

**Interesse público e arbitrabilidade:
possibilidades e limites –
Uma visão da perspectiva
internacional
de casos envolvendo corrupção**

Flavia Mange

MANGE & GABBAY
sociedade de advogados



Roteiro

Uma visão da perspectiva internacional de casos envolvendo corrupção

- 1. INTRODUÇÃO: CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES SOBRE INTERESSE PÚBLICO, POLÍTICAS PÚBLICAS E ARBITRABILIDADE NA PERSPECTIVA INTERNACIONAL**
- 2. CORRUPÇÃO E ARBITRAGEM COMERCIAL: EVOLUÇÃO DO DEBATE SOBRE DE QUESTÕES RELACIONADAS À CORRUPÇÃO NO ÂMBITO INTERNACIONAL**
- 3. CORRUPÇÃO E ARBITRAGEM DE INVESTIMENTO: EVOLUÇÃO DO DEBATE SOBRE QUESTÕES RELACIONADAS À CORRUPÇÃO NO ÂMBITO INTERNACIONAL**
- 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS: TENDÊNCIAS NO ÂMBITO INTERNACIONAL**

1

INTRODUÇÃO:

**CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES
SOBRE INTERESSE PÚBLICO, POLÍTICAS
PÚBLICAS E ARBITRABILIDADE NA
PERSPECTIVA INTERNACIONAL**

Políticas Públicas (*Public Policy*) v. Interesse Público

- Conceito de **Políticas Públicas**

*[T]hat principle of law which holds that **no subject can lawfully do that which has a tendency to be injurious to the public or the public good.***

House of Lords (1853): *Egerton v. Lord Brownlow*

- Matéria de **Interesse Público**:

- Valores coletivos;
- Valores protegidos por um bem coletivo;
- Interesses que beneficiam um grupo de indivíduos ou de terceiros;
- Arbitragens que envolvem interesses de terceiros que vão além do interesse das partes na arbitragem.

Arbitrabilidade Objetiva

- **Definição:** Possibilidade de submissão de um assunto específico ao juízo arbitral.

Non-arbitrability (Born)

Categorias de assuntos ou disputas que, por força da legislação doméstica, não podem ser submetidas à arbitragem, mesmo que as partes tenham concordado validamente em sentido contrário.

Arbitrabilidade Objetiva

- Discute-se a arbitrabilidade:
 - Durante a arbitragem, como defesa processual da requerida;

Convenção de Nova Iorque

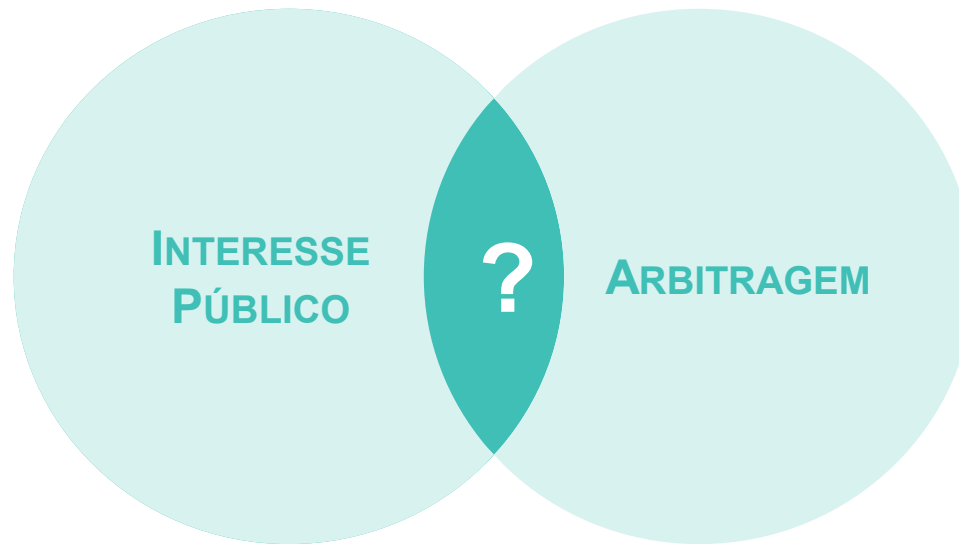
Artigo II (1) *Cada Estado signatário deverá reconhecer o acordo escrito pelo qual as partes se comprometem a submeter à arbitragem todas as divergências que tenham surgido ou que possam vir a surgir entre si no que diz respeito a um relacionamento jurídico definido, seja ele contratual ou não, com relação a uma matéria passível de solução mediante arbitragem.*

- Na anulação da sentença arbitral;
- Na homologação e execução da sentença arbitral.

Convenção de Nova Iorque

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:*
(a) segundo a lei daquele país, o objeto da divergência não é passível de solução mediante arbitragem; (...)

Interesse Público/Políticas Públicas v. Arbitrabilidade



- Políticas públicas e interesse público: **normas cogentes**
 - Assuntos que afetam o público em larga escala
 - Não estão sujeitos a métodos de resolução particulares
 - **Existe matérias de interesse público que podem estar sujeitas à arbitragem?**

Interesse Público/Políticas Públicas v. Arbitrabilidade

- Argumentos **contrários** à arbitragem:
 - Perda de soberania estatal;
 - Composição e natureza do tribunal arbitral v. juízes ou entidades públicas exercendo papel jurisdicional;
 - Habilidade dos árbitros de aplicar corretamente a norma de direito público; e
 - Preocupação quanto à aplicação de normas que protejam o interesse público.

Interesse Público/Políticas Públicas v. Arbitrabilidade

- Arbitrabilidade deve ser determinada pela **legislação doméstica**
- Existem **tendências** ou **assuntos específicos** que costumam ser *(ou eram)* classificados como não arbitráveis em diversas jurisdições
 - Antitruste
 - Propriedade Intelectual
 - Direito concursal
 - Direito de família e sucessões
 - Direito do consumidor
 - Direito do trabalho
 - Poderes específicos de entes públicos/ agências

Interesse Público/Políticas Públicas v. Arbitrabilidade

- **Exemplo da Colômbia:**

- Decisões das entidades estatais no exercício dos seus “**poderes especiais/excepcionais**” : **não arbitrável**
 - **Rescisão/Interpretação** unilateral de contrato
 - Decisão sobre **caducidade**
- **Consequências econômicas** das decisões: **arbitrável**
 - **Medidas cautelares** antes de a entidade pública rescindir o contrato unilateralmente (impede a rescisão)

2

**CORRUPÇÃO E ARBITRAGEM COMERCIAL:
EVOLUÇÃO DO DEBATE SOBRE ARBITRABILIDADE
DE QUESTÕES RELACIONADAS À CORRUPÇÃO
NO ÂMBITO INTERNACIONAL**

Corrupção

- Não há uma definição universal de **Corrupção**

Civil Law Convention on Corruption (Conselho Europeu)

Article 2 *For the purpose of this Convention, "corruption" means requesting, offering, giving or accepting, directly or indirectly, a bribe or any other undue advantage or prospect thereof, which distorts the proper performance of any duty or behavior required of the recipient of the bribe, the undue advantage or the prospect thereof.*

- Amplo:
 - solicitar; oferecer, dar ou aceitar, direta ou indiretamente,
 - propina ou qualquer vantagem indevida
 - Não restrito aos agentes públicos
- Diversos outras convenções sobre o tema

Corrupção

- **Corrupção:** Incentivo aos Estados para criminalizarem condutas

OECD Anti-Bribery Convention

Art. 1.1. (...) it is a criminal offence under its law for any person intentionally offer, promise or give any undue pecuniary or other advantage, whether directly or through intermediaries, to a foreign public official, for that official or for a third party, in order that the official act or refrain from acting in relation to the performance of official duties, in order to obtain or retain business or other improper advantage in the conduct of international business.

- Tipos de conduta corrupta na arbitragem internacional:
 - Contratos firmados para a prática de corrupção
 - Contratos firmados por meio de corrupção (suborno) mas com uma **transação econômica** subjacente real

Arbitrabilidade de disputas envolvendo corrupção

1963

Tendência geral de **expansão** do escopo da arbitrabilidade
Doutrina da **separabilidade**

▶ **ICC Award No. 1110**
Judge Lagargren

2007

▶ ***Fiona Trust Holding Corp. v. Privalov***
House of Lords

Whether one is taking the point of view of good government or that of commercial ethics it is impossible to close one's eyes to the probable destination of amounts of this magnitude, and to the destructive effect thereof on the business pattern with consequent impairment of industrial progress. Such corruption is an international evil; it is contrary to good morals and to an international public policy common to the community of nations. [...]

*[P]arties who ally themselves in an enterprise of the present nature must realize that they have **forfeited any right to ask for assistance of the machinery of justice (national courts or arbitral tribunals) in settling their disputes.***

ICC Award No. 1110 (1963)

Arbitrabilidade de disputas envolvendo corrupção

Doutrina da *separability*

A invalidade do contrato não afeta a cláusula arbitral.

O árbitro tem jurisdição para decidir sobre a validade do contrato

As alega

O árbitro

privado c

Atualmente: A falha em endereçar ilegalidades pode prejudicar a execução da sentença arbitral.

(discussão se os árbitros podem/devem, sua sponte, investigar atos de corrupção)

le direito

Swiss Federal Tribunal (2007)

Um tribunal arbitral tem competência para examinar, como questão preliminar, se atos criminosos (corrupção) praticados pelas partes afetam o contrato principal.

Consequências de encontrar corrupção no objeto da arbitragem

1. Contratos firmados **para** praticar corrupção
 - Contrato **deve** ser declarado nulo.
 - As partes não podem apresentar pleitos monetários ou a restituição de valores.
 - **Clean hands doctrine**: uma das partes não pode esperar a proteção jurisdicional quando sua conduta não for de boa-fé.
2. Contratos firmados **por meio** de práticas de corrupção
 - Contrato é considerado válido até a parte lesada tomar medidas para garantir sua anulação?
 - *World Duty Free v. Kenya* (English law)
 - Algumas jurisdições consideram o contrato nulo.
 - Importância de priorizar a proteção do interesse público para prevenir e desincentivar a corrupção
 - **Restitutio in integrum**: a parte inocente pede que tenha restaurada sua condição antes da celebração do contrato (*não teria lucro, nem prejuízo*).

Discussão de caso hipotético

Contrato de concessão para construção, manutenção de operação de projeto de infraestrutura (por exemplo, rodovia) firmado **por meio de corrupção**

- ❑ Ambas as partes consentiram (mesmo que tacitamente) ao pagamento de suborno
- ❑ A concessionária concluiu a obra
- ❑ A concessionária argumenta que, por motivos de **força maior** e **quebra de obrigações contratuais** pelo ente público, a obra foi mais cara do que o planejado
- ❑ A concessionária apresenta requerimento de arbitragem para obter valores referentes aos custos extras e:
 - Pagar subcontratadas e bancos
 - Obter lucros
- ❑ O ente público argumenta que o **contrato é nulo** e que o tribunal não pode decidir sobre a força maior e o inadimplemento contratual

CENÁRIO 1

O tribunal reconhece que o contrato é nulo e que não tem poder para decidir sobre os pleitos da concessionária

- ❑ A concessionária e os seus acionistas devem ser impedidos de contratar novamente com o Estado
- ❑ A concessionária vai obter resultado econômico negativo e os acionistas não vão receber dividendos
- ❑ A concessionária não vai pagar **terceiros de boa-fé**
- ❑ Subcontratadas terão que buscar pagamento com **garantidores**
 - ❑ Garantidores costumam ser bancos (normalmente terceiros de boa-fé) ou os acionistas das concessionárias (que podem ter obtido o contrato por suborno)
- ❑ Particulares ficarão desmotivados a praticar corrupção para obter contratos públicos (interesse público e políticas públicas como prioridade)
- ❑ O ente público vai receber a obra sem ter pagado por sua integralidade
 - ❑ Beneficia-se da prática de conduta ilegal por um de seus agentes públicos

CENÁRIO 2

O tribunal decide pelo *restitutio in integrum*
(restauração da situação inicial da concessionária)

- ❑ A concessionária e os seus acionistas devem ser impedidos de contratar novamente com o Estado
- ❑ A concessionária vai obter resultado econômico negativo e os acionistas não vão receber dividendos
- ❑ A concessionária conseguirá pagar **terceiros de boa-fé**
- ❑ Particulares ficarão, **em parte**, desmotivados a praticar corrupção para obter contratos públicos, mas as consequências seriam **menos gravosas**
- ❑ **Interesse público e as políticas públicas?**
- ❑ O ente público vai receber a obra pela qual pagou, excetuados os ganhos/dividendos da concessionária

3

**CORRUPÇÃO E ARBITRAGEM DE INVESTIMENTO:
EVOLUÇÃO DO DEBATE SOBRE
QUESTÕES RELACIONADAS À
CORRUPÇÃO NO ÂMBITO INTERNACIONAL**

Corrupção: Jurisdição e Admissibilidade em Arbitragem de Investimento

- Argumentos sobre corrupção são recorrentes tanto nas alegações do investidor como nas defesas do Estado
- Alegações do Investidor: Estado violou o tratado ao praticar (solicitar) corrupção
- Defesas dos Estados (*mais usual*): Buscam se esquivar de conferir proteção ao investimento estrangeiro pois este foi obtido/realizado por meio de corrupção

Corrupção é uma defesa de **jurisdição/admissibilidade**
(*e não uma questão de arbitrabilidade*)

Jurisdição e Admissibilidade na Arbitragem de Investimento

- Defesas de **jurisdição/admissibilidade**
(**≠** arbitrabilidade)
 - **Jurisdição:** O tribunal não tem poderes e decidir o litígio
 - **Admissibilidade:** Aquele pedido (*claim*) não pode ser analisado pelo tribunal arbitral
- Na arbitragem de investimento, não há distinção clara entre jurisdição e admissibilidade

Jurisdição/Admissibilidade em Arbitragem de Investimento

- **Jurisdição:** consentimento dos Estados / submissão de litígios relacionados aos investimentos estrangeiros à arbitragem
- Problemática: definição de "investimento"
- Definição restritiva:

BIT Bulgária-Chipre (1988)

The term "Investment" comprises assets, rights and properties which are connected with participation in enterprises or in associations or in other types of participation [...].

These investments shall be made in compliance with the laws and regulations of the relevant Contracting Party and and permissions that may be required thereunder.

- Definição ampla:

Energy Charter Treaty (1991)

"Investment" means every kind of asset, owned or controlled directly or indirectly by an Investor [...].

"Investment" refers to any investment associated with an Economic Activity in the Energy Sector and to investments or classes of investments designated by a Contracting Party in its Area as "Charter efficiency projects" and so notified to the Secretariat.

Jurisdição e Admissibilidade na Arbitragem de Investimento

Jurisdição

A definição de **investimento** ou a cláusula de resolução de disputas inclui uma exigência de que o investimento seja feito de forma **legal**.

Corrupção: investimento não protegido pelo tratado, tribunal não tem jurisdição.

Admissibilidade

Caso não exista cláusula no acordo que prevê expressamente que a expropriação deve ser **legal** para garantir a proteção, o Tribunal tem jurisdição, mas

o pedido improcedente com base na ***clean hands doctrine***.

Mérito: Ausência de proteção material: o investidor não está protegido pelo acordo por causa de conduta corrupta mas busca restituição ao *status quo*.

Jurisdição/Arbitrabilidade de disputas envolvendo corrupção (Gateway issues)

2006

Doutrina defende a **expansão** do escopo da jurisdição/admissibilidade

Inceysa Vallisoletan vs. El Salvador
Duty Free vs. Kenya

“It is not against international public policy to accord protection to contracts and investments tainted with corruption” (J. Drude)

JURISDICTION: Inceysa Vallisoletan vs. El Salvador

“Inceysa cannot benefit from the rights granted in the BIT, including access to the jurisdiction of the Center, because its investment does not meet the condition of legality necessary to be included within the scope of that investment protection”

ADMISSIBILITY: Duty Free vs. Kenya

“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 contract obtained by corruption cannot be upheld by this Arbitral Tribunal”

Jurisdição/Arbitrabilidade de disputas envolvendo corrupção (Gateway issues)

I shall reflect on what this case tells us more generally about how well-suited the international arbitral process is to dealing with the instances of corruption that continue to disfigure more than a few investment contracts concluded with governments of developing states around the world

Constantine Partasides

Chatam House, *World Duty Free v The Republic of Kenya*: a Unique Precedent?

4

CONSIDERAÇÕES FINAIS TENDÊNCIAS NO ÂMBITO INTERNACIONAL

Considerações Finais

Arbitragem Comercial

- Atual tendência a considerar questões relacionadas à corrupção arbitrável
- Debate sobre outros temas: como se prova corrupção (standards); qual a lei/princípios aplicáveis para identificar atos de corrupção; se árbitros podem investigar de ofício; consequências da corrupção (em relação às partes/terceiros)

Arbitragem de Investimento

- Corrupção é usualmente trazida como defesa, seja de jurisdição, admissibilidade ou mérito
- Tendência mais discreta a seguir o mesmo caminho da arbitragem comercial
- Novos debates

Obrigada

Flavia Mange

flavia.mange@jmgadv.com.br

www.jmgadv.com.br

MANGE & GABBAY
sociedade de advogados

