



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

HELENA BRANDÃO PINHEIRO TAVERNARD LIMA

**CORRUPÇÃO E ARBITRAGEM INTERNACIONAL:
A PROVA DE ATOS ILÍCITOS E OS EFEITOS NA ARBITRAGEM**

BRASÍLIA
2022

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

FACULDADE DE DIREITO

**CORRUPÇÃO E ARBITRAGEM INTERNACIONAL:
A PROVA DE ATOS ILÍCITOS E OS EFEITOS NA ARBITRAGEM**

Autora: Helena Brandão Pinheiro Tavernard Lima

Orientadora: Prof^a. Dr^a. LÍlian Manoela Monteiro Cintra de Melo

Monografia apresentada à Banca Examinadora como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Brasília, 3 de maio de 2022.

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UNB
FACULDADE DE DIREITO – FD

HELENA BRANDÃO PINHEIRO TAVERNARD LIMA

**Corrupção e Arbitragem Internacional:
A Prova de Atos Ilícitos e os Efeitos na Arbitragem**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Aprovada em 3 de maio de 2022.

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Dra. Lílian Manoela Monteiro Cintra de Melo
(Orientadora – Presidente)

Prof^a. Dra. Amanda Athayde Linhares Martins Rivera
(Avaliadora)

Prof. Me. Ângelo Gamba Prata de Carvalho
(Avaliador)

“Arbitration (...) involves a combination of techniques, insights, inspirations and compromises which, as times and cultures changes, give rise to kaleidoscopic work in progress.”

Jan Paulsson. *The Idea of Arbitration*, 2013

“People’s indifference is the best breeding ground for corruption to grow.”

Delia Ferreira Rubio, Chair of Transparency International

“Power does not corrupt men; fools, however, if they get into a position of power, corrupt power.”

George Bernard Shaw

AGRADECIMENTOS

A escrita do trabalho de conclusão de curso determina o final de uma extensa e memorável jornada e, com o marco de sua conclusão, também o gratificante e tão esperado início de um novo ciclo. É um período inesquecível, embora também repleto de incertezas e de dúvidas, e que demonstra a cada instante da trajetória a importância do apoio das pessoas que mais nos querem bem.

Por todo o carinho, apoio e amor incondicional ao longo de uma vida inteira, destino os meus mais profundos agradecimentos à minha família.

Pelo verdadeiro exemplo de força de vontade, coragem e integridade de caráter que sempre me forneceram, agradeço aos meus pais Leonora e Fernando. Vocês são e sempre foram a minha base e porto seguro em meio a todas as marés e inconstâncias da vida. À minha irmã Eduarda, por ser a minha fiel companheira de vida e minha melhor amiga. Poder conviver e aprender sempre com vocês é um privilégio e um dos meus maiores motivos de felicidade, e toda a trajetória trilhada até aqui somente foi possível graças ao apoio constante que representam.

Presto sinceros votos de gratidão à querida Professora Lílian Cintra de Melo, pela brilhante orientação e por todos os conselhos fornecidos ao longo dos meses de redação do presente trabalho. Aproveito para agradecer à Professora Amanda Athayde e ao Professor Ângelo Gamba, que, além de inspirações de profissionais e mestres, tão atenciosamente aceitaram compor a banca avaliadora deste trabalho.

Gostaria de agradecer, ainda, a todos que tanto me ensinaram e auxiliaram em meio à trajetória profissional. Em especial, agradeço aos colegas do escritório Gustavo Tepedino Advogados, em nome de Marcely Ferreira e Marina Branco, que, além de profissionais inspiradoras, tão vitais aprendizados me proporcionaram ao longo de todo esse período no escritório.

Pela constante presença desde o começo do caminho trilhado na Universidade de Brasília, agradeço aos maravilhosos amigos que a Faculdade de Direito me trouxe. Mayara Guardiano, Maria Clara Ferreira, Isadora Isaura, Ana Luísa Chamon, Vitória Sernegio, Fernanda Mello e Caio Borges, agradeço imensamente pela cumplicidade e lealdade, bem como pelas inúmeras histórias inesquecíveis compartilhadas durante todos esses nossos anos de UnB.

Aos amigos da UnB que encontrei durante a caminhada, obrigada por todos os momentos e, principalmente, por terem se tornado presenças tão imprescindíveis nesse mundo. Agradeço especialmente ao Daniel Segalovich, Mateus Gaudêncio, Marcela Araújo, Maria Clara Vilasbôas e Alessandra Oliveira. O trajeto até aqui se tornou uma das melhores fases da minha vida, e foi graças ao apoio e parceria de vocês, principalmente nesse tão importante estágio de conclusão.

Aos amigos que aqui se encontram desde muito antes do início dessa trajetória acadêmica, em especial, Leonardo Paiva, Guilherme Fonsêca, Amanda Amaral, Ana Luiza Campos, Marcella Pinheiro e Isabela Fruet, o meu eterno muito obrigada pelo constante exemplo de amizade e companheirismo ao longo de todos esses anos, e por todo o fundamental suporte durante a elaboração deste trabalho. A amizade de vocês é um verdadeiro e precioso presente de uma vida.

Aos amigos que me ensinaram que a distância é um conceito muito relativo e que a real amizade não depende de proximidade física, obrigada por constituírem um sincero ponto de apoio não importa onde estivermos nesse mundo. Agradeço especialmente à Larissa Gobatto, à Amanda Barreto, à Ana Luiza Rossi, à Luiza Faria e à Letícia Procaci.

Aos membros do Grupo de Arbitragem da Universidade de Brasília (GEA/UnB), obrigada por toda a parceria e pela brilhante experiência representada pelas competições de arbitragem. Participar da CAMARB e do Vis Moot em nome da UnB e ter tido a oportunidade de conviver com tantas pessoas com tão obstinada dedicação e sincero espírito de equipe foi uma das melhores partes da minha graduação. Levo os aprendizados obtidos da participação no GEA para a vida, tendo inclusive a matéria da arbitragem se tornado uma das minhas maiores afinidades e fonte de inspiração para a elaboração do presente trabalho.

A todos os amigos e familiares que se fizeram presentes ao longo desses anos e em meio a essa tão intensa e gratificante jornada, agradeço do fundo do coração pelo apoio e por fazerem parte dessa trajetória. Aos brilhantes mestres da Universidade de Brasília, muito obrigada por todos os ensinamentos. Por fim e por tudo, agradeço eternamente a Deus. Que esse seja somente o início de uma maravilhosa nova fase.

RESUMO

Este trabalho tem o objetivo principal de examinar a esfera de intersecção entre a corrupção e a arbitragem internacional, especialmente quanto à eventual existência e à necessidade de adoção de critérios específicos para a prova de alegações ou indícios de corrupção em meio à discussão de mérito da disputa ou do procedimento arbitral. Para tanto, optou-se por dividir o trabalho em duas partes. No primeiro capítulo, são analisadas as premissas conceituais e as características centrais da corrupção e da arbitragem internacional, bem como o ponto de encontro entre as duas matérias. O segundo capítulo, por sua vez, trata especificamente da temática da prova da corrupção em arbitragens internacionais, incluindo o direcionamento da instrução probatória, as principais nuances da prova (ônus e medida da prova, bem como inferências negativas) de atos de corrupção e dos eventuais efeitos para o procedimento arbitral. Ao final, são traçadas as conclusões do trabalho.

Palavras-chave: corrupção; arbitragem; prova; ônus da prova; medida da prova.

ABSTRACT

The present study has the main objective of examining the intersection between corruption and international arbitration, particularly regarding the existence and the subsequent need of adopting certain criteria to prove claims or evidence of corruption in the dispute merits or along the arbitral procedure. For this purpose, the study was divided in two parts: the first chapter aims at analysing the conceptual premisses and central characteristics of the fields of corruption and international arbitration, as well as their intersection. In turn, the second chapter addresses the issue of corruption evidence in international arbitration, including the direction of the evidentiary statement, the main nuances of the proof of corruption acts (burden and standard of proof, as well as negative inferences) and the potential effects for the arbitral procedure. Finally, the conclusions are presented based upon the subject of both chapters.

Keywords: *corruption; arbitration; proof; burden of proof; standard of proof.*

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

CCI	Câmara de Comércio Internacional <i>(International Chamber of Commerce – ICC)</i>
CICC	Convenção Interamericana contra a Corrupção
Código Penal	Código Penal Brasileiro – Decreto-Lei nº. 2.848/1940
Constituição Federal	Constituição Federal de 1988 da República Federativa do Brasil
CPC/15	Código de Processo Civil Brasileiro – Lei nº. 13.105/2015
Convenção de Nova York	Convenção de Nova York de 1958 sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras <i>(Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards)</i>
IBA	<i>International Bar Association</i>
ICSID	Centro Internacional para a Resolução de Conflitos sobre Investimentos <i>(International Centre for Settlement of Investment Disputes)</i>
LArb	Lei Brasileira de Arbitragem – Lei nº. 9.307/1996
Lei Modelo da UNCITRAL	Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional <i>(UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration)</i>
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OEA	Organização dos Estados Americanos
OLAF	<i>Office Européen de Lutte Anti-Fraude</i> da Comissão Europeia
ONU	Organização das Nações Unidas

Regras da IBA	Regras da IBA para Obtenção de Provas em Arbitragens Internacionais <i>(IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration)</i>
Regras de Procedimento da ICSID	Regras de Procedimento para Procedimentos Arbitrais <i>(Rules of Procedure for Arbitration Proceedings)</i> da ICSID
Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL	<i>UNCITRAL Arbitration Rules</i>
TAS	Tribunal Arbitral do Esporte <i>(Court of Arbitration for Sport – CAS)</i>
UE	União Europeia
UNCITRAL	Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional <i>(United Nations Commission on International Trade Law)</i>

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO 1 – PONTO DE ENCONTRO ENTRE A ARBITRAGEM INTERNACIONAL E A CORRUPÇÃO	3
1.1. Corrupção	3
1.1.1. Conceito de corrupção na ótica internacional.....	3
1.1.2. Legislação anticorrupção internacional.....	7
1.2. Arbitragem	12
1.2.1. A arbitragem como método de resolução de conflitos.....	12
1.2.2. Arbitragem internacional e a lei aplicável.....	16
1.3. Ponto de encontro entre práticas corruptas e a arbitragem internacional	20
1.3.1. A corrupção como problemática no processo arbitral internacional.....	20
1.3.2. Arbitrabilidade da matéria de corrupção e a jurisdição do Tribunal Arbitral.....	22
CAPÍTULO 2 – EVIDÊNCIA E PROVA DE CORRUPÇÃO EM ARBITRAGENS INTERNACIONAIS	27
2.1. A produção probatória em arbitragens internacionais	27
2.2. Provando a corrupção em arbitragens internacionais	31
2.2.1. Ônus da prova (<i>burden of proof</i>).....	32
2.2.1.1. A regra geral (<i>actori incumbit probatio</i>).....	33
2.2.1.2. Possibilidade de inversão do ônus da prova.....	34
2.2.2. Medida da prova (<i>standard of proof</i>).....	38
2.2.2.1. Medidas probatórias de corrupção em arbitragem internacional: possibilidades.....	39
2.2.3. Inferências negativas e <i>red flags</i>	47
2.3. Prova de corrupção e efeitos no procedimento arbitral	52

2.3.1. Investigação de corrupção <i>sua sponte</i> pelo árbitro.....	52
2.3.2. Exequibilidade da sentença arbitral e a questão da ordem pública internacional.....	55
2.3.3. Necessidade de harmonização dos padrões probatórios?.....	59
CONCLUSÃO	62
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	65

INTRODUÇÃO

A arbitragem, como meio alternativo de resolução de disputas localizado afora do escopo da jurisdição estatal, possui, em seu cerne, fundamento na autonomia da vontade das partes e nos princípios centrais do Direito Privado. Todavia, ao serem julgadas pelo tribunal arbitral disputas decorrentes do instrumento contratual, muitas vezes podem surgir indícios atinentes a atos de corrupção – tema que, em sua essência, é abarcado pela esfera da ordem pública internacional.

Desse modo, analisando-se a eventual prática de atos corruptos em meio a procedimentos arbitrais internacionais, despontam diversas questões atinentes ao nexo existente entre a arbitragem e a necessidade de prevenção e combate à corrupção em um âmbito transnacional.

Um dos pontos mais controversos nesse contexto é, sem dúvida, a temática probatória, precisamente em virtude do fato de que práticas ardilosas como o suborno, fraude e pagamentos ilícitos naturalmente acontecem em sigilo e sem deixar vestígios. Mais ainda, a corrupção, por sua própria natureza, é um ilícito inerentemente difícil de ser provado mesmo em meio a um procedimento criminal, uma vez que raramente deixa indícios concretos.

Questiona-se, assim: como deve a corrupção ser provada em processos arbitrais? Como deve proceder a parte que traz uma alegação de corrupção para a atenção do tribunal arbitral? Os padrões referentes ao ônus e à medida da prova atualmente facilitam ou dificultam a prova de atos fraudulentos? Eventuais indícios de corrupção em um caso podem ser utilizados para firmar o convencimento do tribunal arbitral?

Em uma correlação entre essas questões, o principal intuito desse trabalho passa a ser o de estudar mais especificamente duas das principais características concernentes à instrução probatória, o ônus e a medida da prova, de sorte a verificar se existem parâmetros qualificados como os mais adequados para determinar a prova da corrupção, que deve assim ser considerada na prolação da sentença arbitral e em seus subsequentes efeitos.

Nesse sentido, tenciona-se abordar a pergunta central de se os critérios probatórios atualmente adotados para a prova de eventual ato de corrupção em um caso

submetido à arbitragem podem vir a interferir tanto na eficácia da sentença arbitral quanto, eventualmente, em uma maior dificuldade para provar a existência e a prática de atos ilícitos desse escopo, quando se tem por referência as regras e o posicionamento aplicados no contexto da arbitragem internacional.

Para tanto, será analisada a legislação aplicável aos procedimentos arbitrais, como os regulamentos internacionais predominantes – entre eles, as Regras de Procedimento da Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (UNCITRAL), a Lei Modelo da UNCITRAL, as Regras de Procedimento do Centro Internacional para a Resolução de Conflitos sobre Investimentos (ICSID) e a Convenção de Nova Iorque – além das nomeadas normas não vinculantes (“*soft law*”) relevantes para a matéria em estudo, especialmente as Regras da IBA para Obtenção de Provas em Arbitragens Internacionais.

Ademais, torna-se de extrema relevância o aprofundado estudo doutrinário concernente à temática relativa à interface entre a corrupção e a arbitragem, incluindo o exame de obras internacionais e nacionais, artigos, dissertações e teses de mestrado e doutorado. Em paralelo, objetiva-se examinar o teor de julgados de câmaras arbitrais que tenham adentrado em importantes nuances da matéria em questão, incluindo julgados da Câmara de Comércio Internacional (CCI) e da ICSID.

Por fim, após o levantamento bibliográfico de doutrina e de jurisprudência, cumpre-se traçar os principais aspectos relativos à prova da corrupção em meio ao panorama da arbitragem internacional, especialmente no que se refere à sua relevância para o contexto do combate a essas práticas.

CAPÍTULO 1 – PONTO DE ENCONTRO ENTRE A ARBITRAGEM INTERNACIONAL E ATOS DE CORRUPÇÃO

1.1. Corrupção

1.1.1. Conceito de corrupção na ótica internacional

Ao contrário do que muitas vezes se pensa, a corrupção não é um fenômeno restrito aos tempos atuais. Desde os primórdios da humanidade, em sociedades das mais diversas configurações e estruturas sociais, constam registros de pessoas tentando auferir vantagens ilícitas para si próprias ou eventualmente para conhecidos de uma maneira que contrariasse os costumes vigentes à época.

Todavia, é somente em um período mais atual que se observam os principais efeitos perversos da corrupção em um contexto global, principalmente com o advento da globalização após o final da 2ª Guerra Mundial e da Guerra Fria. A corrupção, como uma modalidade criminosa que abrange concomitantemente as esferas econômica, financeira, política e social, passou a ser um fenômeno não só adstrito a determinado território, e sim possível de ocorrer além das fronteiras de um mesmo país.

Não raras são as vezes, por exemplo, em que são transferidas grandes proporções de lucros auferidos em determinado território, de modo ilícito, para uma conta *offshore* em outro país que não é capaz de ser rastreada, evitando-se o julgamento pelos ilícitos cometidos no país de origem. Nesse sentido,

“Com a globalização, o crime se internacionalizou, isto é, hoje, os crimes e seus efeitos, não raras vezes, não respeitam as fronteiras físicas dos Estados. As condutas podem se dividir em atos que se espraiam pelos territórios de vários Estados, assim como pode ocorrer de a conduta ser praticada num canto do globo, mas as consequências terem de ser suportadas num Estado situado no outro – o que é particularmente evidente na criminalidade econômico-financeira. Donde a necessidade de, em resposta, internacionalizar, igualmente, os modelos de controle – prevenção e repressão – do crime”¹.

¹MARSON, Gabriel Junqueira. Observações sobre o conteúdo e a extensão do termo “corrupção”, constante do art. 83º, nº1, do Tratado de Funcionamento da União Europeia. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 181/2021, pp. 117-144, jul/2021.

Desse modo, evidencia-se desde logo a importância do estudo e das análises dos efeitos da corrupção sob a ótica internacional, de modo a ser possível consolidar uma política de prevenção e punição, em um contexto transnacional, da prática de condutas ilícitas desse domínio.

Sobre o tema, assim, é possível destacar variadas medidas e normativos adotados por diversas organizações internacionais, incluindo a Organização das Nações Unidas (ONU), a Organização dos Estados Americanos (OEA), a União Europeia (UE) e a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

Ademais, resta claro que a corrupção não é um fenômeno recente nem exclusivo de determinado país. Contemporânea é, tão somente, uma tentativa de atribuir um conceito comum a um entendimento tão vasto e que abrange tantos tipos diversos de condutas criminosas.

Nesse ínterim, assim como ocorre com outros eventos relevantes da esfera sociológica, a corrupção é um termo que descreve algo que a maioria das pessoas é capaz de compreender intuitivamente, mas que, ao mesmo tempo, é bastante complexo de se definir com precisão e de modo delimitado.

A palavra corrupção deriva do latim “*corrumpere*”, que significa, em essência, “romper”, “quebrar”, precisamente no sentido de rompimento de confiança e da integridade moral. A definição de corrupção prevista pelo *Oxford English Dictionary* abrange um contexto ainda mais amplo, ao enunciar que corresponde a um “comportamento desonesto ou ilegal, especialmente de pessoas com autoridade” e a “um ato ou efeito de fazer alguém mudar de um padrão moral de comportamento para um imoral”².

No discurso do então Secretário-Geral das Nações Unidas, na Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, ocorrida em 31 de outubro de 2003 em Nova York, a corrupção foi assim definida, de modo emblemático:

“Corrupção é uma praga insidiosa que possui um amplo escopo de efeitos corrosivos nas sociedades. Ela compromete a democracia e as regras do

² Tradução livre, do original: “1. dishonest or illegal behaviour, especially of people in authority; 2. the act or effect of making somebody change from moral to immoral standards of behaviour”. Oxford Learner’s Dictionary. Corruption. Disponível em: <https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/us/definition/english/corruption?q=corruption>. Acesso em: 28.3.2022.

Estado de Direito, conduz à violação de direitos humanos, distorce os mercados, desgasta a qualidade de vida, e permite que o crime organizado, o terrorismo e outras ameaças à segurança humana floresçam”³.

A Transparência Internacional (*Transparency International*), organização não governamental sediada em Berlim que foi criada precisamente com o intuito de combate à corrupção e em prol de serem adotadas melhores práticas globais de transparência e integridade, por sua vez, indica o conceito como “abuso de poder confiado para ganhos privados”⁴.

Segundo Luís Greco e Adriano Teixeira Guimarães, “corrupção é abuso de poder condicionado por vantagens. No recebimento de vantagens, (...) relativiza-se a separação constitutiva do estado liberal entre o público e o privado, ao se reverter a coisa pública em benefício privado”⁵.

De todas as definições enunciadas, é possível compreender que a corrupção é um conceito extremamente amplo, e não necessariamente jurídico, tendo em vista que uma enorme possibilidade de condutas e atos ilícitos podem ser enquadrados nesse conceito. Conforme melhor esclarece Aloysius Llamzon, em obra a respeito da corrupção no contexto da arbitragem internacional de investimentos:

“Coloquialmente, “corrupção” é vasta em seu escopo e alcance. O termo abrange tudo, desde aceitar um pagamento em segredo como um oficial de governo, a embolsar fundos confiados a ele ou ela como um funcionário de uma loja ou de um banco privado, a até mesmo a perceptível e geral degeneração da moralidade entre os jovens, em sua rejeição da tradição. O denominador comum entre esses exemplos tão distintos é o abuso de um poder devido ao público ou a um terceiro”⁶.

³ Tradução livre. No original: “*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.*” Disponível em: <https://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/background/secretary-general-speech.html>. Acesso em 22.3.2022.

⁴ No original: “*We define corruption as the abuse of entrusted power for private gain.*” Disponível em: <https://www.transparency.org/en/what-is-corruption>. Acesso em 22.3.2022.

⁵ GRECO, Luís; GUIMARÃES, Adriano Teixeira. Aproximação a uma Teoria da Corrupção. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 134/2017, pp. 159-188. Ago-2017.

⁶ Tradução livre. No original: “*Colloquially, 'corruption' is vast in scope and reach. The term spans everything from taking a payment in secret as a government official, to the pocketing of funds entrusted to him or her as a private bank or store employee, to even the perceived overall degeneration of morality among the youth in their rejection of tradition. The common denominator among these disparate examples is the abuse of a duty owed to the public or a third person*” (LLAMZON, Aloysius P. *Corruption in International Investment Arbitration*. United Kingdom: Oxford University Press, 2014, pp. 19).

O Direito Internacional vem intentando, nesse contexto, atribuir um conceito mais concreto e definitivo ao termo “corrupção”. Todavia, até o presente momento inexistiu uma definição universal da doutrina aplicável aos estudos sobre a arbitragem internacional, objeto da presente discussão.

Desse modo, conquanto tenham sido adotadas diversas medidas visando o combate e a prevenção da corrupção em âmbito internacional e doméstico, as respectivas legislações ainda não obtiveram sucesso em definir com precisão práticas ilícitas desse teor. Isso se deve ao fato de que a corrupção em si abrange diversos níveis, incluindo níveis rotineiros, administrativos, corporativos, políticos ou sistêmicos⁷.

Acresce-se a isso o fato de que existem diversas modalidades de condutas que, conquanto se enquadrem na linguagem coloquial de “corrupção” enunciada anteriormente, não são definidas universalmente como um injusto penal. Existem, assim, várias divergências, especialmente no que se refere ao contexto do Direito Penal, acerca de quais práticas seriam “atos de corrupção”, de sorte que determinada conduta pode ser vista como punível em determinada jurisdição e em outra, não⁸.

Além disso, dentro do contexto do injusto penal, os ordenamentos jurídicos usualmente preveem os crimes de corrupção passiva e ativa, bem como o fato de que a corrupção, em seu contexto jurídico, pode abarcar tanto o setor público quanto o setor privado.

⁷ Nesse sentido, Günter Horvath e Katherine Khan introduzem os seguintes aspectos da corrupção na sociedade: “*Some generally recognised levels of corruption include: (i) petty corruption, which involves small payments for frequent activity; (ii) administrative corruption, which encompasses everything from bribery for tax or regulation evasion, to bribery in the hopes of winning a small procurement contract; (iii) corporate corruption, which is limited in its application to private enterprises; (iv) political corruption, which involves the public sector and political figures; (v) systemic corruption, where corruption is an integral part of a society as a whole; and (vi) grand corruption, which applies to heads of government and figures in key government positions that cater to the private interests of a small group of people, usually businessmen or politicians.*” (HORVATH, Günther J.; KHAN, Katherine. “Addressing Corruption in Commercial Arbitration: How do Arbitral Tribunals Evaluate and Adjudicate Contractual Relationships Tainted by Corruption?”. *SchiedsVZ, German Arbitration Journal*. Kluwer Law International, Verlag C.H. Beck oHG 2017, Volume 15, Issue 3).

⁸ A título exemplificativo, destaca-se que um pagamento realizado a um oficial para acelerar determinado procedimento é condenado na Grã-Bretanha segundo o *UK Bribery Act* enquanto, por sua vez, o mesmo pagamento seria aceito e legal nos EUA, Canadá e Nova Zelândia, dentre outros países. A esse respeito: HWANG, Michel; LIM, Kevin. Corruption in arbitration – law and reality. In: *Asian international arbitration journal*, v.8. The Netherlands: Kluwer Law International, 2012, pp. 4.

Resta claro, desta feita, que o termo “corrupção” abrange uma ampla gama de significados, não sendo possível qualificá-lo, até o presente momento, como um conceito jurídico unânime, uma vez que depende da legislação a ser aplicável a cada contexto, da tipificação de cada Estado ou mesmo em torno de qual sentido a corrupção está sendo analisada no momento. Assim,

“Pode-se dizer, pois, que se trata de expressão polissêmica, já que engloba significados diversos, tanto de natureza pública como privada. (...) Assim, corrupção não é um conceito jurídico em si, mas um objeto que varia de acordo com o enfoque que lhe é dado pelo observador que sobre ela se detém”⁹.

No que se refere à presente pesquisa, para fins de melhor entendimento, objetiva-se adotar e estudar o enfoque da corrupção no seu sentido de atos ilícitos prejudiciais à sociedade internacional como um todo, com o fundamento de serem atos contrários à ordem pública.

Para os efeitos deste trabalho, portanto, será feita referência à corrupção como verdadeira modalidade de abuso de poder, incluindo o recebimento de vantagens ilícitas, de modo contrário às normas morais e legais vigentes atualmente, principalmente sob a ótica internacional.

1.1.2. Legislação anticorrupção internacional

Conforme elucidado no tópico anterior, atualmente existem diversas dificuldades em se definir a corrupção de um modo concreto, especialmente sob a ótica da linguagem coloquial.

Contudo, inobstante as adversidades existentes no campo conceitual, os atos de corrupção permanecem sendo um dos maiores problemas globais atualmente. Isso porque, como dito, a corrupção manifesta-se concomitantemente nas esferas política, social, jurídica, econômica e moral.

⁹ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Breves considerações sobre a corrupção em transações comerciais internacionais. In: JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (org.). *Direito penal internacional, estrangeiro e comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007 apud JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. A Corrupção em uma Perspectiva Internacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 64/2007, pp. 29-56, jan-fev. 2007.

Seus efeitos são gravíssimos, e, no final das contas, quem mais sofre com a corrupção são sempre os mais vulneráveis¹⁰. A corrupção leva ao desvio de dinheiros dos cofres públicos e privados, enfraquece a economia, corrompe os critérios morais da sociedade, e, em última instância, atenta inclusive contra o paradigma do Estado Democrático de Direito.

Desse modo, com o objetivo de fomentar o combate aos atos de corrupção em uma esfera global, bem como promover a conscientização acerca dos efeitos nefastos da corrupção na sociedade, as principais instituições internacionais vêm, ao longo dos últimos anos, editando variados normativos acerca desta temática.

Destacam-se aqui, três Convenções de extrema relevância, quais sejam:

1ª) A Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais¹¹, da OCDE – 1994: um dos primeiros instrumentos internacionais sobre o assunto, possui, dentre outros, o objetivo de criminalizar diversas condutas tidas como corruptas, visando à uniformização da matéria. Como o próprio nome indica, a finalidade central se baseia no combate à corrupção na esfera de transações comerciais internacionais. Contudo, os conceitos abordados na norma são bastantes amplos, especialmente no que se refere às definições dos atos de funcionários públicos estrangeiros¹².

A convenção “veicula o compromisso dos Estados Parte em trabalhar conjuntamente, buscando possibilitar a implementação de medidas de ordem jurídica e

¹⁰ A esse respeito, cite-se o discurso proferido pelo Secretário-Geral das Nações Unidas, em 2009: “Quando os recursos públicos são roubados para obter benefícios pessoais, diminuem os recursos destinados à construção de escolas, hospitais, estradas e instalações de tratamento da água. Quando a ajuda externa é desviada para contas bancárias privadas, os grandes projetos de infraestrutura são suspensos. A corrupção permite que se introduzam no mercado medicamentos falsificados ou de má qualidade e que se lancem resíduos perigosos nos aterros e nos oceanos. As pessoas mais vulneráveis são as primeiras a ser afetadas e as que mais sofrem”. Disponível em: <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2009/12/09-mensagem-do-secretario-geral-da-onu-ban-ki-moon-sobre-o-dia-internacional-contra-a-corrupcao.html>. Acesso em 22.3.2022.

¹¹ Firmada pelo Brasil em dezembro de 1997, em Paris, ratificada por meio do Decreto Legislativo 125/00 e promulgada pelo Decreto 3.678/00.

¹² “Esse dispositivo é bastante amplo. Ele inclui qualquer tipo de comportamento da autoridade pública que possa vir a influenciar o curso de um negócio específico ou de transações comerciais em geral, seja pelo fato de a Administração Pública estrangeira exercer um papel decisivo na transação ou mesmo ser parte contratante, seja, indiretamente, através de algum ato da administração que interfira na capacidade de transação das partes implicadas na negociação ou represente ainda uma vantagem ou desvantagem às partes quanto a transações futuras” (CAMARGO, Beatriz Corrêa. Instrumentos internacionais no combate à corrupção. Transformações e harmonização do Direito Penal brasileiro. Considerações sobre os crimes praticados por particular contra a Administração Pública estrangeira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 89/2011, pp. 95-130. mar-abr 2011).

administrativa que permitam o alcance dos objetivos previstos na Convenção”¹³. Desse modo, referido instrumento normativo levou à posterior adoção de variados diplomas normativos anticorrupção em diversos países do globo.

2ª) Convenção Interamericana Contra a Corrupção¹⁴ (CICC), da OEA – 1996: negociada em Caracas no ano de 1996, “foi o primeiro instrumento internacional a tratar tanto de medidas preventivas quanto de medidas coercitivas contra a corrupção”¹⁵. Tem como propósitos principais a promoção de mecanismos para prevenção e erradicação da corrupção, além da cooperação entre os Estados Parte para tanto¹⁶. No sentido previsto pela norma, “a previsão da Convenção Interamericana limita o combate à corrupção de funcionários públicos estrangeiros aos atos que estejam de alguma forma relacionados com uma transação de natureza econômica ou comercial”¹⁷.

3ª) Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção¹⁸, da ONU – 2003: é um dos, senão o mais importante, tratado internacional e vinculante acerca da corrupção, tendo sido ratificado por 183 de 193 membros da própria ONU¹⁹. Além disso, apresenta uma ampla cobertura das ofensas relativas à corrupção, constituindo verdadeira resposta global a um problema que aflige todas as nações do planeta.

¹³ CUNHA, Rogério Sanches; SOUZA, Renee do O. *Lei Anticorrupção Empresarial*. 3ª ed. Salvador: Ed. JusPodvim, 2020, pp. 22-23.

¹⁴ Assinada pelo Brasil em 1996, foi aprovada por meio do Decreto Legislativo 152/02 e promulgada pelo Decreto 4.410/02.

¹⁵ PAGOTTO, Leonardo. Esforços globais anticorrupção e seus reflexos no Brasil. In: *Temas de Anticorrupção e Compliance*. DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (coord). Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, pp. 36.

¹⁶ CICC: *Artigo II – Propósitos*

Os propósitos desta Convenção são:

1. *promover e fortalecer o desenvolvimento, por cada um dos Estados Partes, do; mecanismos necessários para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção e*

2. *promover, facilitar e regular a cooperação entre os Estados Partes a fim de assegurar a eficácia das medidas e ações adotadas para prevenir, detectar, punir] e erradicar a corrupção no exercício das funções públicas, bem como os ato; de corrupção especificamente vinculados a seu exercício.*

¹⁷CAMARGO, Beatriz Corrêa. Instrumentos internacionais no combate à corrupção. Transformações e harmonização do Direito Penal brasileiro. Considerações sobre os crimes praticados por particular contra a Administração Pública estrangeira. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 89/2011, pp. 95-130. mar-abr 2011.

¹⁸ Também assinada pelo Brasil, ratificada pelo Decreto Legislativo 349/05 e promulgada pelo Decreto Presidencial 5.687/06.

¹⁹“*The UN Convention against Corruption (UNCAC) is the landmark international anti-corruption treaty adopted by the UN General Assembly in October 2003. It is the key instrument for overcoming corruption around the world*” (Transparency International – UN Convention Against Corruption – Progress Report 2013. Disponível em: <https://www.transparency.org/en/publications/un-convention-against-corruption-progress-report-2013>. Acesso em 24.3.2022).

A Convenção da ONU, assim, tem como princípios centrais o comprometimento dos Estados membros para a adoção de variadas medidas e políticas públicas visando a prevenção e o combate da corrupção.

Além dos normativos acima mencionados, outros textos legislativos de vultoso destaque sobre a matéria no âmbito internacional incluem também a Convenção da União Africana para Prevenir e Combater a Corrupção (2003) e a Convenção Anticorrupção Europeia (1997). Ademais, constata-se a importante atuação de diversos outros organismos internacionais, incluindo o *Office Européen de Lutte Anti-Fraude* (OLAF) da Comissão Europeia, cujo intuito é investigar e combater a corrupção, fraude e outras atitudes ilegais, e a divulgação de uma política de prestação de contas a nível internacional, promovida pelo Banco Mundial²⁰.

Em paralelo às normas internacionais destacadas, também se sobrepõem em matéria de relevância para o combate à corrupção diversas normas nacionais, tendo em vista que os Estados recorrem principalmente ao Direito Penal para sancionar, no âmbito de seu território, os atos de corrupção.

Numa interrelação entre o contexto estatal privado e a esfera internacional se enquadra o famoso *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) norte-americano, datado do ano de 1977. Referida norma legal foi editada em resposta às investigações de atividades corruptas praticadas por empresas multinacionais norte-americanas no exterior.

À época, o maior caso investigado foi o da empresa fabricante de aviões civis e militares *Lockheed Aircraft Corporation*, que distribuiu propina a agentes públicos de diversos países para garantir a venda dos aviões. No mesmo período também veio à tona no país o escândalo de *Watergate*, quando foi descoberta a participação de variadas empresas americanas no financiamento ilegal da campanha do então Presidente Richard Nixon.

As mencionadas circunstâncias culminaram, então, na edição do FCPA, que visava coibir a prática de condutas corruptas das empresas norte-americanas em outros

²⁰ Em concordância com as políticas de *Open Data* e *Access to Information Policy*.

países, de modo que se tornou “a primeira lei no mundo a prever a punição de pessoas jurídicas envolvidas em práticas corruptas extraterritoriais”²¹.

Precisamente em virtude da edição do FCPA, da pressão internacional realizada pela política norte-americana, além do arrefecimento da Guerra Fria e de, em paralelo, a corrupção ter passado a ser vista como problema internacional preponderante que impede o crescimento econômico, que posteriormente foram negociadas e editadas normas de interesse global, como a Convenção da OCDE acima mencionada, em 1994.

Em linha com o FCPA, outro normativo de relevância corresponde ao *UK Bribery Act*, de 2011. Considerado um dos normativos mais rígidos do mundo sobre a matéria, a lei prevê a condenação tanto de suborno ativo quanto do suborno passivo em relação a oficiais de governo domésticos e estrangeiros, além do suborno comercial. As condenações podem se estender a até 10 anos de prisão, além da possibilidade de aplicação de multas que não possuem um limite máximo previsto expressamente pela norma legal.

Nessa seara, uma importante característica prevista pela lei britânica corresponde à responsabilidade objetiva dos envolvidos, de modo que “a empresa será responsabilizada pela simples ocorrência do delito, a menos que tenha adotado “procedimentos adequados” para minimizar o risco do ato ilícito”²².

No ordenamento jurídico brasileiro, foi adotada pela Lei Anticorrupção Brasileira (Lei nº. 12.846/2013) esta perspectiva da responsabilidade objetiva já prevista pelo *UK Bribery Act*. O normativo também foi fortemente influenciado pelas disposições do *FCPA* norte-americano.

Anteriormente no país, com a assinatura da Convenção da OCDE, foi editada a Lei nº. 10.467/2002 no Brasil, que introduziu o Capítulo II-A, no Título XI da Parte Especial do Código Penal Brasileiro, capítulo este que trata especificamente do tema

²¹MARIN, Tâmera Padoin Marques. *A Lei Anticorrupção e o acordo de leniência – Uma análise do regime geral para a celebração desse instrumento*. Belo Horizonte: Forum Conhecimento Jurídico, 2019, pp. 67.

²² CARVALHO, Isabel Costa; LOUREIRO, Rafael. O UK Bribery Act, sua influência nas leis anticorrupção no Brasil e América Latina, e sua relevância em operações de fusão e aquisições internacionais. In: SIQUEIRA, Marcelo et al. (coord). *Brasil M&A – Guia para Fusões e Aquisições de Empresas Brasileiras*. 1ª ed. São Paulo: Donnelley Financial Solutions, 2018, pp. 252.

da corrupção nas transações comerciais internacionais, sobre os crimes envolvendo a Administração Pública estrangeira.

O combate à corrupção é, portanto, amplamente inserido no sistema jurídico brasileiro, incluindo também outras disposições do próprio Código Penal (art. 312 e seguintes, sobre os crimes contra a Administração Pública) a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº. 8.429/1992), a parte penal da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (artigos 90 e seguintes da Lei nº. 8.666/1993), a Lei da Ficha Limpa (LC nº. 135/2010), dentre outros.

Desse modo, é possível depreender que o combate à corrupção tem sido prioridade nos âmbitos nacional e internacional, tanto na esfera de organizações e instituições transnacionais quanto nos ordenamentos jurídicos das mais diversas jurisdições do planeta, de modo que deve ser vista também como uma prioridade na esfera arbitral.

1.2. Arbitragem

1.2.1. A arbitragem como método de resolução de conflitos

A arbitragem é um dos mais antigos meios de dirimir conflitos de que se tem notícia na História²³. Antes mesmo de existir um direito positivado, ou mesmo Estados organizados e centralizados, os litigantes muitas vezes delegavam a um terceiro o poder de resolver suas disputas, quando eles mesmos não conseguiam alcançar um acordo e inexistia uma legislação específica para reger as relações sociais à época.

Dessa forma, conforme esclarece Joaquim Muniz, “quando não existia um Estado organizado, as partes solucionavam suas pendências ou pelo uso da força, ou por acordo, ou então delegando a decisão para um terceiro de sua confiança”²⁴.

²³ Nesse sentido, conforme esclarece o professor Gary Born: “*international arbitration was a favored means for peacefully settling disputes between states and state-like entities in Antiquity: “arbitration is the oldest method for the peaceful settlement of international disputes.” In particular, there is substantial historical evidence for the use of arbitration to resolve disputes between states, city-states and similar entities in ancient Greece, Rome, Persia and Mesopotamia*” (BORN, Gary. *International Arbitration: Law and Practice*. 3rd edition. The Netherlands: Kluwer Law International BV, 2021, pp. 8).

²⁴ MUNIZ, Joaquim de Paiva. *Curso básico de direito arbitral: teoria e prática*. 3^a ed. Curitiba: Juruá, 2015, pp. 24.

De fato, as principais características da arbitragem permanecem até os dias atuais. Nesse contexto, em definição simples e resumida, com base em sua própria vontade, as partes optam por conferir poderes a um terceiro independente e não vinculado a qualquer Estado para solucionar a controvérsia em questão.

Assim, sendo do interesse das próprias partes, elas podem, no exercício de sua autonomia privada, pactuar no contexto do próprio instrumento contratual que eventual controvérsia que venha a surgir dessa relação jurídica seja resolvida exclusivamente pela via arbitral.

Em outras palavras, as partes podem optar por voluntariamente renunciar à jurisdição estatal em prol da via arbitral, de sorte que a controvérsia não será mais submetida ao controle e resolução por parte do Estado-juiz, e sim de um terceiro – o árbitro, que proferirá uma decisão que vincula as partes no contexto do conflito específico a ele submetido.

Essa possibilidade de as partes possuírem a capacidade de escolher um decisor específico para o seu caso, que, por sua vez, definirá os próprios rumos da disputa e a solução da controvérsia, mantém-se até os dias atuais como a principal característica e vantagem da arbitragem, bem como a razão pela qual o método passou a ser tão amplamente adotado²⁵ em todo o planeta.

Desse modo, o conceito de arbitragem é consensualmente aceito tanto na doutrina nacional²⁶ quanto internacional²⁷. Conforme Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern e Martin Hunter:

²⁵ *“The need, and opportunity, to select the arbitrators for each dispute that arises is an historical, and distinguishing, feature of international arbitration. As discussed above, the existence of this opportunity is one of the principal reasons that both states and commercial parties have, over the centuries, chosen the arbitral process to resolve their international disputes.”* (BORN, op. cit., pp. 1765)

²⁶ No contexto do direito brasileiro, enuncia o professor Carlos Alberto Carmona: “Trata-se de mecanismo privado de solução de litígios, por meio do qual um terceiro, escolhido pelos litigantes, impõe sua decisão, que deverá ser cumprida pelas partes. Esta característica impositiva da solução arbitral (meio heterocompositivo de solução de controvérsias) a distancia da mediação e da conciliação, que são meios autocompositivos de solução de litígios, de sorte que não existirá decisão a ser imposta às partes pelo mediador ou pelo conciliador, que sempre estarão limitados à mera sugestão” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3ª edição. Livro digital. São Paulo: Editora Atlas, 2012, pp. 31-32).

²⁷ Na esfera da arbitragem internacional, Gary Born elucida que: *“With some variations, virtually all authorities accept that arbitration is – and only is – a process by which parties consensually submit a dispute to a non-governmental decision-maker, selected by or for the parties, to render a binding decision resolving a dispute in accordance with neutral, adjudicatory procedures affording each party an opportunity to present its case”*. (BORN, op. cit., pp. 2)

“Arbitragem é essencialmente um método bem simples de resolução de disputas. Os litigantes concordam em submeter suas disputas a um indivíduo cujo julgamento estejam preparados para confiar. Cada um deles apresenta seu caso ao decisor, esse terceiro – em uma palavra, o ‘árbitro’. Ele ou ela escuta as partes, considera os fatos e os argumentos e alcança uma decisão.

Essa decisão é final e vinculante para as partes – e é justamente porque as próprias partes concordaram que assim deve ser, em vez do poder de coerção de qualquer estado”²⁸.

Em virtude de tanto a figura quanto a atuação do árbitro não estarem vinculadas a qualquer Estado ou a normas processuais de uma jurisdição específica, a arbitragem traz enormes possibilidades e vantagens na resolução de disputas internacionais e transnacionais, sejam elas entre indivíduos de países distintos ou mesmo entre um Estado e um investidor estrangeiro. Nesse ínterim, elas podem envolver partes, advogados, peritos, árbitros e legislações de diferentes nacionalidades em um mesmo procedimento arbitral.

Assim, em virtude das diversas vantagens que o instituto proporciona, especialmente frente à esfera contratual privada, é possível observar atualmente um enorme crescimento no número de arbitragens em parâmetro mundial. Paralelamente, em decorrência direta desse fenômeno, vê-se também o significativo desenvolvimento e edição de normas visando a regulação da arbitragem, seja ela no contexto internacional ou sob a égide de inúmeros Estados, incluindo sistemas tanto de *Civil* quanto de *Common Law*.

Dessa forma, os mais diversos sistemas jurídicos passaram a editar normas visando a regulação da arbitragem em suas principais características e visando preservar as vantagens e a autonomia do sistema arbitral.

No escopo do Direito brasileiro, a arbitragem passou a ser regulada principalmente pela Lei nº. 9.307/96, a Lei de Arbitragem Brasileira (LArb). Referido normativo representou uma verdadeira mudança paradigmática no país, ao passar a instituir as principais condições para o desenvolvimento e maior utilização da via

²⁸ Tradução livre e grifos nossos. No original: “*Arbitration is essentially a very simple method of resolving disputes. Disputants agree to submit their disputes to an individual whose judgment they are prepared to trust. Each puts its case to this decision maker, this private individual – in a word, this ‘arbitrator’. He or she listens to the parties, considers the facts and the arguments, and makes a decision. That decision is final and binding on the parties – and it is final and binding because the parties have agreed that it should be, rather than because of the coercive power of any state*” (BLACKABY, Nigel et al. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2015, pp.2).

arbitral em território nacional, assegurando inclusive sua independência frente ao juízo estatal²⁹.

Já no contexto da arbitragem comercial internacional, por sua vez, o professor Gary Born elucida a definição atual de arbitragem como constituída por quatro elementos principais³⁰: (i) método consensual de resolução de disputas; (ii) terceiro adjudicador não-governamental escolhido pelo ou para as partes; (iii) decisão final e vinculante; e (iv) uso de procedimentos judiciais neutros.

Nesse sentido, como a arbitragem é inteiramente fundada no princípio da autonomia da vontade, torna-se necessário que a manifestação consensual das partes na resolução da disputa pela via arbitral (requisito material) seja, assim, exteriorizada por escrito (requisito formal).

A este instrumento específico que demonstra o interesse consensual das partes na solução do litígio pela via arbitral dá-se o nome de convenção de arbitragem³¹ (*arbitration agreement*), que pode ser uma cláusula compromissória (*arbitration clause*) ou um compromisso arbitral (*submission agreement* ou *compromise*)³².

²⁹ A LArb passou a estabelecer o fim da obrigatoriedade de homologação judicial da sentença arbitral. Desse modo, quando a arbitragem for doméstica, não é mais necessário que a sentença seja homologada pelo Poder Judiciário; por sua vez, quando se trata de sentença arbitral estrangeira, a homologação judicial no país de origem tornou-se desnecessária, sendo obrigatória somente a homologação pelo STJ para que a sentença seja exequível no Brasil. Anteriormente, o requisito da “dupla homologação” era um dos principais óbices ao progresso do instituto da arbitragem no país, pois dificultava e burocratizava o sistema, que dependia inteiramente do juízo estatal tanto nacional quanto do país de origem, em caso de sentença arbitral estrangeira.

A esse respeito, transcreve-se alguns dispositivos importantes da Lei nº. 9.307/96:

Art. 18. *O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.*

Art. 31. *A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.*

³⁰ Tradução livre. No original: “[1] Consensual Means to Resolve Disputes; [2] Non-Governmental Decision-Maker Selected by or for the Parties; [3] Final and Binding Decision; [4] Use of Adjudicatory Procedures” (BORN, op. cit, pp. 3-4).

³¹ Lei Modelo da Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (UNCITRAL), Artigo 7º: “*Convenção de arbitragem*” é o acordo pelo qual as partes decidem submeter à arbitragem todos ou alguns dos litígios surgidos ou a surgir entre elas com respeito a uma determinada relação jurídica, contratual ou extracontratual.

³² A principal diferença entre as duas modalidades da convenção de arbitragem é tão somente o momento da disputa em questão (futura ou já existente). A cláusula compromissória, também chamada de cláusula arbitral, é normalmente uma obrigação inserida em um contrato ou a ele referente na qual as partes se comprometem a resolver pela via arbitral litígios futuros; o compromisso arbitral, por sua vez, é um negócio jurídico próprio em que as partes concordam em submeter um litígio já existente à resolução pela via arbitral.

A convenção de arbitragem, no contexto da arbitragem internacional referenciada como “*arbitration agreement*”, é, portanto, o ponto de partida para a utilização de referido método de resolução de disputas.

Ocorre que a arbitragem pode ser nacional, ocorrida no contexto de determinada jurisdição, ou internacional, que passa então a envolver diferentes leis aplicáveis à resolução da controvérsia, bem como partes, advogados, árbitros, testemunhas e peritos com formação em sistemas jurídicos distintos entre si, o que acarreta grande vantagens ao método arbitral na esfera de resolução de conflitos transnacionais.

Para o objetivo do presente trabalho, torna-se importante, portanto, elucidar brevemente as principais características da arbitragem internacional como um todo, bem como a matéria atinente às leis aplicáveis a cada caso, conforme segue também no tópico a seguir.

1.2.2. Arbitragem internacional e a lei aplicável

Precisamente em virtude da grande quantidade de vantagens que proporciona às partes, atualmente tem-se que a arbitragem é uma das formas preferidas internacionalmente para a resolução de conflitos transfronteiriços, em se tratando de comércio internacional³³.

Isto se dá em razão das diversas vantagens que o instituto da arbitragem proporciona³⁴. A *expertise* dos julgadores na matéria em questão, a capacidade das partes de escolher os decisores e as regras aplicáveis à resolução de seu caso, a eficiência dos julgados arbitrais e a inerente flexibilidade do processo arbitral constituem, assim, alguns dos principais fatores que levaram a arbitragem a ser adotada

³³ “*The enduring popularity of international arbitration as a means of dispute resolution is reflected by a number of developments. These include steadily increasing caseloads at leading arbitral institutions, with the number of reported cases increasing between three and five-fold in the past 30 years*” (BORN, op. cit, pp. 92).

³⁴ “A arbitragem traz inúmeras vantagens à solução de litígios comparativamente aos tribunais judiciais, especialmente em função da preservação da autonomia da vontade das partes, da rapidez comparada ao judiciário, da maior especialização do árbitro nas questões levadas à sua apreciação, do menor custo, na maioria das vezes, e também da possibilidade de manutenção do sigilo sobre a questão em debate” (FINKELSTEIN, Cláudio. Arbitragem Internacional e Legislação Aplicável. In: FINKELSTEIN, Cláudio; VITA, Jonathan B.; CASADO FILHO, Napoleão (coord.). *Arbitragem Internacional: UNIDROIT, CISG e Direito Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, pp. 45).

como um dos principais métodos atuais para a solução de disputas na esfera internacional.

Nesse contexto, importante estabelecer que a distinção conceitual entre arbitragem nacional e internacional passou a ser prevista pela doutrina e jurisprudência, principalmente tendo em vista a diferença entre cada uma delas no tocante às leis eventualmente aplicáveis e à execução da sentença arbitral.

Desse modo, estando a cláusula arbitral inserta em um contrato internacional, que envolve partes de localidades distintas, presume-se que se trata de uma arbitragem internacional. Nesse sentido, pode ser privilegiado o entendimento ainda mais amplo, destacado por Lew, Mistellis e Kröll: “qualquer elemento internacional é suficiente para trazer uma convenção de arbitragem ao âmbito da Convenção de Nova York”³⁵ e, conseqüentemente, ser caracterizada como internacional.

Os elementos internacionais destacados podem incluir, por exemplo: “(i) parte estrangeira na relação contratual; (ii) execução de obrigações contratuais em uma ou mais jurisdições estrangeiras; (iii) remessa de divisas entre países; (iv) importação ou exportação de mercadorias, e assim por diante”³⁶.

Em se tratando de uma arbitragem internacional, torna-se importante distinguir os tipos de arbitragens internacional, com o intuito também de identificar a lei aplicável aos fundamentos do caso, incluindo ao procedimento arbitral, à interpretação da cláusula arbitral e à interpretação contratual.

Em uma primeira perspectiva concernente aos tipos de arbitragem, Luiz Olavo Baptista identifica as seguintes categorias:

“a) **Arbitragens internacionais** propriamente ditas são aquelas entre pessoas jurídicas de direito internacional público, isto é, Estados e organismos internacionais. Prevalece, nestes casos, o princípio da igualdade formal dentre Estados, independentemente de sua extensão geográfica ou de sua economia. Aplicam-se, nestes casos, regras de direito internacional público, tais como convenções internacionais, costumes internacionais, princípios gerais de direito das nações civilizadas, e, como fontes

³⁵ “Any international element is sufficient to bring an arbitration agreement within the ambit of the New York Convention. That can either be the place of arbitration in a third country or the parties having their principal places of business in different countries” (LEW, Julian D.M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖLL, Stefan M. *Comparative International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2003, pp. 112).

³⁶ SPERANDIO, Felipe Vollbrecht. Convenção de Arbitragem. In: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coord). *Curso de Arbitragem*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, pp. 71.

secundárias, doutrina e jurisprudência. Nestes tipos de arbitragens internacionais, a liberdade de escolha das normas que regularão o procedimento e a matéria das disputas é bastante reduzida.

b) **Arbitragens mistas**, que são aquelas entre Estados e particulares. Nestes casos, a noção de imunidade soberana se modifica porque o Estado deixa de agir segundo o jus imperii, e passa a agir segundo o jure gestionis. Neste tipo de arbitragens, aplica-se um regime misto de direito internacional público e de normas de direito interno, ou mesmo combinado com as regras escolhidas pelas partes, que incluem, até mesmo, princípios gerais de direito e *lex mercatoria*.

c) **Arbitragens entre pessoas de direito privado** (na maioria, de natureza comercial), cujos interesses principais são, em geral, a preservação do sigilo das empresas envolvidas, a urgência na solução da disputa e a necessidade da visão de especialistas na matéria em disputa. Nestes casos, a liberdade de escolha das normas (leis, costumes internacionais, princípios gerais de direito, *Unidroit*, *lex mercatoria* ou opção pela *amiable composition* ou por equidade – *ex aequo et bono*) que regerão a arbitragem é muito maior³⁷.

Nesse âmbito, as arbitragens relativas a questões derivadas de comércio internacional encontram-se na esfera das disputas entre pessoas de direito privado, enquanto a arbitragem de investimentos³⁸, que ocorre entre pelo menos um Estado e um ente não-estatal (o investidor) e que tem fundamento em um tratado bilateral ou multilateral que inclui a convenção de arbitragem, qualifica-se como uma espécie de arbitragem mista.

Acerca do procedimento e mérito do caso, por sua vez, como bem resume Jonathan Barros Vita, existem quatro modalidades de regras aplicáveis à arbitragem internacional:

- “1. As regras que regem a produção de normas individuais e concretas do contrato, ou as **regras materiais** que condicionam o conteúdo do contrato, normas primárias disponíveis;
2. As regras de operacionalização do procedimento arbitral, ou seja, as **regras procedimentais gerais**, estabelecendo a forma primária de resolução de conflitos derivantes do contrato, ou seja, normas primárias sancionatórias (arbitragem) ou normas secundárias (processo judicial);
3. Aquelas da constituição do resultado da arbitragem, ou **regras procedimentais específicas**, estabelecendo especificidades de como deve ser processado o feito. No campo arbitral, podem ser *ad hoc* ou aderindo a um conjunto de regras estabelecidas em uma câmara arbitral, e, no campo

³⁷ BAPTISTA, Luiz Olavo. Arbitragem comercial e internacional, p. 41 e ss. apud VIEGAS, Juliana L.B.; ANDRADE, Thiago Pedrosa de. Arbitragem internacional: definição, metodologia e lei aplicável. Teorias e questões práticas. Revista de Direito Empresarial, vol. 3, mai-jun 2014, pp. 401-444. Grifos nossos.

³⁸ Acerca da arbitragem de investimentos, da assinatura dos tratados e da oferta de arbitragem, resume Marina Vidal: “Em resumo, os Estados firmam acordos, tratados ou convenções se comprometendo a assegurar, de forma recíproca, determinadas proteções aos investimentos realizados por investidores nacionais dos demais Estados signatários do mesmo instrumento, oferecendo a tais investidores uma “oferta unilateral” para que sejam submetidas à arbitragem disputas acerca destas proteções, caso elas venham a surgir” (VIDAL, Marina Coelho Reverendo. *A arbitragem internacional como instrumento no combate à corrupção*. Livro digital. Disponível em: Minha Biblioteca, Grupo Almedina (Portugal), 2021. pp. 30-31).

processual, do ramo do direito ou da justiça a que se está adstrito, a exemplo, código de processo civil e regimento interno dos tribunais; e
4. Aquelas do reconhecimento do laudo arbitral pela norma secundária (homologação) e/ou de sua efetivação no plano da execução, ou **regras processuais pós-arbitrais ou de homologação**”³⁹.

Em se tratando de um processo arbitral, a maior parte dessas regras – com a exceção das regras processuais de homologação, que são vinculadas aos termos da Convenção de Nova York – podem ser livremente estabelecidas pelas partes quando da negociação e assinatura da convenção de arbitragem e dos termos contratuais, por exemplo, devendo ser respeitados os limites impostos pelas normas de ordem pública.

Nesse sentido, existem alguns instrumentos internacionais muito relevantes para os procedimentos arbitrais, incluindo diversas convenções internacionais, como a própria Convenção de Nova York e, principalmente, a Lei Modelo da UNCITRAL, que fornece um modelo de lei de arbitragem que foi inclusive expressamente incorporado pela legislação interna de diversos países, incluindo a Áustria, Canadá, Nova Zelândia, Japão e vários outros.

Em suma, é possível afirmar que, inobstante todos os normativos existentes, não há um regramento universal aplicado à arbitragem internacional como um todo⁴⁰. Cada processo arbitral é único, com um tribunal arbitral e um conjunto de leis aplicáveis escolhidos especificamente para aquele caso, e isso representa propriamente uma das melhores características da arbitragem como método de resolução de disputas.

Contudo, quanto à esfera das leis aplicáveis, referido aspecto torna-se relevante para os fins descritos no presente trabalho especialmente no que se refere à instrução probatória ao longo do processo arbitral e aos padrões probatórios que serão adotados

³⁹ VITA, Jonathan Barros. Os conflitos entre as estruturas normativas nas arbitragens internacionais. In: FINKELSTEIN, Cláudio; VITA, Jonathan B.; CASADO FILHO, Napoleão (coord.). *Arbitragem Internacional: UNIDROIT, CISG e Direito Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, pp. 57-58.

⁴⁰ “*There is no universally recognised comprehensive set of detailed procedural rules governing international arbitrations. (...) each arbitral tribunal is different, each dispute is different, and each case deserves to be treated differently. But there are basic underlying structures, built on three elements: first, the international conventions (and the Model Law), to which reference has been made; secondly, the various established sets of international arbitration rules; and thirdly, the practice of experienced arbitrators and counsel.*

The international conventions and the Model Law do not prescribe the way in which an international arbitration should be conducted, but merely establish general principles intended to ensure a fair procedure and an award that is enforceable both nationally and internationally” (BLACKABY et al., op. cit, pp. 358-359).

pelas partes e pelo tribunal arbitral, o que será mais bem elucidado no segundo capítulo deste trabalho.

1.3. Ponto de encontro entre práticas corruptas e a arbitragem internacional

1.3.1. A corrupção como problemática no processo arbitral internacional

A corrupção, conforme demonstrado no tópico 1.1. acima, corresponde a um dos maiores desafios que a sociedade atualmente enfrenta para o desenvolvimento econômico, político e social em âmbito global, chegando a afetar até mesmo as estruturas mais básicas da democracia.

É precisamente por este motivo que esta matéria vem se tornando um foco de atenção e de aprofundados estudos nas mais diversas áreas do conhecimento, com o objetivo central de prevenir a realização de práticas ilícitas desse teor e de punir atos corruptos, o que se percebe especialmente na esfera do Direito Penal e em medidas políticas e administrativas adotadas nos sistemas jurídicos internos de cada jurisdição.

Na esfera da arbitragem internacional, referida situação não é uma exceção. Nos últimos anos, é possível observar um constante crescimento de iniciativas visando o combate à corrupção, como se percebe, por exemplo, da Força-Tarefa lançada pela Comissão de Arbitragem da CCI⁴¹ e do “*Corruption Toolkit for Arbitrators*”⁴², publicado pela *Global Arbitration Review*.

Isso ocorre também porque a corrupção configura problemática muito relevante no contexto de arbitragens internacionais. A arbitragem, como método de resolução de disputas que pode funcionar como alternativa ao sistema doméstico judicial, fornece às

⁴¹ CCI. *Task Force Addressing Issues of Corruption in International Arbitration*: “This Task Force aims to explore existing approaches to allegations or signs of corruption in disputes and articulate guidance for arbitral tribunals on how to deal with such occurrences. The Task Force benefits from close collaboration with the ICC Corporate Responsibility and Anti-Corruption Commission, as well as the International Bar Association (IBA) and the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD)”. Disponível em: <https://iccwbo.org/leadership#leadershipadr>. Acesso em 26.4.2022.

⁴² *Corruption and Money Laundering in International Arbitration: A Toolkit for Arbitrators*. Disponível em: <https://basegovernance.org/publications/corruption-and-money-laundering-international-arbitration-toolkit-arbitrators>. Acesso em 26.4.2022.

partes a capacidade de ter sua disputa solucionada por um terceiro imparcial e independente, e muitas vezes de nacionalidade distinta das próprias partes. Mais ainda, em se tratando de arbitragens internacionais, a sentença arbitral pode ser executada em países com sistemas judiciais distintos, e podem ser aplicadas a cada caso diferentes leis a depender da vontade das partes.

Nesse ínterim, inicialmente tinha-se uma visão muito restrita acerca de quais tipos de matérias poderiam ser decididas pela via arbitral, que predominantemente envolvia somente a esfera do Direito Privado⁴³, especialmente quanto a feitos contratuais.

Todavia, com uma mudança no paradigma doutrinário e jurisprudencial concernente a quais matérias podem ser submetidas à resolução por meio de arbitragem, temáticas anteriormente reprimidas, como a propriedade intelectual, as disputas antitruste, o seguro e as próprias alegações de corrupção, passaram a ser cada vez mais vistas como, em verdade, arbitráveis⁴⁴.

Assim, a corrupção pode estar presente no mérito do caso, no desenvolvimento e na assinatura do contrato em que se baseia a discussão e/ou em que se encontra a cláusula compromissória, bem como pode surgir ao longo de qualquer momento do processo arbitral. Conforme destaca Inan Uluc:

“A corrupção pode se manifestar a qualquer momento durante o procedimento arbitral. Ela pode se originar do contrato subjacente, surgir durante o processo arbitral (como a nomeação dos árbitros pode estar corrompida, os árbitros podem ser corruptos, qualquer das partes pode tentar subornar um participante ou testemunha da contraparte para enfraquecer a sua defesa etc.) ou se tornar aparente durante os processos de reconhecimento e execução. É importante diferenciar essas variantes de corrupção em meio ao contexto da exequibilidade de uma sentença arbitral

⁴³ A própria LArb brasileira prevê expressamente em seu artigo 1º que: “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Foi somente após a edição da Lei nº. 13.129/2015 que foram incluídos no âmbito da definição acima também as arbitragens que eventualmente envolvessem a Administração Pública, sendo claro atualmente que a arbitragem não é instituto exclusivo de pessoas e litígios de direito privado.

⁴⁴ “As a consequence of the metamorphosis in private and public attitude, the scope of the arbitral system now extends to the resolution of disputes that were not previously under the penumbra of arbitration. Today, it is well established that intellectual property, securities, anti-trust disputes, and corruption claims are all arbitrable” (ULUC, Inan. *Corruption in International Arbitration*. Dissertation for Doctor of the Science of Law (S.J.D). SJD Dissertations. Penn State Law: Pennsylvania State University, 2016. pp. 3).

e da legalidade de um processo arbitral porque, dependendo da manifestação, a sentença pode ou não ser conclusivamente executável”⁴⁵.

Além disso, em se tratando especialmente de alegações de corrupção trazidas à tona no caso por uma das partes, um ponto extremamente relevante e contraditório se torna a questão dos padrões probatórios a serem analisados no caso, envolvendo principalmente o ônus da prova, a medida da prova, e eventuais inferências negativas, ponto que se torna o objetivo central a ser examinado no presente trabalho.

Desse modo, ainda que sejam relevantes todas as hipóteses em que é possível auferir a corrupção em meio a um processo arbitral, em razão do limite do escopo deste trabalho, foi escolhido tratar dos casos específicos das alegações trazidas pelas partes quanto à prática de atos de corrupção, especialmente no que diz respeito à prova de referidos argumentos.

Portanto, antes de aprofundar nas questões probatórias, é importante esclarecer brevemente a temática concernente à jurisdição do tribunal arbitral para resolver disputas em que a corrupção esteja envolvida, uma vez que a arbitrabilidade funciona como premissa para a apresentação de provas dos ilícitos, bem como em relação aos efeitos que deverão ser considerados na sentença arbitral ante a prova apresentada.

1.3.2. Arbitrabilidade da matéria de corrupção e a jurisdição do Tribunal Arbitral

Conforme destacado, durante muitos anos a corrupção foi tida como matéria inarbitrável, ou seja, incapaz de ser resolvida por um tribunal arbitral. Importante lembrar, aqui, que o conceito de arbitrabilidade remonta especificamente ao sentido correspondente à possibilidade jurídica de submeter determinada questão a um juízo arbitral.

⁴⁵ Tradução livre, no original: “*Corruption can manifest at any time during the arbitration procedure. It may originate from the underlying contract, arise during the arbitral process (e.g. appointment of arbitrators may be corrupt, arbitrators may be corrupt, either party may try to bribe a participant or witness of the opposing side in order to weaken that party’s defense, etc.), or become apparent during the recognition and enforcement process. It is important to differentiate these corruption variances within the context of the enforceability of an arbitral award and the legality of an arbitral process because, depending on the manifestation, an award may or may not be conclusively enforceable*” (ULUC, Op. cit, pp. 5).

Desse modo, uma vez que inexiste um padrão ou regra universal no contexto de arbitragens internacionais que estabeleça quais matérias são arbitráveis e quais não⁴⁶, surgindo alegações ou indícios de corrupção em uma determinada arbitragem, os árbitros passaram a se defrontar com a questão da arbitrabilidade e, conseqüentemente, de sua própria jurisdição, e remontam aos princípios gerais da arbitragem para respondê-la.

Um dos casos mais antigos e emblemáticos acerca desse contato entre a corrupção e a esfera arbitral corresponde ao caso de arbitragem comercial internacional nº. 1110 da CCI⁴⁷, do ano de 1963.

No caso, o árbitro solo Gunnar Lagergren, ao perceber indícios concretos de que o contrato firmado entre as partes estaria fundado em pagamento de propina, suborno e fraude, optou por negar sua jurisdição com fundamento na não-arbitrabilidade da corrupção. A esse respeito, vide extrato da célebre sentença:

“Após sopesar toda a evidência eu estou convencido de que um caso como esse, envolvendo tão grosseiras violações da boa moral e da ordem pública internacional, não pode ser aprovado em qualquer corte, seja na Argentina, na França ou, por essa questão, em qualquer outro país civilizado ou em qualquer tribunal arbitral. Assim, a jurisdição deve ser declinada no presente caso. Isso segue do precedente de que, concluindo que não tenho jurisdição, foi buscada orientação com base nos princípios gerais que negam aos árbitros a possibilidade de julgar disputas dessa natureza, ao invés de quaisquer regras nacionais sobre arbitrabilidade. Partes que entram em conluio em um empreendimento como o da presente natureza devem perceber que comprometeram qualquer direito de requerer a assistência do aparato judicial (cortes nacionais ou tribunais arbitrais) para resolver suas disputas”⁴⁸.

⁴⁶ “*There is no such international rule or regulation outlining which issues are arbitrable and which are not. Because of this absence, arbitrators must pay acute attention to applicable laws governing arbitrability in each dispute. An arbitral tribunal is charged with determining which law applies to the arbitration agreement and subsequently, assess whether the dispute is capable of being settled by arbitration under applicable law*” (ULUC, op. cit., pp. 96).

⁴⁷ ICC Award No. 1110 of 1963, by Judge Gunnar Lagergren.

⁴⁸ Tradução livre. No original: “*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*” (Ibidem).

Nesse sentido, o árbitro único decidiu *ex officio*, ou seja, sem a provocação de nenhuma das partes acerca da questão – até porque não era de interesse de nenhuma delas trazer à tona os atos ilícitos a que propriamente deram causa no contrato firmado. Assim, invocou o preceito da ordem pública internacional (*public policy*), prevista pela Convenção de Nova Iorque⁴⁹ para decidir acerca da não arbitrabilidade da questão.

Destarte, a conclusão do árbitro foi que, caso esteja presente uma violação à ordem pública, os árbitros teriam autoridade para questionar sua própria jurisdição. Assim, a corrupção envolvida no caso afetaria não somente o contrato discutido, mas principalmente a própria disputa, tornando-a matéria não arbitrável.

Com o passar dos anos e da evolução jurisprudencial sobre a matéria, foi percebida uma mudança no tratamento do assunto pelos tribunais arbitrais, o que ocorreu principalmente em decorrência de dois princípios centrais da arbitragem: a autonomia da cláusula compromissória (também denominado na tradição do *Common Law* de *doctrine of separability*) e o princípio “*kompetenz-kompetenz*”⁵⁰.

Pela interpretação do princípio da autonomia da cláusula compromissória, também denominado princípio da separabilidade⁵¹, tem-se que a convenção de arbitragem é inteiramente independente – autônoma, separável – do contrato onde está localizada, de modo que eventual nulidade ou anulabilidade do contrato não necessariamente será capaz de afetar a validade da convenção⁵².

O princípio *kompetenz-kompetenz*, por sua vez, firma a ideia de que o árbitro é, em verdade, o único competente para decidir acerca de sua própria competência⁵³ para

⁴⁹ *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. Article V (2) Recognition and enforcement of an arbitral award may also be refused if the competent authority in the country where recognition and enforcement is sought finds that: (b) The recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of that country.*

⁵⁰ Em língua portuguesa, o famoso princípio é nomeado como “competência-competência”. Todavia, a prática jurídica opta por comumente usar o termo em língua estrangeira.

⁵¹ “O princípio da separabilidade da convenção de arbitragem sugere que a convenção seja distinta – separável – do contrato em que está inserta, de maneira que a nulidade do contrato não necessariamente implicará a nulidade da convenção” (LAMAS, Natália Mizrahi. Introdução e Princípios Aplicáveis à Arbitragem. In: Curso de Arbitragem. Coord: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, pp. 47-48).

⁵² A convenção de arbitragem somente pode vir a ser atingida em casos muito excepcionais, caso exista um vício tão grave a ponto de ser capaz de afetar a própria esfera da existência ou da eficácia tanto do contrato em si quanto da própria cláusula compromissória. A título de exemplo, têm-se os vícios de capacidade ou de vontade das partes.

⁵³ Conforme enuncia Carlos Alberto Carmona, o princípio corresponde à “competência do árbitro para decidir sobre sua própria competência, resolvendo as impugnações que surjam acerca de sua capacidade

a resolução da controvérsia a ele submetida. Em virtude de sua importância fundamental para o desenvolvimento do próprio instituto da arbitragem, o princípio é previsto expressamente em diversas normas de sistemas legislativos nacionais e, no contexto internacional, consta diretamente do texto da Lei Modelo da UNCITRAL⁵⁴.

Assim, os princípios *kompetenz-kompetenz* e a autonomia da cláusula compromissória fornecem as bases utilizadas pela jurisprudência e pela doutrina internacional quanto à jurisdição do tribunal arbitral para resolver disputas que envolvem corrupção.

Desse modo, após o caso nº. 1110 da CCI, houve uma mudança de paradigma que teria se iniciado com o julgado do Tribunal Federal da Suíça (*National Power Corp v. Westinghouse*)⁵⁵, caso em que o foi decidido que um tribunal arbitral teria jurisdição para julgar casos envolvendo suspeitas de suborno ou outras formas de corrupção apontadas pelas partes.

Atualmente, portanto, com base nos princípios destacados, a posição majoritária entende que alegações de corrupção são, em verdade, plenamente arbitráveis⁵⁶, devendo o árbitro verificar sua própria jurisdição no contexto da lei aplicável, com o intuito de proferir uma sentença exequível⁵⁷.

Uma vez estabelecida, assim, a premissa central de que a matéria de corrupção é, em verdade, arbitrável, passa-se a adentrar em uma das principais dificuldades com

de julgar, da extensão de seus poderes, da arbitrabilidade da controvérsia, enfim, avaliando a eficácia e a extensão dos poderes que as partes lhe conferiram tanto por via de cláusula com promissória, quanto por meio de compromisso arbitral” (CARMONA, op. cit., pp. 175).

⁵⁴ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Article 16. Competence of arbitral tribunal to rule on its jurisdiction (1) The arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction, including any objections with respect to the existence or validity of the arbitration agreement. For that purpose, an arbitration clause which forms part of a contract shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract. A decision by the arbitral tribunal that the contract is null and void shall not entail ipso jure the invalidity of the arbitration clause.

⁵⁵ Judgment of 2 September 1993, *National Power Corp. v. Westinghouse*, DFT 119 II 380.

⁵⁶ “It is undisputed that corruption allegations are arbitrable. Accordingly, arbitrators have jurisdiction to hear allegations of bribery and corruption raised by a party to an international arbitral proceeding before them” (SPELLER, Duncan; BEALE, Kenneth. Arbitration and Bribery: Open Questions (Jan. 30, 2012) apud ULUC, op. cit., pp. 109).

⁵⁷ “While arbitrators are bound by the arbitration agreement, they must also determine if they have jurisdiction to fulfill their duty of rendering an enforceable and recognizable award. Therefore, even if the parties discard arbitrability, to have an award enforced and recognized, arbitrators should, on their own initiative, question the jurisdiction of the arbitral tribunal within the context of applicable national law” (Ibidem, pp. 104).

que os árbitros e as partes se defrontam acerca de referida matéria no processo arbitral:
os critérios probatórios para a prova de atos de corrupção.

CAPÍTULO 2 – EVIDÊNCIA E PROVA DE CORRUPÇÃO EM ARBITRAGENS INTERNACIONAIS

2.1. A produção probatória em arbitragens internacionais

No escopo do procedimento arbitral em si, o ponto que se torna mais relevante para os fins abordados no presente trabalho é, precisamente, a questão probatória, especialmente em se tratando de arbitragens internacionais.

Como método de resolução de disputas pautado em um verdadeiro processo arbitral, o procedimento em arbitragens é regido por diversos princípios, incluindo o devido processo legal, a igualdade de tratamento para com as partes e o livre convencimento motivado do árbitro.

Dos princípios acima mencionados resulta, logicamente, a temática da produção de provas na arbitragem, restando imprescindível que, ao longo do procedimento arbitral, seja devidamente oportunizada às partes a possibilidade de defender seu caso com a apresentação das provas que entender pertinentes, úteis ou necessárias à demonstração da verdade dos fatos e a firmar o convencimento do árbitro – destinatário final das provas⁵⁸, portanto.

O direito à prova constitui fundamento básico do princípio do contraditório, inerente à resolução de litígios, de sorte que “o direito à produção de provas é componente essencial do direito de defesa, que não se pode dizer existente se não se reconhece o direito de a parte demonstrar, provar as próprias alegações no curso de qualquer processo”⁵⁹.

⁵⁸ A esse respeito, esclarece José Emilio Nunes Pinto: “A fase instrutória do procedimento arbitral se destina a permitir que os árbitros formem livremente o seu convencimento sobre os fatos alegados e contraditados pela parte contrária. Da contraposição de argumentos deve surgir a via a ser percorrida pelos árbitros na busca da verdade material. Portanto, embora muitas vezes esquecida pelas partes, a prova se produz em favor e em exclusivo benefício dos árbitros” (Anotações práticas sobre a produção de provas na arbitragem. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, v.6, n. 25, jan.-mar. 2010, pp. 10).

⁵⁹ PÉREZ, Alex Carocca. *Garantía constitucional de la defensa procesal*. Barcelona: Bosch, 1998, pp. 41 apud LOPES, Paulo Guilherme de Mendonça. Algumas observações sobre a produção de provas nas arbitragens nacionais e internacionais. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 56/2018, pp. 95-110. Jan-mar 2018.

Do devido processo legal, princípio basilar também do procedimento arbitral, decorrem também o próprio contraditório e a ampla defesa. E é exatamente nesse contexto que resta demonstrada a importância do próprio direito à prova, que, de tão fundamental, na maior parte das jurisdições atuais é elevado a um princípio inclusive constitucional⁶⁰.

Sob essa vertente, torna-se necessário avaliar a questão probatória sob a ótica do processo arbitral. Isso porque a arbitragem é dotada de uma ampla flexibilidade procedimental, o que inclui a própria esfera da produção de provas, em adição à autonomia das partes para definir as leis que entendem aplicáveis para reger tanto o procedimento arbitral, quanto a convenção de arbitragem, quanto o mérito da disputa.

Outrossim, a depender das regras procedimentais que serão utilizadas no caso concreto, bem como a própria lei aplicável à interpretação da convenção de arbitragem e da sede da arbitragem – as quais, no caso da arbitragem internacional, podem ser livremente escolhidas pelas partes – serão definidas para aquela arbitragem específica os pontos relativos à instrução probatória, ao ônus e à medida da prova, bem como outros tópicos fundamentais relativos à produção de provas e ao contraditório, como esclarecido no capítulo 1 deste trabalho.

Nessa seara, tradicionalmente, as regras e leis de arbitragem internacional, como a Lei Modelo da UNCITRAL, possuem poucos dispositivos especificamente relacionados à matéria de produção probatória⁶¹. Desse modo, o Tribunal Arbitral deverá conduzir o procedimento arbitral – incluindo a instrução probatória – conforme as regras e normativos aplicáveis ao caso, segundo o decidido pelas próprias partes⁶², bem como em concordância com os princípios gerais da arbitragem, estabelecidos pela doutrina e jurisprudência.

⁶⁰ No contexto do direito brasileiro, por exemplo, o direito à prova, ao contraditório e à ampla defesa estão previstos expressamente no texto da Constituição Federal: *Art. 5º, LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.*

⁶¹ “*International arbitration laws and rules typically contain few specific rules on taking evidence. Hardly any of these rules are mandatory*” (LEW; MISTELIS; KRÖLL, op. cit, pp. 554).

⁶² “*In general, an arbitral tribunal must conduct the arbitration in accordance with the procedure agreed by the parties. If it fails to do so, the award may be set aside, or refused recognition and enforcement*” (BLACKABY et al., op. cit., pp. 353).

Desta feita, em arbitragens internacionais, a menos que seja expressamente pactuado pelas partes as regras aplicáveis à condução do procedimento arbitral⁶³, incumbe ao Tribunal Arbitral o poder de determinar as regras e os critérios relativos à produção e instrução probatória. Essa é a determinação expressa do próprio artigo 19 da Lei Modelo da UNCITRAL:

“Artigo 19º. Determinação das regras do procedimento

(1) Sem prejuízo das disposições da presente Lei, as partes podem, por comum acordo, escolher livremente o procedimento a ser seguido pelo tribunal arbitral.

(2) Na falta de tal acordo, o Tribunal Arbitral pode, sem prejuízo das disposições da presente Lei, conduzir a arbitragem do modo que julgar apropriado. Os poderes conferidos ao Tribunal Arbitral compreendem o de determinar a admissibilidade, a relevância, a materialidade e o peso de qualquer prova produzida”⁶⁴.

Especialmente quanto à instrução probatória em si, por sua vez, as Regras de Procedimento⁶⁵ da ICSID preveem, em seu artigo 34, que “o Tribunal Arbitral deve ser o juiz da admissibilidade de qualquer evidência apresentada e do seu valor probatório”⁶⁶.

Nesse sentido, “em sua busca pela denominada “verdade material” ou “verdade real”, o árbitro pode deferir a produção de qualquer prova requerida pela parte que ele

⁶³ Reitera-se, novamente, a importância da vontade das partes no procedimento arbitral. A autonomia da vontade das partes, bem como a flexibilidade do procedimento, encontra seus limites em grande parte tão somente em respeito às políticas públicas ou relativamente às normas aplicáveis à sede da arbitragem. Nesse sentido: “*However, the freedom of the parties to dictate the procedure to be followed in an international arbitration is not unrestricted. The procedure that they establish must comply with any mandatory rules and public policy requirements of the law of the juridical seat of the arbitration. It must also take into account the provisions of the international conventions on arbitration, which aim to ensure that arbitral proceedings are conducted fairly.*” (BLACKABY et al., Op. cit, pp. 353-354).

⁶⁴ Tradução livre. No original da UNCITRAL Model Law: “*Article 19. Determination of rules of procedure*

(1) *Subject to the provisions of this Law, the parties are free to agree on the procedure to be followed by the arbitral tribunal in conducting the proceedings.*

(2) *Failing such agreement, the arbitral tribunal may, subject to the provisions of this Law, conduct the arbitration in such manner as it considers appropriate. The power conferred upon the arbitral tribunal includes the power to determine the admissibility, relevance, materiality and weight of any evidence.*”

⁶⁵ No original, em inglês: *Rules of Procedure for Arbitration Proceedings.*

⁶⁶ Tradução livre. No original: “*Rule 34 – Evidence: General Principles*

(1) *The Tribunal shall be the judge of the admissibility of any evidence adduced and of its probative value.*”

(árbitro) entenda como necessária para o deslinde do caso ou, até mesmo, determinar a produção de provas de ofício”⁶⁷.

Ademais, em arbitragens internacionais, que na maior parte dos casos envolvem partes, árbitros, advogados, *experts* e testemunhas de diferentes jurisdições, muitas vezes pode ocorrer uma certa dificuldade no tocante à compatibilização das expectativas dos envolvidos acerca da produção de provas. Nesse sentido, torna-se ainda mais importante que sejam definidos em cada arbitragem os critérios que serão aplicáveis à instrução probatória, especialmente quando são levadas em consideração as diferentes premissas conceituais e institutos diversos utilizados em países de *Common Law* ou de *Civil Law*⁶⁸.

Isso porque cada um desses sistemas tem um foco mais concreto no tocante à apresentação das provas, seja ele o de encontrar a verdade material ou o de esclarecer todo o contexto fático do caso, o mais próximo da realidade o quanto possível⁶⁹. Tendo em vista, assim, a existência de diversas diferenças, inclusive conceituais, entre as jurisdições envolvidas em arbitragens internacionais, foi precisamente com o intuito de promover uma maior harmonização entre os sistemas que foram editadas as Regras da IBA para Obtenção de Provas em Arbitragens Internacionais⁷⁰.

As Regras da IBA, conquanto correspondam à norma de *soft law*, podem ser estabelecidas como vinculante pelas partes caso elas assim entendam, e figuram como um padrão de equilíbrio muito utilizado nas arbitragens internacionais⁷¹. Trata-se, desse modo, de um normativo que prevê de forma sistematizada diversos procedimentos para

⁶⁷ VERÇOSA, Fabiane. A produção de provas. In: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coord). *Curso de Arbitragem*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, pp. 220.

⁶⁸ A título exemplificativo, tem-se que os países de tradição de *Civil law* normalmente atribuem maior relevância à prova documental, enquanto os países de *Common Law*, por sua vez, muitas vezes enfatizam a prova testemunhal, com o exemplo do procedimento do *cross examination*.

⁶⁹ “Para o técnico dos países de *Civil Law*, a preocupação maior é apresentar o direito material que fundamentará sua pretensão jurídica, para que o juiz possa decidi-lo. Para o advogado de *Common Law*, por sua vez, a tarefa consiste em buscar descobrir todos os fatos do caso e, apenas após essa compreensão, formular um pleito jurídico” (DELUIGGI, Marco. O conflito de culturas na produção de provas em arbitragens internacionais. In: FINKELSTEIN, Cláudio; VITA, Jonathan B.; CASADO FILHO, Napoleão (coord.). *Arbitragem Internacional: UNIDROIT, CISG e Direito Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, pp. 137-138).

⁷⁰ No original, em inglês: *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*.

⁷¹ “Não há dúvidas de que essas regras são, hoje, a grande fonte de inspiração para os árbitros que atuam em arbitragens internacionais, mesmo se na grande maioria das vezes elas não são expressamente adotadas no procedimento arbitral” (DELUIGGI, op. cit., pp. 145).

a produção de prova na arbitragem, incluindo apresentação de documentos, inspeções, oitiva de testemunhas e peritos, dentre outros.

Portanto, tendo em vista a importância da questão da produção de provas em qualquer procedimento arbitral, em uma arbitragem internacional torna-se ainda mais vital estabelecer, desde logo, quais as leis e normas aplicáveis ao caso, visando firmar os padrões que serão impostos também ao ônus e à medida da prova, bem como aos demais aspectos atinentes à instrução probatória.

2.2. Provando a corrupção em arbitragens internacionais

Conforme esclarecido no primeiro capítulo deste trabalho, na esfera da arbitragem, com o progresso da visão da doutrina e jurisprudência internacionais acerca do tema, não mais existem questionamentos acerca da existência ou não de jurisdição do tribunal arbitral para resolver eventual disputa em que existam indícios de atos de corrupção.

A doutrina da separabilidade, interpretada em conjunto com o princípio *kompetenz-kompetenz*, esclarece que, conquanto tradicionalmente a prática de atos ilícitos corresponda à matéria de ordem pública, não necessariamente um contrato em que o elemento da corrupção esteja presente será nulo – e, mais ainda, não necessariamente eventual nulidade do contrato poderia vir a afetar a convenção de arbitragem –, de sorte que o mérito do caso poderá, em verdade, ser julgado pelo tribunal arbitral.

Nesse ínterim, ocorre que, conquanto a corrupção corresponda a matéria arbitrável, aqui despontam diversos aspectos relevantes quanto à prova da corrupção em si, especialmente em se tratando de uma arbitragem internacional.

Isso porque, tendo em vista que atos de corrupção são, por sua natureza, realizados às escondidas e de modo obscuro, normalmente restam poucos indícios concretos por parte de quem os realizou, tornando-se extremamente difícil, se não quase impossível, efetivamente provar a prática do ilícito.

Portanto, surgem nessa esfera questionamentos como a quem incumbiria o ônus da prova da corrupção e qual seria a real medida ou padrão probatório que devem ser

aplicados visando provar a existência de um ato de corrupção⁷². Assim, nessa seara evidencia-se a importância dos conceitos do ônus e medida da prova de alegações de corrupção, os quais serão mais bem elucidados a seguir.

2.2.1. Ônus da prova (*burden of proof*)

O conceito de ônus da prova é universalmente conhecido em respeito às regras fundamentais de um procedimento litigioso, e decorre diretamente dos já mencionados princípios da ampla defesa, devido processo legal, contraditório e do livre convencimento motivado.

Desse modo, no contexto de um litígio, as partes, seja ela a requerente ou a requerida (ou, no caso internacional, *claimant/plaintiff* ou *respondent/defendant*) têm o dever de provar, de demonstrar a verdade dos fatos e de suas alegações, apresentando evidências contundentes para análise do julgador com o intuito de firmar o seu convencimento.

A esse aspecto da instrução probatória corresponde, precisamente, o conceito do *ônus da prova*. Conforme elucidada Felipe Vêras, acerca da doutrina de Karl-Heinz Böckstiegel, “o ônus da prova é o ponto lógico de partida para qualquer parte que coloca seus pedidos para um julgador e, ao menos em teoria, sendo os fatos controversos, a parte que formula os pedidos deve apresentar suas provas para suportar seus argumentos”⁷³.

Inan Uluc, por sua vez, enuncia os diversos aspectos do ônus da prova, que incluem: o ônus de produção probatória, que significa que a parte deve produzir a evidência para uma determinada questão discutida; o ônus da persuasão, que, por sua vez, diz respeito ao fato de que a parte a quem incumbe referido ônus deve ser capaz de persuadir o Tribunal ou a Corte de que suas alegações devem prevalecer no

⁷² “When faced with allegations of corruption by parties, arbitrators are no longer concerned with questions of first principle—there is wide consensus that transnational corruption is unlawful as well as immoral and should be sanctioned. The primary difficulty that most tribunals profess to encounter when faced with corruption allegations is how they are to be tested or proven” (LLAMZON, op. cit., pp. 225).

⁷³ BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz. Presenting evidence in international arbitration. *ICSID Review*, v. 16, n. 1, p. 1-9, 2001, pp. 2 apud VÉRAS, Felipe Sebastian Caldas. *Arbitragem e corrupção: um estudo sob a perspectiva do direito brasileiro*. Dissertação de mestrado. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2020, pp. 64.

juízo do litígio. Nesse caso, normalmente o ônus pertence ao requerente, porém, em certos casos, pode ser delegado ao requerido⁷⁴.

No que diz respeito precisamente à esfera de arbitragens internacionais, sejam elas arbitragens comerciais ou de investimento, o principal questionamento corresponde a quem incumbiria, em verdade, o ônus da prova de uma alegação de corrupção, tendo em vista o extenso grau de dificuldade existente para provar a real prática de atos ilícitos desse parâmetro.

Importante levar em consideração que, mesmo em casos em que atos de corrupção são investigados e julgados por todo um aparato estatal, responsável inclusive pela punição das condutas (na esfera do Direito Penal e Direito Processual Penal de cada Estado), a incumbência de prova desses ilícitos já é extremamente árdua por si só. Em uma arbitragem internacional, envolvendo partes, julgadores e até mesmo normativos provenientes de jurisdições distintas, que por vezes inclui até mesmo procedimentos sigilosos, torna-se ainda mais laborioso arcar com esse ônus.

Os próximos tópicos objetivam, assim, enunciar brevemente a regra geral comumente aplicada pela doutrina e pelos tribunais arbitrais até o momento, bem como a eventual possibilidade de ser o ônus da prova invertido ou flexibilizado a depender das circunstâncias do caso.

2.2.1.1. A regra geral (*actori incumbit probatio*)

Da própria definição geral do ônus da prova decorre a compreensão universalmente aceita de que, em princípio, o ônus da prova recai sobre a parte que alega o fato⁷⁵. Como regra geral, ela é adotada por inúmeros sistemas processuais

⁷⁴ “The burden of proof consists of many components: First, it contains the “burden of production”. The burden of production signifies the party who must produce evidence to raise an issue. The second component of the burden of proof is the “burden of persuasion.” The party who is under this duty must persuade the court or the tribunal that his/her claims on a contested issue should prevail. This duty typically rests upon the plaintiff, however, depending on the circumstances, it could also be on the defendant” (ULUC, op. cit., pp. 153).

⁷⁵ “One question that often arises in an international arbitration is that of knowing which party has the responsibility for proving a particular allegation or set of allegations. The generally accepted answer is that the ‘burden of proof’ of any particular factual allegation is upon that party which makes the allegation.” (BLACKABY et. al, op. cit, pp. 378)

domésticos⁷⁶ e, no tocante à arbitragem internacional, é o posicionamento dominante⁷⁷, também referenciado em normativos como o próprio Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL, que prevê que cada uma das partes tem o ônus de provar os fatos em que se baseiam, para corroborar os seus pleitos⁷⁸.

Por sua vez, enquanto a maioria das instituições arbitrais não possui previsão expressa acerca de regras concernentes ao ônus da prova, incluindo por exemplo, o Regulamento de Arbitragem da CCI, a prática jurisprudencial da própria Câmara tende a rotineiramente utilizar o princípio como padrão geral aplicável.

Todavia, ocorre que em casos de alegações de corrupção em arbitragens internacionais, tem sido desenvolvida uma visão na doutrina e jurisprudência de que nem sempre a regra geral do *actori incumbit probatio* seria a melhor alternativa, justamente tendo em vista a natureza dissimulada dos ilícitos, de sorte que a parte que se defende na maior parte das vezes possui melhores condições de comprovar, caso assim o seja, que não praticou o ato alegado.

Nessa perspectiva, inverter ou flexibilizar o ônus da prova para que o acusado dos atos de corrupção comprove a sua inocência parece firmar-se também como uma alternativa de alocação de referido ônus, especialmente no contexto de arbitragens internacionais.

2.2.1.2. Possibilidade de inversão do ônus da prova

Inobstante a regra geral de que o ônus da prova incumbe a quem alega determinado fato, na prática existem algumas exceções que verdadeiramente justificam, por sua vez, a possibilidade de inversão do ônus probatório, tendo em vista as próprias circunstâncias do caso. Segundo esclarece Marina Vidal:

⁷⁶ No Brasil, o ônus da prova é referenciado expressamente no Código de Processo Civil: “Art. 373. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.”

⁷⁷ “The dominant trend in commercial arbitration has been to follow widely accepted rules of evidence by placing the burden of proof on the party raising the claim. This means that regardless of whether it is the claimant or respondent who raises corruption as a claim or counterclaim, the burden of proving corruption will rest with the party alleging corruption” (HORVATH; KHAN, op. cit., pp. 132).

⁷⁸ UNCITRAL Arbitration Rules. Tradução livre, do original: “Article 27 (1) Each party shall have the burden of proving the facts relied on to support its claim or defence.”

“É de interesse de todos que o tribunal arbitral possua os elementos necessários para proferir uma decisão correta e completa, de maneira que a parte que tem melhor capacidade de produzir determinadas provas deve produzi-las, mesmo que para desconstruir argumentos fáticos deduzidos pela parte contrária, mas não comprovados por ela de forma satisfatória. Se não fosse assim, a parte que aduz os fatos, mas não tem à disposição os elementos de prova, seria impedida pela parte contrária de arguir seu próprio caso”⁷⁹.

Essa situação é precisamente a que ocorre no contexto de alegações de corrupção em arbitragens internacionais. Dado que a prática da corrupção é inerentemente difícil de ser provada de modo tangível, quando se analisa especificamente o contexto da melhor capacidade para produzir determinada prova ou evidência, torna-se certamente mais aceitável que a parte acusada detenha o ônus de refutar eventuais alegações de atos de corrupção que lhe foram impostas.

Segundo Inan Uluc, isso ocorre porque a parte acusada se encontra em uma melhor posição para refutar alegações de corrupção e provar não somente a sua inocência, mas também a natureza legítima do contrato⁸⁰, por exemplo.

Desse modo, uma realocação do ônus probatório pode se tornar uma medida efetiva para o problema do combate à corrupção em arbitragens internacionais. Consoante elucida Aloysius Llamzon,

“diversos estudiosos, particularmente aqueles focados em aprimorar a efetividade da arbitragem no combate à corrupção, têm argumentado em favor da necessidade da inversão do ônus da prova. Instituições como o Banco Mundial também aplicam a inversão do ônus em suas investigações anticorrupção, em parte devido ao fato de que, como os tribunais arbitrais, eles não detêm poderes de intimação ou de contenção”⁸¹.

⁷⁹ VIDAL, op. cit., pp. 119.

⁸⁰ “By placing the burden of proof upon the accused, it is possible to overcome many challenges in proving corruption. Because the accused party is in a better position to refute corruption allegations and prove not only its innocence, but also the legitimate nature of the agreement by furnishing evidence such as personal qualifications, performance of contractual duties, and explanation as to why a large amount of commission may have been required for performance” (ULUC, op. cit., pp. 156-157).

⁸¹ Tradução livre. No original: “Scholars, particularly those focused on improving the effectiveness of arbitration in combating corruption, have argued the necessity of burden-shifting. Institutions such as the World Bank employ burden-shifting as well in their corruption investigations, partly in appreciation of the fact that (as with arbitral tribunals) they have no subpoena or contempt powers” (LLAMZON, op. cit., pp. 231).

Além disso, certos julgados de tribunais arbitrais vêm entendendo também que, se existir à primeira vista uma evidência de corrupção⁸², também pode ser aplicada essa realocação do ônus probatório. Nesse contexto, tem-se como exemplo o julgado nº. 6497 da CCI⁸³, ocasião em que o tribunal arbitral vislumbrou que, por não deter poderes de investigação dos indícios de corrupção por sua própria conta, poderia o ônus da prova ser invertido para a contraparte, no sentido de ser realizada uma contraprova das alegações de corrupção⁸⁴.

Ainda que os posicionamentos a favor de uma eventual inversão do ônus probatório defendam que se daria somente em circunstâncias especiais, demonstrando-se reais indícios da existência da prática de atos corruptos, pode ser uma situação muito complexa inverter, de pronto, a regra geral estabelecida para a prova⁸⁵.

Mesmo que estejam sendo discutidas situações de cunho gravíssimo como suborno e fraude, a arbitragem internacional não funciona como um processo criminal e não é baseada em um sistema inquisitorial, em que uma prova *prima facie*⁸⁶ ou indiciária seria suficiente para inverter o ônus probatório, incumbindo à parte acusada refutar as acusações. Referido entendimento foi esclarecido diretamente no caso de

⁸² “Notwithstanding the wide acceptance of this principle, a number of commentators have suggested that tribunals should shift the burden of proof to the accused party if there is *prima facie* evidence of corruption. These commentators have contended that shifting the burden of proof is appropriate, because corruption is inherently difficult to prove and innocent parties should be capable of producing countervailing evidence” (MENAKER, Andrea. Chapter 5: Proving Corruption in International Arbitration. In: BAIZEAU, Domitille; KREINDLER, Richard. *Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration*. The Netherlands: Kluwer Law International. Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, v. 13, 2015, pp. 80).

⁸³ ICC Case No. 6497 of 1994, Final award, Yearbook XXIV (1999).

⁸⁴ “The ‘alleging Party’ may bring some relevant evidence for its allegations, without these elements being really conclusive. In such case, the arbitral tribunal may exceptionally request the other party to bring some counterevidence, if such task is possible and not too burdensome. If the other party does not bring such counter-evidence, the arbitral tribunal may conclude that the facts alleged are proven (Art. 8 Swiss Civil Code). However, such change in the burden of the proof is only to be made in special circumstances and for very good reasons” (ICC Case No. 6497 of 1994, Final award, Yearbook XXIV (1999), p. 71).

⁸⁵ “Whilst one can understand and sympathize with the sentiment motivating these views—particularly from a lawyer who has practiced for many years in a jurisdiction that has been ravaged by corruption—a simple shifting of the burden of proof, all in one go, is rightly difficult for any lawyer to accept” (PARTASIDES, Constantine. Proving Corruption in International Arbitration: A Balanced Standard for the Real World. *ICSID Review*, v. 25, n. 1, 2010, pp. 53).

⁸⁶ Ou seja, uma prova “à primeira vista”.

arbitragem *ad hoc* baseado nas Regras da UNCITRAL *Jan Oostergetel and Theodora Laurentius v. The Slovak Republic*⁸⁷.

No mesmo sentido, no caso da ICSID *Siag v Egypt (ICSID Case No. ARB/05/152)*⁸⁸, foi aduzido na sentença que referida inversão do ônus probatório é contrária ao devido processo legal, pois seria exigida uma prova de um fato negativo, o que é extremamente laborioso e pode ser caracterizado como prova diabólica⁸⁹.

Ainda, se a inversão e a flexibilização do ônus probatório passarem a ser amplamente aceitos, isso poderia gerar um precedente arriscado também para outras matérias que envolvem uma dificuldade inata de prova, como o *compliance* internacional ou crimes digitais⁹⁰.

Desse modo, a inversão do ônus probatório, conquanto seja uma opção defendida por parcela da doutrina para casos que envolvam a corrupção e embora seja possível a depender das circunstâncias do caso, deve ser tratada com cautela, cumprindo os requisitos legais e respeitando-se os direitos das partes caso seja vislumbrada uma possibilidade de sua aplicação.

⁸⁷ “*International arbitration is not an inquisitorial system where the Tribunal establishes the facts for a denouncing party, nor a system where it is sufficient to make a prima facie case relying on the opponent to rebut that case*” (Jan Oostergetel and Theodora Laurentius v. The Slovak Republic, UNCITRAL. Sentença de 23 de abril de 2012, p. 35, §148).

⁸⁸ “(...) *negative evidence is very often more difficult to assert than positive evidence, the reversal of the burden of proof may make it almost impossible for the allegedly fraudulent party to defend itself, thus violating due process standards. It is for this reason that Tribunals have rarely shifted the burden of proof. There are no special circumstances or good reasons for doing so in this case*” (ICSID Case No. ARB/05/15, sentença de 1º de junho de 2009, p. 82, §317).

⁸⁹ “Observe-se o ponto, porém: não se poderá, de modo nenhum, dinamizar o ônus da prova se a atribuição do encargo de provar acarretar uma *probatio diabolica* reversa, isto é, incumbir a parte contrária, a princípio desonerada, de uma prova diabólica” (Danilo Knijnik, “As (Perigosíssimas) Doutrinas do ‘Ônus Dinâmico da Prova’ e da ‘Situação de Senso Comum’ como Instrumentos para Assegurar o Acesso à Justiça e Superar a Probatio Diabolica”. In: Fux, Luiz; Nery Jr., Nelson; Wambier, Teresa Arruda Alvim (coords.), *Processo e Constituição – Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 948 apud MITIDIERO, Daniel. *Processo Justo, Colaboração e Ônus da Prova*. *Rev. TST*, Brasília, vol. 78, no 1, jan/mar 2012, pp. 76-77).

⁹⁰ “*Specifically, if any form of corruption takes place (such as bribery, fraud, influence peddling, etc.), it is very unlikely that a paper trail or physical evidence documenting the illicit transactions will exist – most evidence will likely be circumstantial or dependent on what various witnesses testify to. This lack of direct evidence, coupled with an arbitral tribunal’s limited ability to issue subpoenas and compel the production of documents, has led some scholars to push for the shifting, or reversing, of the burden of proof.*” (...) *If allowances were made for shifting the burden of proof in cases of corruption, such allowances could also be applied to cases of international compliance, or international cybercrimes – sectors that also experience difficulty proving subject matter*” (HORVATH; KHAN, op. cit., pp. 132).

2.2.2. Medida da prova (*standard of proof*)

No mais, além do ônus probatório, característica ainda mais importante concernente à prova se refere à medida da prova (em inglês, comumente referenciado como *standard of proof*)⁹¹. Ambos os conceitos, embora intimamente relacionados, se diferem com relação às expectativas a serem aplicadas quanto à prova.

Desse modo, além de apresentar as provas ao julgador de modo a corroborar suas alegações (ônus da prova), a evidência apresentada deve alcançar um patamar capaz de convencê-lo de seus argumentos (medida da prova). A medida da prova, assim, “pode ser entendida como o grau de convicção que o julgador deve ter para que o ônus da prova seja satisfeito”⁹², tornando-se um critério mais subjetivo no tocante à esfera da produção probatória.

Não basta, portanto, que seja tão somente apresentada qualquer prova juridicamente aceita no caso: a evidência apontada deve ser tão irrefutável quanto possível, visando atingir o necessário nível de persuasão estabelecido pelo decisor – o que se torna ainda mais significativo em se tratando de prova de eventuais ilícitos.

Ocorre, todavia, que, no que diz respeito à medida da prova de alegações de corrupção em arbitragens internacionais, inexistente um padrão adotado de forma uniforme tanto pelos tribunais arbitrais quanto pela doutrina internacional até o momento.

Em verdade, a questão da medida da prova é matéria muito pouco abordada na esfera da arbitragem, existindo raras previsões expressas acerca da medida probatória em leis nacionais de arbitragem, convenções internacionais de arbitragem ou mesmo em regulamentos de câmaras arbitrais.

⁹¹ Embora a tradução mais literal de “*standard of proof*” para língua portuguesa corresponderia ao termo padrão da prova, a doutrina comumente utiliza a expressão medida da prova para os fins atribuídos ao conceito em língua inglesa. Esse é o entendimento adotado, por exemplo, por Felipe Vêras em sua obra: Arbitragem e corrupção: um estudo sob a perspectiva do direito brasileiro. Dissertação de mestrado. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2020. No que se refere ao presente trabalho, optou-se por utilizar também a expressão medida da prova em referência ao *standard of proof*.

⁹² PHIPSON, Sidney Lovell; MALEK, Hodge M.; AUBURN, Jonathan. Phipson on evidence. Sweet & Maxwell, 2013 apud VÉRAS, Felipe. Arbitragem e corrupção: um estudo sob a perspectiva do direito brasileiro. Dissertação de mestrado. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2020, pp. 58.

Contudo, esse viés da prova permanece como um dos principais critérios a serem cumpridos pela parte ao arcar com o ônus probatório, principalmente porque diz respeito ao convencimento do árbitro acerca dos fatos do caso e, em última instância, afeta diretamente o que será decidido na própria sentença arbitral.

Conquanto inexista uma uniformidade sobre o assunto até o momento, os tribunais arbitrais vêm, ao longo dos últimos anos, se manifestando reiteradas vezes sobre a matéria, resultando em julgados com pontos de vista distintos acerca da aplicação da medida da prova.

A questão que prevalece nesse contexto, portanto, passa a ser qual seria um padrão razoável referente à medida da prova que deve ser adotado em arbitragens internacionais, e, no contexto abordado pelo presente trabalho, especialmente quanto à prova de alegações de corrupção.

2.2.2.1. Medidas probatórias de corrupção em arbitragem internacional: possibilidades

Conforme realçado, diante da flexibilidade inerente ao procedimento arbitral, têm-se que, na prática da arbitragem internacional, não há que se falar em uma adoção uniforme de um concreto padrão probatório pelos tribunais arbitrais, estejam eles envolvidos em uma arbitragem comercial ou uma arbitragem de investimentos.

Mais ainda, inexistente uma orientação direta aos árbitros referentemente à qual medida probatória deve ser adotada caso surja uma alegação de corrupção no mérito do caso. Desse modo, em uma primeira análise, a medida da prova da alegação de corrupção dependeria da lei aplicável ao caso, que poderá indicar quais regras relativas às evidências apresentadas deverão ser utilizadas⁹³.

Entretanto, raras são as vezes em que as partes expressamente determinam as regras aplicáveis à produção probatória em uma arbitragem, quanto mais em se tratando

⁹³ “*The case law has been scattered and unmethodical, with arbitral awards and commentators landing on a wide spectrum of the issue. The standard of proof should be dependent on the applicable law, which will then be used to determine which rules of evidence should be observed*” (HORVATH; KHAN, op. cit, pp. 133).

de matéria tão específica e controversa quanto uma alegação de corrupção, restando ao tribunal arbitral, portanto, a incumbência de precisar a medida da prova⁹⁴.

Contudo, um óbice que deve ser realçado nesse contexto é que, em arbitragens internacionais, os envolvidos lidam com diferentes parâmetros de expectativas concernentes à instrução probatória, a depender da formação jurídica inclusive dos próprios árbitros, seja ela de *Civil Law* ou de *Common Law*. Foi precisamente por este motivo que foram editadas as Regras da IBA, conforme destacado anteriormente, visando uma harmonização entre os institutos de referidos sistemas jurídicos.

Todavia, especificamente quanto a alegações de corrupção em uma arbitragem internacional, nem mesmo as Regras da IBA fornecem um claro direcionamento acerca de quais padrões de ônus e medida da prova deveriam ser utilizados nesses casos.

Isso se torna ainda mais relevante quando analisado o aspecto de que os diferentes sistemas de *Civil Law* e de *Common Law* possuem um padrão próprio rotineiramente adotado quanto à medida da prova. De uma maneira muito ampla, pode-se dizer que, quanto aos sistemas processuais, o padrão geral adotado para a medida probatória em ações civis no sistema de *Common Law* é o de *preponderance of the evidence* ou *balance of probabilities*⁹⁵, enquanto em sistemas de *Civil Law* normalmente se utiliza o critério da convicção íntima do julgador⁹⁶.

Porém, ambos os sistemas normalmente demandam uma medida probatória mais elevada (*heightened standard of proof*) em se tratando de alegações mais sérias, como as de cunho criminal – campo em que poderia, por sua vez, se enquadrar a prática de um ato de corrupção, em virtude da própria natureza ilícita dessas ações.

⁹⁴ “Thus, arbitral tribunals use their discretion to determine this standard, unless the parties integrate a provision into their contract relating to the applicable standard of proof. However, it is uncommon for parties to incorporate an agreement as to the standard of proof in their contract” (ULUC, op. cit., pp. 160).

⁹⁵ Em virtude de corresponderem a padrões aplicados na esfera internacional e principalmente em países com tradição de *Common Law*, com pouca utilização na esfera nacional, a doutrina normalmente faz referência a essa modalidade de medida da prova em seu termo original em língua inglesa. Porém, uma tradução livre dos conceitos poderia ser caracterizada como “preponderância da prova” ou “balança de probabilidades”.

⁹⁶ “In national law, the applicable standard of proof varies between systems of common law and civil law. Broadly speaking, the general standard of proof for civil actions in common law is the ‘balance of probabilities’, while in civil law systems it is typically the ‘inner conviction’ of the adjudicator. International arbitration has often adopted the ‘balance of probabilities’ approach when setting a standard by which facts can be deemed proven.” (LLAMZON, op. cit., pp. 232-233).

No que se refere ao âmbito da arbitragem internacional, por sua vez, inexistente uma uniformidade referente a qual medida da prova deve ser adotada nesses casos. Em virtude de diferenças inclusive doutrinárias de cada um dos sistemas e da inexistência de uma regra geral aplicável sobre o assunto, existem diversos julgados de arbitragens internacionais em que foram adotados diferentes padrões referentes à medida da prova⁹⁷.

Todavia, é possível destacar que as abordagens mais comumente utilizadas pelos tribunais arbitrais são precisamente as acima enunciadas, que detêm as seguintes características:

1ª) Balança de probabilidades (*preponderance of the evidence* ou *balance of probabilities*): padrão de medida probatória inicialmente derivado dos sistemas legislativos de *Common Law* e utilizado na prática civil, parte do pressuposto de que, após apresentadas as provas no procedimento, a parte cujas evidências apresentam um peso maior no caso – ou seja, uma maior capacidade de convencimento do tribunal arbitral ou da corte – será a parte vencedora da disputa⁹⁸.

A ideia é fundada diretamente no padrão referente ao peso atribuído à prova apresentada (*weight of the evidence*), de modo que, conforme o próprio nome descreve, a balança das probabilidades caracteriza o convencimento do julgador em favor da evidência preponderante no caso. Essa medida por vezes também é referenciada no contexto de mais provável do que não (*more likely than not*), e costuma ser o padrão probatório mais comumente utilizado pelos tribunais arbitrais no contexto de arbitragens internacionais⁹⁹.

⁹⁷ “When arbitrators apply varying standards of proof, the level applied commonly reflects that arbitrator’s own legal background, personal characteristics (such as experience, training, education), and of course applicable law (e.g., law of *lex arbitri*, the law of an enforcement place, the law of the country where contract performance takes place)” (ULUC, op. cit., pp. 181).

⁹⁸ “Thus, the application of the standard “more likely than not” or “balance of probabilities” is completely logical in private disputes, and boils down to this: the party that has presented more evidence, or whose evidence carries more weight (clearly there’s a reason for using the term ‘weight of evidence’), wins the dispute” (KHVALEI, Vladimir. Chapter 4: Standards of Proof for Allegations of Corruption in International Arbitration. In: BAIZEAU, Domitille; KREINDLER, Richard. Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration. The Netherlands: Kluwer Law International. Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, v. 13, 2015, pp. 71-72).

⁹⁹ “The degree of proof that must be achieved in practice before an international arbitral tribunal is not capable of precise definition, but it may be safely assumed that it is close to the test of the ‘balance of probability’ (that is, ‘more likely than not’). This standard is to be distinguished from the concept of ‘beyond all reasonable doubt’ required, for example, in countries such as the United States and England to prove guilt in a criminal trial before a jury. The practice of arbitral tribunals in international

Um exemplo de caso em que foi adotado esse padrão probatório é o de arbitragem de investimentos conhecido como *Ioannis Kardassopoulos v. The Republic of Georgia*, da ICSID (No. ARB 05/18)¹⁰⁰. No caso, o tribunal arbitral, especificamente quanto à esfera probatória, aduziu expressamente que “o princípio articulado pela grande maioria dos tribunais arbitrais em relação ao ônus da prova nos procedimentos de arbitragem internacional se aplica nesse procedimento e não impõe às partes nenhum ônus da prova além daquele de *balance of probabilities*”¹⁰¹.

2ª) Padrão elevado de medida probatória (*heightened standard of proof, clear and convincing evidence* ou *beyond a reasonable doubt*): por sua vez, o padrão mais elevado concernente à medida da prova é derivado da legislação norte-americana, também em referência ao modelo de *Common Law*, principalmente quanto ao critério punitivo do Direito Penal. Nesse critério, em julgamentos penais perante o Tribunal do Júri, referida medida probatória é adotada em virtude da gravidade das alegações efetuadas.

Como a corrupção constitui, em sua essência, um ilícito penal grave, no contexto de arbitragens internacionais passou a ser questionado se uma medida probatória mais rigorosa deveria passar a ser utilizada¹⁰². Conforme esclarece Andrea Menaker, “é assunto de debate frequente, no entanto, se a medida comum de preponderância da evidência [*preponderance of evidence*] deve ser elevada – por exemplo, à medida criminal [*beyond reasonable doubt*] ou a um padrão intermediário, como evidência clara e convincente [*clear and convincing evidence*] – para alegações de corrupção”¹⁰³.

arbitrations is to assess the weight to be given to the evidence presented in favour of any particular proposition by reference to the nature of the proposition to be proved” (BLACKABY et al., op. cit., pp. 378-379).

¹⁰⁰ ICSID Case No. ARB/05/18 (*Ioannis Kardassopoulos v. The Republic of Georgia*), sentença de 3 de março de 2010.

¹⁰¹ Tradução livre, no original: “*The Tribunal finds that the principle articulated by the vast majority of arbitral tribunals in respect of the burden of proof in international arbitration proceedings applies in these concurrent proceedings and does not impose on the Parties any burden of proof beyond a balance of probabilities*” (ICSID Case No. ARB/05/18 (*Ioannis Kardassopoulos v. The Republic of Georgia*), sentença de 3 de março de 2010, §229).

¹⁰² “*For example, allegations of wrongdoing, particularly serious wrongdoing such as criminal acts, fraud, corruption and the like, require more convincing evidence than other facts. (...) This approach is sensible, both in evidentiary terms and in discouraging baseless allegations of misconduct*” (BORN, op. cit., pp. 2315).

¹⁰³ Tradução livre. No original: “*It is a matter of frequent debate, however, whether the ordinary standard of preponderance of evidence should be heightened — for example, to the criminal standard of beyond a reasonable doubt or to an intermediate standard, such as clear and convincing evidence — for allegations of corruption*” (MENAKER, op. cit., pp. 83).

Além da gravidade das alegações, outra razão pela qual os tribunais arbitrais vêm optando por utilizar uma medida probatória mais elevada diz respeito ao fato de que referido padrão impede as partes de arguir a corrupção como forma de se esquivar do cumprimento das obrigações contratuais.

Esse é um ponto relevante no contexto da arbitragem de investimentos, de modo que muitas vezes os Estados-parte valem-se de alegações de corrupção como método de defesa. Desse modo, adotar uma medida probatória mais elevada funcionaria para dissuadir as partes de realizar uma alegação infundada de corrupção, em virtude da subsequente necessidade de arcar com o ônus da prova em um padrão mais elevado que o comum¹⁰⁴.

Um exemplo de caso em que foi aplicado esse critério foi o caso *EDF (Services) Limited v. Romania*¹⁰⁵, novamente um caso da ICSID. Na ocasião, o tribunal arbitral impôs o ônus da prova ao investidor requerente, a empresa EDF, que teria arguido a prática de corrupção por parte de funcionários da Romênia, com base no princípio geral do *actori incumbit probatio*.

Ocorre que, na mesma sentença arbitral, em uma abordagem notoriamente ambígua, conquanto o tribunal tenha reconhecido a evidente dificuldade de prova de atos de corrupção, ainda assim impôs ao requerente uma rigorosa medida da prova (*clear and convincing evidence*), conforme se depreende de extrato da sentença:

“Em qualquer caso, todavia, a *corrupção deve ser provada e é notoriamente difícil de provar* tendo em vista que, tipicamente, existe pouca ou mesmo nenhuma evidência física. A *seriedade da acusação de corrupção no presente caso, considerando que envolve oficiais do mais alto nível do governo romeno à época, demanda o padrão “clear and convincing evidence”* [evidência clara e convincente]. Existe um consenso geral em tribunais internacionais e comentaristas acerca da necessidade de uma mais elevada medida probatória de corrupção. A evidência apresentada perante o Tribunal no caso presente quanto à alegada solicitação de um suborno está longe de ser clara e convincente.”¹⁰⁶

¹⁰⁴ “The heightened standard deters parties from arguing meritless claims of corruption allegations. The incentive behind raising such claims is to avoid contractual obligations and have the underlying contract declared null and void. Particularly within the context of investment treaty arbitration, corruption allegations are an attractive pleading used by State parties as a complete defense. However, this heightened standard dissuades parties from pleading foundationless claims due to the challenge of meeting its attached burden” (ULUC, op. cit., pp. 162).

¹⁰⁵ ICSID Case No. ARB/05/13 (*EDF Services Limited v. Romania*), sentença de 8 de outubro de 2009.

¹⁰⁶ Tradução livre e grifos nossos. No original: “In any case, however, corruption must be proven and is notoriously difficult to prove since, typically, there is little or no physical evidence. The seriousness of the accusation of corruption in the present case, considering that it involves officials at the highest level

O mesmo entendimento contraditório pode ser extraído de outros julgados de destaque, incluindo o ICSID Case No. ARB/07/14 (*Liman Caspian Oil BV and NCL Dutch Investment BV v. Kazakhstan*)¹⁰⁷ e, no contexto da arbitragem comercial, do caso *Westinghouse* da CCI (ICC Case No. 6401)¹⁰⁸.

Nesse último caso, conquanto nas três leis aplicáveis à controvérsia a medida probatória comumente utilizada para ações civis fosse o critério “*preponderance of the evidence*”, o tribunal entendeu que, no contexto das leis dos Estados Unidos e das Filipinas, uma medida probatória mais elevada deveria ser aplicada para a prova de suborno (*clear, precise and convincing evidence*)¹⁰⁹.

Desse modo, inobstante a aplicação de padrões mais rigorosos venha por vezes sendo utilizada por diversos tribunais arbitrais internacionais, a adoção de referida medida torna-se motivo de extensos debates na doutrina precisamente em virtude da natureza dos atos que se objetiva provar, que são inerentemente executados sem deixar qualquer resquício – de sorte que, então, cumprir com o ônus da prova e com uma medida probatória elevada torna-se tarefa extremamente árdua para a parte que alega a corrupção.

of the Romanian Government at the time, demands clear and convincing evidence. There is general consensus among international tribunals and commentators regarding the need for a high standard of proof of corruption. The evidence before the Tribunal in the instant case concerning the alleged solicitation of a bribe is far from being clear and convincing.” ICSID Case No. ARB/05/13 (EDF Services Limited v. Romania), sentença de 8 de outubro de 2009.

¹⁰⁷ “*The Tribunal is aware that it is very difficult to prove corruption because secrecy is inherent in such cases. Corruption can take various forms but in very few cases can reliable and valid proof of it be brought which is sufficient as a basis for a resulting award declaring liability. However, the Tribunal considers that this cannot be a reason to depart from the general principle that Claimants must fully comply with their undisputed burden to prove that in the case at hand there was corruption.... It is not sufficient to present evidence which could possibly indicate that there might have been or even probably was corruption.*” ICSID Case No. ARB/07/14 (*Liman Caspian Oil BV and NCL Dutch Investment BV v. Kazakhstan*), sentença de 22 de junho de 2010.

¹⁰⁸ ICC Case No. 6401 (*Westinghouse International Projects Company, Westinghouse Electric SA, Westinghouse Electric Corporation, and Burns & Roe Enterprises, Inc. v. National Power Corporation, The Republic of Philippines, Preliminary Award, December 19, 1991, in Mealey’s International Arbitration Report, Vol. 7, Issue 1, January 1992, Section B.*) Sentença preliminar de 19 de dezembro de 1991.

¹⁰⁹ “*However, in the Philippines and in the United States, fraud in civil cases ‘must be proved to exist by clear and convincing evidence amounting to more than mere preponderance and cannot be justified by a mere speculation. This is because fraud is never lightly be presumed...’ Bribery is a form of fraud and must be established by ‘a clear preponderance of the evidence...’ Similarly, in Pennsylvania fraud must be proven by ‘clear, precise and convincing evidence’”* (Ibidem).

Assim, para os fins expostos no presente trabalho, adota-se a posição prevista por Michael Hwang e Kevin Lim, que indicam que o elevado padrão de medida probatória derivado do contexto criminal não deve ser utilizado em arbitragens internacionais, por três razões principais.

Primeiro, porque ao julgar a controvérsia, o tribunal estará lidando com as consequências da corrupção em uma questão de responsabilidade civil, e não criminal. Segundo, porque o tribunal arbitral não impõe sanções criminais, e terceiro e mais importante, porque um grau criminal de medida da prova seria quase impossível de ser satisfeito, de sorte que referida situação poderia ser aproveitada por partes inescrupulosas e de má-fé, e cujo único intuito fosse de escapar à responsabilidade pelos atos ilícitos cometidos¹¹⁰.

3ª) Convicção íntima do árbitro (*inner conviction*): o terceiro critério de medida da prova, por sua vez, deriva dos sistemas legislativos dos países de *Civil Law*, e corresponde à convicção íntima do julgador ao analisar a questão. Com base no princípio do livre convencimento motivado, frente às provas apresentadas pelas partes, o decisor é livre para decidir acerca da resolução da controvérsia, em respeito aos fatos do caso, aos direitos das partes e a toda a evidência ostentada por elas.

Assim, a ideia em questão é justamente se as provas apresentadas pela parte foram suficientes para convencer o julgador acerca de determinado fato, arcando com o necessário ônus probatório¹¹¹. Esse critério do “*inner conviction*” costuma ser amplamente utilizado na tradição legislativa da Europa continental e, no caso arbitral, em arbitragens esportivas, como pelo Tribunal Arbitral do Esporte (TAS).

Quanto a alegações de corrupção, por sua vez, um exemplo em que foi adotada a medida da prova da convicção íntima do árbitro corresponde ao caso *Westacre*, da

¹¹⁰ “It should certainly not be pegged at the beyond reasonable doubt standard in criminal law, since the tribunal is dealing with the consequences of corruption on a matter of civil liability. A tribunal does not impose criminal sanctions, which renders it unnecessary and undesirable for it to proceed with the same degree of caution as a criminal court would apply in ascertaining the facts of the case before it. More importantly, given the difficulty in proving corruption, a criminal standard of proof would be almost impossible to satisfy and plays directly into the hands of unscrupulous parties, who can simply deny wrongdoing and exploit the high threshold of proof to avoid liability. The current trend of tribunals imposing such a high standard of proof is thus regrettable” (HWANG; LIM, op. cit, pp. 29-30).

¹¹¹ “According to this tradition, the threshold standard is whether submitted evidence is sufficient to convince the judge or arbitrator of the existence of a fact. In other words, the inner conviction standard rests upon the answer to the question: was the evidence enough to persuade?” (ULUC, Op. cit., pp. 187).

CCI (ICC Case No. 7047)¹¹², em que o tribunal arbitral entendeu que deve estar convencido da existência do ilícito de suborno, não bastando uma mera suspeição de que tal fato tenha ocorrido.

Enquanto muitas vezes em arbitragens internacionais essa medida probatória seja vista como inerentemente subjetiva, tendo a prática arbitral normalmente referenciado o padrão *preponderance of the evidence* para casos de alegação de corrupção, o critério da convicção íntima do julgador torna-se uma alternativa fundamental em se tratando de investigação de atos de corrupção pelo próprio árbitro.

Isso porque, em se tratando de uma situação em que nenhuma das partes traz à atenção do tribunal arbitral provas acerca da existência de atos de corrupção no caso concreto – muitas vezes em virtude do fato de que não é de interesse de nenhuma delas que a prática de referidos atos venha à tona para a decisão – e o próprio árbitro que passa a investigar tais circunstâncias, deve ser estabelecido o padrão probatório inerente ao próprio convencimento do decisor quanto à eventual prática, ou não, de atos de corrupção.

Nesses casos, não sendo encontradas provas reais da corrupção, e tão somente indícios, podendo as partes até mesmo se recusar a produzir as provas requeridas pelo tribunal arbitral, as evidências circunstanciais funcionam como preceito fundamental para firmar a convicção dos árbitros¹¹³. Nesse sentido, destaca Vladimir Khvalei:

“A única conclusão lógica em uma situação como esta é a de que a abordagem clássica do sistema adversarial, com o ônus da prova das partes e uma medida de “*balance of probabilities*”, não deve ser aplicado em situações em que árbitros decidem *sua sponte* levantar questões de interesse público. Nesse caso, a medida da prova mais apropriada não será um dos padrões mencionados acima, pois não haveria nada a ser colocado na balança. O único padrão apropriado seria a avaliação de evidências com base na “*inner conviction*” [ou livre convencimento] do tribunal, independentemente de toda a ambiguidade e subjetividade dessa abordagem. Parece que essa abordagem é a mais apropriada nos casos de arbitragem em que os árbitros devem lidar com os problemas de corrupção”¹¹⁴.

¹¹² “*If the claimant’s claim is based on the contract is to be voided by the defense of bribery, the arbitral tribunal, as any state court, must be convinced that there is indeed a case of bribery. A mere suspicion by any member of the arbitral tribunal...is entirely insufficient to form such a conviction of the Arbitral Tribunal*” (ICC Case No. 7047, *Westacre v. Jugoimport*, sentença de 28 de fevereiro de 1994).

¹¹³ “*In fact, circumstantial evidence and the inner conviction standard go hand-in-hand. In the absence of direct evidence, an arbitral tribunal may reach the conviction by collecting existing circumstantial evidence*” (ULUC, op. cit., pp. 190).

¹¹⁴ Tradução livre, no original: “*The only logical conclusion in a situation such as this one is that the classical approach of the adversarial system, with its placement of the burden of proof on the parties and a “balance of probabilities” standard of proof should not be applied in situations when arbitrators*

Desse modo, enunciados os principais padrões referentes à medida probatória, evidencia-se que, em se tratando de alegações de corrupção em arbitragens internacionais, os julgados arbitrais não possuem um entendimento harmônico, sendo aplicadas atualmente diferentes modalidades probatórias a depender do caso e do próprio entendimento do tribunal arbitral.

2.2.3. Inferências negativas e *red flags*

Diferentemente do ônus e da medida da prova, que são caracterizados como aspectos diversos da instrução probatória, mas correlacionados entre si, as inferências negativas e as subsequentes bandeiras vermelhas (“*red flags*”)¹¹⁵ de corrupção se enquadram aqui em um contexto posterior, em referência à prova já produzida ao longo do procedimento.

No contexto da arbitragem internacional, especialmente quanto à produção probatória, inobstante o princípio geral de que à parte que aduz os fatos incumbe o ônus de prová-los (*actori incumbit probatio*), é reconhecido também no contexto da boa-fé que existe uma certa obrigação mútua entre as partes de que elas devem produzir todas as provas ao seu alcance e necessárias para a resolução do caso pelo tribunal arbitral.

Referida obrigação de produzir as provas à sua disposição é prevista inclusive no art. 3.3(b) e (c) das Regras da IBA, que indica que a parte pode requisitar ao tribunal arbitral que ordene à contraparte apresentar os documentos relevantes para o caso, quando tais documentos não se encontram na custódia de quem requer sua produção¹¹⁶.

decide sua sponte to raise issues of public interest. In this case the most appropriate standard of proof will be neither of the standards mentioned above, as there would be nothing to be put on the scale. The only appropriate standard would be evaluation of evidence based on "inner conviction" of the tribunal, regardless of all the ambiguity and subjectivity of this approach. It seems that this approach is the most appropriate in arbitration cases where arbitrators are to deal with the issues of corruption” (KHVALEI, op. cit., pp. 79).

¹¹⁵ Também em virtude da preponderância da matéria na esfera internacional, a doutrina comumente faz referência ao termo no original em língua inglesa. Contudo, pode ser utilizada a expressão “bandeiras vermelhas de corrupção”, em tradução livre.

¹¹⁶ IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration. *Article 3 – Documents*
3. A Request to Produce shall contain: (b) a statement as to how the Documents requested are relevant to the case and material to its outcome; and (c) a statement that the Documents requested are not in the possession, custody or control of the requesting Party or a statement of the reasons why it would be unreasonably burdensome for the requesting Party to produce such Documents, and (ii) a statement of

Nesse sentido, caso a parte deixe de apresentar o documento requerido ou se negue a fazê-lo, o tribunal arbitral pode adotar diversas medidas visando sanar essa questão, o que inclui até mesmo a realização de inferências negativas em razão da não apresentação dos documentos.

A inferência negativa é um conceito derivado dos sistemas de *Common Law* que pode ser entendido como um meio de prova indireta, no sentido de que corresponde à determinada prova que, após determinação do julgador para a instrução do procedimento, deliberadamente não é produzida por uma parte, apesar de estar em sua posse. Conforme esclarece Marina Vidal, a inferência negativa “consiste na realização de deduções lógicas a partir da recusa e/ou da escolha da parte de não apresentar determinadas provas, concluindo-se que elas seriam contrárias ao seu interesse”¹¹⁷.

Destarte, as inferências negativas “podem, de fato, ser utilizadas como sanção aplicada a uma parte que se comporta de tal maneira que compromete a instrução do procedimento, isto é, de forma não cooperativa com os comandos do tribunal arbitral”¹¹⁸, devendo o tribunal deter os devidos cuidados para tanto e estar certo de que o devido processo legal foi respeitado no caso.

A utilidade de referida modalidade de prova indireta se torna ainda mais expressiva quando analisada frente a situações em que a parte a quem originariamente incumbiria o ônus probatório se encontra impossibilitada de produzir determinada prova, em virtude do fato de que esta se encontra sob a posse da parte oposta – como pode vir a acontecer no caso de alegações de corrupção, por exemplo.

Nesse contexto, as próprias Regras da IBA¹¹⁹ preveem expressamente a possibilidade de o tribunal arbitral traçar inferências negativas em virtude da ausência

the reasons why the requesting Party assumes the Documents requested are in the possession, custody or control of another Party.

¹¹⁷ VIDAL, op. cit., pp. 121.

¹¹⁸ VÉRAS, op. cit., pp. 88.

¹¹⁹ Article 9 – *Admissibility and Assessment of Evidence*

6. *If a Party fails without satisfactory explanation to produce any Document requested in a Request to Produce to which it has not objected in due time or fails to produce any Document ordered to be produced by the Arbitral Tribunal, the Arbitral Tribunal may infer that such document would be adverse to the interests of that Party.*

7. *If a Party fails without satisfactory explanation to make available any other relevant evidence, including testimony, sought by one Party to which the Party to whom the request was addressed has not objected in due time or fails to make available any evidence, including testimony, ordered by the Arbitral Tribunal to be produced, the Arbitral Tribunal may infer that such evidence would be adverse to the interests of that Party.*

ou recusa da parte de produzir a prova requisitada. Insta realçar, contudo, que esse meio de prova indireta não é universal: existindo justificativa razoável para a não apresentação da evidência perante o tribunal, não podem os árbitros se valer do critério das inferências negativas.

Do mesmo modo, quando da utilização de referida modalidade probatória, a doutrina entende que existem muitos graus de inferências negativas, que podem variar de caso a caso. Assim, visando consolidar uma harmonização quanto aos parâmetros adotados, o autor Jeremy Sharpe sistematizou em sua obra¹²⁰ uma série de critérios que devem ser seguidos para traçar inferências negativas com base na ausência de produção de evidência requerida.

O padrão ficou conhecido como “Teste de Sharpe”¹²¹, e é rotineiramente utilizado como método paradigma na doutrina arbitral internacional para esta finalidade, principalmente com o intuito de preencher lacunas probatórias e metodizar a aplicação de inferências negativas a cada caso.

No que diz respeito especialmente ao contexto da prova de corrupção em arbitragens internacionais, já foi estabelecida em diversos julgados a possibilidade de utilização de inferências negativas com esse intuito, como ocorreu no caso Metal-Tech da ICSID¹²². Sobre esse caso, elucida Aloysius Llamzon:

“Em verdade, Metal-Tech é um precedente particularmente instrutivo para futuros tribunais, uma vez que a utilização de ordens procedimentais para buscar informações adicionais, em conjunto com o [às vezes] sutil lembrete de que a falha em cooperar totalmente para satisfazer o tribunal de que toda a evidência e testemunhos disponíveis foram providenciados acerca de determinada alegação de corrupção pode levar a inferências adversas, é não

¹²⁰ SHARPE, Jeremy K. Drawing adverse inferences from the non-production of evidence. *Arbitration International*, v. 22, n. 4, p. 549-572, 2006.

¹²¹ Alguns dos requisitos do Teste de Sharpe previstos na obra do autor são assim descritos: “*Adverse inferences thus are an essential part of the arbitrator's toolbox. Before drawing such inferences, however, arbitrators must satisfy themselves of the appropriateness of doing so in the circumstances of each case. This article distils from arbitral awards and decisions the following requirements for drawing inferences leading to an adverse award:*

(1) the party seeking the adverse inference must produce all available evidence corroborating the inference sought;

(2) the requested evidence must be accessible to the inference opponent;

(3) the inference sought must be reasonable, consistent with facts in the record and logically related to the likely nature of the evidence withheld;

(4) the party seeking the adverse inference must produce prima facie evidence; and

(5) the inference opponent must know, or have reason to know, of its obligation to produce evidence rebutting the adverse inference sought” (Ibidem, pp. 551).

¹²² ICSID Case No. ARB/10/3 (Metal-Tech Ltd v. Republic of Uzbekistan), sentença de 4 de outubro de 2013.

somente sancionada pelo procedimento internacional, como também, nas mãos de um tribunal comprometido com desenterrar a verdade leva a fortes achados de fato, independentemente da medida probatória tida como relevante”¹²³.

Um outro aspecto importante corresponde, por sua vez, às nomeadas bandeiras vermelhas de corrupção (*red flags*) ou evidências circunstanciais. Em arbitragens internacionais que envolvem alegações de corrupção, as evidências circunstanciais da ocorrência de determinado fato costumam ser referenciadas como *red flags*, caracterizada como verdadeiro meio de prova indiciária.

Segundo esclarece o *Toolkit for Arbitrators* elaborado pela Universidade de Basel em parceria com o *Competence Centre for Arbitration and Crime*:

“Em arbitragem internacional, raramente haverá uma evidência direta de corrupção, e os tribunais não detêm poderes coercitivos. Todavia, é bem estabelecido que o suborno pode ser provado por meio de evidências circunstanciais (“*faisceau d’indices*”), incluindo as mencionadas *red flags*. *Red flags* ainda não configuram por elas mesmas uma prova de corrupção. Contudo, são indicativos de corrupção que devem alertar os árbitros de que um exame mais aprofundado deve ser aplicado quanto aos fatos do caso. *Red flags* são parte de evidências circunstanciais, que podem então dar origem à prova de corrupção. Os tribunais podem fazer uma constatação firme da existência de corrupção baseada nas evidências circunstanciais à sua disposição”¹²⁴.

Variados esforços foram realizados visando à identificação das *red flags* de corrupção, tendo sido referenciado no próprio *Toolkit for Arbitrators* variadas condutas desse teor, e o *ICC Guidelines on Agents, Intermediaries and Other Third Parties*

¹²³ Tradução livre. No original: “*Indeed, Metal-Tech is a particularly instructive precedent for future tribunals, as the utilization of procedural orders to seek further information, coupled with the (sometimes subtle) reminder that failure to cooperate fully in satisfying the tribunal that all available evidence and testimony has been provided on a given corruption allegation may lead to adverse inferences, is not only sanctioned by international procedure, but can in the hands of a tribunal committed to unearthing the truth lead to strong findings of fact, no matter what standard of proof is advanced as relevant*” (LLAMZON, op. cit., pp. 231).

¹²⁴ Tradução livre, no original: “*In international arbitration, there will hardly ever be direct evidence for corruption and tribunals have no coercive powers. It is well established though that bribery can be proven by circumstantial evidence (“faisceau d’indices”), including the above-mentioned red flags (Tool 1). Red flags are not in themselves proof of corruption (yet). However, they are indicators of corruption that should alert arbitrators that further scrutiny must be applied to the facts of the case. Red flags are part of circumstantial evidence, which can then give rise to proof of corruption. Tribunals may make a firm finding of corruption based on the circumstantial evidence available to them*” (COMPETENCE CENTRE FOR ARBITRATION AND CRIME; BASEL INSTITUTE ON GOVERNANCE. Corruption and Money Laundering in International Arbitration: A Toolkit for Arbitrators. 2019, pp. 13).

estabelece até mesmo um rol não taxativo de circunstâncias a que os árbitros devem se atentar, porque podem ser caracterizadas como prova indiciária de corrupção.

Importante destacar, aqui, que a utilização de evidências circunstanciais em um determinado caso não corresponde à adoção de uma medida probatória menos elevada, ao contrário do que se pode imaginar. Isso, pois quaisquer alegações podem ser comprovadas dessa forma, mesmo em se tratando de casos criminais em que a medida probatória adotada for, por exemplo, “*beyond a reasonable doubt*”¹²⁵.

As *red flags*, nesse sentido, podem inclusive auxiliar o tribunal arbitral no contexto de aplicação de inferências negativas, podendo inclusive representar uma vantagem para serem cumpridos os requisitos do Teste de Sharpe e para fomentar as partes a apresentarem todas as provas à sua disposição para a resolução da disputa¹²⁶.

Ademais, a medida da prova, o valor probatório de evidências circunstanciais e mesmo as inferências negativas realizadas, desse modo, constituem aspectos distintos da prova, mas que, no âmbito do presente trabalho vêm sendo analisados em paralelo em virtude da importância que representam para a prova de atos de corrupção.

Nesse contexto, reiterados julgados arbitrais já deixaram claro que alegações de corrupção podem ser provadas por meio de inferências negativas e/ou de evidências circunstanciais a depender do caso. Dessa forma, “os tribunais geralmente devem determinar se a parte que alega corrupção produziu suficiente evidência circunstancial, levando em consideração quaisquer inferências apropriadas, para provar suas alegações em consonância com a medida probatória aplicável”¹²⁷.

Nesses casos, portanto, independentemente de sob qual ótica a prova está sendo discutida, um ponto essencial que deve ser levado em consideração é, necessariamente, a capacidade da parte de refutar as alegações de corrupção ou de produzi-las, se a ela

¹²⁵ “*This conflates two separate issues — the standard of proof and the probative value of circumstantial evidence. A tribunal’s reliance on circumstantial evidence does not connote a low standard of proof, nor, conversely, is direct evidence required to satisfy a high standard of proof*” (MENAKER, op. cit, pp. 91).

¹²⁶ “A esperança é que, caso os tribunais arbitrais utilizem as inferências negativas de maneira mais regular – considerando as particularidades do teste de Sharpe e a dificuldade de se colher provas da prática de atos de corrupção –, as partes sejam mais abertas à apresentação das provas solicitadas pelo tribunal arbitral, ao menos nos casos em que nenhuma ilicitude foi praticada” (VERAS, op. cit, pp. 100).

¹²⁷ Tradução livre. No original: “*As such, tribunals generally must determine whether the party alleging corruption has proffered sufficient circumstantial evidence, taking into account any appropriate inferences, to prove its allegation according to the applicable standard of proof*” (MENAKER, op. cit., pp. 91).

incumbir o ônus probatório. A partir dessas premissas que serão analisadas eventuais inferências negativas ou mesmo a existência de *red flags* de corrupção no caso concreto. Nesse sentido, destaca claramente Marina Vidal:

“Seja como for, a conclusão é a mesma: um elemento que pode ser considerado pelo tribunal arbitral ao avaliar alegações de corrupção é a habilidade da própria parte acusada em produzir provas responsivas aos atos que lhe são imputados, refutando as acusações que lhe são feitas. Se, podendo produzi-las, a parte acusada de atos de corrupção não o faz, entendemos que o tribunal arbitral deve realizar as inferências negativas cabíveis ou atribuir uma força maior a provas que em outras circunstâncias poderiam ser consideradas inconclusivas, considerando comprovadas as alegações de corrupção com fundamento nessas provas, desde que suficientes para formar o convencimento do tribunal arbitral de que os atos de corrupção aconteceram. Isso porque alegações de corrupção são reconhecidamente de difícil comprovação, o que enaltece a importância de uma alocação proporcional e adequada das regras de ônus da prova”¹²⁸.

2.3. Prova de corrupção e efeitos no procedimento arbitral

2.3.1. Investigação de corrupção *sua sponte* pelo árbitro

Além dos diversos aspectos concernentes especificamente à prova de atos de corrupção, desse contexto despontam também outras questões importantes especialmente quanto aos efeitos que serão acarretados ao procedimento arbitral e, em última instância, exercerão influência até mesmo na sentença arbitral.

Em virtude da inerente flexibilidade do procedimento arbitral, o árbitro em si possui diversos poderes inerentes à instrução probatória, visando firmar o seu melhor convencimento. Aqui, assim, um ponto significativo se torna a dúvida acerca da possibilidade de investigação *sua sponte*, ou *ex officio*, pelo árbitro diante de indícios de atos de corrupção no caso sob sua jurisdição.

Nessas situações, nenhuma das partes traz ao tribunal argumentação concernente à corrupção, mas existem indícios concretos (que podem ser inclusive as *red flags* acima mencionadas) que potencialmente podem significar que foram realizadas práticas criminosas no âmbito do mérito discutido na arbitragem em si.

A situação analisada é complexa, dado que a jurisdição do tribunal arbitral para a resolução da controvérsia advém precisamente da vontade das partes que optaram por

¹²⁸ VIDAL, Op. cit., pp. 122.

firmar uma convenção de arbitragem unicamente com o intuito de solucionar o litígio em questão, e não para investigar acerca da eventual existência de atos ilícitos – até mesmo porque, muitas vezes, pode nem ao menos ser de interesse delas, que podem inclusive estar envolvidas na conduta criminosa.

Portanto, indo em sentido contrário à vontade das partes e investigando a eventual existência de corrupção e, ao final, decidindo a controvérsia com base nas consequências dos atos cometidos, emerge a possibilidade de ser proferida uma sentença *ultra petita* pelos árbitros.

Conforme esclarecem Fabiane Verçosa e Guilherme Monegalha, “de um lado, o tribunal encontra na vontade das partes a limitação de seu mandato, de modo que a sentença que extrapola os limites estabelecidos pelos litigantes corre sérios riscos de ser anulada”¹²⁹ ou mesmo de ser negado o reconhecimento e a sua execução por uma corte estrangeira.

Todavia, do outro lado se encontra o fato de que os árbitros detêm o dever de proferir sentenças exequíveis, que estejam em concordância com a ordem pública internacional – ou seja, que não estejam maculadas pela prática de ilícitos que representam risco à ordem pública e que poderiam ter sido evitados, identificados e punidos. Assim, se a potencial existência de práticas corruptas foi deliberadamente ignorada pelos árbitros, ainda assim a sentença arbitral proferida corre o risco de não poder ser executada precisamente em virtude da violação aos princípios de ordem pública (*public policy*)¹³⁰.

Analisando-se mais estritamente essas circunstâncias, conquanto exista essa dualidade em uma primeira análise, atualmente a doutrina e os tribunais arbitrais vêm entendendo que a via da ordem pública, tanto nacional quanto internacional, deve ser priorizada.

¹²⁹ VERÇOSA, Fabiane; MONEGALHA, Guilherme. Como deve se comportar o árbitro diante de indícios e provas de corrupção? Algumas impressões. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 63/2019, pp. 159-189, out-dez 2019.

¹³⁰ “On the other hand, if an arbitral tribunal disregards the potential existence of corruption and issues an award without probing *ex officio* the existence of corruption, the award risks being set aside by the court of the seat of arbitration or by a foreign court on public policy grounds, both national and international” (ZIADÉ, Nassib G. Chapter 7: Addressing Allegations and Findings of Corruption. In: BAIZEAU, Domitille; KREINDLER, Richard. Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration. The Netherlands: Kluwer Law International. Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, v. 13, 2015, pp. 120-121).

Isso se torna ainda mais importante quando visto sob a ótica da arbitragem comercial como um procedimento inerentemente sigiloso: caso seja identificada a prática de atos ilícitos, a controvérsia deve necessariamente ser decidida com base nesse fator, sob o risco de a arbitragem “vir a servir de refúgio para práticas ilegais, tais como a evasão de divisas e lavagem de dinheiro, (...) se os tribunais arbitrais se calarem diante de indícios ou provas de corrupção relativa a disputas levadas a seus crivos”¹³¹.

Ademais, outro aspecto importante que deve ser levado em consideração em favor da possibilidade ora discutida é o fato de que os árbitros, no exercício de suas funções, não são somente manifestações da autonomia das partes, embora estejam de certo modo limitados por ela.

O árbitro, ao decidir a questão a ele submetida, desempenha em realidade uma função pública, uma vez que a sentença proferida ao final do procedimento é vinculante perante as partes e possui a mesma força de uma sentença proferida pelas cortes estatais. Assim, o árbitro não pode deixar a prática de atividades ilícitas macular a legalidade do processo arbitral e da sentença por ele proferida¹³².

Dessa forma, havendo uma suspeita fundamentada, com base em reais indícios do caso, desse modo, é lícito ao árbitro investigar *ex officio* a eventual ocorrência ou não de atos de corrupção no caso¹³³, e, se confirmada a suspeita, deve proferir a sentença tendo em vista o que foi encontrado.

Para tanto, conforme destacado anteriormente no tópico 2.2.2.1, a medida da prova mais adequada nas circunstâncias da investigação *sua sponte* de atos de corrupção deve ser o critério de convicção íntima do julgador, precisamente porque as

¹³¹ GONÇALVES, Vilmar Luz Graça; BECKER, Daniel. Crime e arbitragem: posição do Tribunal Arbitral. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 1002/2019, p. 23-44, abr/2019.

¹³² “*There is another policy consideration that should encourage arbitrators to investigate issues of corruption sua sponte. Arbitrators are not solely manifestations of party autonomy; they also perform a public function, namely that of rendering decisions having the same force as judgments issued by state courts. They cannot therefore allow illicit activities to circumvent legal accountability*” (ZIADÉ, op. cit., pp. 121).

¹³³ “*Given that corruption dealings by one or both parties can have a dispositive impact on the enforceability of claims submitted to the tribunal, and are therefore relevant to the resolution of the dispute between the parties, it stands to reason that consideration of issues of corruption falls well within the tribunal’s mandate, even if neither party raises corruption as part of its claim or defence and the tribunal conducts its own investigations into corruption sua sponte*” (HWANG; LIM, op. cit, pp. 18).

evidências circunstanciais e o que for encontrado pelo árbitro funcionarão para firmar o seu convencimento e as premissas fáticas da sentença arbitral.

Por conseguinte, “por possuir a atribuição de salvaguardar a integridade do procedimento arbitral, o árbitro, ao verificar a possível ocorrência de uma ilegalidade como a corrupção, deve dar a devida importância ao achado, investigando-a nos limites de sua atuação e, se necessário, sopesar a conduta alegadamente criminosa com a ordem pública relevante e com o direito substantivo aplicável ao caso”¹³⁴.

2.3.2. Exequibilidade da sentença arbitral e a questão da ordem pública internacional

Ademais, consoante destacado no tópico anterior, a exequibilidade da sentença arbitral proferida deve sempre ser um fator levado em alta consideração pelos árbitros, principalmente em se tratando de uma arbitragem internacional.

Nesse escopo, insta lembrar que os árbitros possuem o poder, atribuído pelas partes, de proferir uma sentença final e que vincula as partes no contexto da controvérsia precisamente porque elas assim decidiram¹³⁵.

Vinculante no sentido de que os termos da resolução da controvérsia, estabelecidos pela própria sentença arbitral, necessariamente deverão ser cumpridos pelas partes; e final na medida em que, salvo situações de irregularidades formais ao longo do processo arbitral, na atuação dos árbitros ou na própria decisão, em regra, a sentença arbitral é irrecorrível no que se refere ao mérito do caso¹³⁶.

¹³⁴ GARCIA, Luis Alberto González. Corrupción, lavado de dinero y el arbitraje internacional. *Revista Latinoamericana de Derecho Comercial Internacional*, v. 1, n. 01, 2013 apud GONÇALVES, Vilmar Luz Graça; BECKER, Daniel. Crime e arbitragem: posição do Tribunal Arbitral. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 1002/2019, p. 23-44, abr/2019.

¹³⁵ “Parties to transborder transactions who go to the trouble and expense of taking their disputes to international arbitration do so in the expectation that, unless a settlement is reached along the way, the process will lead to an award. They also expect that, subject to any right of appeal or recourse, the award will be final and binding upon them.” (BLACKABY et al. op. cit., pp. 501).

¹³⁶ A arbitragem no direito brasileiro, bem como em inúmeros outros ordenamentos jurídicos, é regida pelo princípio da não revisão de mérito da sentença arbitral. Desse modo, inexistente qualquer previsão de recurso ao Poder Judiciário acerca do mérito do que foi julgado pelo tribunal arbitral, não podendo o Estado atuar como instância revisora da sentença arbitral. As restritas e excepcionais hipóteses em que o Judiciário é capaz de imiscuir na esfera da sentença arbitral dizem respeito exclusivamente ao descumprimento de questões formais, tendo como exemplo a ação anulatória.

Nesse ínterim, insta realçar que, conquanto tenha o poder de proferir uma sentença que vincula as partes, o árbitro não detém o poder de império para executá-la (coerção material de fato, o *coercio*) – esse, por sua vez, exclusivo do juízo estatal.

Assim, no momento da execução da sentença arbitral, ocorre uma importante cooperação entre o juízo arbitral e o juízo estatal, dado que, caso os termos da sentença arbitral não sejam cumpridos voluntariamente pelas partes, caberá ao Poder Judiciário executá-la e determinar seu cumprimento forçado segundo as regras processuais do Estado.

Nessa esfera, em se tratando de arbitragens internacionais, surge um ponto importante referente ao reconhecimento e execução da sentença arbitral. Isto porque, nesses casos, muitas vezes o lugar onde a sentença será executada será distinto do local da sede da arbitragem e/ou das leis aplicáveis à controvérsia.

Para suprir a necessidade de regularização e harmonização de referida matéria em âmbito internacional, foi editada pela ONU a Convenção de Nova York sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, em 1958, cuja ideia central se refere precisamente à promoção de um parâmetro legislativo internacional para a execução e o reconhecimento de sentenças proferidas em arbitragens internacionais.

A Convenção de Nova York, objetiva, assim, o reconhecimento a execução de sentenças arbitrais, sem adentrar expressamente no mérito do que foi julgado pelo árbitro na sentença arbitral estrangeira¹³⁷. Porém, segundo o normativo, determinado país poderia recusar que a sentença arbitral estrangeira seja executada em seu território em certas situações, como por exemplo, caso a matéria em questão não possa ser resolvida por arbitragem segundo as leis nacionais ou caso seja contrária à ordem pública (*public policy*)¹³⁸.

¹³⁷ Convenção de NY, *Article III: Each Contracting State shall recognize arbitral awards as binding and enforce them in accordance with the rules of procedure of the territory where the arbitral award is relied upon, under the conditions laid down in the following Articles. There shall not be imposed substantially more onerous conditions or higher fees or charges on the recognition or enforcement of arbitral awards to which this Convention applies than are imposed on the recognition or enforcement of domestic arbitral awards.*

¹³⁸ O artigo V da Convenção de NY estabelece as hipóteses em que o reconhecimento e a execução da sentença arbitral podem ser recusados pelo país em questão. Dentre elas:
Article V, 2. Recognition and enforcement of an arbitral award may also be refused if the competent authority in the country where recognition and enforcement is sought finds that:

Assim, para a homologação da sentença e, conseqüentemente, para que seja cumprida no país, devem ser verificados certos requisitos legais que se encontram expressos taxativamente no texto da norma legal. Cumpridos os requisitos, a sentença arbitral será passível de cumprimento e/ou execução no território do Estado signatário da Convenção, nos termos por ela estabelecidos¹³⁹.

Deve ser objetivo dos decisores em uma arbitragem comercial internacional¹⁴⁰, assim, proferir uma sentença que esteja de acordo com os padrões legais e que possa ser executada tanto no país da sede de arbitragem quanto em qualquer outro território (*duty to render an enforceable award*), ao final de um procedimento arbitral que respeite os princípios e os direitos das partes, portanto.

No contexto da corrupção em arbitragens internacionais, conforme esclarecem Michael Hwang e Kevin Lim, “existe uma convergência global de normas legais, autoridades e opiniões condenando a corrupção e suportando o pleito de que há uma ordem pública internacional, mesmo uma ordem pública transnacional, contrária à corrupção”¹⁴¹.

-
- (a) *The subject matter of the difference is not capable of settlement by arbitration under the law of that country; or*
 - (b) *The recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of that country.*

¹³⁹ “Arbitration, in short, is an effective way of obtaining a final and binding decision on a dispute, or series of disputes, without reference to a court of law (although, because of national laws and international treaties such as the New York Convention, that decision will generally be enforceable by a court of law if the losing party fails to implement voluntarily)” (BLACKABY, et. al. op. cit., pp. 2).

¹⁴⁰ Importante destacar brevemente que, conquanto a ideia da exequibilidade da sentença arbitral configure aspecto muito importante na arbitragem comercial internacional, não necessariamente o é em uma arbitragem de investimento, por exemplo. Isso porque as arbitragens que ocorrem sob o sistema da ICSID não são passíveis de revisão por cortes domésticas, mesmo onde a sentença for ser executada, mesmo tendo em vista o critério da ordem pública. Conforme elucida Nassib Ziadé: “*In commercial arbitration, if an arbitrator disregards the possible existence of corruption and issues a decision without addressing potentially illegal activities, state courts may deny the recognition and enforcement or set aside the award on public policy grounds. The same does not hold true, however, in the ICSID system. Under the ICSID Convention system, domestic courts are prevented from reviewing ICSID awards, and national courts cannot set aside ICSID awards, even on the grounds of public policy. It is true that the ICSID system provides for internal mechanisms to review awards, and notably for a process of annulment under Article 52 of the ICSID Convention. Ad hoc committees constituted under Article 52, however, have the authority to annul awards only under one of five narrow grounds for annulment provided under Article 52(1) of the ICSID Convention*” (ZIADÉ, op. cit., pp. 127).

¹⁴¹ Tradução livre, no original: “*There is a global convergence of legal rules, authorities, and opinions condemning corruption, supporting the claim that there exists an international public policy against corruption*” (HWANG; LIM, op. cit., pp. 3).

Nesse sentido, a prática de atos corrupção corresponde a verdadeira transgressão à ordem pública, tanto nacional quanto internacional, tendo em vista as infrações éticas, morais, sociais e econômicas que acarreta.

Contudo, importante realçar que, tendo em vista a amplitude do conceito de corrupção, conforme destacado no tópico 1.1.1, nem todo ato tido como corrupto conforme as normas de determinada jurisdição necessariamente corresponderia, desde logo, a uma violação da ordem pública internacional, no sentido de que:

“não basta um país atribuir o nomen iuris de corrupção para um determinado ilícito para ele se tornar, automaticamente, parte de um conjunto de normas e princípios internacionalmente reconhecidos como essenciais à administração da justiça. As vedações amplamente acatadas por legislações domésticas esparsas e pelas convenções internacionais que versam sobre corrupção é que, ao nosso ver, integram a ordem pública transnacional a que se refere a Convenção de Nova York”¹⁴².

Evidencia-se, assim, que a ordem pública transnacional e a ordem pública doméstica se diferem quanto aos normativos aplicáveis, especialmente quanto à tipificação legal de atos de corrupção. Mas, no que se refere ao campo internacional, as convenções e os regramentos internacionais que versam sobre a matéria são capazes de fornecer os fundamentos para o tratamento da corrupção como contrária à ordem pública¹⁴³.

Portanto, visando à exequibilidade da sentença arbitral, também os árbitros devem ter como regra o combate à corrupção, atentando-se sempre aos indícios, às alegações e às provas trazidas pelas partes, sendo lícito até mesmo a investigação *sua sponte* de eventuais *red flags* que possam comprometer a integridade do mérito do caso e da sentença arbitral, caso ignorados.

¹⁴² VIDAL, op. cit., pp. 78.

¹⁴³ “Notwithstanding the grey area that sometimes exists with respect to third-party agreements and the applicable law, the combination of anti-corruption conventions and domestic substantive laws are usually sufficient to invalidate a corrupt contract. In the off-chance that this is not the case, the body of international moral law that has developed into international and transnational public policy usually provides a sufficiently persuasive and powerful argument for invalidating illicit contracts” (HORVATH; KHAN, op. cit., pp. 132).

2.3.3. Necessidade de harmonização dos padrões probatórios?

Por fim, retomando-se a ideia dos principais aspectos da instrução probatória e dos diversos posicionamentos adotados pelos tribunais arbitrais atualmente, reflete-se o questionamento acerca da eventual primordialidade de harmonização dos critérios da prova, visando tornar mais efetivo o combate a práticas corruptas.

Quanto ao ônus da prova, têm-se que uma dinamização pode eventualmente ser caracterizada como uma alternativa, como considera parcela da doutrina e julgados sobre a questão. Contudo, isso pode se tornar uma possibilidade arriscada, pois implica diretamente em inverter a regra geral do ônus probatório de que a parte deve provar os fatos que alega¹⁴⁴, de certa forma adentrando na esfera inquisitorial e se distanciando do meio adversarial no qual o processo arbitral se sustenta.

As inferências negativas e as *red flags*, por sua vez, podem desempenhar um papel vital quanto ao aspecto probatório, quando respeitados os critérios referentes tanto à aplicação de inferências negativas quanto à utilização de evidências circunstanciais tais como as *red flags* de corrupção.

Principalmente, referidas nuances probatórias tornam-se imprescindíveis quando da investigação de corrupção pela iniciativa do próprio árbitro, ou seja, *ex officio*, uma vez que o árbitro deve possuir uma suspeita fundamentada para poder se aprofundar em um ponto que não foi trazido pelas partes, visando resguardar a ordem pública.

Por fim, quanto à medida da prova, resta evidente que se torna o ponto mais controverso, tendo em vista as diferentes abordagens que são utilizadas atualmente para tanto. Os julgados arbitrais sobre o assunto muitas vezes são vagos e até mesmo contraditórios entre si, e mesmo os padrões de referência da medida da prova não possuem sequer uma nomenclatura padronizada¹⁴⁵.

¹⁴⁴ “Notwithstanding the fact that evidence of corruption is difficult to prove, the authors disagree with those who suggest that the tribunal should shift the burden of proof onto the impugned party, as it is too radical to depart from such a basic and widely accepted rule as the requirement that a party must prove the facts upon which it wishes to rely. This rule exists for good reason – to prevent parties from making baseless assertions and to secure integrity of the fact finding process” (HWANG, LIM, op. cit., pp. 29).

¹⁴⁵ A título de exemplo, o padrão mais elevado de medida probatória já foi referenciado como “reasonable certainty”, “high standard of proof”, “irrefutable proof”, “beyond a reasonable doubt”, dentre outros.

Ademais, conforme esclarece Felipe Vêras, é importante realçar o posicionamento enunciado pelo autor Constantine Partasides, que defende a manutenção do *standard* probatório de *balance of probabilities*, atualmente o mais utilizado em arbitragens internacionais:

“A primeira, no sentido de que a medida da prova não deve ser relaxada ou mais rígida, devendo-se aplicar a medida padrão de *balance of probabilities*. Em segundo lugar, propõe Partasides que evidências plausíveis de corrupção, oferecidas pela parte que alega ilegalidade, devem exigir contraprova adequada, demonstrada pela parte que nega a alegação. Em outras palavras, a questão retorna mais uma vez para o bom senso e sabedoria dos árbitros”¹⁴⁶.

Em uma segunda análise, o autor também esclarece a importância da atuação dos árbitros e do seu convencimento na questão ora abordada e, principalmente, quanto ao seu discernimento no que se refere à instrução probatória.

Desse modo, retomando-se o princípio da autonomia da vontade das partes e da sua possibilidade de escolha dos decisores que irão decidir sua disputa¹⁴⁷, torna-se ainda mais importante a realização de uma boa escolha no momento da nomeação dos membros que irão compor o tribunal arbitral.

Por fim, importa realçar que, no que diz respeito aos fins elucidados pelo presente trabalho, entende-se que uma perspectiva mais concreta e precisa quanto aos critérios aplicáveis à medida da prova a cada caso¹⁴⁸ seria uma possibilidade extremamente útil.

¹⁴⁶ VÉRAS, op. cit., pp. 83.

¹⁴⁷ “Ideally, the parties use their opportunity to select the arbitrators to choose individuals whose backgrounds, expertise and abilities are well-suited to resolving their dispute in an efficient and reliable manner, while also ensuring that the tribunal includes a balanced mix of members that provides neutrality and objectivity” (BORN, op. cit., pp. 1767).

¹⁴⁸ “Due to the scattered and inconsistent case law on the issue of standard of proof in corruption cases, it would be prudent to address the weighing of the evidence in a more systematic and predictable manner. In order for this to be possible, a clear and precise approach and breakdown of the standard of proof would likely be helpful. As can be seen from the abundant case law, arbitral tribunals often try to fit the law to the facts instead of the facts to the law, which results in inconsistency. In some instances, a higher standard of proof of “clear and convincing” might be appropriate, while in other instances, the lower civil standard of the “preponderance of the evidence” or “balance of probabilities” would be better suited. The standard of proof should nonetheless be approached cautiously and carefully, as a higher standard of proof could make proving corruption too difficult or even impossible. On the other hand, applying too low a standard of proof runs the risk of untrue corruption claims being enforced and unfairly benefitting the deceptive party” (HORVATH; KHAN, op. cit., pp. 134).

Portanto, uma abordagem visando a harmonização dos padrões de *standard* probatório figura como ponto muito relevante atualmente, em especial sob a ótica da premente necessidade de ser possível comprovar a prática de atos de corrupção quando ocorridos em arbitragens internacionais, com as subsequentes consequências da prática de tais atos sendo determinadas nos termos da sentença arbitral proferida.

CONCLUSÃO

Em um mundo que se encontra sempre em constante mudança, seja ela atuante na esfera política, econômica, ou social, a necessidade de constante atualização se torna não mais um aspecto importante, e sim indispensável independentemente da área do conhecimento a que se faça referência.

É possível observar, nesse contexto, toda uma evolução no tratamento legislativo, doutrinário e jurisprudencial no tocante às matérias de anticorrupção e arbitragem e, especialmente, no que diz respeito ao campo de intersecção entre elas, como tornou-se possível perceber por meio do desenvolvimento do presente trabalho.

A partir do julgado da CCI nº. 1110 do árbitro Lagergren, que forneceu as bases iniciais para o estudo da anticorrupção sobre a ótica arbitral, e, partindo-se da premissa harmônica e contemporânea de que a matéria de corrupção é, em verdade, arbitrável, torna-se possível traçar os principais parâmetros para a arbitragem funcionar também como instrumento efetivo no combate e repressão a práticas corruptas.

Principalmente, tendo em vista o tanto que a corrupção representa um dos principais males da sociedade atual, senão o mais grave, torna-se ainda mais indispensável que um método de resolução de disputas tão predominante na esfera internacional possua bases firmes para atuar no campo anticorrupção.

Contudo, até o presente momento, os árbitros ainda precisam lidar com árduas questões que despontam sobre essa matéria. Nesse contexto, o presente trabalho surgiu precisamente da ideia derivada dos questionamentos concernentes especificamente a como deve ser provada a corrupção e de que maneira os padrões probatórios adotados atualmente facilitariam ou dificultariam a prova de atos corruptos.

Conquanto corresponda a matéria demasiadamente complexa, e, em sua maior parte, extremamente laboriosa de ser respondida com certeza, tornou-se possível traçar algumas conclusões, principalmente quanto à esfera das alegações de corrupção trazidas à tona pelas partes ou por somente uma delas durante o procedimento arbitral.

Destaca-se, aqui, que não se objetiva adentrar em aspectos aprofundados de temática tão extensa e tão complexa como a ora tratada, mas tão somente de tecer uma abordagem inicial baseada na análise tripartite das normas aplicáveis à arbitragem internacional, doutrina e julgados arbitrais sobre o assunto.

Assim, em síntese, é possível concluir que, inobstante toda a extensa gama de abordagens sobre o tema em questão, até o presente momento inexistiu uma uniformidade no que se refere aos principais aspectos da prova de atos de corrupção, principalmente quanto ao ônus e à medida da prova. A possibilidade de inversão do ônus da prova pode eventualmente ser considerada como uma alternativa para a prova a depender das circunstâncias, mas devem ser encontradas justificativas concretas para fundamentar a inversão de um princípio geral sem acarretar prejuízos aos direitos das partes, ou mesmo de correr o risco de adentrar em uma esfera inquisitorial do processo.

A maior questão, porém, recai precisamente na medida da prova, especialmente quanto à adoção de um padrão muito elevado para tanto. Conforme foi possível analisar no segundo capítulo deste trabalho, os tribunais arbitrais possuem entendimentos muito diversos com relação a este tópico, aplicando os padrões de *balança de probabilidades*, *preponderance of the evidence* e da *convicção íntima do árbitro*, a depender do caso, para comprovar a corrupção.

Todavia, a excessiva adoção de um padrão extremamente elevado como o *beyond a reasonable doubt* derivado da esfera criminal torna-se um aspecto preocupante, uma vez que, sendo utilizado sem uma análise concreta das circunstâncias do caso, pode acarretar um grave risco de impossibilitar por completo a prova de atos de corrupção em arbitragens internacionais. Assim, a situação poderia colocar em risco inclusive a integridade dos processos arbitrais e a exequibilidade das sentenças, caso não seja possível propriamente comprovar a prática de um ilícito em virtude da adoção de um critério excessivamente árduo para tanto.

Ademais, em se tratando de um processo arbitral, importante acrescentar também as temáticas atinentes aos indícios de atos corruptos e às evidências circunstanciais (*red flags*), que podem levar à adoção de inferências negativas pelo tribunal arbitral. Além disso, conforme esclarecido, eventuais indícios de corrupção e inferências negativas funcionam como critério principal para firmar o convencimento do árbitro em situações em que as partes não trazem à atenção do tribunal arbitral alegações referentes a práticas corruptas, mas o próprio árbitro se torna responsável por realizar a investigação por sua própria vontade e autonomia (investigação *sua sponte* ou *ex officio*).

De um modo um tanto conciso, em um campo tão vasto e diverso quanto o de arbitragens internacionais, a matéria discutida configura um ponto laborioso, mas, no que se refere aos padrões referentes à instrução probatória, torna-se cada vez mais evidente a necessidade de uma uniformização dos aspectos probatórios especialmente quanto à prova de corrupção, adotando-se padrões justos e equilibrados para tanto.

Com a edição das Regras da IBA, bem como das diversas Convenções internacionais sobre matéria anticorrupção e das variadas iniciativas no próprio contexto arbitral como a Comissão da CCI e o *Corruption Toolkit for Arbitrators*, já mencionados no presente trabalho, resta claro que é possível a adoção de parâmetros transnacionais ou mesmo de normas de *soft law* acerca do assunto, visando sistematizar e harmonizar a matéria de prova de atos corruptos.

Em suma, este trabalho busca contribuir para que a arbitragem também funcione como instância anticorrupção, por meio da conduta dos árbitros ao longo de todo o processo arbitral e por parte de todos os envolvidos, de sorte que uma maior harmonização poderia trazer aspectos muito vantajosos para referidos fins, em consonância com o significativo panorama do combate à corrupção no contexto internacional atual.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Livros, Capítulos de Livros, Artigos e Dissertações

BAIZEAU, Domitille; KREINDLER, Richard. *Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration*. The Netherlands: Kluwer Law International. Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, v. 13, 2015.

BLACKABY, Nigel et al. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2015.

BORN, Gary. *International Arbitration: Law and Practice*. 3rd edition. The Netherlands: Kluwer Law International BV, 2021.

CAMARGO, Beatriz Corrêa. Instrumentos internacionais no combate à corrupção. Transformações e harmonização do Direito Penal brasileiro. Considerações sobre os crimes praticados por particular contra a Administração Pública estrangeira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 89/2011, pp. 95-130. mar-abr 2011.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3^a edição. Livro digital. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; GRECO, Leonardo; DALLA, Humberto (coord.). *Temas controvertidos na arbitragem à luz do código de processo civil de 2015*. 1^a ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018.

CARVALHO, Isabel Costa; LOUREIRO, Rafael. O UK Bribery Act, sua influência nas leis anticorrupção no Brasil e América Latina, e sua relevância em operações de fusão e aquisições internacionais. In: SIQUEIRA, Marcelo et al. (coord). *Brasil M&A – Guia para Fusões e Aquisições de Empresas Brasileiras*. 1^a ed. São Paulo: Donnelley Financial Solutions, 2018.

CUNHA, Rogério Sanches; SOUZA, Renee do O. *Lei Anticorrupção Empresarial*. 3^a ed. Salvador: Ed. JusPodvim, 2020.

DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (coord). *Temas de Anticorrupção e Compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

DELUIGGI, Marco. O conflito de culturas na produção de provas em arbitragens internacionais. In: FINKELSTEIN, Cláudio; VITA, Jonathan B.; CASADO FILHO, Napoleão (coord.). *Arbitragem Internacional: UNIDROIT, CISG e Direito Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, pp. 137-150.

FINKELSTEIN, Cláudio; VITA, Jonathan B.; CASADO FILHO, Napoleão (coord.). *Arbitragem Internacional: UNIDROIT, CISG e Direito Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

FINKELSTEIN, Cláudio. Arbitragem Internacional e Legislação Aplicável. In: FINKELSTEIN, Cláudio; VITA, Jonathan B.; CASADO FILHO, Napoleão (coord.). *Arbitragem Internacional: UNIDROIT, CISG e Direito Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, pp. 43-50.

FOUCHARD, Philippe; GOLDMAN, Berthold. *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. The Netherlands: Kluwer Law International, 1999.

GONÇALVES, Vilmar Luz Graça; BECKER, Daniel. Crime e arbitragem: posição do Tribunal Arbitral. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 1002/2019, p. 23-44, abr/2019.

GRECO, Luís; GUIMARÃES, Adriano Teixeira. Aproximação a uma Teoria da Corrupção. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 134/2017, pp. 159-188. Ago-2017.

HORVATH, Günther J.; KHAN, Katherine. “Addressing Corruption in Commercial Arbitration: How do Arbitral Tribunals Evaluate and Adjudicate Contractual Relationships Tainted by Corruption?”. *SchiedsVZ, German Arbitration Journal*. Kluwer Law International, Verlag C.H. Beck oHG 2017, Volume 15, Issue 3.

HWANG, Michel; LIM, Kevin. Corruption in arbitration – law and reality. In: *Asian international arbitration journal*. V.8. The Netherlands: Kluwer Law International, 2012.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. A Corrupção em uma Perspectiva Internacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 64/2007, pp. 29-56, jan-fev. 2007.

KHVALEI, Vladimir. Standards of Proof for Allegations of Corruption in International Arbitration. In: BAIZEAU, Domitille; KREINDLER, Richard. *Addressing Issues of*

Corruption in Commercial and Investment Arbitration. The Netherlands: Kluwer Law International. Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, v. 13, 2015.

LAMAS, Natália Mizrahi. Introdução e Princípios Aplicáveis à Arbitragem. In: *Curso de Arbitragem*. Coord: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, pp. 27-59.

LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coord). *Curso de Arbitragem*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

LEW, Julian D.M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖLL, Stefan M. *Comparative International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2003.

LLAMZON, Aloysius P. *Corruption in International Investment Arbitration*. United Kingdom: Oxford University Press, 2014.

LOPES, Paulo Guilherme de Mendonça. Algumas observações sobre a produção de provas nas arbitragens nacionais e internacionais. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 56/2018, pp. 95-110. Jan-mar 2018.

MARIN, Tâmera Padoin Marques. *A Lei Anticorrupção e o acordo de leniência – Uma análise do regime geral para a celebração desse instrumento*. Belo Horizonte: Forum Conhecimento Jurídico, 2019, pp. 67.

MARSON, Gabriel Junqueira. Observações sobre o conteúdo e a extensão do termo “corrupção”, constante do art. 83º, nº1, do Tratado de Funcionamento da União Europeia. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 181/2021, pp. 117-144, jul/2021.

MEIER, Andrea; OETIKER, Christian. *Arbitration and Corruption*. ASA Special Series, Volume 47. Kluwer Law International, 2021.

MENAKER, Andrea. Chapter 5: Proving Corruption in International Arbitration. In: BAIZEAU, Domitille; KREINDLER, Richard. *Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration*. The Netherlands: Kluwer Law International. Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, v. 13, 2015.

MITIDIERO, Daniel. Processo Justo, Colaboração e Ônus da Prova. *Rev. TST*, Brasília, vol. 78, nº. 1, jan/mar 2012, pp. 67-77.

MUNIZ, Joaquim de Paiva. *Curso básico de direito arbitral: teoria e prática*. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2015.

NUNES PINTO, José Emilio. Anotações práticas sobre a produção de provas na arbitragem. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, v.6, n. 25, jan.-mar. 2010.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; ESTEFAM, Felipe Faiwichow. *Curso prático de arbitragem e administração pública*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

PAGOTTO, Leonardo. Esforços globais anticorrupção e seus reflexos no Brasil. In: *Temas de Anticorrupção e Compliance*. DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (coord). Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

PARTASIDES, Constantine. Proving Corruption in International Arbitration: A Balanced Standard for the Real World. *ICSID Review*, v. 25, n. 1, p. 47-62, 2010.

SHARPE, Jeremy K. Drawing adverse inferences from the non-production of evidence. *Arbitration International*, v. 22, n. 4, p. 549-572, 2006.

SIQUEIRA, Marcelo et al. (coord). *Brasil M&A – Guia para Fusões e Aquisições de Empresas Brasileiras*. 1ª ed. São Paulo: Donnelley Financial Solutions, 2018.

SPERANDIO, Felipe Vollbrecht. Convenção de Arbitragem. In: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coord). *Curso de Arbitragem*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, pp. 61-118.

ULUC, Inan. *Corruption in International Arbitration*. Dissertation for Doctor of the Science of Law (S.J.D). SJD Dissertations. Penn State Law: Pennsylvania State University, 2016.

VERÇOSA, Fabiane. A produção de provas. In: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coord). *Curso de Arbitragem*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, pp. 219-251.

VERÇOSA, Fabiane; MONEGALHA, Guilherme. Como deve se comportar o árbitro diante de indícios e provas de corrupção? Algumas impressões. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 63/2019, pp. 159-189, out-dez 2019.

VÉRAS, Felipe Sebastian Caldas. *Arbitragem e corrupção: um estudo sob a perspectiva do direito brasileiro*. Dissertação de mestrado. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2020.

VIDAL, Marina Coelho Reverendo. *A arbitragem internacional como instrumento no combate à corrupção*. Livro digital. Disponível em: Minha Biblioteca, Grupo Almedina (Portugal), 2021.

VIEGAS, Juliana L.B.; ANDRADE, Thiago Pedroso de. Arbitragem internacional: definição, metodologia e lei aplicável. Teorias e questões práticas. *Revista de Direito Empresarial*, vol. 3, mai-jun 2014, pp. 401-444.

VITA, Jonathan Barros. Os conflitos entre as estruturas normativas nas arbitragens internacionais. In: FINKELSTEIN, Cláudio; VITA, Jonathan B.; CASADO FILHO, Napoleão (coord.). *Arbitragem Internacional: UNIDROIT, CISG e Direito Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, pp. 51-78.

ZIADÉ, Nassib G. Chapter 7: Addressing Allegations and Findings of Corruption. In: BAIZEAU, Domitille; KREINDLER, Richard. *Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration*. The Netherlands: Kluwer Law International. *Dossiers of the ICC Institute of World Business Law*, v. 13, 2015.

Normas e Convenções Internacionais

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *ICSID Convention, Regulation and Rules*. April 2006. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/ICSID%20Convention%20English.pdf>>. Acesso em: 26 de abril de 2022.

INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*. London: International Bar Association, 2010. Disponível em: <<https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=def0807b-9fec-43ef-b624-f2cb2af7cf7b>>. Acesso em: 26 de abril de 2022.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions and Related Documents*. Disponível em: <<https://www.oecd.org/corruption/oecdantibriberyconvention.htm>> Acesso em: 26 de abril de 2022.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Interamericana contra a Corrupção*. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/b-58.htm>>. Acesso em: 24 de março de 2022.

UNITED NATIONS. *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*. New York, 1958. Disponível em: <<https://www.newyorkconvention.org/english>>. Acesso em: 26 de abril de 2022.

UNITED NATIONS. United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) *Arbitration Rules*. New York, February 2014. Disponível em: <<https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/contractualtexts/arbitration>>. Acesso em: 26 de abril de 2022.

UNITED NATIONS. United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) *Model Law on International Commercial Arbitration*. UNCITRAL Secretariat, Vienna International Centre, 2006. Disponível em: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf>. Acesso em: 26 de abril de 2022.

UNITED NATIONS. *United Nations Convention Against Corruption*. Disponível em: <<https://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/>> Acesso em 26 de abril de 2022.

Normas Nacionais

BRASIL. Constituição (1988) *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 26 de abril de 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº. 2.848/1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 26 de abril de 2022.

BRASIL. Lei nº. 8.429, de 2 de junho de 1992. Lei de Improbidade Administrativa. *Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em: 26 de abril de 2022.

BRASIL. Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993. *Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: 26 de abril de 2022.

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Lei de Arbitragem Brasileira. *Dispõe sobre a arbitragem.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm>. Acesso em 26 de abril de 2022.

BRASIL. Lei. nº. 12.846, de 1º de agosto de 2013. Lei Anticorrupção. *Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>. Acesso em: 26 de abril de 2022.

BRASIL. Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 26 de abril de 2022.

BRASIL. Lei Complementar nº. 135, de 4 de junho de 2010. Lei da Ficha Limpa. *Altera a Lei Complementar no 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato.* Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp135.htm>. Acesso em 26 de abril de 2022.

Casos

ICC. Award No. 1110 of 1963 by Gunnar Lagergren, YCA 1996, at 47 et seq. (also published in: Arb.Int'l 1994, at 282 et seq.

ICC. Case No. 6401 (*Westinghouse International Projects Company, Westinghouse Electric SA, Westinghouse Electric Corporation, and Burns & Roe Enterprises, Inc. v. National Power Corporation, The Republic of Philippines*). Sentença preliminar de 19 de dezembro de 1991.

ICC. Case No. 6497 of 1994, Final award, Yearbook XXIV (1999).

ICC. Case No. 7047, *Westacre v. Jugoinport*, sentença de 28 de fevereiro de 1994.

ICSID. Case No. ARB/05/15, sentença de 1º de junho de 2009, p. 82, §317).

ICSID. Case No. ARB/05/13 (*EDF Services Limited v. Romania*), sentença de 8 de outubro de 2009.

ICSID Case No. ARB/05/18 (*Ioannis Kardassopoulos v. The Republic of Georgia*), sentença de 3 de março de 2010.

ICSID Case No. ARB/07/14 (*Liman Caspian Oil BV and NCL Dutch Investment BV v. Kazakhstan*), sentença de 22 de junho de 2010.

ICSID Case No. ARB/10/3 (*Metal-Tech Ltd v. Republic of Uzbekistan*), sentença de 4 de outubro de 2013.

SWISS FEDERAL TRIBUNAL. Judgment of 2 September 1993, *National Power Corp. v. Westinghouse*, DFT 119 II 380.

UNCITRAL. Tribunal *Ad Hoc*. *Jan Oostergetel and Theodora Laurentius v. The Slovak Republic*. Sentença de 23 de abril de 2012.

Outras Fontes

COMPETENCE CENTRE FOR ARBITRATION AND CRIME; BASEL INSTITUTE ON GOVERNANCE. Corruption and Money Laundering in International Arbitration: A Toolkit for Arbitrators, 2019. Disponível em: <<https://baselgovernance.org/publications/corruption-and-money-laundering-international-arbitration-toolkit-arbitrators>>. Acesso em: 26 de abril de 2022.

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. Task Force Addressing Issues of Corruption in International Arbitration: Disponível em: <<https://iccwbo.org/leadership#leadershipadr>>. Acesso em: 26 de abril de 2022.

OXFORD. Oxford Learner's Dictionary. Corruption. Disponível em: <<https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/us/definition/english/corruption?q=corruption>>. Acesso em: 28 de março de 2022.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. UN Convention Against Corruption: Progress Report 2013. Disponível em: <<https://www.transparency.org/en/publications/un-convention-against-corruption-progress-report-2013>>. Acesso em: 24 de março de 2022.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. “What is Corruption?”. Disponível em: <<https://www.transparency.org/en/what-is-corruption>>. Acesso em: 22 de março de 2022.

UNITED NATIONS. United Nations Office on Drugs and Crime. Statement On The Adoption By The General Assembly Of The United Nations Convention Against Corruption. New York, 31 October 2003. Disponível em: <<https://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/background/secretary-general-speech.html>>. Acesso em: 22 de março de 2022.

UNITED NATIONS. United Nations Office on Drugs and Crime – Escritório de Ligação e Parceria no Brasil. Mensagem do Secretário-Geral da ONU, Ban Ki-moon sobre o Dia Internacional contra a Corrupção. Disponível em: <<https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2009/12/09-mensagem-do-secretario-geral-da-onu-ban-ki-moon-sobre-o-dia-internacional-contra-a-corrupcao.html>>. Acesso em: 22 de março de 2022.