

O JUSTO PROCESSO ARBITRAL E O DEVER DE REVELAÇÃO (DISCLOSURE) DOS PERITOS

Paulo Cezar Pinheiro Carneiro

Professor Titular de Teoria Geral do Processo da Faculdade de Direito da UERJ. Procurador de Justiça do Estado do Rio de Janeiro aposentado. Advogado.

Leonardo Faria Schenk

Professor Doutor de Direito Processual Civil do Centro Universitário La Salle do Rio de Janeiro (UNILASALLE/RJ). Advogado.

RESUMO: O presente estudo examina e conclui, à luz princípios fundamentais do processo justo, pela necessária aplicação do dever de revelação (*disclosure*) aos peritos nomeados no curso da arbitragem, ainda que não exista regra legal ou convencional expressa, bem como pelo direito de recusa das partes sempre que exista dúvida razoável e justificada quanto à independência e imparcialidade do *expert*, sob pena de se comprometer as conclusões da prova pericial e a própria sentença arbitral que dela venha a retirar fundamento.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem. Processo justo. Princípios. Dever de revelação (*disclosure*). Peritos.

ABSTRACT: This article examines and concludes, in light of the fundamental principles of fair trial, that it is necessary to apply the duty of disclosure on the experts appointed during the course of arbitration proceedings, even if there is no express legal or contractual rule on this matter, and of the right of the parties to challenge the independence and impartiality of experts, any time there is reasonable doubt in this respect, under pain of undermining the conclusions of the experts and the arbitral award itself, which relies on expert findings.

KEYWORDS: Arbitration. Fair trial. Principles. Duty of disclosure. Experts.

Parte 1. Princípios fundamentais do processo que regem a arbitragem

O primeiro de todos os princípios que regem a arbitragem é o princípio da confiança. A opção pela arbitragem em detrimento da justiça estatal, estabelecida de forma cogente, decorre necessariamente da confiança que as partes têm nos árbitros, nos seus auxiliares e na própria justiça arbitral, por elas mesmas escolhida e constituída.

A confiança é de tal ordem na arbitragem que as partes renunciam a uma série de oportunidades que a justiça comum lhes concede, a exemplo dos recursos diversos e das ações próprias para desconstituir a coisa julgada, estas com um grande elenco de fundamentos, para sujeitarem-se, em regra, a uma única decisão sem a possibilidade de apelo.

Por essa razão, a confiança deve existir não apenas no momento da instituição da arbitragem e na escolha dos árbitros, mas necessariamente deve ser alimentada pelo tribunal arbitral durante todo o procedimento, seja pela realização das chamadas *pre-hearing conferences*, seja pela busca de alternativas instrutórias que se aproximem, o mais possível, das expectativas das partes, instaurando desse modo uma atmosfera cooperativa para que a arbitragem se desenvolva num clima de absoluta confiança na justiça do meio e, conseqüentemente, do seu resultado.¹

A adesão à convenção de arbitragem implica em compromisso pelas partes de respeito a esse princípio, não apenas no momento da constituição do Tribunal Arbitral, mas durante todo o desenrolar do seu procedimento.

Como corolário do princípio da confiança há outros igualmente importantes no campo arbitral, como é o caso da consensualidade e, também, da plena autonomia da vontade das partes. Não à toa que podem as partes escolher o tribunal arbitral de sua preferência, estabelecer a lei material que será aplicável ao caso, convencionar sobre as regras do procedimento e sobre o idioma a ser usado, indicar o local de realização da arbitragem, escolher os árbitros e, até mesmo, autorizar o julgamento por equidade.

Na lição de Francesco Luiso, a consensualidade, mesmo das normas processuais, constitui o princípio básico da arbitragem, devendo prevalecer durante todo o curso do

¹ Tobias Zuberbühler et alii. *IBA Rules of Evidence - Commentary on the IBA Rules on the taking of evidence in International Arbitration*. Zurich: Ed. Schulthess, 2012. p.14.

procedimento arbitral e não apenas em um ato antecedente ao início do processo.²

A escolha pela solução arbitral é fruto da livre manifestação de vontade das partes e essa liberdade também rege todo o processo arbitral. Como decorrência do princípio da autonomia da vontade ou do dispositivo, as partes livremente adotam um determinado procedimento ou aderem ao procedimento de uma determinada instituição arbitral e, nos vazios dessas regras, elas devem, sempre de comum acordo, continuar senhoras do processo arbitral, adotando todas as providências que contribuam para a confiança no julgamento final.³

Tais premissas indicam a necessidade e a importância, em especial na arbitragem, do princípio da boa-fé.⁴

Não é ocioso recordar que a boa-fé é um princípio geral de direito, aplicável a todas as relações jurídicas⁵. Há quem a associe à própria dignidade humana⁶, sendo relevante a sua importância, ao lado da segurança jurídica, como fiadora do princípio da confiança legítima⁷. A doutrina atualmente divide a boa-fé em subjetiva e objetiva. A primeira é uma “qualidade reportada ao sujeito”⁸; é a crença do sujeito de que seu comportamento está em conformidade com o direito e que de nenhum modo ofende aos direitos de outrem⁹. Jäggi, citado por Menezes Cordeiro, a define como a “não-consciência do injusto, apesar de uma falha no direito”¹⁰.

² Francesco P. Luiso. *Diritto Processuale Civile. La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*. v. V. 6ª ed. Milano: Giuffrè, 2011, p. 164.

³ Discorrendo sobre a arbitragem na Espanha, após as reformas de 2003 e 2011, Enrique César Pérez-Luño Robledo leciona: "La voluntad de las partes es el principio que inspira todo el procedimiento arbitral. No sólo como elemento originador del arbitraje, sino que hace prevalecer la autonomía de la voluntad de las partes incidiendo en cuestiones como: el procedimiento para la designación o recusación de los árbitros, las reglas de procedimiento que rigen su actuación (...), en general la autonomía de la voluntad de las partes preside cualquier cuestión procedimental, el límite lo imponen los principios de igualdad, audiencia y contradicción." Enrique César Pérez-Luño Robledo. *La reforma del arbitraje de 2011 - Presupuestos, antecedentes y alcance*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2013. p. 49

⁴ Sobre as dificuldades para a conceituação da boa-fé processual, cf., por todos: Joan Picó i Junoy. *El principio de la buena fe procesal*. Barcelona: Bosch Editor, 2003. p. 66-72.

⁵ António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro. *Da boa fé no Direito Civil*. 3ª reimpressão. Coimbra: Ed. Almedina, 2007. p. 371 e ss.; e Antônio Junqueira de Azevedo. *Responsabilidade Pré-Contratual no Código de Defesa do Consumidor; Estudo Comparativo com a Responsabilidade Pré-Contratual no Direito Comum*. In: Cadernos de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UERJ, n° 2, abr. 1996.

⁶ Teresa Negreiros. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1998. p. 282.

⁷ Sylvia Calmes. *Du principe de protection de la confiance legitime en droits allemand, communautaire et français*. Paris: Ed. Dalloz, 2001. p. 231 e ss.

⁸ Menezes Cordeiro. Obra citada, p. 407.

⁹ Eduardo Ribeiro de Oliveira. *Comentários ao Novo Código Civil*. v II. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008. p. 251-252.

¹⁰ Menezes Cordeiro. Obra citada, p. 411.

Entretanto, não é a esse aspecto a que se refere a doutrina quando exalta o princípio jurídico da boa-fé, mas ao da chamada *boa-fé objetiva* em que, evitando o risco do subjetivismo e a impenetrabilidade da consciência humana, a sua aferição decorre do exame da observância das regras de conduta que são normalmente esperadas dos sujeitos de determinada relação jurídica.

Eduardo Ribeiro de Oliveira leciona¹¹:

Trata-se, aqui, de algo externo ao agente. Não se leva em conta o que é percebido e apreendido por sua mente, mas se consideram determinados parâmetros ligados à convivência social. Vincula-se ao dever de lealdade que se pode razoavelmente esperar de quem participa do comércio jurídico. Diz com um comportamento informado por padrões de correção, de probidade, tendo em vista o que, em dado momento histórico, seja reputado eticamente recomendável.

A origem dessa noção, consagrada no art. 113 do Código Civil de 2002, é o § 242 do Código Civil alemão, segundo o qual “o devedor é obrigado a cumprir a prestação com observância da boa fé, tomando em consideração os usos do tráfico jurídico”¹².

É hoje indiscutível a extensão desses conceitos ao direito processual civil. Conforme lição de Luigi Paolo Comoglio, está inteiramente superada a perspectiva processual da primeira metade do século XX, simbolizada na expressão de James Goldschmidt de que *no Processo, como na Guerra e na Política, a Moral não entra*¹³. A constitucionalização do direito processual, o seu enraizamento na teoria dos direitos fundamentais, a emergência da noção de processo justo, caracterizado pelo primado das garantias do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, como exigências do respeito à pessoa e aos seus direitos essenciais¹⁴, exaltam a obrigatoriedade do respeito ao princípio da boa-fé.¹⁵

¹¹ Eduardo Ribeiro de Oliveira. Obra citada, p. 252.

¹² Cf.: § 242. “Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern”.

Menezes Cordeiro ensina que, se “as regras de conduta foram cumpridas: há boa fé; não o foram, surge a má fé”. Menezes Cordeiro. Obra citada, p. 524.

¹³ James Goldschmidt, *Der Prozess als Rechtslage*, Berlin: Ed. Julius Springer, 1925, p. 292.

¹⁴ Luigi Paolo Comoglio. *Ética e técnica del giusto processo*. Torino: Ed. G. Giappichelli, 2004, p. 3-8.

A partir desse quadro, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro desenvolve a noção de solidariedade entre as partes. Cf.: Paulo Cezar Pinheiro Carneiro. *A ética e os personagens do processo*. Revista Forense, Rio de Janeiro, separata, v. 358, p. 347-353.

¹⁵ Joan Picó i Junoy, na Espanha, aponta o surgimento do princípio da boa-fé na Alemanha, a partir da exegese do § 138 da ZPO, citando a lição de Lent, que a ele se referiu como um dos princípios “cardinais de

É evidente que na arbitragem esse princípio tem uma importância abissal, especialmente na instrução probatória, como, aliás, destaca o parágrafo 3º do preâmbulo das Regras sobre Prova da International Bar Association, segundo o qual “*the taking of evidence shall be conducted on the principles that each Party shall act in good faith*”.¹⁶ E na medida em que a opção pela consensualidade deve ter, necessariamente, como contrapartida indispensável um comportamento ético, leal e solidário entre as partes, nenhuma delas poderá valer-se de um artifício formal para colocar-se em situação de vantagem ou mesmo de simples preponderância em relação à outra.

Da boa-fé e da confiança legítima dela resultante decorre, para alguns, a proibição de comportamentos contraditórios pelas partes (*nemo potest venire contra factum proprium*). De acordo com Enrique Vallines Garcia, sua configuração exigiria uma conduta de um sujeito e a sua intrínseca incompatibilidade com o posterior exercício de um poder processual¹⁷.

Ora, numa relação jurídica dinâmica, como é o processo judicial ou arbitral, não é razoável admitir que seja previsível que, ao praticar de boa-fé um ato do processo que o tribunal determinou que fosse concorrentemente praticado pelo seu adversário, uma das partes tenha de antemão renunciado ao direito de impugnar o ato praticado pela outra, cujo conteúdo de antemão ignora, com evidente má-fé. Cada uma das partes na relação processual ou arbitral e os próprios julgadores têm o direito de exigir que ambas as partes se comportem com probidade e boa-fé, o que torna imperiosa a possibilidade de que a parte prejudicada impugne as condutas maliciosas da parte adversa e a necessidade de que o tribunal coíba com energia essas condutas.

O critério cardeal para a proibição do *venire contra factum proprium* está, portanto, na imputação ao sujeito de conduta contraditória em relação ao que expressa e conscientemente tenha anteriormente afirmado.¹⁸

Por outro lado, a aplicação do *venire* exige a prática de um comportamento anterior gerador da expectativa legítima do adversário de que o comportamento posterior não ocorrerá, gerando no adversário o direito de pautar a sua conduta em função da referida expectativa, de modo que a prática do comportamento posterior imprevisto

todo sistema processual”. Joan Picó I Junoy. *El principio de la buena fe procesal*. Barcelona: Ed. J.M.Bosch, 2003, p. 51.

¹⁶ Tobias Zuberbühler et alii. Obra citada, p. 1-6.

¹⁷ Enrique Vallines García. *La preclusión en el proceso civil*. Madrid: Thomson Civitas, 2004. p. 249.

¹⁸ Menezes Cordeiro. Obra citada, p.756.

provoque uma iniquidade não remediável.¹⁹

Outro princípio fundamental da arbitragem, implicitamente exigido pelo art. 21, § 2º, da Lei de Arbitragem brasileira, ao se referir aos seus componentes (contraditório, igualdade e imparcialidade), é o princípio do devido processo legal.²⁰

Também o contraditório, com as suas diversas manifestações – a audiência bilateral, a igualdade das partes e a paridade de tratamento, a imparcialidade dos árbitros, seu dever de fundamentação e livre convencimento – são pedras de toque do procedimento arbitral, universalmente reconhecidos.

Mais do que isto, essas manifestações assumem um destaque e uma sensibilidade muito mais intensos do que no procedimento judicial comum, na medida em que, em regra, são sustentáculos da confiança na qualidade e aceitabilidade da decisão final, que deve ser o resultado de um rito que reduza ao máximo as possibilidades de erro, não só porque livremente adotado e conduzido pelas partes, mas também porque o seu respeito é que justificará o caráter irrecorrível da decisão final, restando aos envolvidos, tão somente, o difícil e penoso caminho da ação anulatória, já com o fato consumado. Por isso, devem ser asseguradas pelo tribunal arbitral em todas as fases do procedimento e observados em todas as suas decisões.²¹

Como ensina Sergio La China, as nulidades em que é possível incorrer a arbitragem por violação da garantia do contraditório não são predeterminadas e taxativas, mas podem ocorrer em hipóteses várias, que normalmente se exteriorizam no desequilíbrio entre as prerrogativas das partes e no desrespeito à paridade de armas, que está nas entranhas do processo arbitral.²²

¹⁹ Menezes Cordeiro. Obra citada. p.758.

²⁰ Pedro Batista Martins leciona que, “em hipótese alguma poderá ser violado o devido processo legal. Tanto o processual quanto o substantivo. É um bem jurídico de titularidade de toda e qualquer pessoa. É uma garantia de direito natural.” Pedro A. Batista Martins. *Apontamentos sobre a lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008. p. 236

²¹ Cf.: o art. 17 das Regras de Arbitragem da UNCITRAL e o art. 22.4 do Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional – CCI.

²² Sergio La China. *Le nullità nel procedimento arbitrale*. In *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1986. p. 313-314.

A respeito da aplicação da Lei de Arbitragem espanhola, Lorca Navarrete afirma: "El irreductible núcleo procesal con el que opera la Ley de Arbitraje es absolutamente esencial e imperativo por lo que no es posible derogarlo. En la Ley de Arbitraje poseen ese carácter los principios esenciales de audiencia, contradicción e igualdad entre las partes a los que, en todo caso, han de justarse las actuaciones arbitrales (art. 24 LA) ya que, según el artículo 24.1 LA, “deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos”. El carácter esencial de tales principios justifica la posibilidad de pedir la anulación del laudo arbitral pronunciado infringiéndolos". Antonio Maria Lorca Navarrete. *La anulación del laudo arbitral*. San Sebastian: Ed. Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2008. p. 40.

O contraditório, como princípio de observância obrigatória na arbitragem, além de incluir necessariamente a audiência bilateral, estratifica-se na ideia de *direito de influência*, ou seja, de que nenhuma decisão seja adotada pelos julgadores sem que tenha sido assegurada a ambas partes a mais ampla possibilidade de influir eficazmente no seu conteúdo.²³

É a garantia dessa participação que confere legitimidade democrática ao poder que a lei confere aos juízes e que as partes conferem aos árbitros e que justifica o respeito que os litigantes devem prestar às suas decisões.

Não é despiendo recordar que, além da sua expressa previsão na atual Lei de Arbitragem (art. 21, §2º), o contraditório constitui cláusula pétrea no rol dos direitos humanos fundamentais (Constituição, art. 5º, LV) e se manifesta e concretiza no direito de apresentar alegações, propor e produzir provas, participar da produção das provas requeridas pelo adversário ou determinadas de ofício pelo juiz e exigir a adoção de todas as providências que possam ter utilidade na defesa dos seus interesses, de acordo com as circunstâncias da causa e as imposições do direito material.²⁴

A busca da verdade, como meio de acesso ao direito, porque dos fatos é que se originam os direitos, passa a integrar o próprio direito de defesa, um dos componentes do contraditório, o direito de defender-se provando,²⁵ como resultado da necessidade de se garantir às partes a adequada participação no processo, sendo o seu objetivo, não a defesa em sentido negativo, mas a efetiva influência na decisão (*Einwirkungsmöglichkeit*).²⁶

Outra projeção do princípio do contraditório é a garantia denominada de igualdade concreta, que nada mais é do que a aplicação ao processo judicial e também ao arbitral do direito fundamental à igualdade, inscrito no *caput* do artigo 5º da nossa Carta Magna. As partes devem ser tratadas com igualdade, de tal modo que desfrutem concretamente das mesmas oportunidades de sucesso final, em face das circunstâncias da

²³ Sobre o tema, cf.: Leonardo Greco. *Garantias Fundamentais do Processo: o Processo Justo*. In: Revista Jurídica, ano 51, mar. 2003, n. 305, São Paulo: Ed. Notadez. p. 61-99; Leonardo Greco. *O princípio do contraditório*. In: Revista Dialética de Direito Processual, n. 24, mar. 2005, São Paulo: Ed. Dialética, p. 71-79.

²⁴ Leonardo Greco. *Garantias Fundamentais do Processo...* p. 61-99.

²⁵ Leonardo Greco. *A prova no Processo Civil: do Código de 1973 até o novo Código Civil*. In: Revista Forense, v. 374, 2004, Rio de Janeiro: Ed. Forense, p.183-199.

²⁶ Nicolò Trocker. *Processo Civile e Costituzione*. Milano: Ed. Giuffrè, 1974. p. 370. No mesmo sentido: Luiz Guilherme Marinoni. *Novas linhas do processo civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1993. p.167.

causa.²⁷

O contraditório do nosso tempo nada mais é do que a projeção no processo, seja ele judicial ou arbitral, do primado da dignidade humana, que exige que o poder de influir nas decisões seja assegurado de fato, na prática, em concreto, e não apenas formalmente, a todos os interessados.²⁸

Esse poder se projeta na instrução probatória,²⁹ assegurando aos interessados a participação direta e pessoal, por seus assistentes ou por quaisquer outras pessoas de sua confiança, nos atos e diligências que se destinam a esclarecer a verdade, para que a colheita de provas seja a mais proveitosa possível e, assim, possa fornecer ao julgador os elementos de convicção mais propícios a possibilitar um julgamento justo.

Em suma, para que se alcance um justo processo arbitral, nem o juiz, nem o árbitro, nem o perito designado pelo juiz ou pelos árbitros, valendo-se de argumentos formalistas, nem as partes, uma em relação à outra, podem restringir o alcance desses princípios, em especial do direito de participação e influência, sob pena de nulidade das decisões.

Parte 2. A aplicação do dever de revelação (*disclosure*) aos peritos nomeados no curso da arbitragem

No artigo 13 da lei 9.307/1996, o legislador estabeleceu que o árbitro deve ser pessoa capaz e "que tenha a plena confiança das partes". Normalmente os árbitros são escolhidos de comum acordo pelas partes. Em regra, cada parte indica um árbitro e, em seguida, os indicados escolhem o terceiro árbitro, considerado, por alguns doutrinadores de peso, como árbitro neutro.

Justamente pela circunstância de que o princípio da confiança é regente do procedimento arbitral foi que o legislador brasileiro, assim como a generalidade das legislações e regras de instituições ou de órgãos especializados em arbitragens, exige do árbitro o dever "de revelar antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência" (Lei 9.307/1996, artigo 14, § 1º).

Aqui, diferentemente da justiça comum, a essência da arbitragem exige que não

²⁷ Carmine Punzi leciona que a regra da *paridade de armas* se considera violada, de acordo com a jurisprudência da Corte de Cassação italiana, "quando le parti non hanno potuto esercitare su un piano di uguaglianza le facoltà processuali concesse dagli arbitri". Carmine Punzi. *Disegno sistematico dell'arbitrato*. v. II, 2ª ed. Padova: CEDAM, 2012, p. 560.

²⁸ Cf.: Leonardo Greco. *O princípio do contraditório*... p. 71-79.

²⁹ Sobre a importância do contraditório na arbitragem, especialmente pela garantia do direito à prova, cf. Alexandre Freitas Câmara. *Arbitragem – Lei nº 9.307/96*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p.84-86.

exista nenhuma, ou melhor, a menor dúvida sobre a independência e a imparcialidade do árbitro.

Em razão da indispensável confiança, a independência e a imparcialidade do árbitro devem ser avaliadas objetivamente, não só a partir de fatos concretos, mas também de aparências, independentemente das suas intenções. Como corretamente leciona Guy Keutgen, professor da Universidade de Louvain e presidente do Centro Belga de Arbitragem e Mediação (CEPANI), tratando da matéria no direito belga, em tradução livre:³⁰

A apreciação objetiva deve ser privilegiada pois somente ela permite excluir qualquer suspeita ou interrogação concernente ao árbitro e salvaguardar a necessária confiança que ele deve inspirar nas partes. Isto leva a rejeitar um árbitro desde que uma circunstância ou um vínculo determinado seja de natureza a alterar o seu julgamento. Isto corresponde a dizer, na linha da jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, que sublinha “a importância atribuída às aparências e à sensibilidade acrescida do público às garantias de uma boa justiça”, que a aparência de independência do árbitro é essencial, independentemente de suas verdadeiras intenções.

Existem inúmeras regras éticas espalhadas em regulamentos diversos que enumeram uma série de situações que podem denotar a imparcialidade ou a falta de independência do árbitro, como, por exemplo, o fato de o árbitro ter tido, ainda que no passado, qualquer relação comercial com uma das partes ou com empresas integrantes do grupo e mesmo com pessoas a eles vinculadas, inclusive de natureza pessoal, para justificar a recusa da indicação desse árbitro.

Assim, por exemplo, a International Bar Association, em 2004, após longos estudos de comissão de especialistas das mais diversas partes do mundo, editou as suas *Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*, nas quais, seguindo exemplo de legislações de alguns Estados americanos como a Califórnia e o Texas, dividiu em três listas (vermelha, laranja e verde) os fatos que devem ser revelados pelos árbitros e que justificam a sua recusa por qualquer das partes.

³⁰ Guy Keutgen. *L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre en droit belge*. In: Jacques van Compernelle e Giuseppe Tarzia, *L'impartialité du juge et de l'arbitre*. Bruxelles: Ed. Bruylant, 2006. p. 282.

Dessas longas listas, podem ser destacadas duas elucidativas situações, a saber, também em tradução livre:³¹

2.3.8 O árbitro tem uma relação familiar íntima com uma das partes ou com um gerente, diretor ou membro do conselho superior ou com qualquer outra pessoa que tenha uma posição decisória similar em uma das partes, em uma de suas afiliadas ou no escritório de advocacia que representa uma parte.

...

3.4.3 Existe uma íntima amizade pessoal entre o árbitro e um gerente, diretor ou membro do conselho superior ou qualquer outra pessoa que tenha uma posição decisória similar em uma das partes, em uma de suas afiliadas, bem como uma testemunha ou perito, evidenciada pelo fato de que o árbitro e essa outra pessoa convivem juntos durante tempo considerável fora das suas atividades profissionais ou das atividades de associações profissionais ou de organizações sociais.

Com efeito, o princípio da confiança é absolutamente incompatível com a existência de uma dúvida justificável sobre a independência e imparcialidade do árbitro que irá julgar a causa. Aqui, diferentemente da justiça comum, apesar de a ela também ser aplicável, o legislador exige muito mais para a permanência do árbitro.

Seria absolutamente ilógico, a brigar com o bom senso, afirmar que os casos para a recusa do árbitro seriam somente aqueles enumerados no Código de Processo Civil (artigos 134 e 135), como impedimentos e motivos de suspeição. Não haveria, nesta hipótese, qualquer razão para a existência do dever de revelação de fato que possa indicar dúvida justificada quanto à independência e imparcialidade do árbitro.

A regra, universalmente aceita, é no sentido de que se existe esta dúvida razoável e que deve ser indicada pelo próprio árbitro, qualquer das partes pode recusá-lo ou não. Do mesmo modo, caso o árbitro não revele fato que possa ser tido como dúvida razoável ou justificável sobre a sua independência ou imparcialidade, compete à parte pedir a sua

³¹ Cf.: IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration. Disponível em: www.ibanet.org/Document. Consultado em 20 maio 2013. Ver, ainda: Thomas Clay, *L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre et les règles du procès équitable*. In: Jacques van Compernelle e Giuseppe Tarzia, *L'impartialité du juge et de l'arbitre*. Bruxelles: Ed. Bruylant, 2006. p.222-223; Stefan Rützel, Gerhard Wegen e Stephan Wilske. *Commercial dispute resolution in Germany - litigation, arbitration, mediation*. München: Verlag C.H. Beck, 2005. p.123.

manifestação, para, se for o caso, promover o incidente próprio de suspeição ou de impedimento.

A preocupação com a confiança levou legislações de países diversos e de institutos especializados a estabelecer que o árbitro neutro não deve ter a mesma nacionalidade das partes em disputa. Aqui, tem-se um exemplo eloquente de que no procedimento arbitral não se pode correr nenhum tipo de risco sobre a existência de um fato que possa representar uma dúvida razoável sobre a independência e a imparcialidade do árbitro.

Jacob Dolinger e Carmen Tiburcio, em sua clássica obra sobre a Arbitragem Comercial Internacional, já apontavam diversas legislações e regulamentos arbitrais que, uniformemente tratando do tema, estabelecem que os árbitros podem ser recusados se existem circunstâncias que originam uma dúvida justificável sobre a sua imparcialidade.³²

Por outro lado, a escolha dos árbitros deve preservar a paridade de armas. Assim, se as partes porventura tiverem concordado que essa escolha recaia sobre árbitro indicado por apenas uma das partes, tal decisão não escapará da censura judicial, porque violaria o princípio da igualdade que uma das partes desfrutasse de uma posição de preponderância em relação à outra³³.

Ressalte-se que também a conduta do árbitro no curso da arbitragem pode comprometer a sua imparcialidade. Assim, a justiça inglesa removeu árbitro que acusou uma das partes de conduta deliberadamente procrastinatória, não deu ouvidos às suas alegações e insistiu em agendar a audiência para data em que as partes não estavam em condições de defender-se adequadamente, porque a finalidade da arbitragem, de acordo com o artigo 1(a) da Lei de Arbitragem do Reino Unido, é obter uma resolução justa da

³² Cf.: Jacob Dolinger e Carmen Tiburcio. *Direito Internacional Privado (Parte Especial) – Arbitragem Comercial Internacional*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003, que reproduz o Código Judicial da Bélgica, art. 1690 (p. 665); o Código de Processo Civil Alemão, art. 1036 (p. 646); o Código de Arbitragem Comercial do Canadá, art. 12 (p. 699); a Lei de Arbitragem de Israel, art. 11 (p. 746); o Código de Processo Civil dos Países Baixos, art. 1.033 (p. 765); a Lei de Arbitragem do Reino Unido, seção 24.1 (p. 803); a Lei Modelo da UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law) sobre Arbitragem Comercial Internacional, art. 12 (p. 868); o Regulamento de Arbitragem da Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI), arts. 7º e 11 (p. 941 e 943); as Regras de Arbitragem da World Intellectual Property Organization (WIPO), art. 24 (p. 964); as Regras de Arbitragem Internacional da American Arbitration Association, arts. 7º e 8º (p. 995 e 996); as Regras de Arbitragem da London Court of International Arbitration, art. 10.3 (p. 983); as Regras de Processo da Inter-American Commercial Arbitration Commission (IACAC), art. 6º (p. 1007); e o Regulamento da Câmara de Arbitragem do Mercado da Bolsa de Valores de São Paulo (BOVESPA), art. 6.1 (p. 1044).

³³ V. Stefan Rützel. *Gerhard Wegen e Stephan Wilske, Commercial dispute resolution in Germany - litigation, arbitration, mediation*. München: Verlag C.H. Beck, 2005. p. 119.

controvérsia por um tribunal imparcial. Não é necessária a prova da parcialidade. Basta a dúvida ou o perigo concreto de que a conduta dos árbitros tenha tratado uma das partes de modo menos favorável do que a outra.³⁴

Todas as regras e princípios estabelecidos, e expostos na primeira parte deste estudo, aplicam-se, também, aos peritos indicados pelas partes ou pelos árbitros, pouco importando a existência ou não de dispositivo legal ou convencional expreso.

Como é notório, o juiz ou o árbitro se valem de um perito para a prova de fatos relevantes que dependem de conhecimentos altamente especializados de natureza técnica ou científica, os quais excedem a capacidade cognitiva do juiz. Exercem os peritos uma função auxiliar da própria atividade judicial.³⁵

Como tem acentuado a Corte de Cassação francesa em diversas arestos, seguindo a influência da Corte Europeia de Direitos Humanos, a função do perito cada vez mais se aproxima da função de julgar e, assim, a ele devem ser aplicados os mesmos requisitos de independência e imparcialidade exigidos do juiz.³⁶

O trabalho do perito e o seu laudo, especialmente naquelas hipóteses em que se exigem conhecimentos técnicos e científicos que poucos profissionais possuem, como é o caso de ramos especializados da engenharia, são fundamentais para o desfecho da causa, até mesmo para determinar a procedência ou improcedência de um pedido, estabelecer ou não nexo de causalidade ou a fixação de valores vultosos que deverão caber às partes.

Pode-se afirmar que, nestas hipóteses, a elucidação direta do fato probando cabe ao perito, cabendo ao juiz e ao árbitro aceitá-lo ou designar outro perito para dirimir eventuais dúvidas, em razão da falta completa de conhecimentos técnicos para formular conclusão diversa. O julgador não tem conhecimentos técnicos para contrariar a convicção formada pelo perito. Daí porque a independência e a imparcialidade do perito indicado pelo juízo ou pelo tribunal arbitral é inafastável e tão importante quanto a do próprio juiz ou árbitro.

Aliás, sempre ressalvando a autonomia da vontade das partes, os regulamentos arbitrais, de um modo geral, estabelecem que os peritos estão sujeitos às mesmas regras

³⁴ Karen Tweeddale & Andrew Tweeddale, *A practical approach to arbitration law*. London: Blackstone Press Limited, 1999. p. 109-110.

³⁵ Moacyr Amaral Santos. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. v. V. São Paulo: Ed. Max Limonad, s/d, p. 34.

³⁶ Olivier Leclerc. *Le juge et l'expert – contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*. Paris: Ed. LGDJ, 2005. p.265.

que disciplinam a verificação da independência e da imparcialidade dos árbitros. E nem poderia ser diferente, porque dispensar o perito da observância dessas regras poria por terra toda a principiologia da arbitragem, imposta pela necessidade de assegurar em todo o processo a preservação da confiança das partes.

Por isso, os mesmos fatos que objetivamente comprometem a independência ou a imparcialidade dos árbitros, afetam a independência ou imparcialidade do perito, devendo ser por ele revelados e podendo levar à sua recusa por qualquer das partes, tenham ocorrido anteriormente ao processo arbitral ou no seu curso.

Esses motivos não são apenas os que resultam de vedações expressas da lei processual civil, que se aplica subsidiariamente e à falta de regras próprias no compromisso arbitral ou no regulamento da instituição arbitral, mas quaisquer outras circunstâncias que possam pôr em dúvida a imparcialidade do *expert*, como as relações pessoais ou profissionais anteriores mantidas com as partes ou com os seus agentes.

A recusa do tribunal arbitral em reconhecer esse risco, e até mesmo em justificá-la, constitui flagrante violação do princípio do devido processo legal.

O processualista italiano Sergio La China leciona que o perito (*consulente tecnico d'ufficio*), tanto nos processos judiciais quanto nos arbitrais, é um verdadeiro e próprio *istruttore delegato*, que, não só fornece, com a sua específica preparação técnica, resposta aos quesitos que lhe são propostos, mas antes e em grande escala pesquisa e adquire informações, dados, documentação sobre todos os aspectos da controvérsia, com muito mais profundidade do que o próprio juiz ou do que os próprios árbitros. Por isso, como estes, o perito tem a obrigação de abstenção nas situações que poderiam provocar a sua recusa.³⁷

Nesse sentido, por exemplo, é expresso o Código de Processo Civil alemão, no §1049(3), ao determinar que o perito designado pelo tribunal arbitral preencha os mesmos requisitos de imparcialidade e independência exigidos do próprio árbitro, aplicando-se-lhe as mesmas regras de *disclosure* e os motivos de recusa do árbitro, inscritos nos §§1036 e

³⁷ Sergio La China. *L'arbitrato - il sistema e l'esperienza*. 3ª ed. Milano: Giuffrè, 2007. p.179-180. Quanto ao perito na arbitragem, é sábia a citação que Ana Luiza Baccarat da Motta Pinto faz à opinião respeitável de Emmanuel Gaillard, em obra de fôlego sobre a Arbitragem Comercial Internacional: " Like the arbitrators, the expert must observe the principles of due process and equal treatment of the parties." Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration, Haia, 1999, p. 705, citado por Ana Luiza Baccarat da Motta Pinto. *As provas e a sua produção no procedimento arbitral sob o enfoque da prática*. In: Ana Luiza Baccarat da Motta Pinto e Karin Hlavnicka Skitnevsky. Arbitragem nacional e internacional. Rio de Janeiro: Ed. Campus Elsevier, 2012. p.75

1037(1) e (2).³⁸

Também o Regulamento de Perícias da Câmara de Comércio Internacional, que é a mais especializada e reputada instituição europeia de arbitragem, com sede em Paris, submete os peritos aos mesmos deveres de revelação de quaisquer fatos ou vínculos que possam gerar nas partes a mínima suspeita da sua parcialidade.

Por fim, entre nós, confirmando a tendência, o Regulamento de Arbitragem da Câmara de Arbitragem Empresarial – Brasil (CAMARB) passou por reforma em 2010 para explicitar formalmente a regra (item 8.8), antes decorrente da principiologia exposta no presente estudo, de exigir dos peritos o mesmo rigor na demonstração da sua independência e imparcialidade que é exigido dos árbitros, não bastando que estejam afastadas as causas de impedimentos e os motivos de suspeição arrolados no Código de Processo Civil.³⁹

Conclusão

De tudo o quanto foi exposto, tem-se por aplicável ao *expert* nomeado no processo arbitral o dever de revelação (*disclosure*) imposto aos árbitros, cabendo a todos eles informar quaisquer circunstâncias que possam pôr em dúvida a sua independência e imparcialidade, ainda que não exista regra legal ou convencional explícita nesse sentido, sob pena de se comprometer, de modo irremediável, as conclusões da prova pericial e a própria sentença arbitral que nela diretamente tenha se fundamentado.

Como decorrência do dever de revelação, as partes e o Tribunal Arbitral poderão recusar o perito sempre que se confrontarem com fatos que indiquem a existência de dúvida razoável e justificada quanto à sua independência e imparcialidade, não sendo necessário, à luz dos princípios fundamentais do processo expostos ao longo do estudo,

³⁸ Código de Processo Civil alemão (ZPO), em tradução livre: § 1049(3): “Ao perito designado pelo tribunal arbitral se aplicam os §§ 1036 e 1037(1) e (2)”. § 1036: “(1) Uma pessoa à qual se propõe a função de árbitro tem de revelar todas as circunstâncias que possam gerar dúvidas sobre a sua imparcialidade ou independência. Um árbitro também é obrigado, desde a sua designação até o final do procedimento arbitral a revelar tais circunstâncias às partes de forma imediata, se delas não tivera conhecimento anteriormente. (2) Um árbitro somente pode ser recusado se ocorrem circunstâncias que dão lugar a dúvidas justificadas sobre a sua imparcialidade ou independência, ou se não cumpre os requisitos exigidos de comum acordo pelas partes. Uma parte pode recusar um árbitro por ela designado ou em cuja designação interveio somente pelos motivos dos quais tomou conhecimento depois da designação”. § 1037 “(1) Ressalvado o disposto no item (3) abaixo, as partes podem acordar um procedimento para a recusa de um árbitro. (2) Se não existe tal acordo, a parte que quer recusar um árbitro tem de expor por escrito ao tribunal arbitral os motivos da recusa no prazo de duas semanas depois do conhecimento da composição do tribunal ou de uma das circunstâncias referidas no § 1036(2). Se o árbitro recusado não se demite do cargo ou a outra parte não concorda com a recusa, então o tribunal arbitral decide sobre a recusa”.

³⁹ Disponível em: www.camarb.com.br. Consultado em: 15 maio 2013.

que a causa da recusa esteja arrolada nas hipóteses *numerus clausus* dos artigos 134 e 135 do Código de Processo Civil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. v. V. São Paulo: Ed. Max Limonad, s/d.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Responsabilidade Pré-Contratual no Código de Defesa do Consumidor; Estudo Comparativo com a Responsabilidade Pré-Contratual no Direito Comum*. In: Cadernos de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UERJ, n° 2, abr. 1996.
- CALMES, Sylvia. *Du principe de protection de la confiance legitime en droits allemand, communautaire et français*. Paris: Ed. Dalloz, 2001.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem – Lei n° 9.307/96*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *A ética e os personagens do processo*. Revista Forense, Rio de Janeiro, separata, v. 358.
- CÉSAR PÉREZ, Enrique; ROBLEDO, Luño. *La reforma del arbitraje de 2011 - Presupuestos, antecedentes y alcance*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2013.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del giusto processo*. Torino: Ed. G. Giappichelli, 2004.
- COMPERNOLLE, Jacques van; TARZIA, Giuseppe. *L'impartialité du juge et de l'arbitre*. Bruxelles: Ed. Bruylant, 2006.
- DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito Internacional Privado (Parte Especial) – Arbitragem Comercial Internacional*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003.
- GOLDSCHMIDT, James. *Der Prozess als Rechtslage*, Berlin: Ed. Julius Springer, 1925.
- GRECO, Leonardo. *O princípio do contraditório*. In: Revista Dialética de Direito Processual, n. 24, São Paulo: Ed. Dialética, mar. 2005.
- _____. *Garantias Fundamentais do Processo: o Processo Justo*. In: Revista Jurídica, ano 51, n. 305, São Paulo: Ed. Notadez. mar. 2003, p. 61-99.
- _____. *A prova no Processo Civil: do Código de 1973 até o novo Código Civil*. In: Revista Forense, v. 374, 2004, Rio de Janeiro: Ed. Forense, p.183-199.

- KEUTGEN, Guy. *L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre en droit belge*. In: Jacques van Compernelle e Giuseppe Tarzia, *L'impartialité du juge et de l'arbitre*. Bruxelles: Ed. Bruylant, 2006.
- LA CHINA, Sergio. *Le nullità nel procedimento arbitrale*. In *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1986.
- _____. *L'arbitrato - il sistema e l'esperienza*. 3ª ed. Milano: Giuffrè, 2007. p.179-180.
- LECLERC, Olivier. *Le juge et l'expert – contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*. Paris: Ed. LGDJ, 2005.
- LORCA NAVARRETE, Antonio Maria. *La anulacion del laudo arbitral*. San Sebastian: Ed. Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2008.
- LUISO, Francesco P. *Diritto Processuale Civile. La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*. v. V. 6ª ed. Milano: Giuffrè, 2011.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1993.
- MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008.
- NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1998.
- OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. *Comentários ao Novo Código Civil*. v II. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008.
- PICÓ I JUNOY, Joan. *El principio de la buena fe procesal*. Barcelona: Bosch Editor, 2003.
- PINTO, Ana Luiza Baccarat da Motta. *As provas e a sua produção no procedimento arbitral sob o enfoque da prática*. In: Ana Luiza Baccarat da Motta Pinto e Karin Hlavnicka Skitnevsky. *Arbitragem nacional e internacional*. Rio de Janeiro: Ed. Campus Elsevier, 2012.
- PUNZI, Carmine. *Disegno sistematico dell'arbitrato*. v. II, 2ª ed. Padova: CEDAM, 2012.
- ROCHA, António Manuel da; CORDEIRO, Menezes. *Da boa fé no Direito Civil*. 3ª reimpressão. Coimbra: Ed. Almedina, 2007.
- RÜTZEL, Stefan; WEGEN, Gerhard; WILSKE, Stephan. *Commercial dispute resolution in Germany - litigation, arbitration, mediation*. München: Verlag C.H. Beck, 2005.
- TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione*. Milano: Ed. Giuffrè, 1974.

TWEEDDALE, Karen; TWEEDDALE, Andrew. *A practical approach to arbitration law*. London: Blackstone Press Limited, 1999.

VALLINES GARCÍA, Enrique. *La preclusión en el proceso civil*. Madrid: Thomson Civitas, 2004.

ZUBERBÜHLER, Tobias et alii. *IBA Rules of Evidence - Commentary on the IBA Rules on the taking of evidence in International Arbitration*. Zurich: Ed. Schulthess, 2012.