entendimento do Tribunal nesse caso, LLAMZON teceu críticas ao entendimento de que a cláusula de legalidade e a *clean hands doctrine* possuem a mesma natureza. De acordo com o autor, o critério temporal da aplicação da cláusula de legalidade é incompatível com o aspecto da *clean hands doctrine* que considera necessária a existência de reciprocidade entre a ilegalidade e a causa de pedir do investidor, conforme entendido em *Niko v. Bangladesh*, uma vez que o estabelecimento do investimento dificilmente terá qualquer reciprocidade com um pedido feito ulteriormente pelo investidor a um tribunal arbitral. Conforme o autor:

Only by considering the facts that attended the securing of the investment, rather than the facts related to the claimant's strict cause of action (for example, denial of justice, expropriation, fair and equitable treatment violations) as the juridical link between investor claim and host State defence, can the legality

---

<sup>123</sup> DUMBERRY, p. 253.

<sup>124</sup> DUMBERRY, p. 253.

<sup>125</sup> **Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines**, ICSID Case No. ARB/11/12. Award, 10/12/2014, pp.100-101, §382: "Investment treaty cases confirm that such treaties do not afford protection to illegal investments either based on clauses of the treaties, as in the present case according to the above analysis, or, absent an express provision in the treaty, based on rules of international law, such as the "clean hands" doctrine or doctrines to the same effect."

<sup>126</sup> *Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/05/15. Award, 19/06/2009: "Whether the principle of *ex turpi causa non oritur actio*, the doctrine of unclean hands or the policy of eliminating corruption domestically and internationally are relied upon, the result is that an arbitration tribunal cannot find for a claim that is tainted by such practices."

doctrine truly be said to be of sufficient identity with the unclean hands doctrine.<sup>127</sup>

O entendimento do Tribunal de *Yukos v. Russia* pode ser lido também no laudo de *Al Warraq v. Indonesia*, em que o Tribunal citou a *clean hands doctrine* ao aplicar uma cláusula da OIT em que se exige dos investidores o cumprimento da lei durante toda a operação do investimento, o que levou o Tribunal a negar a admissibilidade do pedido do investidor.

Analisando-se os casos que aplicaram a *clean hands doctrine*, bem como os comentários dos doutrinadores que escreveram sobre o tema, é difícil chegar a uma definição clara sobre o seu significado. O que parece incontroverso é que a ela compreende os princípios *ex turpi causa non oritur actio* e *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, além do *tu quoque*. A maior controvérsia na sua definição, entretanto, se baseia no momento temporal de sua aplicação, enquanto alguns entendem que a aplicação da *clean hands doctrine* se dá para barrar a admissibilidade do pedido de um investidor por ilegalidades cometidas apenas após o estabelecimento do investimento, outros entendem se tratar de uma princípio que engloba também o princípio da legalidade do investimento, que estabelece que, havendo ilegalidade no estabelecimento de um investimento, haveria uma barreira à jurisdição do tribunal. Tal distinção na definição da doutrina leva a uma diferenciação no tratamento à possibilidade de aplicação da *clean hands doctrine* em arbitragens de investimento, o que será analisado a seguir.

## 4.2 Aplicabilidade

A aplicabilidade da *clean hands doctrine* em arbitragens de investimento é uma questão controversa, assim como sua definição. Conforme colocado pelo tribunal em *Niko v. Bangladesh*, “[t]he question whether the principle forms part of international law remains controversial and its precise content is ill defined.”<sup>128</sup> Inclusive, diversos tribunais, ao se referirem à essa doutrina, ora deram a entender que ela seria aplicável,

---

<sup>127</sup> LLAMZOM, Aloysius. *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v The Russian Federation: The State of the “Unclean Hands” Doctrine in International Investment Law: Yukos as Both Omega and Alpha*. 2015. 30(2) ICSID Review. p. 323. Tradução livre do Autor: “Apenas ao se considerar os fatos direcionados ao asseguramento do investimento, ao invés dos fatos relacionados à causa de agir do requerente (por exemplo, negação de justiça, desapropriação, violações ao tratamento justo e equitativo), como a ligação jurídica entre o pedido do investidor e a defesa do Estado receptor, pode a doutrina de legalidade ser considerada indetificada com a *unclean hands doctrine*.”

<sup>128</sup> *Niko v. Bangladesh*, p. 129, § 477.

ora deram a entender que não. Segue um resumo cronológico de casos que citaram a *clean hands doctrine*:

- 2009, *Siag v. Egypt*<sup>129</sup> – Nesse caso, o tribunal citou a doutrina em *obiter dictum*, dando a entender ser aplicável;
- 2013, *Niko v. Bangladesh* – Nesse caso, o tribunal reiterou que a aplicação da *clean hands doctrine* é controversa em arbitragens internacionais, mas não chegou a decidir sobre a possibilidade ou não de sua aplicação, tendo chegado a conclusão de que, mesmo se aplicável, os pressupostos para a sua aplicação não estariam preenchidos no caso concreto;
- 2014, *Yukos v. Russia*<sup>130</sup> – O tribunal reconheceu a existência implícita de um requerimento de legalidade no estabelecimento do investimento, entretanto foi enfático ao concluir que a *clean hands doctrine* não pode ser reconhecido como um princípio de direito internacional;
- 2014, *Fraport v. Philippines, 2014*<sup>131</sup> - Também em *obiter dictum*, o tribunal deu a entender que a *clean hands doctrine* impediria que um investimento que foi estabelecido de maneira ilegal desfrutasse das proteções do tratado ao investimento;
- 2014, *Al Warraq v. Indonesia*<sup>132</sup> – O tribunal expressamente concluiu que a *clean hands doctrine* tornava o pedido do requerente inadmissível.

---

<sup>129</sup> **Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt**. ICSID Case No. ARB/05/15. Award. 19/06/2009: “Seja o princípio *ex turpi causa non oritur actio*, a *unclean hands* ou a política de eliminação de corrupção doméstica e internacionalmente invocados, o resultado é de que um tribunal arbitral não pode julgar um pedido que está contaminado por tais práticas.”

<sup>130</sup> **Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation**. PCA Case No. AA 227. Final Award. Julgado em 18/07/2014., p. 432, § 1.363. *The Tribunal therefore concludes that “unclean hands” does not exist as a general principle of international law which would bar a claim by an investor, such as Claimants in this case.*

<sup>131</sup> *Fraport v. Philippines, 2014*, pp.100-101, §382: “Investment treaty cases confirm that such treaties do not afford protection to illegal investments either based on clauses of the treaties, as in the present case according to the above analysis, or, absent an express provision in the treaty, based on rules of international law, such as the “clean hands” doctrine or doctrines to the same effect.” Tradução livre do autor: “Casos de tratados de investimento confirmam que estes tratados não conferem proteção a investimentos ilegais, seja baseado em cláusulas dos tratados, como no presente caso, ou, na ausência destas, baseado em regras de direito internacional, como a “clean hands” doctrine ou doutrinas com o mesmo efeito.”

<sup>132</sup> *Al Warraq v. Indonesia*, p. 201, §646.

Em crítica à decisão de *Yukos v. Russia*, no sentido de afastar a aplicação da *clean hands doctrine* como um princípio aplicável em tribunais arbitrais de investimento, DUMBERRY<sup>133</sup> defende que a decisão foi equivocada ao afirmar que nenhuma decisão majoritária tenha aplicado a *clean hands doctrine*. Conforme o autor, o tribunal de *Niko v. Bangladesh* se qualificaria como uma decisão majoritária que teria aplicado a *clean hands doctrine*. Ainda que reconheça que o tribunal não se manifestou expressamente sobre a possibilidade de aplicação da *clean hands doctrine*, o autor sustenta que o raciocínio apresentado no laudo leva a entender que a doutrina foi de fato *aplicada* ao caso. O autor ainda sustenta que outros casos anteriores já haviam aplicado a doutrina, ainda que não expressamente, como em *Inceysa v. El Salvador*. Além disso, o autor ainda faz menção aos casos *Siag v. Egypt*, *Fraport II* e *Al Warraq v. Indonesia*, que mencionaram a *clean hands doctrine* como se aplicáveis fossem como um princípio de direito internacional.

Entretanto, na visão do autor do presente trabalho de conclusão, essas críticas não se sustentam. Em primeiro lugar, o tribunal de *Niko v. Bangladesh* não mencionou em nenhum momento considerar a *clean hands doctrine* como um princípio de direito internacional, tendo feito ressalvas quanto à controvérsia em torno de sua aplicação e, sem resolver essa controvérsia, chegou à conclusão de que, *mesmo* se aplicável, não estariam preenchidos os requisitos para sua aplicação, e, portanto, desproveu a alegação baseada na *clean hands doctrine*.

Ainda, o entendimento em *Yukos v. Russia* não entra em conflito com os casos citados por DUMBERRY que teriam aplicado a *clean hands doctrine*. O Tribunal em *Yukos v. Russia* chegou à conclusão de que a jurisdição de um tribunal pode ser barrada caso o *estabelecimento* do investimento tenha ocorrido de forma ilegal, ainda que não exista cláusula de legalidade no tratado de investimento<sup>134</sup>, sendo nesse sentido que os tribunais *Siag v. Egypt*, *Fraport II* e *Inceysa v. El Salvador* entenderam ser aplicável a *clean hands doctrine* ou princípios de mesmo efeito. O entendimento em *Yukos v. Russia* foi de que a *clean hands doctrine* enquanto barreira contra a admissibilidade de causas em que a ilegalidade ocorreu após o estabelecimento do investimento não é um princípio reconhecido em direito internacional<sup>135</sup>. Ou seja, a diferença entre os julgados não se

---

<sup>133</sup> DUMBERRY, p. 255.

<sup>134</sup> *Yukos v. Russia*, p. 430, §1354.

<sup>135</sup> *Yukos v. Russia*, p. 432, §1363.

encontra no entendimento quanto à aplicabilidade da *clean hands doctrine*, mas na sua definição.

O único caso que de fato endossou a aplicação da *clean hands doctrine*, conforme a definição adotada pelo tribunal em *Yukos v. Russia*, foi o *Al Warraq v. Indonesia*. Entretanto, nesse caso o tribunal negou a admissibilidade da causa baseando-se, principalmente, em uma cláusula do tratado em questão que determinava que o investidor deveria, durante todo o curso do investimento, abdicar da prática de atos ilegais e contra a ordem pública<sup>136</sup>, sendo a menção à *clean hands doctrine* neste caso aparentemente um *obiter dictum*, já que ela ocorreu apenas após o tribunal já haver concluído pela não admissibilidade da causa em virtude da cláusula específica do tratado<sup>137</sup>.

Assim, é possível concluir que a *clean hands doctrine*, quando entendida como um dever implícito de estabelecer um investimento legalmente para que o investidor possa usufruir das proteções concedidas pelo tratado de investimento, é aplicável como um princípio de direito internacional. Por outro lado, quando entendida como uma barreira à admissibilidade da causa pela existência de ato corrupto durante a operação do investimento, o entendimento atual, principalmente conforme exposto em *Yukos v. Russia*, não a considera como um princípio válido para tanto. Entranto, o entendimento posterior, em *Al Warraq v. Indonesia*, demonstra que essa discussão ainda não foi encerrada.

---

<sup>136</sup> *Al Warraq v. Indonesia*, p.55, §155.

<sup>137</sup> DUMBERRY, p. 285.



## 5 CONCLUSÃO

Nesse trabalho analisaram-se as diversas maneiras nas quais a corrupção pode afetar o procedimento arbitral, o que varia principalmente dependendo do tipo de arbitragem que se está analisando. A seguir, tentarei resumir, de forma enxuta, as conclusões retiradas dos casos analisados.

Pela análise dos casos de arbitragem comercial afetados por corrupção, é seguro afirmar que a grande maioria dos tribunais arbitrais, bem como cortes estatais, consideram não haver óbice à arbitrabilidade dessas questões, se distanciando do precedente criado em 1963 pelo Juiz Lagergren. A construção atual se baseia em dois pilares, igualmente reconhecidos pela grande maioria dos países, que são a regra *kompetenz-kompetenz* e o princípio da autonomia da cláusula compromissória. Entende-se, em síntese, que a cláusula compromissória é resguardada de qualquer nulidade do contrato principal e permanece válida, conferindo aos árbitros, assim, a competência para determinar a sua própria competência, independente da origem ou objeto ilegais do contrato. A lei brasileira incorpora esses dois pilares, de modo que, pela análise feita, o entendimento em arbitragens nacionais não teria por que ser distinto.

Tal racionalidade também é aplicável às arbitragens de investimentos por contratos, em que os tribunais entendem que a manifestação de vontade concretizada pela cláusula compromissória lhes atribui jurisdição, independente da existência de corrupção. Entretanto, cabe mencionar que, em *Niko v. Bangladesh*, o tribunal fez menção aos requisitos da *clean hands doctrine* que poderiam afetar a jurisdição do tribunal caso preenchidos. Em que pese isso não tenha sido confirmado pelo tribunal, é uma questão que merece destaque na presente conclusão.

Em arbitragens por tratados de investimento ainda existem amplas discussões sobre o tema, estando o efeito da corrupção no procedimento arbitral sujeito a diversas variáveis. Um entendimento que está consolidado é de que um investimento que foi *estabelecido* através de corrupção ou fraude não terá a proteção que lhe é conferida pelo tratado de investimento, inclusive o direito de resolver as disputas envolvendo tal investimento por meio de arbitragem, existindo essa barreira independente de previsão de tal proibição em cláusula do tratado. Cumpre esclarecer que, nesse caso, o que é afetada

é a jurisdição do tribunal para dirimir o conflito, não se tratando de uma questão de admissibilidade ou mérito.

Quando a corrupção ocorre após o estabelecimento do investimento, a tendência, ainda que não consolidada, é que não há óbice à jurisdição do tribunal e não há barreira à admissibilidade da disputa. O único caso analisado em que o tribunal entendeu que o investimento não seria protegido devido a ilegalidades cometidas *após* o estabelecimento do investimento, *Al Warraq v. Indonesia*, ele o fez devido a uma cláusula peculiar do tratado em questão que previa a negativa de proteção em caso de ilegalidades cometidos pelo investidor. Essa questão, no entanto, foi resolvida no mérito da disputa, não tendo havido óbice à jurisdição do tribunal.

Ainda, após analisar os casos e análises doutrinárias em relação à polêmica *clean hands doctrine*, parece não haver ainda uma determinação clara quanto à sua definição, sendo, na maioria das vezes em que citada, apenas uma forma de se referir à proibição que um tribunal teria para prestar tutela jurisdicional a uma parte corrupta. A sua aplicabilidade em direito internacional tampouco é uma questão definida, em que pese haver mais indícios de que ela não é aplicável em arbitragens internacionais do que o contrário, embora não seja possível fazer uma afirmação conclusiva a partir da análise feita.

Por fim, elaborei a seguinte tabela demonstrando a forma como a corrupção afeta a arbitragem em cada uma das hipóteses analisadas nesse trabalho de conclusão:

Efeitos de fraude ou corrupção	Em arbitragens comerciais	Em arbitragens de investimentos por contratos	Em arbitragens de investimento por tratado
No objeto do contrato/investimento	O tribunal possui jurisdição.	O tribunal possui jurisdição.	O tribunal <b>não</b> possui jurisdição.
No estabelecimento do contrato/investimento	O tribunal possui jurisdição.	O tribunal possui jurisdição.	O tribunal <b>não</b> possui jurisdição.
Durante a execução do contrato/investimento	O tribunal possui jurisdição.	O tribunal possui jurisdição (uma eventual aplicação da <i>clean hands doctrine</i> afetaria o mérito da disputa)	O tribunal possui jurisdição (a eventual existência de cláusula proibitiva a esse tipo de conduta ou aplicação da <i>clean hands doctrine</i> afetaria o mérito da disputa)

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, que dispõe sobre a arbitragem.

BRASIL. Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, que promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção

BRASIL. Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017, que estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei no 13.334, de 13 de setembro de 2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal

BRASIL. Lei nº 13.334 de 13 de setembro de 2016, que cria o Programa de Parcerias de Investimentos – PPI: Conforme o Art. 1º, § 1º da lei, fazem parte do PPI os empreendimentos públicos de infraestrutura executados por meio de contratos de parceria celebrados pela administração pública e o setor privado.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em <http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Regimento/issue/view/1/showToc>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sentença Estrangeira Contestada 9.021/EX. Relator Ministro Felix Fischer. Corte Especial. Julgado em 04/03/2015.

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

CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL. **ICC Case 13515 Final Award**. Julgado em arbil de 2006. ICC International Court of Arbitration Bulletin. Vol 24/Special Supplement. Paris. 2013.

CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL. **ICC Case 13914 Final Award**. ICC International Court of Arbitration Bulletin. Vol 24/Special Supplement. Paris. 2013.

CENTRO INTERNACIONAL PARA A RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIA SOBRE INVESTIMENTOS. **Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. The Republic of the Philippines**. ICSID Case No. ARB/03/25. Award. Julgado em 16/08/2007. Disponível em <https://www.italaw.com/cases/456>

CENTRO INTERNACIONAL PARA A RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS SOBRE INVESTIMENTOS. **Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v.**

**Republic of the Philippines.** ICSID Case No. ARB/11/12. Award. Julgado em 10/12/2014. Citado como *Fraport v. Philippines, 2014*. Disponível em <https://www.italaw.com/cases/2852>

CENTRO INTERNACIONAL PARA A RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS SOBRE INVESTIMENTOS. **Inceysa Vallisoletana, S.L. v. Republic of El Salvador.** ICSID Case No. ARB/03/26. Award. Julgado em 02/08/2006. Disponível em <https://www.italaw.com/cases/documents/564>

CENTRO INTERNACIONAL PARA A RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS SOBRE INVESTIMENTOS. **Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan,** ICSID Case No. ARB/10/3. Award. 04/10/2013. Disponível em <https://www.italaw.com/cases/2272>

CENTRO INTERNACIONAL PARA A RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS SOBRE INVESTIMENTOS. **Niko Resources (Bangladesh) Ltd. v. Bangladesh Petroleum Exploration & Production Company Limited ("Bapex") and Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation ("Petrobanga"),** ICSID Case No. ARB/10/18. Decision on jurisdiction. 19/08/2013. Disponível em <https://www.italaw.com/cases/3338>

CENTRO INTERNACIONAL PARA A RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS SOBRE INVESTIMENTOS. **Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria.** ICSID Case No. ARB/03/24. Award. Julgado em 27/08/2008. Disponível em <https://www.italaw.com/cases/857>

CENTRO INTERNACIONAL PARA A RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS SOBRE INVESTIMENTOS. **Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic.** ICSID Case No. ARB/07/26. Decision on jurisdiction. Julgado em 19/12/2012. Disponível em <https://www.italaw.com/cases/1144>

CENTRO INTERNACIONAL PARA A RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS SOBRE INVESTIMENTOS. **Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt.** ICSID Case No. ARB/05/15. Award. Julgado em 19/06/2009. Disponível em <https://www.italaw.com/cases/1022>

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 04/10/2006. Disponível em <https://www.italaw.com/documents/WDFv.KenyaAward.pdf>

COMISSÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DIREITO COMERCIAL INTERNACIONAL. **Hesham T. M. Al Warraq v. Republic of Indonesia.** UNCITRAL. Award. Julgado em 15/12/2014. Disponível em <https://www.italaw.com/cases/1527>.

INGLATERRA. **Westacre v Jugoimport**. 2 Lloyd's rep. 111. Julgado em 1998. Apud SAYED, Abdulhay. **Corruption in International Trade and Commercial Arbitration**. Kluwer Law International. The Hague. 2004.

INTERNATIONAL LAW COMMISSION. **Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries**. 2001. Disponível em [http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_6\\_2001.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf)

PAQUISTÃO. **Hub Power Co Ltd (HUBCO) v Pakistan WAPDA and Federation of Pakistan (2000)**. 15(7) Mealeey's International Arbitration Report, Section A.1, A-15 and 16, apud SAYED, Abdulhay. **Corruption in International Trade and Commercial Arbitration**. Kluwer Law International. 2004.

TRIBUNAL PERMANENTE DE ARBITRAGEM. **Guyana v. Suriname**. ICGJ 370. PCA. Award. Julgado em 17/09/2007. Disponível em <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law/icgj/370pca07.case.1/law-icgj-370pca07#law-icgj-370pca07-div4-27>

TRIBUNAL PERMANENTE DE ARBITRAGEM. **Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation**. PCA Case No. AA 227. Final Award. Julgado em 18/07/2014. Disponível em <https://www.italaw.com/cases/1175>

TRIBUNAL PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL. **Diversion of Water from the Meuse, Netherlands v Belgium**. PCIJ, Series A/B, No. 70. Julgado em 28/06/1937. Disponível em <http://opil.ouplaw.com>

SUIÇA. **National Power Corporation (Philippines) v Westinghouse (USA)**, ATF 119 II 380. Julgado em 2 de setembro 1993. Apud ALBANESI, Christian, JOLIVET, Emmanuel. **Dealing with Corruption in Arbitration: A Review of ICC Experience**. ICC International Court of Arbitration Bulletin. Vol 24/Special Supplement. Paris. 2013.

## BIBLIOGRAFIA

ALBANESI, Christian, JOLIVET, Emmanuel. **Dealing with Corruption in Arbitration: A Review of ICC Experience.** ICC International Court of Arbitration Bulletin. Vol 24/Special Supplement. Paris. 2013.

ARMESTO, Juan Fernandez. **Chapter 11: The Effects of a Positive Finding of Corruption** in Domitille Baizeau and Richard H. Kreindler (eds), **Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration.** Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, Volume 13. Kluwer Law International; International Chamber of Commerce (ICC). The Hague. 2015.

BANAIFTEMI, Yas. **Chapter 1: The Impact of Corruption on “Gateway Issues” of Arbitrability, Jurisdiction, Admissibility and Procedural Issues** em: BAIZEAU, Domitille e; KREINDLER, Richard H. (eds). **Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration.** Dossiers of the ICC Institute of World Business Law. Volume 13. Kluwer Law International; International Chamber of Commerce (ICC). The Hague. 2015.

BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. **Redfern and Hunter on International Arbitration.** 5th edition. Oxford University Press. Oxford. 2009.

DÍEZ-PICAZO, Luis María. **Fundamentos del Derecho Civil.** Editorial Civitas. Madrid. Quinta Edición, apud *Inceysa v. El Salvador*.

DOUGLAS, Zachary. **The Plea of Illegality in Investment Treaty Arbitration.** ICSID Review 29 (1): 155-186. 2014. Disponível em 10.1093/icsidreview/sit04.

DUMBERRY, Patrick. **State of Confusion: The Doctrine of ‘Clean Hands’ in Investment Arbitration After the Yukos Award.** The Journal of World Investment & Trade, n. 17. 2016.

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

GLINAVOS Ioannis. **Government Procurement, Bribery, and an Olympic Size Scandal at the ICC.** Kluwer Arbitration Blog, April 7 2017, <http://kluwarbitrationblog.com/2017/04/07/government-procurement-bribery-and-an-olympic-size-scandal-at-the-icc/>

GRABOWSKI, Alex. **The Definition of Investment under the ICSID Convention: A Defense of Salini.** Chicago Journal of International Law: Vol. 15: No. 1, Article 13. Chicago. 2014. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cjil/vol15/iss1/13>.

LLAMZON, Aloysius. **Corruption in International Investment Arbitration**. Oxford University Press. Oxford. 2014.

LLAMZOM, Aloysius. **Yukos Universal Limited (Isle of Man) v The Russian Federation: The State of the “Unclean Hands” Doctrine in International Investment Law: Yukos as Both Omega and Alpha**. 30(2) ICSID Review. 2015.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Ilícitude Derivada do Exercício Contraditório de um Direito: O Renascer do Venire Contra Factum Proprium**. Revista da AJURIS . V. 32, n. 97. Porto Alegre. Março/2005.

MOLOO, Rahim. **A Comment on the Clean Hands Doctrine in International Law**. SSRN. 2010. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=2358229> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2358229>.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães e; QUINTÃO, Luísa. **Has Brazil Made a Unilateral Binding Offer to Arbitrate in the 2016 Investment Partnership Program (PPI)?**. Kluwer Arbitration Blog. 24 de março de 2017. Disponível em <http://kluwarbitrationblog.com/2017/03/24/has-brazil-made-a-unilateral-binding-offer-to-arbitrate-in-the-2016-investment-partnership-program-ppi/>

RAESCHKE-KESSLER, Hilmar; GOTTWALD, Dorothee. **Part II Substantive Issues, Ch.15 Corruption**. The Oxford Handbook of International Investment Law. Oxford University Press. 2015.

TANG, Zheng Sophia. *Jurisdiction and Arbitration Agreements in International Commercial Law*. Routledge. New York. 2014.

SAYED, Abdulhay. **Corruption in International Trade and Commercial Arbitration**. Kluwer Law International. The Hague. 2004.

WETTER, J. Gilles. **Issues of Corruption before International Arbitral Tribunals: The Authentic Text and True Meaning of Judge Gunnar Lagergren's 1963 Award in ICC Case No. 1110**. Arbitration International. Volume 10, Issue 3. 1994.