



Flávia Bittar

Dispute Boards e Arbitragem na Administração Pública

Perícias em obras públicas

Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina (TCE/SC)

27/04/2023

1. INTRODUÇÃO: PROVA TÉCNICA E PERÍCIA

Introdução: prova técnica e perícia

- Prova Técnica – se desdobra em:

1. Pareceres técnicos independentes:

- Elaborados por “experts” ou “expert witness” contratados pelas partes (preferencialmente anexados às primeiras manifestações na fase postulatória)
- Podem ser objeto de inquirição em audiência
- Não há debate direto entre os “experts” – cada um apresenta/defende suas conclusões

Introdução: prova técnica e perícia



- Prova Técnica – se desdobra em:

2. Perícia (muitas vezes em acréscimo aos pareceres técnicos):

- Tradicional: conduzida por “perito do Tribunal Arbitral”, com a participação dos assistentes técnicos das partes
- Perícia conduzida por peritos das partes (ou “party appointed experts”): não devem se confundir com os assistentes técnicos (muitas vezes se confundem)
- Perícia Colegiada: Solução proposta por Klaus Sachs (ICCA 2010 – RJ) – origem do “Sachs Protocol” *“(…) instrument provides for an effort to combine the advantages of a party-appointed and tribunal-appointed experts.”*

Introdução: prova técnica e perícia



- Diferença entre assistente técnico e expert witness:

- Doutrina:

“Os peritos indicados pelas partes emergem da tradição contenciosa do Common Law, onde as Partes são responsáveis por desenvolver o cenário fático e direcionar as questões legais para consideração do tribunal. Neste contexto, cada parte se envolve com seus próprios assistentes, os instruem, e consulta com eles na preparação de suas provas técnicas. Esses experts podem ser cross-examined pela parte contrária e o peso dado a suas provas é decidido ao fim pelo tribunal.”

Do original:

“Party appointed experts emerge from the adversarial tradition of the common law where parties are responsible for developing the factual record and directing the legal issues for consideration by the court or tribunal. In this context, each party engages their own experts, briefs them, and consults with them in the preparation of their expert evidence. These experts can be cross-examined by the opposing party and the weight accorded to their evidence is ultimately determined by the court or tribunal.”

Introdução: prova técnica e perícia



➤ Doutrina:

“nos países de common law o juiz não nomeia um perito oficial, as partes é que apresentam laudos preparados por peritos por elas contratados, peritos esses que às vezes são denominados expert witness; e, muitas vezes, esses peritos devem também depor em audiência, inclusive respondendo indagações do advogado que representa o outro lado.

Esse método, muito usual nos países de common law, pode perfeitamente ser aplicado nas arbitragens internas, seja pela ausência de proibição, seja pela liberdade e autonomia que as partes têm. Fala-se que, "apesar do perito ser contratado pelas partes (é a chamada hired gun, ou arma de aluguel), o árbitro tem capacidade para verificar qual das duas exposições (dos dois peritos) é a mais plausível, tem mais detalhes técnicos, está coerente e sem furos. O árbitro também pode apurar que em alguns pontos um perito tem razão, e, em outros pontos o outro é que tem razão”

Beraldo, Leonardo de Faria. Curso de Arbitragem: Nos Termos da Lei. N. 9.307/96. São Paulo: Atlas. 2014. p. 337-338

Introdução: prova técnica e perícia



- Diferença entre assistente técnico e expert witness:
 - Superior Tribunal de Justiça:

“Cumpre registrar, nesse ponto, que, a despeito da nomenclatura utilizada para designar a testemunha técnica, a doutrina arbitralista, majoritariamente, com razão, classifica essa espécie probatória, não como uma prova testemunhal propriamente, mas sim como uma prova técnica.

Nesse peculiar tipo de prova, de larga utilização nas arbitragens, sobretudo nas internacionais, os profissionais, dotados de especialização na área do conhecimento exigido para solver as questões de ordem técnica do litígio, são contratados, cada qual, pelas partes, deles se exigindo independência e imparcialidade na elaboração de seus laudos e em seus depoimentos, não se confundindo, assim, com a figura dos assistentes técnicos.”
(grifamos)

A) PERITO DO TRIBUNAL

Perito do Tribunal



- Profissional de confiança/indicado pelo Tribunal.
- Partes assessoradas por assistentes técnicos, que não têm dever de independência/imparcialidade (são integrantes da equipe de defesa da parte).
 - Costuma ser o mesmo que apresentou o parecer técnico na fase postulatória (melhor não para não confundir os papéis).
- Trabalho conjunto dos 3 “grupos” de profissionais, com reuniões e debates.
 - Comum haver debate oral em audiência.
- Pagamento da perícia costuma ser feito pela parte que solicitou a diligência, salvo quando o Tribunal Arbitral decidir de forma contrária ou quando os próprios árbitros determinarem a produção da prova independentemente da solicitação das partes.

Perito do Tribunal: vantagens vs desvantagens



- Vantagens

- Neutralidade do Perito que deve assumir o dever de ser e se manter imparcial e independente.
 - ✓ Não há vinculação do Perito às opiniões dos assistentes técnicos
- Partes têm oportunidade de participar amplamente da produção da prova mediante a escolha do perito (indicação em consenso ou a partir de sugestões do Tribunal Arbitral) e por meio da atuação do assistente técnico (orientado pelas partes – o que nem sempre é vantajoso para a eficiência da prova).
- Permite que todos os aspectos fáticos e técnicos sejam discutidos durante a produção da prova e que haja intervenção do Tribunal Arbitral no curso dos trabalhos se surgirem intercorrências.

Perito do Tribunal: vantagens vs desvantagens



- Desvantagens

- Assistentes técnicos costumam ficar vinculados a eventuais pareceres apresentados na fase postulatória: não há “nada de novo”, mera repetição de argumentos.
- Alto custo e morosidade da fase pericial.
 - ✓ Partes pagam assistente técnico + perito (50%)
 - ✓ Longas discussões entre os experts e pedidos de esclarecimentos prejudicam a efetividade da prova
- Divergências entre os assistentes muitas vezes são irreconciliáveis e o Perito tem que adotar uma terceira premissa para obter uma análise conclusiva
 - ❖ Perigo de um 4º arbitro?

B) PERITO DAS PARTES

Perito das Partes



- Profissionais indicados pelas partes, que devem ser (mas nem sempre são!) imparciais/independentes – **importante questão cultural**.
- No Brasil, confundido usualmente com “assistente técnico” – pode levar à perda da credibilidade do trabalho.
- Ideal que haja um trabalho coeso dos profissionais, ainda que raramente venham muitas convergências no laudo.
- Usual haver debate em audiência (“hot tubbing”).

Perito das Partes : vantagens e desvantagens



- **Vantagens**

- Eficiência de tempo e custo.
 - ✓ Nem sempre!
- Prova produzida sem a interferência de um terceiro, com base nas premissas indicadas pelas partes.

- **Desvantagens**

- Expertise pode ser manchada pela imparcialidade e tornar o trabalho inútil (“hired gun”).
 - ✓ Recebe remuneração e se comunica com apenas um dos lados.
 - ✓ Eventual pressão para se engajar em trabalhos futuros.
- Pode faltar clareza e objetividade ao parecer, já que os profissionais são instruídos pelas Partes e não direcionados pelo Tribunal.
- Aumento dos custos da arbitragem diante da necessidade de posterior nomeação de Perito do Tribunal Arbitral para superar divergências dos laudos dos Peritos das Partes.

- Sugestões para mitigar desvantagens
 - Elaboração de um “Termo de Referência da Perícia” com a intervenção do Tribunal Arbitral para definir premissas dos trabalhos.
 - Códigos de conduta (Ex.: IBA e CIArb).
 - Reuniões preparatórias (“Pre-hearing meetings”):
 - ✓ Encontro entre os técnicos antes da elaboração do laudo para estabelecer parâmetros e métodos e delimitarem os pontos de concordância e discordância e suas respectivas fundamentações.

B) PERÍCIAS COLEGIADAS ("Protocolo Sachs")

Perícias Colegiadas



- No início da arbitragem as Partes são convidadas pelo Tribunal Arbitral a:
 - Apresentar uma lista de 3 a 5 profissionais.
 - Comentar sobre os profissionais indicados pela parte contrária (foco em conflito de interesse).
 - Tribunal escolhe um profissional de cada lista, e os nomeia conjuntamente como um “time de peritos”.
 - Experts assumem dever de independência e imparcialidade e se responsabilizam perante o Tribunal (não perante as Partes).
 - Pagamento do colegiado dividido entre as Partes e não feitos diretamente pela Parte que indica o expert .
 - O Tribunal Arbitral, com o envolvimento das partes e dos Peritos, define as diretrizes para a atuação do peritos (Termo de Referência da Perícia).
 - Os Peritos preparam um laudo preliminar conjunto que é circulado entre o Tribunal Arbitral e as Partes.
 - A versão final do laudo é apresentada após comentários das Partes e do Tribunal .
 - Os Peritos podem prestar esclarecimentos em audiência.

Perícias Colegiadas: Vantagens e Desvantagens



- Vantagens:
 - Maior confiança das partes ao participarem da formação do “time pericial”.
 - Maior neutralidade e comprometimento na atuação dos peritos diante da nomeação pelo Tribunal Arbitral como um time colegiado.
 - Maior objetividade.
 - Profissionais orientados pelo Tribunal Arbitral (“sequestro” dos experts pelo Tribunal)
 - Experts não se sentem vinculados às Partes em razão de remuneração.
- Desvantagens:
 - Custo maior se comparado à atuação de Perito único.
 - Risco de impasse se não houver consenso entre os *experts*.
 - ✓ Pode gerar necessidade de indicação de um terceiro *expert*.

2. MOMENTO DE PRODUÇÃO DA PROVA TÉCNICA

Momento de Produção da Prova Técnica



- Pareceres Técnicos
 - Apresentação no curso da fase postulatória com contraditório.
 - ✓ Prever o momento e o rito no Termo de Arbitragem para conferir previsibilidade e organização ao procedimento.
 - Oferece maiores elementos para que o Tribunal compreenda o quanto antes os aspectos técnicos da controvérsia e sirva de orientação para definição da instrução probatória, principalmente quanto à necessidade de realização de perícia ulterior.

Momento de Produção da Prova Técnica



- Perícia
 - A flexibilidade do procedimento arbitral possibilita aos árbitros decidir qual o melhor momento para produção da prova pericial, uma vez que não estão engessados à um procedimento pré-determinado.
 - Produção da prova pericial após a prova testemunhal?
 - ✓ Tribunal deve decidir em cada caso concreto.
 - Possibilidade de produção antecipada da prova pericial (judicial ou arbitral).

3. PAPEL DO ÁRBITRO NA CONDUÇÃO DA PERÍCIA

Papel do Árbitro na Condução da Perícia



- Importante definir os pontos controvertidos da controvérsia que servem como um norte para a instrução probatória.
- Determinar apresentação de tópicos para serem explorados pela Perícia, preferencialmente em conjunto – em substituição às extensas listas individuais de quesitos.
 - Em caso de quesitos, indeferir os impertinentes/inadequados (nem sempre tarefa fácil para árbitro advogado).
- Definir o escopo dos trabalhos em um Termo de Referência da Perícia:
 - ✓ Sugerir a minuta para que os técnicos possam avaliar e encontrar um caminho que atenda aos anseios do Tribunal e das Partes.
 - ✓ Prever cronograma e metodologia dos trabalhos (reuniões, visitas in loco, testes/ensaios laboratoriais).
 - ✓ Prever regras de tratamento isonômico das partes para evitar problemas de impugnação do perito ou da prova pericial depois de concluída.
- Orientar o Perito para:
 - ✓ Não se comunicar com qualquer das partes sem a presença da contraparte.
 - ✓ Em caso de diligência, solicitar ao Tribunal que faculte às Partes que ambas estejam presentes na ocasião.
 - ✓ Certificar que ambas as Partes estejam sempre copiadas nas comunicações feitas pelo Perito.

Papel do Árbitro na Condução da Perícia



- Durante a fase pericial, é importante que o Tribunal Arbitral acompanhe os trabalhos para garantir que o perito esteja focado nas questões relevantes e que esteja produzindo um relatório claro e objetivo; e que as partes orientem os assistentes técnicos a agirem de forma colaborativa.
- **CONCLUSÃO:** a preparação adequada é fundamental para evitar uma fase pericial prolongada e desnecessária. As partes devem estabelecer claramente as questões em disputa e o Tribunal deve garantir que o perito esteja altamente qualificado e focado nas questões relevantes.

4. IMPUGNAÇÃO DO PERITO

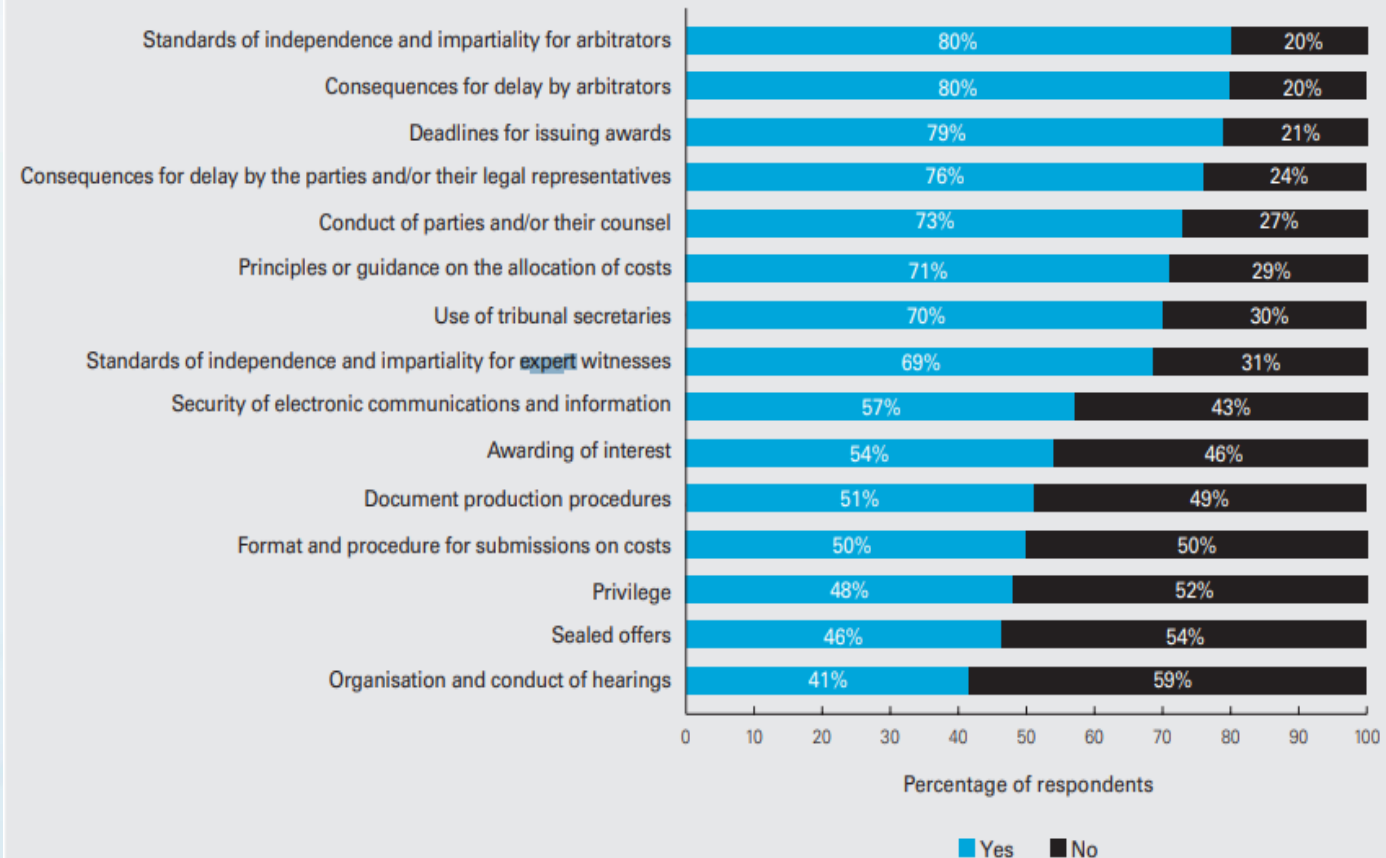
Impugnação do Perito

- Quais critérios adotar para afastar o profissional?

69% dos entrevistados na pesquisa conduzida em 2018 pela Queen Mary/White & Case LLP, afirmaram ser necessário que os regulamentos das instituições arbitrais forneçam normas para confirmação da independência e imparcialidade dos peritos.

2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration - School of International Arbitration.

Chart 38: Should arbitration rules (whether institutional or ad hoc) include provisions dealing with each of the following issues?



Impugnação do Perito



- Alguns regulamentos internacionais apontam a imparcialidade e independência como características de observância necessária pelos peritos.
- Regulamentos Internacionais:

- ICC Expert Rules:

4.1 Todo perito deve ser e permanecer imparcial e independente das partes envolvidas no procedimento pericial, a menos que acordado de outra forma por escrito por tais partes

- *London Court of International Arbitration, LCIA Arbitration Rules (2020) , artigo 21.2 :*

21.2 Qualquer um desses especialistas deve ser e permanecer imparcial e independente das partes; e ele assinará declaração escrita nesse sentido, entregue ao Tribunal Arbitral e copiado para todas as partes.

➤ *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*

6.2 O Perito Nomeado pelo Tribunal deverá, antes de aceitar a nomeação, submeter ao Arbitral Tribunal e às Partes uma descrição de sua ou suas qualificações e uma declaração de sua independência das Partes, seus assessores jurídicos e o Tribunal Arbitral (...)

Do original;

The Tribunal-Appointed Expert shall, before accepting appointment, submit to the Arbitral Tribunal and to the Parties a description of his or her qualifications and a statement of his or her independence from the Parties, their legal advisors and the Arbitral Tribunal. (...)

- ✓ *As regras da IBA mencionam apenas o dever de independência dos peritos nomeados pelas partes, sem indicar a observância ao dever de imparcialidade.*

Impugnação do Perito



- Regulamento Nacional:

➤ CAMARB:

8.5 Em relação ao perito, aplicar-se-á o disposto nos itens 4.10, 4.11 e 5.1 deste Regulamento, cabendo ao Tribunal Arbitral decidir sobre eventual impugnação ao perito.

5. PESQUISAS SOBRE AS PERÍCIAS NA ARBITRAGEM

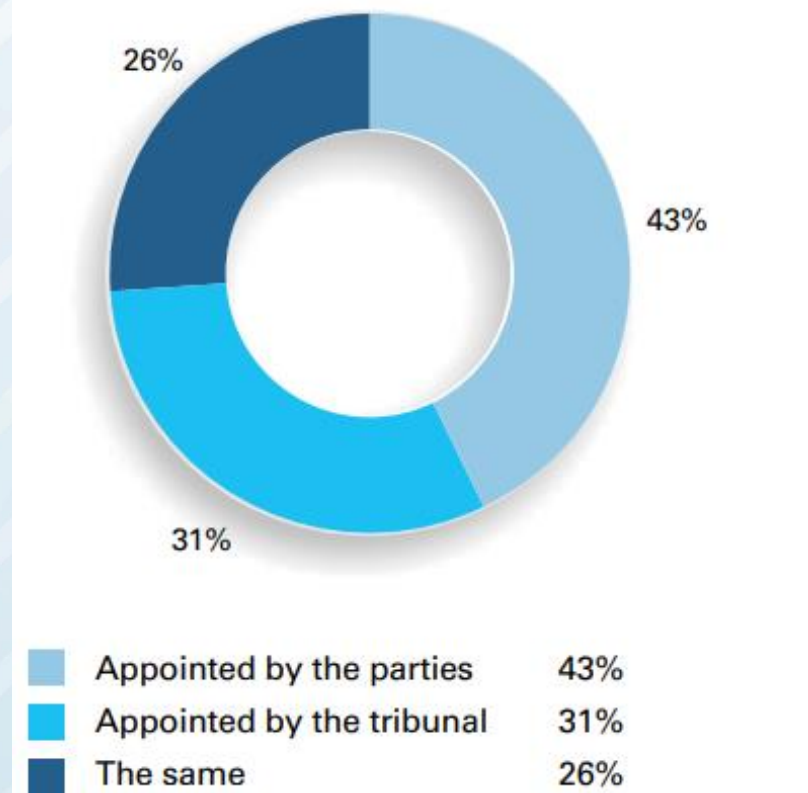
Pesquisas Sobre as Perícias na Arbitragem

- *Queen Mary 2012 International Arbitration Survey: Current and Preferred Practices in the Arbitral Process*

Na grande maioria das arbitragens, os peritos são nomeados pelas partes (90%), e não pelo tribunal (10%).

No entanto, as preferências são menos acentuadas: apenas 43% acham que os peritos nomeados pelas partes são mais eficazes, enquanto 31% acham que os peritos nomeados pelo tribunal são mais eficazes.

Chart 30: Do you consider the use of expert witnesses to be more effective when they are:



Pesquisas Sobre as Perícias na Arbitragem



BCLP ARBITRATION SURVEY 2021: EXPERT EVIDENCE IN INTERNATIONAL ARBITRATION

Quando perguntadas sobre o que poderia substituir um perito da parte, a alternativa mais votada (menos impopular) foi um perito nomeado pelo tribunal selecionado pelas partes (58%/19%), seguido de um único perito conjuntamente selecionado e nomeado pelas partes (53%/19%). Um perito nomeado pelo tribunal selecionado pelo tribunal foi o menos votado (e mais impopular) opção (41%/32%).

QUESTION

How would you rank alternatives to party-appointed experts?

ALTERNATIVE	RATING (1 = very desirable 5 = not desirable at all)		
	1-2	3	4-5
Tribunal-appointed expert selected by the tribunal.	41%	27%	32%
Tribunal-appointed expert selected by the parties.	58%	23%	19%
Single joint expert selected and appointed by parties.	53%	28%	19%
No expert evidence – employees of parties to give technical evidence.	14%	9%	77%
No expert evidence – tribunal to use own expertise.	12%	8%	80%
No expert evidence – party-appointed arbitrators to provide technical expertise.	16%	9%	75%

Pesquisas Sobre as Perícias na Arbitragem

- *BCLP ARBITRATION SURVEY 2021: EXPERT EVIDENCE IN INTERNATIONAL ARBITRATION*

As respostas obtidas nesse gráfico demonstram a importância da autonomia das partes quando se trata para decidir como apresentar evidências sobre problemas técnicos.

Este ponto também surgiu muito claramente nas respostas ao questionamento “razões para manter ou não os peritos nomeados pela parte” com 84% dos entrevistados concordando com a proposição de que é um direito básico de cada parte a confiar em um especialista nomeado pela parte como meio de apresentar provas acerca de questões específicas.

QUESTION

Why keep or get rid of party-appointed experts?

REASON FOR KEEPING	AGREE	REASON FOR LOSING	AGREE
It is a basic right of each party to rely on a party-appointed expert as a means of putting forward evidence on specific issues.	84%	Parties appoint experts that they think can help them win rather than assist the tribunal.	45%
Parties and their lawyers know more about the dispute and are better placed to select experts with the appropriate expertise to assist the tribunal on technical issues.	82%	In cases where there is a limited pool of experts in a particular field, it gives one party an unfair advantage.	26%
If each party has a right to rely on a party-appointed expert, and the right to cross-examine the other side's expert, any potential bias is cancelled out.	69%	The use of party-appointed experts increases the costs of arbitration.	25%
Standards set out in soft law instruments like the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration provide sufficient protection against party-appointed experts not being objective in their testimony.	35%	If expert evidence is required, the tribunal should appoint an expert.	12%
In the majority of arbitrations the requirement of independence of experts is sufficient safeguard against the potential risks associated with partisan experts.	51%	A party-appointed expert can never be truly independent of the party appointing him/her.	29%
It is more cost-effective because, in cases in which a tribunal appoints an expert, the parties will appoint shadow experts to help them anyway.	63%	Tribunals give limited weight to the evidence of party-appointed experts.	14%
Tribunal-appointed experts often become fourth arbitrators, who decides the case instead of the tribunal.	46%	I do not agree with any of the reasons stated.	32%
I do not agree with any of the reasons stated.	1%		

“The deep level of engagement we have seen for this year's survey shows how important the role of an expert is, underlined by 84% of respondents thinking it is a basic right of each party to rely on party-appointed expert evidence.”

5. CONCLUSÃO:

- **O GRANDE “GARGALO” DAS ARBITRAGENS HOJE É A PERÍCIA.**
- **IMPORTANTES QUESTÕES CULTURAIS A SEREM TRABALHADAS.**
 - **ESSENCIAL QUE O PERITO (DO TRIBUNAL OU DAS PARTES) SEJA IMPARCIAL E INDEPENDENTE E TENHAM A EXPERTISE ADEQUADA.**
- **NECESSÁRIO ACOMPANHAMENTO DOS TRABALHO PELO TRIBUNAL ARBITRAL E POSTURA COLABORATIVA DAS PARTES PARA GARANTIR EFICIÊNCIA DA PROVA.**

MUITO OBRIGADA!

flavia@flaviabittar.com.br

www.flaviabittar.com.br



Dispute Boards e
Arbitragem
na Administração
Pública

Realização



Apoiadores

