

A UTILIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO DE *EXPERT DETERMINATION* ASSOCIADO À CLÁUSULAS COMPROMISSÓRIAS ARBITRAIS COMO MECANISMO DE SIMPLIFICAÇÃO E FACILITAÇÃO AO ACESSO À JUSTIÇA E PRESERVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS.¹

Caetano Augusto Magalhães de Abreu

Universidade Salvador. Graduando em Direito pela Universidade Salvador. Diretor Acadêmico do Comitê de Jovens Arbitralistas do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem. Diretor-Adjunto do Núcleo de Estudo Luso-Brasileiro da Universidade de Lisboa.

Matheus Lins Rocha

Universidade Salvador e Universidade Federal da Bahia. Doutorando pela Universidade Federal da Bahia. Mestre pela Universidade Salvador (*Research Stay*, Universidad de Salamanca). Pós-Graduado em Direitos Humanos pelo Centro de Direitos Humanos da Universidade de Coimbra. Professor da Universidade Salvador.

RESUMO:

Os objetivos da pesquisa constituem-se na análise dos benefícios de cláusulas compromissórias arbitrais associadas ao procedimento *expert determination*, relacionando-o com o direito ao acesso à justiça e verificando os melhores meios para a garantia deste princípio. Além disso, o artigo busca também realizar uma análise das vantagens práticas da adoção destes procedimentos, no que diz respeito a maximização da eficiência, celeridade e economia processual para a resolução de uma controvérsia. Trata-se de pesquisa multidisciplinar, englobando disciplinas de direitos humanos, direito constitucional, direito processual e arbitragem. Utilizou-se do método dedutivo, partindo da análise de discussões doutrinárias e jurisprudenciais, que dizem respeito à inserção do *expert determination* em cláusulas compromissórias, sob a ótica deste apresentar benefícios processuais quando realizado em momento anterior a instauração de um procedimento arbitral, evitando-o ou contribuindo tecnicamente para uma duração mais razoável do processo. A vertente metodológica deste trabalho corresponde à jurídico-sociológica, investigando fenômenos do ordenamento jurídico através dos meios de resolução de conflitos com o objetivo da configuração plena do acesso à justiça. Trabalhou-se com dados primários, sendo estes a legislação, a jurisprudência e a doutrina.

Palavras-chave: Arbitragem; *expert determination*; eficiência processual; devido processo legal; acesso à justiça;

1. Introdução

A arbitragem, como meio adequado de resolução de conflitos, é um importante instrumento de preservação dos direitos humanos fundamentais, vez que, garante o acesso à justiça com claras vantagens em relação ao Poder Judiciário no que diz respeito a sua capacidade de apreciar as demandas judiciais em observância aos princípios da duração razoável do processo e da economia processual. Para além das vantagens inerentes à arbitragem, verifica-se que este método, que já possui relevante função social, ao deparar-se com procedimentos complexos, pode maximizar ainda mais a celeridade e economia processual, ao serem adotadas cláusulas

¹ Artigo apresentado e publicado no VII Congresso Internacional de Direitos Humanos de Coimbra. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2022.

compromissórias que ofereçam o procedimento de *expert determination* em momento antecedente à instauração de eventual demanda arbitral – isto porque, o procedimento de *expert determination*, fundado na autonomia privada das partes, permite, por meio da expedição de parecer técnico vinculativo, que partes resolvam determinada controvérsia de elevado grau de complexidade em um lapso temporal curto e menos oneroso, utilizando-se de árbitros apenas para a elaboração de uma sentença exequível, caso uma das partes não cumpra suas obrigações voluntariamente.

Além disso, em um mundo de negócios cada vez mais competitivo, saber qual meio de resolução de conflitos é mais eficaz e adequado para a sua demanda é indispensável que se obtenha um rápido amparo jurisdicional, sem esbarrar em morosidade e em altos custos processuais.

Sob essas perspectivas, a presente pesquisa se justifica por sua relevância teórica, tendo em vista que existe ampla discussão doutrinária sobre os meios alternativos de resolução de conflito, acesso à justiça, garantia de direitos fundamentais processuais, bem como, uma constante busca por meios mais efetivos para a resolução de conflitos. O objetivo da pesquisa configura-se na análise da arbitragem e do procedimento de *expert determination* em uma perspectiva geral, e suas vantagens processuais quando inseridos conjuntamente em cláusulas compromissórias.

A presente pesquisa é transdisciplinar, englobando as disciplinas de direitos humanos, direito constitucional, direito processual e arbitragem. Utilizou-se do método dedutivo², partindo da análise de discussões doutrinárias e jurisprudenciais, que dizem respeito à inserção do *expert determination* em cláusulas compromissórias, sob a ótica deste apresentar benefícios processuais quando realizado em momento anterior a instauração de um procedimento arbitral, evitando-o³ ou contribuindo tecnicamente para uma duração mais razoável do processo. A vertente metodológica do presente trabalho corresponde à jurídico-sociológica⁴, uma vez que é investigado o ordenamento jurídico brasileiro e internacional, por meio dos respectivos mecanismos de resolução dos conflitos, com o objetivo de efetivação plena do acesso à justiça.

A linha desta pesquisa se constitui na crítico-metodológica⁵, tendo em vista que busca repensar criticamente o direito e o acesso à justiça, utilizando-se do tipo de investigação jurídico-propositivo⁶, demonstrando proposições sobre os procedimentos de arbitragem e *expert determination*. Trabalhou-se com dados primários, sendo estes a legislação, a jurisprudência e a doutrina. A técnica metodológica utilizada é a pesquisa teórica, com análises de conceitos e investigações, a fim de estabelecer conclusões e proposições finais. As hipóteses iniciais demonstram-se como, primeiramente, na efetividade da adoção de cláusulas compromissórias escalonadas contendo o procedimento de *expert determination* e arbitragem, como meio de garantia ao acesso à justiça. E tem-se também, como hipótese, os benefícios advindos da adoção do *expert determination* em momento antecedente à instauração de um procedimento arbitral, observando os princípios da eficiência processual e economia processual.

2. O acesso à justiça no Brasil

O acesso à justiça é um princípio fundamental para a garantia da ordem social e preservação dos direitos fundamentais. No Brasil, todavia, embora este princípio esteja previsto no artigo 5º, da Constituição Federal, por meio do que é chamado inafastabilidade de jurisdição⁷, o acesso à

² GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática – 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

³ GAILLARD, Emmanuel e SAVAGE, John, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, p. 19, apud KOPELMANAS, Lazare Le rôle de l'expertise dans l'arbitrage commercial international, 1979, p. 205.

⁴ Ibid.

⁵ Ibid.

⁶ Ibid.

⁷ GERAIGE NETO, Zaiden. O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional: art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003; e RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Princípios processuais civis na Constituição, p. 52-53; WATANABE,

justiça tem cada vez sido mais prejudicado por deficiências do Poder Judiciário no que se refere a duração razoável do processo e a economia processual - deficiências estas, intensificadas pelo vasto número de litígios, pela cultura da judicialização, pela falta de gestão ou mesmo pela ausência de mão de obra.

Em primeira análise, de acordo com o Relatório Justiça em Números⁸, publicado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no ano de 2021, o Poder Judiciário brasileiro terminou o ano de 2020 com 75,4 milhões de processos em tramitação. Em paralelo a isso, em outra análise também realizada pelo CNJ, existiam cerca de 18 mil magistrados ativos⁹. A interpretação simples destes dados, sem qualquer análise mais profunda de aspectos geográficos, revela um número superior a quatro mil processos por Juiz, gerando uma duração média dos processos, também segundo o CNJ, de aproximadamente quatro anos.

Em consonância a estes dados, o CNJ igualmente sinalizou que em 2020 foram ajuizadas 25,8 milhões de demandas judiciais, evidenciando, por sua vez, a firme cultura de judicialização, facilmente perceptível ao considerar que este número de processos representa aproximadamente um processo para cada oito brasileiros. O relatório revela também que um a cada cinco cargos de Juiz está vago no Brasil, o que torna clara a falta de mão de obra.

Nessa linha, cabe sinalizar que apesar de existir a média de quatro anos por processo, é preciso mencionar que não é difícil observar que um número elevado de processos ultrapassa significativamente esta duração. Em 2020, por exemplo, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal chamou a atenção ao julgar o mérito de um processo iniciado em 1895 pela Princesa Isabel.

É irrazoável acreditar que um Poder Judiciário com estes dados e situações possa refletir uma efetividade ao cumprimento dos princípios da duração razoável do processo e da economia processual, afetando, conseqüentemente, o acesso à justiça.

Felizmente, em contrassenso ao Poder Judiciário, os métodos autocompositivos de solução de conflitos, bem como, os meios heterocompositivos alternativos, tem cada vez mais ganhado autonomia e espaço na resolução de disputas na sociedade brasileira. Mecanismos como a mediação, conciliação, negociação, arbitragem e outros *dispute boards* tem-se mostrado extremamente efetivos para sanar demandas de maneira rápida e eficiente. De mesmo modo que, cada vez mais tem surgido Câmaras de Mediação e Arbitragem com preços acessíveis, contribuindo para o acesso de todos os públicos a estes meios alternativos de disputas.

Um forte marco para estes meios autocompositivos, foi a elaboração da Lei 9.307 de 1996, a qual regulamentou a Arbitragem no Brasil, meio que permite a resolução do processo em um tempo muito inferior ao realizado pelo Poder Judiciário. De igual modo, a inserção feita pelo Código de Processo Civil da audiência de conciliação como andamento processual obrigatório, revela uma admissão feita pelo próprio Judiciário brasileiro dos benefícios do método da conciliação, os quais tem contribuído positivamente para uma menor duração dos processos, posto que estimula e coloca a possibilidade de o processo ser encerrado rapidamente através da elaboração de um acordo entre as partes.

Portanto, conclui-se que ainda que o Poder Judiciário enfrente um grave problema no que diz respeito ao acesso à justiça, à vista da sua falta de efetividade ao princípio da duração razoável do processo e da economia processual, meios alternativos de disputa têm contribuído positivamente para garantir o acesso à justiça respeitando tais princípios.

Kazuo. Controle jurisdicional: princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico e mandado de segurança contra atos judiciais, Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>

⁹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Perfil Sociodemográfico dos Magistrados Brasileiros 2018. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a18da313c6fdbcb6f364789672b64fcef_c948e694435a52768cbc00bda11979a3.pdf

3. Da utilização da arbitragem como meio de resolução de conflitos

A arbitragem é um meio alternativo de resolução de conflitos, onde as partes, por meio de uma cláusula compromissória, decidem que submeterão eventuais litígios em uma corte arbitral, ao invés do Poder Judiciário. Em um conceito mais bem elaborado, o professor Carlos Alberto Carmona¹⁰ traz que:

“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 distância da decisão a ser imposta às partes pelo mediador ou conciliador, que sempre estarão limitados à mera sugestão (que não vincula as partes). [CARMONA, 2009, p. 31-32].”

É notável que a arbitragem, por ser conduzida fora do Poder Judiciário, possui inúmeras vantagens, especialmente no que diz respeito à duração razoável do processo. Além disso, a arbitragem segue princípios que muitas vezes tornam este meio mais atrativo quando comparado ao Poder Judiciário, a exemplo do sigilo e confidencialidade – evitando que os procedimentos, decisões e sentenças se tornem públicas.

Mesmo que estes benefícios já sejam suficientes para destacar este meio resolutivo, as partes ainda possuem o direito de escolher quem serão os árbitros da disputa, responsáveis pela condução e decisão dos litígios – sendo, na maioria das vezes, árbitros com conhecimento e experiência prévia nos setores das disputas, permitindo que seja produzida uma decisão mais técnica.

Por fim, também há de mencionar que, para resolução de conflitos internacionais, a arbitragem também é extremamente apelativa, uma vez que permite que seja realizada a aproximação de diversos mercados internos, tendo as partes, por meio da autonomia privada, liberdade para escolherem as legislações e convenções aplicáveis à disputa.

4. O Procedimento de Expert Determination

De acordo com o professor John Kendall, o procedimento de *expert determination* (ED) é utilizado como meio de resolução de conflitos há pelo menos 250 anos¹¹, e, semelhante a Arbitragem, também trata-se de um meio de resolução de conflitos independente.

O *expert determination* é um procedimento onde as partes, por meio de sua autonomia privada, decidem submeter eventual controvérsia a um decisor com conhecimento técnico, que emitirá um parecer técnico final e vinculante entre as partes¹² – podendo este ser, inclusive, uma pessoa jurídica caso as partes assim decidam.

¹⁰ CARMONA, Carlos Alberto, Arbitragem e processo: um comentário à Lei no. 9.307/96. ed. Atlas, p. 31-32, 2009.

¹¹ KENDALL, John, Expert Determination: its Use in Resolving Art and Antiquity Disputes, Art Antiquity & Law Volume II, Issue 4, ed. Leicester: Institute for Art and Law, p. 325, 1997.

¹² BORN, Gary B., International Commercial Arbitration, 2 ed., ed. Kluwer Law International, 2014 p. 261 apud Judgment of 17 November 2008, DFT 4A_438/2008 (Swiss Federal Tribunal) (“expert determination is an agreement of substantive law by means of which the parties rely on a third party’s opinion on a issue of fact or point of law, to which they declared to be bound”); A. van den Berg, The New York Arbitration Convention of 1958 45 (1981) (“it is characteristic of these procedures that the proceedings are not adversary and that the third person makes the decision on the basis of his expert knowledge and experience”). Heart Research Institute Ltd v. Psiron Ltd, [2002] NSWSC 646, 16 (N.S.W. S.Ct.). The role of the expert in an “expert determination” differs from the roles of experts in other contexts, such as court or tribunal experts, party-nominated experts, or experts appointed to provide a non-binding advisory opinion. See§15.08[AA][7]; Valasek & Wilson, Distinguishing Expert Determination From Arbitration: The Canadian Approach in a Comparative Perspective, 29 Arb. Int’l 63, 65 (2013) (“the line separating arbitration from expert adjudication is faint”)

Absorvendo características da arbitragem, este método também é dotado de diversos princípios, dentre eles, a confidencialidade, duração razoável do processo, boa-fé processual e eficiência, assim como, imparcialidade e independência por parte do *expert*.

O procedimento de *expert determination* é atribuído a diferentes contratos, relações jurídicas e inúmeros setores – como por exemplo, agronegócio, petróleo e gás, construção, propriedade intelectual, seguros, telecomunicações, contabilidade, fusões e aquisições, artes, dentre outros.

Como este meio de resolução de conflitos é fruto do consensualismo das partes e não se baseia em convenções e regimentos internacionais, o que se propõe neste artigo é que este método seja adotado conjuntamente a cláusulas arbitrais, por meio de uma cláusula compromissória escalonada, que preveja o procedimento em momento antecedente à arbitragem.

4.1. Da duração do procedimento de expert determination

A adoção deste meio visa proporcionar a resolução de um conflito de uma maneira muito mais célere e econômica que uma arbitragem convencional. Isto porque, de acordo com um estudo realizado pela Queen Mary University of London¹³, tempo e custo são as principais preocupações das pessoas que recorrem à arbitragem.

Nessa linha, quando se analisa o tempo médio de uma arbitragem em comparação a duração de um procedimento de *expert determination*, o procedimento de *expert determination* ainda apresenta maior eficiência no que diz respeito à duração razoável do processo.

Para melhor visualização, analisando a duração média de procedimentos arbitrais em algumas das principais cortes de arbitragens internacionais, tem-se a seguinte tabela:

Câmara Arbitral	Duração média
International Chamber of Commerce (ICC)	22 meses ¹⁴
Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC)	16.9 meses ¹⁵
London Court of International Arbitration (LCIA)	16 meses ¹⁶
American Arbitration Association's International Center for Dispute Resolution (ICDR)	15.4 meses ¹⁷
Singapore International Arbitration Centre (SIAC)	13.8 meses ¹⁸
Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC)	13.2 meses ¹⁹
Média de duração da Arbitragem nas Câmaras Arbitrais analisadas:	16,2 meses

¹³ QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON, 2021 International Arbitration Survey: Adapting arbitration to a changing world, 2021. Disponível em: https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/LON0320037-QMUL-International-Arbitration-Survey-2021_19_WEB.pdf

¹⁴ INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, ICC Dispute Resolution 2020 Statistics, 2020. Disponível em: <https://nyiac.org/wp-content/uploads/2021/09/ICC-Dispute-Resolution-2020-Statistics.pdf>

¹⁵ HONG KONG INTERNATIONAL ARBITRATION CENTRE, Costs and Duration. Disponível em: <https://www.hkiac.org/arbitration/costs-duration>

¹⁶ LONDON COURT OF INTERNATIONAL ARBITRATION, Costs And Duration: 2013-2016. Disponível em: <https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/2018/07/LCIA-Costs-and-Duration-Statistics.pdf>

¹⁷ INTERNATIONAL CENTRE FOR DISPUTE RESOLUTION (ICDR), Time and Cost Considering the Impact of Settling International Arbitrations Arbitration Report. Disponível em: <https://www.acerislaw.com/wp-content/uploads/2022/08/ICDR-Arbitration-Time-and-Cost.pdf>

¹⁸ SINGAPORE INTERNATIONAL ARBITRATION CENTRE (SIAC), SIAC Releases Costs and Duration Study, 2016. Disponível em: https://www.acerislaw.com/wp-content/uploads/2022/08/SIAC-Releases-Costs-and-Duration-Study_10-Oct-2016-1.pdf

¹⁹ CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ (CAM-CCBC), Relatório Anual 2019 Fatos e números, 2019. Disponível em: https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/wp-content/uploads/sites/10/2020/07/CAM_AR-versa%CC%83o-final-PORT-040720.pdf

Em contrapartida à duração de um procedimento arbitral, quando analisa-se o procedimento de *expert determination*, observa-se uma duração significativamente menor quando comparado a procedimentos arbitrais.

É impossível precisar quais seriam as durações das perícias a serem realizadas, tendo em vista que ela difere de acordo com a complexidade de cada caso, contudo, uma vez que o procedimento de *expert determination* trata-se da realização de um estudo técnico a respeito da matéria controvertida, esta é naturalmente inferior em relação a condução de um procedimento arbitral. Em uma análise realizada por Chris Snodin²⁰, é sinalizado que:

“A determinação do especialista pode ser emitida muito rapidamente, talvez uma ou duas semanas após a apresentação final das partes. Esta é uma característica particularmente atraente.” [SNODIN, 2022]

Nessa mesma linha, de acordo com Catherine Piercy²¹:

“É provável que a determinação de especialistas forneça uma alternativa muito mais rápida [...]. A duração de uma arbitragem depende muito das questões em disputa, do escopo das evidências apresentadas por qualquer uma das partes e, cada vez mais, da disponibilidade do tribunal para conduzir audiências e redigir a decisão.” [PIERCY, 2020]

Em uma comparação realizada por Catherine Piercy, é obtida a conclusão de que a média da duração de um procedimento arbitral consolida-se em 18-24 (dezoito a vinte e quatro) meses, enquanto a duração do *expert determination* perfaz 03 (três) meses – revelando uma economia temporal significativa na resolução de uma controvérsia.

Para além destes pontos, cabe sinalizar que a maioria dos procedimentos arbitrais necessitam da realização de uma perícia técnica – tal fato é visto, por exemplo, no relatório apresentado pela London Court of International Arbitration²², que aponta que, de trezentas arbitragens conduzidas anualmente na Corte, a maioria, se não todas, realizam perícia técnica.

Dessa forma, a realização do procedimento de *expert determination* em momento antecedente a um eventual procedimento arbitral também permite que, na instauração de uma arbitragem, os árbitros recebam a demanda já com um parecer técnico elaborado, o que também contribuirá para a duração razoável do processo.

Dessa forma, conclui-se que, a inserção do procedimento de *expert determination* em uma cláusula compromissória, bem como, a realização do respectivo procedimento, permite uma redução significativa na duração de uma controvérsia – permitindo que as partes obtenham uma resolução mais rápida e seja mais bem efetivado o princípio do acesso à justiça.

4.2. Custos e despesas

Além dos benefícios relativos à duração razoável do processo, também é possível mencionar que o procedimento de *expert determination* apresenta custos consideravelmente inferiores ao de uma arbitragem.

Enquanto arbitragens complexas costumam a ter três árbitros na composição de um tribunal, assim como, uma câmara arbitral já designada, o *expert determination* pode ser realizado (i) com apenas os custos dos honorários do *expert*, que, semelhante ao procedimento arbitral, serão divididos entre as partes e (ii) pode ser realizado sem vínculo a qualquer câmara arbitral.

²⁰ SNODIN, Chris, Arbitration versus Expert Determination, 2022, Harold Benjamin.

²¹ PIERCY, Catherine, Arbitration v Expert Determination: what are the relative merits?, Gatehouse Chambers, 2020.

²² LONDON COURT OF INTERNATIONAL ARBITRATION, Experts in International Arbitration, 2018. Disponível em: <https://www.lcia.org/News/experts-in-international-arbitration.aspx>

É notório que realizar um procedimento de *expert determination* através de uma câmara arbitral também traz benefícios no que diz respeito a logística e condução do procedimento, todavia, ainda que se considere a escolha de uma corte arbitral para a condução do procedimento, o procedimento ainda será menos oneroso do que a instauração de um procedimento arbitral, visto que o procedimento de ED detém uma maior simplicidade²³.

4.3. Impugnação ao procedimento de expert determination

Ao contrário de perícias conduzidas no Poder Judiciário, não existem recursos contra o parecer técnico elaborado por meio do *expert determination*. A decisão obtida através do *expert determination* será final e vinculativa – devendo conter, por questões de segurança jurídica, expressamente este entendimento na cláusula compromissória.

A jurisprudência internacional tem se consolidado no sentido de que se o perito realizou a tarefa que era contratualmente obrigado a realizar, esta deverá ser seguida, posto que, do contrário, haverá uma violação direta à autonomia privada das partes.²⁴

Nessa linha, Balz Gross²⁵ e Catherine Piercy²⁶ constataam que a decisão do *expert* apenas está sujeita a revisão em apenas três situações específicas, sendo elas, (i) quando for possível constatar parcialidade do *expert*, (ii) se houver fraude na elaboração do laudo pericial ou (iii) se o perito desviou-se materialmente de suas funções.

Caso inexistam quaisquer destes vícios, o parecer expedido pelo *expert* será final e vinculativo entre as partes. Tal entendimento é uníssono na doutrina internacional, assim como na jurisprudência, como por exemplo, no caso *Pontsarn Investments Limited v Kansallia-Osake-Pankki*²⁷, onde o tribunal entendeu que, em respeito ao princípio da autonomia privada, (i) é muito difícil contestar o parecer expedido pelo *expert*, e, (ii) uma vez encaminhada a conclusão técnica pelo *expert*, não caberia recurso contra esta.

Abrindo um parêntese, também existe uma discussão doutrinária que questiona a consideração do parecer como final e vinculativa, vez que este entendimento vai de encontro com o livre convencimento motivado do julgador. Sobre esta discussão, o professor Carlos Alberto Carmona²⁸, analisando o ordenamento jurídico, sustenta que:

“A adoção pelo legislador do princípio do livre convencimento não afasta a possibilidade de as partes estipularem na convenção de arbitragem regras relativas ao ônus da prova (distribuição convencional do ônus da prova), o que não tolhe a liberdade do juiz de avaliar a prova produzida.” [CARMONA, 2009, p. 298]

Desse modo, o *expert determination* pode e produzirá uma decisão final e vinculativa entre as partes. A diferença entre vinculação das partes e dos árbitros reside na ideia de que, se o julgador entender que o parecer do ED não aborda todas as matérias arguidas na arbitragem, poderá determinar uma produção de uma perícia adicional para elaborar sua decisão.

No entanto, cabe mencionar que a realização de uma nova prova pericial quando já há um parecer produzido pelo *expert*, não é algo comum na jurisprudência, tampouco na doutrina. Isto

²³ SNODIN, Chris, *Arbitration versus Expert Determination*, 2022, Harold Benjamin.

²⁴ AUSTRALIAN VINTAGE LIMITED V. BELVINO INVESTMENTS No 2 Pty Ltd, [2015] NSWCA 275, Supreme Court of New South Wales. Jones v. Sherwood Computer Services plc, [1992] 2 All ER 170, Court of Appeal.

²⁵ GROSS, Balz, *M&A disputes and expert determination: getting to grips with the issues*, 2010. Disponível em: [https://content.next.westlaw.com/practical-law/document/I8417d50a1cb111e38578f7ccc38debee/M-A-disputes-and-expert-determination-getting-to-grips-with-the-issues?viewType=FullText&transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://content.next.westlaw.com/practical-law/document/I8417d50a1cb111e38578f7ccc38debee/M-A-disputes-and-expert-determination-getting-to-grips-with-the-issues?viewType=FullText&transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true)

²⁶ PIERCY, Catherine, *Arbitration v Expert Determination: what are the relative merits?*, Gatehouse Chambers, 2020.

²⁷ PONTSARN INVESTMENTS LTD V KANSALLIS-OSAKE-PANKKI, [1992] EGLR 148, England and Wales Court of Appeal.

²⁸ CARMONA, Carlos Alberto *Arbitragem e processo: um comentário à Lei no. 9.307/96 - 3. ed.* Atlas, p. 298, 2009.

porque, os julgadores entendem o parecer é fruto da intenção e autonomia privada das partes. Assim, qual seria o sentido de convencionar um procedimento de *expert determination* final e vinculativo, se o tribunal não dever se ater a ele? O julgador, nessas circunstâncias, deve observar a vontade das partes e se limitar na análise de vícios processuais na realização do ED, e não questionar a decisão final.

4.4. Execução de um procedimento de *expert determination*.

Talvez uma das únicas desvantagens relacionadas ao procedimento de *expert determination* é que este, ao contrário da arbitragem, não produz uma sentença exequível. Tal fato exige, portanto, que o *expert determination* seja associado a outro ADR, para que, em uma eventual insurgência contra o resultado do parecer técnico, possa-se executar o parecer obtido, e eventuais compensações.

Uma possibilidade é que o processo de execução de um *expert* seja conduzido semelhante a um acordo firmado entre as partes ou através de um julgamento sumário, onde um Juízo com natureza jurisdicional poderá proferir uma decisão exequível. Contudo, embora estas sejam possibilidades, o entendimento majoritário é que uma decisão do *expert determination* normalmente é executável quando uma das partes se recusa a cumprir o que foi decidido, e, a outra parte, por meio de uma reclamação de quebra de contrato, solicita que uma câmara arbitral, por exemplo, profira uma sentença exequível.

Nessa discussão, é importante que as partes, na elaboração do contrato, decidam todas as questões procedimentais envolvendo o *expert determination*, especialmente no que diz respeito a sua vinculação e execução em caso de insurgência contra o parecer.

5 CONCLUSÃO.

Após a presente investigação, é possível concluir no sentido de que existem diversas vantagens na adoção de uma cláusula compromissória escalonada contendo o procedimento de *expert determination* e a arbitragem – vez que a conjugação destes procedimentos em uma cláusula arbitral permitirá a resolução de um conflito de maneira mais eficiente, rápida e econômica. Nessa linha, a arbitragem, que já é um meio extremamente eficaz, terá as suas vantagens e benefícios claramente maximizados. Conclui-se, também que, uma vez que é garantido às partes uma resolução mais eficaz do litígio, sem os entraves do Poder Judiciário no que concerne à morosidade, há uma maior atenção ao acesso à justiça e demais direitos fundamentais processuais. Além destas sinalizações, também é possível concluir que, para que de fato os benefícios mencionados se façam presentes, as cláusulas devem ser bem redigidas para contornar as poucas desvantagens dos procedimentos de *expert determination*.

REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO:

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática – 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

GAILLARD, Emmanuel e SAVAGE, John, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, p. 19, apud KOPELMANAS, Lazare Le rôle de l'expertise dans l'arbitrage commercial international, 1979, p. 205.

GERAIGE NETO, Zaiden. O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional: art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003; e RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Princípios processuais civis na Constituição, p. 52-53); WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional: princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico e mandado de segurança contra atos judiciais, Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Perfil Sociodemográfico dos Magistrados Brasileiros 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp->

content/uploads/2019/09/a18da313c6fdbcb6f364789672b64fcef_c948e694435a52768cbc00bda11979a3.pdf

CARMONA, Carlos Alberto Arbitragem e processo: um comentário à Lei no. 9.307/96 - 3. ed. Atlas, p. 31-32, 2009.
KENDALL, John, Expert Determination: its Use in Resolving Art and Antiquity Disputes, Art Antiquity & Law Volume II, Issue 4, ed. Leicester: Institute for Art and Law, p. 325, 1997.

BORN, Gary B., International Commercial Arbitration, 2 ed., ed. Kluwer Law International, 2014 p. 261 apud Judgment of 17 November 2008, DFT 4A_438/2008 (Swiss Federal Tribunal) (“expert determination is an agreement of substantive law by means of which the parties rely on a third party’s opinion on a issue of fact or point of law, to which they declared to be bound”); A. van den Berg, The New York Arbitration Convention of 1958 45 (1981) (“it is characteristic of these procedures that the proceedings are not adversary and that the third person makes the decision on the basis of his expert knowledge and experience”). Heart Research Institute Ltd v. Psiron Ltd, [2002] NSWSC 646, 16 (N.S.W. S.Ct.). The role of the expert in an “expert determination” differs from the roles of experts in other contexts, such as court or tribunal experts, party-nominated experts, or experts appointed to provide a non-binding advisory opinion. See §15.08[AA][7]; Valasek & Wilson, Distinguishing Expert Determination From Arbitration: The Canadian Approach in a Comparative Perspective, 29 Arb. Int’l 63, 65 (2013) (“the line separating arbitration from expert adjudication is faint”)

QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON, 2021 International Arbitration Survey: Adapting arbitration to a changing world, 2021. Disponível em: https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/LON0320037-QMUL-International-Arbitration-Survey-2021_19_WEB.pdf

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, ICC Dispute Resolution 2020 Statistics, 2020. Disponível em: <https://nyiac.org/wp-content/uploads/2021/09/ICC-Dispute-Resolution-2020-Statistics.pdf>

HONG KONG INTERNATIONAL ARBITRATION CENTRE, Costs and Duration. Disponível em: <https://www.hkiac.org/arbitration/costs-duration>

LONDON COURT OF INTERNATIONAL ARBITRATION, Costs And Duration: 2013-2016. Disponível em: <https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/2018/07/LCIA-Costs-and-Duration-Statistics.pdf>

INTERNATIONAL CENTRE FOR DISPUTE RESOLUTION (ICDR), Time and Cost Considering the Impact of Settling International Arbitrations Arbitration Report. Disponível em: <https://www.acerislaw.com/wp-content/uploads/2022/08/ICDR-Arbitration-Time-and-Cost.pdf>

SINGAPORE INTERNATIONAL ARBITRATION CENTRE (SIAC), SIAC Releases Costs and Duration Study, 2016. Disponível em: https://www.acerislaw.com/wp-content/uploads/2022/08/SIAC-Releases-Costs-and-Duration-Study_10-Oct-2016-1.pdf

CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ (CAM-CCBC), Relatório Anual 2019 Fatos e números , 2019. Disponível em: https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/wp-content/uploads/sites/10/2020/07/CAM_AR-versa%CC%83o-final-PORT-040720.pdf

SNODIN, Chris, Arbitration versus Expert Determination, 2022, Harold Benjamin.

PIERCY, Catherine, Arbitration v Expert Determination: what are the relative merits?, Gatehouse Chambers, 2020.

LONDON COURT OF INTERNATIONAL ARBITRATION, Experts in International Arbitration, 2018. Disponível em: <https://www.lcia.org/News/experts-in-international-arbitration.aspx>

SNODIN, Chris, Arbitration versus Expert Determination, 2022, Harold Benjamin.

AUSTRALIAN VINTAGE LIMITED V. BELVINO INVESTMENTS No 2 Pty Ltd, [2015] NSWCA 275, Supreme Court of New South Wales. Jones v. Sherwood Computer Services plc, [1992] 2 All ER 170, Court of Appeal.

GROSS, Balz, M&A disputes and expert determination: getting to grips with the issues, 2010. Disponível em: [https://content.next.westlaw.com/practical-law/document/I8417d50a1cb11e38578f7ccc38dcbee/M-A-disputes-and-expert-determination-getting-to-grips-with-the-issues?viewType=FullText&transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://content.next.westlaw.com/practical-law/document/I8417d50a1cb11e38578f7ccc38dcbee/M-A-disputes-and-expert-determination-getting-to-grips-with-the-issues?viewType=FullText&transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true)

PIERCY, Catherine, Arbitration v Expert Determination: what are the relative merits?, Gatehouse Chambers, 2020.

PONTSARN INVESTMENTS LTD V KANSALLIS-OSAKE-PANKKI, [1992] EGLR 148, England and Wales Court of Appeal.

CARMONA, Carlos Alberto Arbitragem e processo: um comentário à Lei no. 9.307/96 - 3. ed. Atlas, p. 298, 2009.