



ID: 59286366

01-04-2015

Arbitragem



**JOSÉ
MIGUEL JÚDICE**

Sócio Coordenador da PLMJ Arbitragem, presidente do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa, membro da Corte Internacional de Arbitragem da CCI



**IÑAKI PAIVA
DE SOUSA**

Advogado da PLMJ Arbitragem

O HOT-TUBBING NAS PERÍCIAS EM PORTUGAL

O modelo dos “*expert witnesses*”, típico das arbitragens internacionais, deveria ser importado para Portugal. No fundo trata-se de permitir a cada parte que contrate e pague os peritos que entenda, que farão os seus relatórios e serão submetidos ao interrogatório em audiência como qualquer outra testemunha.

INTRODUÇÃO

O sistema de prova pericial funciona comprovadamente muito mal em Portugal. Tribunais judiciais e arbitrais tendem a optar por perícias colegiais. Essa é a tradição que se instalou e é difícil sair do paradigma.

Entre outros a perícia colegial tem os seguintes inconvenientes:

- Não havendo colégios de peritos regulamentados, a nomeação do perito é muitas vezes feita pelos funcionários judiciais a pedido dos juízes sem qualquer cautela em averiguar a competência e experiência do nomeado.
 - As perícias colegiais demoram muito tempo e acentuam a tendência para que os peritos de parte se tornem em “*hired guns*”, melhor remunerados do que o perito presidente, que em regra neles delega o trabalho, limitando-se depois muitas vezes a tentar conciliar posições distintas para encontrar uma solução consensual que nada terá de científica ou técnica, mas apenas de compromisso.
 - A tendência dos tribunais é para limitar o interrogatório dos peritos pelos advogados ou para desvalorizar os resultados de tais interrogatórios.
 - A existência de laudos periciais consensualizados expropria na prática o poder decisório do magistrado, que é incentivado a seguir acriticamente as conclusões do colégio pericial.
- Esse modelo comunicou-se às ar-

“O sistema de prova pericial funciona comprovadamente muito mal em Portugal. Tribunais judiciais e arbitrais tendem a optar por perícias colegiais. Essa é a tradição que se instalou e é difícil sair do paradigma”

bitragens nacionais, mas não é em regra utilizado nas arbitragens internacionais.

Em nossa opinião o modelo dos “*expert witnesses*”, típico das arbitragens internacionais, deveria ser importado para Portugal. No fundo trata-se de permitir a cada parte que contrate e pague os peritos que entenda, que farão os seus relatórios e serão submetidos ao interrogatório em audiência como qualquer outra testemunha, o qual essencialmente é feito pelo advogado que representa a parte contrária a quem o indicou. No entanto este modelo, que tem vantagens inequívocas em relação ao português, não está isento de críticas. Foi como resposta a tais críticas que surgiu o sistema designado pelo exótico nome de “*hot-tubbing*”.

O HOT-TUBBING

O “*hot-tubbing*” surgiu na Austrália, no seio da Common Law, mas tem feito gradualmente o seu caminho no mundo da *Civil Law*. O “*hot-tubbing*” é, por vezes, também designado como “*dueling experts*” ou ainda “*concurrent expert evidence*”, e é usado em processos judiciais ou arbitrais.

Em que consiste, então, este novo método? De forma resumida, trata-se da apresentação, por peritos, do resultado das suas perícias, em simultâneo ou na presença um do outro, o que permite abrir um debate com o louvável intuito de descobrir a verdade material. Este método varia de caso para caso, podendo resumir-se em quatro possibilidades:

1. Os peritos apresentam sucessi-

vamente – na presença do outro – as suas perícias em regra usando um power point, tomando em consideração a perícia da outra parte, podendo refutá-la ou criticá-la, sendo que a cada um será dado o direito de responder às refutações ou críticas;

2. Os peritos apresentam em simultâneo as suas perícias e são questionados pelo juiz/árbitro, criando-se uma espécie de debate;
3. Os peritos reúnem-se antes das audiências, de forma a encontrar as diferenças nos relatórios, para que se possa elaborar um relatório conjunto, indicando os pontos em que discordam e aqueles em que estão de acordo.
4. Os peritos são solicitados pelo tribunal, depois das audiências, para fazerem uma análise de sensibilidade conjunta para vários cenários, definindo aquilo em que concordam e discordam.

A utilização deste método é cada vez

“A tendência dos tribunais é para limitar o interrogatório dos peritos pelos advogados ou para desvalorizar os resultados de tais interrogatórios”



“Os peritos irão tendencialmente responder de forma mais imparcial e fundamentada, se estiverem rodeados pelos seus pares, pois não querem ser colocados numa situação frágil com reflexos profissionais”

mais comum nos tribunais judiciais dos países da *Common Law* e nas arbitragens internacionais. Em nossa opinião, este sistema deve passar a ser aplicado nos processos judiciais e nas arbitragens domésticas.

O aumento do uso deste método justifica-se pelas suas múltiplas vantagens:

1. Os peritos nomeados pela parte apresentam os relatórios escrito em simultâneo (ou com as peças processuais escritas das partes), pelo que o tempo despendido é reduzido substancialmente;
2. Aos peritos são perguntadas as mesmas questões para os mesmos factos;
3. Os peritos irão tendencialmente responder de forma mais imparcial e fundamentada, se estiverem rodeados pelos seus pares, pois não querem ser colocados numa situação frágil com reflexos profissionais;
4. O perito sentir-se-á mais confortável num meio técnico do que se sentiria rodeado apenas por leigos e questionado por um advogado, por vezes hostil;

Isso não significa que o sistema não tenha algumas desvantagens, que reputamos menores, que são sobretudo as seguintes:

1. É difícil conseguir conciliar as agendas dos diversos peritos;
2. O juiz pode ser demasiado intervencionista, pelo que será mais difícil aos advogados controlarem a situação;

3. Alguns advogados poderão tentar fazer contrainterrogatório às suas próprias testemunhas periciais.
4. A cultura adversarial dos advogados tem como resultado que o mandatário da parte demandada por vezes pretende que lhe seja possível produzir a sua prova depois de terminada a prova da parte anterior;
5. A mesma cultura valoriza a cross examination que o método de hot tubbing em alguma medida limita.

O PROCESSO GENÉTICO DO HOT TUBBING

Na Austrália, país de origem do “hot tubbing”, a peritagem, como meio probatório, entrara num processo de descrédito, sendo que 35% dos juízes australianos considerava como problema sério o facto de os peritos serem tendenciosos, e 14% considerava que o problema mais grave estava na forma como era feito o contrainterrogatório .

A forma como era conduzida a peritagem originava críticas por parte de quase todos os intervenientes judiciais. Em primeiro lugar, os juízes consideravam, no que diz respeito à nomeação dos peritos pelo tribunal, que “it is very difficult to do so (...)”. First of all the Court has to find out an unbiased expert. That is very difficult” . Ou seja, a solução comum em Portugal de um colégio de peritos ou de um perito apenas e nomeado pelo tribunal funciona mal. Mas também os peritos nomeados pelas partes eram olhados com desconfiança: “...there can be no doubt that testimony is daily received in our courts as ‘scientific evidence’ to which it is almost profanation to apply the term; as being revolting to common-sense, and inconsistent with the commonest honesty on the part of those by whom it is given” . Por último, os próprios peritos criticavam o sistema: “Professional men of honorable instincts and high scientific standards began to look upon the witness box as a golgotha, and to disclaim all respect for the law’s method of investigation. By any standard of efficiency, the orthodox method registers itself as a failure, in cases where the slightest pressure is put upon it” .

1. Não se deve esquecer que os peritos já apresentaram os seus relatórios com as peças processuais das partes e que tais relatórios foram por isso submetidos ao contraditório na fase escrita.
2. Freckelton/Reddy/Selby, Australian Judicial Perspective on Expert Evidence: an empirical study, 1999, p. 37.
3. Thorn v Worthing Skating Rink Company (1876) 6 Ch D 415n, p. 416.
4. S.L. Phipson, Best on Evidence (1922, 12th ed), Sweet & Maxwell Ltd, p. 438.
5. Wigmore on Evidence (1940: 3rd ed, Chadbourn Revision) Vol II §563, p. 760.