**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO**

CAROLINE SAMPAIO DE ALMEIDA

**A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA ARBITRAL: UMA
PERSPECTIVA COMPARADA DO DIREITO CANADENSE E DO
DIREITO BRASILEIRO**

**SÃO PAULO
2013**

CAROLINE SAMPAIO DE ALMEIDA

**A cláusula compromissória arbitral: uma perspectiva
comparada do direito canadense e do direito brasileiro**

**Tese apresentada à Banca Examinadora da
Faculdade de Direito da Universidade de
São Paulo como exigência parcial para a
obtenção de título de Doutor em Direito.**

**Área de concentração: Direito Econômico e
Financeiro.**

**Orientador: Professor Doutor Hermes
Marcelo Huck**

SÃO PAULO

2013

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

**Catálogo da Publicação
Serviço de Documentação Jurídica
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**

Almeida, Caroline Sampaio de.

A cláusula compromissória arbitral: uma perspectiva comparada do direito canadense e do direito brasileiro/ Caroline Sampaio de Almeida; Orientador Hermes Marcelo Huck – São Paulo, 2013.

Tese (Doutorado)--Universidade de São Paulo, 2013.

Palavras-chave: direito canadense – cláusula compromissória – análise econômica – autonomia negocial – direito brasileiro – *common law* – *civil law*.

Nome: Caroline Sampaio de Almeida

Título: A cláusula compromissória arbitral: uma perspectiva comparada do direito canadense e do direito brasileiro.

Tese apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como exigência parcial para a obtenção de título de Doutor em Direito, sob orientação do Professor Doutor Hermes Marcelo Huck.

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Eu jamais vou te esquecer!

Se a brisa da manhã tocar teu rosto e num gracejo fogoso fizer teus cabelos brincar, saiba que é um carinho meu, que sem querer te dizer adeus pedi ao vento para te entregar! Se ao andar pelas matas, sentir o cheiro da vida, de folhas secas e molhadas, perfume de flores, pode ser jasmim ou qualquer coisa assim, é ainda a minha mensagem, que vai com o meu perfume, para você jamais esquecer de mim! Ao ouvir o barulho de água cristalina, limpa, pura, vai te lembrar minhas loucuras tentando te conquistar! Uma cachoeira encantada vai te lembrar minha risada quando eu só existia para te Amar... E, ao ouvir pássaros cantando, em alguns galhos namorando, recordará de algumas canções que escutávamos baixinho, jogados em qualquer cantinho, deixando a canção dizer o que havia em nossos corações! Se uma gota de orvalho atrevida, em tua face pingar e mais uma outra ainda insistente cair, é apenas uma lágrima que escorregou, é a imensa Saudade a me consumir! E, ao cair da tarde, quando tudo for silêncio, olhe para o horizonte, escuta quando a noite chegar. A mesma estrela vai te dizer que mesmo que nunca mais te encontre, eu jamais vou te esquecer! (Celia Piovesan – poema que, juntamente com a tese, dedico a minha amada e saudosa mamãe)

AGRADECIMENTOS

À Deus, que me concedeu forças sobrenaturais para superar todas as dificuldades enfrentadas durante as disciplinas cursadas e a elaboração da tese, especialmente a mais árdua e dolorosa perda da minha mamãe no curso do doutoramento.

Ao meu papai, Fenando, e aos meus irmãos, Cristiane e Fernando, pela minha ausência, e ao meu amado companheiro, Mauro Eduardo, pela compreensão e pelo apoio incondicional.

Ao Ilustre Professor Doutor Hermes Marcelo Huck, meu orientador, pela oportunidade acadêmica, cuja confiança em mim depositada tornou-se um incessante guia, conduzindo-me até o objetivo ora conquistado. Sua serenidade, humildade e brilhante sabedoria, entre tantos outros atributos, não apenas contribuíram para o meu crescimento intelectual, mas, sobretudo, pessoal.

Aos Professores Doutores José Augusto Fontoura Costa e Diogo Rosenthal Coutinho, os quais prestaram os indispensáveis e necessários ajustes para o enriquecimento intelectual e estratégico do presente trabalho, sendo também solidários a minha dor diante da perda de minha mamãe, aceitando a redesignação da data da banca de qualificação.

À Professora Marcia Carla Pereira Ribeiro quem também tornou possível este sonho ao me orientar durante a elaboração do projeto de pesquisa.

À Sra. Fátima, Coordenadora da Secretaria de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, quem, mais do que uma excepcional profissional, foi uma “mãe” para mim ao prestar o necessário e valioso auxílio nas questões administrativas da universidade.

À Dra. Tânia, minha psicóloga, cujas orientações médicas foram fundamentais para avançar mais uma etapa de minha vida profissional.

Por fim, não posso deixar de externar os meus agradecimentos a Sra. Celi do escritório Lilla, Huck, Otranto, Camargo Advogados, quem sempre me recebeu com um acolhedor e fraterno sorriso.

“[...] se houver um mercado sem direito, teremos uma selva selvagem. Se, ao contrário, tivermos um direito sem o funcionamento do mercado, haverá a paralisação do país, e não haverá desenvolvimento” (WALD, Arnoldo, Entrevista ao Informativo IASP, n.º 72, abril/maio 2005, p.3).

RESUMO

Todos os sistemas jurídicos produzem leis e decisões judiciais, cuja diferença reside principalmente na predominância de uma dessas características. No sistema de *civil law*, preponderante no Brasil, prevalece a elaboração das normas, organizadas em códigos e leis. O sistema jurídico da *common law*, por sua vez, é baseado primordialmente em decisões judiciais, que inclusive condicionam a admissibilidade da intromissão normativa, vinculando a todos, independentemente de obrigatoriedade expressa ou sanções por descumprimento, como no Canadá. Apesar das diferenças, a rápida adesão do universo do *civil law* à economia de mercado e à globalização, por um lado, e o esforço de harmonização e unificação, por outro, têm contribuído para a diluição de fronteiras teóricas práticas entre os dois sistemas, além de suscitar um recrudescimento do interesse pela teoria do contrato. No Brasil, um dos exemplos dessa diluição, motivada principalmente pela morosidade processual ligada à tradição e cultura nacionais que nutrem certa simpatia pelos recursos, é a Lei de Arbitragem por meio da qual se conferiu aos tribunais arbitrais uma natureza quase judicial, iniciativa pioneira dos sistemas de *common law*. A difusão da arbitragem como meio alternativo de solução de controvérsias, sobretudo no âmbito empresarial, decorre em especial de sua flexibilidade procedimental, em cujo ambiente de liberdade se destaca seu grande protagonista, o árbitro, ao lhe permitir experimentar novos e variados meios de investigação dos fatos, otimizando a capacidade de compreensão do direito aplicável ao caso sob análise. As cláusulas arbitrais, particularmente, compatibilizam-se com os princípios da autonomia privada e da duração razoável do processo, refletindo inteiramente nos custos de transação das relações entre agentes econômicos. Elas instrumentalizam as denominadas “estruturas de conservação”, que remetem a uma atuação pacificadora de baixa litigiosidade, de modo a preservar e atualizar os valores inicialmente perseguidos pelos contratantes. Com isso, viabiliza-se a minimização dos riscos, maximização dos direitos e aprimoramento dos resultados das transações, sendo uma ferramenta eficiente sob a ótica econômica. Em sendo a cláusula arbitral uma extensão da autonomia negocial, constitui um poderoso instrumento de auxílio à cooperação eficiente entre as partes, induzindo comportamento mediante redução de custos de transação e incentivando o cumprimento do contrato com a interpretação e regulamentação de promessas. Considerando, assim, a forte interpenetração das duas

tradições jurídicas, torna-se imperiosa a análise da cláusula arbitral no contexto de um sistema misto, cujo ponto de partida será o Canadá em confronto com o sistema brasileiro. A pesquisa, por sua vez, não prescindirá dos contributos da análise econômica do Direito que compaginam o Direito com a própria evolução da sociedade, com destaque para a interação entre organizações econômicas e instituições, pois estas, ao estruturarem incentivos para os intercâmbios humanos (políticos, sociais e econômicos), afetam o desempenho da economia, definem e limitam o conjunto de escolha dos indivíduos, permitindo-lhes a redução de incertezas. A mesma lógica aplicar-se-á à arbitragem frente à postura do Poder Judiciário, cuja instituição é fundamental para garantir direitos de propriedade, fazer cumprir contratos e, acima de tudo, atribuir *enforcement* à cláusula compromissória arbitral.

ABSTRACT

All legal systems produce laws and judgments, whose difference consists mainly on the predominance in one of those characteristics. The civil law system, preponderant in Brazil, prevails the preparation of rules, organized in codes and laws. The legal system of common law is based primarily on judicial decisions that condition, inclusive the admissibility of the normative intromission, binding to all, regardless of the obligation expressed or sanctions for default, as in Canada. Despite the differences (the quick adhesion of the civil law universe to the market economy and globalization for one side, and the effort of harmonization and unification on the other side), they have contributed to the dilution of practical theoretical borders between the two systems, in addition to causing a resurgence of interest in contract theory. In Brazil, one of the examples of this dilution, motivated mainly by slowness procedural, linked to national tradition and culture which maintained some sympathy for appeals, it is the arbitration's law through whereby was conferred to arbitral tribunals a quasi-judicial nature, pioneering initiative of common law systems. Specially in the commercial context, the arbitration diffusion as an alternative dispute resolution derives mainly from its procedural flexibility, in which freedom environment makes its big protagonist stand out, the arbitrator, because it allows him to try new and varied means of facts investigation, optimizing the ability of understanding the law applicable to the case under examination. Particularly, the arbitration clauses are compatible with the principle of private autonomy and reasonable duration of proceedings, reflecting in transaction costs on relations between economic agents. They prime the so-called "conservation structures", which refer to a peacemaking activity of the lower litigation, in order to preserve and update the values initially persecuted by contractors. So, the risks are reduced, the rights are maximized and the results of the transactions are improved, being a powerful tool under the economic perspective. As the arbitration clause is an extension of the negotiating autonomy, it constitutes a powerful aid tool to the efficient cooperation between both, inducing behavior through transaction reduction costs and encouraging the fulfillment of the contract with the interpretation and regulation promises. Considering the strong interpenetration of the legal traditions, it becomes essential to analyze the arbitral clause in the mixed system context, whose starting point will be the Canada in confrontation with the Brazilian. The research, won't do without the

contribution of economic analysis of Law which paginate the Law with the society evolution, with emphasis on the interaction between economic organizations and institutions, that structuring incentives for human exchanges (political, social and economic), they affect the economy performance, define and limit the choice of individuals by allowing them to reduce uncertainties. The same logic will apply to arbitration before the judiciary's attitude, whose institution is critical to ensure property rights, enforcing contracts and assign enforcement to arbitration clause.

RIASSUNTO

Tutti i sistemi giuridici producono leggi e sentenze, la cui differenza risiede principalmente nella predominanza di una di queste caratteristiche. Nel sistema di *civil law*, preponderante in Brasile, prevale l'elaborazione di norme, organizzate in codici e leggi. Il sistema giuridico di *common law*, a turno, è basato specialmente sulle decisioni giudiziarie, comprese le condizioni di ricevibilità di ingerenza regolamentare, vincolante per tutti, indipendentemente dall'obbligo espresso o sanzioni per inadempimento, come in Canada. Nonostante le differenze, la rapida adesione dell'universo del *civil law* all'economia di mercato e alla globalizzazione, da un lato, e lo sforzo di armonizzazione e unificazione, dall'altro, hanno contribuito per la diluizione dei confini teorici pratici tra i due sistemi, inoltre causare una rinascita dell'interesse per la teoria del contratto. In Brasile, uno degli esempi di questa diluizione, motivato principalmente dalla lentezza procedurale associata alla nazionale tradizione e cultura che nutre qualche simpatia per appelli, è la legge dell'arbitrato per mezzo della quale ha conferito ai tribunali arbitrali una natura semigiudiziario, pionieristica iniziativa dei sistemi di *common law*. La diffusione dell'arbitrato come un mezzo alternativo di risoluzione di controversie, soprattutto nell'ambito dell'impresa, in particolare ha dovuto la sua flessibilità procedurale, in cui ambiente di libertà sta il suo protagonista, l'arbitro, per permettere a lui di provare nuovi e vari mezzi di investigazione dei fatti, ottimizzando la capacità di comprendere la legge applicabile al caso in esame. Le clausole arbitrali, in particolare, sono compatibili con il principio di autonomia privata e la durata ragionevole del procedimento, che si riflette nei costi di transazione sulle relazioni tra gli agenti economici. Loro rappresentano «strutture di conservazione» che rimettono a una attività pacificatrice di basso conflitto, per conservare e aggiornare i valori inizialmente perseguitati dagli appaltatori. Questo rende la riduzione del rischio, massimizzazione dei diritti e il miglioramento dei risultati delle operazioni, essendo un potente strumento degli punti di vista economico. Essendo la clausola arbitrale un'estensione dell'autonomia negoziale, costituisce un potente strumento per favorire una cooperazione efficace tra le parti, indurre comportamenti attraverso la riduzione dei costi di transazione e incoraggiando l'adempimento del contratto con le promesse di interpretazione e regolamento. Tenendo in considerazione le forti compenetrazioni tra le tradizioni legali, diventa essenziale per analizzare la clausola

arbitrale nel contesto di un sistema misto, il cui punto di partenza sarà il Canada nel confronto con il sistema brasiliano. La ricerca, a sua volta, non lascerà di utilizzare i idee di analisi economica del Diritto che paginano il Diritto con l'evoluzione della società, con enfasi sull'interazione tra le organizzazioni economiche e le istituzioni, i cui permettono di strutturare i incentivi per gli scambi umani (politici, sociali ed economici), influenzano la performance dell'economia, definiscono y limitano la scelta degli individui permettendo loro di ridurre le incertezze. La stessa logica si applica all'arbitrato di fronte al posizione della magistratura, la cui istituzione è fondamentale per garantire i diritti di proprietà, far rispettare i contratti e, soprattutto, assegnare l'applicazione della clausola compromissoria.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AAA– *American Arbitration Association*
ABA – *American Bar Association*
ABCA - *Alberta Court of Appeal*
ABQB – *Alberta Court of Queen's Bench*
AC – *Apelação Cível*
ADC – *Ação Declaratória de Constitucionalidade*
ADI – *Ação Direta de Inconstitucionalidade*
ADPF - *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*
ADR – *Alternative Dispute Resolution*
AED – *análise econômica do Direito*
AGA – *Agravo Regimento no Agravo de Instrumento*
AgRg – *Agravo Regimental*
AI – *Agravo de Instrumento*
All ER — *All England Law Reports*
Alta - *Alberta*
Alta. L. R. – *Alberta Law Reports*
Alta Q.B. - *The Court of Queen's Bench of Alberta*
A.R. – *Alberta Reports*
Art. – *Artigo*
B.C.A.C. – *British Columbia Appeal Cases*
BCCA – *British Columbia Court of Appeal*
BCICAC – *British Columbia International Commercial Arbitration Centre*
BCSC – *Supreme Court of British Columbia*
BPCPA – *Business Practices and Consumer Protection Act*
C.A. – *Recueils de Jurisprudence du Quebec: Cour d'Appel*
CAA – *Canadian Arbitration Association*
CAM-CCB – *Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil Canadá*
CBAR – *Comitê Brasileiro de Arbitragem*
CBMAE – *Câmara Brasileira de Mediação e Arbitragem Empresarial*
CC – *Código Civil (Brasil)*

CCA – *Commercial Arbitration Act*
 CCI – Câmara de Comércio Internacional
 CCQ – Código Civil de Quebec
 CCSM – *Continuing Consolidated Statutes of Manitoba*
 CDB – *Combined Dispute Board*
 CF – Constituição da República Federativa do Brasil (1988)
 Cf. – confira
 CLII – *Canadian Legal Information Institute*
 CP - Código Penal (Brasil)
 CPC – Código de Processo Civil (Brasil)
 CPCQ – Código de Processo Civil de Quebec
 CNI – Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras
 CNJ - Conselho Nacional de Justiça
 CNTS - Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde
 DAB – *Dispute Adjudication Board*
 DRB – *Dispute Review Board*
 DRBF – *Dispute Resolution Board Foundation*
 DB – *dispute board*
 DF – Distrito Federal
 DJ – Diário da Justiça
 D.L.R. - *Dominion Law Reports* (Canada)
 EC – Emenda Constitucional
 EDcl. – Embargos Declaratorios
 ER - *England Reports*
et al. – *et alii*
 ex. – exemplo
 EUA – Estados Unidos da América
 FCA – *Federal Court of Appeal (Can.)*
 FCR - *Federal Court Reports*
 FIDIC – *Fédération des Ingénieurs-Conseils*
 JFPR – Justiça Federal

HC – *Habeas Corpus*
 H.L. - *House of Lords*
 H.L.C. - *Clark's House of Lords Cases* (Eng.)
 ICC – *International Chamber of Commerce*
 ICSID – *International Centre for Settlement of Investment Disputes*
Id. Ibid. – *Idem Ibidem*
 JCP – *Juris Classeur Périodique*
 J.E. – *Jurisprudence Express*
 K.B. – King's Bench
 LCIA – *London Court of International Arbitration*
 LINDB - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
 LRC - *Law Reports of the Commonwealth*
 Man. – Manitoba
 M.R. – *Manitoba Reports*
 MS – Mandado de Segurança
 NAFTA – *North American Free Trade Agreement*
 NB – New Brunswick
 NEI – nova economia institucional
 NS – Nova Scotia
 NSSC – *Supreme Court of Nova Scotia*
 NSWCA – *New South Wales Court of Appeal (Australia)*
 NWT – Northwest Territories
 Ont. - Ontario
 ONCA - *Ontario Court of Appeal*
 Ont. S.C.J./ONSC – *Ontario Superior Court of Justice*
 O.R. – *Ontario Reports (Canada)*
 p.ex. – por exemplo
 Q.B. – *Law Reports, Queen's Bench*
 QCCA - *Québec Court of Appeal*
 QL – *Quicklaw*
 PEI – Prince Edward Island
 PRT – Procuradoria Regional do Trabalho

RESA – *Reciprocal Enforcement of Judgments Act* (Alberta)
 REsp – Recurso Especial
 RSA – *Revised Statute of Alberta*
 RSBC – *Revised Statute of British Columbia*
 RSC - *Revised Statutes of Canada*
 RSNL – *Revised Statutes of Newfoundland and Labrador*
 RSNS – *Revised Statutes of Nova Scotia*
 RSNWT – *Revised Statutes of Nunavut*
 RSO – *Revised Statutes of Ontario*
 RSPEI – *Revised Statutes of Prince Edward of Island*
 RSQ – *Revised Statutes of Quebec*
 RSY – *Revised Statutes of Yukon*
 Sask – Saskatchewan
 Sask R. – *Saskatchewan Reports*
 SBC - *Statute of British Columbia*
 S.C. - *Statutes of Canada*
 SCBC – *Supreme Court of British Columbia*
 SCC – Supreme Court of Canada
 SCJ – Supreme Court of Justice
 S.C.R. – *Supreme Court Reports*
 SE – Sentença Estrangeira
 SEC – Sentença Estrangeira Contestada
 SM – *Statute of Manitoba*
 SNB – *Statute of New Brunswick*
 SNS – *Statute of Nova Scotia*
 SO – *Statutes of Ontario*
 SP – São Paulo
 SS – *Statutes of Saskatchewan*
 STF – Supremo Tribunal Federal
 STJ – Superior Tribunal de Justiça
 TCT – teoria dos custos de transação
 TJSC – Tribunal de Justiça de Santa Catarina

TJDF – Tribunal de Justiça de Distrito Federal
TJMG – Tribunal de Justiça de Minas Gerais
TJMT – Tribunal de Justiça do Mato Grosso
TJMS – Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul
TJPA – Tribunal de Justiça do Pará
TJPR – Tribunal de Justiça do Paraná
TJRJ – Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
TJRS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
TJSP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
TRF4 – Tribunal Regional Federal da Quarta Região
TST – Tribunal Superior do Trabalho
UNCITRAL – *United Nations Commission on International Trade Law*
UNIDROIT – *International Institute for the Unification of Private Law*
USP – Universidade de São Paulo
W.L.R. – *Weekly Law Reports*
W.W.R. – *Western Weekly Reports*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	22
1 <i>COMMON LAW</i>, <i>CIVIL LAW</i> E A ATUAL INTERDEPENDÊNCIA ENTRE OS DOIS SISTEMAS LEGAIS: A EXPERIÊNCIA DO DIREITO CANADENSE.....	31
1.1 PRINCIPAIS DIFERENÇAS ESTRUTURAIS E APROXIMAÇÕES ENTRE OS SISTEMAS DE DIREITO CONSUETUDINÁRIO E CODIFICADO	31
1.2 TENSÃO E CONVERGÊNCIA ENTRE <i>COMMON LAW</i> E <i>CIVIL LAW</i> : COMPARTILHAMENTO DAS (IN)EFICIÊNCIAS DE CADA SISTEMA E MODELOS ECONÔMICOS	44
1.3 A ESTRUTURA DAS CORTES JUDICIAIS CANADENSES E A APARENTE COMPLEXIDADE DA LEGISLAÇÃO QUE REGULA A ARBITRAGEM COMERCIAL NO CANADÁ	55
1.3.1 Apontamentos gerais sobre o direito canadense	55
1.3.2 As cortes judiciais canadenses	61
1.3.3 Breve histórico da arbitragem no Canadá.....	62
1.3.4 Características fundamentais da arbitragem à luz do <i>common law</i>	67
1.3.5 A disciplina legal da arbitragem comercial: uma visão holística	71
1.3.6 Os limites da intervenção judicial na arbitragem canadense	79
1.4 A IMPORTÂNCIA DA COMPREENSÃO DOS MECANISMOS DE AMBOS OS SISTEMAS LEGAIS NO CONTEXTO DA ARBITRAGEM INTERNACIONAL.....	81
2 A AUTODISCIPLINA CONTRATUAL COMO FATOR DETERMINANTE AO DESENVOLVIMENTO DAS RELAÇÕES NEGOCIAIS E PREVENÇÃO DE DISPUTAS: UMA ANÁLISE A PARTIR DA INTERFACE DIREITO E ECONOMIA.....	85
2.1 O CONTRATO NO CONTEXTO DA ECONOMIA E SUA ANÁLISE JURÍDICA	86
2.1.1 Principais teorias contratuais: da neoclássica à análise econômica do Direito.....	90
2.1.2 A incompletude contratual no contexto empresarial e sua comunicação com as teorias contratuais: pressupostos e efeitos do inacabamento contratual	95
2.1.3 A morte e a vida do contrato em Grant Gilmore: proposta de uma nova teoria do contrato	103
2.1.4 O apoio normativo à autodisciplina: objetivos, custos e benefícios	116
2.2 A AUTORREGULAÇÃO COMO VERDADEIRA ORDEM JURÍDICA PRIVATIVA: OS BENEFÍCIOS DA LÓGICA CORPORATIVA	123
2.2.1 Normas sociais e sua integração no seio da interface Direito e Economia: o ordenamento privado de Oliver Williamson.....	123
2.2.2 O papel das instituições nos países em desenvolvimento a partir de uma leitura	130

2.2.3 A insuficiência da arquitetura normativa para regular as relações empresariais como estímulo à utilização preferencial de normas sociais.....	136
2.2.4 Vetores de funcionamento: peculiaridades e o impacto na dinâmica do contrato empresarial.....	139
2.3 MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS: INCENTIVOS À REDUÇÃO DOS CUSTOS DE LITIGÂNCIA, PATOLOGIA DECORRENTE DA INEXECUÇÃO OU EXECUÇÃO DEFEITUOSA DO CONTRATO	142
2.3.1 Algumas medidas para a prevenção de disputas especificamente em negócios internacionais	145
2.3.2 A importância dos <i>dispute boards</i> como aliados da cláusula arbitral.....	150
3 A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA COMO INSTRUMENTO DE PERENIDADE DAS RELAÇÕES EMPRESARIAIS E SUA ANÁLISE ECONÔMICA.....	150
3.1 NATUREZA JURÍDICA DA ARBITRAGEM: A TEORIA AUTONOMISTA	157
3.2 FUNDAMENTOS PRIVADOS DA ARBITRAGEM: AUTONOMIA NEGOCIAL E FORÇA NORMATIVA DAS CONVENÇÕES PRIVADAS.....	160
3.2.1 Algumas peculiaridades da cláusula compromissória arbitral: características, elementos, conteúdo, efeitos e sua implementação na prática.....	162
3.2.2 A autonomia negocial como fundamento privado da cláusula compromissória, cuja manifestação é vista sob o prisma de negócio jurídico.....	181
3.2.3 A cláusula compromissória nos contratos empresariais: eficiência econômica ...	187
3.3 A FLEXIBILIDADE PROCEDIMENTAL DA ARBITRAGEM COMO MECANISMO PROPULSOR DA AUTONOMIA NEGOCIAL: O ÁRBITRO COMO GRANDE PROTAGONISTA	193
4 A CONEXÃO ENTRE SEGURANÇA JURÍDICA E EFICIÊNCIA ECONÔMICA: ANÁLISE DE ESTUDOS EMPÍRICOS SOBRE O <i>ENFORCEMENT</i> GARANTIDO PELOS TRIBUNAIS À CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA ARBITRAL.....	198
4.1 A RELAÇÃO ENTRE ARBITRAGEM E JUDICIÁRIO NO BRASIL: A PESQUISA PIONEIRA REALIZADA PELO COMITÊ BRASILEIRO DE ARBITRAGEM EM PARCERIA COM A ESCOLA DE DIREITO DA FUNDAÇÃO DE GETÚLIO VARGAS	198
4.2 A RELAÇÃO ENTRE ARBITRAGEM E JUDICIÁRIO NO CANADÁ: ANÁLISE DOS RECENTES <i>LEADING CASES SEIDEL V. TELUS COMMUNICATIONS INC. E YUGRAFEFT CORP V. REXX MANAGEMENT CORP. DA SUPREME COURT DO CANADÁ</i>	207
4.3 PROPOSTAS PARA O DIREITO BRASILEIRO A PARTIR DA PESQUISA REALIZADA COM A FINALIDADE DE AUMENTAR A EFICÁCIA DA CLÁUSULA	

COMPROMISSÓRIA ARBITRAL, SEM PRESCINDIR DE SEU REFLEXO NO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO.....	220
CONCLUSÃO.....	228
REFERÊNCIAS.....	234
ANEXOS.....	257

INTRODUÇÃO

Todos os sistemas jurídicos produzem leis e decisões judiciais, isto é, normas e precedentes, cuja diferença entre *commom law* e *civil law* reside principalmente na predominância de uma dessas características. O Brasil é um dos países que adota um sistema preponderantemente de *civil law*, no qual se destaca a metódica elaboração das normas, organizadas em códigos e leis. Nesse sistema legal, cada caso julgado é considerado único, permitindo aos juízes de diferentes instâncias a manifestação de opiniões contrárias sobre um mesmo assunto, além de autorizar um número maior de interpretações. Os precedentes não têm a mesma força vinculante que a norma contém, razão pela qual é tolerada a reabertura de discussão judiciária a respeito da interpretação de determinada lei, apesar de estável e já realizada pela jurisprudência dos tribunais.

O sistema jurídico da *common law*, por sua vez, é baseado primordialmente em decisões judiciais, as quais compõem, em regra, microssistemas que condicionam até mesmo a admissibilidade da intromissão normativa. Esses precedentes vinculam a todos, à sociedade e aos aplicadores das leis, independentemente de obrigatoriedade expressa ou sanções para o descumprimento, como ocorre nos Estados Unidos da América (EUA) e na Inglaterra. No campo da arbitragem, o tratamento que lhe é conferido também difere de acordo com o sistema jurídico adotado por conta de sua organização judiciária.

Não obstante essas divergências, a rápida adesão do universo do *civil law* à economia de mercado e à globalização, por um lado, e o esforço de convergência, harmonização e unificação, por outro, têm contribuído para a diluição de fronteiras teóricas práticas entre as duas famílias de direitos, além de suscitar um recrudescimento do interesse pela teoria do contrato.

Enquanto a regra escrita tende a ser cada vez mais admitida nos países que adotam a tradição *common law* – tal como a lei aprovada pela Câmara dos Representantes nos EUA referente ao plano de ajuda às instituições financeiras, reflexo este da grave crise econômica e financeira provocada pelos excessos do liberalismo característicos de alguns dos principais países que adotam a *common law*, quando, então, são pensadas ou admitidas formas de intervenção antes impensáveis no referido país –, as ideias de jurisprudência vêm inspirando profundas transformações nos sistemas baseados na *civil law*.

No Brasil, o principal exemplo dessa aproximação entre os dois sistemas legais, além da adoção pela justiça brasileira de súmulas vinculantes trazidas pela Emenda Constitucional (EC) nº 45/04, é a Lei de Arbitragem (ênfatisada pela era da contratualização), declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 2004,¹ com o reconhecimento da eficácia da sentença arbitral independentemente de homologação pelo Poder Judiciário em casos de arbitragens nacionais. Em outras palavras, conferiu-se aos tribunais arbitrais uma natureza quase judicial, embora sujeitos ao controle do Poder Judiciário, iniciativa pioneira dos sistemas de *common law*.

Dentre os principais motivos para tal aproximação, destacam-se a crescente demanda pelos serviços jurídicos (população mais informada sobre seus direitos), a retomada do crescimento da economia (estabilidade econômica nacional), a globalização dos mercados (agilidade e complexidade das operações de natureza comercial e financeira), a privatização de diversas atividades econômicas (retração estatal em vários setores), a dificuldade do Estado em modernizar e administrar a Justiça (morosidade processual e insegurança jurídica decorrente da imprevisibilidade das decisões judiciais).

A problemática da morosidade processual, em particular, está umbilicalmente ligada à tradição e cultura nacionais que nutrem certa simpatia pelos recursos. O próprio ordenamento jurídico pátrio, aliás, incentiva a facilitação do reexame dos julgados ao disponibilizar à parte sucumbente vários meios processuais de insurgência contra a decisão que lhe foi desfavorável, inclusive nos casos em que é irrecorrível, quando então se permite o manejo do mandado de segurança contra ato judicial. Isso atrasa a entrega do provimento jurisdicional e, muitas vezes, impõe o perecimento do próprio direito, constituindo-se em fonte de desestímulo a investimentos estrangeiros em determinado país devido aos altos custos empresariais.

Por essa razão, nos últimos anos, o Brasil tem sinalizado a sua tendência em cada vez mais adotar alguns instrumentos típicos da *common law* a fim de evitar a sobrecarga do Poder Judiciário e a ineficácia da prestação jurisdicional. A jurisprudência, por exemplo, teve o seu valor de guia para os demais julgamentos acentuado com a adoção das súmulas vinculantes (resultado de reiteradas decisões sobre a matéria constitucional, ao teor do artigo 103-A da Constituição Federal – CF). Na mesma linha está o efeito vinculante

¹ O entendimento foi firmado no julgamento de recurso em processo de homologação de Sentença Estrangeira (SE) nº 5.206, de Relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence.

atribuído a decisões proferidas no bojo de determinadas ações constitucionais – cuja base está no instituto do *stare decisis* do *common law* –, decorrente do atual modelo constitucional, uma vez que a não observância das decisões do STF debilita a própria força normativa da Constituição Federal.

Aliada à referida tendência está a difusão da arbitragem como meio alternativo de solução de controvérsias, sobretudo no âmbito do direito empresarial, foco do presente trabalho, em virtude da dinamicidade, do caráter sigiloso de suas relações e, em especial, por ser um método peculiar de julgar. Ou seja, a arbitragem compõe uma estrutura diferente daquela oferecida pelo Estado para a solução de controvérsias, muito embora os princípios do processo civil também orientem e permeiem o processo arbitral. O diferencial do método arbitral, todavia, reside justamente na flexibilidade procedimental, em cujo ambiente de liberdade se destaca seu grande protagonista, o árbitro, ao lhe permitir experimentar novos e variados meios de investigação dos fatos, otimizando a capacidade do mesmo de compreensão do direito aplicável ao caso sob análise.²

As cláusulas compromissórias arbitrais, em especial, compatibilizam-se com os princípios da autonomia privada (art. 5º, inc. II, CF) e da duração razoável do processo (art. 5º, inc. LXXVIII, CF c/c art. 8º, 1, do Pacto de São José da Costa Rica, recepcionado pelo Brasil por meio do Decreto nº 678/92), cuja forma de resolução de controvérsias repercute inteiramente nos custos de transação das relações entre agentes econômicos³. Elas instrumentalizam as denominadas “estruturas de conservação”,⁴ que remetem, quando da eventual ocorrência de alguma controvérsia acerca da interpretação ou execução contratual, a uma atuação pacificadora de baixa litigiosidade, por meio do processo arbitral, preservando-se e atualizando-se os valores, intenções e escopos inicialmente perseguidos pelos contratantes. Com isso, viabiliza-se a minimização dos riscos, maximização dos direitos e aprimoramento dos resultados das transações, sendo uma ferramenta eficiente sob a ótica econômica.

Nos contratos firmados entre as empresas que pretendam fixar relacionamentos de longa duração (contratos relacionais), tem sido frequente a inserção de referidas “estruturas

² CARMONA, Carlos Alberto. **Em torno do árbitro**. Revista de Arbitragem e Mediação, ano 8, n. 28, jan-mar 2011, São Paulo: Revista dos Tribunais, pp.49-50.

³ COASE, Ronald. **The problem of social cost**. 3º Journal of Law and Economics, out. 1960.

⁴ SILVA, Eduardo Silva da. **Arbitragem e direito da empresa: dogmática e implementação da cláusula compromissória**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.42.

de conservação”, as quais se projetam indeterminadamente no tempo diante da natureza da atividade dos contratantes, como, por exemplo, a do empresário com o seu principal fornecedor de matéria-prima, a do franqueador com os seus franqueados. Esses relacionamentos têm profundo caráter econômico, financeiro e estratégico e proporcionam, além do vínculo primordial do empresário e de seus fornecedores principais, diversos outros necessários a sua subsistência em uma economia de mercado.

Não se pode olvidar que uma das finalidades do direito contratual é justamente promover relações duradouras, criando mecanismos para solucionar o problema da cooperação, evitando-se recorrer aos tribunais para a execução dos contratos. Em sendo a cláusula compromissória arbitral uma extensão da autonomia negocial, em cuja esfera de regulação própria e legítima (fonte negocial) há criação de uma instância jurídica distinta da pública, não restam dúvidas de que constitui um poderoso instrumento de auxílio à cooperação eficiente entre as partes, induzindo comportamento, mediante redução de custos de transação (definidos como custos para o funcionamento do sistema de mercado, tais como negociação, busca de informação, redação de contratos etc.), e incentivando o cumprimento do contrato com a interpretação e regulamentação de promessas.

Portanto, considerando a forte tendência de interpenetração entre os dois sistemas jurídicos predominantes e a produção de reflexos econômicos – não negligenciáveis na sociedade – decorrentes da maior ou menor estabilidade e potencialidade de solução de conflitos, sobretudo na economia, revela-se de extrema importância o estudo do direito canadense, no qual coexistem os dois sistemas, cujos casos são diariamente analisados pela Suprema Corte do Canadá.

Não só a natureza mista do sistema legal, denominada bijuralismo, e o multiculturalismo⁵ motivaram a escolha do Canadá para uma análise comparativa, como também a abrangência de sua jurisprudência, a qual não se limita àquela oriunda da Suprema Corte canadense, incluindo também as decisões de outros órgãos judiciários, tais como da Suprema Corte dos EUA, Cortes Superiores do Reino Unido e Cortes Supremas dos países que integram o *commonwealth* (Escócia, Irlanda, País de Gales, Austrália e

⁵ Alexis de TOCQUEVILLE, aliás, ao visitar as Cortes em Quebec, ficou surpreso com a vasta variedade de línguas e tradições usadas na jurisdição (**Oeuvres complètes voyages en sicile et aux états unis**. t. 5, vol. 1, 2. éd. J.-P. Mayer, Paris: Gallimard, 1957, pp.212-213).

Nova Zelândia).⁶ Mesmo que as referidas decisões tenham que ser validadas pela Suprema Corte do Canadá para obterem o respectivo cumprimento, tal característica coloca o sistema jurídico do Canadá como um dos mais abertos e avançados do mundo.

Acrescente-se, ainda, que o Canadá, com o consenso de suas províncias, foi o primeiro país do mundo, em 1986, a adotar a Lei Modelo da *United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL)⁷ sobre Arbitragem Comercial Internacional, doravante denominada simplesmente Lei Modelo UNCITRAL, ano no qual também coincidiu a adoção da Convenção de Nova Iorque (CNI) de 1958. O sucesso da arbitragem no Canadá atribui-se, em tese, às seguintes características de seu ordenamento jurídico: alcance limitado da intervenção judicial, reconhecimento e *enforcement* das sentenças arbitrais estrangeiras, autonomia da parte e liberdade do contrato.⁸

Diante disso, torna-se imperiosa a análise da cláusula compromissória arbitral no contexto de um sistema legal misto, cujo ponto de partida será o Canadá em confronto com o sistema brasileiro, enfrentando-se a temática da arbitragem como instrumento mais flexível e adaptado às necessidades empresariais. Pretende-se com a presente contribuição a difusão de seu uso, uma vez que, acredita-se, constitui importante elemento de eficiência na concorrência entre as empresas em virtude da previsibilidade econômica e segurança jurídica que proporciona, sobretudo no campo internacional, à medida que “[...] a arbitragem ingressa como mecanismo essencial para o fluxo de capital estrangeiro no país”.⁹

Em face dessas emergentes tendências do sistema legal brasileiro, torna-se oportuno valer-se da experiência do direito canadense, no qual coexistem há mais de dois séculos os sistemas *common law* e *civil law*¹⁰ como pano de fundo para a análise da

⁶ SANTOS, Sandro Schmitz dos. **Direito canadense: algumas particularidades**. Interfaces Brasil/Canadá, Rio Grande, n.7, 2007, p.238. Disponível em: <www.revistabecan.com.br>. Acesso em: 12.12.2011.

⁷ Lei Modelo da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional.

⁸ THOMSON, Claude R. e FINN, Annie M. K. **International commercial arbitration: a canadian perspective**. ADR Chambers International, 2001. Disponível em: <adrchambersinternational.com>. Acesso em: 15.07.2011.

⁹ RAÑA, Liliam. **A arbitragem é essencial para o capital estrangeiro**. Revista Consultor Jurídico, 29.11.2011.

¹⁰ Até 1849, o Canadá incorporava decisões e alterações do direito inglês, berço da *common law* canadense. Outros documentos legislativos e decretos, que remontam há aproximadamente oitocentos anos, também são aplicáveis no Canadá, muito embora essa influência tenha enfraquecido com o decorrer do tempo e diante de novas leis. É possível citar como exemplos de documentos legislativos: Magna Carta, 1215; *Petition of Right*, 1629; *Bill of Rights*, 1689; *Act of Settlement* de 1701, entre outros. *Newfoundland, Prince Edward Island, New Brunswick* e *Nova Scotia* seguiram a *common law* antes da Confederação. A província do Canadá, por sua vez, era inicialmente colônia francesa – também denominada Nova França –

cláusula compromissória. A pesquisa, por sua vez, não pode prescindir dos contributos da análise econômica do Direito (AED) que compaginam o Direito com a própria evolução da sociedade, servindo como catalisador na diluição das fronteiras teóricas e práticas entre as duas famílias de direitos.

Entre tais contribuições, destaca-se a análise da interação entre organizações econômicas e instituições, pois estas, ao estruturarem incentivos para os intercâmbios humanos (políticos, sociais e econômicos), afetam o desempenho da economia, definem e limitam o conjunto de escolha dos indivíduos, permitindo-lhes a redução de incertezas. Para Douglass Cecil North, as empresas se estabelecem visando aproveitar oportunidades vantajosas, que serão definidas pelo conjunto de limitações existentes. Por exemplo, se os direitos de propriedade são inseguros, se as leis são parcialmente cumpridas, se há barreiras de entrada e restrições monopolistas, as empresas que maximizam as utilidades tenderão a atuar no curto prazo com aplicação de reduzido capital fixo e em pequena escala.¹¹

A mesma lógica aplica-se à arbitragem frente à postura do Poder Judiciário, cuja instituição é fundamental para garantir direitos de propriedade, fazer cumprir contratos e, acima de tudo, atribuir *enforcement* à cláusula compromissória arbitral.

Nessa linha, revela-se imprescindível o estudo da relação entre arbitragem e Judiciário no contexto de um sistema legal misto, a partir de uma perspectiva comparativa do direito canadense, com enfoque na cláusula compromissória arbitral como mecanismo mais eficiente e adequado à solução de conflitos societários e empresariais.

Atualmente, a empresa é caracterizada como uma unidade de produção e de organização econômica que exerce amplamente a autonomia conferida pelo ordenamento jurídico para estabelecer a circulação de riquezas. Essa autonomia corresponde à unificação das obrigações comerciais e civis com a figura de empresário, denominada por

, que adotava *civil law*. Após a conquista, o Reino Unido assegurou a permanência da *civil law* no *Quebec Act* de 1774. O *Constitutional Act* de 1791, porém, separou a província de Quebec em Canadá Superior (atual sul de Ontario) e Canadá Inferior, correspondente à metade da costa leste (atual sul de Quebec). Enquanto este permaneceu *civil law*, o Canadá Superior rapidamente adotou *common law*. (Disponível em <www.canadiana.ca>. Acesso em: 27.10.2011).

¹¹ NORTH, Douglass Cecil. **Institutions, institutional change, and economic performance**. Cambridge, U.K.: Cambridge University Press, 1990, p.67. Nessa obra, o autor analisa a natureza das instituições e os reflexos destas no desempenho econômico, cujo objetivo primário consiste em compreender as diferentes performances da economia no tempo.

Miguel Reale de “autonomia negocial”,¹² por meio da qual se conserva e mantém os vínculos estabelecidos pela adoção da arbitragem.

As relações entre arbitragem e Direito da Empresa se impõem pela necessidade de manutenção da racionalidade própria dos operadores econômicos. Diante disso, estatutos jurídicos passaram a reconhecer essa esfera de regulação jurídica própria, privilegiando a adoção da convenção arbitral instituída principalmente pela cláusula compromissória inserida nos contratos de sociedade e naqueles firmados entre empresas.

O Direito da Empresa, assim, abrange em sua integralidade não só a capacidade de exercício da autonomia negocial, mas, sobretudo, a possibilidade de administrar as inevitáveis controvérsias existentes após firmadas as relações negociais. Nesse ponto, emerge a arbitragem, cuja utilização nos contratos empresariais se apresenta como alternativa de maior consensualidade e, concomitantemente, garantia de que a decisão adotará critérios minimamente funcionais aos interesses dos envolvidos. Se a cláusula compromissória inserida no contrato estiver adequadamente redigida e sua utilização facilitada pelo sistema jurídico de determinado país, o contrato e as relações jurídicas que ele transporta estarão salvos de um rompimento absoluto e de uma longa e desgastante controvérsia judicial.

A partir de tais considerações, ganha importância o estudo da relação entre arbitragem e Judiciário brasileiro, à luz da economia neoclássica, valendo-se, para tanto, da experiência canadense, em cujo país coexistem os sistemas *common law* e *civil law*. Importante também a análise dos principais mecanismos jurídicos utilizados por esses sistemas – adesão à Lei Modelo UNCITRAL, por exemplo –, que tornam mais efetiva a cláusula compromissória arbitral, cuja padronização permite que os contratos sejam rápida e eficientemente integrados no mercado internacional.

O presente trabalho foi inicialmente dividido em quatro partes, das quais a primeira destina-se à interface entre os sistemas *common law* e *civil law*, pontuando-se suas

¹² Para Miguel Reale, no campo da Ciência Jurídica, é equivocada a distinção entre fonte formal e material, pois toda fonte de direito implica “uma estrutura normativa capacitada a instaurar normas jurídicas em função de fatos e valores, graças ao poder que lhe é inerente” (**Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico**. São Paulo: Saraiva, 1994, p.15). Em razão disso, o autor menciona quatro fontes de direito, porque quatro são as formas de poder, a saber: “o processo legislativo, expressão do Poder Legislativo; a jurisdição, que corresponde ao Poder Judiciário; os usos e costumes jurídicos, que exprimem o poder social, ou seja, o poder decisório anônimo do povo; e, finalmente, a fonte negocial, expressão do poder negocial ou da autonomia da vontade” (**Lições preliminares de direito**. 22. ed., São Paulo: Saraiva, 1995, p.141).

diferenças e semelhanças, de forma a enaltecer a experiência canadense como ambiente legal fértil ao desenvolvimento da arbitragem. No mesmo capítulo, analisar-se-á brevemente a estrutura judiciária do Canadá, bem como a aparente complexidade da legislação que disciplina arbitragem tanto no âmbito federal como nas mais diversas províncias e territórios, sem a pretensão de esgotar todas as disposições sobre o tema.

Na sequência, será objeto de pesquisa a autodisciplina contratual como fator determinante ao salutar e íntegro desempenho das relações negociais e prevenção de disputas, diante da insuficiência – porém não dispensável – do quadro normativo para atender às necessidades da lógica corporativa. A abordagem compreenderá, ainda que de forma breve, a teoria econômica do contrato, desde os conceitos basilares até as principais teorias contratuais que consideram a existência de custos associados ao desenho dos contratos, custos de monitoramento do cumprimento destes e custos de litigância, transitando ainda pelos vetores de funcionamento que permeiam os contratos empresariais de forma a viabilizar a adequada interpretação.

Ato contínuo, analisar-se-á a cláusula compromissória arbitral enquanto mecanismo alternativo eficiente para a resolução de controvérsias, destacando-se os incentivos econômicos proporcionados por um sistema legal misto.

Por derradeiro, a partir de um breve estudo da relação entre arbitragem e Judiciário, tanto no Brasil, quanto no Canadá, demonstrar-se-á como a cláusula compromissória é capaz de reduzir os custos de transação de um determinado ambiente normativo e contribuir para o aperfeiçoamento das instituições. Dos resultados oriundos deste estudo, serão, então, apresentadas sugestões para o direito brasileiro destinadas a melhorar o tratamento normativo conferido à cláusula compromissória, sem prescindir de seu reflexo econômico.

Em suma, este estudo pode ser assim resumido:

O objetivo geral da tese é avaliar a efetividade da cláusula compromissória arbitral dentro de um contexto legal misto e como mecanismo preferencial das relações negociais, notadamente no âmbito empresarial. Em face disso, foram definidos alguns objetivos específicos, a saber:

1. Analisar a experiência canadense como campo fértil para o estudo da arbitragem num contexto de sistema legal misto.

2. Demonstrar a eficiência econômica da cláusula compromissória como autodisciplina contratual e fator determinante ao salutar desenvolvimento das relações negociais, especialmente no campo empresarial.

3. Apontar a conexão entre segurança jurídica e eficiência econômica a partir de uma análise da relação entre arbitragem e Judiciário no que tange ao *enforcement* conferido à cláusula compromissória arbitral.

4. Identificar e propor alternativas ao direito brasileiro a fim de melhorar o tratamento jurídico conferido à cláusula compromissória, destacando-se os principais mecanismos utilizados pelos sistemas *civil law* e *common law*.

1 *COMMON LAW*, *CIVIL LAW* E A ATUAL INTERDEPENDÊNCIA ENTRE OS DOIS SISTEMAS LEGAIS: A EXPERIÊNCIA DO DIREITO CANADENSE

1.1 PRINCIPAIS DIFERENÇAS ESTRUTURAIS E APROXIMAÇÕES ENTRE OS SISTEMAS DE DIREITO CONSUETUDINÁRIO E CODIFICADO

A comparação de regras ou normas jurídicas deve levar em conta o sistema ou tradição legal à qual pertencem ou se filiam, cuja análise não pode prescindir das diferenças, ou semelhanças, entre institutos ou denominações, a fim de obstar semelhanças adstritas à redação, que costumam induzir o intérprete ao erro. Os mais diversos ordenamentos, ainda que emanem de conceitos e categorias equivalentes, formulam as normas em contextos sociais distintos, o que dificulta qualquer pretensão de transpor ou aplicar normas práticas de um para outro ordenamento jurídico. Além disso, mesmo que se cogite a origem comum das instituições sociais e costumes locais, a soberania dos Estados para desenhar o seu próprio ordenamento já seria suficiente para acarretar a multiplicidade¹³ e a diversidade dos sistemas jurídicos.

Todavia, por conta da globalização e internacionalização das relações empresariais, o conceito de soberania foi relativizado em prol da cooperação internacional, cujo reflexo principal é a tentativa de uniformização normativa.¹⁴ Aliado a isso, existem as relações entre Estados e entre cidadãos de diferentes nacionalidades que também favorecem a busca pela uniformização de determinadas práticas, sobretudo no campo negocial, a exemplo dos princípios UNIDROIT (*International Institute for the Unification of Private Law*)¹⁵ sobre

¹³ Um dos temas centrais abordados por Mireille Delmas-Marty em sua obra “*Por um direito comum*”, traduzida para o português, é justamente a conciliação da multiplicidade com sistemas jurídicos de modo a reinventar um direito comum que não seja imposto, mas consagrado como verdade compartilhada, relativa e evolutiva. Nessa linha a autora enfatiza que harmonização não significa unificação, mas admitir as diferenças, colocando-as em ordem. Em comentários sobre a referida obra, Michelle Ratton Sanchez Badin destaca alguns de seus méritos, entre os quais a interface direito e ciências sociais, com ênfase na filosofia e sociologia jurídica e a conciliação da economia com os direitos humanos (**Reflexão por um direito comum...** Revista Direito GV, jun-dez 2005, v.1, n.2, pp.201-208).

¹⁴ O principal exemplo é a União Europeia, em favor da qual os vinte sete países europeus integrantes delegaram parcela de suas soberanias. As diversidades sociais e políticas, somadas à crise financeira iniciada nos Estados Unidos em 2008, todavia, comprometeram os projetos comunitários da Europa, gerando endividamento público elevado, principalmente de países como a Grécia, Portugal, Espanha, Itália e Irlanda.

¹⁵ A UNIDROIT, que no vernáculo significa Instituto Internacional para Unificação do Direito Privado, é uma organização intergovernamental independente, com sede em Roma, criada em 1926, inicialmente como órgão auxiliar da Liga das Nações, foi restabelecida em 1940, por meio de acordo multilateral,

contratos comerciais internacionais, editados primeiramente em 1994 e reeditados em 2004.¹⁶

Dentro desse panorama, torna-se visível a influência de modelos negociais desenhados em países de direito consuetudinário que repercutem naqueles de direito codificado e vice-versa. Ainda, a missão do direito comparado é justamente aproximar essas duas realidades jurídicas distintas para contribuições mútuas e respectiva evolução. Trata-se de uma função paradoxal, porque busca acomodar elementos diversos em uma perspectiva de convergência.¹⁷

Para facilitar a comparação, os ordenamentos jurídicos são agrupados de acordo com os seus elementos comuns. No mundo contemporâneo, embora existam outras tradições legais,¹⁸ destacam-se duas como mais influentes, a partir das quais se classificam

denominado *Unidroit Statute*. Seu objetivo é estudar as necessidades e métodos, para modernizar, harmonizar e coordenar o direito privado entre os Estados e grupo de Estados, preparando-os gradualmente para adoção de uma legislação de direito privado uniforme. Sobre princípios UNIDROIT cf.: PESSÔA, Fernando José Breda. **A consolidação da *lex mercatoria* como forma de harmonização do direito privado**. 255 f., Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2006.

¹⁶ Os princípios UNIDROIT oferecem aos operadores do comércio internacional, por meio de um conjunto de princípios e regras privadas, uma síntese das práticas contratuais universalmente aceitas, servindo como referencial, embora não vinculativo (exemplo do que se costuma denominar *soft law*). Exercem, ainda, uma função de convergência entre os sistemas *common law* e *civil law*, pois, ao ser utilizado em ambos os sistemas, passa a incorporar a sua prática jurídica o mesmo referencial para contrato, servindo-lhes como elemento comum, sem a necessidade de impulso governamental (CANIVET, Guy. **La convergence des systèmes juridiques du point de vue du droit privé français**. *European Review of Private Law*, n.1, 2003, p.57).

¹⁷ CANIVET, Guy. **La convergence des...**, p.50.

¹⁸ Importante salientar que a expressão “tradição legal” foi utilizada no sentido de cultura geral subjacente a uma família de sistema legal semelhante. Isso porque, desde o momento em que a maioria dos sistemas legais passou a duplicar o direito administrado em outra jurisdição – a exemplo das antigas colônias britânicas que duplicaram o direito britânico –, grande parte das tradições legais tem sido associada com o sistema legal original, como então ele existia tanto quanto existe na atualidade. Nesse contexto, vale noticiar que há várias definições para a expressão “tradição legal”, entre as quais aquela trazida por John Henry Merryman, a saber: “A *legal tradition*, as the term implies, is not a set of rules of law about contracts, corporations, and crimes, although such rules will almost always be in some sense a reflection of that tradition. Rather it is a set of deeply rooted, historically conditioned attitudes about the nature of law, about the role of law in the society and the polity, about the proper organization and operation of a legal system, and about the way law is or should be made, applied, studied, perfected, and taught. The legal tradition relates the legal system to the culture of which it is a partial expression. It puts the legal system into cultural perspective” (MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America**. 3. ed., Stanford University Press: California, 2007, p.2). Tradução livre: “Uma tradição legal, como o termo indica, não é um conjunto de regras de direito sobre contratos, empresas e crimes, embora tais regras quase sempre sejam, de alguma forma, um reflexo dessa tradição. Na verdade é um conjunto, profundamente arraigado, de atitudes condicionadas historicamente sobre a natureza do direito, sobre o papel do direito na sociedade e política, sobre a adequada organização e funcionamento de um sistema legal e sobre a forma pela qual a lei deve ou não ser feita, aplicada, estudada, aperfeiçoada e ensinada. A tradição legal identifica o sistema legal para a cultura da qual este seja uma expressão parcial. Ele coloca o sistema legal dentro da

os países, de acordo com a predominância de uma de suas características, a saber: *civil law* e *common law*.¹⁹

A última se desenvolveu na Inglaterra, a partir do século XI, e foi imposta às primitivas colônias britânicas, a exemplo do Canadá e Estados Unidos. Embora suas regras emanassem ora do Parlamento (*statute law*) ora das Cortes de Justiça (*common law* em sentido lato), estas tinham papel primordial, ao passo que aquelas, uma função complementar à medida que se destinavam unicamente a promover adequações do *common law*.²⁰

Nesse sistema há exame minucioso dos julgamentos de casos prévios para deles extrair princípios gerais a serem aplicados aos casos futuros, semelhantes, submetidos à Corte. Tais casos, também denominados precedentes, integram a doutrina do “*stare decisis*”, cuja expressão decorre da abreviação da máxima latina “*stare decisis et non quieta movere*”, que no vernáculo significa “mantenha-se a decisão e não altere o que está quieto”.²¹ Sua base consiste no fato de que os juízes devem tratar casos semelhantes de forma assemelhada aplicando o princípio legal (*ratio decidendi*) estabelecido sobre os fatos de determinada causa anteriormente julgada àqueles casos similares e futuros, sob análise.

perspectiva cultural”. Esse agrupamento de direitos em famílias estabelece, na verdade, um número limitado de espécies, simplifica a apresentação e facilita a compreensão dos direitos do mundo contemporâneo. Apesar disso, não existe consenso quanto a qual elemento deveria ser considerado na constituição desses grupos e, assim, quais famílias diferentes deveriam ser reconhecidas. Alguns utilizam a classificação quanto à estrutura conceitual do Direito ou em relação à teoria das fontes do Direito. Outros, consideram esses elementos secundários, enfatizando, assim, um critério mais significativo como os objetivos sociais a serem realizados com a ajuda do sistema legal ou o local do direito dentro de sua própria ordem social (DAVID, René e BRIERLEY, John E.C. **Major legal systems in the world today: an introduction to the comparative study of law**. 3. ed., Stevens & Sons: London, 1985, pp.16-22).

¹⁹ Outras tradições legais podem ser mencionadas, como: Direito socialista, Direito Muçumano, Direito Hindu, Direito Judeu, Direito das tribos africanas, entre outros (DAVID, René e BRIERLEY, John E.C. **Major legal...**, pp.14-18 e 22-31).

²⁰ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1986, p.300.

²¹ RE, Edward. **Stare Decisis**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 327, 1990, p.37. Muito embora a doutrina do *stare decisis* não se aplique à arbitragem (HUNTER, M e REDFERN, A. **Law and practice of international comercial arbitration**. 3. ed., London: Sweet&Maxwell, 1999, p.315, nota 38), seu estudo é relevante considerando os reflexos jurídicos e econômicos do posicionamento do Judiciário em relação ao referido mecanismo de solução de controvérsias, mormente quando necessário para suprir lacunas e sanar contradições. Nas palavras de João Bosco Lee: “A adoção de um sistema que, apesar de monista, dedicasse regras específicas à arbitragem internacional, definindo o seu âmbito de aplicação, teria implementado uma melhor coordenação legislativa. Na ausência de tais dispositivos cabe à jurisprudência completar as lacunas e sanar as contradições, para que a arbitragem se desenvolva e encontre na prática, o respaldo tão almejado” [A homologação de sentença arbitral estrangeira: a Convenção de Nova Iorque de 1958 e o direito brasileiro de arbitragem. In: LEMES, Selma Ferreira (Coord). Arbitragem. Estudos em Homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, in memoriam. São Paulo: Atlas, 2007, p.161].

A *ratio decidendi*,²² por sua vez, nada mais é que “a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto (*rule of law*), cuja regra de direito (e, jamais, de fato) vincula os julgamentos futuros *inter alia*”.²³

Apesar de não ser pressuposto, a doutrina do *stare decisis* constitui o alicerce do sistema *common law*, nele inserindo a ideia de respeito obrigatório ao precedente (*binding precedent*), reiterado ou não, proporcionando estabilidade (segurança jurídica), igualdade (casos semelhantes devem receber tratamento igualitário) e eficiência (otimiza o trabalho dos juízes).²⁴

Por precedente entende-se como uma (ou conjunto de) decisão de *appellate court*, que vincula tanto a corte como os juízes que lhe são subordinados. A decisão que atua como paradigma (*judicial decision*) tem uma dupla funcionalidade, qual seja, a de decidir o caso submetido a julgamento e a de produzir efeitos além das partes ou da questão resolvida.²⁵ Cada precedente compõe microssistemas que condicionam até mesmo a admissibilidade da intromissão normativa, vinculando a todos, à sociedade e aos aplicadores das leis, independentemente de obrigatoriedade expressa ou sanções para o descumprimento.

A vinculação de tais precedentes, contudo, não é absoluta, na medida em que a doutrina do *stare decisis* permite a não adesão a determinado precedente por meio do

²² A *ratio decidendi* distingue-se da *obiter dicta*, pois esta se caracteriza como “uma declaração sobre direito enunciada pelo tribunal meramente como ilustração, argumento, analogia ou sugestão. Não tem a força do precedente” (SOLA, Juan Vicente. **Control judicial de constitucionalidad**. Buenos Aires: Abeledp-Perrot, 2006, p.206).

²³ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.175.

²⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Súmulas Vinculantes**. Revista Forense, Rio de Janeiro, ano 95, volume 347, jul/set 1999, p.55.

²⁵ MARCATO, Antonio Carlos. **A crise da justiça e influência dos precedentes judiciais no direito processual civil brasileiro**. Tese apresentada para concurso ao cargo de Professor Titular de Direito Processual Civil do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008, pp.43-44. Essa dupla funcionalidade da *common law* é vista como agravante do *rent seeking*, já que abarcaria não apenas a captura dos legisladores mas estender-se-ia para a própria relação de forças entre os protagonistas das contendas judiciais (ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p.1042). Em vernáculo, *rent seeking* significa “busca de privilégios” e consiste em “uso de recursos reais com o fim de gerar renda econômica para as pessoas, sendo que as próprias rendas econômicas provêm de alguma atividade que tem um valor social negativo. Por exemplo, se a indústria automobilística americana investe recursos em persuadir o governo a impor uma tarifa sobre as importações de carros coreanos, os cidadãos americanos são prejudicados. Portanto, ainda que as empresas automobilísticas ganhem, o investimento de recursos orienta-se para a *rent seeking*” (TULLOCK, Gordon; SELDON, Arthur; e BRADY, Gordon L. **Falhas de governo: uma introdução à teoria da escolha pública**. Tradução de Roberto Fendt. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 2005, p.55).

overruling (mudança interpretativa)²⁶ e *distinguishing* (quando o caso não se amolda ao precedente),²⁷ instrumentos estes necessários à sobrevivência e evolução do *stare decisis*.²⁸

Caracteriza-se, então, a *common law* como um sistema aberto, ao viabilizar a solução mais adequada *a posteriori*, tendo-se em vista que normas são elaboradas e reinterpretadas continuamente.

A *civil law*, por sua vez, tem sua origem no *Corpus Juris Civilis*, do imperador Justiniano, que reunia todas as leis do continente europeu. A influência romana prestigia o direito codificado, sendo base das decisões dos tribunais, a partir das quais se originam as

²⁶ No Brasil, como a Constituição Federal é muito detalhada, há essa mudança interpretativa, denominada mutação constitucional (STF, 1ª Turma, HC 86.009-DF, Ministro Carlos Britto, DJ 24.04.2007), fundamental ao desenvolvimento da interpretação do direito. Como exemplo paradigmático de *overruling* no Brasil, guardadas as devidas proporções, cita-se o posicionamento atual do STF no sentido de reconhecer a inconstitucionalidade independentemente da análise da densidade normativa e do âmbito material da lei, externado na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4048, alterando o entendimento anterior veiculado na ADI nº 2.057, segundo o qual a lei orçamentária não poderia ser objeto de controle de constitucionalidade por se tratar de ato de natureza concreta.

²⁷ O *distinguishing*, também guardadas as devidas proporções, foi utilizado pelo STF quando editou a Súmula 724 ao entender que a decisão proferida na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 4, acerca da constitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 9.494/97, que veda a antecipação de tutela em face da Fazenda Pública, não se aplicaria aos casos de natureza previdenciária.

²⁸ Importante noticiar o enfraquecimento do *stare decisis* a partir de 1966, na Inglaterra, quando a *House of Lords* liberou a si própria do efeito vinculante de suas próprias decisões, na Declaração Prática (precedente judicial) de 16 de julho de 1966, 1 W.L.R. 1234, cujo trecho ora se transcreve: “[...] *Their Lordships nevertheless recognise that too rigid adherence to precedent may lead to injustice in a particular case and also unduly restrict the proper development of the law. They propose, therefore, to modify their present practice and, while treating former decisions of this House as normally binding, to depart from a previous decision when it appears right to do so*”. Tradução livre: “[...] Seus membros, contudo, reconhecem que aderência rígida demais ao precedente pode conduzir à injustiça no caso particular e também restringir desnecessariamente o próprio desenvolvimento do Direito. Eles propõem, portanto, modificar sua atual prática e, ao tratar decisões anteriores desta Corte como normalmente vinculante, afastar-se de uma decisão anterior quando aparentar certo assim fazê-lo”. Após a referida declaração, passou-se a defender na Inglaterra que o processo do *common law* tem se movimentado do princípio do *stare decisis* em direção ao pragmatismo, à resolução discricionária de disputas com nível baixo de previsibilidade (JOLOWICZ, J.A. **Les décisions de la Chambre des Lords**. *Revue internationale de droit compare*, v.31, n.3, jul-set 1979, pp.524-525). Para H. Patrick Glenn, a infinidade de demandas é um dos fatores que mais afeta atualmente o significado de *stare decisis*, posto que, diante de cortes abertas e inúmeras decisões, torna-se praticamente inviável identificar qual dessas decisões representa a *rule of law* (**Legal traditions of the world: sustainable diversity in law**. Oxford: Oxford University Press, 2000, p.231). Em Quebec, o *stare decisis* nunca foi aceito, embora a província estivesse aberta para emprestá-lo do direito inglês e francês (VARGA, Csaba. **Meeting points between the traditions of English-American common law and Continental-French civil law: developments and the experience of postmodernity in Canada**. *The Juridical Current Journal*, Tîrgu-Mures, IX, n. 44, 2011, p.32). A despeito disso, revela-se mais coerente a posição defendida por Todd J. Zywick, segundo o qual a noção moderna de *stare decisis* requer um sistema legal formalizado e hierárquico para executá-la tanto verticalmente, pelas cortes superiores em face das inferiores, quanto horizontalmente, de modo a promover a uniformização do Direito ao longo do tempo. A relevância do *stare decisis* reside primordialmente na necessidade de restringir a atuação judicial, pois a ausência de limites permitiria que juízes se valessem de seus poderes para impor suas preferências pessoais à sociedade (**The rise and fall of efficiency in the common law: a supply-side analysis**. *Northwestern University Law Review*, v.97, 2003, p.1631).

soluções de cada caso, tal como ocorre no Brasil. Nesse sistema legal, cada caso julgado é considerado único, permitindo um número maior de interpretações e, ainda, aos juízes de diferentes instâncias, a manifestação de opiniões contrárias sobre um mesmo assunto. Os julgamentos não têm a mesma força vinculante que a norma contém, razão pela qual é tolerada a reabertura de discussão judiciária a respeito da interpretação de determinada lei, apesar de estável e já realizada pela jurisprudência dos tribunais.²⁹

Merece destaque também a divisão existente na *civil law* entre direito material e direito processual, restando a mesma ausente na *common law*, para a qual ambos são indissociáveis e constituem um único procedimento, sob os auspícios dos *writs*.³⁰

Na esfera contratual, a teoria objetiva do contrato da *common law* estabelece que promessas contratuais devem ser interpretadas de acordo com a expectativa razoável da promessa (um padrão objetivo). Já a *civil law*, que se baseia na autonomia da vontade, requer o consentimento real (uma norma subjetiva), não obstante presunções de fato estarem disponíveis ao juiz.³¹

Muito embora o direito codificado e o direito consuetudinário tenham surgido em circunstâncias políticas e culturais distintas, no decorrer dos anos essas distinções foram atenuadas pela influência recíproca das boas iniciativas adotadas em cada sistema, mormente em razão da globalização e do esforço de unificação dos países, o que tem enaltecido também o interesse pela teoria do contrato.

A inclusão de dado ordenamento em uma das categorias, atualmente, inspira-se no critério da predominância das características e não da exclusividade,³² ocorrendo uma crescente convergência entre os referidos sistemas.³³

²⁹ Interessante observar que a notoriedade do conhecimento na *civil law* respalda-se na academia, com destaque para a doutrina, relevante para definir os rumos da ciência jurídica, ao passo que, na *common law*, a notoriedade advém dos tribunais, ou seja, são os juízes que condicionam a prática jurídica por meio da jurisprudência, sendo considerados “óráculos do Direito” (VAN CAENEGEM, R.C. **European law in the past and the future: unity and diversity over two millennia**. Cambridge University Press, 2002, p.46).

³⁰ VAN CAENEGEM, R.C. **European law in...**, pp.48-49.

³¹ Cf. artigo 112 do Código Civil brasileiro: “Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”.

³² MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Duelo e processo**. In: _____. Temas de direito processual. 8ª série, São Paulo: Saraiva, 2004, p.214.

³³ Guy Canivet, ao abordar a convergência dos sistemas jurídicos sob o ponto de vista do direito privado francês, aponta duas modalidades dessa convergência: (i) imposta, como no caso das diretivas comunitárias; e (ii) espontânea, isto é, não mais dependente de uma vontade normativa superior, mas por conta de um interesse comum, tal como ocorre no contexto econômico, no qual sistemas inclinam-se conjuntamente em busca da solução almejada (**La convergence des...**, p.52). Como exemplo de

Os precedentes, por exemplo, têm adquirido força vinculante nos ordenamentos de tradição de direito romano-germânico, cuja tendência deve-se à necessidade de adaptação do aparato normativo perante a complexidade dos fenômenos sociais.³⁴

No Brasil, embora filiado ao sistema processual romano-germânico, desde a República tem sido presenciada a aproximação entre os sistemas legais, marcada pela notória influência do sistema anglo saxão, e mais precisamente dos EUA, ao: (i) adotar a forma federativa de Estado; (ii) modelar o STF; (iii) adotar o sistema de jurisdição una, isto é, sem o contencioso administrativo; (iv) se utilizar de instrumentos constitucionais processuais de defesa das liberdades (*writs*).³⁵

Outras influências de tal sistema anglo saxão podem ser igualmente mencionadas, tais como: (i) instituição dos “Juizados Especiais de Pequenas Causas” (Lei nº 7.244/84), posteriormente denominados “Juizados Especiais Cíveis e Criminais” com o advento da Lei nº 9.099/95, que se espelharam nos *small claims* (desformalização e celeridade do processo); (ii) criação de um microssistema de processos coletivos para a defesa de interesses ou direitos transindividuais (Leis nºs 7.347/85 e 8.078/90), que se inspirou nas *class actions*; (iii) admissão de provimento mandamental cujas raízes estão nas *injunctions* próprias da *common law*; (iv) inserção de dispositivos legais que punem a litigância de má-fé e o descumprimento de decisões judiciais, à luz do *contempt of court*; (v) adoção pela Justiça brasileira de súmulas vinculantes trazidas pela Emenda Constitucional (EC) nº 45/04; (vi) inspirada na *alternative dispute resolution* (ADR), atenção especial e de modo

convergência espontânea, cita-se a Lei Modelo UNCITRAL. Estabelecida pela Assembleia Geral da ONU em 1966, a Lei Modelo tem relevante papel no desenvolvimento do quadro jurídico do comércio internacional por meio de elaboração de modelos estatutários e contratuais, a fim de viabilizar aos Estados a sua utilização na modernização do direito comercial internacional e negociação das transações comerciais. Disponível em: <www.cbar.org.br>. Acesso em: 12.02.2012. Num primeiro momento, foi criada com a finalidade de auxiliar os Estados na reforma e modernização de suas leis sobre arbitragem, na redução das dificuldades enfrentadas na interpretação da CNI e dos possíveis conflitos entre leis nacionais e regras de arbitragem. Por conta desse espírito, a Assembleia Geral da ONU passou então a recomendar a todos os Estados a observância da Lei Modelo sobre arbitragem comercial internacional, tendo-se em vista a desejável uniformização de leis de procedimentos arbitrais e as necessidades específicas da prática da arbitragem comercial internacional (Item 2 da A/RES/40/72, 112ª reunião plenária da Assembleia Geral da ONU, realizada em 11.12.1985. Disponível em: <www.un.org>. Acesso em: 08.12.2012).

³⁴ GORGA, Érica; SZTAJN, Rachel. **Tradições do direito**. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (Coords.). Direito e economia: análise econômica do Direito e das organizações, Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p.149.

³⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **Recepção e transmissão de institutos processuais civis**. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.), Revista de processo, ano 31, nº 140, out 2006, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp.143-144.

mais abrangente conferida à mediação, conciliação e arbitragem. Os dois últimos itens merecem uma reflexão maior, pontuando-se inclusive suas diferenças substanciais.

No que se refere ao item das súmulas vinculantes, tanto no sistema da *common law*, quanto da *civil law*, a influência dos precedentes é similar, pois, nos países que seguem aquele, a força vinculante dos julgados anteriores tem se tornado mais flexível, ao passo que nos ordenamentos codificados tem sido evidente a difusa e constante tendência de os juízes vincularem-se aos precedentes.³⁶

A súmula vinculante,³⁷ contudo, distingue-se dos precedentes judiciais da *common law* na medida em que reflete a exegese da lei pelo tribunal, sem criar nova regra jurídica, indicando apenas o modo de sua aplicação.³⁸ Vale dizer que se restringe à interpretação de norma jurídica em vigor, sendo resultado de longo debate, que pressupõe vários julgados reiteradamente decididos no mesmo sentido. Apesar disso, pode-se afirmar que a súmula se inspirou nos precedentes judiciais da *common law*, já que ambos os institutos têm por finalidade primordial a uniformização da jurisprudência, visando garantir a estabilidade e a segurança jurídica.

Historicamente, a força dos precedentes judiciais suscitou inúmeros e acirrados debates sobre o significado da função jurisdicional a fim de esclarecer se a decisão judicial criava o direito ou somente o declarava, acreditando que se discutia uma teoria da jurisdição.³⁹

³⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como...**, p.26. Oportuno citar o trabalho de Vincy Fon e Francesco Parisi, intitulado “*Judicial precedents in civil law systems: a dynamics analysis*” no qual asseveram que a doutrina *civil law* de precedente requer graus variados de consistência do caso paradigma, muito embora a consistência de uma decisão não implique necessariamente eficiência e varie de acordo com as diferentes circunstâncias do caso concreto. Argumentam, ainda, que, para os assuntos legais mais tradicionais, é desejável certa consistência para viabilizar segurança e previsibilidade jurídica às partes. Com relação aos novos assuntos legais e diante de ambientes voláteis, advertem que a exigência de certa consistência pode ser prejudicial com as diversas soluções legais disponíveis, sendo, porém, passível de superação com a possibilidade de adaptar as normas jurídicas às constantes mudanças circunstanciais (International Review of Law and Economics 26, 2006, p.533).

³⁷ O vocábulo súmula tem sua origem no latim, “significando sumário, resumo” (SIFUENTES, Mônica. **Súmula Vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais**. São Paulo: Saraiva, 2005, p.23). Considerando o caráter jurídico atribuído ao verbete, significa resumo da jurisprudência predominante dos tribunais superiores, destinado à orientação dos demais julgamentos.

³⁸ Em sentido contrário, definindo súmula vinculante como texto normativo de vinculação geral e abstrata, cf.: ABBoud, Georges. **Súmula vinculante versus precedentes: notas para evitar alguns enganos**. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.), Revista de processo, ano 33, nº 165, nov. 2008, São Paulo: RT, 2008.

³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil**. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.), Revista de processo, ano 34, nº 172, jun 2009, São Paulo: RT, 2009, pp. 176-177.

A primeira corrente, teoria declaratória, originou-se na Inglaterra e afirmava que o juiz estava limitado a manter e declarar um direito já conhecido. Um de seus representantes foi William Blackstone, para quem decisão judicial constituía “*principal and most authoritative evidence, that can be given, of the existence of such custom as shall form part of the common law*”.⁴⁰ Os juízes da *common law*, para o autor, fazem suas regras, formando os precedentes, “*to keep the scale of justice even and steady, and not liable to waiver with every new judge’s opinion*”.⁴¹ Esse é o motivo pelo qual os juízes eram competentes para julgar “*not according to their private judgment*”, mas “*according to the known laws and customs of the land*”.⁴² Vale ressaltar que as decisões judiciais constituíam a demonstração de como a *common law* é,⁴³ visto que o juiz estava limitado a declarar o direito fixado nos precedentes.

Uma segunda corrente, denominada teoria positivista, por sua vez, sustentava que o *common law* existia, porquanto estabelecido por juízes detentores de *law-making authority*, ou seja, o direito seria produto da vontade dos juízes. Os seus grandes defensores eram Jeremy Bentham e John Austin, para os quais o direito não seria meramente descoberto, mas criado, atribuindo-se aos juízes inclusive o poder de revogação dos precedentes.⁴⁴

A disputa entre as duas teorias, em suma, residia na questão da autoridade da decisão judicial, isto é, se o juiz tinha autoridade para criar ou simplesmente declarar o direito. Além disso, a compreensão da natureza declaratória ou constitutiva da decisão judicial teria relevância para a questão do respeito obrigatório aos precedentes (*stare decisis*), pois, se estes representavam apenas a evidência do direito, nenhum juiz seria compelido a segui-los. Nessa mesma lógica, os precedentes também jamais seriam revogados, tendo em vista que o juiz sempre teria o poder de declarar de forma contrária a estes ou aos seus *overrulings*. A conclusão lógica disso é que o *stare decisis* ou o respeito obrigatório aos precedentes necessariamente exigiria a criação judicial do direito.⁴⁵

⁴⁰ BLACKSTONE, William. **Commentaries on the Laws of England**. Book I, Oxford: Clarendon, 1765, p.69. Tradução livre: “principal e mais competente prova, que pode ser dada, da existência de como o costume deve fazer parte da *common law*”.

⁴¹ BLACKSTONE, William. **Commentaries on the....**, p.69. Tradução livre: “para manter uma mesma e constante escala de justiça e não ser passível de renúncia a cada nova opinião judicial”.

⁴² *Id. Ibid.* Tradução livre: “não de acordo com as suas convicções pessoais”; “de acordo com o conhecimento das leis e costumes da terra”.

⁴³ *Id. Ibid.*, p.86.

⁴⁴ MACCORMICK, Neil. **Can stare decisis abolished?** Judicial Review, 1966, p.203.

⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Aproximação crítica entre....**, p.178.

Essa relação entre a natureza constitutiva da decisão judicial e o *stare decisis* levou à crença de três mitos: (i) a *common law* pressupõe a existência do *stare decisis*; (ii) o juiz da *common law*, por criar o direito, realiza uma função completamente diversa daquela exercida pelo juiz da *civil law*; (iii) o *stare decisis* não é compatível com a *civil Law*.⁴⁶

No que se refere ao primeiro mito, é importante lembrar que o antigo *common law*, compreendido como os costumes gerais que determinavam o comportamento dos ingleses, existiu sem *stare decisis* e *rules of precedent*. A elaboração de regras e princípios regulando o uso dos precedentes e a determinação e aceitação de sua autoridade são relativamente recentes (assim como a noção de *binding precedents*), de cuja ideia se deduz que o *stare decisis* constitui apenas um elemento do moderno *common law* e não o seu pressuposto.

Quanto ao segundo, torna-se imperioso destacar que a criação judicial do direito não é elemento indispensável do *stare decisis*. Pelo contrário, o respeito ao passado é peculiar da teoria declaratória, para a qual o precedente, em vez de constituir, declara o direito costumeiro ou representa o próprio desenvolvimento da *common law*. Não obstante isso, o fato de admitir a função judicial meramente declaratória não indica que o juiz era obrigado a respeitar o passado; assim como, aceitar a criação judicial do direito não assegura que o juiz estava obrigado a respeitar os precedentes.⁴⁷

Em outras palavras, nem a teoria declaratória, nem a constitutiva foram capazes de justificar o *stare decisis*, pois, naquela, bastaria afirmar que o juiz é obrigado a respeitar o direito e não a declaração judicial, ao passo que, na constitutiva, na dimensão em que foi inserida diante do *stare decisis*, também não seria capaz de obrigar a própria Corte que firmou o precedente ou o próprio juiz que o proferiu. Logo, é irrelevante se determinada decisão declara ou cria o direito, na medida em que o respeito aos precedentes decorre da força de suas próprias razões.

Some-se a isso que a noção de poder judicial, na *common law* primitiva, estava associada ao controle da legitimidade dos atos estatais, cuja lógica é semelhante à que dirige a atuação do juiz submetido à constituição e aos direitos fundamentais. A evolução da *civil law*, em especial pelo impacto do constitucionalismo, que confere ao atual juiz o dever-poder de controlar a constitucionalidade da lei no caso concreto, muito se aproxima

⁴⁶MARINONI, Luiz Guilherme. *Aproximação crítica entre...*, p.179.

⁴⁷*Id. Ibid.*

da função exercida pelo juiz da *common law* e, de maneira clara, do juiz americano, o que também afasta o segundo mito mencionado.

Em relação à possível incompatibilidade do *stare decisis* com a *civil law*, basta lembrar que a existência de lei não se opõe à *common law*, ou seja, a profusão de leis não exclui a necessidade de um sistema de precedentes. Tanto é verdade que a *common law* também tem intensa produção legislativa, como no Estado de Califórnia, dos EUA.

A despeito dessas inúmeras semelhanças históricas que aproximam os sistemas *common law* e *civil law*, apenas aquele devota respeito aos precedentes judiciais. Essa inobservância está fundada na falsa suposição, própria do sistema *civil law*, de que a lei seria suficiente para garantir certeza e segurança jurídicas, cabendo ao juiz atuar apenas de acordo com a vontade legal. Trata-se de uma problemática em torno da interpretação da lei na *civil law* que remonta ao período da revolução francesa.

Na época, pretendia-se limitar o poder judicial, pois se imaginava que, diante de uma legislação clara e completa, seria possível ao juiz simplesmente aplicar a lei e, assim, solucionar os casos litigiosos sem estender ou limitar o alcance desta. Na excepcionalidade de conflito, obscuridade ou falta de lei, incumbia ao juiz apresentar a questão ao legislativo para a realização da “interpretação autorizada”.

Com esse espírito, no ano de 1790, em substituição ao Conselho das Partes – a seção do Conselho Real, que constituía a última instância para processos contra o Estado –, foi criada a Corte de Cassação francesa, órgão não integrante do Poder Judiciário, cuja finalidade consistia em cassar decisões que destoassem do direito criado pelo Parlamento sob o falso pretexto de proteção à supremacia da lei. A Corte, portanto, não visava estabelecer a interpretação correta ou decidir em substituição à decisão prolatada, sobrepondo-se ao órgão judicial ordinário, não porque era hierarquicamente superior, mas por ter o poder para afirmar como a lei não deveria ser interpretada.⁴⁸

No decorrer dos anos, a Corte de Cassação não apenas adquiriu uma feição de órgão jurisdicional, como passou a constituir o tribunal de cúpula do sistema, revestindo-se da função de ditar e assegurar a interpretação correta da lei, a fim de evitar que tribunais inferiores consolidassem interpretações equivocadas.

Hodiernamente, há uma preocupação em fixar, por meio do Judiciário, a unidade do direito, a uniformidade da interpretação da lei, de modo a garantir a segurança e a

⁴⁸ CALAMANDREI, Piero. *La Cassazione civile*, vol. I. Torino: Fratelli Bocca, 1920, p.426 e ss.

previsibilidade, cujos valores são almejados por ambos os sistemas, pois refletem diretamente no “risco país”, cujo conceito busca expressar de forma objetiva o risco de crédito a que investidores estrangeiros estão submetidos quando investem em determinado país.

A razão disso deve-se ao fato de que tanto na *common law* quanto na *civil law* uma mesma norma jurídica pode gerar inúmeras interpretações e, conseqüentemente, variadas decisões judiciais que transformam o Judiciário numa verdadeira “loteria”.

Entretanto, a *common law*, com a colaboração de um ambiente político e cultural propício, rapidamente constatou que o juiz não poderia ser visto como mero revelador do direito costumeiro, ao passo que a *civil law* permanece preso à ideia de que o juiz simplesmente declara a vontade do direito.

A *common law* constatou mais facilmente que a certeza jurídica poderia ser obtida mediante o *stare decisis* (*treat like cases alike*). A razão para isso deve-se, sobretudo, ao papel essencial do juiz de adaptar o direito às evoluções sociais, a exemplo do progresso tecnológico e científico e da globalização. O juiz, assim, nem deve opor-se às mudanças, nem desconhecê-las, mas assimilá-las; não deve isolar as sociedades por um direito fechado e irredutível, tampouco provocar a perda das identidades jurídicas e culturais, mas fazer a síntese das correntes de abertura e de tradição. O juiz é, concomitantemente, um guardião dos valores e um mediador tolerante.

A *civil law*, por sua vez, insiste que a certeza jurídica se funda na aplicação da lei, permanecendo na penumbra de ultrapassados conceitos que camuflam a realidade contemporânea.⁴⁹ No contexto internacional, por exemplo, as relações empresariais não mais podem prescindir da *lex mercatoria*,⁵⁰ a qual, porém, tem encontrado resistência em países nos quais prepondera tradição legal dessa natureza.

⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Aproximação crítica entre...**, p.207.

⁵⁰ No final da década de 50 e início de 60, a noção de direito comercial transnacional foi revitalizada por Berthold Goldman mediante publicação de um artigo no *Le Monde* em 1956, intitulado “*La Compagnie de Suez: société internationale*”, que abordava a questão da nacionalidade da empresa Suez Canal. No referido artigo, o autor sustentou que a empresa não era egípcia, inglesa, francesa ou de nacionalidade mista, muito embora fosse considerada uma pessoa jurídica de direito privado. Em virtude de sua estrutura de capital privado, sua organização e suas atividades, a referida empresa deveria ser qualificada como uma sociedade internacional decorrente da ordem jurídica internacional. O estatuto da companhia do Canal de Suez era, na sua opinião, tanto em termos de sua origem legal e sua natureza jurídica, “essencialmente internacional”. Assim, a empresa Canal de Suez, apesar de sua gênese e funcionamento necessariamente territorial, era de natureza de direito privado, mas de carácter transnacional (GOLDMAN, Berthold. **La Compagnie de Suez: société internationale**. *Le Monde*, October 4, 1956, p.3). Na esteira dessa noção de transnacionalismo, vários trabalhos foram publicados, com destaque para outro artigo de Bertold Goldman,

Em matéria de arbitragem, enfatizada pela era da contratualização, convém ressaltar ainda algumas diferenças relativas ao tratamento que lhe é conferido de acordo com o sistema jurídico adotado, consubstanciadas na organização judiciária, na questão de conflito de leis e na aplicação da cláusula de equidade.

No sistema da *common law*, mantém-se uma divisão entre Cortes superiores, revestidas de poder judicial, e Cortes inferiores, que detêm uma capacidade quase judicial. As Cortes inferiores sujeitam-se à revisão judicial das Cortes superiores. Os tribunais arbitrais, aos quais se submetem acordos privados para solucionar uma disputa, são considerados como tribunais quase judiciais, cuja natureza é atribuída aos tribunais estabelecidos por autoridade local ou central. Assim, contanto que a arbitragem sujeite-se às regras e à revisão judicial pelas cortes superiores, não é vista como invasora das prerrogativas do poder das cortes judiciais de primeira instância.

As jurisdições *civil law*, porém, não seguem esse sistema de organização nas suas cortes nacionais. Como as jurisdições *civil law* têm uma estrutura hierárquica de cortes, estas são iguais ao Estado. Nesses Estados, a arbitragem geralmente é considerada dentro do domínio do direito contratual e é vista como um substituto da jurisdição das cortes. As sentenças arbitrais são executáveis, entretanto, sujeitam-se a certo grau de controle pelo sistema judicial.

No Brasil, em particular, a arbitragem foi objeto de disciplina pela Lei nº 9.307/96, declarada constitucional pelo STF em 2004, com o reconhecimento da eficácia da sentença arbitral independentemente de homologação pelo Poder Judiciário em casos de arbitragens nacionais, ou seja, conferiu-se aos tribunais arbitrais uma natureza quase judicial, embora sujeitos ao controle judicial, iniciativa pioneira dos sistemas de *common law*.⁵¹

Já na questão de conflito de leis, a diferença reside inicialmente na terminologia, interpretada, na *common law*, de maneira mais ampla, compreendendo escolha da lei, da jurisdição e reconhecimento de sentenças estrangeiras. Na *civil law*, todavia, tem sido traduzida como direito internacional privado, em oposição ao direito interno, haja vista que a expressão conflito de leis contemplaria apenas escolha de regras legais.

de 1964, intitulado “*Frontières du droit et lex mercatoria*”, do qual se extrai o conceito de *lex mercatoria*, qual seja, um conjunto de princípios e regras costumeiras, espontaneamente referidos ou elaborados no âmbito do comércio internacional, sem referência a um sistema particular específico (**Frontières du droit et lex mercatoria**. Archives de Philosophie du Droit, Paris, n. 09, 1964, pp.177 e ss.).

⁵¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **Recepção e transmissão...**, pp.147-149.

Em sendo essencialmente substantiva, a jurisdição *civil law* tem acentuada a escolha de regras legais, ao passo que a *common law*, procedimental, focaliza em regras de jurisdição, a exemplo dos serviços *ex juris*.⁵²

Ainda em matéria de conflito de leis, o método tradicional da *civil law* (importado por muitos sistemas de *common law*) consiste em caracterizar a disputa como pertencente a uma determinada categoria definida e, em seguida, identificar o direito interno aplicável em relação aos pontos de conexão da categoria em causa. Mesmo diante de categorias similares (p.ex., assuntos processuais *versus* materiais), a caracterização de assuntos tem sido influenciada, senão obrigatoriamente, pela *lex fori*. Assim, eventual atraso na propositura da demanda seria caracterizado como direito material na *civil law* e como processual na *common law*.

Por derradeiro, a cláusula de equidade na *common law* pretende expressamente dispensar o árbitro de aplicar o direito no todo ou em parte. Enquanto as cláusulas *ex aequo et bono* são suspeitas na Inglaterra, cláusulas *amiable compositeur* são geralmente permitidas em jurisdições da *civil law* e previstas em códigos.⁵³

1.2 TENSÃO E CONVERGÊNCIA ENTRE *COMMON LAW* E *CIVIL LAW*: COMPARTILHAMENTO DAS (IN)EFICIÊNCIAS DE CADA SISTEMA E MODELOS ECONÔMICOS

A aproximação entre direito e economia evidencia que o adequado funcionamento do mercado requer a efetiva tutela da liberdade de contratar, alcançada mediante recurso a alguns mecanismos, entre os quais se destaca a delegação legislativa do poder discricionário aos tribunais. O fundamento utilizado para tal delegação reside nas vantagens da especialização e nos custos de transação oriundos dos esforços para a

⁵² Por meio dos *serviços ex juris*, uma determinada jurisdição é imposta à parte requerida residente fora de sua abrangência, bastando que haja uma conexão real e substancial entre a matéria objeto da demanda ou a parte requerida e Ontario, por exemplo, nos termos da regra 17 das Regras de Processo Civil. Outras províncias, como Manitoba e New Brunswick, também dispõem sobre os serviços *ex jure* no caso de danos sofridos na província, oriundos de ato ilícito, onde quer que tenha sido praticado.

⁵³ No presente trabalho, as expressões “por equidade”, *amiable compositeur* e *ex aequo et bono* foram mencionadas como sinônimas, muito embora parte da doutrina e jurisprudência apresentem algumas diferenciações no que diz respeito à natureza jurídica e abrangência. Sobre o tema, cf.: VALLE, Martim Della. **Da decisão por equidade na arbitragem comercial internacional**. 453 f., Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

formulação de normas com maior ou menor aperfeiçoamento, o que explica as diferentes soluções adotadas pelos dois sistemas legais predominantes.

A evolução da *common law* ocorreu com o modelo de não especialização da formulação normativa, ao passo que na *civil law* foi ao contrário, reduzindo-se substancialmente o poder discricionário delegado aos juízos durante o Antigo Regime. Cada qual apresenta aspectos aparentemente distintos que refletem em maior ou menor eficiência econômica, cuja análise doravante realizada é imprescindível para melhor compreensão sobre como as diferenças entre as duas tradições legais podem gerar diferentes consequências econômicas. O próprio entendimento do funcionamento do Direito, aliás, pode ser ampliado quando se faz uso da ferramenta econômica como base de investigação.

Os debates em torno da eficiência econômica de determinado sistema legal intensificaram com o surgimento da literatura de análise econômica do Direito (*Law&Economics*),⁵⁴ quando Richard A. Posner, na sua clássica obra *Economic Analysis of Law*, passou a sustentar que a tradição de direito consuetudinário constituía um sistema para maximização da riqueza na sociedade, sob o fundamento de que as regras elaboradas por juízes (suas preferências) estimulavam mais a promoção de eficiência⁵⁵ do que aquelas formuladas por legisladores.⁵⁶

⁵⁴ Trata-se de uma teoria científica desenvolvida pela economia para prever os efeitos das sanções legais sobre o comportamento. Em linhas gerais, uma teoria comportamental para prever como as pessoas reagem às leis, fornecendo à economia um padrão útil para avaliar o direito e as políticas públicas (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito&Economia**. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa, 5. ed., Porto Alegre: Bookman, 2010, pp.25-26). Realiza, ainda, uma análise meramente descritiva, explicativa, da realidade jurídica, não se limitando, pois, à discussão do papel da eficiência na determinação das normas jurídicas (OGUS, Anthony. **What legal scholars can learn from law and economics**. Chicago Kent Law Review, v.79, n.2, 2004, p.383).

⁵⁵ A noção de eficiência em *Law&Economics* corresponde à de Kaldor Hicks, que tem o nome de seus criadores, os economistas Nicolas Kaldor e John Hicks, e busca superar a restrição imposta pelo ótimo de Pareto. Por este critério de eficiência, uma troca atinge o ponto ótimo se uma das partes fica melhor do que antes e nenhuma outra parte fica pior. Na eficiência de Kaldor-Hicks, todavia, basta que os ganhadores possam compensar os perdedores, mesmo que efetivamente não o façam, ou seja, as mudanças são possíveis ainda que haja perdedores (SALAMA, Bruno Meyerhof. **O que é pesquisa em Direito e Economia?** Cadernos Direito GV, Estudo 22, v.5, n.2, mar. 2008, p.24). Para ilustrar, uma norma jurídica em matéria de responsabilidade civil será eficiente se imputar a responsabilidade pelo acidente sobre a parte que tenha condições de evitar acidentes ou arcar com os seus danos a custos mais baixos. Se o custo marginal a ser gasto para reduzir a probabilidade de ocorrência de um acidente for superior para o indivíduo sobre o qual recaia a responsabilidade, a regra jurídica será ineficiente, pois levará o sistema a gerar mais acidentes. Em outras palavras, o indivíduo gastará menos com a ocorrência do acidente, já que os custos para evitá-lo são mais elevados. A noção do critério de eficiência de Kaldor-Hicks ganha relevância em matéria de *punitives damages* (danos punitivos) no contexto da *Law&Economics*. Sobre o tema, cf.: POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. **Punitive damages an economic analysis**. Harvard Law Review, 1998, vol. 111. No Brasil, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ)

Para o autor, a superioridade da *common law* residiria especialmente na formulação das regras jurídicas, pois os juízes, ao serem imunes de pressões de grupos de interesses, estariam autorizados a utilizar critérios mais objetivos de decisão no foro judicial, criando-se normas jurídicas mais eficientes. O direito codificado, por sua vez, em virtude de seu processo legislativo, enfrentaria problemas de *rent seeking*,⁵⁷ no qual legisladores, apoiados e financiados por determinados grupos de interesse denominados *lobbying* organizado,⁵⁸ criariam mercado de venda de legislação protetiva para esses mesmos grupos.⁵⁹ Em outras palavras, a captura da legislação por *lobbying* organizado, que auferia benefícios superiores aos custos dos seus esforços em prejuízo da coletividade, acarretaria clara ineficiência econômica.

A essa ideia defendida por Richard A. Posner atribuiu-se a denominação de teoria da eficiência da *common law* e tem como respaldo evidências empíricas,⁶⁰ como a de Rafael La Porta *et al.*, os quais demonstraram que países da *civil law*, por apresentarem menor proteção jurídica aos investidores,⁶¹ teriam mercados de créditos e de capitais

vem admitindo uma função dúplice da responsabilidade civil, isto é, tanto para fins repressivos quanto preventivos ou educativos. O tribunal, porém, costuma limitar o valor das indenizações com o objetivo de supostamente não incentivar uma indústria do dano moral e evitar o enriquecimento sem causa.

⁵⁶ POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 6. ed., New York: Aspen Publishers, 1998.

⁵⁷ Em contraponto a esse posicionamento defendido por Richard A. Posner, oportuno citar Todd J. Zywicki, para quem a adoção de *stare decisis* pelo direito consuetudinário incentiva o *rent seeking* na esfera judicial, tornando o direito suscetível de ser utilizado como veículo para captura de rendas e manipulação de precedentes judiciais. Em outras palavras, a obtenção de um precedente favorável implica um fluxo de capital substancial no longo prazo para as partes que se engajam em disputas recorrentes, o que incentiva o aumento de investimentos em processo judicial visando à obtenção de um resultado favorável (**The rise and...**, p.1567).

⁵⁸ TULLOCK, Gordon; SELDON, Arthur; BRADY, Gordon L. **Falhas de governo...**, pp.49-51.

⁵⁹ *Id. Ibid.*, p.52.

⁶⁰ POSNER, Richard A. **Economic analysis of...**, p.27.

⁶¹ A pesquisa realizada examinou leis que disciplinam a proteção do investidor, a qualidade de seu cumprimento e a propriedade do controle societário, resultando três conclusões: (i) países cujas regras legais originam na tradição *common law* tendem a proteger investidores consideravelmente mais em relação aos países de origem romano-germânica; (ii) o cumprimento de leis é mais forte nos países de *common law*; (iii) alta incidência de substituição de mecanismos para a proteção de investidor pobre nos países *civil law*, a exemplo da concentração de ações e escassa dispersão acionária. Essas desvantagens de proteção ao investidor acarretam consequências adversas para o crescimento e desenvolvimento financeiro. (LA PORTA, Rafael; SILANES, Florêncio Lopez de; SHLEIFER, Andrei; VISHNY, Robert W. **Law and finance**. *Journal of Political Economy*, vol.106, n.6, 1998, pp.1151-1152). Nesse sentido, Fabio Ulhoa Coelho, ao tratar das espécies de controle societário, afirma que predominam no Brasil sociedades de controle totalitário, por conta do estágio de desenvolvimento de seu mercado de capitais, ao contrário do que ocorre no mercado norteamericano, no qual prevalecem empresas com reduzida participação acionária. (**Curso de direito comercial**. v.2, São Paulo: Saraiva, 1999, pp.276-277).

menos desenvolvidos,⁶² de modo que as normas jurídicas dos países de direito consuetudinário seriam mais eficientes.⁶³

Essas conclusões foram confirmadas em estudo relativamente recente, no qual Simeon Djankov *et al.* apontaram que medidas de proteção de investidores estão cada vez mais correlacionadas ao desenvolvimento financeiro de determinado país, a partir de três variáveis: medidas de proteção acionária, interpretação da origem legal e desenho das estratégias regulatórias. Para os autores, a diferença substancial entre as duas tradições legais consiste no fato de que a *common law* cria maiores incentivos a soluções privadas das controvérsias, e suas leis buscam reduzir custos destas soluções, sem substituí-las por soluções públicas.⁶⁴

Os mesmos autores, também com viés comparatista, analisaram o formalismo processual existente em 109 países (inclusive Canadá e Brasil),⁶⁵ a partir de duas situações, quais sejam, despejo de um locatário inadimplente e execução do montante devido constante de cheque devolvido, cuja natureza é simples sob o ponto de vista da resolução. Como resultado das análises, indicaram que o formalismo processual é sistematicamente maior em países de direito codificado e está geralmente associado: (i) à morosidade

⁶² La Porta *et al.* mostraram, por meio de critérios comparativos, que o ambiente legal interfere no mercado financeiro, de modo que, países de origem romano-germânica têm baixo índice de proteção ao investidor e, portanto, mercado de capitais menos desenvolvido, se comparado aos países da *common law* (LA PORTA, Rafael; SILANES, Florêncio Lopez de; e SHLEIFER, Andrei. **Legal determinants of external finance**. The Journal of Finance, vol. LII, n.3, jul. 1997, pp.1149-1150).

⁶³ Os critérios utilizados pela pesquisa compreendem os direitos legais de acionistas e credores, aptos a lhes permitirem extrair o máximo de retorno de seus investimentos, sob o aspecto da equidade e dos meios de recuperação de crédito. Destacam-se assim: os direitos de voto na eleição de diretores e em outros assuntos importantes em matéria empresarial; o direito de fazer reivindicações específicas contra a empresa; e os procedimentos de liquidação e reorganização por ocasião da inadimplência. Tais critérios foram utilizados numa amostra de 49 países, distribuídos de acordo com a tradição legal adotada, *common law* ou *civil law*. A título exemplificativo, em decisão colegiada proferida em 19.06.2008, pela 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), no Agravo de Instrumento (AI) nº 514.243-4/6, não reconheceu a legitimidade ativa de uma sociedade estrangeira para habilitar seu crédito em processo falimentar de empresa brasileira, sob o argumento de ausência de autorização do Poder Executivo para funcionar no país, ainda que por meio de estabelecimentos subordinados. Em outras palavras, condicionou-se o direito de recuperação de crédito à regularização burocrática de funcionamento no Brasil de empresas estrangeiras.

⁶⁴ DJANKOV, Simeon; LA PORTA, Rafael; SILANES, Florêncio Lopez de; e SHLEIFER, Andrei. **The law and economics of self-dealing**. Journal of Financial Economics, 88, 2008, Elsevier, pp.461-463.

⁶⁵ Entre os diversos indicadores utilizados na pesquisa, merece destaque o índice de controle de revisão superior que mede o nível de controle ou intervenção de cortes de apelação de revisão nos julgamentos de primeira instância. Suas variáveis são a suspensão automática da execução da decisão até o resultado do recurso, abrangência da revisão recursal e permissão de recursos intermediários. O índice apresenta uma escala de 0 a 1, em que maior valor significa maior controle ou intervenção. Nesse índice, o Canadá apresentou 0,33 de controle de revisão superior, ao passo que o Brasil alcançou o dobro do resultado canadense com 0,67, indicando, portanto, maior intervenção judicial.

judicial, extraordinariamente elevada, o que sugere significativas ineficiências; (ii) à uniformidade e honestidade menores; (iii) a menor equidade em decisões judiciais; e (iv) a maior corrupção.⁶⁶

Os dados empíricos noticiaram igualmente que os sistemas de resolução de disputas podem ser ineficientes – ao menos quando o objeto de preocupação forem controvérsias de natureza simples –, de modo que não se torna possível presumir, sob a ótica da análise econômica, que os tribunais asseguram direitos de propriedade e cumprimento de contratos. Dessa obscura conclusão, decorrem duas implicações lógicas e de grande relevância: (i) a explicação para que estratégias alternativas destinadas a assegurar direitos de propriedade e cumprimento de contrato, incluindo mecanismos privados de resolução de disputas, sejam amplamente utilizadas em países desenvolvidos; (ii) a razão pela qual reformas judiciais geralmente contemplam redução de formalismo processual.⁶⁷

Merecem referência, ainda, as pesquisas de Johnson Simon *et al.* para os quais, no contexto da crise que emergiu no mercado financeiro em 1997,⁶⁸ houve maior expropriação de acionistas minoritários⁶⁹ por controladores nos países de *civil law*, devido à vinculação legal dos juízes, que a fizeram, não por negligência ou incompetência, mas usando uma lógica legal específica.⁷⁰ Afirmam que países de tradição romano-germânica enfatizam a previsibilidade do direito, por se respaldarem em normas para regular o

⁶⁶ DJANKOV, Simeon; LA PORTA, Rafael; SILANES, Florêncio Lopez de; e SHLEIFER, Andrei. **Courts**. Yale ICF Working Paper n. 02-18; Harvard Institute of Economic Research Paper n. 1951, p.1.

⁶⁷ *Id. Ibid.*, pp.26-28.

⁶⁸ Trata-se da crise do Leste Asiático que “teve início em julho, quando a Tailândia, que tinha praticamente exaurido suas reservas em moeda estrangeira, deixou o baht flutuar. A moeda tailandesa despencou, desencadeando um ‘crack’ no mercado de ações e o colapso do preço de outros ativos financeiros. Logo Malásia, Indonésia e Filipinas registraram problemas semelhantes. Em Hong Kong, o mercado acionário caiu 30% em uma única semana de outubro de 1997, embora sua moeda se mantivesse firme, pois a ancoragem ao dólar estava sustentada por ampla cobertura cambial e respaldo da China Continental. Em novembro do mesmo ano, a crise espalhou-se para a Coreia do Sul, cuja moeda e mercado de ações colapsaram. O Japão também foi afetado – o mercado acionário caiu vertiginosamente, havendo uma onda de falências bancárias e de corretoras de títulos e valores” (RICHARD, Roberts. **Por dentro das finanças internacionais: guia prático dos mercados e instituições financeiras**. Tradução de Maria José Cyhlar Monteiro e revisão de José Carlos Miranda. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2000, p.30).

⁶⁹ Denomina-se *tunneling* a expropriação dos acionistas minoritários por meio de transferências de recursos e resultados entre empresas. Várias são as formas de *tunneling*, entre as quais pagamento de altos salários ao próprio controlador ou membros da família, venda de ativos, preços de transferências entre empresas do mesmo grupo, garantias de empréstimos (empresa do próprio controlador faz empréstimo para outra empresa, também de propriedade do controlador, e recebe ativos financeiros desta, beneficiária do empréstimo, como garantia). [LEAL, Ricardo Pereira Câmara; FERREIRA, Vicente Antônio de Castro; SILVA, André Luiz Carvalhal da (Org.). **Governança corporativa no Brasil e no mundo**. Rio de Janeiro: E-papers serviços editoriais, 2002, pp.65-66].

⁷⁰ SIMON, Johnson; LA PORTA, Rafael; SILANES, Florêncio Lopez de; e SHLEIFER, Andrei. **Tunneling**. The American Economic Review, vol. 90, n.2, maio 2000, p.22.

comportamento nas negociações com conflito de interesses. Em contrapartida, países da *common law* privilegiam a noção de equidade, sendo mais eficientes à medida que os juízes teriam uma independência e abertura maior para balizar a equidade, permitindo-se, assim, uma evolução contínua do direito no tocante à proteção dos investidores, o que não ocorre nos sistemas de direito romano-germânico.⁷¹

Outras teses em prol da eficiência da *common law* podem ser mencionadas. Os defensores dos modelos evolucionários, por exemplo, sustentam que o direito consuetudinário evolui no sentido de promover a eficiência econômica, calcada nos incentivos privados para litigar ou não diante de normas eficientes ou ineficientes. Um dos integrantes desse modelo, Paul H. Rubin, aduz que, se for possível à parte prejudicada por uma norma ineficiente auferir benefícios que suplantem os custos do próprio processo judicial, haverá incentivos para a discussão judicial de tal norma e, conseqüentemente, uma pressão natural por eficiência econômica, oportunizando-se aos magistrados a sua modificação por meio de decisões também eficientes.⁷²

Com argumentos distintos, mas não opostos, George L. Priest alega que regras eficientes podem evoluir de decisões judiciais de modo a reduzir incentivos a futuros litígios e aumentar a probabilidade de que regras eficientes subsistirão. Se as regras forem ineficientes, existirá um incentivo para a parte prejudicada forçar litígio;⁷³ se as regras são

⁷¹ SIMON, Johnson; LA PORTA, Rafael; SILANES, Florêncio Lopez de; e SHLEIFER, Andrei. *Tunneling....*, pp.23-24.

⁷² RUBIN, Paul H. **Why is the common law efficient?** The Journal of Legal Studies, vol. 6, n.1, jan. 1977.

⁷³ Exemplo prático de norma ineficiente é a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), que, na redação antiga de seu inciso IV, estabelecia que: “O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993)”. Inúmeras demandas foram propostas para questionar a condenação subsidiária da Administração Pública, fundada em tal súmula, pelo mero inadimplemento de empresa terceirizada contratada, a qual acabava por socializar as dívidas trabalhistas com a pessoa jurídica contratante, em prejuízo do erário público. A ineficiência da norma acarretou o aumento da litigiosidade, bem como a propositura da Ação Declaratória de Constitucionalidade/DF nº 16, por meio da qual o STF reconheceu a constitucionalidade do artigo 71, §1º da Lei nº 8.666/93. Após essa decisão, o TST reformulou a redação da Súmula 331 no seguinte sentido: “V – Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada”. Não obstante a referida alteração, diversos tribunais têm mantido o posicionamento anterior, o que tem gerado reclamações constitucionais, além dos recursos manejados pela Administração Pública perante os Tribunais Superiores. No mesmo sentido, cf.: PASTORE, José e ABREU, Osmani Teixeira de. **O custo**

eficientes, não existirá tal incentivo. O interesse substancial em precedentes medir-se-ia, assim, pela quantidade de vezes em que a parte será acionada em casos da mesma natureza no futuro.⁷⁴

Há, ainda, a vertente doutrinária que tem como um de seus representantes John C. Goodman, para a qual os juízes podem ser persuadidos de acordo com os esforços envidados por cada litigante para defender a própria causa (por exemplo, investimento em pesquisa jurídica, contratação de advogados especialistas etc.), de modo que o litígio é visto como investimento, a ser patrocinado pelas partes litigantes até que os custos superem os seus benefícios. Ou seja, a eficiência seria resultado da adoção de normas sociais incorporadas pelo Direito, a exemplo da absorção de normas de comércio medievais.⁷⁵

Em sentido oposto, existem autores que defendem e demonstram a ineficiência da *common law*. Wes Parsons, por exemplo, apontava já na década de 80 que as ineficiências inerentes às decisões oriundas da *common law* estimulavam a codificação do direito anglo-americano, o que encorajava uma reavaliação dos estudos que indicavam a eficiência da *common law*.⁷⁶

Muito embora as decisões anteriores de tribunais tenham relevância e seu devido peso para o controle da uniformização do Direito, argumenta-se que a legislação judicial seria inferior à parlamentar, pois aquela operaria retroativamente, ao passo que esta se destinaria ao futuro. Vale destacar que, ao estabelecer uma nova regra, o juiz da *common law* assim o faz com a finalidade de determinar o resultado legal de uma transação passada, o que implicaria prejuízos à parte sucumbente de uma regra jamais previamente formulada. Com a codificação das normas, as partes não mais seriam surpreendidas.

No mesmo sentido, Gillian K. Hadfield chama atenção para o fato de que não existem evidências acerca da eficiência das regras objeto de análise para toda a classe de litígios à qual se aplicam, sem contar que um cuidadoso reexame das pesquisas empíricas revela que os argumentos de eficiência dependem de inúmeros outros fatores, tais como

das Súmulas do TST. Estado de S. Paulo, 23.10.2012. Disponível em: <www.estadao.com.br>. Acesso em: 24.10.2012.

⁷⁴ PRIEST, George L. **The common law process and the selection of efficient rules.** The Journal of Legal Studies, vol. 6, n.1, jan 1997, p.72.

⁷⁵ GOODMAN, John. **An economic theory of the evolution of the common law.** The Journal of Legal Studies, v.7, n.2, 1978, pp.401-404.

⁷⁶ PARSONS, Wes. **The inefficient common law.** Yale Law Journal, vol.92, n. 5, april 1983, pp.862-863.

custos da informação e da contratação e benefícios relativos.⁷⁷ Destaca o autor que os casos levados ao Judiciário são apenas uma pequena parcela do total sujeito ao regramento da norma,⁷⁸ excluídos, por exemplo, aqueles em que as partes optam, mesmo ineficientemente, por não recorrer à via judicial, ou adequar-se ao precedente preexistente ou, até mesmo, alterar seu comportamento para evitar controvérsia.⁷⁹

A ineficiência da *common law* estaria, ademais, relacionada a mudanças históricas ocorridas ao longo dos anos que impactaram na sua evolução. Todd J. Zywicki relata que o direito consuetudinário era marcado anteriormente por uma ordem judicial competitiva, à medida que os litigantes poderiam optar a corte perante a qual desejavam resolver suas controvérsias.⁸⁰ Os juízes, ao serem remunerados pelas taxas recolhidas das partes, eram estimulados a produzirem normas eficientes, com vistas à satisfação dos usuários da corte, caso contrário, estes poderiam simplesmente migrar para tribunais concorrentes. Além disso, a *common law* era isenta de pressões provenientes de *rent seeking* devido à tendência da *common law* em produzir normas supletivas (*default*), ao invés de obrigatórias, facultando-se às partes a escolha de regras mais apropriadas para disciplinar, por exemplo, suas relações contratuais. Com o fim da competição entre cortes, não mais subsiste a pressão natural para criação de normas eficientes, e a adoção da *stare decisis* incentivou a utilização do direito como veículo de *rent seeking* e manipulação de precedentes judiciais.⁸¹

Gordon Tullock, ao tratar do tema, demonstra que os processos de ambos os sistemas legais são análogos, pois, tal como na *common law*, as partes alocam custos para investir em litígios e, conseqüentemente, na evolução eficiente do direito legislado. Aponta, ainda, que o problema enfrentado pela *civil law* com *lobby* organizado também é

⁷⁷ HADFIELD, Gillian K. **Bias in the evolution of legal rules**. Georgetown Law Journal, vol. 80, 1992, pp.615-616.

⁷⁸ Marc Galanter, em trabalho intitulado “*The vanishing trial: an examination of trials and related matters in federal and state courts*”, apontou que parte dos casos civis federais resolvidos por tribunais nos Estados Unidos (EUA) caiu de 11,5% em 1962 para 1,8% em 2002, ou seja, uma queda de mais de 60% nas últimas quatro décadas (GALANTER, Marc. **The vanishing trial: an examination of trials and related matters in federal and state courts**. Journal of Empirical Legal Studies, vol. 1, issue 3, nov. 2004, p.461).

⁷⁹ HADFIELD, Gillian K. **Bias in the...**, p.616.

⁸⁰ Situação bastante similar àquela que ocorre no campo da arbitragem, no qual as partes escolhem não apenas o tribunal e respectivo(s) árbitro(s), como também o próprio direito aplicável para evitar que se instaure.

⁸¹ ZYWICKI, Todd J. **The rise and...**, pp.1554-1557.

compartilhado pelo direito consuetudinário, no qual grupos de interesses investem para obter precedentes judiciais favoráveis.⁸²

Entre outros fatores invocados em prol da eficiência da *civil law*, estão o aumento da previsibilidade e a estabilidade das normas, o que reduziria custos de transação na economia.⁸³ A *common law*, nesse ponto, seria imprevisível, inacessível e difícil de ser pesquisada, por se constituir a partir de casos individuais, cada qual com suas características próprias, o que aumentaria os custos de transação.⁸⁴ A imparcialidade e a independência também operam em favor do direito codificado em detrimento da *common law*, na qual tais características estão comprometidas em virtude do sistema de eleição dos juízes.⁸⁵

A análise da literatura ora realizada revela, enfim, um enredado de contradições e resultados não conclusivos acerca de qual tradição seria mais eficiente. Não bastasse isso, a crescente convergência e interdependência entre os sistemas *common law* e *civil law* nos mais diversos países do mundo contemporâneo faz com que o objetivo de demonstrar qual seria mais eficiente perca sua funcionalidade.

Com efeito, a crescente complexidade das sociedades e a interrelação de suas economias oriundas da globalização acarretaram um processo de influências consideravelmente recíprocas entre as tradições de Direito. Essa tendência, além de viabilizar uma adaptação funcional dos institutos originários de uma tradição em outra, é guiada por uma necessidade de adequação do aparato normativo à complexidade dos fenômenos sociais. Busca igualmente proporcionar aumento de eficiência por meio da importação de mecanismos eficientes do outro sistema, muito embora com os custos dele decorrentes.⁸⁶

Nesse contexto, a tradição de direito consuetudinário passa por um processo de codificação e de criação de leis, adotando-se uma postura mais flexível no julgamento dos casos com a mitigação da doutrina do *stare decisis*. Uma das razões deve-se, segundo

⁸² TULLOCK, Gordon. **The case against the common law.** In: ROWLEY, Charles K. (ed.). *Law and Economics – The selected works of Gordon Tullock*, vol. 9, Indianapolis: Liberty Fund, 2005, pp.422-423.

⁸³ MATTEI, Ugo e MONTI, Alberto. **Comparative Law&Economics.** In: *Diritti, Regole, Mercato: Economia pubblica ed analisi economica del diritto*. Pavia, Università, 3- 4 ottobre 2003, p.8.

⁸⁴ KOCH JR., Charles H. **The advantages of the civil law judicial design as the model for emerging legal systems.** *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vo.11, issue 1, 2004, pp.139-140.

⁸⁵ *Id. Ibid.*, pp.145-148.

⁸⁶ GORGA, Érica; SZTAJN, Rachel. **Tradições do direito...**, p.185.

Guido Calabresi, à incapacidade de as cortes criarem de maneira suficientemente célere a maioria das normas que uma sociedade moderna reclama.⁸⁷ O corpo legislativo reduz custos de transação no que se refere ao processo de criação de normas, bem como tem efeito sinalizador ao reduzir a incerteza dos indivíduos sobre quais condutas podem ser tomadas e seus efeitos perante o ordenamento jurídico.

O direito romano-germânico, por sua vez, tem conferido gradativamente força vinculante aos precedentes judiciais, tanto no seu aspecto horizontal quanto vertical.⁸⁸ Sob o ponto de vista econômico, a uniformidade reduz custos de transação e evita significativamente incertezas relacionadas ao conflito de regras jurídicas.⁸⁹

No Brasil, por exemplo, vislumbra-se a adoção progressiva de normas que tornam as decisões do STF vinculantes. Além disso, o número de pesquisas empíricas⁹⁰ e a fixação de metas e implementação de incentivos a mecanismos privados de resolução de controvérsias pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ)⁹¹ evidenciam o uso cada vez mais frequente de instrumentos tipicamente do direito consuetudinário.

Some-se que, mediante sucessivas reformas legislativas, o direito brasileiro tem privilegiado dois pilares responsáveis pelo sucesso da *common law*: liberdade contratual⁹² e confiança nos costumes.⁹³

⁸⁷ CALABRESI, Guido. **A common law for the age of statutes**. New Jersey: Lawbook Exchange, 1999, pp.1-7.

⁸⁸ No direito brasileiro, é possível citar como exemplo de mecanismo de *stare decisis* horizontal o artigo 285-A do Código de Processo Civil (CPC), segundo o qual o juízo poderá proferir, de plano, sentença de improcedência, dispensando-se citação, quando a matéria controvertida for unicamente de direito e já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos no juízo. No que se refere a *stare decisis* vertical, menciona-se a súmula vinculante do artigo 103-A da CF que autoriza o STF, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, que terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

⁸⁹ Entre os mecanismos mais importantes que contribuem atualmente para o processo de convergência estão a unificação europeia e a unificação de regras legais por meio de convenções e leis modelos (FUNKEN, Katja. **"The best of both worlds": the trend towards convergence of the civil law and the common law system**. LA 732 Comparative Legal Essay, p.29).

⁹⁰ Cf. a pesquisa "Supremo em números" realizada pela Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (FGV) sob a coordenação de Pablo Cerdeira, Diego Werneck e Joaquim Falcão, que aponta as principais demandas que chegam no Supremo Tribunal Federal, assim como seus maiores litigantes. Disponível em: <www.supremoemnumeros.com.br>. Acesso em: 31.08.2011.

⁹¹ Cf. Resoluções nºs 70, de 18.03.2009, e 125, de 29.11.2010, ambas do CNJ, que dispõem sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <www.cnj.jus.br>. Acesso em: 09.01.2012.

⁹² Fernando Araújo destaca, nesse sentido, que a *common law*, por definição, tende a ser mais generosa no reconhecimento da liberdade contratual, em harmonia com a forma como concebe a intervenção do Direito na vida social. E essa tendência assume a forma muito mais de um controle posterior da liberdade de associação do que o condicionamento prévio por princípios e regras sistematizados, mormente quando

Em suma, a compreensão das eficiências e limitações de cada tradição, em confronto com o papel do Judiciário, é uma condição necessária para compreender modelos de demanda orientados ao litigante. Ou seja, é essencial a compreensão da estrutura institucional e seus incentivos para a produção eficiente do Direito, tal como ocorre no direito de mercado, que reclama a compreensão de ambas as condições de oferta e demanda para identificar o equilíbrio resultante.

Além disso, a questão da tendência das instituições para produzir normas mais eficientes é fundamental sob dois aspectos. O primeiro diz respeito a fatores relevantes da instituição para a produção de normas eficientes, como a habilidade para fazer uso de informação descentralizada e fornecer críticas úteis aos julgadores. Já o segundo, refere-se ao grau de resistência da instituição a pressões *rent seeking* de particulares que buscam manipulá-la a fim de redistribuir riqueza para si próprios em detrimento da eficiência global. Isso significa dizer que, mesmo se uma instituição for projetada para maximizar a eficiência, não logrará êxito se for suscetível a pressões de *rent seeking* por litigantes particulares.⁹⁴

O aumento da eficiência das instituições, assim, deve ser compatível com os incentivos àqueles que usam a instituição e àqueles que são afetados por seus *outputs*.⁹⁵ Em outras palavras, a instituição não só deve ser capaz de reunir e utilizar todas as informações necessárias para processar uma boa decisão, mas também proporcionar aos atingidos pela estrutura institucional incentivos individuais adequados para que disponham dessas informações visando à produção de regras eficientes, em vez de recompensar as pressões de *rent seeking*.

As justificativas para adoção dessas orientações são a chave para o equilíbrio das relações institucionais e para uma solução mais eficaz da controvérsia a ser promovida pelo Judiciário ou por mecanismos alternativos. É nesse contexto que as experiências dos sistemas jurídicos mistos bem sucedidos, como o Canadá, despertam a atenção dos demais

se oportuniza às partes a opção, em caso de colapso do sistema, por formas alternativas de composição de litígios (**Teoria econômica do...**, pp.1042-1043).

⁹³ Importante enfatizar que tanto a *common law* quanto a *civil law* são, em menor ou maior grau, modelos abertos, sujeitos a influências das transformações verificadas na sociedade sobre a qual incidem. A interação entre sociedade e sistema jurídico, contudo, é aparentemente mais intensa na *common law* devido a sua formação mais aderente a usos e costumes.

⁹⁴ ZYWICKI, Todd J. **The rise and...**, p.1553.

⁹⁵ No sentido econômico, significa produto, resultado da combinação dos fatores de produção.

países que vivenciam a contínua convergência das duas tradições legais em busca de mais eficiência.

1.3 A ESTRUTURA DAS CORTES JUDICIAIS CANADENSES E A APARENTE COMPLEXIDADE DA LEGISLAÇÃO QUE REGULA A ARBITRAGEM COMERCIAL NO CANADÁ

1.3.1 Apontamentos gerais sobre o direito canadense

Muito embora tenha sido substituído pela *Constitutional Act* de 1791, que criou as províncias Canadá Superior (atual Ontario) e Canadá Inferior (atual Quebec), o *Quebec Act* de 1774 é um dos fatores responsáveis pela atual estrutura legal canadense, a qual ainda mantém a herança francesa em matéria de direitos de propriedade e civis, seguindo, porém, a tradição inglesa em direito criminal, administrativo e constitucional. O ato sustentava o direito inglês em matéria de prova e processo comercial, introduzindo o sistema *common law* aos casos civis.⁹⁶

A coexistência das tradições legais inglesa e francesa, que surgiu logo após a Primeira Guerra Mundial,⁹⁷ fez eclodir a necessidade de o Canadá mostrar sua própria identidade por meio de nacionalidade independente e pelo Direito, contribuindo também, ao menos como símbolo de força, para a identidade do Canadá francês.⁹⁸

Esse natural desejo de autodeterminação e de desenvolver um Direito que atendesse às necessidades canadenses começa a render frutos a partir da Segunda Guerra Mundial, por volta da década de 40, manifestando-se nas escolas de Direito por meio de inclusão das duas tradições dentro das mesmas universidades,⁹⁹ com reflexos nos tribunais.¹⁰⁰

⁹⁶ O direito francês de Quebec, em particular, tem sido mesclado desde o princípio com o direito inglês de Ontario e do restante do Canadá. Quebec goza, assim, de uma duplicidade de direito comum e, mesmo estruturalmente, de um sistema legal bissistemático.

⁹⁷ Newfoundland, Prince Edward Island, New Brunswick e Nova Scotia, todos adotavam *common law* antes da Confederação. A província de Canadá, entretanto, iniciou com uma colônia francesa, New France, que utilizava *civil law*. Depois da conquista, a Grã-Bretanha assegurou a continuidade da *civil law* com *Quebec Act* de 1774.

⁹⁸ VARGA, Csaba. *Meeting points between...*, p.26.

⁹⁹ Ainda perduram as formações específicas, iniciadas há algumas décadas, sendo a *common law* também ensinada em francês e vice-versa. Na Universidade de McGill, em Montreal, Canadá, por exemplo, a faculdade de Direito oferece programas que reúnem ao mesmo tempo as tradições de *civil law* e *common law*, assim como estudos comparativos legais organizados todo verão, voltados a estudantes estrangeiros. As Universidades de Ottawa e Moncton, ademais, oferecem programas *common law*, em francês, enquanto a Universidade de McGill oferece cursos de *civil law* em inglês. Disponível em: <www.mcgill.ca>, <www.uottawa.ca> e <www.umoncton.ca>. Acesso em: 13.12.2011.

O irreversível entrelaçamento das principais famílias do direito, em virtude da coexistência e cooperação, transforma a jurisdição mista do Canadá numa verdadeira jurisdição monista¹⁰¹ – também denominada sistema judicial cooperativo¹⁰² –, à medida que passa a julgar indistintamente casos oriundos da *common law* e *civil law* por meio de um sistema judicial unitário, permitindo aos advogados canadenses desenvolver uma habilidade jurídica híbrida,¹⁰³ cujo adicional conhecimento, em outras circunstâncias, dificilmente seria adquirido.

Das dez províncias que compõem atualmente o Canadá¹⁰⁴, nove utilizam a *common law*, e uma, Quebec, *civil law* herdado da França. Esse bijuralismo,¹⁰⁵ antes considerado

¹⁰⁰ READ, Horace Emerson. **The judicial process in common law Canada**. Canadian Bar Review 37, 1959, p.268. Em 1959, ano no qual o Juiz Ivan Cleveland Rand aposentou-se da Suprema Corte do Canadá, Horace E. Read, que era Reitor do curso de Direito da Universidade de Dalhousie, publicou a primeira análise acadêmica da função judicial no contexto jurisprudencial canadense, intitulado “**The judicial process in common law Canada**”. Ele tinha estudado em Harvard, sob a Reitoria de Roscoe Pound, e ensinado por dezesseis anos na escola de Direito da Universidade de Minnesota. Na época da publicação do referido artigo, Read notou uma dependência quase completa dos juízes ingleses e uma aplicação demasiadamente mecânica e acrítica de decisões inglesas, em prejuízo do desenvolvimento do direito canadense. Segundo ele, os juízes canadenses conservavam um papel acrítico e não criativo, apesar da abolição da apelação do Conselho Privado do Reino (composto por um grupo de consultores da Monarquia para tratar de assuntos do Estado e constitucionais), em 1949, o que teria resultado na atribuição de uma responsabilidade integral ao Judiciário canadense pelo desenvolvimento do Direito. Apontou que, com exceção do Juiz Ivan Rand, a justiça da Suprema Corte do Canadá não tinha mostrado nenhuma prova de que considerasse o Direito como uma coisa viva, a ser aplicada e modulada de acordo com as necessidades de uma sociedade em evolução.

¹⁰¹ No caso, Canadá mantém fontes originais de direito substancialmente diferentes, embora as instituições estatais monistas já tenham largamente concluído a tarefa de transfiguração em uma estrutura sistêmica, nacional e singular do direito (ROULAND, Norbert. **Les droits mixtes et les théories du pluralisme juridique**. In: La formation du droit national dans les pays de droit mixte: les systèmes juridiques de Common law et de droit civil. Aix-Marseille: Presses universitaires, 1989, pp.41-55).

¹⁰² TETLEY, William. **Mixed jurisdictions: common law v. civil law (codified and uncoded)**, p.53. Disponível em: <www.mcgill.ca>. Acesso em: 19.01.2012.

¹⁰³ *Id. Ibid.*

¹⁰⁴ O Canadá tem como capital Ottawa e é composto por dez províncias e três territórios. As províncias são Alberta, British Columbia, Prince Edward Island, Manitoba, New Brunswick, Nova Scotia, Ontario, Quebec, Saskatchewan, Newfoundland e Labrador. Os territórios são Northwest, Yukon e Nunavut. A diferença principal entre uma província e um território canadense é que a primeira recebe os poderes de governo diretamente da Coroa, por meio da *Constitutional Act* de 1867, ao passo que o segundo tem seus poderes outorgados pelo Governo Federal. As nomenclaturas “província” e “território” equiparam-se no direito brasileiro ao Estado Federado, e como tal, têm autonomia político-administrativa.

¹⁰⁵ O termo “bijuralismo” refere-se à coexistência de duas tradições legais dentro de um único Estado, a exemplo do Canadá, em cujo país coexistem *civil law* e *common law* em ambas as idiomas oficiais, interação esta que se intensificou a partir do Código Civil de Quebec em 1994 (LAVALLÉE, Louise. **Bijuralism in Supreme Court of Canada judgements since the enactment of the Civil Code of Canada**, pp.1-2. Disponível em: <www.familieslink.co.uk>. Acesso em: 12.08.2011). C. Lloyd Brown-John e Howard Pawlwy sugerem o termo multijuralismo para fazer referência àqueles Estados nos quais coexistam mais de um sistema legal e estejam incluídos possivelmente mais de dois idiomas oficiais amplamente empregados (**When legal systems meet: bijuralism in the canadian federal system**. Institut de Ciències Polítiques i Socials: Barcelona, 2004, p.3).

uma carência de originalidade¹⁰⁶, resultou numa tendência global do século XXI. A diluição de fronteiras teóricas práticas entre as duas famílias de direitos nos mais diversos países é resultado, principalmente, da rápida adesão do universo do *civil law* à economia de mercado e à globalização, bem como do esforço de convergência, harmonização e unificação característica da *common law*.

Assim, várias são as razões pelas quais o sistema legal misto¹⁰⁷ do Canadá tem se destacado, entre as quais: (i) tratamento conferido à transformação do papel dos precedentes; (ii) busca multicultural e multifatorial de soluções comuns em vez de lei fundada na administração da Justiça; (iii) dissolução da definição e conclusão derivada de leis do positivismo sociojurídico; (iv) prerrogativas conquistadas pelos tribunais para desprender disposições estatutárias por meio de princípios, enquanto atualização judicial, e constitucionalizar assuntos.

Quanto à transformação do papel dos precedentes, a sua essência reside na figura de William Blackstone, fundamental na história do direito canadense. No final século XIX, auge do império britânico, o esforço para uniformizar a *common law* em todo o território imperial aliado à demasiada existência de particularidades locais e atração por sentenças de tribunais não superiores – e, portanto, não vinculativas – reclamavam por um *common law* menos rigoroso.

É dentro desse contexto que a teoria declaratória de Blackstone encontra o seu campo fértil,¹⁰⁸ convertendo-se em fator chave para todo o processo subsequente do final do século XIX, com a produção dos seguintes efeitos no *common law* do império e

¹⁰⁶ VARGA, Csaba. **Meeting points between...**, p.27.

¹⁰⁷ Embora existam diferenças entre as expressões “sistema legal misto” e “jurisdição mista”, as quais foram analisadas de forma bastante didática por William Tetley em artigo de sua autoria intitulado “*Mixed Jurisdictions: Common Law v. Civil Law (Codified and Uncodified)*”, utilizar-se-á no presente trabalho a expressão “sistema legal” de maneira indistinta na abordagem do direito canadense. Oportuno destacar, ainda, que existem outros exemplos de sistema legal misto – como o egípcio, no qual o direito privado básico deriva parte da tradição de direito civil e parte de tradições legais baseadas na religião mulçumana ou outra religião, e o escocês – e jurisdição mista – como África do Sul e Louisiana – que não se limitam ao Canadá. As jurisdições mistas, segundo William Tetley “[...] are created when one culture, with its law, language and style of courts, imposes upon another culture, usually by conquest. The imposition on Québec of the English common law, together with England’s administrative, judicial and legislative system, leaving the French civil law to continue unchanged, is an example” (TETLEY, William. **Mixed jurisdictions: common...**). Tradução livre: “[...] são criadas quando uma cultura, com seu direito, língua e estilo da corte, impõe à outra cultura, geralmente pela conquista. A imposição sobre Quebec da *common law* inglesa, junto com o sistema legislativo, judicial e administrativo inglês, deixando o *civil law* francês continuar inalterado, é um exemplo”.

¹⁰⁸ Sobre a teoria declaratória, ver seção 1.1 deste capítulo.

subsequentemente na *Commonwealth*:¹⁰⁹ (i) a permissão aos tribunais coloniais para continuarem guiando-se pelos casos ingleses; (ii) a superação das hierarquias judiciais nacionais nos casos em que a autoridade externa da *common law* era mais persuasiva; e, a mais relevante, (iii) a aplicação da doutrina *unsuitability* (não apropriada), permitindo-se a adequação local, pois, diante da racionalidade universal do *common law*, este poderia ser encontrado em versões locais, vale dizer, inteiramente racionais às circunstâncias locais.¹¹⁰

A teoria declaratória poderia, então, ser invocada em prol da limitação judicial e, sobretudo, para o reconhecimento das peculiaridades locais, o que reacendeu as principais características da tradição original do *common law*, adaptando-se ao país no qual a teoria era aplicada. O método de resolução judicial acabou por ser característico, imaginativo e sensível à circunstância local. Iniciava-se, na época, uma grande mudança na Inglaterra que transformou a uniformidade transfronteiriça improvável, contrária à pretensão inicial do império britânico.¹¹¹

Os juízes canadenses, em particular, ao mesclarem habilmente a teoria declaratória do Direito com conceitos formais da doutrina do *stare decisis*, conservaram abertos os contatos com o resto do mundo, desenvolvendo um direito local próprio, que após 1966,¹¹² em especial, funda-se não mais na ponderação de princípios, mas na resolução discricionária das controvérsias, dotada de baixa previsibilidade.¹¹³ A regra do precedente anunciada passa a ser, então, aplicada e estendida a novos casos, uma vez satisfeito o padrão da congruência social, o que significa dizer que poderá ser modificada a depender do pano de fundo das proposições sociais.¹¹⁴

Outrossim, a busca multicultural¹¹⁵ e multifatorial de soluções comuns em vez de se restringir à resposta dada pela lei, fundada na administração da Justiça, é uma característica

¹⁰⁹ *Commonwealth* é uma organização intergovernamental, composta por 54 países membros independentes, que tem por objetivo comum de seus integrantes e no interesse de seus cidadãos, a promoção do desenvolvimento, da democracia e da paz. Sobre a organização, ver: <www.thecommonwealth.org>. Acesso em: 12.08.2011.

¹¹⁰ GLENN, H. Patrick. **El common law en Canada**. Tradução de Gabriela Sánchez Luna, p.8. Disponível em: <www.juridicas.unam.mx>. Acesso em: 10.09.2011.

¹¹¹ *Id. Ibid.*

¹¹² Cf. nota 10 supra.

¹¹³ A citação de casos simples foi substituída pela pesquisa e citação de métodos que agrupam um grande número de casos, como indicativos da tendência jurisprudencial (GOUTAL, Jean Louis. **Characteristics of Judicial Style in France, Britain and the USA**. The American Journal of Comparative Law, v. 24, n.1, pp.51-55).

¹¹⁴ SCHAUER, Frederick. **Is the Common Law Law?** California Law Review, v. 77, n. 2, 1989, p.467.

¹¹⁵ Em 1982, o multiculturalismo e os direitos de igualdade foram consagrados na Carta de Direitos e Liberdades da Constituição canadense, segundo a qual a tolerância e solidariedade são vetores de

própria mas não exclusiva da *common law*, cujo sistema está em constante processo de desenvolvimento e apresentação de regras (*rule of law*). No Canadá, essa característica está representada pelas mais diversas referências a autores e decisões estrangeiras,¹¹⁶ realizadas pela jurisprudência canadense, especialmente em Quebec.¹¹⁷

No tocante à tendência prática de dissolver ou atenuar a positividade do Direito, deve-se à adoção do conceito pós-moderno de Direito, segundo o qual este é menos preciso e mais comum, aberto a mais possibilidades de persuasão, e também menos conclusivo, isto é, outras fontes podem prevalecer mais tarde, e formas de acordo mais amplas podem se tornar possíveis, tolerantes a diferenças.

O sistema legal de toda sociedade encara essencialmente os mesmos problemas e soluciona-os, na sua maioria, por diferentes meios, embora com resultados similares. Essa diversidade de procedimentos e instrumentos aplicados, de fontes invocadas e tipo de raciocínio ao qual se recorre, evidencia o advento de uma nova era.

Por último, merecem apontamentos algumas das prerrogativas conquistadas pelos tribunais canadenses,¹¹⁸ sinalizando um novo perfil da função judicial.

A primeira diz respeito ao desdobramento das disposições legais em princípios, a exemplo do Código Civil de Quebec (CCQ) que contemplou concomitantemente a jurisprudência consolidada e ideias doutrinárias, codificando sem fazer um Direito rígido.¹¹⁹

interpretação, integração e aplicação do direito. Entre os direitos fundamentais garantidos na Carta, destaca-se o direito ao idioma, segundo o qual é possível reivindicar a educação dos filhos de acordo com o idioma de origem, assim como a utilização nos tribunais tanto do francês quanto do inglês. A interpretação, a integração e a aplicação do direito canadense, assim, leva em conta a sua diversidade cultural, étnica, religiosa, com os mais de duzentos grupos étnicos que compõem sua sociedade canadense. No Brasil, os elementos da diversidade cultural e regional também merecem atenção e compreensão por parte do sistema jurídico a fim de melhor operacionalizar seu Direito.

¹¹⁶ *Rheume et al. v. Societe d'Investissements l'Excellence Inc.* 2010 QCCA 2269 (CanLII).

¹¹⁷ VARGA, Csaba. **Meeting points between...**, pp.32-35.

¹¹⁸ Os governos provinciais têm poderes amplos para legislar, inclusive sobre matérias como educação, direito de família e aspectos civis, de modo que o governo federal não poderá alterar certas matérias unilateralmente sem o respectivo consentimento das províncias. Esse desenho estrutural repercute no Judiciário, posto que os tribunais locais também ganham força. Na eventualidade de determinado conflito judicial chegar à Suprema Corte do Canadá, a esta incumbe refletir de forma adequada à diversidade do sistema judicial canadense.

¹¹⁹ O Código Civil brasileiro (CC) de 2002, por influência, sobretudo, de Miguel Reale, possui inúmeros conceitos indeterminados e cláusulas gerais, pautando-se pelos princípios da socialidade, eticidade e operabilidade. Essa abertura permite a inclusão de hipóteses não pensadas pelo legislador, a atualidade, longevidade e flexibilidade das regras, as quais passam a ser melhor adaptáveis às circunstâncias do caso concreto.

Saliente-se, nesse aspecto, que a Província de Quebec tem seu próprio legislativo, separada do Parlamento federal desde o início da Confederação canadense em 1867, cujo fator a auxiliou a manter uma distinta identidade cultural e a consolidou como a única jurisdição da América do Norte na qual o idioma e a cultura da maioria do povo são franceses. Evidentemente que isso também serviu para salvaguardar e promover o desenvolvimento da tradição *civil law* da província como uma jurisdição mista no Canadá.¹²⁰

Por conseguinte, a constitucionalização de assuntos com a implementação pela Suprema Corte do Canadá da Carta de Direitos e Liberdades do Canadá de 1982,¹²¹ que complementa sua *Constitutional Act* de 1867, estimulou tribunais ordinários a aplicarem diretamente princípios constitucionais na interpretação das regras, de modo a tornar conflitos de interesses em conflitos de direitos, adjudicáveis pelo Judiciário. A essa tendência denominou-se politização do Judiciário,¹²² suscitando debates entre os quais a legitimidade do Judiciário¹²³ para impor valores de determinados indivíduos (juízes) à comunidade, sem o respectivo procedimento democrático de votação.¹²⁴⁻¹²⁵

¹²⁰ TETLEY, William. **Mixed jurisdictions: common...**

¹²¹ Tanto a *Constitutional Act* de 1867 quanto a Carta de Direitos de 1982 devem ser observadas em todo território canadense, seja *civil law* ou *common law*.

¹²² O papel político desempenhado pelo Judiciário, também denominado politização da justiça ou judicialização da política, é um movimento generalizado que tem ocorrido em diversos países, tais como EUA, Inglaterra, Suécia, Holanda. No Brasil, particularmente, a atuação política do STF é resultado do próprio texto constitucional de 1988, diante de suas peculiaridades e dos institutos adotados, aos quais se agregaram as Emendas Constitucionais e a legislação promulgada até então. Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, porém, tal fenômeno não foi conscientemente desejado pelo constituinte, sendo exemplo de como as Constituições “crescem” ou, o que se costuma denominar, de mutação constitucional, isto é, mudança constitucional oriunda de processos indiretos, não formais ou informais, não produzida pelas modalidades organizadas de exercício do Poder Constituinte derivado (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O papel dado ao Supremo pela Constituição**. Conj. 08.04.2009. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 20.12.2011). Como exemplo tem-se o alargamento do sentido do texto constitucional, conferindo-lhe maior abrangência para alcançar novas realidades. O principal motivo dessa mutação deve-se ao caráter dinâmico da Constituição, a qual está sujeita a influências de fatores jurídicos (evolução jurisprudencial e doutrinário) e de novas necessidades sociais.

¹²³ Sobre o tema, cf.: BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. **Democracia procedimental e jurisdição constitucional**. Disponível em: <www.conpedi.org.br>. Acesso em: 12.08.2011. O artigo analisa a teoria da democracia procedimental, fundada na defesa do procedimento democrático, que privilegia direitos que garantem participação política e processos deliberativos, transitando pelas teorias de John Hart Ely, Jürgen Habermas e de Carlos Santiago Nino.

¹²⁴ LEISHMAN, Rory. **Against judicial activism: the decline of freedom and democracy in Canada**. McGill-Queen's University Press, 2006. Nessa obra, R. Leishman aponta algumas decisões que retratam esse perfil da Suprema Corte do Canadá, como em *R. v. Morgentaler*, 1988 CanLII 90 (SCC), no qual a lei canadense de aborto foi anulada e em *Vriend v. Alberta* 1998 CanLII 816 (SCC), em que se reconheceu que a exclusão legislativa de homossexuais da proteção contra discriminação violaria a seção 15 da Carta canadense.

A Suprema Corte do Canadá, ademais, tem sido vista como autoridade moral suprema da nação ao contemplar opiniões acadêmicas e desenhar as principais considerações filosóficas como fundamentos normativos.¹²⁵

Esse perfil do direito canadense, ora delineado em poucas linhas e que tem como ponto central a interação das tradições legais mais usuais a partir de uma perspectiva de convergência, está emergindo mundialmente. Além disso, as experiências da Suprema Corte canadense, em especial, são, ao menos em tese, indicativas da nova medida entre *common law* e *civil law*, cujo estudo torna-se de grande relevância.

1.3.2 As cortes judiciais canadenses

Cada província e território têm uma corte provincial ou territorial, que recebe casos envolvendo leis federais e estaduais, salvo Nunavut, em cujo território existe apenas corte superior, a saber, a Corte de Justiça de Nunavut que acumula competência de corte provincial.

As cortes provinciais e territoriais julgam a maioria dos crimes, questões familiares (exceto divórcio), acidentes de trânsito e questões patrimoniais até certa quantia, de acordo com cada localidade. Há, ainda, cortes dessa instância que se dedicam exclusivamente a determinados tipos de delitos ou grupos de delinquentes, a exemplo do programa da Corte de Tratamento de Drogas, destinado a atender às necessidades de delinquentes não violentos, condenados por infrações motivadas pelo vício.

Algumas províncias e territórios como Ontario, Manitoba, Alberta e Yukon, possuem Juizados de Violência Doméstica, cuja finalidade é fornecer uma resposta mais ágil para incidentes de abuso conjugal, especializando serviços jurídicos em matéria de violência doméstica.

Existem também as cortes superiores em cada província e território que, apesar das inúmeras denominações atribuídas, apresentam sistema judicial idêntico. Compostas por juízes nomeados pelo Governo Federal, sua competência é ampla para qualquer matéria

¹²⁵ O STF, na ADI nº 4277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132, reconheceu a união estável para casais do mesmo sexo em 04.05.2011. Em pesquisa nacional do Instituto Brasileiro de Opinião e Estatística (Ibope), realizada entre os dias 14 e 18 de julho de 2011, restou indicado, porém, que 55% dos brasileiros eram contrários à decisão e 45%, favoráveis.

¹²⁶ No Brasil, recentemente, o Plenário do STF, na ADPF nº 54, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), declarou a inconstitucionalidade de qualquer interpretação que considerasse crime tipificado no Código Penal (CP) a interrupção da gravidez de feto anencéfalo.

(julgam desde crimes mais graves a matérias civis mais complexas, inclusive divórcio e questões de elevado valor patrimonial), exceto aquelas especificamente designadas a outro nível de jurisdição. Exercem também a função de corte de apelação das decisões oriundas das cortes inferiores.

No âmbito federal, foram criadas cortes especializadas, como a Corte Tributária do Canadá e o Sistema de Justiça Militar, a fim de lidar de maneira mais eficiente com certas áreas do direito.

Por fim, tem-se a Suprema Corte do Canadá, última instância recursal de todas as cortes canadenses, com sede em Ottawa e jurisdição em todas as áreas do direito, incluindo constitucional, administrativo, criminal e civil. É composta por um Presidente (*Chief Justice*) e oito juízes – todos indicados pelo Governo Federal, dos quais três são originários da Província de Quebec, garantindo-se que um terço seja educado no direito civil –, que se reúnem três vezes por ano: no inverno, primavera e outono.

Para que determinado processo seja julgado pela Suprema Corte, deve antes ter sido apreciado nas instâncias inferiores e submetido a um juízo de admissibilidade discricionário e independentemente de fundamentação, o que limita bastante o número de processos a serem julgados por tal corte, no qual se compreendem, em regra, casos de relevante interesse público e valor financeiro.

A Suprema Corte também exerce papel importante como conselheira do Governo Federal, emitindo pareceres sobre interpretação de fatos, leis e da Constituição.

Paralelamente a essa estrutura judiciária canadense, existe um sistema alternativo de solução de disputas, no qual se incluem mediação e arbitragem, sendo esta última de maior interesse doutrinário e que será objeto de estudo doravante.

1.3.3 Breve histórico da arbitragem no Canadá

Apesar da tradição arbitral como uma alternativa ao processo litigioso convencional, que remonta à antiga Grécia e ao direito romano, até recentemente existiam oposições à arbitragem, a qual era vista pelos tribunais e advogados da *common law* como desfavorável. Apontavam os opositores deficiências no processo arbitral, tais como alto custo, carência de finalidade e dificuldades na execução das sentenças arbitrais. As cortes

se opunham a qualquer coisa que as privasse de sua jurisdição, ao passo que os advogados temiam o desconhecido, pois ignoravam os sistemas legais estrangeiros.¹²⁷

No famoso caso *Scott v. Avery*¹²⁸, a *House of Lords* reconheceu a validade do acordo arbitral objeto de discussão, criando uma condição precedente para o exercício do direito de ação da parte sujeita à arbitragem perante as cortes, qual seja, a de que a disputa reclamada tem que ser previamente arbitrada. Essa decisão finalizou muitos dos conflitos e oposições judiciais sobre a matéria na época e descortinou as razões pelas quais Cortes e advogados resistiam ao inevitável avanço da arbitragem, prevalecendo, ao final, a pressão comercial para a sua admissão.¹²⁹

Em relação ao tema, a Suprema Corte do Canadá registrou, no caso *Desputeaux v. Editions Chouette*,¹³⁰ que o Parlamento e a legislatura provincial têm reconhecido a existência e legitimidade do sistema de justiça privada, frequentemente consensual, paralelo ao sistema judicial estatal, a exemplo de Quebec, no artigo 2638 do CCQ,¹³¹ e do

¹²⁷ FORTIER, L.Yves. **Delimiting the spheres of judicial and arbitral power: beware, my Lord, of jealousy.** In: 80 The Canadian Bar Review 143, 2001, p.145.

¹²⁸ *Scott v Avery* [1856] 5 HLC 811, House of Lords. Esse caso constitui um dos raros julgamentos em que um juiz critica seus pares. No século XIX, o litígio só era adiado diante da existência de arbitragem se o juiz considerasse o curso desta imparcial. Vale dizer que a continuidade do litígio perante a corte ficava ao exclusivo critério do julgador, não sendo obrigatório o seu adiamento por conta da arbitragem. Como resultado, inúmeros demandantes ignoravam a cláusula arbitral constante de seus contratos e, quando a controvérsia surgia, iniciavam um processo judicial. O Judiciário, por sua vez, falhava em admitir o litígio em detrimento da existência de cláusula arbitral, sob o fundamento de que nenhuma parte pode excluir por meio do contrato a jurisdição dos tribunais. Todavia, *Lord Campbell*, ao criticar a postura de todo Judiciário em relação à arbitragem, explicou em *Scott v. Avery* que a real razão de a corte repudiar a cláusula arbitral derivava do fato de que juízes eram previamente pagos com base na quantidade de trabalho que era levado às cortes. Eis a seguinte passagem: “[T]hat as formerly the emoluments of the judges depended mainly or almost entirely upon fees and they had no fixed salary, there was great competition to get as much as possible of litigation into Westminster Hall, and a great scramble in Westminster Hall for the division of the spoil [...] They had great jealousy of arbitrations, whereby Westminster Hall was robbed of those cases which came neither into the Queen’s Bench, nor the Common Pleas, nor the Exchequer. Therefore, they said that the courts ought not to be ousted of their jurisdiction, and that it was contrary to the policy of the law”. Tradução livre: “Como formalmente o pagamento dos juízes depende principalmente ou quase inteiramente das taxas, já que os mesmos não têm salário fixo, havia grande competição para receber tanto quanto possível de litígios em Westminster Hall, no qual também havia um grande encontro para a divisão dos ganhos [...] Eles tinham muita inveja da arbitragem, por meio da qual Westminster Hall foi furtada daqueles casos oriundos da *Queen’s Bench*, *Common Pleas* ou *Exchequer*. Para tanto, eles sustentaram que os tribunais não podem ser excluídos de sua jurisdição e que isso seria contrário à política do direito”.

¹²⁹ *Angela Raguz v. Rebecca Sullivan & Ors* [2000], (NSWCA) 240 (1 september 2000). Disponível em: <www.austlii.edu.au>. Acesso em: 24.02.2012.

¹³⁰ *Hélène Desputeaux v. Les Éditions Chouette (1987) inc. and Christine L’Heureux (1987) Inc.*, (SCC) 17, 1 S.C.R. 178, 2003.

¹³¹ 2638. *An arbitration agreement is a contract by which the parties undertake to submit a present or future dispute to the decision of one or more arbitrators, to the exclusion of the courts.* Tradução livre: “Artigo 2638. A convenção de arbitragem é um contrato pelo qual as partes comprometem-se a submeter um litígio ou eventual decisão a um ou vários árbitros, com a exclusão dos tribunais”.

Parlamento do Canadá com a promulgação do *Commercial Arbitration Act*, RSC 1985, c.17 (2nd Supp.), no seu artigo 15.¹³²

No campo internacional, Canadá foi a última das nações mais industrializadas a aderir à Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, ora denominada simplesmente CNI¹³³ -¹³⁴ e o 61º país.¹³⁵ O Governo Federal e cada uma das províncias e territórios promulgaram legislação incorporando a CNI, seja como anexo à agenda de sua legislação de arbitragem comercial internacional (Alberta, Manitoba, New Brunswick, Newfoundland, Northwest Territories, Nunavut, Nova Scotia, Prince Edward Island, Saskatchewan¹³⁶, Yukon) ou como legislação própria

¹³² *Article 5. Extent of Court Intervention. In matters governed by this Code, no court shall intervene except where so provided in this Code.* Tradução livre: “Artigo 5. Extensão da Intervenção Judicial. Em material administrado por este Código, nenhum corte deverá intervir, salvo assim disposto neste Código”.

¹³³ Com intuito de tornar a arbitragem um modo eficaz de solução dos litígios internacionais nas intensas relações econômicas pós Segunda Guerra, bem como diante das deficiências da Convenção de Genebra de 1927, a Câmara de Comércio Internacional (CCI) elaborou e submeteu às Nações Unidas, em 1953, o que seria o anteprojeto da CNI. Em 1955, os juristas das Nações Unidas acabaram por reformular o texto submetido, tornando-o mais tímido do que aquele originalmente sugerido pela CCI, que resultou na assinatura da Convenção das Nações Unidas sobre Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, em 10 de junho de 1958, na Conferência das Nações Unidas sobre Arbitragem Comercial Internacional, realizada em Nova Iorque. Mesmo com essa timidez na redação, a CNI é um dos – senão o mais – principais eventos da história da arbitragem, tanto por sua vocação mundial, quanto por se caracterizar como a principal mola propulsora do desenvolvimento da arbitragem internacional ao facilitar o reconhecimento e a execução transfronteiriça de sentenças arbitrais por meio de procedimentos conhecidos e simplificados, oriundos de um corpo uniforme de regras aplicáveis mundialmente (FOUCHARD, Phillipe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. **Traité de l'arbitrage commercial international**. Litec: Paris, 1996, pp.142-143).

¹³⁴ A adesão à CNI representa o mínimo necessário para o salutar desenvolvimento da arbitragem, sendo possível, porém, deixar de aplicar suas disposições quando a norma interna for mais favorável ao reconhecimento e execução do laudo arbitral, à luz do princípio da eficácia máxima, sobretudo por ocasião de sua anulação no país em que foi proferida. Como exemplo, é possível citar o direito francês que, no artigo 1.502 de seu Novo Código de Processo Civil Francês, ao dispor sobre as hipóteses de cabimento de recurso contra decisão que concedeu reconhecimento e execução de sentença estrangeira, não contempla a de anulação desta no país onde foi proferida, em oposição ao que dispõem os artigos V,1, e VI, da CNI, o que já foi ratificado pela respectiva jurisprudência. (LEE, João Bosco. **A homologação de sentença...**, p.175).

¹³⁵ No Brasil, somente em 23.07.2002, por meio do Decreto nº 4311, foi ratificada e incorporada ao seu ordenamento jurídico interno a Convenção sobre Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de 1958. Apesar de a ratificação e internalização da CNI não implicar alterações significativas em termos legislativos, posto que a Lei nº 9.307/96 já trazia disposições equivalentes sobre a matéria, não restam dúvidas de que conferiu maior segurança jurídica às partes estrangeiras que optassem pela arbitragem na relação jurídica contratual com brasileiros, constituindo, ainda, “uma via de mão dupla para obter entre os Estados signatários, execução das sentenças arbitrais proferidas em seus territórios” (GARCEZ, José Maria Rossani. **Homologação de sentenças estrangeiras: direito brasileiro e comparado**. In: MARTINS, Pedro A. Batista e GARCEZ, José Maria A. Rossani. Reflexões sobre a arbitragem. São Paulo: LTr, 2002, p.547). Ademais, por ocasião da adesão da CNI, o Brasil revolucionou nas condições para a concessão da homologação ao adotar o princípio da eficácia máxima (LEE, João Bosco. **A homologação de sentença...**, pp.187-188).

¹³⁶ Embora Saskatchewan tenha adotado, inicialmente, a reserva de reciprocidade do artigo I, 3, da CNI tem sido rechaçada, a fim de conferir maior abrangência à arbitragem (MCEWAN, J. Kenneth e HERBEST,

para esse propósito (Ontário¹³⁷, British Columbia). O Código de Processo Civil de Quebec (CPCQ), por sua vez, dispõe, no seu artigo 948, que a interpretação de seu Título II – que trata sobre o reconhecimento e execução da sentença arbitral formada fora de Quebec, do Livro VII, Arbitragens – deve ser feita à luz da Convenção de Nova Iorque, quando aplicável.¹³⁸

A adesão à CNI foi parte de um movimento no Canadá para modernizar, de modo geral, a legislação arbitral e adotar a Lei Modelo UNCITRAL, criada sob os auspícios da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional. Ao contrário da tardia adesão à CNI, o Canadá foi o primeiro país a aderir à Lei Modelo, e a British Columbia, a primeira jurisdição a adotá-la no mundo,¹³⁹ seguida das demais Províncias e territórios que também elaboraram um *International Commercial Act*, a exceção de Quebec.¹⁴⁰ No âmbito federal do Canadá, simplesmente anexou-se a Lei Modelo (denominada como *International Law* ou *International Arbitration Law*) como agenda, sendo realizadas pequenas alterações para sua importação no corpo da legislação promulgada.¹⁴¹

Ludmila B. **Commercial arbitration in Canada: a guide to domestic and international arbitrations**. Toronto: Canada Law Book, 2011, seção 1:40, p.1-8).

¹³⁷ Em Ontário, a *Foreign Arbitral Awards Act*, 1986, foi revogada em 1990 devido à promulgação da *International Commercial Act*, que também disciplinava o reconhecimento e a execução de sentenças estrangeiras. Posteriormente, a Convenção de Nova Iorque foi incorporada indiretamente pela *International Commercial Arbitration Act* de Ontário que reforçou a Lei Modelo UNCITRAL, a qual estava anexada àquele como uma agenda. A Lei Modelo estabelece que se aplica “à arbitragem comercial internacional sujeita a qualquer acordo que se encontra em vigor entre este Estado e qualquer outro Estado ou Estados”. A *International Commercial Arbitration Act* de Ontário, por seu turno, dispõe que a expressão “acordo que se encontra em vigor entre este Estado e qualquer outro Estado ou Estados” significa “um acordo entre Canadá e outro país ou países que se encontra em vigor em Ontário” [seção 1(3)], o que inclui a CNI [BRANSON, Cecil O. D. **The enforcement of international commercial arbitration agreements in Canada**. vol. 16(1), *Arbitration International* 19, 2000, pp.19-22].

¹³⁸ MCEWAN, J. Kenneth e HERBEST, Ludmila B. **Commercial arbitration in...**, seção 1:30, p.1-7.

¹³⁹ British Columbia, em particular, estava interessada em atrair negócios de arbitragem e tornar-se o centro internacional comercial e financeiro, consoante preâmbulo de seu *International Commercial Arbitration Act*, o qual era essencialmente uma reelaboração da versão da Lei Modelo. [(RSBC 1996) CHAPTER 233 – Disponível em: <www.bclaws.ca>. Acesso em: 08.02.2012].

¹⁴⁰ A primeira decisão no Canadá sob a égide da nova lei federal *Commercial Arbitration Act* foi proferida no caso *Navigation Sonamar v. Algoma Steamships*, decidida pela *Quebec Superior Court* (Published in French: *Requeils de Jurisprudence du Québec* 1987, p.1346), que se recusou a anular uma sentença arbitral por falta de razões ou erro legal manifesto. Foi um indício promissor de atitude judicial favorável, em contraste com o significativo corpo de opiniões judiciais anteriores em Quebec sobre vários aspectos da lei de arbitragem.

¹⁴¹ A legislação é a *Commercial Arbitration Act*, RSC 1985.

A adoção da Lei Modelo UNCITRAL representou uma mudança política em direção à resolução de disputas arbitráveis fora do Judiciário, repercutindo nas mais diversas legislações provinciais.

British Columbia, por exemplo, assumiu papel de liderança na promulgação de nova legislação doméstica sobre arbitragem comercial. A respeito disso, a Comissão de Reforma Legal de British Columbia emitiu um Relatório sobre Arbitragem em 1982 com recomendação para adoção de legislação moderna, sendo referenciado como a primeira proposta de modernização do regime legislativo no campo da *common law* canadense.¹⁴²

Ontário, Alberta, Saskatchewan, Manitoba, Quebec, New Brunswick e Nova Scotia também adotaram medidas nesse sentido. Alberta emitiu, em 1988, por meio de seu instituto de reforma legal, um Relatório denominado “Propostas para um novo Ato de Arbitragem de Alberta”, no qual constava um esboço de legislação que alterava significativamente a Lei Modelo a fim de se adequar às exigências domésticas. Tal relatório resultou na adoção da *Uniform Arbitration Act* em 1990, com pequenas alterações nas disposições da arbitragem comercial doméstica em cada uma das províncias¹⁴³, a exemplo da *Arbitration Act 1991* de Ontário e *Commercial Arbitration Act* de Nova Scotia.¹⁴⁴

Observe-se, portanto, que, em sendo um Estado Federal, Canadá possui tanto leis federais, quanto leis provinciais sobre arbitragem. Nas províncias, há uma distinção entre arbitragem comercial internacional, disciplinada de maneira uniforme pela Lei Modelo UNCITRAL, e doméstica, fundada não apenas nesta lei, mas também em disposições mais restritivas, o que permite um grau maior de interferência judicial. Nas províncias, aplica-se a respectiva legislação doméstica, salvo se sujeita à disciplina de arbitragem internacional.

A *Commercial Arbitration Act* federal, em particular, aplica-se a ambas as arbitragens doméstica e internacional quando envolver autoridades da Coroa, um

¹⁴² Cf. Law Reform Commission of British Columbia, Report on Arbitration, LRC 55, May 1982. Disponível em: <www.bcli.org>. Acesso em: 09.12.2011.

¹⁴³ HURLBULT, W. H. **A new bottle for renewed wine: the Arbitration Act, 1991**. Alberta Law Review 86, vol. 34, n.1, 1995, pp.88-89.

¹⁴⁴ No caso *Rampton v. Eyre* (2007 ONCA 331, Maio 2007, parágrafo 19), em que as partes envolvidas de diferentes províncias invocaram, cada qual, a aplicação tanto da *International Commercial Arbitration Act* quanto da *Arbitration Act 1991* (ato formulado posteriormente àquele), a Corte de Apelação de Ontário assegurou que: “If a disputes arises between the parties as to which statute governs the arbitration, it is a question for the arbitration tribunal to decide”. Tradução livre: “Se uma disputa surge entre as partes assim como acerca de qual lei será aplicável à arbitragem, é uma questão para o tribunal arbitral decidir”.

departamento do Governo Federal ou qualquer matéria relacionada a direito marítimo ou almirantado.

1.3.4 Características fundamentais da arbitragem à luz do *common law*

Na arbitragem, principalmente em *common law*, duas características são fundamentais: a existência de uma controvérsia e o dever ou pretensão, conforme o caso, de as partes submeterem tal controvérsia à arbitragem.¹⁴⁵

Em *Arenson v. Casson Beckman Rutley & Co.* da *House of Lords*, foram apontados alguns contornos para a definição de arbitragem, quais sejam: (i) existência de uma controvérsia ou diferença entre as partes; (ii) a referida controvérsia ou diferença tem que ser submetida à terceira(s) pessoa(s) para resolver de tal maneira em que seja(m) chamada(s) para o exercício de uma função judicial; (iii) em sendo caso, oportunidade para as partes apresentarem provas e considerações em defesa de suas respectivas reivindicações; (iv) as partes devem estar ajustadas a aceitar a decisão proferida pela(s) terceira(s) pessoa(s).¹⁴⁶⁻¹⁴⁷

A decisão influenciou o *leading case* da Suprema Corte do Canadá, *Sport Maska Inc. v. Zittreer*, segundo o qual, entre os critérios indicativos da pretensão das partes em se submeter a uma arbitragem, estariam o uso da linguagem e a similaridade da ação com o processo judicial, como, por exemplo, o direito de as partes serem ouvidas e produzirem provas, a natureza vinculante e final da sentença arbitral em relação às mesmas e a necessidade de o julgador fundamentar a decisão, resultante dos argumentos que lhe foram apresentados, em oposição a um julgamento realizado à luz de seu conhecimento

¹⁴⁵ *Sport Maska Inc. v. Zittree* [1988] 1 S.C.R. 564. Este *leading case* da Suprema Corte do Canadá, embora tenha sido decidido em relação ao CCPQ, estabeleceu uma declaração útil do direito em ambas as jurisdições *common law* e *civil law*.

¹⁴⁶ [1975] 3 All E.R. 901. 901 [H.L.], pp.915-916.

¹⁴⁷ No *Arenson v. Casson Beckman Rutley & Co.*, asseverou-se que uma disputa não deveria ser confundida com avaliação. Assim, por exemplo, um contrato para a venda de laranjas a um preço a ser ajustado pode ensejar uma arbitragem ou disputa judicial se tal acordo não for alcançado. Entretanto, se restar ajustado que o referido preço será fixado por uma terceira parte (avaliador), isso não decorre de uma disputa judicial. No referido caso, restou consignado que, tanto quanto decidir uma disputa, a terceira parte estava principalmente administrando os mecanismos de acordo. Ademais, desde o caso *Arenson v. Casson Beckman Rutley & Co* e *Sutcliffe v. Thakrah*, os tribunais sinalizam certa relutância em ampliar a imunidade *common law* além daquelas hipóteses decorrentes de uma função estritamente judicial. Como os avaliadores não são árbitros, não detêm fundamento para reivindicar imunidades para alcançar seus deveres de cuidado e diligência.

pessoal.¹⁴⁸ Como a imparcialidade também é reivindicada,¹⁴⁹ qualquer especial conexão do árbitro com uma das partes ou patrocínio financeiro exclusivamente por uma delas é incompatível com o conceito de arbitragem.¹⁵⁰ Resumidamente, quanto maior a similaridade com o processo judicial, maior a probabilidade de ser uma arbitragem.¹⁵¹

Esses critérios, como meios para determinar a verdadeira pretensão das partes, não são exaustivos ou mutuamente exclusivos, isto é, podem ocorrer juntos ou fundirem-se entre eles. Da mesma forma, não necessariamente antecedem a arbitragem, a qual pode existir mesmo se um ou mais critérios não se fizerem presentes ou, até mesmo, se lhe

¹⁴⁸ Na contramão desse repúdio da arbitragem à decisão proferida de acordo com as próprias convicções do julgador, o novo projeto do CPC estabelece a possibilidade de o juiz avaliar a “urgência” da medida a ser adotada para assegurar o cumprimento de sentença arbitral estrangeira. Essa abertura judicial foi bastante infeliz, pois se trata de um critério absolutamente subjetivo, que poderá conduzir a arbitrariedades, a exemplo dos despachos corriqueiros do Judiciário de postergação da análise de eventual liminar ou tutela antecipada postulada após a citação da parte contrária, o que torna um ato irrecorrível sob a ótica da jurisprudência do STJ.

¹⁴⁹ Nos termos do artigo 32, inciso VIII, da Lei nº 9.307/96, será nula a sentença arbitral que não respeitar o princípio da imparcialidade do árbitro.

¹⁵⁰ Bastante elucidativo é o caso que envolveu o ex-ministro do STF, Francisco Rezek, que renunciou à função de árbitro Presidente em disputa instaurada perante o Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem, após ser acusado de parcial em uma decisão arbitral envolvendo grandes grupos empresariais como a mineradora Vale, o banco Bradesco e o grupo *Opportunity*. O caso envolvia direito de participação nas ações da Valepar de titularidade da Elétron, da qual o grupo *Opportunity* é controlador. Segundo a Elétron, sua participação teria sido reduzida devido a uma alteração distorcida resultante do aumento de capital da empresa em 2002. Litel e Bradespar afirmam, contudo, que a Elétron tinha prazo para ajustar a situação e não o fez. O óbice levantado por uma das partes participantes da arbitragem estaria consubstanciado na elaboração de um parecer, contratado em 2006 por advogados de Daniel Dantas, sobre a competência de uma decisão estrangeira na Justiça brasileira e no dossiê encaminhado aos Ministérios Públicos brasileiro e italiano, elaborado com base em reportagens sobre a disputa entre Dantas e a Telecom Itália. Ainda que as partes tivessem escolhido árbitro de sua confiança, a imparcialidade que este deve ostentar é garantia de um procedimento ou sentença arbitral imune à eventual e posterior nulidade, merecendo especial atenção de todos os envolvidos. Adicione-se que a imparcialidade acarreta tanto sanções diretas (recusa do árbitro, repetição ou redução dos honorários), quanto indiretas (por exemplo, nulidade da sentença arbitral). Esse tema, que envolve inclusive os limites da revelação de informações sobre o relacionamento porventura existente entre árbitro e parte(s) ou mesmo respectivo(s) advogado(s), tem suscitado inúmeros debates no campo internacional, sendo inclusive objeto de preocupação dos mais diversos tribunais arbitrais. Como exemplo é possível citar o Código de Ética da AAA/ABA (*American Arbitration Association/American Bar Association*) para árbitros em disputas empresariais, que serve como guia para a divulgação de informações sobre imparcialidade dos árbitros. Embora motivado por intenções legítimas para auxiliar os árbitros a evitar a contestação de seus atos, decisões e honorários, as recomendações têm gerado preocupações por parte de seus usuários por temerem que as orientações se tornem, em vez disso, uma ferramenta para a parte desapontada contestar o procedimento ou sentença arbitral que lhe foi desfavorável, sob o argumento de não divulgação de um item específico mencionado no Código de Ética (*AMERICAN BAR ASSOCIATION. Comments from Members of the Washington, D.C. Arbitration Community on the Draft Disclosure Guidelines Released for Comment by the Disclosure*. Disponível em: <www.americanbar.org>. Acesso em: 08.12.2012). Cf. mais sobre o tema em: LEMES, Selma Maria Ferreira Lemes. **Árbitros: princípio da independência e da imparcialidade**. São Paulo: LTr, 2001.

¹⁵¹ *Precision Drilling Corp. v. Mathews Equipment Ltd.* [2000] 10 W.W.R. 498 (Alta Q.B.), p.506.

forem contrários.¹⁵² São apenas ferramentas usadas para revelar a intenção das partes¹⁵³ abstraída de documentos ou outros instrumentos, a fim de estabelecer a função que as partes pretendiam atribuir a terceira pessoa por elas escolhida.

A arbitragem é frequentemente definida como referência e em oposição a outros processos ou formas alternativas de resolução de disputas. Na verdade, ao endereçar questões atinentes à distinção entre arbitragem e avaliação, os tribunais acabam por desenvolver uma jurisprudência relativa aos critérios de arbitragem.¹⁵⁴ A razão deve-se às inúmeras implicações práticas, tais como a sujeição à determinada legislação¹⁵⁵ ou à revisão judicial¹⁵⁶ e eventual responsabilidade contratual e extracontratual.¹⁵⁷

¹⁵² Oportunizar a uma das partes contratantes a defesa de sua posição, na ausência de outro critério, também não transforma uma reunião em arbitragem. Em 2004357 *Ontario Ltd. v. Kashruth Council of Canada*, 2006 CanLII 19492 (Ont. S.C.J.), parágrafos 30-32. Disponível em: <www.canlii.org>. Acesso em: 12.02.2012.

¹⁵³ Desde o Código Civil de 1916, já era preocupação do legislador brasileiro a verdadeira intenção das partes, privilegiando-a em detrimento do sentido literal da linguagem, cuja redação do artigo 85 foi repetida no Código Civil de 2002, em seu artigo 112, a saber: “Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”. Não foi diferente na Lei nº 9.307/96, que no seu artigo 8º privilegiou a intenção das partes ao estabelecer a autonomia da cláusula compromissória “em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória”.

¹⁵⁴ MCEWAN, J. Kenneth e HERBEST, Ludmila B. **Commercial arbitration in...**, seção 1:60.10, p.1-17.

¹⁵⁵ Geralmente, a legislação arbitral não se aplica a um avaliador, a exemplo da necessária observância da justiça natural por parte do árbitro.

¹⁵⁶ No aspecto procedimental, sentenças arbitrais são de natureza “quase judiciais” e, portanto, sujeitas à revisão judicial, ao passo que a avaliação está subordinada à administração de termos contratuais e princípios não judiciais. Em *Solutia SDO Ltd. v. Cummings*, 2008 CanLII 42599 (Ont. S.C.J.), nos parágrafos 11-12. Disponível em: <www.canlii.org>. Acesso em: 12.02.2012.

¹⁵⁷ Como os documentos internacionais geralmente não são coerentes ou silenciam sobre a questão da responsabilidade dos árbitros, as regras legais que a disciplinam dependem principalmente dos diferentes sistemas jurídicos e ainda há muito que se delimitar no âmbito de conflito de leis e direito internacional privado. As mesmas teorias referentes à natureza da arbitragem são invocadas para delimitar a (ir)responsabilidade do árbitro. Jurisdições *common law* costumam sustentar a exclusão da responsabilidade dos árbitros com base, tradicionalmente, no fato de que árbitros devem receber tratamento semelhante àquele conferido aos juízes (TSAKATOURA, Anastasia. **The immunity of arbitrators**. Inter-lawyer: law firms directories, 20.06.2000. Disponível em <www.inter-lawyer.com>. Acesso em 18.12.2011). No Canadá, árbitros, em oposição aos avaliadores, têm sido considerados imunes a processos decorrentes de quebra de contrato ou negligência no exercício de suas funções [*Sport Maska Inc. v. Zittreer*, (1988) 1 S.C.R. 564. Disponível em <www.canlii.org>. Acesso em: 04.01.2012]. Na imunidade inclui-se o atraso na entrega do laudo arbitral, ausente fraude ou má-fé [*Flock v. Beattie*, 2010 ABQB 193 (CanLII), parágrafo 57]. Em sentido mais amplo, nos Estados Unidos a imunidade é absoluta, mesmo nos casos de atuação fraudulenta. No direito brasileiro, embora a Lei nº 9.307/96 tenha sido omissa, a doutrina tem sinalizado a adoção de responsabilidade do árbitro, com certos limites em decorrência ora da natureza contratual do serviço prestado (CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2009, p.264) ora das semelhanças da atividade do árbitro com aquela exercida pela autoridade judicial [LIMA, Bernardo Silva de. **A responsabilidade civil do árbitro por erro na atividade decisória**. In: GAIO JUNIOR, Antonio Pereira e MAGALHÃES, Rodrigo Almeida (Coord.). *Arbitragem: 15 anos da Lei n. 9.307/96*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p.62]. A equiparação da figura do árbitro à do juiz, aliás, é antiga e remonta a Constituição de 1824 que no seu artigo 160 já previa a possibilidade de as partes nomearem juízes

Entre as principais diferenças existentes entre os dois mecanismos, destacam-se quatro, que reclamam uma análise de caso a caso, à luz das circunstâncias particulares e da própria interpretação do acordo ajustado entre as partes,¹⁵⁸ não importando a terminologia que lhe foi atribuída.¹⁵⁹ São elas: (i) enquanto a arbitragem pressupõe a existência de uma controvérsia, a avaliação geralmente é mero auxiliar ou fator incidental de um contrato; (ii) a matéria submetida à arbitragem compreende a disputa inteira, ao passo que, na avaliação, limita-se a um aspecto mais específico, a exemplo de um dano ou parcela de uma determinada propriedade; (iii) o avaliador utiliza apenas a sua *expertise* para emitir opinião e evitar uma disputa, enquanto o árbitro tem que considerar, além dos fatos constantes das evidências apresentadas, a prova pericial; e (iv) a arbitragem constitui um procedimento “quase judicial” com instrução probatória e aferição dos argumentos aduzidos, mais ampla que a avaliação, está restrita à expressão de uma opinião.

No tocante às categorias da arbitragem, não mutuamente exclusivas, citam-se: (i) arbitragem de oferta final (*offer-final arbitration*), na qual o árbitro não pode transigir, mas acolher a oferta final realizada por uma das partes;¹⁶⁰ (ii) arbitragem de interesses (*interest arbitration*), na qual os termos de um contrato entre as partes são estabelecidos;¹⁶¹ e (iii) arbitragem de queixas (*grievance arbitration*), que está relacionada à interpretação ou infração de um contrato existente entre as partes.¹⁶² Há também a arbitragem consensual e

árbitros nas causas cíveis e penais intentadas, cujas sentenças seriam executáveis sem recurso ao Judiciário se assim fosse convencionado. A equiparação da função estatal do juiz com a particular do árbitro, prevista no artigo 14 da Lei nº 9.307/96, sinalizaria a tendência de se considerar a atividade do árbitro como de caráter público, tal como a do juiz (MAGALHÃES, José Carlos de. **O árbitro e a arbitragem**. Revista de Arbitragem e Mediação, ano 8, vol.29, abr-jun 2011, São Paulo: Revista dos Tribunais, pp.35-36).

¹⁵⁸ Cf. *Montgomery Agencies Ltd. v. Krischke* (1989), 76 Sask.R. 143 (Q.B.), parágrafo 9.

¹⁵⁹ Cf. *Sport Maska Inc. v. Zittler*, (1988) 1 S.C.R. 564, parágrafo 603. O uso da palavra “avaliador” pelas partes contratantes pode indicar a pretensão em se submeterem à avaliação e não à arbitragem. Contudo, somente o exame de todos os documentos e respectivos fatos que circundam o caso concreto pode revelar a verdadeira intenção das partes.

¹⁶⁰ No Brasil, a categoria encontra-se prevista no artigo 4º, §1º, da Lei nº 10.101, de 19.12.2000, a qual dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa e dá outras providências. Nos termos do referido dispositivo, existindo eventual impasse na negociação visando à participação nos lucros ou resultados da empresa, as partes poderão utilizar-se de mediação e/ou arbitragem de ofertas finais. A Lei nº 8.630, de 25.02.1993 (Lei dos Portos), ao dispor sobre o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias, também prevê a possibilidade de arbitragem de ofertas finais a ser utilizada pela Comissão Paritária no caso de eventual impasse no âmbito do órgão de gestão de mão-de-obra.

¹⁶¹ Essa categoria destina-se especialmente aos contratos coletivos trabalhistas para fixação de novas condições de trabalho, como salários, horários, pensões e vantagens sociais.

¹⁶² Assim como a categoria anterior, a arbitragem de queixa tem por escopo dirimir controvérsias oriundas das convenções coletivas, atinentes à aplicação ou interpretação de convênios.

legal. A primeira hipótese deriva ou de um acordo a ser arbitrado (cláusula compromissória) ou da submissão de uma controvérsia já instaurada (compromisso arbitral). Tradicionalmente, certos sistemas legais – em especial da *civil law* – não apoiam cláusula compromissória, exigindo, em vez disso, um compromisso para rejeitar a jurisdição dos tribunais.¹⁶³ A segunda hipótese, por sua vez, decorre de previsão legal, que estabelece a arbitragem como meio de solucionar determinadas espécies de disputas.¹⁶⁴

Traçadas essas características gerais, o presente estudo comparativo focará na arbitragem comercial, tendo-se em vista a cláusula compromissória, foco do presente trabalho.

1.3.5 A disciplina legal da arbitragem comercial: uma visão holística

Primeiramente, antes de adentrar o tema propriamente dito, é necessário definir o que qualifica como comercial determinada arbitragem, pressuposto para incidência, por exemplo, da legislação de arbitragem internacional, aplicável apenas à arbitragem comercial internacional ou acordos de arbitragem comercial internacional. Além disso, se um assunto é comercial, delimitará também a aplicação da Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (CNI) em muitas jurisdições, a qual permite aos seus signatários, no Artigo I(3), distinguir entre regras aplicáveis a arbitragem comercial e não comercial, comumente denominada reserva comercial.¹⁶⁵⁻¹⁶⁶

¹⁶³ Antes de entrar em vigor a Lei nº 9.307/96, somente o compromisso arbitral era capaz de instituir a arbitragem e implicar a extinção do processo sem resolução do mérito. Isso porque a cláusula compromissória era vista como um pré-contrato e mera intenção de firmar o compromisso arbitral, não sendo apta a afastar a competência do juiz estatal. Na redação original do CPC (Lei nº 5.869, de 17.01.1973), o artigo 267 previa exclusivamente o compromisso arbitral como causa de extinção do processo sem julgamento do mérito.

¹⁶⁴ MCLAREN, Richard H., e PALMER, Earl Edward. **The law and practice of commercial arbitration**. Toronto: Carswell, 1982, p.9.

¹⁶⁵ Artigo I (3) Quando da assinatura, ratificação ou adesão à presente Convenção, ou da notificação de extensão nos termos do Artigo X, qualquer Estado poderá, com base em reciprocidade, declarar que aplicará a Convenção ao reconhecimento e à execução de sentenças proferidas unicamente no território de outro Estado signatário. Poderá igualmente declarar que aplicará a Convenção somente a divergências oriundas de relacionamentos jurídicos, sejam eles contratuais ou não, que sejam considerados como comerciais nos termos da lei nacional do Estado que fizer tal declaração.

¹⁶⁶ Essa reserva permite aos Estados signatários restringirem a aplicação da CNI, em decorrência da necessidade de compatibilizar suas regras com as peculiaridades dos mais diversos sistemas jurídicos, especialmente aqueles que seguem a tradição *civil law* e traçam diferenças entre assuntos comerciais e não comerciais. Mais de quarenta países realizaram reserva dessa natureza, entre os quais Argentina, Venezuela, Equador e Estados Unidos. [ARAUJO, Nadia e SPITZ, Lídia. **Artigo I – a Convenção de Nova Iorque sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras: análise**

Embora a reserva comercial tivesse como destinatários sistemas de tradição *civil law*, paradoxalmente, Quebec “[...] was the only Canadian province or territory that did not adopt the ‘commercial reservation’ [...]”,¹⁶⁷ sendo a aplicação da CNI integral a qualquer sentença arbitral estrangeira, independentemente da matéria nela tratada, desde que passível de ser resolvida pela via arbitral.

Tanto no Canadá¹⁶⁸ quanto no Brasil, arbitragem comercial tem sido definida geralmente como aquela usada para resolver disputas que surgem no âmbito comercial e dos negócios.

Acrescente-se que a Lei Modelo UNCITRAL estabelece, em nota de rodapé do artigo 1º (1), que ao termo comercial deve ser conferido a mais ampla interpretação de modo a compreender assuntos oriundos de todas as relações de natureza comercial, seja contratual ou não, arrolando de forma exemplificativa algumas hipóteses.¹⁶⁹

Das breves definições ora apresentadas, extrai-se como ideia central a de que a determinação da natureza comercial não depende da identidade das partes em uma relação transacional (como, por exemplo, a de que ambas as partes necessitam ser empresários), mas da matéria sujeita a tal relação, incluindo qualquer troca de bens ou serviços. Por essa razão, disputas envolvendo entidades públicas são consideradas comerciais, se presente a natureza transacional, como no caso *United Mexican Satates v. Metalclad Corp.*, em que a arbitragem existente entre uma empresa americana e autoridades governamentais

sobre o seu âmbito de aplicação. In: WALD, Arnaldo e LEMES, Selma Ferreira (Coord.). Arbitragem comercial internacional: a Convenção de Nova Iorque e o direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2011, p.63 e nota 20].

¹⁶⁷ MCEWAN, J. Kenneth e HERBEST, Ludmila B. **Commercial arbitration...**, seção 1:70, p.1-34.

¹⁶⁸ Apesar de a lei de arbitragem doméstica não estar adstrita à arbitragem comercial, a *Commercial Arbitration Act* de British Columbia estabeleceu, num primeiro momento, que arbitragem se destinava a resolver uma disputa de acordo com um acordo comercial de arbitragem [*Statutes of British Columbia* (S.B.C.), 1986, capítulo 3, seção 1], sendo a legislação gradativamente reformada para excluir tal restrição [*Revised Statutes of British Columbia* (R.S.B.C.), 1988, capítulo 46, seção 10]. Atualmente, a arbitragem é um mecanismo de resolução de disputas que se aplica a uma infinidade de assuntos, inclusive em matéria de direito de família [*Metcalfe v. Metcalfe* (2006), 70 Alta L.R. (4th) 268 (Q.B), parágrafo 1], mesmo que ainda haja algumas limitações, a exemplo das relações trabalhistas, cujo *Labour Relations Code* de British Columbia (RSBC 1996, c. 244) dispõe, no seu artigo 97, sobre a inaplicabilidade do *Commercial Arbitration Act*.

¹⁶⁹ “O termo ‘comercial’ deve ser compreendido no seu sentido lato, de forma a abranger as questões decorrentes de qualquer relação de natureza comercial, contratual ou não contratual. As relações comerciais incluem, mas não se encontram restritas, às seguintes transações: qualquer fornecimento de bens ou serviços; acordos de distribuição; representação ou agência comercial; *factoring*; *leasing*; construção civil; consultoria; engenharia; licenças; investimento; financiamento; operações financeiras; seguros; acordo de exploração ou de concessão; coempreendimento e outras formas de cooperação industrial ou comercial; transporte de bens ou de passageiros por ar, mar, ferrovia ou por estrada” [nota de rodapé do artigo 1º(1)].

mexicanas, com respeito a permissões ou alegações de tratamento injusto à desapropriação sob a *North American Free Trade Agreement* (NAFTA),¹⁷⁰ tem sido considerado um relacionamento de natureza comercial.¹⁷¹

No tocante ao caráter internacional de determinada arbitragem, a ser definida pelo próprio tribunal arbitral, sua análise goza de igual relevância na medida em que se delimita a incidência da legislação internacional ou doméstica e do respectivo procedimento arbitral.¹⁷²

Tanto a Lei Modelo UNCITRAL¹⁷³ quanto a *International Commercial Arbitration Act* de British Columbia¹⁷⁴ dispõem acerca dos critérios para qualificar uma arbitragem como internacional ou não, tendo em vista, basicamente, o local dos negócios e, na dificuldade de sua definição, o local de residência habitual das partes.¹⁷⁵⁻¹⁷⁶

¹⁷⁰ O Tratado Norteamericano de Livre Comércio é um bloco econômico formado por Estados Unidos, Canadá e México. Foi ratificado em 1993, entrando em funcionamento no dia 1º de janeiro de 1994.

¹⁷¹ *United Mexican States v. Metalclad Corp.*, 2001 BCSC 664 (CanLII). Nesse caso, o México recusou-se a permitir subsidiária da empresa Metalclad a abrir e operar uma instalação de resíduos perigosos construída em La Pedrera, San Luis Potosi. A empresa prejudicada recorreu, então, ao tribunal arbitral, postulando uma indenização de US\$130 milhões sob o argumento de que seu projeto tinha observado todas as exigências legais, além de ter sido resultado de um convite das autoridades mexicanas. Após ter sido condenado pelo tribunal arbitral a pagar em favor da empresa norteamericana o montante de aproximadamente US\$16,70 milhões a título de indenização em agosto de 2000, o México recorreu à Suprema Corte de British Columbia sustentando que a autoridade arbitral teria excedido sua competência, violando assim a política pública do país. A Corte canadense ao julgar o caso em maio de 2001, concluiu que o tribunal arbitral teria atuado com excesso, invalidando o laudo arbitral nessa parte. Todavia, manteve a determinação de que o decreto ecológico emitido pelo governo mexicano constituía uma expropriação indireta do investimento realizado por Metalclad. Em outubro de 2001, então, o governo federal e a empresa convencionaram finalizar a disputa com a assinatura de um convênio mediante o qual foi paga uma indenização de US\$16 milhões aproximadamente e firmado um contrato transferindo ao governo federal a propriedade do imóvel.

¹⁷² A legislação doméstica da British Columbia, por exemplo, dispõe que o laudo arbitral “pode” ser executado como julgamento, ao passo que nos termos seção 35(1) da *International Commercial Arbitration Act* “[...] must be recognized as binding and, on application to the Supreme Court, must be enforced”. Tradução livre: “[...] tem que ser reconhecido como vinculante e, mediante requerimento à Suprema Corte, executado”.

¹⁷³ “Artigo 1º [...] (3) Uma arbitragem é internacional se: a) As partes em uma convenção de arbitragem tiverem, no momento da sua conclusão, as suas sedes comerciais em diferentes Estados; ou b) Um dos locais a seguir referidos estiver situado fora do Estado no qual as partes têm a sua sede; (i) O local da arbitragem, se determinado na, ou de acordo com, convenção de arbitragem; (ii) Qualquer local onde deva ser cumprida uma parte substancial das obrigações resultantes da relação comercial ou o local com o qual o objeto da disputa tenha vínculos mais estreitos; ou c) As partes tiverem convencionado expressamente que o objeto da convenção de arbitragem envolve mais de um país. (4) Para os fins do parágrafo 3º. do presente artigo: (a) Se uma das partes tiver mais de uma sede, deve ser considerada a que tiver vínculos mais estreitos com a convenção de arbitragem; (b) Se uma das partes não tiver sede, a sua residência habitual deve ser considerada”.

¹⁷⁴ Seção 1(3), a qual é repetição da redação da Lei Modelo UNCITRAL.

¹⁷⁵ Diferentemente, a legislação de arbitragem comercial internacional de Ontario estabelece que uma arbitragem conduzida em Ontario e por partes que tenham todos os seus negócios também nesta Província não será internacional somente porque as partes ajustaram que o assunto do acordo arbitral diz

Nesse contexto, há, ainda, discussões sobre o real significado da palavra “Estado”. Nos termos da *International Commercial Act* de British Columbia,¹⁷⁷ províncias e territórios do Canadá são considerados um Estado e, para a *International Commercial Arbitration Act* de Ontario¹⁷⁸, significa país.

Definida a nacionalidade da arbitragem, no caso de eventual conflito de leis, deverá ser analisada qual legislação aplicar-se-á à convenção arbitral.

As legislações de arbitragem doméstica de Ontario,¹⁷⁹ New Brunswick¹⁸⁰ e Saskatchewan¹⁸¹ incidem, por exemplo, sobre uma arbitragem convencional, salvo se a sua aplicação for excluída por ajuste das partes (no caso de New Brunswick), pelo direito ou pela *International Commercial Arbitration Act* incidente sobre o referido acordo arbitral. Dispõem, ainda, que se aplicam com a necessária modificação a uma arbitragem conduzida de acordo com outra lei, a menos que esta estabeleça de forma diversa. No caso de eventual conflito, porém, deverá prevalecer a outra lei e o respectivo regulamento, se houver.

Alberta,¹⁸² Manitoba,¹⁸³ e Nova Scotia,¹⁸⁴ por sua vez, estabelecem que as suas legislações de arbitragem doméstica incidem sobre uma arbitragem convencional, autorizada ou exigida legalmente, salvo se excluídas por ajuste das partes (no caso de Alberta e Nova Scotia), direito ou *International Commercial Arbitration Act*, aplicados ao acordo arbitral. Existindo conflito entre tais legislações e outras leis que autorizam ou exigem arbitragem, estas devem prevalecer.

respeito a mais de um Estado. Vide *International Commercial Arbitration Act* (Ontario), seção 2(3) e *Star Tropical Import & Export Limited v. International Project Management Consortium Ltd.*, 2011 ONSC 4005 (CanLII).

¹⁷⁶ No Brasil, o critério adotado é o da sede da arbitragem, previsto no parágrafo único do artigo 34 da Lei nº 9.307/96, segundo o qual a arbitragem terá a nacionalidade do local onde foi proferida. Países como Alemanha, Grécia e Líbia, por sua vez, adotam o critério da lei que rege a arbitragem. Assim, na eventualidade de ser aplicada uma norma estrangeira, arbitragem será considerada internacional ainda que proferida dentro do território nacional (DOLINGER, Jacob e TIBURCIO, Carmem. **Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.91).

¹⁷⁷ Cf. seção 1(5).

¹⁷⁸ Cf. seção 1(7).

¹⁷⁹ *Arbitration Act* 1991 (Ont.), seção 2.

¹⁸⁰ *Arbitration Act* (SNB), seção 2.

¹⁸¹ *Arbitration Act*, 1992 (Sask), seção 3.

¹⁸² *Arbitration Act* (Alta.), seção 2.

¹⁸³ *Arbitration Act* (Man.), seção 2.

¹⁸⁴ *Commercial Arbitration Act* (NS), seção 3.

Por conseguinte, sob as legislações domésticas de Northwest Territories,¹⁸⁵ Nunavut,¹⁸⁶ Prince Edward Island¹⁸⁷ e Yukon,¹⁸⁸ a *Arbitration Act* aplica-se a qualquer arbitragem regida por qualquer outro estatuto e em qualquer momento, exceto quando incompatível com a lei disciplinadora da arbitragem ou com outra regra ou procedimento autorizado ou reconhecido pelo ato. Nesses territórios e província, a *Arbitration Act* aplica-se mesmo quando outros estatutos não são conciliáveis.¹⁸⁹

Outro ponto que merece destaque no campo da arbitragem comercial diz respeito à possibilidade tanto de combiná-la com outros meios alternativos de controvérsias¹⁹⁰ quanto variar ou excluir determinadas disposições da *Arbitration Act* (*contracting out*), mantendo-se um núcleo essencial de dispositivos, sem os quais resta desnaturado o próprio ato, como cláusulas *Scott v. Avery*,¹⁹¹ equidade e imparcialidade, extensão de limites temporais, declaração de invalidade da arbitragem e execução do laudo.¹⁹²

No tocante à interpretação em matéria de arbitragem, entre as mais variadas legislações canadenses, convém apontar a *International Commercial Arbitration Act* da British Columbia que, na sua seção 6, estabelece que o tribunal arbitral ou a Corte poderá fazer referência a documentos da Lei Modelo UNCITRAL, conferindo-lhes o respectivo valor à luz das circunstâncias do caso concreto.

¹⁸⁵ *Arbitration Act* (NWT), seção 3.

¹⁸⁶ *Id. Ibid.*

¹⁸⁷ *Arbitration Act* (PEI), seção 3.

¹⁸⁸ *Arbitration Act* (Yukon), seção 2.

¹⁸⁹ *Newfoundland (Treasury Board) v. NAPE* (1994). 112 D.L.R. (4th) 68 (Nfld. S.C.).

¹⁹⁰ A combinação consiste em atribuir o papel de árbitro à determinada pessoa responsável pela mediação, conciliação ou qualquer outra técnica similar. Não se revela recomendável, posto que poderá colocar em risco a imparcialidade e segurança exigidas pela arbitragem. Qualquer opinião emitida pelo mediador ou conciliador, não fundada na análise de todo o caso, oportunizará impugnação do árbitro fundada em razoável parcialidade. Ademais, as informações reveladas na fase de mediação poderão ser utilizadas contra a parte confidente ou parte contrária inocente na fase da arbitragem, embora o terceiro, na condição de mediador ou conciliador, não revele. Nesse sentido, a *Arbitration Act* de Ontario, de 1991, dispõe que os membros de um tribunal arbitral não devem (*shall*) utilizar conciliação, mediação ou outro processo similar durante a arbitragem, que possa comprometer a imparcialidade do julgamento. Em sentido contrário e na sua maioria, as legislações de algumas províncias e territórios canadenses autorizam a combinação da arbitragem, desde que haja consentimento das partes e seja uma forma de estimular a resolução da disputa. Como exemplo, citam-se Alberta (seção 35 da *Arbitration Act*) e Manitoba (seção 35 da *Arbitration Act*).

¹⁹¹ *Scott v. Avery* (1856) 5HCL 811, 10 ER 1121. Essa cláusula cria uma obrigação de submeter eventual disputa à arbitragem, bem como uma condição precedente ao exercício do direito de ação do reclamante, qual seja, a de que deve ser previamente arbitrada a referida disputa. Na prática, contudo, tem sido afastada qualquer distinção entre a cláusula *Scott v. Avery* e a cláusula ordinária de arbitragem, consoante decidido pela Corte de Apelação de Alberta, em *Agrium Inc. v. Babcock*, 2005 ABCA 82 (CanLII) e *Arbitration Acts* de Alberta [seção 5(2)], Manitoba [seção 5(2)] e New Brunswick [seção 5(3)].

¹⁹² MCEWAN, J. Kenneth e HERBEST, Ludmila B. **Commercial arbitration...**, seção 1:30, p.1-45.

O CPCQ, por outro lado, dispõe no artigo 940.6 que, no caso de matérias afetas ao comércio internacional e externas a sua Província (Quebec), objeto de arbitragem, a interpretação do título do Código deverá levar em consideração tanto a Lei Modelo UNCITRAL quanto as fontes previamente notórias.¹⁹³

Além disso, tanto a *Commercial Arbitration Act* federal [seção 4(1)] quanto as *International Commercial Arbitration Acts* de Alberta [seção 12(1)], Manitoba [seção 12(1)], Nova Scotia [seção 13(1)], Prince Edward Island [seção 12(1)], Newfoundland [seção 13(1)], Northwest Territories e Nunavut [seção 2(1)], New Brunswick [seção 12(1)], Saskatchewan [seção 11(1)] e Yukon [seção 10(1)] fazem referência à interpretação dos termos da convenção arbitral à luz de seus objetivos e propósitos.¹⁹⁴

A Suprema Corte do Canadá, ao se pronunciar sobre o tema, consignou que as disposições da Lei Modelo UNCITRAL seguem de forma mais próxima a CNI, sendo esta uma fonte formal de interpretação das disposições legais nacionais que disciplinam a execução de acordos arbitrais.¹⁹⁵

Some-se a isso que o significado de determinadas palavras utilizadas numa cláusula arbitral dependerá (o significado) do tipo de transação em questão, do contexto no qual referida cláusula surgiu e de outros termos do contrato, de modo que a definição a elas conferida para compreensão de um caso em específico não necessariamente se aplicará a outro. As mesmas palavras ou similares, assim, podem ser interpretadas de forma distinta em diferentes casos, cada qual no seu contexto fático, conforme recentemente decidido

¹⁹³ 940.6. *Where matters of extraprovincial or international trade are at issue in an arbitration, the interpretation of this Title (arbitration proceedings), where applicable, shall take into consideration (1) the Model Law on International Commercial Arbitration as adopted by the United Nations Commission on International Trade Law on 21 June 1985; (2) the Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its eighteenth session held in Vienna from 3 to 21 June 1985; (3) the Analytical Commentary on the draft text of a model law on international commercial arbitration contained in the report of the Secretary-General to the eighteenth session of the United Nations Commission on International Trade Law.* Tradução livre: “Onde questões de comércio internacional ou extraprovincial estão em questão numa arbitragem, a interpretação deste Título (processo arbitral), onde aplicável, tomará em consideração (1) a lei modelo sobre arbitragem comercial internacional, adotada pela Comissão das Nações Unidas sobre o direito do comércio internacional em 21 de junho de 1985; (2) o relatório da Comissão das Nações Unidas sobre o direito do comércio internacional sobre o trabalho de sua 18ª sessão, realizada em Viena, de 3 a 21 de junho de 1985; (3) o comentário analítico sobre o projeto de texto de uma lei-modelo sobre arbitragem comercial internacional, contida no relatório da Secretaria-Geral para a 18ª sessão da Comissão das Nações Unidas sobre o direito do comércio internacional”.

¹⁹⁴ Cf. anexos.

¹⁹⁵ *GreCon Dimter inc. v. J. R. Normand inc.*, 2005 SCC 46 (CanLII), [2005] 2 SCR 401, parágrafo 41.

pela Corte de Apelação de British Columbia no caso *St. Pierre v. Chriscan Enterprises Ltd.*,¹⁹⁶ não estando a Corte limitada pela doutrina da *stare decisis*.¹⁹⁷

Por derradeiro, a necessidade ou não de convenção arbitral escrita varia conforme a província. Em Ontario,¹⁹⁸ Alberta,¹⁹⁹ Manitoba,²⁰⁰ New Brunswick,²⁰¹ Nova Scotia²⁰² e Saskatchewan²⁰³ expressamente dispõem que o acordo arbitral não necessita ser escrito. Já em Newfoundland,²⁰⁴ Northwest Territories²⁰⁵ e Nunavut,²⁰⁶ Yukon²⁰⁷ e Prince Edward Island,²⁰⁸ a expressão “submission” significa acordo escrito.

O CCQ, no artigo 2640,²⁰⁹ exige que um acordo de arbitragem seja provado por escrito, que será considerado como tal se contemplar uma troca de comunicações que ateste sua celebração ou uma troca de atos judiciais por meio dos quais seja alegada a sua existência por uma parte e não contestada pela outra.²¹⁰

¹⁹⁶ 2011 BCCA 97 (CanLII).

¹⁹⁷ *Ashville Investments Ltd v Elmer Contractors Ltd* [1989] Q.B. 488 (C.A.), parágrafo 495.

¹⁹⁸ *Arbitration Act*, 1991 (Ont.), seção 5(3).

¹⁹⁹ *Arbitration Act* (Alta.), seção 5(1).

²⁰⁰ *Arbitration Act* (Man.), seção 5(1).

²⁰¹ *Arbitration Act* (NB), seção 5(2).

²⁰² *Commercial Arbitration Act* (NS), seção 7(1).

²⁰³ *Arbitration Act*, 1992 (Sask.), seção 6(3).

²⁰⁴ *Arbitration Act*, RSNL 1990, c A-14, seção 2(1)(d).

²⁰⁵ *Arbitration Act*, RSNWT 1988, c A-5, seção 1.

²⁰⁶ *Arbitration Act*, RSNWT (Nu) 1988, c A-5, seção 1.

²⁰⁷ *Arbitration Act*, RSY 2002, c 8, seção 1(1).

²⁰⁸ *Arbitration Act*, RSPEI 1988, c A-16, seção 1(d).

²⁰⁹ 2640. *An arbitration agreement shall be evidenced in writing; it is deemed to be evidenced in writing if it is contained in an exchange of communications which attest to its existence or in an exchange of proceedings in which its existence is alleged by one party and is not contested by the other party.* Tradução livre: “Uma convenção arbitral deve ser evidenciada por escrito; considera-se evidenciada por escrito se está contida em uma troca de comunicações que ateste a sua existência ou em uma troca de um processo em que sua existência é alegada por uma parte e não é contestada pela outra parte”.

²¹⁰ Oportuno citar o célebre caso *L'Aiglon S/A v. Têxtil União S/A* na SEC 856 da Corte Especial do STJ, de Relatoria do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, já na vigência da Emenda Constitucional nº 45/2004 – que transferiu a competência de homologação de sentença estrangeira do STF para o STJ –, julgada em 18.05.2005. Tratava-se de pedido de homologação de sentença proferida em arbitragem administrada pela *Liverpool Cotton Association*, contestado pela parte que não havia assinado o contrato e no qual continha apenas a referência a “Normas & Arbitragem - *The Liverpool Cotton Association Ltd.*”. Ao analisar o pedido de homologação, o STJ observou que, num primeiro momento, seria possível cogitar que a sentença arbitral não poderia ser homologada, em virtude do artigo II, §2º da Convenção de Nova Iorque (CNI), segundo o qual a cláusula compromissória deve ser escrita e assinada pelas partes. Todavia, o referido tribunal ponderou que a mesma parte, ora contestante, havia participado do procedimento arbitral, durante o qual, apesar de suscitar a inexistência de concordância expressa com a cláusula compromissória, não apresentou qualquer impugnação a sua existência, cuja prática internacional é corriqueira do tipo de negócio em discussão, qual seja, compra e venda de algodão. A despeito da inexistência nos autos de correspondências trocadas entre as partes sobre a aceitação da cláusula compromissória, ressaltou o Ministro Relator que a parte requerida, ao deixar de se insurgir contra a referida cláusula na primeira ocasião em que lhe foi oportunizada a defesa, teria implícita e tacitamente reconhecido em documento escrito a existência de convenção de arbitragem. Com base nisso, a Corte

Igualmente, a *International Commercial Arbitrations* de British Columbia dispõe que uma convenção arbitral tem que ser escrita, assim compreendida como: (i) um documento firmado pelas partes; (ii) uma troca de cartas, fax, telegramas ou outros meios de telecomunicação que forneçam o registro de um acordo; (iii) uma troca de declarações de reivindicação ou defesa nas quais seja invocada a existência de um acordo por uma parte, não refutada pela outra (aceitação tácita);²¹¹ ou (iv) a referência constante de determinado contrato a um documento que contemple cláusula arbitral, desde que tal contrato seja escrito e a referência seja de tal maneira que aquela cláusula arbitral passe a integrar o contrato.²¹²

Interessante registrar que a definição de “acordo escrito” sob a CNI é ampla, bastando-lhe qualquer evidência para demonstrar a existência de um ajuste entre as partes para resolver as controvérsias mediante um processo arbitral.

Além disso, tem sido sugerido que, como os atos de arbitragem internacional não se aplicam a acordos de arbitragem oral, a legislação doméstica das províncias e territórios pode ser aplicável em tais situações.²¹³

Essa flexibilidade está em consonância com uma interpretação funcional e pragmática da definição, servindo ao propósito legislativo de conferir efeito à sentença arbitral concedida em outras jurisdições no contexto internacional e globalizado, no qual novas tecnologias e formas de comunicação surgem e se consolidam diuturnamente.²¹⁴

concluiu que a cláusula compromissória, embora tácita, era válida e eficaz, homologando a sentença arbitral. Outros dois casos que merecem referência, ambos do STJ, dizem respeito à revelia em procedimentos arbitrais realizados, não sendo obstáculo para homologação de sentença arbitral estrangeira, quando demonstrado que a parte revel foi devidamente convocada a participar do procedimento e intimada de todos os atos a ele relativos, em atenção ao devido processo legal e princípios do contraditório e da ampla defesa. Nesse sentido: SEC 3.660/GB, julgada em 28.05.2009, de Relatoria do Ministro Arnaldo Esteves Lima, e SEC 3.661/GB, julgada em 28.05.2009, de Relatoria do Ministro Paulo Gallotti.

²¹¹ No mesmo sentido dispõem o Código de Processo Civil holandês de 01.12.1986, no seu artigo 1021; a Lei de Arbitragem espanhola de 23.12.2003, no seu artigo 9º; e a Lei de Direito Internacional Privado da Suíça de 18.12.1987, no seu artigo 178(1) [WALD, Arnaldo. **Os aspectos formais da Convenção de Arbitragem: comentário do Art. II, (1) e (2), da Convenção de Nova Iorque e sua aplicação no direito brasileiro.** In: WALD, Arnaldo e LEMES, Selma Ferreira (Coord.). *Arbitragem comercial internacional: a Convenção de Nova Iorque e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011, pp.89-92].

²¹² *International Commercial Arbitration Act*, RSBC 1996, c 233, seção 7(1) a (5).

²¹³ CASEY, J.B. **International and domestic commercial arbitration**. Toronto: Carswell, 1993, parágrafo 2.3. A Lei de Arbitragem da Nova Zelândia de 1996 dispõe no seu artigo 7º sobre a convenção de arbitragem oral. Disponível em: <www.legislation.govt.nz>. Acesso em: 14.10.2011.

²¹⁴ *Proctor v. Schellenberg*, 2002 MBCA 170 (CanLII), parágrafo 18.

1.3.6 Os limites da intervenção judicial na arbitragem canadense

Existem considerações políticas a respeito da extensão dos limites da intervenção judicial no processo arbitral, seja revisando sentenças arbitrais, seja recebendo recursos contra as mesmas. Por um lado, o amplo acesso aos tribunais de partes insatisfeitas com árbitros ou sentenças arbitrais significaria a redução da agilidade e privacidade associada ao processo arbitral. De outro, argumenta-se ser desejável que o processo recursal esteja disponível, haja vista a designação dos árbitros para determinar um ponto jurídico de fundamental e ampla importância geral.²¹⁵

O sistema arbitral canadense compreende as duas perspectivas, aparentemente opostas, ao permitir por meio de sua legislação doméstica e internacional uma limitada intervenção judicial no processo arbitral, definindo não apenas as hipóteses nas quais ocorrerão como também os tribunais competentes para tanto, sem que isso comprometa a agilidade do mecanismo alternativo de solução de controvérsias.

De acordo com a *Arbitration Act* de Ontario, de 1991, por exemplo, apenas a Corte Superior de Justiça de Ontario (Divisão Geral) é competente para apreciar recursos de uma questão de direito disciplinada pela referida legislação.²¹⁶ Além disso, as partes não podem alterar por acordo o referido tribunal no qual se busca a intervenção judicial, consoante *Brent v. Brent*,²¹⁷ em cujo caso as partes ajustaram a possibilidade de recorrer de questões jurídicas relativas à arbitragem perante a Corte de Apelação de Ontario, a qual, porém, não tinha jurisdição originária para apreciar um recurso de sentença arbitral.

Em Yukon, a legislação de arbitragem comercial internacional estabelece que a intervenção judicial será desempenhada por sua respectiva Suprema Corte.²¹⁸ Já requerimentos sob a legislação de arbitragem doméstica de British Columbia deverão ocorrer perante a sua Suprema Corte²¹⁹ e assim por diante nas demais províncias e territórios.

²¹⁵ *Kovacs v. Insurance Corp. of British Columbia*, 1994 CanLII 560 (BC SC), parágrafo 9.

²¹⁶ *Arbitration Act*, 1991, SO 1991, c 17, seções (1), (6) a (8).

²¹⁷ 2004 CanLII 17996 (ON CA).

²¹⁸ *International Commercial Arbitration Act*, RSY 2002, c 123, seção 7(2).

²¹⁹ *Commercial Arbitration Act*, RSBC 1996, c 55, seção 42.

A exceção é Quebec, cujo CPCQ estabelece, nos seus artigos 393 e 946,²²⁰ que o laudo arbitral não será executável enquanto não for homologado judicialmente, cuja sentença é passível de recurso como qualquer julgamento da *Superior Court*.

No que se refere às matérias passíveis de intervenção judicial, quando objeto de arbitragem, também variam conforme a respectiva legislação doméstica e internacional de cada província e território.

Nesse sentido, as leis sobre arbitragem doméstica em Alberta²²¹ e Nova Scotia²²² dispõem que nenhuma corte poderá intervir em matérias por elas disciplinadas, salvo para os seguintes propósitos: (i) dar assistência ao processo arbitral; (ii) assegurar que uma arbitragem seja conduzida de acordo com a convenção arbitral; (iii) prevenir tratamento manifestamente injusto ou inadequado de uma parte signatária de uma convenção arbitral;²²³ e/ou (iv) executar sentenças arbitrais.

O artigo 940.3 do CPCQ,²²⁴ por sua vez, dispõe que um juiz ou tribunal não pode intervir em qualquer questão disciplinada no título “processo arbitral”, exceto nas hipóteses nele previstas.

Enquanto a legislação de arbitragem comercial doméstica geralmente trata de revisão e recurso de sentenças arbitrais, na internacional, o recurso não está disponível às partes, as quais podem não ter meios de contestar as aludidas sentenças por erros de direito, de fato ou de direito e fato. Mesmo que as partes disponham sobre eventual direito de revisão e/ou recurso na convenção arbitral, o mesmo deverá ser interpretado à luz da legislação aplicável.

A Corte de Apelação de British Columbia, por exemplo, no caso *InterLink Business Management Inc. v. Bennett Environmental Inc.*²²⁵ ao interpretar a redação de uma

²²⁰ 393. *The award, when homologated, may be appealed like any judgment of the Superior Court [...] 946. An arbitration award cannot be put into compulsory execution until it has been homologated.* Tradução livre: “A sentença, quando homologada, pode ser recorrida como qualquer julgamento da Corte Superior [...] Uma sentença arbitral não pode ser compulsoriamente executada até ter sido homologada”.

²²¹ *Arbitration Act* (Alta.), seção 6.

²²² *Commercial Arbitration Act* (NS), seção 8.

²²³ Cf. caso *Babcock & Wilcox Canada Ltd. v. Agrium Inc.*, 2003 ABQB 1004 (CanLII), no qual a Corte de Apelação de Alberta considerou que uma limitação de período sempre tem a consequência de negar a uma parte um recurso. Não observar a limitação de período disciplinada na seção 51 da *Arbitration Act* de Alberta cria uma situação manifestamente injusta à luz da seção 6 do mesmo diploma legal.

²²⁴ 940.3. *A judge or the court cannot intervene in any question governed by this Title (arbitration proceedings) except in the cases provided for therein.* Tradução livre: “Um juiz ou o tribunal não pode intervir em qualquer questão disciplinada por este Título (processo arbitral) exceto nos casos nele previstos”.

²²⁵ 2008 BCCA 104 (CanLII).

determinada cláusula arbitral que estipulava expressamente, além da aplicação do *Commercial Arbitration Act* de British Columbia, à possibilidade de qualquer recurso contra a sentença arbitral, concluiu que “*the clause does not purport to give a broader review to an appeal judge than otherwise available, it is unnecessary to canvass that jurisprudence*”.²²⁶ No mesmo sentido, a Corte de Apelação de Alberta tem registrado que “*...the Court cannot modify the language of the (Arbitration Act) to add grounds of review beyond those permitted in s. 37*”.²²⁷

Assim, a intervenção judicial no campo da arbitragem é bastante limitada tanto pela legislação canadense quanto pela própria jurisprudência. A sua ampliação implicaria não apenas a inibição da criatividade dos árbitros em modelar soluções, como também contradição ao princípio da arbitragem segundo o qual os árbitros são escolhidos de acordo com a especializada experiência e conhecimento, permitindo-lhes desenhar remédios e soluções criativas que os tribunais estão menos propensos a aprovar.²²⁸

1.4 A IMPORTÂNCIA DA COMPREENSÃO DOS MECANISMOS DE AMBOS OS SISTEMAS LEGAIS NO CONTEXTO DA ARBITRAGEM INTERNACIONAL

A arbitragem internacional, em particular, desperta a fascinação intelectual de profissionais de inúmeros países. A principal razão de tal fascinação consiste no seu constante movimento em direção à estabilidade e previsibilidade do método, reconhecida e recepcionada por diferentes culturas legais. Com o ilimitado e discreto poder conferido aos árbitros, por meio de regras de arbitragem institucional ou *ad hoc*, a solução de disputa assume diferentes formas em cada caso, a fim de se tornar mais justa e eficiente possível, respeitando-se a igualdade das partes e o direito destas de controlar o procedimento.

²²⁶ *InterLink Business Management Inc. v. Bennett Environmental Inc.*, 2008 BCCA 104 (CanLII), parágrafo 40. Tradução livre: “[...] a cláusula não pretende conferir uma revisão mais ampla a um juiz de apelação do que aquela disponível, sendo desnecessário apurar essa jurisprudência”.

²²⁷ *Knox v. Conservative Party of Canada*, 2007 ABCA 295 (CanLII). Tradução livre: “[...] a Corte não pode modificar a redação da *Arbitration Act* para adicionar graus de revisão além daquelas permitidas na seção 37”. A seção 37 do *Arbitration Act*, RSA 2000, c A-43, assim estabelece: “*An award binds the parties unless it is set aside or varied under section 44 or 45*”. Tradução livre: “Uma sentença vincula as partes, salvo se for anulada ou modificada nos termos da seção 44 ou 45”.

²²⁸ *Bowen v. Amoco Pipeline Company*, n. 00-7039, June 20, 2001, 10th Circuit. Disponível em: <caselaw.findlaw.com>. Acesso em: 21.04.2012. Em sentido contrário, sustentando a expansão da revisão judicial na arbitragem ver: MONTGOMERY, Leanne. **Expanded judicial review of commercial arbitration awards - bargaining for the best of both worlds: Lapine Technology Corp. v. Kyocera Corp.** 68 University of Cincinnati Law Review 529 (1999-2000).

Não obstante isso, as partes quase que invariavelmente discordam sobre qual procedimento deve ser usado, restando aos árbitros a tomada dessa decisão, que tem como um dos principais pressupostos a adoção de procedimento que atenda aos anseios das partes envolvidas e oriundo das melhores práticas transnacionais compartilhadas pelas instituições de arbitragem.

Em muitos casos, partes e árbitros de *civil law* e *common law* reúnem-se, trazendo não apenas predileções do respectivo sistema legal ao qual pertencem, mas também relativo conhecimento ou ignorância de regras, costumes e atitudes do sistema alheio.

É nesse contexto que emergem instituições internacionais destinadas a harmonizar procedimentos oriundos da *common law* e *civil law*, como a *International Bar Association* (IBA), principal organização mundial de profissionais militantes no Direito, fundada em 1947, que exerce influência no desenvolvimento do Direito Internacional, moldando o futuro da advocacia. A IBA tem reunido, num conjunto comum de guias para o processo arbitral (*soft law*), normas procedimentais de ambas as tradições legais, servindo como norte para os árbitros e as partes envolvidas.

Para melhor ilustrar a importância de iniciativas no campo da arbitragem internacional como a da IBA, cita-se o seguinte caso. Uma empresa industrial americana “Z” compra um maquinário da manufatureira europeia “X” do país “W” de tradição *civil law*, formalizando a relação negocial por meio de um contrato, em inglês, que contém: (i) uma exclusão ampla de responsabilidade por danos significativos, (ii) uma cláusula arbitral dispondo que a arbitragem sujeitar-se-á a regras de um Tribunal Arbitral “W” e (iii) uma cláusula que prevê a lei “W” como direito aplicável ao contrato e respectiva interpretação e aplicação.²²⁹

O equipamento por vários anos apresenta reiteradas avarias, razão pela qual a empresa “Z” recusa o pagamento de parte do preço da mercadoria. Em face disso, a empresa “X” instaura arbitragem para recuperar o saldo remanescente, cuja pretensão é impugnada por “Z” que alega prejuízos de vários anos a título de lucros cessantes, bem como a inaplicabilidade da cláusula excludente de responsabilidade no caso em discussão sob a lei “W”. Enquanto a empresa “X” insiste na sua boa-fé em exercer esforços para resolver os problemas enfrentados pela empresa americana, esta sustenta que o

²²⁹ GOLDSTEIN, Marc J. **Crossing the common law-civil law divide in international arbitration: a primer for the perplexed practitioner**. Hodgson Russ LLP Attorneys: New York, pp.4-6. Disponível em: <www.hodgsonruss.com>. Acesso em: 12.01.2012.

equipamento era defeituoso e que “X” tinha conhecimento sobre o inacabado produto que vendia, o qual, na essência, ainda se encontrava em teste. “Z” postula ampla divulgação de documentos relacionados ao maquinário por parte de “X”, o qual resiste citando o direito processual “W” e protestando contra a “*fishing expedition*”²³⁰ proposta pelos advogados da empresa americana.

Diante das alegações de ambas as partes, para qual lado se inclinará o árbitro? De um lado, a empresa americana, segundo a *common law*, será compelida a comprovar seus pedidos mediante a produção de provas com todas as possíveis particularidades, bem como a justificá-los com os elementos legais do caso, de sua incumbência. Por outro, de acordo com a *civil law*, a empresa europeia refutará toda a produção de documento involuntária, salvo aquela requerida pelo perito judicial para uma adequada avaliação dos defeitos do maquinário.

Muito embora não haja uma solução à qual se pode atribuir como correta, o árbitro possivelmente atenderá às razoáveis expectativas das partes sobre o procedimento, acolhendo alguma medida do procedimento do *common law*.

Em relação à *cross-examination* (interrogatório), apesar de a arbitragem internacional já ter incorporado a desconfiança intrínseca do árbitro da *civil law* quanto a essa espécie de prova, de modo a lhe conferir menor peso na avaliação, muitos advogados da *common law* criticam tal postura por acreditarem na persuasão interpessoal humana.

Por conta da convergência das duas tradições legais, a submissão de declarações escritas de testemunhas antes da realização da audiência tornou-se prática comum até mesmo nas arbitragens influenciadas pelo direito anglo-americano, reduzindo o significado da *cross-examination* em muitos casos. Não obstante isso, subsiste o referido instrumento processual, característico da *common law*, mesmo em arbitragens com orientação romano-germânica, sendo uma oportunidade para a testemunha ao menos sintetizar sua posição e demonstrar credibilidade.

Outra questão bastante controvertida na arbitragem internacional diz respeito às diferentes regras que disciplinam as comunicações entre advogado e cliente em ambos os sistemas legais *common law* e *civil law*. Em princípio, é bastante constrangedor ao árbitro ordenar a revelação de assuntos de prerrogativas das partes de tradição *civil law* à qual não

²³⁰ No vernáculo refere-se à expressão “o que cair na rede é peixe” para retratar uma especulação por informações sem qualquer real expectativa sobre o resultado ou sua relevância para o litígio.

estariam sujeitas no contencioso da legislação doméstica. Os advogados do direito codificado vêm de uma cultura na qual o sigilo das relações profissionais é matéria de política pública, executada por sanções penais, cabendo somente ao advogado, não ao cliente, o poder de decidir o que será passível de revelação.

No Brasil, por exemplo, a Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994 (Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil) dispõe no seu artigo 7º, inciso II, que constitui direito do advogado “a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia”.

Ao invocar o referido dispositivo, o STJ, no Mandado de Segurança (MS) nº 27.419/SP, consignou a vedação ao juiz ou à autoridade policial de determinar busca e apreensão de quaisquer documentos acobertados pelo sigilo profissional.

Em geral, porém, departamentos jurídicos não gozam de sigilo profissional nas jurisdições *civil law*, cuja fragilidade é exposta em documentos de arbitragem, privilegiados por normas da *common law*. Para esta última tradição, advogados e clientes conhecem a prerrogativa de sigilo profissional como um princípio fundamental do sistema legal, implementada em litígio por regras bem definidas de prova excludente. Constitui, ainda, direito do cliente renunciar a referida prerrogativa e introduzir as comunicações entre ele e advogado como prova.²³¹

Essas são algumas das questões sobre as quais os árbitros se debruçam diuturnamente. No atual contexto do mundo globalizado, o árbitro tem sido a chave do processo de convergência substancial entre as tradições *civil law* e *common law*. O êxito de sua atuação, consubstanciado na construção da solução mais eficiente para as partes envolvidas, dependerá da previsão de mecanismos adequados, que tem como gênese a cláusula compromissória arbitral – a mais lídima expressão da autonomia negocial – e seu elemento propulsor, as instituições.

²³¹ GOLDSTEIN, Marc J. **Crossing the common...**, pp.10-11.

2 A AUTODISCIPLINA CONTRATUAL COMO FATOR DETERMINANTE AO DESENVOLVIMENTO DAS RELAÇÕES NEGOCIAIS E PREVENÇÃO DE DISPUTAS: UMA ANÁLISE A PARTIR DA INTERFACE DIREITO E ECONOMIA

A abordagem da cláusula arbitral não pode prescindir da análise econômica, cuja literatura explica a envergadura do mecanismo no atual contexto empresarial. Apesar de sua natureza jurisdicional, a arbitragem não faz parte do sistema judicial estatal, caracterizando-se, na realidade, como extensão da autonomia negocial, em cuja esfera há criação de uma instância jurídica distinta da pública, numa clara manifestação de soberania dentro do domínio de autorregulação dos setores econômicos.

Em outras palavras, a cláusula arbitral deve ser entendida como uma variável do processo de negociação contratual e, portanto, tão sujeita à consideração econômica como os demais aspectos do contrato.²³² É com base nesse fundamento, aliás, que se justificam as inúmeras qualidades do mecanismo que o popularizaram no âmbito empresarial, como os princípios da separabilidade (autonomia) da cláusula arbitral²³³ e competência-competência,²³⁴ flexibilidade procedimental, eleição do direito aplicável, entre outros.

Seja reduzindo custos de transação relacionados à prestação jurisdicional (p.ex. neutralidade de foro e facilidades na adjudicação de decisões arbitrais internacionais), seja estimulando o estabelecimento de um sistema de incentivos adequados ao cumprimento de contratos com a maximização de ganhos na relação empresarial (p.ex. a antecipação da expectativa de decisões mais ágeis e acertadas no futuro de modo a reduzir o risco de

²³² Não é por outra razão que a eficiência econômica da arbitragem tornou-se foco das discussões do XI Congresso Internacional de Arbitragem realizado em Porto Alegre, nos dias 13 a 15 de setembro de 2012. Cf.: MARTINS, Jomar. **A eficiência econômica marca discussão sobre arbitragem**. Consultor Jurídico. Texto publicado em 26.09.2012. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em 12.10.2012.

²³³ Cf. Art. 8º da Lei 9.307/96: “A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória”.

²³⁴ Também denominado princípio da *Kompetenz-Kompetenz*, diz respeito à competência de o tribunal arbitral decidir sobre a sua própria competência. Originalmente, a expressão do direito alemão “*Kompetenz-Kompetenz*” tinha um significado substancialmente distinto, qual seja, a de que os árbitros tinham competência para decidir definitivamente sobre a sua competência, sem possibilidade de revisão judicial. Essa interpretação, contudo, é rejeitada na atualidade, seja na Alemanha ou em outros países (FOUCHARD, Phillipe; GAILLARD, Emmanuel; e GOLDMAN, Berthold. **On international arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, 1999, p.396).

comportamento oportunista), a arbitragem constitui poderoso instrumento de auxílio à cooperação eficiente entre as partes.

A partir dessa perspectiva, de interface entre Direito e Economia, dedica-se doravante, de forma mais detalhada, ao estudo econômico da cláusula arbitral e, conseqüentemente, do contrato.

2.1 O CONTRATO NO CONTEXTO DA ECONOMIA E SUA ANÁLISE JURÍDICA

A acelerada implantação de novas tecnologias e dos processos de globalização tornou imperativa a aproximação entre Direito e Economia, exigindo-se dos juristas a releitura de institutos jurídicos e técnicas. Os pilares do Direito como o contrato, a propriedade e a responsabilidade civil não mais apresentam as características que tinham nos códigos e na doutrina do século passado.

O contrato tornou-se um instrumento econômico, dinâmico, dotado de funções especiais.²³⁵ Quanto à propriedade, foi complementada e substituída, em parte, pelo sacrifício dos direitos individuais ou do direito de acesso. Já a responsabilidade civil não mais se baseia exclusivamente na culpa, tornando-se, em certos casos, objetiva, com fundamento em aspectos econômicos decorrentes da relação entre as partes.²³⁶ A empresa, por sua vez, assumiu novo papel como um dos agentes mais relevantes nas relações negociais.

No cenário internacional, revela-se mais nítida a aproximação entre Direito e Economia, pois: “Não há estudo de comércio internacional, sob aspecto jurídico, sem que atenção especial seja dedicada a *lex mercatória*”.²³⁷ Esta se define como um conjunto de

²³⁵ Para Paul Lagarde, o contrato é visto como instrumento de encontro entre ordens jurídicas não estatais e ordens jurídicas estatais, apresentando uma dupla face. De um lado ele permite às partes, de uma só vez, colocarem-se sob a proteção de uma ordem jurídica não estatal e de se evadirem da estatal. Por outro, como esta última admite atribuir efeito à vontade das partes, o contrato constitui-se em instrumento de inserção de toda ou parte da ordem jurídica não estatal na ordem jurídica estatal. Isso viabilizou a percepção e explicação da articulação de toda ordem jurídica não estatal, especialmente a da *lex mercatoria*, com a ordem jurídica estatal. O contrato apresenta-se, então, como um meio de acesso à ordem jurídica não estatal (**Approche critique de la lex mercatoria. Le Droit des relations économiques internationales: études offertes à Berthold Goldman**. Paris: Litec, 1982, pp.125-150).

²³⁶ Como referência, cita-se a redação do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil (CC), a saber: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

²³⁷ HUCK, Hermes Marcelo. **Sentença estrangeira e *lex mercatoria*: horizontes e fronteiras do comércio internacional**. São Paulo: Saraiva, 1994, p.127.

princípios, instituições e regras provenientes de diversas fontes, que nutre constantemente a atividade específica da coletividade dos operadores do comércio internacional, sem que haja referência a um sistema particular de lei nacional.²³⁸ Vale dizer que o direito internacional da economia “deixou de ser o plano retardatário do sistema jurídico [...] para adquirir maior eficiência, como direito negociado e construído para evitar e solucionar litígios e incentivar a negociação para obter soluções justas equitativas e rápidas”.²³⁹

Essas mudanças tornaram imperativas a revisão dogmática do Direito e a adoção de uma visão pragmática das políticas legislativas. A revolução jurídica, em particular, oriunda dos impactos causados pelo mundo globalizado, reclama por uma reconstrução do Direito à luz da análise econômica e das ciências sociais em geral, de forma a viabilizar uma justiça eficiente e humana, garantindo-se não só a legalidade, mas, sobretudo, a previsibilidade jurídica. Há, assim, uma renovação do Direito, partindo da doutrina e inspirada no pragmatismo, que enfatiza a importância das consequências das normas legais e das decisões judiciais, recorrendo-se à análise econômica.²⁴⁰ Ou seja, a experiência torna-se complementar à lógica jurídica de tal forma que o juiz e o legislador passam a valorizar a realidade, adotando-se certo pragmatismo.²⁴¹

Trata-se, na verdade, da análise econômica do Direito (AED) que constitui a base de vários artigos e obras nacionais e internacionais, nos quais se assinala, por exemplo, o custo que representa para o país o congestionamento dos tribunais e o desrespeito aos contratos, situações estas que ameaçam a segurança jurídica, indispensável à realização de investimentos necessários para o crescimento de determinado país.²⁴²

A AED tornou-se, no campo da ciência jurídica, um instrumental analítico robusto para descrever a realidade sobre a qual exercem juízos de valor, assim como as possíveis respostas dos agentes frente a eventuais alterações nas instituições.^{243 - 244}

²³⁸ GOLDMAN, Berthold. *Frontières du droit...*, p.179. Cf. também nota 50 supra.

²³⁹ WALD, Arnoldo. **Uma nova visão dos tratados de proteção de investimento e da arbitragem internacional**. Revista de Arbitragem e Mediação, n. 21, ano 6, abr-jun 2009, São Paulo: Revista dos Tribunais, p.29.

²⁴⁰ *Id. Ibid.*, p.20.

²⁴¹ HOLMES JR., Justice Oliver Wendell. **The common law**. Project Gutenberg's. January, 2000. Disponível em: <www.gutenberg.org>. Acesso em: 18.03.2011.

²⁴² A análise em Direito e Economia engloba também o estudo da regulação dos mercados pelo Estado, assim como das motivações dos diversos entes e indivíduos envolvidos na prestação jurisdicional e dos fatores que verdadeiramente condicionam a formulação e aplicação do Direito. (SALAMA, Bruno Meyerhof. **O que é...**, p.10).

²⁴³ GICO JR, Ivo. **Metodologia e epistemologia da análise econômica do Direito**. Economic Analysis of Law Review, v.1, n.1, jan.-jun. 2002, p.8.

O papel das instituições para impulsionar o desenvolvimento econômico, por sua vez, possui longa tradição,²⁴⁵ mas o estabelecimento de sua ligação com os mercados financeiros é bem mais recente, apoiando-se no fato de que direitos contratuais seguros são essenciais para que os bancos e congêneres funcionem no sentido de tornar uma economia sólida.

Economistas e cientistas das organizações – que por muitos anos ignoraram os contratos –, influenciados pelo trabalho “*The Nature of the Firm*” de 1937²⁴⁶ de Ronald Coase, passaram a ver as transações como reguladas não exclusivamente pelo sistema de preços, mas também pelos mecanismos lastreados nos contratos.

Fernando Araújo, aliás, assevera que somente a partir do momento em que se concebeu o contrato como um ponto de convergência de vontades e troca de promessas – e não meramente um expediente de transferência de direitos reais –, admitiu-se a possibilidade de se indenizar o credor pela perda do negócio representada pelo descumprimento das obrigações contratuais até chegar à tutela do interesse contratual positivo.²⁴⁷ Isso conduziu também à indenização contratual de uma feição reparadora mais ampla à luz do valor social das promessas vinculativas e da confiança depositada no cumprimento de tais promessas.^{248 - 249}

²⁴⁴ Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi apontam a divisão da AED em duas abordagens: uma denominada positiva, responsável pela previsão das consequências das normas jurídicas e projeção do comportamento dos agentes econômicos perante a lei; outra, normativa, que tem por objetivo formular sugestões de normas com base nos efeitos econômicos analisados (**Direito, economia e mercado**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p.88).

²⁴⁵ Sobre o tema, cf.: NORTH, Douglass Cecil. **Institutions, institutional change, and economic performance**. Cambridge, U.K.: Cambridge University Press, 1990 e OLSON, M. **Big bills left on the sidewalk: why some nations are rich, and others poor**. Journal of Economic Perspectives, v. 10, n. 2, 1996.

²⁴⁶ COASE, Ronald. **The nature of the firm**. Economica, New Series, vol.4, n.16, 1937.

²⁴⁷ No direito brasileiro, é possível citar como exemplo a teoria da perda da chance, segundo a qual haverá responsabilidade quando alguém privar outrem de obter uma vantagem ou impedi-lo de evitar prejuízo. Não se trata de prejuízo direto à vítima, mas de uma probabilidade. O Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial (REsp) nº 788.459, de Relatoria do já aposentado Ministro Fernando Gonçalves, aplicou a referida teoria na hipótese em que uma pessoa teve frustrada a chance de ganhar o prêmio máximo de R\$ 1 milhão no programa televisivo “Show do Milhão”, em razão de uma pergunta mal formulada. Por conta disso, a empresa BF Utilidades Domésticas Ltda., do grupo econômico do Sílvio Santos, foi condenada a pagar uma indenização correspondente à própria chance, não ao lucro ou perda que dela era objeto. Outro exemplo é o artigo 389 do CC, segundo o qual: “Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”.

²⁴⁸ Sobre o tema, cf.: FULLER, Lon e PERDUE, William. **The reliance interest in contract damages**. Yale Law Journal 46, 1936, pp.52-96. Trata-se de um artigo dirigido à compreensão do tema do incumprimento e das correspondentes sanções contratuais (*remedies*), ou seja, delineamento do que sucede se as partes deixam de cumprir as suas obrigações.

Abriu-se, então, um novo caminho para o tratamento mais realista do fenômeno que se denomina firma a partir da ótica de um feixe particular de contratos cuja coordenação reflete as limitações impostas pelo ambiente institucional e os objetivos estratégicos. Ou seja, as firmas, enquanto feixes de contratos, nada mais são que arranjos institucionais, internos (que definem as relações entre agentes especializados na produção) e externos (que regulam as transações entre firmas independentes), desenhados para coordenar as transações que concretizam as promessas estabelecidas em conjunto pelos agentes econômicos.

E esses contratos, somados ao ambiente institucional, definem diferentes mecanismos de incentivos, assim como remédios para o não cumprimento das promessas, que constituem a essência econômica do pacto contratual.

Embora o contrato continue a ser instrumento de liberdade e de eficiência econômica,²⁴⁹ tal liberdade passa a ser qualificada pelo comprometimento social de modo a conferir nova roupagem à eficiência econômica, cujo conceito está associado às necessidades do mercado.²⁵¹

É dentro dessa lógica que o contrato adquire magnitude como um fenômeno econômico, cuja instrumentalidade não pode sucumbir perante retóricas de “assistência social”.²⁵²

²⁴⁹ ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do...**, pp.1036-1037.

²⁵⁰ Eficiência é “a aptidão para obter o máximo ou o melhor resultado ou rendimento, com a menor perda ou o menor dispêndio de esforços; associa-se à noção de rendimento, de produtividade; de adequação à função”. A eficácia, por sua vez, corresponde à aptidão para produzir efeitos [ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel e AZEVEDO, Paulo Furquim. **A economia dos contratos**. In: ZYLBERSZTAJN, Décio e SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p.83].

²⁵¹ WALD, Arnoldo. **O interesse social no direito privado**. In: Revista Jurídica Consulex n. 206, v.09, 15 de agosto de 2005, Brasília: Editora Consulex, p.43.

²⁵² É a ideia de compreender a função social como a expressão, no âmbito dos contratos, dos ditames da “justiça social”, próprios do *Welfare State*, isto é, a “socialização” do Direito Privado, cujos tradicionais institutos, como contrato e propriedade, passam a ser orientados por critérios distributivistas próprios do Direito Público. A função social do contrato significaria, então, a limitação da liberdade contratual visando à correção do desequilíbrio de poder no espaço do contrato e distribuição do resultado econômico do relacionamento entre as partes, alinhando-se a desigualdade social, sem se preocupar com os reflexos no sistema econômico. Esse raciocínio não faz sentido a partir da ótica da análise econômica, segundo a qual se deve enxergar a coletividade não na parte fraca do contrato, mas na totalidade das pessoas que efetivamente ou potencialmente integram um determinado setor ou mercado de bens e serviços, como no caso do crédito (TIMM, Luciano B. **Direito, economia e função social do contrato: em busca dos verdadeiros interesses coletivos protegíveis no mercado do crédito**. Disponível em: <www.gv.br>. Acesso em 13.12.2011).

2.1.1 Principais teorias contratuais: da neoclássica à análise econômica do Direito

Antes de adentrar a questão econômica do contrato e suas derivações, revela-se imprescindível analisar, entre aquelas existentes, as seguintes teorias contratuais, mesmo que de maneira breve e sem preocupação com a sua exata delimitação: (i) teoria neoclássica, (ii) teoria da agência, (iii) nova economia institucional (NEI) e (iv) teoria da AED.²⁵³

O ponto de partida para a análise pretendida é a teoria neoclássica, cujo fundamento de estudo está baseado no método hipotético dedutivo ou apriorístico, caracterizado por um alto nível de abstração, enquanto as bases que respaldam a teoria econômica clássica e suas vertentes partem de métodos históricos em um nível menor de abstração.

Para o presente estudo, merece destaque o paradigma de Arrow-Debreu,²⁵⁴ segundo o qual os contratos emergem entre as partes com base na existência de um "pregoeiro" que, ao apresentar as informações relevantes de uma dada relação negocial, atuaria como facilitador da tomada de decisão dos agentes econômicos, sem conflitos contratuais, permitindo a formação de contratos ótimos.

Destituídos de qualquer atributo de realidade ou associação com o mundo real, os contratos representariam, ainda, arranjos ótimos de produção ou consumo na existência de informação perfeita e atitudes de boa-fé dos agentes. Incentivos de preços e ganhos de troca seriam suficientes para que os agentes realizassem trocas e seguissem sempre no

²⁵³ Vale-se da classificação utilizada por Décio ZYLBERSZTAIN, Rachel SZTAJN e Paulo Furquim AZEVEDO (**A economia dos...**, p.105).

²⁵⁴ Arrow e Debreu desenvolveram o modelo neo-walrasiano, no qual se vislumbra a conciliação do equilíbrio Walrasiano com as contribuições de Pareto. Léon Walras capitaneou os estudos do equilíbrio geral que considera a análise conjunta de todos os mercados; ao passo que Vilfredo Pareto foi o responsável por atribuir significativa relevância às preferências e às escolhas na determinação da demanda, em vez de considerar apenas a utilidade. Esse último modelo contribuiu sobremaneira na formulação do conceito do Ótimo de Pareto, permitindo, mais tarde, uma compreensão maior sobre a função demanda, que pudesse incluir tais variáveis, em cujo processo se destacou, além de outros, John Hicks [MITRA-KAHN, Benjamin H. **General equilibrium theory, its history and its relation (if any) to the market economy**. City University, London. The New School for Social Research, New York. 2005. Disponível em: <mitrakahn.files.wordpress.com>. Acesso em 10.08.2011]. É o que se convencionou denominar de "eficiência de Kaldor-Hicks", que traz em seu bojo uma melhoria potencial de Pareto, na tentativa de superar a limitação do critério de Pareto, segundo o qual apenas as mudanças que colocam uma pessoa em situação melhor e nenhuma em situação pior são recomendáveis. A "eficiência de Kaldor-Hicks" permite mudanças que haja tanto ganhadores quanto perdedores, desde que aqueles tenham mais ganhos do que as perdas sofridas por estes (COOTER, Robert e ULEN, Thomas. **Direito&Economia...**, p.64).

sentido da curva de contrato, de modo a produzir ganhos paretianos.²⁵⁵ Sob esse enfoque, as firmas como organizações que tomam decisões estratégicas não seriam relevantes, aflorando os arranjos produtivos das relações de eficiência desenhadas pelo papel de preços como alocador de recursos.²⁵⁶

Em oposição ao paradigma de Arrow-Debreu, surge a teoria de agência, que considera a impossibilidade de desenhar contratos ótimos em virtude da assimetria informacional. Ao não considerar aspectos pós-contratuais, a referida teoria torna insignificante o papel das cortes.²⁵⁷

Busca-se com a teoria de agência definir um desenho contratual ótimo que incentivará o agente a investir o esforço desejado na produção, ou seja, alocar o risco e dividir os resultados de forma eficiente. Isso porque a teoria assume que a produção é consequência do esforço do agente e de um termo aleatório, o que dificulta concluir se um problema de subperformance produtiva resulta da falta de esforço ou do efeito do ambiente.²⁵⁸ Apresenta como elementos fundamentais a existência de objetivos conflitantes entre o principal e o agente,²⁵⁹ custos positivos de observabilidade e mensuração e graus diferentes de aversão ao risco.

A NEI,²⁶⁰⁻²⁶¹ por sua vez, atribui maior importância aos custos pós-contratuais, decorrentes de problemas de oportunismo e de mensuração. É por essa razão que a

²⁵⁵ Refere-se à eficiência de Pareto ou eficiência alocativa, criada por Vilfredo Pareto, que retrata uma situação impossível de ser alterada sem deixar pelo menos uma pessoa em situação melhor e outra pior, sob a ótica individual (COOTER, Robert e ULEN, Thomas. **Direito&Economia...**, p.38).

²⁵⁶ Sobre o tema, cf.: ARROW, Kenneth J. **An extension of the basic theorems of classical welfare economics**. In: *Proceedings of the Second Berkeley Symposium on Mathematical Statistics and Probability*, J. Neyman (ed.), Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 1951, pp.507-532; DEBREU, Gerard. **The coefficient of resource utilization**. *Econometrica*, volume 19, July 1951, pp.273-292; e ARROW, Kenneth J. e DEBREU, Gerard. **Existence of an equilibrium for a competitive economy**. *Econometrica*, vol. 22, n. 3, Jul. 1954, pp.265-290.

²⁵⁷ ZYLBERSZTAIN, Décio, SZTAJN, Rachel e AZEVEDO, Paulo Furquim. **A economia dos...**, p.108.

²⁵⁸ *Id. Ibid.*

²⁵⁹ Conceitualmente, os agentes são aquelas pessoas contratadas pelo principal para que os interesses por ele estabelecidos sejam alcançados. O principal é aquele que estabelece os incentivos e contrata os agentes.

²⁶⁰ O termo “nova economia institucional” (NEI) foi introduzido por Oliver E. Williamson em sua obra *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications – A Study in the Economics of Internal Organization* em 1975 e logo se tornou a denominação atribuída à análise econômica de instituições em geral.

²⁶¹ O pensamento institucionalista não constitui um corpo homogêneo, já que existem inúmeras correntes, cada qual com abordagens e definições diferentes. Ao revisar as diferentes vertentes, Octávio C. A. Conceição sugere a seguinte classificação: “o Antigo Institucionalismo de Veblen, Commons e Mitchell, a NEI de Coase, Williamson e North, e a corrente neoinstitucionalista que reivindica sua filiação ao “velho” institucionalismo e uma grande proximidade com o evolucionismo” (CONCEIÇÃO, Octavio A. C. **Além da transação: uma comparação do pensamento dos institucionalistas com os evolucionários e póskeynesianos**. Revista de Economia. ANPEC, set./dez. 2008, p.04).

demarcação dos direitos de propriedade e a existência de mecanismos de solução de disputas são requisitos para a redução nos custos de transação e funcionamento dos mercados.

O desenho dos termos contratuais para a referida teoria, ademais, decorre não apenas das regras legais, mas também da capacidade de coerção do Judiciário e do surgimento de mecanismos privados de salvaguardas tendo como destinatários os agentes econômicos. Em sendo a firma vista como arranjos contratuais, a escolha destes dependerá das razões de eficiência, sendo resultado da estratégia a ser adotada pelos agentes, diferentemente da economia neoclássica. Privilegiam-se, portanto, os mecanismos privados para o desenho contratual.²⁶²

Embora não se pretenda aprofundar a diferenciação entre as diversas linhas contratuais de pensamento²⁶³ nas quais se subdivide a NEI, é forçoso relacionar as principais, quais sejam, a teoria dos custos de transação (TCT),²⁶⁴ teoria dos direitos de propriedade, a teoria dos contratos incompletos, a teoria dos incentivos e a teoria das instituições.

A TCT é concebida a partir da recuperação das ideias originais do já mencionado artigo de Ronald Coase de 1937, “*The Nature of Firm*”,²⁶⁵ e do desenvolvimento teórico deflagrado na década de 70 por Oliver E. Williamson. Para essa teoria, mercados e firmas são modos alternativos de dirigir a produção. Há custos em utilizar o mecanismo de preços, em negociar nos mercados. Além disso, a origem das firmas deve-se à existência de tais

²⁶² Oportuno destacar que: “O conflito entre a ortodoxia e a economia das organizações pode ser relativizado ao afirmar-se que a economia ortodoxa foi desenhada para estudar o funcionamento dos mercados e o papel dos preços, mas não o papel, a estrutura e a operação das organizações. A isto sobrepõe-se o conceito dos custos do funcionamento dos mercados, para marcar nitidamente o foco de um novo campo para o estudo das organizações. Se as organizações modernas podem ser entendidas como um nexo de contratos, o comportamento dos agentes que são partícipes dos contratos bem como as instituições que os garantem assumem grande importância” (ZYLBERSZTAIN, Décio. **A organização ética: um ensaio sobre as relações entre ambiente econômico e o comportamento das organizações**. 2000. Disponível em <www.ead.fea.usp.br>. Acesso em: 18.03.2012).

²⁶³ Para Eirik G. Furubotn e Rudolf Richter, por exemplo, a NEI seria composta pela análise dos direitos de propriedade, custos de transação econômica e teoria do contrato (**Institutions and economic theory: the contribution of the new institutional economics**. Ann Arbor, MI: University of Michigan Press).

²⁶⁴ Não raras vezes a expressão “teoria dos custos de transação” é também referida na literatura como “economia dos custos de transação”, que comporta uma estrutura teórica mais ampla. Entre os autores que já se utilizaram da expressão mais abrangente, cita-se Oliver E. WILLIAMSON [**Transaction cost economics**. In: SCHMALENSEE, R.; WILLIG, R. D. (eds.). *Handbook of industrial organization*. Amsterdam: North Holland, 1989. v. 1, p.135].

²⁶⁵ Ronald Coase não dá uma definição precisa de “transação”, mas usa predominantemente o termo *exchange transaction* (**The nature of...**, p.388, 391, 393, 395-396 e 402-403, por exemplo), cuja interpretação conduz, de modo geral, às trocas de bens e serviços.

custos, que podem ser evitados ou reduzidos frente à organização da produção de um determinado bem ou serviço, por intermédio de relações de autoridade ou sob o comando de um coordenador que direciona a alocação dos recursos.

Desenvolvida para comparar a integração vertical com as transações do mercado, a teoria dos direitos de propriedade²⁶⁶ de Sandford J. Grossman, Oliver Hart e John Moore concentra-se na importância da propriedade de ativo e controle, tornando crítica a tese de que a resolução “*make or buy*” (ato de fazer uma escolha estratégica entre produzir um item internamente ou comprá-lo externamente) determina os direitos de propriedade. A título ilustrativo, o dono de determinado ativo poderá conceder a outra parte o direito de desfrutá-lo, embora continue a deter todos os direitos de controle (residuais), não estipulados contratualmente de forma expressa. Ao transferir a propriedade, esses direitos residuais são perdidos, de modo que os direitos legais do alienante (vendedor) são fundamentalmente alterados.²⁶⁷

Já a teoria dos contratos incompletos preconiza a existência de lacunas contratuais a serem preenchidas *a posteriori*, tendo em vista os altos custos que circundam a antecipação de todas as eventuais e futuras contingências no desenho contratual. Dessa teoria (gênero) decorre a teoria dos contratos relacionais (espécie), com a qual não se confunde.²⁶⁸ Concebida pelo autor norteamericano Ian R. Macneil, a teoria dos contratos relacionais²⁶⁹ enfatiza o processo de ajuste dos acordos, em substituição ao detalhamento destes, bem como considera que as formas de governança surgem com vistas a priorizar mecanismos

²⁶⁶ A teoria dos direitos de propriedade é arrolada de forma destacada da teoria dos custos de transação em razão da relevante distinção conceitual entre as duas, inexistindo consenso de que aquela seja um dos ramos desta. Embora os princípios sejam os mesmos (mercado ou hierarquia, dado que os contratos são incompletos e a racionalidade é limitada), há significativas diferenças conceituais, a exemplo da adaptação *ex-post* do contrato, não admitida sob a ótica da eficiência na teoria dos custos de transação – entende-se que isso constitui principal fonte de ineficiência em razão dos altos custos de transação –, porém, defendida pela teoria do direito de propriedade segundo a qual é possível uma eficiente renegociação *ex-post* do contrato. Essas diferentes vertentes de abordagem não interferem nas conclusões do presente trabalho.

²⁶⁷ GROSSMAN, Sandford J. e HART, Oliver. **The costs and benefits of ownership: a theory of vertical and lateral integration.** Journal of Political Economy, v.94, n. 41, 1986, pp. 691-719; HART, Oliver, e MOORE, John. **Property rights and the nature of the firm.** Journal of Political Economy, v. 98, n. 6, 1990, pp. 1119-1158.

²⁶⁸ CATEB, Alexandre Bueno e GALLO, José Alberto Albeny. **Breves considerações sobre a teoria dos contratos incompletos.** Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers, Berkeley Program in Law and Economics, UC Berkeley, 05.01.2007, p.5.

²⁶⁹ Em meados da década de 70, o economista Oliver E. WILLIAMSON descreveu o trabalho de Ian R. Macneil sobre contratos relacionais como “*much more expansive, nuanced, and interdisciplinary (mainly combining law and sociology) than any I had seen previously*” (**Mechanisms of governance.** New York: Oxford University Press, 1996, p.355). Tradução livre: “o mais expansivo, diferenciado e interdisciplinar (principalmente por combinar direito e sociologia) do que qualquer outro visto anteriormente”.

de tais acordos, atribuindo-se importância desde o papel das Cortes até outros elementos ditos reputacionais que respaldam as relações contratuais.²⁷⁰

No tocante à teoria dos incentivos, defende-se que a introdução de incentivos positivos e punitivos constitui tanto uma motivação aos indivíduos para que permaneçam comprometidos com os objetivos institucionais do órgão, quanto um desestímulo ao rompimento de regras estabelecidas dentro e fora das instituições. A utilidade percebida pelo indivíduo, assim, seria a função dos incentivos esperados em um dado período, de modo a orientar tanto as decisões da firma como aquelas do mercado num contexto mais abrangente e complexo que o considerado pela economia neoclássica. A principal obra de referência é a “Teoria dos Incentivos” de Jean-Jacques Laffont e David Martimort.²⁷¹

Há também a teoria das instituições que tem como principal representante Douglass Cecil North, em cujos trabalhos é possível verificar sua evolução teórico-metodológica ao abandonar determinados conceitos e incorporar outras questões. De acordo com o autor, a teoria neoclássica é inadequada para analisar o desenvolvimento, visto que preocupada com o funcionamento estático dos mercados, fundada em premissas falsas de racionalidade e à revelia das instituições e da história. Para essa corrente teórica, não podem ser ignoradas as instituições que constituem a estrutura de incentivos de uma sociedade, além de serem fatores determinantes do desempenho econômico.²⁷²

A quarta teoria contratual é a AED,²⁷³ que focaliza a interface do Direito e Economia ao apregoar que a lei ou sua aplicação proporciona maior eficiência e bem-estar

²⁷⁰ Sobre o tema, cf.: MACNEIL Ian R. **The many futures of contracts**. Califórnia Law Review, vol. 47, 1974 e _____. **The new social contract: an inquiry into modern contractual relations**. New Haven and London, Yale University Press, 1980.

²⁷¹ LAFFONT, Jean-Jacques; MARTIMORT, David. **The theory of incentives**. New Jersey: Princeton University Press, 2002.

²⁷² NORTH, Douglass Cecil. **Economic performance through time**. The American Economic Review. v. 84, n. 3, jun., 1994. Esse ensaio é a conferência de Douglass C. North ao receber o prêmio Nobel de Ciências Econômicas em 1993, no qual se apresenta um quadro analítico para compreender a mudança econômica ao longo do tempo.

²⁷³ Ejan Mackaay apresenta cinco momentos por meio dos quais a análise econômica do Direito se desenvolveu, quais sejam: (i) o início do movimento na Universidade de Chicago com Ronald Coase e seu artigo “*The Nature of the Firm*”, acompanhado de outros renomados economistas como Aaron Director Frank Knight, George Stigler e Milton Friedman; (ii) a proposição do paradigma, com as obras “*The Problem of Social Cost*” de Ronald Coase e “*Some thoughts on risk distribution and the Law of torts*” de Guido Calabresi; (iii) a aceitação do paradigma pelos juristas, resultante da criação em 1971 do *Economics Institutes for Law Professors* por Henry Manne e, em 1972, do *Journal os Legal Studies*, no qual se publicou o primeiro trabalho sobre o tema de Richard Posner intitulado “*Economic Analysis of Law*”; (iv) o questionamento do paradigma, ao permear instituições sólidas como o Judiciário americano, tendo como principais críticos os professores de Harvard Duncan Kennedy e Ronald Dworkin; (v) a reformulação do movimento, composta pela AED de Posner e NEI de Oliver E. Williamson, além de

dos agentes.²⁷⁴ Sob essa ótica teórica, a escolha dos arranjos contratuais é realizada pelos tribunais, os quais definem o contrato ideal ou aplicação a custo zero. A ideia central passa a ser a de estimular os agentes a cooperar, sendo este o objetivo dos tribunais e dos mecanismos estudados pela teoria.²⁷⁵

Analizadas as teorias contratuais, aprofundar-se-á na questão da incompletude contratual e seu entrelaçamento com algumas das teorias ora mencionadas.

2.1.2 A incompletude contratual no contexto empresarial e sua comunicação com as teorias contratuais: pressupostos e efeitos do inacabamento contratual

O estudo da incompletude contratual e sua comunicação com as teorias contratuais estão associados à necessidade de uma peculiar ponderação custo-benefício por parte dos agentes econômicos quando da celebração dos contratos empresariais.

Por contratos incompletos, a *contrario sensu*, podem-se definir como aqueles que não são capazes de especificar todas as características de uma transação, como data, localização, preço e quantidades, projetáveis no futuro. São aqueles que necessitam de verificação adicional dos direitos e obrigações das partes ao longo de seu curso de execução, em face da insuficiência do instrumento em delinear todas as possibilidades de eventos futuros envolvidos com o objeto da contratação.

Em contrapartida, um contrato mais completo seria aquele que especificaria as obrigações para cada uma das partes em cada uma das contingências que podem afetar a

outras vertentes como *Comparative Law and Economics* que preocupa com a efetividade ou não do *common law* em face do *civil law*. [**History of law and economics**. In: BOUCKAERT, Boudewijn e DE GEEST, Gerrit (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Volume I. The history and methodology of law and economics. Massachusetts: Edward Elgar Publishing Inc., 2000, pp.71-80].

²⁷⁴ Importante elucidar que há duas tradições na abordagem econômica da disciplina contratual: uma, centralista, que desenha o sistema jurídico como o principal alicerce dessa disciplina (GALANTER, Marc. **Justice in many rooms: courts, private ordering and indigenous law**. *Journal Legal of Pluralism*, 19, 1981, pp.1-47); outra, a que privilegia o aspecto autodisciplinador dos acordos e que tende a afastar os contratos da tutela do sistema legal e Judiciário (TELSER, L. G. **A theory of self-enforcing agreements**. *The Journal of Business*, vol. 53, n. 1, jan. 1980, pp.27-44). Enquadrado em vias intermediárias dessas duas tradições, o “neoinstitucionalismo” de Oliver E. Williamson, em especial, preconiza a análise de várias formas privadas de disciplina que se distinguem tanto do quadro legal e judicial como da simples autodisciplina, assumindo uma forma híbrida. É justamente esta vertente que será seguida ao longo do presente trabalho. A título elucidativo, a expressão “neoinstitucionalismo” não constitui uma corrente de pensamento unificada, pelo contrário, compreende pelo menos três métodos de análise diferentes, sendo que a do Oliver E. Williamson refere-se ao institucionalismo da escolha racional. Sobre o tema, cf.: HALL, Peter A. e TAYLOR, Rosemary C. R. **Political science and the three new institutionalisms**. MIPFG Discussion Paper 96, June 1996. Disponível em: <www.mpifg.de>. Acesso em: 14.05.2012.

²⁷⁵ ZYLBERSZTAIN, Décio, SZTAJN, Rachel e AZEVEDO, Paulo Furquim. **A economia dos...**, p. 109.

onerosidade do contrato. Na busca de um desenho contratual mais completo, porém, o esforço das partes inevitavelmente esbarra na questão dos custos de elaboração e execução dos contratos, entre outros, que tendem a ser mais dispendiosos quanto maior e mais detalhado for o panorama de contingências que se pretende recobrir.

Partindo da premissa desse alto custo contratual para comportar todas as contingências possíveis, surge a figura dos contratos incompletos, cuja teoria, conforme já visto, justifica as lacunas contratuais deixadas pelos agentes econômicos para serem preenchidas posteriormente.²⁷⁶

Nos contratos empresariais, em especial, há algumas peculiaridades que os identificam, além do profissionalismo e da atividade voltada para a produção e circulação de bens e serviços. A par da ausência de vínculo empregatício, os agentes econômicos convivem com a busca do lucro e com o risco inerente ao negócio transacionado. Porém, ainda que inerente o risco – justificativa inclusive para a maior ou menor remuneração do profissional que aceita assumir a incerteza do resultado de forma profissional –, outras condições podem afetar a configuração do negócio inicial e que provocarão a busca por um meio de solução de controvérsias, quando não houver a direta aceitação do outro contratante em relação a eventuais ajustes no pactuado. Oportuno frisar que é patente a dificuldade em firmar contratos equilibrados desde o início diante da assimetria informacional.

No plano da busca da solução de conflitos para os contratos empresariais, o risco e as frustrações não devem servir de parâmetro para a alteração unilateral de contratos empresariais firmados, sob pena de, salvo hipóteses excepcionais, instalar um regime de

²⁷⁶ Em sentido oposto à teoria dos contratos incompletos, há a doutrina da indefinição, que na *common law* tem por objetivo evitar um contrato pela indefinição se as partes falharem em acordar sobre termos materiais do acordo. A justificativa é de que a falha em especificar termos particulares é prova de uma carência de pretensão contratual. Sob essa lógica, as Cortes afirmam que, quando um acordo é indefinido, as partes ainda não optaram por perseguir seus objetivos contratuais por intermédio de mecanismos de um contrato legalmente vinculante (KRAUS, Jody S. e SCOTT, Robert E. **Contract design and the structure of contractual intent**. Disponível em: <www.law.virginia.edu>. Acesso em: 12.06.2012, p.5). Em recente estudo empírico, Robert E. Scott analisou, durante um período de cinco anos, duzentas e trinta e oito decisões judiciais oriundas das cortes federais e estaduais norte-americanas que envolveram contratos incompletos até 2002. A referida doutrina foi invocada como argumento principal em 2/3 dos casos e as Cortes frequentemente refutaram o acordo porque “*was too [...] uncertain (to be) legally enforceable as a contract*” (**A theory of self-enforcing indefinite agreements**. Columbia Law Review 103, p.1654). Tradução livre: “era demais [...] incerto (para ser) legalmente executável como um contrato”. Nos anos de 2003 e 2004, George S. GEIS concluiu, após analisar mais cento e quinze casos à luz dos mesmos critérios de Robert E. Scott, que as Cortes continuam a anular contratos sob a doutrina da indefinição com muito mais frequência (**An embedded options theory of indefinite contracts**. Minnesota Law Review, vol. 90, 2006).

instabilidade que confronta com os primados do sistema econômico mais eficiente. Outras hipóteses que podem levar à busca de alteração das condições pactuadas relacionam-se aos fatos imprevisíveis que modifiquem de forma importante o contexto do ajuste.

Em razão da impossibilidade de previsão das inúmeras situações fáticas passíveis de ocorrer no futuro, o dogma do contrato completo não subsiste, ainda que teorias econômicas busquem confirmar a sua existência.²⁷⁷ A ideia da completude do contrato encontra obstáculo na constatação do oportunismo e da racionalidade limitada, imperfeita, dos contratantes que, inversamente ao conjecturado pelas teorias clássicas que consideravam a possibilidade da escolha individual ser sempre a mais eficiente, muitas vezes expressam tão somente a satisfação de um interesse que frequentemente não se relaciona a qualquer pressuposto de eficiência.

Dentro dessa lógica, em sendo os contratos costumeiramente imperfeitos e incompletos, aceitar a limitação da racionalidade da parte contratante significa abrir espaço para as situações de conflito. Essa constatação pode estimular o enfrentamento da possibilidade de crise no contrato, assim como a busca das melhores alternativas para a retomada do bom curso contratual, como é o caso da cláusula compromissória arbitral,²⁷⁸ estudada em capítulo específico. Um contrato mais incompleto, portanto, implica a sua aproximação do mercado pontual, seja na flexibilidade, seja na exposição de riscos.

²⁷⁷ FAVEREAU, Olivier. **Qu'est-ce qu'un contrat? La difficile réponse de l'économie.** Droit et économie des contrats (JAMIN, Christophe, org). Paris: LGDJ, 2008, pp.22-25.

²⁷⁸ Robert E. SCOTT e George G. TRIANTIS relatam que: "*Until recently, contracts scholarship worked within the Holmesian paradigm that a contracting party either performs the contract or pays damages for breach. Economic contract theory has introduced renegotiation as a third possible outcome, and traced the implications of anticipating the prospect of renegotiation on contract design... For example, the possibility that disputes are settled in the course of litigation but before trial, or that the parties choose to arbitrate rather than litigate provide further opportunities for assessing the effects of back-end processes on contract design*" (**Incomplete contracts and the theory of contract design.** Case Western Reserve Law Review, vol.56, Paper 23, 2005, p.14). Tradução livre: "Até recentemente, estudos sobre contratos trabalhavam dentro do paradigma Holmesiano, segundo o qual um contratante executa o contrato ou paga indenização por descumprimento de contratos. A teoria econômica do contrato introduziu a renegociação como um terceiro resultado possível e traçou as implicações de antecipar a possibilidade de renegociação do desenho contratual... Por exemplo, a possibilidade de os litígios serem resolvidos no âmbito do contencioso, mas antes do julgamento, ou de as partes escolherem a arbitragem ao invés de litigar fornece muito mais oportunidades para avaliar os efeitos dos processos de *back-end* da concepção de contrato". Os mesmos autores, em outro trabalho mais recente, asseveram que o "[...] *contract design should anticipate not only the effect of litigation, but also other possible back-end processes, such as arbitration, renegotiation, or settlement*" (**Anticipating litigation in contract design.** The Yale Law Journal, vol.115, 2006, p. 878). Tradução livre: "[...] desenho do contrato deve antecipar não apenas o efeito do litígio, mas também outro possível processo *back-end*, tais como arbitragem, renegociação, ou acordo". A expressão "*back-end*" equivale ao termo "*ex post*".

Por essa razão, é fundamental o estudo da teoria dos contratos incompletos – mormente aquela correlata à teoria dos custos de transação²⁷⁹ –, que aborda as consequências das imperfeições surgidas durante a formação do contrato em decorrência da falta de ética (o que inclui o oportunismo), da racionalidade limitada (frente à falibilidade humana de profetizar o futuro) e da assimetria informacional (que até pode ser intencional), aplicando preceitos da economia ao Direito. É a partir da perspectiva econômica do contrato, aliás, que surge a noção de incompletude.

Ao celebrarem contratos, especialmente aqueles de execução continuada ou diferida (nestes incluídos os contratos relacionais), os agentes econômicos desconhecem ao certo se os termos pactuados serão efetivados. Isso porque as cláusulas contratuais dependem do que as partes pretendem concretizar, do *know-how* compartilhado sobre o setor afeto ao negócio, dos custos de transação, das características gerais de suas interações, tais como informação assimétrica e poder de barganha desigual e do sistema legal em jogo.²⁸⁰

Não se pode olvidar que os indivíduos possuem comportamento oportunista e racionalidade limitada, o que acarreta custos de transação associados a coletas de informações, elaboração e negociação dos contratos, além de custos *ex ante* (relacionados à definição inicial, tais como a proteção dos direitos envolvidos) e *ex post* (salvaguardas em face de eventos futuros, como o monitoramento e ajustes resultantes de falhas, erros, omissões e alterações imprevistas na execução) ao contrato, decorrentes da inexecução das obrigações.²⁸¹

²⁷⁹ Com o clássico artigo datado de 1960, denominado “*The Problem of Social Cost*”, Ronald H. Coase demonstrou a existência de custos de transação nas negociações firmadas entre agentes econômicos, tais como formular o contrato e empreender meios de inspeção para se assegurar o seu cumprimento. Esses custos podem evitar a ocorrência de transações que seriam concretizadas no contexto de um sistema de preços que funcionasse sem custos (COASE, Ronald. Harry. **The problem of...**, p.7). Para D. Gordon Smith, embora a teoria da firma seja frequentemente tratada como uma teoria da empresa, ela poderia apenas ser denominada de teoria dos contratos relacionais, especialmente porque Ronald H. Coase empregou nela relacionamentos como o modelo de firma (**Questions about contracts**. Paper presented at Law & Society Annual Meeting, 2006).

²⁸⁰ POSNER, Eric A. **Análise econômica do Direito contratual após três décadas: sucesso ou fracasso?** Tradução de Alexandre Viola e Revisão e notas explicativas por Cristiano Carvalho e Luciano Benetti Timm. In: SALAMA, Bruno Meyerhof. *Série Direito em Debate*, São Paulo: Saraiva, 2010, p.8.

²⁸¹ CATEB, Alexandre Bueno; e GALLO, José Alberto Albeny. **Breves considerações sobre a teoria dos contratos incompletos**. Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers, Berkeley Program in Law and Economics, UC Berkeley, 05.01.2007, p.3.

O oportunismo dos agentes²⁸² está diretamente ligado à assimetria informacional, pois nem sempre as condições averiguadas no momento da contratação coincidem com as da execução, principalmente naqueles contratos de longo prazo. Amplificada a imprevisibilidade da ocorrência de eventos que possam afetar o contrato, surge o risco de que uma das partes adote comportamento oportunista para obter vantagens extraordinárias.

Some-se a isso a dificuldade e, muitas vezes, complexidade em obter informações, de modo a gerar custos e, conseqüentemente, exigir investimentos que as pessoas nem sempre estão dispostas a fazer, não obstante a ideia de que “conhecimento é poder”.²⁸³ Por conta disso, não raras vezes, existem situações de assimetria funcional, nas quais apenas uma das partes conhece algo desconhecido pela outra, resultando problemas na elaboração do contrato como seleção adversa²⁸⁴ e *moral hazard*.²⁸⁵

Quanto à racionalidade limitada (*bounded rationality*), consiste na impossibilidade de antever e disciplinar expressamente, na elaboração de um contrato, toda e qualquer eventualidade passível de ocorrer ao longo da execução do que foi pactuado, pois o ser humano tem habilidades computacionais limitadas e memórias seriamente defeituosas.²⁸⁶ Rachel Sztajn adiciona, ainda, a impossibilidade de terceiros, estranhos à relação contratual, constatarem que a informação era igualmente detida pelas partes contratantes.²⁸⁷

A racionalidade limitada, em particular, é pressuposto das teorias contratuais ao impedir o desenho de contratos completos e compreender uma lógica de eficiência para a

²⁸² Basta a possibilidade do comportamento oportunista para justificar a inclusão de cláusulas de salvaguarda nos contratos. O oportunismo acarreta perdas significativas aos agentes econômicos e resulta, modelando as estruturas de governança de forma a impedir tal comportamento pelas partes envolvidas na transação (WILLIAMSON, Oliver E. **The economic institutions of capitalism**, Free Press, p.63).

²⁸³ Sobre o tema, cf. mais em: STIGLER, George. **The economics of information**. 69, Journal of Political Economy, Chicago, 1961, pp.213-225.

²⁸⁴ A seleção adversa torna o mercado de alocação ineficiente ao lhe retirar bens de boa qualidade, ou seja, evita a consumação de operações desejáveis, ainda que o Direito preveja comportamentos de boa-fé, dever de informar, enfim, crie condições que viabilizem operações econômicas (AKERLOF, George A. **The market for lemons: quality uncertainty and the market mechanism**. The Quarterly Journal of Economics, vol. 84, n° 3. aug., 1970, pp.488-500).

²⁸⁵ A *moral hazard* (risco moral) refere-se à vantagem que uma das partes pode auferir depois da celebração do contrato por deter alguma informação. Nesse caso, inclui-se a informação oculta (informação relevante é adquirida e mantida por uma das partes) e ação oculta (ação especificada contratualmente, porém, não observada de forma direta pela contraparte).

²⁸⁶ JOLLS, Christine; SUSTEIN, Cass R; THALER, Richard H. **A behavioral approach to law and economics: behavioral law and economics**. Stanford Law Review, July 1998, p.1477.

²⁸⁷ SZTAJN, Rachel. **Sociedades e contratos incompletos**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v.101, jan/dez 2006, p.175.

definição dos direitos pós-contratuais. Importante pontuar algumas dessas interrelações entre incompletude e teoria contratuais.

Na teoria de agência, o oportunismo dos agentes é considerado e admite-se a possibilidade de desenhar contratos eficientes com a adequada alocação do risco e dos incentivos no desenho contratual, a exemplo da franquia,²⁸⁸ de modo que os direitos de decisão para suplantare lacunas contratuais são definidos *ex ante*.

A teoria dos direitos de propriedade, em contrapartida, ao avaliar a alocação dos direitos de decisão pós-contratuais, com a finalidade de suplantare as lacunas decorrentes da não previsibilidade, admite a negociação *ex post* entre as partes, segundo uma ótica de eficiência. A destinação eficiente dos direitos de decisão para o preenchimento de lacunas é direcionada, assim, para o agente que maximiza o valor da relação econômica. Preconiza essa teoria a definição privada da solução para os problemas contratuais.

No tocante à teoria dos contratos relacionais, conforme já exposto, acentua-se o método de ajuste dos acordos em vez de esmiuçá-los. Os contratos seriam veículos do processo de negociação de longo prazo, geralmente custoso, porém mais eficiente do que a formação de contratos pretensamente completos.

Para a AED, por sua vez, o contrato é criado como instrumento de comunicação dos objetivos voltados à obtenção da performance ajustada. Apesar de reconhecer a impossibilidade de definir contratos completos, a AED admite que as cortes são capazes de resolver os conflitos pós-contratuais a custo zero e de modo não tendencioso. Em outras palavras, os tribunais seriam os agentes capazes de implementar as modificações que conduziriam à otimização do valor da relação, em substituição aos agentes privados. Atribui-se, assim, maior ênfase à definição de regras para garantir o desempenho dos contratos do que à lógica da transação que originou o contrato.²⁸⁹

O tema dos contratos incompletos relacionado a custos de transação merece destaque por ganhar relevância maior nos contratos empresariais²⁹⁰ que, em geral, são de longa duração e execução continuada ou diferida, isto é, incompletos, destinados a facilitar

²⁸⁸ Sobre o assunto, cf.: LAFONTAINE, Francine. **Agency theory and franchising: some empirical results**. The RAND Journal of Economics, vol. 23, n. 2, Summer, 1992, pp.263-283.

²⁸⁹ ZYLBERSZTAIN, Décio, SZTAJN, Rachel e AZEVEDO, Paulo Furquim. **A economia dos...**, p. 110.

²⁹⁰ Oportuno destacar o conceito de empresa desenvolvido por Ronald H. Coase na obra intitulada "The Nature of the Firm", de 1937, para quem empresa é o espaço hábil para a coordenação dos agentes econômicos, alternativo ao mercado, sendo considerada como um verdadeiro nexo ou feixe de contratos por meio dos quais os indivíduos firmam transações uns com os outros (**The nature of...**, pp. 386-405).

a organização da atividade, manter estável a produção de bens e serviços e aumentar a eficiência alocativa e produtiva. As dificuldades em antecipar todos os eventos que possam impor contingências, afetando direitos, deveres, obrigações e, em última instância, o próprio contrato, tanto *ex ante* quanto *ex post*, elevam os custos de transação.²⁹¹

Focar na completude do contrato, contudo, não resolveria o problema dos custos sociais. Primeiramente, porque, sob certas condições de incerteza, o custo da especificação das possíveis contingências futuras em um contrato completo e complexo seria proibitivo,²⁹² além de engessar os termos contratuais. Outra questão diz respeito aos elevados custos de policiamento e de solução de controvérsias com a coercibilidade legal, pois, quanto mais as partes se preocuparem em preencher as lacunas do contrato que estão a negociar, maiores serão os seus custos com a transação. Vale dizer que se chega a um ponto da contratação em que continuar preenchendo as suas lacunas atrai custos tão altos para as partes que a escolha mais eficiente passa a ser aquela que conta com a inocorrência das circunstâncias não previstas ou, caso ocorram, que confia a solução a outras fontes do Direito, como a cláusula compromissória, que prioriza a autonomia negocial, ou pela corte de um local específico.²⁹³

Por outro lado, há situações que exigem a elaboração de um contrato incompleto, adaptável às mudanças que ocorram durante a execução do contrato, sendo não apenas racional, como desejável tal incompletude – ou, também, inconveniente redigir contratos completos –, mormente no campo empresarial e internacional.²⁹⁴ O inacabamento contratual, em outras palavras, nada mais é que a resposta pragmática a um contexto econômico e jurídico eivado de imperfeições e incertezas, sendo fruto da constatação de que não compensa alongar as negociações quando incapazes de afastar eficientemente os riscos ou, até mesmo, de desencadear reações tutelares adequadas.²⁹⁵

Não é à toa, aliás, que se presenciou nos últimos anos a ascensão da *lex mercatoria* como principal instrumento de regulação das práticas empresariais no contexto

²⁹¹ SZTAJN, Rachel. **Sociedades e contratos...**, pp.174-176.

²⁹² CATEB, Alexandre Bueno; e GALLO, José Alberto Albeny. **Breves considerações sobre...**, p.2.

²⁹³ Trata-se do que Judith Resnik denominou como a emergência do “*contract procedure*” (procedimento de contrato), embora o foco seja mais sobre arbitragem e disposições tais como a escolha do local que facilite o acordo (**Procedure as contract**, Notre Dame Law Review 80, 2005, pp.593 e 626).

²⁹⁴ PINHEIRO, Armando Castelar. **Segurança jurídica, crescimento e exportações**. Revista do IPEA, Rio de Janeiro, 2005, p.7.

²⁹⁵ ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do...**, p.151.

internacional, desvencilhando-se das amarras estatais que obstam sobremaneira o desenvolvimento econômico.

Mitchell Polinsky e Steven Shavell apontam também a própria crença das partes em um preenchimento adequado das lacunas contratuais pelos tribunais como mais um fator responsável pela incompletude desejável dos contratos.²⁹⁶

Não obstante o surgimento de custos de transação, estes podem ser minimizados pela cooperação e solidariedade das partes no momento da execução do contrato, cujos comportamentos são corroborados pela inserção de cláusula arbitral.²⁹⁷ A título elucidativo, tal cláusula não se presta unicamente a solucionar litígios, mas, sobretudo, para dirimir dúvidas acerca da interpretação do contrato principal ao qual se refere.

Sendo os agentes maximizadores de sua utilidade, selecionarão racionalmente, nos limites de sua cognição e informação, alternativas de ação durante o curso da relação negocial, que viabilizem maior expectativa de retorno. Os *payoffs*,²⁹⁸ por sua vez, costumam ser reduzidos, pois, no caso de ação oportunista, quanto maior a probabilidade de sua ação ser identificada, maior será a efetividade das respectivas sanções previstas.²⁹⁹

Outra opção para inibir especificamente os oportunismos decorrentes da incompletude contratual seriam as adaptações sequenciais e a previsão de salvaguardas de diversos tipos na negociação e no clausulado contratual.³⁰⁰

Nos contratos incompletos, portanto, é fundamental determinar, não o grau ótimo de acabamento, mas o de formalização ótima, ou seja, não a moldagem do contrato com vista à supervisão judicial, mas o seu desenho como veículo de aprendizagem entre as partes, tanto mútua quanto a que se reporta aos termos acordados e respectivas consequências jurídicas, ampliando a competência das mesmas que passam a assumir um papel quase-judicial. Isso lhes permite automatizarem eficientes mecanismos contra

²⁹⁶ POLINSKY, Mitchell; e SHAVELL, Steven. **Economic Analysis of Law**. Harvard Law and Economics Discussion Paper nº 536, nov. 2005, p.17. Disponível em: <ssrn.com>. Acesso em: 17.05.2012.

²⁹⁷ CATEB, Alexandre Bueno; e GALLO, José Alberto Albeny. **Breves considerações sobre...**, p.5.

²⁹⁸ Tomando como base a teoria dos jogos, *payoffs* seriam números que representam as motivações dos jogadores, entre as quais benefícios, quantidade e utilidade. Seria a recompensa ou compensação esperada por um determinado jogador.

²⁹⁹ Três razões podem ser citadas para os agentes não quebrarem contratos, embora atraídos pela existência de quase-renda: (i) a reputação, eis que preserva a não-interrupção do fluxo de renda futura e eventual, oriundo de outras oportunidades no mercado; (ii) as garantias reais e mecanismos punitivos, sejam legais ou contratuais, previstos para imputar multas e outras perdas; (iii) princípios éticos, ou seja, valores do próprio agente que o impedem de tomar uma ação oportunística (ZYLBERSZTAJN, Décio. **Economia das organizações**. Disponível em: <www.projeto.org.br>. Acesso em: 13.04.2012).

³⁰⁰ SZTAJN, Rachel. **Sociedades e contratos...**, p.175.

atitudes oportunistas e patologias contratuais (execução defeituosa ou inexecução das obrigações), gerando uma margem de autodisciplina do contrato e abrindo caminho a soluções sem perda de jurisdição dos vínculos.³⁰¹

2.1.3 A morte e a vida do contrato em Grant Gilmore: proposta de uma nova teoria do contrato

A paulatina convergência entre contrato e responsabilidade, decorrente da atenção voltada à confiança e sua tutela, acarretou anúncios de morte do contrato, considerada crise na evolução da teoria do contrato. Por conta da aproximação entre responsabilidades contratual e extracontratual, passou-se a enfatizar mais a lesão à confiança tutelada, ao em vez da falta de obrigações específicas do devedor inadimplente. Essa confiança, que pode ser lesada e deve ser tutelada, não pressupõe uma relação contratual prévia e, se preexistente, não se pode afirmar que dela decorram deveres de respeito pela confiança alheia. Não haveria, dentro dessa lógica, verdadeira responsabilidade contratual, isto é, lesão contratual senão na medida da confiança depositada numa promessa que nada tem de especificamente contratual.³⁰²

O grande divulgador da ideia de morte do contrato foi Grant Gilmore com sua obra “*The Death of Contract*”,³⁰³ por meio da qual buscou construir uma nova ortodoxia ao atribuir um papel de transição ao instituto do *promissory estoppel*³⁰⁴ e sustentar que o contrato, como assunto distinto do estudo legal, emergiu somente no século XIX, sendo reabsorvido pela principal corrente de responsabilidade civil (*tort*).

A despeito disso, a realidade social tem indicado justamente o contrário.³⁰⁵ O explosivo crescimento das cidades e do comércio ao longo dos séculos está intimamente

³⁰¹ ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do...**, p.87.

³⁰² *Id. Ibid.*, pp.706-707.

³⁰³ GILMORE, Grant. **The death of contract**. Ronald K.L. Collins ed., 2. ed., Columbus OH, Ohio State University Press, 1995.

³⁰⁴ O *promissory estoppel* é um expediente criado pela jurisprudência norteamericana e inglesa destinado a preencher as insuficiências do conceito de contrato, próprio do direito anglo-saxônico, com a sua rígida exigência de uma contrapartida ajustada como condição de eficácia de toda a promessa contratual. A recusa de eficácia à promessa informal desprovida de *consideration* (contraprestação) – que decorre daquele conceito – tornou-se suscetível de conduzir a resultados inócuos, pois na eventualidade de o promissário alterar a sua posição jurídica, nela confiando, incumbiria ao promitente prever essa reação do promissário (VICENTE, Dário Moura. **Da responsabilidade pré-contratual em direito internacional privado**. Coleção Teses, Almedina, 2001, p.284).

³⁰⁵ Lawrence M. Friedman e Stewart Macaulay sustentam um posicionamento distinto daquele defendido por Grant Gilmore. Para eles, não seria simplesmente o fracasso de uma teoria do direito contratual, mas o declínio das decisões sobre contrato oriundas dos tribunais como fator determinante da vida comercial

ligado às relações contratuais, cujo processo de modernização tem sido descrito como um movimento de *status* para contrato.³⁰⁶ Longe de ser uma invenção do século XIX, o contrato é uma das práticas sociais dominantes do mundo ocidental,³⁰⁷ em cuja cultura adquiriu exponencial significado como meio de modelar relações humanas.

americana. E esse pensamento tem uma influência de dimensão histórica: a tese de Friedman aborda justamente o declínio dos tribunais para regular disputas comerciais no século XX e a substituição dos casos de direito (*case law*) do contrato por lei, regulamento administrativo e burocracia privada (**Contract and contract teaching: past, present e future**. Fall Wisconsin L. Rev., 1967, pp.805-821).

³⁰⁶ No Capítulo V “*Desintegration of the family*”, da obra “*Ancient Law*”, Henry Sumner MAINE retrata a evolução da sociedade como uma passagem do *status* (uma posição atribuída) ao contrato (uma estipulação voluntária). Oportuno transcrever o seguinte trecho da obra: “*The movement of the progressive societies has been uniform in one respect. Through all its course it has been distinguished by the gradual dissolution of family dependency and the growth of individual obligation in its place. The Individual is steadily substituted for the Family, as the unit of which civil laws take account. The advance has been accomplished at varying rates of celerity, and there are societies not absolutely stationary in which the collapse of the ancient organisation can only be perceived by careful study of the phenomena they present. But, whatever its pace, the change has not been subject to reaction or recoil, and apparent retardations will be found to have been occasioned through the absorption of archaic ideas and customs from some entirely foreign source. Nor is it difficult to see what is the tie between man and man which replaces by degrees those forms of reciprocity in rights and duties which have their origin in the Family. It is Contract*” (MAINE, Henry Sumner. **Ancient Law: in connection with the early history of society, and its relation to modern ideas**. New York: Charles Scribner, 124 Grand Street, 1864, p.163). Tradução livre: “O movimento do progresso da sociedade tem sido uniforme em um aspecto. Todo seu curso tem sido distinto pela gradual dissolução da dependência familiar e pelo crescimento da obrigação individual no seu lugar. O indivíduo é regularmente substituído pela família, como a unidade da qual o direito civil toma conta. O avanço tem sido realizado de várias formas céleres, e existem sociedades não absolutamente estacionárias, nas quais o colapso da antiga organização pode somente ser percebido por um estudo cuidadoso dos fenômenos que apresenta. Mas, não importa o ritmo, a mudança não tem se sujeitado à reação ou ao recuo, e retardamentos aparentes serão encontrados por terem sido ocasionados pela absorção de ideias e costumes arcaicos de alguma fonte inteiramente estrangeira. Nem é difícil ver o que é o laço entre o homem e o homem que o substitui por graus de reciprocidade nos direitos e obrigações que tem sua origem na família. É contrato”.

³⁰⁷ No final do século XVI, as cortes de *common law* não dispunham de nenhum *writ* (remédio) apto a lhes permitir aplicar sanções no bojo de obrigações contratuais. De modo geral, os contratos eram sancionados apenas pelo Rei. Com o desenvolvimento da economia, as referidas cortes passaram a se interessar gradualmente pelos contratos, por meio da admissão e acolhimento de ações *on the case*, bem como mediante a caracterização como delito (*tort of trespass*) da conduta daquele que, assumindo uma obrigação, a executava de forma defeituosa (*misfeasance*) ou não a executava (*non-feasance*). A partir da ação delitual de *trespass* emergiu paulatinamente uma ação de natureza contratual, denominada *assumpsit* (ação que restabelece danos causados pela quebra ou não desempenho de um simples contrato). Os reflexos dessa origem delitual repercutem na atualidade, pois a *common law* continua a não determinar o cumprimento da obrigação, mas apenas a indenização dos danos decorrentes de sua inexecução, salvo a *equity*, que permite a determinação do adimplemento contratual em certos casos. O direito inglês dos contratos era bastante rudimentar e excessivamente rigoroso até o início do século XIX, quando então se iniciou a construção jurisprudencial, complementada pela legislação (*statutes*), da qual emanou a teoria geral dos contratos com os contornos atualmente apresentados. A *equity* nada mais era do que um conjunto de regras jurídicas que se desenvolveu paralelamente à *common law* no direito inglês. As pessoas que não aceitavam as decisões da justiça podiam peticionar ao Rei requerendo-lhe reconsideração, isto é, uma espécie de perdão, cujo aumento na quantidade dessas petições resultou na criação de uma Corte de Equidade (*Court of Chancery*). Se o requerimento estivesse suficientemente fundamentado, o Conselheiro do Rei (*chancellor*), que atuava como “consciência do Rei”, emitia uma ordem (*writ*) ao xerife ou *lord* local. Isso evidencia uma preocupação maior da *common law* com valores da justiça e equidade, pensados para garantir a segurança jurídica e estabilidade, em vez de se ater a

Além de sua gênese secular, o instrumento contratual tem sido frequentemente usado no âmbito empresarial, cujos atores têm dedicado especial atenção às decisões de “fazer ou comprar” (*make or buy*), optando-se pela aquisição ou subcontratação,³⁰⁸ técnicas estas que se revelaram mais autossuficientes e têm prevalecido sobre o arcaico estilo hierárquico e centralizador de gestão.³⁰⁹

É nesse contexto que Edward L. Rubin sugere a necessidade de uma nova teoria do contrato, voltada ao próprio processo de contratação, que identifique um domínio não judicial do comportamento contratual. Tal domínio, embora seja claro na área de formação do contrato (tratado como processo não legal), na visão comum, o mesmo não existe no campo de resolução de disputas, o qual é inquestionavelmente legal. Mecanismos como *self-help*, contudo, são exemplos de comportamentos contemplados na resolução de disputas contratuais.³¹⁰

A leniência na constatação dessa necessidade é resultado de sucessivas distorções na compreensão da obra de Grant Gilmore. Ao apontar o nascimento relativamente recente do contrato e prever sua morte prematura, o mencionado autor referia-se na verdade ao direito contratual, notadamente às espécies de seu ramo que afloravam das escolas norteamericanas, as quais pronunciavam o direito incorporado em decisões judiciais e estudado por meio de análise destas.³¹¹

Aliás, um dos principais responsáveis pela inserção desse método no ensino jurídico, com o curso de contratos e *casebooks*, comumente relacionados à origem do

questões meramente formais (MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **The civil law...**, pp.48-52). A *equity* foi importante na formação do direito inglês, notadamente por estabelecer princípios gerais do Direito e promover a justiça, atendendo aos anseios da sociedade.

³⁰⁸ Para Luiz Felizardo Barroso, o contrato de *franchising* teria surgido como solução para as exigências do próprio mercado que necessitava de um instrumento que contemplasse operações comerciais descentralizadas e dinâmicas e, ainda, garantisse aos pactuantes a necessária segurança jurídica para seus empreendimentos (**Franchising & Direito**. 2. ed., São Paulo: Lumen Juris, 2002, pp.13-17).

³⁰⁹ A Nike, por exemplo, uma liderança mundial de imagens relacionadas a tênis, apenas coordena o ciclo econômico (competências em logística, qualidade, *design* e desenvolvimento de produto), pois a produção propriamente dita fica a cargo de uma rede de centenas de fornecedores espalhados pelo mundo. Com isso, a empresa consegue baixar os custos de produção, valendo-se de mão-de-obra barata de qualquer lugar do mundo, com direitos trabalhistas flexíveis, baixo rigor de proteção ambiental e condições tributárias mais favoráveis (CORRÊA, L. Henrique; CORRÊA, A. Carlos. **Administração de produção e operações**. São Paulo: Atlas, 2004, p.102).

³¹⁰ RUBIN, Edward L. **The nonjudicial life of contract: beyond the shadow of the Law**. Symposium, Northwestern University Law Review. 90, Rev., fall1995, pp.107-131.

³¹¹ *Id. Ibid*, p.109.

corrente modo de educação legal norteamericano, é Christopher Collumbus Langdell,³¹² quem Grant Gilmore intitulou como “medíocre profeta”. O motivo para tal qualificação deve-se ao fato de se considerar absurdo que a ideia de tal doutrinador, mera necessidade da época, tenha formado o pensamento legal por longínquos cinquenta anos,³¹³ identificado como uma das principais fontes do formalismo estéril do final do século XIX.³¹⁴

Todavia, se o direito contratual seguiu o destino traçado por Grant Gilmore, o mesmo não ocorreu com o contrato propriamente dito, embora a preocupação com a doutrina judicial oculte-o. Há por parte do Direito, inicialmente, certa ignorância em relação ao processo ordinário da formação do contrato (salvo oferta, aceitação e contrapartida, as quais são relativamente raras), isto é, quanto ao processo rotineiro por meio do qual o comércio realiza contratos e os impõe aos consumidores. Desse processo, extraem-se dois principais e complexos componentes: redação e negociação. Na maioria dos casos envolvendo contratantes profissionais, a redação do contrato geralmente é precedida de negociação entre as partes.

Já nas relações de consumo, os empresários elaboram inicialmente o contrato padrão, cuja forma passa a refletir as realidades negociais, restrições regulatórias e experiência coletiva dos profissionais em determinado ramo de atividade. Uma vez padronizado, o mesmo contrato é submetido a cada comprador individualmente, ao contrário do que ocorre nas transações entre profissionais (p.ex., contrato empresarial), os quais costumam adaptar a forma contratual a questões específicas da relação negocial. O relacionamento entre as partes, as normas da indústria e os objetivos pessoais, portanto, serão controlados pelo poder econômico dos contratantes.

³¹² Christopher Collumbus Langdell foi um estudioso do Direito em Harvard, época na qual conheceu Charles William Elliot. Após alguns anos, Elliot tornou-se Presidente de *Harvard* e convidou Langdell para assumir o cargo de Reitor da *Harvard Law School*, fornecendo-lhe, logo depois, carta branca para desenvolver suas ideias, bem como aplicar o método do caso naquela instituição (HANKS, Eva H.; HERZ, Michael E. e NEMERSON, Steven S. **Elements of Law**. Second edition, LexisNexis Matthew Bender, 2010, pp.7-10). Esse evento marcou o início do pensamento legal moderno, que modelou o foco da instrução legal dos princípios abstratos para análise de casos e promoveu a mesma moderna visão de caso-centrado de adjudicação defendida por Oliver Wendell Holmes Jr. numa instituição comprometida com a pesquisa e que tem sido base institucional para o desenvolvimento de tal pensamento (GREY, Thomas C. **Langdell's orthodoxy**. 45 *The University of Pittsburgh Law Review* 1, 1983). Representou, ainda, um marco histórico no ensino jurídico diante da profunda ruptura entre *common law* inglesa e *common law* estadunidense (GRANDE, Elisabetta. **Comparazione dinamica e sistema giuridico statunitense: analisi di una circolazione incrociata di modelli**. In: Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, XXIX, Giuffrè Editore Milano, 2000, p.186).

³¹³ GILMORE, Grant. **The ages of american law**. New Haven, Conn.: Yale University Press, 1977, p.42.

³¹⁴ LAPIANA, William P. **Logic and experience: the origins of modern american legal education**. Oxford University Press, 1994, p.3.

Outro elemento do processo de contratação é a sua interpretação, realizada de forma onipresente pelas partes e não por um juiz, situação que se reputa geralmente excepcional. Quando surge uma disputa sobre as disposições do contrato, as partes ou seus advogados estudam os termos do instrumento contratual e chegam a uma interpretação, cujo processo não se restringe a disputas. Em sendo o contrato resultante da transação (autonomia negocial), as partes o consultarão e interpretarão simplesmente para determinar o que estão autorizadas a esperar da outra parte ou o que a outra parte delas espera, independentemente de qualquer disputa preexistente. Até mesmo os consumidores engajam na interpretação dessa natureza.

Além desses componentes, há a resolução de disputa (*dispute resolution*) – não a via judicial, mas todos os outros métodos que antecedem e geralmente previnem a extraordinária e excepcional medida de recorrer ao Judiciário. Como também contempla processo de negociação, comumente se inicia com diálogo entre os contratantes, por meio do qual cada parte avança na sua própria interpretação e tenta refutar o progresso alheio. Às vezes uma parte convencerá a outra de que detém o direito ou que fará a vida da outra extremamente desconfortável;³¹⁵ em outras situações, a disputa será resolvida por uma revisão contratual.

Elementos prioritários do processo contratual, como interpretação, negociação e redação, podem igualmente ser implementados na resolução de disputas. Um diretor executivo, por exemplo, poderá dispensar seu advogado e fazer uma concessão para preservar um relacionamento negocial.³¹⁶ Da mesma maneira, a ouvidoria de uma determinada empresa poderá também rejeitar os argumentos de seu vendedor em prol da

³¹⁵ Em 2012, a União Federal firmou um acordo com o Grupo OK visando à recuperação de R\$468 milhões desviados dos cofres públicos. Considerada a maior ação de recuperação de dinheiro público desviado da história do país, o referido valor corresponde ao prejuízo de R\$ 169 milhões subtraídos da construção da sede do Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo (TRT-SP) na década de 90, acrescido de encargos legais. Em entrevista ao jornal Valor Econômico, o advogado do Grupo OK, Marcelo Bessa, afirmou que a empresa tem sofrido durante dez anos com o bloqueio de 100% de seu patrimônio (SOUZA, Yvna. **Acordo vai permitir recuperação de R\$ 468 milhões desviado do TRT-SP**. Valor Econômico, Política. 24.08.2012. Disponível em: <www.valor.com.br>. Acesso em: 10.05.2012). Não há dúvidas de que a possibilidade de transformar a vida do outro contratante extremamente desconfortável no caso de descumprimento constitui um forte argumento de negociação e composição. Exemplos de desconfortos extrajudiciais podem ser citados como ligações frequentes de cobrança, inclusão em cadastro de devedores e protesto de título, entre outros.

³¹⁶ No filme “Wall Street: poder e cobiça” (1987), dirigido por Oliver Stone, há uma cena paradigmática dessa concessão feita pelo bilionário Gordon Gekko (representado por Michael Douglas), quem, visando preservar a relação negocial com representantes de uma emergente companhia aérea, Bluestar, dispensa seu advogado após ser instado acerca da informalidade da reunião pelo líder sindical da referida companhia, Carl Fox (Martin Sheen).

relação com o cliente. Inexistindo composição, recorre-se à arbitragem, cujo procedimento assemelha-se à resolução judicial, mas tem natureza privada e, mais importante, tem ampla liberdade para decidir, pois não está submetido a determinado entendimento doutrinário e jurisprudencial, consoante será estudado no próximo capítulo.

Todas as atividades contratuais acima apontadas são corriqueiras na prática profissional da advocacia. Grande parte das negociações que lideram a formação de um contrato é conduzida geralmente por advogados. O processo de redação contratual, em particular, tem participação quase exclusiva dos referidos profissionais, responsáveis pelo desenho de forma padronizada, pela adaptação do contrato de forma industrial à transação particular ou até mesmo pelo desenvolvimento de nova linguagem contratual.

Existe, inclusive, uma categoria inteira de advogados, denominados transacionais (*transactional lawyers*),³¹⁷ que trabalham em departamentos corporativos de escritórios de direito privado, departamentos de agências públicas e de empresas privadas, exercendo tais

³¹⁷ Essa expressão utilizada por Edward L. Rubin (*The nonjudicial life...*, p.111), também denominada “*transaction attorneys*”, refere-se a advogados especializados na área de direito empresarial, com expertise na elaboração, execução e administração de documentos considerados fundamentais às relações negociais, tais como escrituras de imóveis, contratos de trabalho, instrumentos contratuais de fusão, entre outros. Corriqueira nos EUA, a atividade dos advogados transacionais abrange quaisquer transações que, em geral, afetem o funcionamento da atividade empresarial, até mesmo transferência de propriedade intelectual e marcas de uma empresa para outra. Essas transações podem envolver aquisições, contratos ou revisões de participações imobiliárias, que normalmente dependem de aprovação prévia da jurisdição local para tornar viável o cumprimento de uma determinada transação avençada. A prática bem sucedida de advogados transacionais consiste em agregar valor às operações de seus clientes. Sob essa perspectiva, a educação de um advogado transacional é uma questão de aprendizagem, cujo êxito em uma determinada transação decorre de como o advogado poderia lhe acrescentar ainda mais valor. Na questão transacional, os advogados se esforçam para capturar e agregar valor para o negócio. Essa concepção de expansão é compatível com a ênfase dada à economia de custos de transação. Os advogados aumentam os ganhos, reduzindo os custos de transação, como no caso da arbitragem regulatória (*regulatory arbitrage*), a qual, não sendo verdadeiramente uma arbitragem, consiste na análise por parte de um investidor dos vários ambientes regulatórios (regras de diversos locais ou países) possíveis de se instalar, escolhendo aquele que, na sua análise, revela-se mais benéfico para a sua atividade. A lei frequentemente fornece várias maneiras de efetuar uma determinada transação, que tende a acarretar vantagens e desvantagens. Selecionando a estrutura mais vantajosa para uma determinada transação, e garantindo que tribunais e órgãos reguladores respeitarão a escolha, o advogado transacional reduz o custo em conformidade com a lei e permite que as partes aumentem seus ganhos. Contudo, as partes podem experimentar alguns custos de transação mesmo na ausência de regulamentação. Reduzir esses custos nessa hipótese é outra função do advogado transacional. As assimetrias de informação são um bom exemplo. Uma empresa de venda de títulos possui consideravelmente mais informações do que o potencial comprador, cuja assimetria informacional gera problemas de custo de agência. A resposta para tais custos seria a investigação negocial – que, nesse contexto, assume a forma de diligência a ser realizada pelo comprador sobre a operação, a empresa etc. – ou os vínculos com o vendedor – que, por sua vez, assumiria a forma de transparência, incluindo representações e garantias. Em ambos os casos, várias são as maneiras de o vendedor credivelmente transmitir informações ao investidor, em cujo contexto o advogado transacional atuaria ao eliminar a assimetria de informação entre eles. Quanto menores as incertezas, menores serão as oportunidades de comportamento estratégico e menor será a necessidade de precauções custosas.

atividades, correspondentes à totalidade de suas atribuições. Advogados transacionais dificilmente, senão jamais, litigam perante o Judiciário; se a resolução judicial é requerida, o caso é encaminhado ao departamento próprio do contencioso, cujo ato é associado ao fracasso profissional da referida categoria. Entre as atribuições dos advogados transacionais está a de negociar, seja para a concretização de acordos, seja para a resolução de disputas, salvo no caso de eventual instauração de arbitragem ou litígio judicial, quando então tais atribuições são novamente transferidas às partes contratantes.³¹⁸

Apesar da relevância atribuída a ações não judiciais, estas não estão compreendidas na teoria geral dos contratos, que, criada no final do século XIX, teve seu fim prematuro no século subsequente, sob a ótica de Grant Gilmore. Por causa da ênfase dada à referida teoria, orientada judicialmente na educação legal, o vasto campo do comportamento transacional, no qual os contratos se desenvolvem continuamente, foi relegado ao segundo plano. É a partir do comportamento transacional, porém, que se intensificaram os acordos, responsáveis pelo fim do feudalismo,³¹⁹ pela construção da economia mundial e criação da atual imagem dominante do governo democrático, enfim, pelo fornecimento do foco da economia moderna de maneira a viabilizar a reorganização da empresa e reconceitualização da família. Ainda que a execução de contratos dependa de mecanismos judiciais, é o processo contratual, e não o de adjudicação, que tem o papel crucial no âmbito empresarial.

O desenvolvimento da AED finalmente começa a mudar o enfoque. Economia é uma das disciplinas acadêmicas que naturalmente está associada à análise do comportamento contratual. Somado a isso, a popularização do custo de transação econômica, há quatro décadas, acabou por oferecer uma metodologia específica.³²⁰

³¹⁸ Interessante guia sobre estratégias de como conduzir uma negociação é a obra “*Negotiation Strategy for Lawyers*” de Xavier M. Frascogna Jr. e H. Lee Hetherington, a qual oferece um tratamento compreensivo de vários modelos, princípios e técnicas que administram a negociação dentro de uma prática legal.

³¹⁹ “[...] o elemento contratual no feudalismo coexistiu com um sistema de classes baseado em *status*, e à medida que o contrato se transformava em costume, contribuiu para perpetuar o *status* de classe. O costume reteve a forma de empreendimentos mútuos, mas não a realidade de um acordo livre. O contrato moderno não nasceu do contrato feudal; assinala um novo desenvolvimento a cujo progresso o feudalismo foi um obstáculo que teve que ser afastado. Pois o contrato moderno é essencialmente um acordo entre homens que são livres e iguais em *status*, embora não necessariamente em poder. O *status* não foi eliminado do sistema social. O *status* diferencial, associado com classe, função e família, foi substituído pelo único *status* uniforme de cidadania, que ofereceu o fundamento da igualdade sobre a qual a estrutura da desigualdade foi edificada” (MARSHALL, Thomas Humphrey. **Classe, cidadania e status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967, pp.79-80).

³²⁰ A partir da década de 70, iniciou-se o movimento de desregulação do mercado, assim compreendido como acentuada redução da atuação estatal na economia ou das regras estatais rígidas incidentes sobre áreas de

Num primeiro momento, o trabalho sobre Direito e Economia envolveu responsabilidades e programas de regulação, em razão principalmente dos interesses de seus fundadores e integrantes da Escola de Chicago, Guido Calabresi e Richard A. Posner.³²¹ Logo se tornaram aparentes os benefícios da aproximação entre Direito e Economia, cuja aplicação poderia ter um alcance muito maior de assuntos, incluindo contratos, se o progresso não fosse surpreendentemente lento. Sob a influência de Richard A. Posner, a referida aproximação tomou rumo distorcido, pois se acreditava que o objetivo do direito contratual era eficiência econômica, a ser garantida por meio da adjudicação da *common law*.³²²⁻³²³ Essa conclusão foi motivada principalmente por conta da tese defendida na época de que a lei, como um sistema de comandos e controles, tende a se contrapor à lógica dos mercados, cabendo aos juristas valerem-se da lei como um instrumento que facilite o funcionamento destes.

Desde 1960, com a obra “*The Problem of Social Cost*”³²⁴ de Ronald Coase, passou-se, então, a sustentar que pessoas bem informadas poderiam alcançar melhores resultados nas suas transações se comparados a soluções impostas pelas instâncias governamentais.³²⁵ Entidades reguladoras, sujeitas a pressões políticas e operando com altos custos, não

interesse público. Autorizados posicionamentos teóricos em defesa dessa tendência antirregulatória intensificaram-se não apenas nos Estados Unidos, mas além de suas fronteiras. Entre eles, destaca-se a corrente de juristas adepta da “análise econômica do Direito” (AED) ou *Law&Economics* que promoveu, por meio das Universidades de Chicago e Yale, novo direcionamento metodológico baseado na utilização de teorias peculiares da economia para melhor compreensão do sistema legal, com especial destaque ao conceito de eficiência. Um dos pilares dessa corrente é Richard A. Posner, com sua obra “*Economic Analysis of Law*”.

³²¹ Para Paula A. Forgioni: “Frequentemente, as expressões Análise Econômica do Direito e Escola de Chicago são empregadas como sinônimas, referindo-se ao movimento de vários teóricos ligados àquela Universidade, cuja orientação destaca a falência da intervenção sobre a economia, celebrando o contúbio entre direito e eficiência” (**A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.27, nota 43).

³²² RUBIN, Edward L. **The nonjudicial life...**, p. 112.

³²³ Cf. Capítulo 1 no qual são apontadas as inconsistências da tese sobre eficiência da *common law*.

³²⁴ Essa obra de Ronald Coase aborda um tema especificamente econômico, qual seja, o custo social ou os efeitos externos produzidos pelas atividades econômicas, além de traçar uma crítica à concepção da economia do bem-estar sobre o tema e ao papel intervencionista que se outorgava ao Estado para a solução dos problemas relacionados a falhas do mercado. Constitui, em termos gerais, o ponto de partida de toda a AED, pois é na referida obra que se encontram as premissas fundamentais da aproximação interdisciplinar, da relevância do conceito de efeito externo ou externalidade para uma teoria econômica das instituições e do problema do custo do Direito na análise da realidade jurídica. Importante destacar que a introdução da análise custo-benefício no processo de tomada de decisões jurídicas significava para a teoria jurídica a possibilidade de compartilhar uma linguagem com os economistas e recorrer ao aparato analítico destes para examinar e quantificar os efeitos do Direito (PACHECO, Pedro Mercado. **El analisis economico del derecho**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1994, pp.27-28).

³²⁵ CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. **Regulação de serviços públicos: na perspectiva da Constituição econômica brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.62.

necessariamente estariam aptas a produzirem resultados mais eficientes que aqueles gerados pelo sistema econômico, a exemplo do mercado.³²⁶ Os reflexos desse pensamento no modo de se conceber a atuação estatal na vida econômica são claramente identificados nos posicionamentos defendidos principalmente pela Escola de Chicago, que privilegiam a eficiência dos mercados em detrimento da atividade regulatória estatal.³²⁷

³²⁶ A corrupção, analisada sob o ponto de vista econômico como um fenômeno de *rent-seeking*, é um grande exemplo de ineficiência. Entende-se por comportamento *rent-seeking* o gasto de recursos escassos na captura de transferências de riqueza, isto é, a busca de privilégios especiais, extremamente prejudicial ao desenvolvimento de uma sociedade, notadamente quando os recursos são alocados politicamente em vez da atuação eficiente do mercado. Tais comportamentos são mais comuns em situações de monopólios de poder e de recursos, em cujo contexto torna-se contumaz uma postura de “caça à renda” por parte de burocratas e políticos que não têm incentivos para seguir as regras do sistema. A relação existente entre *rent seeking* e eficiência tem sido demonstrada por meio do rápido crescimento econômico da China, cujo governo promoveu redução drástica das atividades de *rent-seeking* logo após a abertura da economia, o que tem produzido excelentes resultados. (TULLOCK, Gordon; SELDON, Arthur; BRADY, Gordon L. **Falhas de governo...**, pp.55 e 62).

³²⁷ O principal argumento da atividade regulatória era que esta seria indispensável instrumento de preservação do interesse público com correção de falhas do mercado, assim como proteção dos interesses dos consumidores em face da atuação de agentes econômicos. Richard Posner contestou o referido argumento, iniciando-se, a partir de então, a construção da teoria da captura em virtude da constatação de que a entidade reguladora, criada com o escopo de alcançar objetivos de interesse público, tornava-se paradoxalmente submissa aos interesses dos próprios agentes econômicos regulados (**Theories of economic regulation**. The Bell Journal of Economics and Management Science, vol. 5, n. 2, autumn 1974, pp.335-358). Em trabalho intitulado “*The Theory of Economic Regulation*”, George J. STIGLER invoca as mesmas razões para afastar o principal argumento da atividade regulatória, a qual cedia a pressões de natureza política e acabava sendo direcionada para satisfazer os interesses privados de grupos politicamente influentes (**The theory of economic regulation**. Bell journal of economics and management science. vol. 2, n. 1, spring 1971, pp. 3-21). Na literatura que seguiu essa tendência, passou-se a defender que a regulação pública é a maior fonte de custos sociais, cuja abolição implicaria aumento da eficiência. Richard Posner, aliás, no artigo publicado em 1975, “*The social costs of monopoly and regulation*” apontou que a regulação econômica nos EUA, ao preservar monopólios, resultava em aumento de custos repassados aos consumidores, oriundos dos gastos realizados pelos agentes econômicos na competição com outras empresas para obter a outorga do monopólio (The Journal of Political Economy, vol. 83, n. 4, Published by The University of Chicago Press, aug. 1975, pp.807-827). Exemplo no Brasil dessa submissão é a decisão proferida pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) nos autos de Processo Administrativo nº 08012.006504/1997-11, por meio do qual foram arquivadas as denúncias formuladas contra a Rede Globo e o Clube dos Treze, sob o argumento de que, além de outros temas, o ajuste de prazos mais largos e com exclusividade para a transmissão de atividades desportivas não pode ser considerado ilegal *per se*, mas analisado conforme a regra da razão e condições do mercado, diante da impossibilidade de prever todas as contingências e ações futuras que afetarão a concorrência no setor. Assevera Richard A. Posner, todavia, que: “Os efeitos da regulação econômica são difíceis de rastrear. Um imposto sobre gasolina pode ajudar o setor de transporte ferroviário. A cartelização das empresas de aviação civil sob a égide da CBA [*cost-benefit analysis*] beneficia transportes de superfície (cuja demanda cresce em razão de qualquer fator que aumenta os preços de um serviço substituto). Essas dificuldades tornam difícil identificar quais os mercados que se beneficiam e quais são prejudicados pela regulação. É superficial identificar um mercado como exemplo de um grupo político poderoso porque ele goza de uma tarifa de importação alta sem considerar o impacto dessa tarifa em outras políticas governamentais, incluindo muitas impostas ostensivamente em mercados distintos. Não sabemos se devemos considerar o controle de emissão de poluentes como um sinal de inabilidade do mercado em precaver-se contra regulação adversa ou como uma moeda de troca para as limitadas e tardias regulações governamentais do setor automobilístico” [**Teoria da regulação econômica**. Tradução de Mariana Mota Prado. In: MATTOS, Paulo (Coord.);

A posição de Richard A. Posner, em particular, foi suficientemente contraintuitiva para atrair atenção, distorcida para ser alvo irresistível de ataques e plausível para ser defendida. Em razão da atenção de estudos legais voltada à análise de Direito e Economia na época, acelerou-se a aceitação de Richard A. Posner dentro da grade curricular padrão do curso de Direito. Isso resultou num efeito danoso na área de contratos diante do distanciamento das pesquisas acadêmicas dos contratos propriamente ditos, concentrando-se unicamente na adjudicação judicial, em cujo campo a relação entre Direito e Economia foi simplesmente absorvida dentro do debate sobre o caminho apropriado para os juízes decidirem casos contratuais. Dito de outro modo, a AED transformou-se apenas numa ferramenta adicional para analisar decisões judiciais, ao passo que seu potencial para geração de uma teoria própria das transações contratuais foi seriamente adiado.³²⁸

Muito embora os doutrinadores legais tenham gradativamente alterado o foco das pesquisas em direção a uma teoria transacional do contrato como resultado de sua análise econômica e sociológica³²⁹, há ainda relativa resistência dos currículos escolares de Direito, que impedem o desenvolvimento de uma robusta e compreensiva aproximação ao domínio não judicial do contrato. Isso porque há crença de que a formalização de acordo está relacionada a uma atividade não legal, ao passo que a resolução de disputa é frequentemente associada a um acontecimento entabulado pelo Direito. Ambas as crenças, contudo, estão incorretas, pois existe um domínio não judicial do contrato, correspondente à quase totalidade das relações negociais, já que apenas a minoria das disputas desemboca no Judiciário.³³⁰

Não bastasse isso, há uma gama de contratos, ou comportamentos como contratos, que está à margem da lei, ante a impossibilidade de serem executados perante o Judiciário, a exemplo de contratos de compra e venda de narcóticos, compromissos discricionários,

PRADO, Mariana Mota; ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da; COUTINHO, Diogo R.; OLIVA, Rafael (org.). Regulação econômica e democracia: o debate norteamericano. São Paulo: Editora 34, 2004, p.73].

³²⁸ RUBIN, Edward L. **The nonjudicial life...**, p.113.

³²⁹ A sociologia é outro campo que promete fornecer uma metodologia para o estudo dos contratos, no qual se destacam os trabalhos “*The new social contract: na inquiry into modern contractual relations*”, de Ian R. Macneil, e “*Non contractual relations in business: a preliminary study*”, de Stewart Macaulay.

³³⁰ RUBIN, Edward L. **The nonjudicial life...**, p.114. Em entrevista concedida à Revista Getúlio - GVLaw, Thomas Ullen destacou que tanto nos Estados Unidos quanto no Brasil o ensino jurídico concentra-se no preparo dos alunos para lidar mais com tribunais do que com clientes, por meio de análise jurisprudencial. Segundo o jurista, porém, apenas 3% (três por cento) das disputas chegam aos tribunais, ou seja, o Direito é estudado a partir da leitura de casos judiciais que representam essa margem mínima dentro de um universo de transações negociais (ULEN, Thomas. **Cooperação tragédia e... direito à felicidade**. Entrevistado por Sérgio Praça, Revista Getúlio – GVLaw, ano 2, n.7, janeiro 2008, pp.50-55).

acordos entre comunidades étnicas aplicados exclusivamente por sanções informais,³³¹ entre outros.

O foco do ensino jurídico, então, não deve ser a partir da leitura de casos anormais (exceção), mas de situações que estejam à frente da cultura do litígio, de maneira que os profissionais do Direito aprendam a redigir, por exemplo, um contrato para que não aconteçam litígios.

É nesse contexto que Marc Galanter revelou por meio de estudos que o número de julgamentos nos Estados Unidos tem progressivamente reduzido desde 1962, apesar do crescimento inversamente proporcional da população.³³² Não se trata de redução de disputas – que certamente aumentaram –, mas de processos que chegam aos tribunais. Dentre as explicações para tal fenômeno está o uso crescente de métodos alternativos para resolver disputas, tais como a arbitragem e mediação, além de qualificada assessoria jurídica por ocasião da elaboração dos contratos.³³³

É dentro desse contexto que emerge o relevante papel de advogados transacionais, já mencionados, que atuam como verdadeiros '*engenheiros dos custos de transação*',³³⁴ para se valer da expressão utilizada por Ronald Gilson. Isso porque recorrer à execução judicial representa, na sua integralidade, um custo de transação. Explica-se.

³³¹ Sobre o tema, merece destaque a obra "*Order Without Law: How Neighbors Settle Disputes*", do economista Robert C. Ellickson, por meio da qual demonstrou que as pessoas frequentemente resolvem suas disputas no estilo cooperativo sem devotar qualquer atenção às leis a elas aplicáveis. Como exemplo, cita o autor as disputas sobre o uso da terra, que, de modo geral, são resolvidas informalmente, sem a necessidade de adjudicação oficial e até mesmo de estatutos legais, não raras vezes desconhecidos pelas partes envolvidas.

³³² A população americana aumentou de 160 milhões, em 1962, para aproximadamente 300 milhões em 1993 (GALANTER, Marc. **Direito em abundância: a actividade legislativa no Atlântico Norte**. Revista Crítica de Ciências Sociais, n. 36. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, fevereiro de 1993, p.132). O número de advogados, por sua vez, aumentou dramaticamente de 285,933, em 1960, para 655,191 em 1985 (aumento de aproximadamente de 129%). Esse significativo crescimento, porém, não é um fenômeno isolado dos EUA, mas em todo lugar, a exemplo do Canadá, responsável por um aumento de 253% (GALANTER, Marc. **Law abounding: legalisation around the North Atlantic**. The Modern Law Review, vol. 55, n.1, jan. 1992, p.4). Embora a sociedade americana tenha sido qualificada como altamente litigiosa, Marc GALANTER revelou mediante análise atenta dos dados disponíveis que há na verdade um uso moderado e modulado do Judiciário e que o número excessivo de advogados não significa presença de litigância predatória, não obstante os honorários representarem a maior parte dos custos diretos do processo, (**News from nowhere: the debased debate on civil justice**. Denver University Law Review 71, 1993, pp.77-113).

³³³ GALANTER, Marc. **Reading the landscape of disputes: what we know and don't know (and think we know) about our allegedly contentious and litigious society**. 31 UCLA Law Review 4, october 1983, p.4-71.

³³⁴ **Value creation by business lawyers: legal skills and asset pricing**. Yale Law Journal, v. 49, 1984, p.242.

As partes, ao formalizarem um contrato e alinharem os interesses que circundam seu objeto, dividem entre si, proporcionalmente, o excedente coletivo resultante da diferença do valor ajustado.³³⁵ No caso de eventual execução judicial, contudo, haverá a redução desse excedente comum à medida que representará pagamentos a terceiros que não aqueles envolvidos no contrato (por exemplo, escrivão, avaliador, oficial de justiça, perito, etc.), e individual, que cada contratante recebe por força do ajuste, salvo em circunstâncias especiais, quando então a parte vencedora da demanda não receberá mais do que o efetivamente acordado, a despeito da existência de despesas substanciais para executar a decisão judicial.³³⁶

Edward L. Rubin divide os custos de execução judicial em três categorias: custos diretos, custos de incerteza e custos de relacionamento.³³⁷

A primeira categoria corresponde aos honorários advocatícios e custas judiciais, os quais, muitas vezes serão suficientemente altos a ponto de inibir qualquer benefício decorrente da execução judicial. É o caso dos consumidores, salvo se existente alguma disposição legal específica como o Código de Defesa do Consumidor, que prevê a facilitação de defesa de seus direitos, inclusive com inversão do ônus da prova. A pretensão resistida dos consumidores envolve valores demasiadamente baixos para justificar a contratação de advogados, além dos custos da pesquisa substancial na obtenção destes, sem benefícios do treinamento de auxiliares ou outras economias de escala da representação. As empresas, por outro lado, normalmente têm um relacionamento contínuo com advogados – evitando custos de pesquisa – e, ainda, desfrutam de benefícios de

³³⁵ Para ilustrar esse excedente, podemos mencionar o caso de uma venda de veículo, na qual o vendedor propõe ao comprador a inclusão de itens adicionais - como película e emplacamento - em vez de reduzir o valor nominal do objeto contratado. O excedente decorrente da negociação beneficiará ambas as partes: o vendedor, porque ao fornecer tais itens auferirá lucros já que a instalação dos mesmos será realizada por funcionários da própria empresa (custo menor do que aquele ofertado ao consumidor final); e o comprador, pois os itens adicionais agregarão valor ao veículo adquirido.

³³⁶ Nesse sentido, destacam-se os ensinamentos de Hermes Marcelo Huck, para quem: “Um advogado, em sua lógica de trabalho, jamais pode eliminar a eventualidade do contencioso judicial, ainda que para as partes seja essa uma hipótese fora de consideração [...] A construção de uma nova relação contratual, particularmente de comércio internacional, implica necessariamente uma previsão do possível comportamento de um Poder Judiciário em face dela, caso alguma pendência ou demanda venha surgir. A possibilidade de uma apreciação judicial – e consequentemente de uma sentença – não pode ser afastada no processo da engenharia de uma contratação negocial” (**Sentença estrangeira e...**, pp.XV-XVI).

³³⁷ Para a compreensão da natureza desses custos, o autor considerou que o litígio seria o único meio disponível às partes, excluindo o vasto campo do comportamento estratégico (**The nonjudicial life...**, pp.119-125).

treinamento do contencioso, embora possam incorrer em altos custos numa dada situação dentro de um universo de milhares.

O custo da incerteza decorre da impossibilidade de o contratante ter certeza de que os tribunais irão impor o contrato no caso de violação da parte contrária.³³⁸ Essa incerteza judicial decorre da dificuldade na compreensão da linguagem ou da real intenção das partes, inerente à interpretação. Há ainda o desconhecimento da prática comercial por parte dos julgadores e Ministério Público, o que os torna passíveis de serem influenciados por considerações irrelevantes.³³⁹ Essa incerteza constitui um custo de transação e poderá resultar em custos de transações adicionais. O efeito da insegurança jurídica, contudo, é assimétrico devido a considerações de planejamento consubstanciado na realização de investimentos com a expectativa de violação de contratos ou adimplemento contratual.

A terceira categoria mencionada refere-se aos custos de relacionamento, assim compreendidos como danos e desgastes causados pelo litígio judicial, a exemplo do aumento da animosidade entre as partes contratantes e da reputação maculada em termos econômicos.

³³⁸ Não são raras as decisões judiciais que, a despeito da existência de disposições contratuais, afastam penalidades sob o argumento de o artigo 87 da Lei nº 8.666/93 constituir “rol taxativo” de sanções, ignorando por completo o disposto no art. 54, *caput* do mesmo diploma legal, segundo o qual são aplicáveis aos contratos administrativos “supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado”. Logo, é plenamente possível a Administração Pública valer-se de mecanismos contratuais que viabilizem a adequada e eficiente execução do objeto contratado visando atender a um fim maior, o interesse público. Dentro dessa lógica, a rescisão contratual nem sempre é a melhor alternativa disponível, a exemplo dos cronogramas de obras públicas destinadas à realização da Copa do Mundo e Olimpíadas no Brasil, cujo atraso pode comprometer substancialmente os eventos. Entender de forma contrária significa o engessamento da Administração Pública com o sacrifício do erário público em prol de interesses privados e a imposição de desarrazoada restrição de mecanismos contratuais. Nesse sentido, eis a ementa do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento (AGA) nº 200800642495, de Relatoria do Ministro Castro Meira, publicado em 10.10.2008, da Segunda Turma do STJ: “ADMINISTRATIVO. CONTRATO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. RETENÇÃO DE PAGAMENTO. VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 368 E 373 DO CÓDIGO CIVIL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. 1. A ausência de prequestionamento dos dispositivos legais tidos por violados - artigos 368 e 373 do Código Civil - impede o conhecimento do recurso especial. Incidência das Súmulas 282 e 356/STF. 2. Pode a Administração rescindir o contrato em razão de descumprimento de uma de suas cláusulas e ainda imputar penalidade ao contratado descumpridor. Todavia a retenção do pagamento devido, por não constar do rol do art. 87 da Lei nº 8.666/93, ofende o princípio da legalidade, insculpido na Carta Magna. 3. Agravo regimental não provido”.

³³⁹ Cita-se como exemplo notificação recomendatória emitida pela Procuradoria Regional do Trabalho (PRT) da 9ª Região em desfavor da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – INFRAERO, a fim de que a mesma “exija” das companhias aéreas o pagamento de estacionamento dos veículos dos respectivos funcionários no Aeroporto Internacional Afonso Pena, em São José dos Pinhais, Estado do Paraná, por meio de cláusula a ser inserida nos contratos de concessões de áreas do referido aeroporto, em prol do trabalhador (Mediação 2405/2012-7 da PRT da 9ª Região).

Esses custos ora relacionados constituem uma barreira ao recurso judicial, atrás da qual se encontra o domínio não judicial da resolução de litígios dos contratos, preenchido por uma vasta gama de alternativas, entre as quais a elaboração, a negociação, as metodologias interpretativas e adjudicativas.

Embora os limites do referido domínio não possam ser identificados previamente, são determinados pela natureza das práticas que estão nele contidas. Isso se deve ao fato de que a própria barreira contra a execução judicial é necessariamente variável, pois tanto o custo direto, quanto o da incerteza dependem de vários fatores, tais como a complexidade jurídica e fática da disputa e vinculação aos precedentes judiciais. No que atine aos custos de relacionamento, variam de acordo com o número de contratantes disponíveis e as normas dentro do campo específico. Dependerá também dos custos das alternativas ao método judicial. Por exemplo, a arbitragem, ainda que eventualmente seja um pouco menos custosa financeiramente do que a execução judicial, reduz significativamente os custos de incerteza diante do especializado e imprescindível conhecimento dos árbitros sobre a praxe comercial.

De modo geral, todavia, enquanto o custo da execução judicial for superior ao ganho potencial, as partes permanecerão nesse domínio e seu comportamento será melhor descrito por uma teoria não judicial, uma nova teoria do contrato que reavalie as características de bem público, a base normativa na qual são oferecidos os termos supletivos do instrumento contratual e assim por diante.³⁴⁰ E o recurso às categorias gerais da responsabilidade contratual de Grant Gilmore pode ser entendido como um passo na direção dessa nova teoria.

2.1.4 O apoio normativo à autodisciplina: objetivos, custos e benefícios

Uma das preocupações temáticas – para não dizer críticas – da abordagem Direito e Economia reside na postura do legislador destinada a incentivar a eficiência das soluções jurídicas, notadamente daquelas voltadas para o mercado, orientado pela lógica da liberdade contratual e corolários. Isso porque geralmente a autonomia negocial das partes induz à ideia de que a autodisciplina excluiria a heterodisciplina, especialmente a legislativa, abstando-se o legislador de criar normas aos contratos.

³⁴⁰ RUBIN, Edward L. **The nonjudicial life...**, p. 110.

É cediço, porém, que os contratos podem se tornar veículos de inúmeras ineficiências que se caracterizam como “falhas de mercado”, insuscetíveis de correção espontânea e automática, ocasião em que a eficiência reclamará a adoção de normas imperativas. Trata-se de uma intervenção estatal em regime de exceção, dotado de caráter de *ultima ratio*, pois o Estado só deverá intervir quando o mercado, mediado por preços, falhar em proporcionar uma alocação eficiente dos recursos.³⁴¹ Entre as principais falhas de mercado, destacam-se as externalidades, assimetrias informacionais, poder econômico e bens públicos.

As externalidades são efeitos produzidos pelas partes na execução de seus contratos, perante terceiros.³⁴² Esses efeitos podem ser positivos, não suportados pelas partes que lhes deram causa; ou negativos, quando não aproveitados pelas partes que os provocaram. Os primeiros decorrem de subinvestimentos na medida em que se verifica a impossibilidade de apropriação privada do retorno dos investimentos realizados. Pode-se citar como exemplo o desenvolvimento de pesquisas de variedades agrícolas ou de um novo medicamento revolucionário. O sistema de proteção de propriedade industrial implica o fator mitigador dos problemas de apropriação dos resultados gerados, mas que são incapazes de oferecer uma resolução completa da problemática, trazendo ainda outras distorções admitidas pelo Direito.³⁴³ As externalidades negativas, por sua vez, comprometem o bom funcionamento do mercado e, conseqüentemente, fornecem justificativa econômica suficiente para que sejam criadas políticas públicas por meio de regulamentações diversas, tais como restrições à emissão de poluentes e ao uso de terra.

Com relação aos bens públicos,³⁴⁴ qualificam-se como não rivais e não exclusivos, ou seja, uma vez produzidos, o número de consumidores não altera o custo de sua

³⁴¹ FARINA, Elizabeth Maria Mercier Querido; AZEVEDO, Paulo Furquim de; SAES, Maria Sylvia Macchione. **Competitividade: Mercado, Estado e Organizações**. São Paulo, Singular, 1997, p.115.

³⁴² Como exemplo relacionado às externalidades dos contratos empresariais cita-se a possibilidade de um terceiro ingressar com uma demanda diretamente contra a empresa seguradora do causador do dano, cuja construção jurisprudencial decorre das decisões proferidas pelo STJ nos REsp nº 228.840/RS e 257.880/RJ, de Relatoria, respectivamente, dos Ministros Ari Pargendler e Sálvio de Figueiredo Teixeira.

³⁴³ A proteção à propriedade intelectual pode conferir ao seu beneficiário poder econômico e, conseqüentemente, afetar a capacidade dos mercados de prover eficiência alocativa em determinado período de tempo.

³⁴⁴ Na década de 60, o ecologista Garret Hardin, no artigo intitulado “*The Tragedy of the Commons*”, publicado pela revista científica *Science* em 1968, associou os problemas ambientais no ar e no mar com a inexistência de incentivos para que as pessoas impedissem as outras de explorar excessivamente tais recursos naturais, já que ninguém é dono do ar nem do mar. Uma das soluções apresentadas para o uso abusivo dos recursos naturais, denominado “tragédia dos comuns”, também denominada “tragédia dos baldios”, seria o direito de propriedade, pois um único dono teria incentivos para maximizar o valor do

provisão, ao mesmo tempo em que não é possível excluir consumidores do seu uso. A coadjuvação é ignorada pelos agentes econômicos na medida em que não é suficientemente incentivada, o que estimula, por consequência, comportamentos oportunistas de carona (*free-riding*).³⁴⁵ Como exemplo, tem-se um programa de erradicação de praga na agricultura, por meio do qual todos os agricultores seriam beneficiados.

Já no caso da assimetria informacional, tende-se a impedir que os mercados operem de forma eficiente, principalmente no que tange à eficiência alocativa do mercado considerado. O modelo de concorrência perfeita seria altamente prejudicado uma vez que vendedores e compradores não forneceria as informações necessárias e suficientes para lastrearem suas decisões.

No tocante ao poder econômico, possui duas vertentes de tratamento. A primeira trata de situação de dependência econômica no âmbito de relações privadas. Já a segunda ocorre no âmbito das relações multilaterais e leva em conta não somente o histórico relacional das partes, mas toda dinâmica de mercado que atribui a um determinado agente um poder, seja em relação aos seus concorrentes ou clientes e fornecedores.

recurso sobre o qual detém propriedade, antes comum. O dono limitaria o número de pescadores, assim como evitaria que o seu pedaço de ar não fosse poluído. A tragédia dos comuns destacou a importância dos direitos privados ou públicos de propriedade para o uso eficiente de recursos. Diametralmente oposta a essa ideia é a tragédia dos anticomuns, que tem como exemplo paradigmático os grandes apartamentos coletivos ocupados por mais de uma família na União Soviética, cuja dissolução tornou os referidos imóveis valiosos nas mãos de uma única família ou pessoa. Os custos para aquisição de um apartamento inteiro por determinada quantia, porém, tornaram-se altos, seja em virtude da dificuldade em definir o valor das áreas comuns, seja por conta da necessária concordância de todas as famílias nele residentes. Os altos custos de negociação e de oportunidade (tempo) podem resultar na impossibilidade de união dos direitos privados e comuns necessária para o seu uso mais eficiente. Logo, os direitos privados de propriedade não serão necessariamente a solução de todos os problemas. No exemplo dos apartamentos coletivos, acreditava-se que o consentimento unânime dos coproprietários em uma única proposta exequível seria o ideal para agregar preferências destes. Verificou-se, no entanto, que tal hipótese apresenta custos, sendo necessário encontrar outros mecanismos que facilitassem agregar direitos. Se maioria simples é pouco, e unanimidade, muito, talvez algo intermediário seja o melhor. Essa sensibilidade faltou ao legislador brasileiro que, ao dispor sobre nomeação de administrador não sócio em sociedade, cujo capital não tenha sido integralizado, exigiu unanimidade, ao passo que, nos casos de destituição, estabeleceu como mínimo 2/3 do capital social se administrador nomeado em contrato e mais da metade do capital social se em ato separado (art. 1.061, primeira parte, c.c art. 1.063, §1º CC). A admissibilidade de administrador não-sócio está em sintonia com o progresso social (profissionalização da gestão empresarial), contudo, a fixação de *quorum* tão especializado acabou por criar óbices a sua implementação. Geralmente se considera o consentimento unânime como a maneira correta de negociar direitos de propriedade, mas essa solução pode ser proibitiva em alguns casos.

³⁴⁵ Noção básica da ciência econômica, “*free-riding*” é uma expressão que significa efeito carona. Para ilustrar, embora todos os contribuintes sejam beneficiados pelos bens públicos providenciados pelo Estado (educação, ciência, saúde, infraestruturas várias, segurança, etc.), há sempre quem procure fugir dos impostos, contando que outros paguem pelos bens dos quais todos desfrutam. Se todos tivessem o mesmo pensamento e fugissem dos impostos, o resultado seria óbvio: os bens públicos não poderiam ser financiados e todos perderiam.

Com efeito, constata-se uma situação de dependência econômica, ou seja, um dos contratantes encontra-se numa posição de superioridade frente ao outro, que deverá se sujeitar para sobreviver. Essas modalidades de abuso devem ser tratadas à luz da hipótese normativa trazida pelo artigo 187 do Código Civil (CC), desde que a conduta seja desviada de sua função econômica ou, ainda, frustrada a legítima expectativa do agente.³⁴⁶ Vale dizer, caso determinada conduta praticada por uma empresa em situação de poder de mercado prejudique a livre concorrência, enquadrar-se-á no conceito de abuso de poder de mercado a ser coibido pelas autoridades de defesa da concorrência.

Indiscutível, pois, a existência de falhas de mercado, as quais reclamam regulamentação específica ou, ainda, intervenção estatal, mesmo que em regime de exceção - tal como a lei aprovada pela Câmara dos Representantes nos EUA referente ao plano de ajuda às instituições financeiras, reflexo este da grave crise econômica e financeira provocada pelos excessos do liberalismo característicos de alguns dos principais países que adotam a *common law*, quando, então, são cogitadas ou admitidas formas de intervenção antes impensáveis nos EUA e na Inglaterra -, a fim de serem neutralizadas ou, até mesmo, eliminadas, alcançando-se, assim, o almejado equilíbrio de Pareto.

Partindo dessas premissas e retomando a ideia preambular, é possível admitir que a liberdade contratual não exonera o legislador da necessidade de estabelecer critérios destinados ao preenchimento de lacunas contratuais. É a ideia do apoio normativo como quadro ordenador externo daquilo que internamente ocorre no seio de um contrato em termos de adstrição a condutas estipuladas e prometidas numa negociação bilateral.

Essa adstrição ou vinculação obrigacional nada mais é que a essência do contrato e, uma vez identificada e tutelada pelo Direito, cabe a este reforçar não apenas as sanções extrajurídicas que norteiam a relação entre as partes, como também a convicção de que o inadimplemento de deveres assumidos desencadeará a reação coercitiva estatal.

É possível elencar três grandes valores de eficiência entabulados pela contratação e promovidos pela heterodisciplina normativa:³⁴⁷ (i) a gestão do risco entre as partes, fazendo-o recair de forma mais acentuada sobre a parte que pode assumi-lo com o menor custo; (ii) o alinhamento de incentivos, de modo a impedir a assimetria informativa ou a amplitude das margens de oportunismos; (iii) a redução de custos de transação, não apenas

³⁴⁶ FORGIONI, Paula A. **A evolução do...**, p.36.

³⁴⁷ POSNER, Richard A. **Economic analysis of...**, p.98.

os iniciais atinentes à busca, mas também os de prevenção e de combate ao oportunismo e ao *holdup* contratual,³⁴⁸ fornecendo supletivamente cláusulas eficientes, elementos de informação ou meios de redução dos custos de litigâncias.³⁴⁹ O desenho contratual, e até mesmo o resultado da interpretação, dependerá da predominância de algum desses valores.

Na AED, em particular, o principal papel desempenhado pelo apoio normativo é o de facilitador do funcionamento do mercado, multiplicando as trocas e, por intermédio delas, maximizando o bem-estar das partes.³⁵⁰ Ao atribuir maior importância às escolhas legislativas, conformando o direito dos contratos, a análise econômica torna-as decisivas para as soluções contratuais e sua funcionalização em prol da eficiência.³⁵¹ Contudo, tais escolhas destinadas à disciplina contratual tendem a enfrentar dificuldades frente à dimensão do regime jurídico, cujos atores podem ser defensores de critérios de justiça substantiva ou distributiva, procedimental, entre outros perfis.

Diante desse universo de variáveis e deixando em suspenso qualquer consideração prévia entre o nivelamento das partes ou *trade off* (conflito de escolha), entre eficiência e justiça, Fernando Araújo destaca cinco finalidades para a disciplina jurídica do contrato, a saber: (i) execução judicial do contrato, cujos termos sejam verificáveis por um terceiro adjudicador (árbitro ou julgador); (ii) tipificação supletiva (contratos nominados) com vocabulário às práticas contratuais, padronizando-as e reduzindo custos de transação; (iii) oferta de critérios de interpretação do contrato; (iv) regulamentação e supervisão do processo de contratação interferindo no seu desenvolvimento ao invalidar contratos assentes em dolo, opor-se a modificações contratuais que explorem o *holdup* e ao proporcionar uma solução eficiente *ex post*; (v) oferta de normas supletivas, divididas em três espécies, a saber, facilitadoras (removem obstáculos à maximização do bem-estar nas trocas), indutoras de revelação (desestimulam a retenção de informação privativa e

³⁴⁸ O termo *contractual holdup* refere-se a situações em que determinada parte, num contrato novo ou existente, adere a uma demanda muito desvantajosa, devido a circunstâncias de extrema necessidade, tais como empresas com requerimentos imediatos por bens específicos ou serviços e contratantes que enfrentam a perspectiva de quebra em momentos críticos. [SHAVELL, Steven. **Contractual holdup and legal intervention**. Journal of Legal Studies, vol. 36 (2), June 2007, pp.325-326].

³⁴⁹ ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do...**, p.106.

³⁵⁰ A falta de instituições formais que inspirem confiança, assim como de costumes capazes de supri-las leva países subdesenvolvidos a desperdiçarem oportunidades de criação de bem-estar por meio dos contratos e empresas.

³⁵¹ AYRES, Ian. **Defaults rules for incomplete contracts**. Disponível em: <islandia.law.yale.edu>. Acesso em: 18.05.2012.

incentivam a partilha dessa informação entre as partes) e justas (alinham o ajuste privado de interesses a uma norma de aceitação coletiva).³⁵²

Das finalidades mencionadas, há algumas ressalvas, como no caso da execução judicial, que, por envolver verdadeiros critérios de adjudicação concreta, incumbe precipuamente aos tribunais, não se limitando a parâmetros rígidos do legislador. A questão de proporcionar solução eficiente *ex post* também merece ser apontada, na medida em que comporta certa carga de subjetividade apta a dar margem aos arbítrios judiciais. Quanto às normas supletivas facilitadoras e indutoras de revelação, é discutível que um tribunal possa eficientemente ingerir-se na gestão das relações entre as partes, pois razoavelmente se espera das partes que forneçam ao tribunal a informação necessária ao êxito na disputa.

Tanto as finalidades da disciplina jurídica dos contratos quanto as suas ressalvas indicam os custos decorrentes das tentativas de se fornecer soluções institucionais à complexidade e especificidade das relações contratuais. Manifestas, pois, as limitações inerentes a todo apoio normativo, cujo detalhamento implica incalculáveis custos sociais. É justamente a falta de solução razoável para essa tensão entre generalidade e abstração, de um lado, e a necessidade de casuísmo, de outro, que tem conduzido às falhas normativas, o que reclama a busca por uma heterodisciplina legislativa adequada.³⁵³

O apoio normativo deve ser considerado, portanto, com cautelas e salvaguardas. É inegável que constitui importante instrumento às partes contratantes ao fornecer uma estrutura de reação ao inadimplemento contratual e aos abusos na formação dos contratos, reduzindo-se custos de transação ante o seu caráter supletivo e de tipificação mínima dos modelos contratuais mais relevantes.

Especialmente em economias pouco desenvolvidas ou mal estruturadas, torna-se mais evidente, aliás, a função da heterodisciplina legislativa como mecanismo de baixo custo em apoio à credibilidade dos compromissos, sem o qual se intensificam lesões que obstam o desenvolvimento econômico.³⁵⁴

³⁵² **Teoria econômica do...**, pp.108-109.

³⁵³ EDLIN, Aaron S. e REICHELSTEIN, Stefan. **Holdups, standard breach remedies and optimal investment**. The American Economic Review, vol. 86, n. 3, jun. 1996, p.495.

³⁵⁴ A heterodisciplina poderá ser enquadrada numa posição mais modesta e subsidiária naquelas situações em que o alcance moral das promessas já é socialmente sancionado e as salvaguardas extrajurídicas são preexistentes contra o seu descumprimento (tais como pressão social, mecanismos de reputação, confiança depositada na perenidade das relações contratuais, interiorização das regras morais sobre honra

Privar as partes da autodisciplina contratual, ademais, significa tolher delas algumas das opções mais valiosas de que dispõem, quais sejam, a de afastar ambiguidades e desequilíbrios e a de legitimamente exigirem umas das outras as condutas ajustadas. Por outro lado, porém, o apoio normativo reforça o liame contratual das partes, bem como permite atenuar algumas incertezas inerentes ao decurso do lapso temporal do contrato, sem o qual tais incertezas podem se transformar de jogos cooperativos em não cooperativos, de captura de renda produtiva (somas positivas) em captura redistributiva (soma zero) ou *rent-seeking* (somas negativas).

Uma das formas visíveis e bem sucedidas desses benefícios da heterotutela legislativa é a habilidade em administrar um arranjo peculiar de externalização dos contratos entre empresas, como a dos efeitos sobre os *stakeholders*,³⁵⁵ os quais ficam expostos aos danos colaterais oriundos de determinadas opções contratuais tomadas por uma empresa.

O apoio normativo também pode constituir um forte estímulo à celeridade nas negociações, na celebração e no cumprimento das obrigações do contrato, notadamente se o legislador adotar algumas medidas de dissuasão de excessos de confiança por parte dos credores, ou seja, impondo restrições às sanções contratuais. Para ilustrar, cita-se a hipótese de exclusão de danos de confiança dentro de um prazo curto imediatamente posterior à celebração do negócio, presumindo-se que, dentro desse período, há enorme probabilidade de se recuperar, por meio do próprio mercado e com desprezíveis diferenciais de preço, o valor desembolsado em função do cumprimento esperado.³⁵⁶ Ou seja, é aceitável como racional que, na ausência de uma vinculação válida, as partes tentem explorar negocialmente todas as alterações de preços e circunstâncias que supervenientemente ocorram.

Na abordagem da análise econômica, esse é o desenho da heterodisciplina normativa do contrato desejável. A oferta dela, oriunda de modesta e contida solução à

e integridade moral, entre outras). Em ambientes de reconhecida confiabilidade dos usos, a presença da disciplina jurídica poderá até ocasionar um efeito inverso, em prejuízo da espontaneidade da autodisciplina.

³⁵⁵ São aqueles que, embora não sejam titulares das empresas e, portanto, formalmente partes nas relações que se estabelecem entre as empresas, têm interesse nessas relações que é juridicamente reconhecido como relevante, por exemplo, os trabalhadores, os credores, os fornecedores, os clientes, o Estado etc.

³⁵⁶ Imagine o caso de *spot market*, cuja venda frustrada por uma parte seja imediatamente suprida com a concretização do negócio junto a um terceiro, com a mesma satisfação dos interesses iniciais e por preço similar.

manipulação da matriz de ganhos e perdas e de custos de oportunidade, com os quais se deparam as opções individuais, faculta às partes a livre escolha de suas preferências. É possível, ainda, o seu avanço em alternativa, muitas vezes cumulativa, ao condicionamento direto de tais preferências, seja encorajando ou desencorajando condutas com ordens diretas, de educação, incitamento ou punição.³⁵⁷

Em suma, a heterodisciplina pela via legislativa serve para balizar os caminhos pelos quais pode ser manifestada a intenção das partes em se vincularem, na colaboração e na troca com os outros, dentro de um campo socialmente aceitável como justo, mais formal do que substancialmente, preservando-se a autonomia à luz de um compromisso equilibrado entre a vontade positiva de vinculação e o direito de não vinculação.

Não se pode olvidar que as distorções dos mercados são resolvidas por contrabalanços livres e generalizados, que assegurem a negociabilidade direta dos recursos, e não pela correção judicial, também denominada direitos de propriedade.³⁵⁸ É com este balizamento cauteloso que o apoio normativo à autodisciplina contratual deve ser utilizado à triagem entre os negócios que geram ou não obrigações válidas e passíveis de serem atendidas. Essa triagem delimitadora, embora não exaustiva, oportuniza às partes a possibilidade de identificação das fontes geradoras de vínculos e, conseqüentemente, de aumento de seu poder de escolha, esgotando-se na autonomia negocial.³⁵⁹

2.2 A AUTORREGULAÇÃO COMO VERDADEIRA ORDEM JURÍDICA PRIVATIVA: OS BENEFÍCIOS DA LÓGICA CORPORATIVA

2.2.1 Normas sociais e sua integração no seio da interface Direito e Economia: o ordenamento privado de Oliver Williamson

³⁵⁷ Importante ressaltar que essa preferência metodológica da análise econômica tem limitações, pois deixa de explicar o fundamento último das políticas legislativas de condicionamento direto das preferências quando elas sejam social e ideologicamente aceitas, bem como desconsidera as possibilidades de uso combinado das políticas de incentivos e de condicionamento direto.

³⁵⁸ Em *The Problem of Social Cost*, Ronald H. Coase demonstrou que a negociação privada poderia resolver problemas sobre os quais se pensava, anteriormente, ser passíveis de solução somente mediante regulação estatal, cuja via Coase relegou, tão-somente, a ambientes em que os custos de transação demonstravam-se impeditivos à barganha. Devido a isso, ao planejar e escolher entre arranjos sociais alternativos, a análise deve recair não apenas sobre os efeitos marginais, mas, também, sobre o efeito total a ser gerado (**The problem of social cost**. 3º Journal of Law and Economics, out. 1960).

³⁵⁹ SCOTT, Robert E. e STUNTZ, William J. Stuntz. **Plea bargaining as contract**. The Yale Law Journal, vol. 101, n. 8, Symposium: Punishment, jun. 1992, pp.1913 e ss.

O neoinstitucionalismo de Oliver E. Williamson pode ser caracterizado como uma agregação desestruturada de normas sociais, um aglomerado de mecanismos informais de controle social também denominado ordenamento privado (*private ordering*). No campo dos contratos, nem heterodisciplina nem autodisciplina, mas antes um híbrido dessas duas vertentes, cujo objetivo é alcançar efetividade na disciplina tanto das relações intersubjetivas quanto dos contratos por meio da interação de regras de conduta extrajurídicas com o sistema jurídico. Esse é o âmbito perfeito para o desenvolvimento da nova teoria do contrato anteriormente proposta, a qual já se encontra emancipada do sistema jurídico positivo, conquanto tire irrestrito proveito da presença deste.

A congênita multidisciplinaridade da AED facilitou, e muito, a integração do tema do ordenamento privado no seu cerne, notadamente por conta de seu ponto de vista externo sobre o Direito, não sujeito à pragmática dependente da dogmática, relegando as normas jurídicas a meras bases incentivadoras.³⁶⁰ Não raras vezes, as normas sociais têm inclusive uma vocação para disputarem a primazia da regulação coletiva sempre que se evidencie insuficiência ou fraqueza no enquadramento jurídico, mormente em matéria de falha de incentivos e de quebra do desenvolvimento econômico.

Essa abordagem econômica acabou, na verdade, por consagrar as normas sociais como as mais universais regras de conduta, porquanto jamais são inteiramente eliminadas pelas normas jurídicas, ora porque predominam em ambientes de fraca ou nenhuma jurisdição, ora devido a sua permanência latente em ambientes de elevada jurisdição, prontas para se expandirem em momento oportuno. Não há, pois, nenhuma sociedade que não se encontre balizada por normas sociais que atual ou potencialmente condicionam as condutas, juntamente com o apoio formal da ordem jurídica (costumes como fonte do Direito, especialmente no Direito Internacional) ou mesmo sem ele.

Importante registrar que a ótica tradicional dos incentivos econômicos e das vias institucionais tendia a privilegiar uma visão atomística do mercado ou setor de atividade, composto por agentes egoístas e racionais que interagiam por meio de contratos formais tendencialmente completos e apoiados na proteção jurídica. O paradigma analítico

³⁶⁰ Uma das consequências imediatas dessa nova abordagem é o reconhecimento de que, em muitas situações, as expectativas bilaterais e a formação de reputação no mercado são mais importantes para as partes do que os contratos propriamente ditos, responsáveis por administrar uma determinada transação geralmente efêmera. Nas relações de longo prazo, isso explica o predomínio das soluções relacionais a despeito da subsistência de algumas soluções contratuais clássicas.

subsequente, todavia, passou a reconhecer que muitas das relações negociais recorrem a contratos autorregulados e autoexecutáveis (*self-enforcing*), imbuídas de regras de conduta geralmente não suscetíveis de invocação direta perante o Judiciário, a exemplo das normas de honestidade. O novo referencial teórico despertou a atenção para as conexões entre os contratos e as instituições e respectivo substrato extrajurídico.

Nos modelos de contratos deliberadamente incompletos, a título elucidativo, há uma abertura à autodisciplina por meio de legitimidades supletivas e de estímulos estratégicos (tais como, ameaças de descumprimento ou de abandono da relação contratual, por exemplo), bem como a normas sociais reconhecidas e espontaneamente acolhidas por ambas as partes contratantes, evitando-se o Judiciário. A aludida vontade das partes, longe de ser patológica, nada mais é que a admissão e compreensão, de forma inovadora, da incapacidade da tutela jurídica em inibir o oportunismo, quando não o fomenta.

No contexto de autodisciplina,³⁶¹ o cumprimento é racionalmente assegurado sempre que o ganho imediato do inadimplemento pontual das obrigações contratuais for menor que o valor do capital de reputação³⁶² ou da observância espontânea das normas sociais. Vale dizer que a autodisciplina será tanto mais vantajosa e alcançável quanto mais

³⁶¹ A expressão máxima da autodisciplina como fonte de regulação privada pode ser representada pela integração vertical de uma decisão de edificação institucional, assente na disciplina interna e na suficiência de relações hierárquicas aglutinadas por tal disciplina e convertida em estrutura de governo (RAKOFF, Todd D., **Contracts of adhesion: an essay in reconstruction**. Harvard Law Review, vol. 96, n.6, abril 1983, pp.1206-1215).

³⁶² A locução “capital de reputação” corresponde ao valor descontado dos ganhos futuros que serão perdidos em decorrência da reação ao descumprimento. O Brasil tem presenciado um número crescente de empresas preocupadas em relacionar a sua imagem às boas práticas da governança corporativa, notadamente por conta da mais valia que ditas ações conferem ao seu valor de mercado. Mecanismos de prevenção e de controle de riscos de fraudes e corrupção, como os programas de *compliance* (dever de cumprir, de estar em conformidade e fazer cumprir regulamentos externos e internos impostos às atividades organizacionais), passaram a ganhar visibilidade no ordenamento jurídico pátrio. Fernando Araújo aponta o capital de reputação como parte de um fenômeno mais amplo, denominado “capital social” e compreendido como uma aquisição cultural passível de ser veiculada pelas mais diversas formas e positivada por meio de normas sociais. Ao ser contextualizado na teoria do contrato, esse capital social abrangeria, segundo o autor, todos os elos de confiança dos quais dispõem as partes para colaborar, conceder reciprocamente crédito, voluntariamente honrar os compromissos necessários à manutenção desse crédito e superar as barreiras da pura motivação egoística, evidenciando as qualidades (de confiabilidade, de justiça) aptas a promoverem e sustentarem relações econômicas de longa duração independentemente do apoio jurídico (**Teoria econômica do...**, p.341). Na indústria do diamante, por exemplo, confiança e reputação têm um verdadeiro valor de mercado, sendo-lhe fundamental não apenas a importância atribuída a tais elementos nas transações comerciais, mas, sobretudo, em qual extensão ela é capaz de utilizar os vínculos social e de reputação como um baixo custo suficiente para criar um sistema de direito privado que proporcione a consumação da maior parte das transações e completa execução da maioria dos contratos, independentemente do sistema legal (BERNSTEIN, Lisa. **Opting out of the legal system: extralegal contractual relations in the diamond industry**. Journal of Legal Studies, vol. 21, n.1, jan 1992, pp.138-143).

elevado for o capital de reputação que estiver em jogo, quanto mais verdadeira for a ameaça de encerramento estratégico da relação contratual e quanto maior for a convicção de obrigatoriedade das partes em relação às normas sociais. O desenvolvimento dos incentivos da autodisciplina, porém, dependerá da estrutura do mercado e das alternativas que este fornece ao pretense inadimplente.³⁶³

Conforme se verá mais adiante, o recrudescimento das normas sociais e a sua preferencial utilização é também resultado da insuficiente arquitetura normativa para regular determinados setores de atividades, muitas vezes dominados por uma autorregulação exaustiva e autossuficiente. Como exemplo citam-se os setores de algodão³⁶⁴ e diamante nos EUA,³⁶⁵ que conseguiram sedimentar um quadro normativo completo a baixos custos de transação, com facilidade de acesso aos meios de resolução de conflitos, com baixos níveis de erro na adjudicação arbitral de recursos e certa solidez formalista na definição dos deveres básicos destinados a dissuadir a litigância e o recurso estratégico à arbitragem. A litigância perante o Judiciário entre membros de um mesmo setor ou associação, como o *New York Diamond Dealers Club* (DDC),³⁶⁶ já é, aliás, pouco

³⁶³ Bastante interessante é a experiência realizada por Dan Ariely, em conjunto com James Heyman, para explorar os efeitos das normas sociais e das normas de mercado. Eles apresentaram um círculo do lado esquerdo da tela do computador e um quadrado do lado direito, que funcionava da seguinte forma: ao arrastar o círculo, com o mouse do computador, até o quadrado, o círculo desaparecia da tela e surgia um novo círculo no ponto de partida. Aos participantes cabia arrastar tantos círculos quanto pudessem cuja contagem era realizada no intervalo de cinco minutos, quando então estaria concluída a tarefa. A avaliação do resultado do trabalho consistia no esforço dedicado pelos participantes, os quais foram divididos em três grupos: (i) o primeiro, composto por aqueles que receberiam \$5 para participar e, em tese, aplicariam as normas de mercado à situação, comportando-se de acordo com elas; (ii) o segundo, ao qual se aplicariam as mesmas regras do grupo anterior, porém, seus participantes receberiam o equivalente a \$0,50; (iii) o terceiro grupo, por sua vez, nada receberia de retribuição pelo esforço, cujo participantes atenderiam à mera solicitação de um favor, aplicando-se-lhes as normas sociais. O resultado foi o seguinte: (i) aqueles que receberam \$5 arrastaram em média 159 círculos; (ii) os que receberam \$0,50, em média 101 círculos; (iii) aqueles que nada receberam, arrastaram em média 168 círculos. A conclusão foi de que os participantes esforçaram-se mais sob as normas sociais, sem pagamento do que aqueles que receberam \$5, ou seja, houve mais empenho quando se trabalhou por uma causa do que por dinheiro (**Previsivelmente irracional: como as decisões do dia-a-dia influenciam as nossas decisões**. Tradução de Jussara Simões. Rio de Janeiro: Elsevier-Campus, 2008, pp.57-58).

³⁶⁴ SCHWARCZ, Steven L. **Private ordering**. *Northwestern University Law Review*, vol. 97, n.1, pp.319-350.

³⁶⁵ BERNSTEIN, Lisa. **Opting out of...**, pp.115-157. A indústria de diamante tem sistematicamente rejeitado o direito estatal, substituindo-o por um elaborado e interno conjunto de regras, aos quais se agregam distintas instituições e sanções para administrar disputas entre os membros do setor.

³⁶⁶ Considerado o maior e mais importante clube de empresários nos Estados Unidos, o Clube de Empresários de Diamante de Nova Iorque é composto por sócios, clientes, fabricantes, atacadistas e acionistas. Entre seus objetivos destacam-se o fornecimento, a manutenção e regulação de facilidades; o estímulo de princípios igualitários no comércio; o estabelecimento e a promoção de amplo padrão industrial de transparência; a oferta de tribunais arbitrais para adjudicar diferenças e controvérsias entre

interessante quando estão envolvidos segredos industriais a serem preservados, diante dos riscos de revelação que circundam uma determinada demanda judicial.

Saliente-se que os benefícios de pertencer às associações de determinado setor – benefícios de externalidades de rede, de economias de escala externas e até facilidades em acessar recursos comuns oriundos do vínculo associativo –,³⁶⁷ são tão elevados que a simples ameaça de ostracismo é, com frequência, suficiente para disciplinar de forma eficaz os membros e elidir entraves à cooperação, tornando-se despicienda a existência de sanções mais formais.

Todos esses fatores contribuem para a consolidação de tais instituições, notadamente aquelas que emitem informações certificadas, facilitando a intermediação entre membros do setor e entre estes e os consumidores, de modo a permitir, em negociações repetidas, a geração de uma reputação. São os contornos da autorregulação de um setor de atividade que assumem o perfil de uma verdadeira ordem jurídica privativa, capaz de gerar aos seus *players* inúmeros benefícios, a despeito de suas reconhecidas críticas.³⁶⁸

Isso não apenas enaltece decisivamente o papel da autodisciplina e do híbrido da remissão para as normas sociais em detrimento da importância tradicionalmente atribuída ao formalismo contratual, como retrata uma evolução teórica com relevantes implicações práticas e institucionais.

O estudo do ordenamento privado propiciado pelas normas sociais é um tributo primordial e inovador para a teoria do contrato de Edward L. Rubin, que se propõe no presente trabalho, e consiste no exame de fatores que afetam a colaboração livre entre sujeitos econômicos e da forma como estes espontaneamente aceitam a presença de remédios institucionais – contornando, por exemplo, eventual obstáculo de um dilema do

seus membros e terceiros; a disseminação de informações confiáveis e corretas, entre outros objetivos. Sobre esse fabuloso clube, cf.: <www.nyddc.com>. Acesso em: 16.05.2012.

³⁶⁷ No caso da indústria do diamante, a associação a clubes empresariais proporciona vantagens competitivas como vínculo essencial à rede mundial de distribuição de diamantes, como nos Estados Unidos, aonde aproximadamente 80% (oitenta por cento) dos diamantes brutos que chegam passa pelas mãos de um membro associado ao DDC.

³⁶⁸ George J. Stigler, por exemplo, sustenta que a análise do ordenamento privado apenas conferiu maior visibilidade e importância a redes de influências, há muito estabelecidas e operantes, atribuindo-lhe tão somente uma terminologia diferente, pois as explicações teóricas eram as mesmas que há muito serviram à análise dos fatores de estabilidade e instabilidade na concorrência oligopolística e na formação de cartéis (**A theory of oligopoly**. The Journal of Political Economy, Volume 72, Issue 1, feb. 1964, pp.44-61).

prisioneiro³⁶⁹ no início das relações contratuais duradouras, especialmente por meio de referência partilhada a normas sociais.

Essa é a razão pela qual as normas sociais de base setorial e os meios privados de resolução de litígios por elas propiciados costumam evidenciar maior rigidez do que as normas jurídicas com as quais concorrem. Ao pertencerem a um mesmo setor e reconhecerem as mesmas normas sociais de resolução de litígios, as partes já estão unidas por laços que dispensam muito do esforço de sedimentação da confiança bilateral. Rigidez e especificidade são características que tornam as normas sociais mais interessantes que as suas congêneres jurídicas, além de serem direcionadas a um universo que já é, por si mesmo, coeso e homogêneo, dispensando variantes e ressalvas.

Não se pode descurar, contudo, do proveito que o ordenamento privado pode e deve extrair da heterodisciplina, especialmente a judicial, cuja passividade ou ativismo dependerá, respectivamente: (i) da confiança depositada pela teoria contratual na capacidade de as partes estabelecerem uma autodisciplina mediante cobertura *ex ante* das contingências que afetam a onerosidade dos contratos³⁷⁰ ou de renegociações *ex post* a

³⁶⁹ COOPER, Russell; DEJONG, Douglas V., FORSYTHE, Robert e ROSS, Thomas W. **Communication in coordination games**. The Quarterly Journal of Economics, vol. 107, v. 2, may 1992, pp.739-771. O dilema dos prisioneiros retrata a teoria dos jogos que lida com qualquer situação em que a estratégia seja importante. De acordo com o dilema, no interrogatório de dois comparsas de um crime, cada prisioneiro, em local separado, tinha uma das três alternativas: confessar o crime, caguetar o comparsa ou negar a participação no crime. Se apenas um confessasse, seria libertado e o outro comparsa seria condenado por seis meses de prisão. Se ambos negassem a autoria, passariam apenas um mês por questões burocráticas. Se ambos confessassem seriam presos. Não há solução para o Dilema do Prisioneiro. De um ponto de vista de interesse puramente próprio (aquele que não toma em consideração os interesses do outro prisioneiro), é racional, para cada prisioneiro, confessar — e se cada um fizer o que é racional do ponto de vista do interesse próprio, ficarão ambos em pior situação do que ficariam se tivessem escolhido de outro modo. O dilema prova que quando cada um, individualmente, escolhe aquilo que é do seu interesse próprio, pode ficar pior do que se tivesse sido feita uma escolha à luz do interesse coletivo.

³⁷⁰ Após uma pesquisa conduzida pelo Programa de Estudos dos Negócios do Sistema Agroindustrial (PENSA) da Universidade de São Paulo (USP), em 2005, para o caso que se convencionou chamar de “soja verde”, comprovou-se empiricamente que a revisão judicial de contratos agrários no Estado de Goiás dificultava o financiamento da safra no ano subsequente para os agricultores daquela localidade. O benefício daqueles agricultores que ingressaram em juízo logo após inesperada valorização da soja (e lograram êxito sob o fundamento do princípio da função social) foi prejudicialmente contrabalançado pelo prejuízo do resto da coletividade que atuava naquele mercado de plantio de soja. Isso porque algumas culturas, como a soja, eram financiadas, em muitos casos, com capital privado de negociadores (*traders*), que faziam a compra antecipada da produção, com o pagamento imediato ao produtor, o qual, por sua vez, capitalizava-se para o plantio. No ano seguinte, esse mesmo agricultor, que já havia computado seu lucro no preço de venda antecipada, entregava o produto aos *trades*. A consequência coletiva disso foi a de que todos os outros agricultores que não haviam ingressado com ações foram prejudicados, pois a confiança dos *traders* ficou abalada de modo que não mais tinham interesse em fazer a operação de compra antecipada do produto diante do flagrante risco de prejuízo. Se o preço da soja, no ano seguinte ao contrato, fosse inferior ao pactuado, eles arcariam com a perda e, se o preço fosse mais elevado, os produtores ingressariam com ações para não cumprir o contrato. Esse episódio foi objeto de tese de

baixo custo; (ii) da convicção de que as limitações cognitivas e racionais ao alinhamento de incentivos *ex ante* ou à renegociação *ex post* afetam a capacidade negocial e autodisciplinadora das partes.

Em outras palavras, a autodisciplina e a heterodisciplina judicial completam-se,³⁷¹ pois são sucedâneos na procura, de modo que o aumento dos custos de acesso aos tribunais

doutoramento intitulada “*Pacta Sunt Servanda? Quebra dos Contratos de Soja Verde*” da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade (FEA) da USP, de Christiane Leles REZENDE, por meio da qual demonstrou, com análise descritiva e econométrica de decisões judiciais do Estado de Goiás e pesquisa quantitativa de produtores rurais, que o ambiente institucional deficiente eleva custos de transação e reduz o desenvolvimento econômico.

³⁷¹ O ordenamento privado remonta à Europa Medieval, com a associação de comerciantes, como “[...] *response to a fundamental problem of economic relationships: how to secure the commitment of trading partners in order to make rational the decision to entrust goods or payment to others removed in time and space... Over time, the merchant guilds were opened up to competition and the creation and administration of commercial law became a function of emerging nation states. We clearly do not want a return to the merchant guilds of yore, but we should consider one of the lessons they taught: the power to coerce compliance with a legal regime can be decoupled from the function of designing and administering the system according to which that power will be exercised. The medieval merchants possessed the knowledge and the flexibility to design a set of commercially sensible rules that supported trading relationships and expanded the scope of trade. But the merchants, by themselves, did not have sufficient power to put these rules into effect beyond the limits of local communities and local reputation. Local rulers possessed the power to enforce, but not the knowledge (or, perhaps, the inclination) to develop the rules governing the use of their power in the service of expanded trade... The high cost of commercial law is a structural problem. It has its roots in the monopoly exercised by the state over the administration of coercive dispute resolution. But whereas the state, for reasons of democratic legitimacy, must play the ultimate role in developing and administering law governing the lives and relationships of its citizens, private entities could play a much larger role in providing the legal regimes governing corporate-to-corporate commercial dealings. By privatizing aspects of the corporate-commercial legal regime, we could gain the benefits of decentralized innovation and cost-reduction in the design of legal rules and, more generally, the design of commitment systems that incorporate legal rules in combination with reputational, technological, and organizational mechanisms. Privatization holds out the promise of reducing the cost and increasing the effectiveness of commercial law; it may also provide needed evidence of how we might reduce the cost of law in the public sphere*” (HADFIELD, Gillian k. **Privatizing commercial law**. Regulation Magazine, vol. 24, n. 1, Spring 2001, pp.41, 42 e 45). Tradução livre: “[...] resposta a um problema fundamental das relações econômicas: como assegurar o compromisso dos parceiros empresariais para tomar a racional decisão de confiar a terceiros distantes em tempo e espaço... Ao longo do tempo, as associações de comerciantes foram abertas à concorrência e a criação e administração do direito comercial tornou-se uma função de Estados emergentes. Nós claramente não desejamos retornar às associações de comerciantes do passado, mas devemos considerar uma das lições que eles nos ensinaram: o poder para coagir o cumprimento de um regime legal pode estar dissociado da função de desenhar e administrar o sistema de acordo com aquele poder que será exercido. Os mercadores medievais possuíam o conhecimento e a flexibilidade para projetar um conjunto de regras comercialmente sensatas que suportasse as relações comerciais e ampliassem o âmbito do comércio. Mas os comerciantes, por si sós, não tinham poder suficiente para tornar eficazes tais regras para além dos limites das comunidades e reputação local. Governantes locais possuíam o poder de impor, mas não o conhecimento (ou, talvez, a inclinação) para desenvolver as regras que regem o uso do seu poder a serviço da expansão do comércio... O alto custo do direito comercial é um problema estrutural. Tem suas raízes no monopólio exercido pelo Estado sobre a administração coercitiva de resolução de litígios. Mas considerando que o Estado, por razões de legitimidade democrática, deve desempenhar o papel final em desenvolver e administrar a lei que rege a vida e os relacionamentos de seus cidadãos, entidades privadas poderiam desempenhar um papel muito maior em fornecer regimes jurídicos que regulam transações comerciais corporativas para empresas. Ao privatizar aspectos do regime jurídico das empresas

incrementará o recurso a mecanismos de autodisciplina e vice-versa, embora sejam complementos na oferta, reforçando-se mutuamente.³⁷²

2.2.2 O papel das instituições nos países em desenvolvimento a partir de uma leitura

Tradicionalmente sob a ótica da NEI, definem-se instituições como regras do jogo de uma sociedade ou organização que, de certa forma, estruturam incentivos às trocas humanas, sejam de natureza política, social ou econômica.³⁷³ Podem ser classificadas em formais, tais como as normas jurídicas, ou informais, a exemplo de convenções e códigos de conduta; criadas, como a Constituição dos Estados Unidos, ou fruto da evolução natural, cujo maior exemplo é a *common law*.³⁷⁴

Para explicar o funcionamento das instituições, Douglass Cecil North estabelece uma analogia com as regras do jogo de uma determinada competição, compostas por normas escritas e códigos de conduta não escritos que respaldam e complementam regras formais (ex., não prejudicar deliberadamente o jogador chave da equipe contrária). No entanto, as referidas regras e códigos informais às vezes são violados, e a punição é aplicada. Uma parte essencial das instituições, assim, é o custo de averiguar violações e a severidade da punição.³⁷⁵

Na analogia apresentada, o conjunto de regras formais e informais e o tipo e eficácia da execução formam o perfil inteiro do jogo. Alguns times são bem sucedidos pela

comerciais, nós poderíamos ganhar os benefícios da inovação descentralizada e redução de custos na concepção de regras legais e, mais genericamente, o desenho de sistemas de compromisso que incorporem regras legais combinadas com mecanismos de reputação, tecnológicos e organizacionais. Privatização assegura a promessa de reduzir os custos e aumentar a eficácia do direito comercial; também proporciona evidência necessária de como nós podemos reduzir o custo do direito na esfera pública”.

³⁷² Ao abordar a *lex mercatoria*, Berthold Goldman registra a presença do Estado, pela via legislativa ou judicial, no seu duplo papel: ora como barreira, ora como complemento essencial ao adequado funcionamento do sistema da *lex mercatoria*. Falhando ou sendo insuficiente o sistema mercatório, resta recorrer ao direito estatal, do qual os agentes econômicos desejam escapar (GOLDMAN, Berthold. **Frontières du droit...**, p.192).

³⁷³ Nas palavras de Douglass Cecil North: “*Institutions are the humanly devised constraints that structure human interaction. They are made up of formal constraints (e. g., rules, laws, constitutions), informal constraints (e. g., norms of behavior, conventions, self-imposed codes of conduct), and their enforcement characteristics. Together they define the incentive structure of societies and specifically economies*” (**Economic performance through...**, p.360). Tradução livre: “As instituições são os constrangimentos humanamente planejados que estruturam a interação humana. Elas são feitas de restrições formais (por exemplo, regras, leis constituições), informais (por exemplo, normas de comportamento, convenções, códigos de conduta) e suas características de execução. Juntas, elas definem a estrutura de incentivos das sociedades e, especificamente, as economias”.

³⁷⁴ NORTH, Douglass Cecil. **Institutions, institutional change...**, p.4

³⁷⁵ NORTH, Douglass Cecil. **Institutions**. Journal of Economic Perspectives, vol. 5, n. 1, Winter 1991, pp.97-112.

reputação de constantemente violar regras e, assim, intimidar o time opositor. Contudo, dependerá da eficácia de monitoramento e severidade da punição para que tal estratégia possa efetivamente vingar. Alguns códigos de conduta, que contêm bom espírito esportivo, constroem jogadores, mesmo que eles possam escapar com violações bem sucedidas.

Conceitualmente, o que tem que estar claramente diferenciado são as regras dos jogadores, as quais definem os contornos da partida a ser jogada. E o objetivo do time é ganhar o jogo dentro das regras estabelecidas, como resultado de uma combinação de habilidades, estratégias e coordenação, valendo-se de meios justos ou não. Delinear as estratégias e as habilidades do time e identificar a sua desenvoltura constituem um processo distinto daquele que modela a criação, evolução e as consequências das regras.

Transpondo-se essa ideia para a presente análise, constata-se que as organizações, como empresas, são grupos de indivíduos que se comprometem por alguns propósitos comuns para alcançar seus objetivos. Modelar organizações significa analisar estruturas de governança, cujos contornos determinarão o sucesso ao longo do tempo. Isso evidencia que tanto o surgimento quanto a evolução das organizações são fundamentalmente influenciados pela ferramenta institucional. Em contrapartida, as organizações influenciam como essa ferramenta evolui.³⁷⁶

Separar a análise das regras subjacentes daquela referente à estratégia dos jogadores é pré-requisito para construir a teoria das instituições. Além disso, conceituar instituições como restrições que os seres humanos impõem a si mesmos³⁷⁷ faz a definição complementar à escolha teórica aproximar-se da teoria econômica.

A construção de uma teoria das instituições sobre a constituição das escolhas individuais constitui, assim, um passo em direção à reconciliação das diferenças existentes entre a teoria econômica e outras ciências sociais.³⁷⁸ Essa aproximação da escolha teórica é

³⁷⁶ Brian van Arkadie aponta logo no início de seu artigo *“The role of institutions in development”* que economistas interpretam instituições pelo menos em dois sentidos, quais sejam, regras do jogo ou organizações (**The role of institutions in development**. Proceedings of the World Bank annual Conference on Development Economics 1989. The International Bank for Reconstruction and Development. Washington, D.C. World Bank, 1990, pp.153-175).

³⁷⁷ Oportuno salientar o entendimento de Elinor Ostrom, para quem as instituições podem ter como referência as regras, as quais têm duas dimensões que não podem ser negligenciadas, a saber: (i) as regras são configuracionais, ou seja, não têm sentido algum isoladamente, dependendo da configuração do ambiente no qual estão inseridas; (ii) as regras não afetam diretamente o comportamento humano, mas a estrutura de uma situação, isto é, as regras delimitam um conjunto de resultados possíveis (**An agenda for the study of institutions**. Public Choice 48, 1986, pp.5-7).

³⁷⁸ Ao tecer críticas às teorias tradicionais do interesse público e à teoria econômica que concebe regulação como um serviço aos grupos políticos de interesse, Richard A. Posner noticia que “[...] nenhuma teoria

fundamental na medida em que a teoria do comportamento humano revela-se imprescindível ao estudo do conjunto potencialmente testável de hipóteses. Sintetizando, a integração da análise das instituições a uma teoria econômica é a chave para os respectivos melhoramentos.

Os questionamentos, assim, passam a ser suscitados em torno de quais seriam essas instituições que proporcionariam o almejado desenvolvimento econômico já que as diferenças entre ricos e pobres continuam a aumentar.

Tanto as Nações Unidas quanto o Banco Mundial concentraram seus estudos sobre as causas da pobreza dos povos e das desigualdades, cujo principal foco de análise foi a questão das instituições.³⁷⁹ Na oportunidade, passou-se a reivindicar a adoção de um paradigma de desenvolvimento mais centrado no ser humano e com iguais oportunidades e capacidades, buscando-se a construção de novas formas de articulação entre essas diferentes esferas destinadas especialmente a países de terceiro mundo.

Ocorre que há várias circunstâncias variáveis em torno da definição de instituições e respectivas conexões com o desenvolvimento, cujo tema tem sido objeto de estudo e crítica por diversos autores, entre os quais os economistas Dani Rodrik³⁸⁰ e Ha-Joon

foi refinada até o ponto em que ela poderia gerar hipóteses suficientemente precisas para serem verificadas empiricamente. Entretanto, o sucesso da teoria econômica em iluminar outras áreas, entre aquelas que não tratam do comportamento de mercado, permite ser um pouco otimista sobre a possibilidade de que a teoria econômica irá posteriormente tomar forma: o pressuposto geral da economia, que comportamento humano pode ser compreendido como uma resposta de seres racionais individualistas ao meio ambiente, deve ter ampla aplicação no processo político” [**Teorias da regulação econômica**. Tradução de Mariana Mota Prado. In: MATTOS, Paulo (coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: Editora 34, 2004, p.74].

³⁷⁹ KRISHNA, A.; SHRADER, E. **Social capital assessment tool**. Paper prepared for the Conference on Social Capital and Poverty Reduction, Washington D. C., 1999. Disponível em: <wbIn0018.worldbank.org>. Acesso em: 12.06.2012.

³⁸⁰ Entre as célebres obras, destaca-se a “*One Economics, Many Recipes: Globalization, Institutions, and Economic Growth*”, na qual Dani Rodrik traz reflexões sobre como países pobres tornam-se ricos sem seguir o exemplo de seus antecessores, mas, pelo contrário, superando suas próprias limitações altamente específicas. Enquanto a globalização econômica pode ser a salvação para países que estão tentando emergir e sair da pobreza, o sucesso geralmente exige que as políticas observem o que está ajustado para as realidades políticas e econômicas locais, em vez de obedecer aos ditames estabelecidos pela globalização internacional. Como a China cresceu tão rapidamente apesar da ausência de direitos de propriedade privada? O que aconteceu na Índia, após o início dos anos 80 para mais que dobrar sua taxa de crescimento? Como Botswana e Mauritius evitaram os problemas em face dos quais outros países africanos sucumbiram? Como Indonésia conseguiu crescer mais de três décadas, apesar da fragilidade de suas instituições e das políticas microeconômicas distorcidas, vindo a sofrer colapso depois de 1997? São alguns dos mais importantes enigmas do crescimento na atualidade.

Chang.³⁸¹ Um das razões deve-se à diversidade de perspectivas conceituais para a palavra “instituições”³⁸² e respectivas formas e funções, de modo que inexistente, senão inviável, consenso doutrinário sobre esses assuntos.

Outro ponto refere-se à pretensão de a literatura ortodoxa atual sobre instituições e desenvolvimento econômico fixar “instituições de padrão global”, geralmente anglo-americanas, a serem adotadas por outros países que desejam sobreviver num mundo globalizado.³⁸³ Como uma “prescrição médica”, são receitadas formas particulares de instituições progressivamente impostas, tais como democracia política, Judiciário independente, regime de regulação financeira que estimule prudência e estabilidade, um sistema de governança corporativa orientado por acionistas, um bom sistema de direitos de propriedade etc.³⁸⁴ Qualquer proposta nesse sentido deveria não apenas considerar o conhecimento empírico das diversas formas de instituições que desempenham funções similares em diferentes contextos, como também possuir no mínimo uma sugestão concreta.

A ênfase aos direitos de propriedade dada pela atual vertente teórica igualmente deixa a desejar à medida que a relação entre propriedade de direitos e desenvolvimento

³⁸¹ Merece destaque o *paper* intitulado “*Understanding the relationship between institutions and economic development: some key theoretical issues*”, publicado em 2006 na UNU World Institute for Development Economics Research.

³⁸² Sobre o pluralismo conceitual, cf.: SZTAJN, Rachel e AGUIRRE, Basília. **Mudanças institucionais**. In: ZYLBERSZTAIN, Décio e SZTAJN, Rachel (Org.). *Direito e economia: análise econômica do Direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, pp.228-234; e Elinor OSTROM. **An agenda for the study of institutions**. *Public Choice* 48, 1986, pp.3-25.

³⁸³ Ao abordar a interface entre Direito e Economia, Fábio Tokars ressalta a necessidade de uma metodologia inversa àquela utilizada originalmente nos países de tradição consuetudinária, ou seja: “Ao invés de partirmos da análise focalizada nos custos de transação dos fatos jurídicos para construirmos digressões que permitam a renovação de standards, devemos focar em princípios constitucionais centrais, para então aos mesmos aplicar uma hermenêutica próxima da economia, que autorize uma releitura de fatos jurídicos específicos” (**Aplicação da análise econômica do Direito exige adaptação ao sistema brasileiro**. Publicado em 30.08.2007. Disponível em: <www.bmfbovespa.com.br>. Acesso em: 03.10.2012). Nesse contexto, o ponto de partida serão as leis, pesquisando, por exemplo, o impacto negativo derivado do emaranhado de normas referentes às formalidades para a constituição de uma empresa; a oneração na constituição de novas unidades negociais, decorrente de normas que elevam exageradamente os riscos envolvidos em operações de compra e venda de estabelecimentos empresariais; o evidente desincentivo ao empreendedorismo, derivado da incompreensão das regras previsoras da limitação da responsabilidade de sócios de sociedades limitadas; e os impactos econômicos gerados pela aplicação das legislações tributária e trabalhista, notadamente. Essa a razão pela qual são necessários cinco brasileiros para cada um norte-americano (STEFANO, Fabiane e MAIA JUNIOR, Humberto. **Agora vem a parte mais difícil. O trabalhador brasileiro em média gera um quinto da riqueza gerada pelo americano. Para se tornar uma nação rica, o Brasil precisa aprender a produzir com mais eficiência**. Revista Exame, edição 1025, ano 46, n. 19, 03.10.2012, São Paulo: Editora Abril, pp.34-46).

³⁸⁴ CHANG, Ha-Joon. **Understanding the relationship between institutions and economic development: some key theoretical issues**. Discussion Paper n. 2006/05. UNU World Institute for Development Economics Research. Helsinki, Finland, p.04.

econômico sofre uma série de problemas conceituais, teóricos e empíricos.³⁸⁵ De início, a complexidade de sua composição (direito da terra, leis de planejamento urbano, contrato, falência, direito de propriedade intelectual, entre outros), aliada à impossibilidade de agregar todos os seus elementos em um único indicador mensurável – de modo que resultados de pesquisas tornam-se vulneráveis e influenciados –, fragiliza o discurso ortodoxo sobre direitos de propriedade.

No tocante às formas de direitos de propriedade reconhecidas, são bastante restritas, ignorando outras de mesma relevância, cuja ausência nem por isso implica a tragédia dos comuns ou baldios³⁸⁶ de Garret Hardin, como a literatura sobre gestão coletiva de bens comuns na economia ambiental e sobre *softwares* livres na internet.

Em relação à superioridade atribuída aos direitos privados pela literatura ortodoxa sob o argumento de que os incentivos adequados para um bom desempenho devem ser privados e predominantemente materialistas, há autores que a questionam, como David P. Ellerman, segundo o qual:

*If a knowledge-based development organization wants to promote the one best way of reforming or changing certain institutions (say, the “best” model of fighting corruption or the best form of privatization), it should be willing to share the source of that knowledge, to promote experiments in the country to corroborate the hypothesis or to validate a local adaptation, and to encourage horizontal cross-learning from similar experiments documented in the organization’s knowledge management system—all before the reform is accepted as a blueprint for the country as a whole.*³⁸⁷

³⁸⁵ CHANG, Ha-Joon. **Understanding the relationship...**, pp.7-11.

³⁸⁶ Cf. nota 344 supra.

³⁸⁷ **Helping people help themselves: autonomy compatible assistance.** OED Working Paper Series, n.7, Washington, D.C., The World Bank, Summer 2000, p.29. Tradução livre: “Se uma organização de desenvolvimento baseada em conhecimento quer promover o melhor caminho de reforma ou mudança de certas instituições (digo, o “melhor” modelo de luta contra a corrupção ou a melhor forma de privatização), deve estar disposta a compartilhar a fonte desse conhecimento, promover experiências no país para corroborar a hipótese ou validar uma adaptação local, e incentivar uma aprendizagem horizontal cruzada de experimentos semelhantes documentados no sistema de gestão de conhecimento da organização — tudo isso antes da reforma é aceito como um modelo para o país como um todo”.

Amitai Etzioni aponta, no mesmo sentido, que sociedades com regime e instituições extremamente ineficientes e não racionais subsistiram por décadas, como a burocrática Soviética.³⁸⁸

Na recente experiência norteamericana, empresas estatais voltaram a ganhar destaque no cenário nacional com a crise imobiliária que se instalou no final de 2008, tornando-se responsáveis por investimentos capazes de impulsionar o desenvolvimento do país,³⁸⁹ o que também afasta empiricamente a superioridade dos direitos de propriedade.

Ainda no campo dos direitos privados, a relação existente entre a força destes e o desenvolvimento econômico tem sido desmistificada, pois a proteção de determinado direito de propriedade poderá ensejar reflexos positivos ou não, dependendo das mudanças na tecnologia de base, na população, no poder político ou mesmo nas ideologias.

As reformas agrárias no Japão, na Coreia do Sul e em Taiwan,³⁹⁰ após a Segunda Guerra Mundial, embora tenham violado direitos de propriedade dos donos de terra, contribuíram significativamente para o desenvolvimento desses países, evidenciando que a ofensa a tais direitos foi benéfica sob a ótica do desenvolvimento econômico.

Otimizar os direitos de propriedade, transferindo a sua titularidade a quem melhor faça uso deles: esse é o ponto sobre o qual a atual vertente teórica deixou de se debruçar.³⁹¹ A lógica desse raciocínio fica evidenciada no âmbito falimentar, posto que, uma vez atestada a incompetência na administração de determinada empresa com a decretação da falência, há de se criar condições aptas a transferir a titularidade dos direitos de sua propriedade – por meio do *trespasse* – a quem tem melhores condições de geri-la, sem que para isso seja necessário carregar consigo os prejuízos resultantes da má gestão anterior.

Da mesma maneira, tradições e instituições, contrariamente ao preconizado pela literatura ortodoxa, não são imutáveis, transformando-se de forma constante, a exemplo do milagre econômico da China. Essas alterações institucionais e culturais não apenas influenciam o desenvolvimento econômico e vice-versa, numa complexa cadeia de causalidade, como também modelam a evolução do caminho percorrido pelas sociedades

³⁸⁸ ETZIONI, Amitai. **The moral dimension**. New York: The Free Press, 1988, p.180.

³⁸⁹ Segundo relatório do próprio governo norteamericano, as estatais inovaram tanto quanto as melhores empresas privadas (PEREZ, Fabíola. **Investimento estatal salva até ricos**. ISTOÉ Economia e Negócios, Edição nº 2221, 01.06.12. Disponível em: <www.istoe.com.br>. Acesso em: 01.07.2012).

³⁹⁰ STEDILE, João Pedro. **A luta pela reforma agrária: os desafios de toda sociedade**. Revista ADUSP, n. 10, São Paulo, junho 1997, pp.30-35.

³⁹¹ CHANG, Ha-Joon. **Understanding the relationship...**, p.10.

por meio do tempo, sendo a chave para a compreensão das mudanças históricas. Logo, a suposta necessidade de imitação e importação de instituições de países desenvolvidos tem sido diuturnamente negada diante da capacidade apresentada por países emergentes de enfrentar a atual crise iniciada em 2008 nos Estados Unidos.

Isso não significa dizer que as experiências de outros países devam ser ignoradas, mas não podem ser um fim em si mesmo. Em outras palavras, a aplicação não pode ser estrita e rígida, mas adaptada às finalidades e características de determinada sociedade. A eficiência institucional, assim, deve ser analisada dentro de uma perspectiva histórica e por meio de uma análise comparativa.

Reconhecer as falhas da atual literatura ortodoxa sobre a relação entre instituições e desenvolvimento econômico é o primeiro passo para a construção de uma adequada teoria das instituições, que contemple as variáveis anteriormente mencionadas. Esse desenho institucional nada mais é do que reflexo da diversidade e constante mutação do comportamento humano, cuja integração à teoria econômica, repise-se, é chave para a sua evolução e explicação de fenômenos econômicos.

2.2.3 A insuficiência da arquitetura normativa para regular as relações empresariais como estímulo à utilização preferencial de normas sociais

A relação entre prática consuetudinária e sistema jurídico positivo, histórica e sociologicamente, constitui uma via de mão dupla. Aquele precede este, contudo, a subsistência de uma ordem privada de autorregulação contratual resulta principalmente das disfunções do quadro normativo vigente, como uma reação ao *rent-seeking*, aleatoriedade, aos atrasos, erros, custos, que aquele quadro consente ou propicia no aparelho administrativo e judiciário. Essa reação pode ser tanto generalizada como limitada a um determinado setor de atividade, sendo neste último o campo fértil das normas sociais, as quais, evidenciando a plenitude de suas virtudes, afloram como alternativas coesas e simplificadoras, moldadas pela atenção às especificidades do respectivo setor, que reclama por uma agilidade pragmática.

Ainda que as normas sociais sejam, na sua grande maioria, resultados de uma formação espontânea, difusa e desestruturada, tais normas não passam de uma resposta à insuficiência da arquitetura normativa e sua respectiva aplicação para regular as relações

negociais, cuja deficiência compromete os interesses dos agentes econômicos, não restando a estes outra opção senão buscar alternativas.

A fragilidade na disciplina contratual distorce os incentivos, desvaloriza os direitos de propriedade e, dadas as divergências entre incentivos *ex ante* e *ex post* para investir, tende a resultar em parques investimentos, mormente aqueles irrecuperáveis como os de confiança, o que implicará a inadequação do contrato *ex post*, expondo-o ao oportunismo.

As deficiências da heterodisciplina resultam não apenas da arquitetura normativa, mas também das limitações da aplicação judiciária, muitas vezes decorrentes das anomalias estruturais do funcionamento dos tribunais ou, mesmo, da assimetria informativa que os comete, dado que as partes apresentarão apenas as informações que lhes proporcione o êxito da causa. Um sistema normativo poderá fornecer, ainda, soluções gerais e abstratas que não se coadunam com as específicas necessidades do setor econômico.

Esses são alguns dos motivos pelos quais a ascensão das normas sociais seja em larga medida a dos meios alternativos de resolução de conflitos, manifestada geralmente dentro de uma sinergia que assume várias formas, entre as quais a do *soft law*.³⁹² A recorrente utilização de normas sociais torna mais evidente às partes contratantes de que tanto a lei quanto a jurisdição poderão constituir um obstáculo às suas finalidades genuínas, compartilhadas por ocasião do pacto inicial. Isso repercute também na confiança que alicerça os investimentos por conta do cumprimento e na racionalidade que respalda o planejamento estratégico das condutas.

Inegável, assim, que, na área dos contratos, a disciplina legal seja supletiva, senão subsidiária, da autotutela informal, a qual decorre da autonomia alcançada pela subordinação ao quadro disciplinador e sancionatório extrajurídico, obtido pelo consenso de formas associativas criadas por interesses comuns ou por redes de influências (como nos setores de alodão e diamante dos EUA, já mencionados).

Adicione-se que a autodisciplina contratual, na sua informalidade, tem sido a resposta adequada àquelas situações em que as partes desejam conferir agilidade a alguns efeitos negociais, sem se preocupar com normas ou o preenchimento de requisitos formais de qualquer tipo de contrato. São práticas relativamente abundantes e que resultam muitas

³⁹² O *soft law* diz respeito a instrumentos "quase-legais" porque, ou não têm caráter juridicamente vinculativo, ou são desprovidas de caráter obrigatório, próprio de leis tradicionais. São exemplos códigos de ética ou conduta e planos de ação como a Agenda 21 no direito ambiental.

vezes de usos do comércio e de normas setoriais, cujo quadro sancionatório extrajurídico é suficiente para assegurar que os compromissos sejam honrados (como mecanismos de reputação ou retaliação por parte de parceiros comerciais e fatores de inelasticidade negocial afetos ao setor).³⁹³

A negociação minuciosa envolve custos de transação, notadamente o de oportunidade, por conta do tempo que se lhe deve dedicar, além da possível degeneração da confiança em virtude da excessiva invocação de direitos, o que poderá sinalizar a vontade de sujeição à heterotutela como remédio para a falta de confiança e de intenção cooperante.

No campo internacional, a informalidade e o inacabamento contratual são de extrema relevância, dada a escassa e a incipiente heterodisciplina judicial e normativa disponível, abrindo-se espaço aos mecanismos de autodisciplina, de confiança e de formação reputacional.

A sinergia entre o jurídico e o extrajurídico, tão enfatizada pela abordagem relacional de Ian R. Macneil,³⁹⁴ pode ser então uma opção de racionalidade econômica ao oportunizar às partes uma disciplina bilateral que lhes permita reduzir custos de acesso à heterodisciplina judicial. Para tanto, costuma-se eleger meios alternativos de resolução de controvérsias isentos das formalidades processuais e dos custos de litigância inerentes ao Judiciário, como morosidade³⁹⁵ e margem de erro judiciário (por exemplo, reportando-se as partes, na cláusula compromissória, às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada), sem formalmente prescindir do Judiciário quando necessário. Essa simbiose pode ser ditada pelo inacabamento deliberado do contrato, resultante de uma

³⁹³ ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do...**, p.346.

³⁹⁴ Excelente trabalho sobre o tema é a obra de Ronaldo Porto Macedo Jr. Intitulada “Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor”, um trabalho de teoria do direito de base sociológica, que oferece uma análise das práticas contratuais no seu real contexto sociológico, com todos os elementos que são próprios e necessários ao funcionamento do mercado - quais sejam, relações de poder, valores sociais e custos de transação -, voltada para o direito do consumidor, valendo-se do modelo relacional como ferramenta para a compreensão dos contratos de consumo.

³⁹⁵ Dário Moura Vicente destaca que a proliferação dos meios extrajudiciais de resolução de controvérsias constitui “uma consequência da crise das instituições judiciárias do Estado: dadas a morosidade e a onerosidade dos processos que correm termos perante os tribunais do Estado, a composição de litígios num lapso de tempo razoável e em termos economicamente eficientes reclama em alguma medida o reconhecimento aos particulares da possibilidade de recorrerem a meios extrajudiciais a fim de obterem tutela efetiva para os seus direitos. Aos próprios Estados interessará desviar dos tribunais judiciais uma parte do contencioso que lhes era tradicionalmente cometido, por forma a descongestioná-los e a reduzir a parcela dos custos da administração da justiça suportada pelo erário público” (**Meios extrajudiciais de composição de litígios emergentes do comércio eletrônico**. Revista Brasileira de Arbitragem, n. 5, jan-mar 2005, Porto Alegre: Síntese, Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem, p.69).

ponderação de custo-benefício, limitando a expressa estipulação no contrato àqueles deveres cujo cumprimento seja observável e verificável.

A análise econômica rende-se, uma vez mais, à evidência de que são os custos de transação determinantes das soluções comportamentais, pois, na sua ausência, certamente não existiriam razões para a distinção entre contratos simples e complexos, tampouco estratégias como a do inacabamento contratual seriam necessárias. A presença de custos de transação altera essas proposições e oferta soluções simplificadoras e ágeis, de informalidade ou remissão às normas sociais, à luz dos interesses das partes, assegurando-se o alinhamento de suas condutas.

São os incentivos, em suma, que despertaram especial atenção dos agentes econômicos pelas normas sociais como bases de ordenamentos privados, os quais são vistos como soluções eficientes de regulação alternativa de determinados setores de atividades. Os referidos ordenamentos privados compreendem desde a mais sofisticada e explícita estruturação de *soft law* até as desestruturadas regras de relacionamentos, sendo o contrato sua principal mola propulsora.

2.2.4 Vetores de funcionamento: peculiaridades e o impacto na dinâmica do contrato empresarial

A teoria geral dos contratos aliada ao ideal do livre mercado tem por finalidade o alcance de maior objetivação nas relações empresariais, por intermédio da atribuição de maior responsabilidade a uma das partes como estímulo à contratação. Para tanto, pressupõe a despersonalização do contrato na medida em que o direito dos contratos, afetado por imposições de ordem pública e pela padronização de conteúdo, constitui permissão jurídica para uso de faculdades humanas concedidas pelas normas jurídicas, destinadas à preservação do mercado e redução dos custos de transação.

Esse regime especial congrega não apenas certos elementos da dogmática clássica contratual, mas também aqueles reconhecidos pela NEI, sob um prisma de individualismo metodológico.

Desta feita, entre os conceitos essenciais trazidos pela doutrina contratual, cabe menção ao ensinamento de Eros Roberto Grau, segundo o qual: “Todo contrato

instrumenta a juridicização de uma ou mais relações negociais travadas entre as partes que dele participam e por ele se obrigam”.³⁹⁶

Importante notar que o vínculo contratual (jurídico) instala uma situação de certeza, segurança jurídica e previsibilidade, de modo a ser apto a gerar responsabilidades. Isso autoriza a qualquer uma das partes prejudicadas acionar as vias jurídicas adequadas no caso de inadimplemento das avenças contratadas, de forma a viabilizar o azeitamento das relações empresariais.

A busca por essa certeza jurídica, ou ainda, por maior previsibilidade nas condutas dos agentes, estimula as partes a perquirirem o vínculo contratual. Deve-se lembrar, contudo, que o contrato não constitui instituto jurídico uno, mas um feixe de institutos jurídicos.³⁹⁷

Ademais, os contratos empresariais requerem categoria unitária e autônoma de análise e implementação, mediante identificação de traços próprios de regência retirados da lógica funcional do direito comercial,³⁹⁸ cujos vetores não reconhecem suficiência no âmbito da dogmática contratual clássica, demandando vetores próprios, alguns dos quais merecem destaque.

Nesse contexto, deve-se inicialmente realçar o elemento caracterizador das relações contratuais mercantis, a saber, o escopo de lucro verificado pelos agentes no âmbito de suas relações econômicas, os quais acreditam que seus interesses serão satisfeitos.³⁹⁹

Por consequência, como ninguém contrata sem uma finalidade, ou seja, pelo mero prazer de trocar declarações de vontade, extrai-se que todo negócio pressupõe uma função econômica, satisfeita no curso de sua execução de modo a concretizar a circulação dos bens e serviços pretendidos pelas partes.

Surge, então, a razão dos custos de transação, já definidos anteriormente como aqueles nos quais as partes deverão incorrer para a contratação de terceiros, em cuja escolha propõe-se a criação de mecanismos de redução de tais custos.

³⁹⁶ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 6.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001, p.15.

³⁹⁷ *Id. Ibid.*, p.16

³⁹⁸ Importante salientar que o Direito de Empresa não sucumbiu mediante unificação do Direito Privado, preservando-se suas peculiaridades, de modo que não está restrito à disciplina do Código Civil (RIBEIRO, Marcia Carla e GALESKI JR., Irineu. **Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p.15).

³⁹⁹ FORGIONI, Paula A. **Teoria geral dos contratos empresariais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.57.

Outro importante vetor orientador dos contratos empresariais encontra guarida na confiança, ou legítima expectativa de conduta, na medida em que os custos de transação tendem a se reduzirem em mercados nos quais os agentes econômicos confiam no comportamento uns dos outros. A boa-fé objetiva,⁴⁰⁰ que da mesma forma se confunde com o comportamento esperado do homem ativo e probo, vem ao encontro dos preceitos ditados pela confiança, de modo a contribuir sobremaneira para a política de redução de custos no âmbito das relações contratuais.⁴⁰¹ Estas, por sua vez, são firmadas entre agentes racionais maximizadores que tomam suas decisões segundo interesses próprios. Tal racionalidade, contudo, suscita outro problema, objeto de discussão da teoria dos contratos e do princípio do *pacta sunt servanda*, qual seja, o comportamento oportunístico dos indivíduos.

No mesmo sentido, a ideia de racionalidade limitada, segundo a qual “a parte não possui todas as informações existentes sobre a outra, sobre o futuro e sobre a própria contratação”,⁴⁰² impõe ao sistema jurídico a criação de mecanismos suficientes para tratar da incompletude que inegavelmente atinge o instituto dos contratos, como, por exemplo, a onerosidade excessiva.

Vale ainda lembrar que as relações contratuais empresariais, principalmente no que tange às modalidades de contrato de intercâmbio e contrato híbrido, trazem em seu bojo interesses conflitantes entre as partes. O próprio instrumento contratual, porém, dispõe de maneira eficaz sobre os remédios idôneos para a resolução de tais patologias e consequente maximização de eficiências.

Além disso, não se pode olvidar um dos pontos merecedores de destaque na modalidade de contratos empresariais, a saber, a função de servir como instrumento de alocação de riscos. Assim, torna-se instintivo, diante das possibilidades de perdas inerentes à modalidade contratual de natureza mercantil, a alocação ou divisão desses riscos entre os

⁴⁰⁰ A boa-fé tem ganhado destaque no campo contratual, servindo como principal norma de ligação do direito contratual moderno. Embora seja um conceito antigo nos sistemas de *civil law*, teve sua importância ocultada no período clássico, reemergindo na experiência jurídica do Direito Social, cuja nova dimensão traz repercussões na teoria liberal. Do ponto de vista do modelo relacional, a boa-fé encoraja a continuidade das relações contratuais, pois normas de integração abrangem não apenas confiança, mas também reciprocidade, solidariedade e harmonização com a matriz social (MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp.183-187).

⁴⁰¹ FORGIONI, Paula A. **Teoria geral dos...**, p.95-111.

⁴⁰² *Id Ibid.*, p.66.

agentes econômicos que se vinculam por força de lei ou contrato. Logo, impensável um agente se inserir na economia de mercado sem contratos.

2.3 MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS: INCENTIVOS À REDUÇÃO DOS CUSTOS DE LITIGÂNCIA, PATOLOGIA DECORRENTE DA INEXECUÇÃO OU EXECUÇÃO DEFEITUOSA DO CONTRATO

A abordagem da teoria contratual que empreende uma ponderação mais ampla de fatores de eficiência pressupõe a consideração de custos e benefícios comparativos da via judiciária e do recurso a meios alternativos de resolução de controvérsias, tais como arbitragem e mediação. Os incentivos de prevenção dos custos de litigância integram a administração do contrato, sendo modeláveis como jogos de negociação com assimetria informativa.

Nos casos de patologia decorrente da inexecução ou execução defeituosa do contrato,⁴⁰³ o recurso ao Judiciário sucumbe, em termos de eficiência, às formas de tutela convencional disponíveis aos agentes econômicos, quando estes têm por objetivo a simplificação processual, o atendimento de especificidades de um setor de atividade e, ainda, operar as sanções não jurídicas, os mecanismos das normas sociais ou mais especificamente os efeitos de reputação.

Sob o prisma dos contratos empresariais, particularmente, há a convicção de que os vários meios de resolução alternativa de conflitos propiciam às partes vantagens que de maneira geral pertencem a um contrato relacional mais longo,⁴⁰⁴ fornecendo-lhes soluções mais específicas e flexíveis do que aquelas apresentadas pelo quadro normativo. Isso se

⁴⁰³ Cabe ressaltar que a “inadimplência” sob a ótica econômica do contrato refere-se a uma alternativa disponível à parte para incorrer em perdas menores se comparadas àquelas decorrentes do cumprimento do contrato. Distinto, pois, do conceito tradicional, que corresponde à inobservância de uma dada obrigação convencionada no prazo estipulado, sujeitando a parte inadimplente às respectivas responsabilidades. Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi apontam duas alternativas possíveis ao promitente, na qualidade de agente econômico, frente ao cumprimento do contrato: (i) se o custo do cumprimento contratual superar a indenização pelo não cumprimento, a ruptura será a melhor solução; (ii) se a responsabilidade pela indenização for mais onerosa que o objeto contrato, o cumprimento contratual deverá ser eleito como a solução mais adequada (**Direito, economia e...**, p.135).

⁴⁰⁴ Os contratos descontínuos tendem a conferir maior atenção a elementos substanciais da transação como objeto da venda, preço e prazo de pagamento. Nos contratos relacionais, por sua vez, o planejamento dos agentes econômicos considera outros aspectos, entre os quais a performance no futuro, aproximando-se do estatuto de um clube, que estabelece regras para a resolução de conflitos e reformulação do planejamento MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e...**, pp.132-136).

deve à exigência de que os tribunais e os juízes sejam generalistas, inviabilizando-os de dirimirem conflitos em áreas contratuais especializadas, bem como em razão das próprias pretensões reguladoras do legislador, que não raras vezes adentra na formulação minuciosa de regras a fim de cingir ao mínimo a discricionariedade, mas que acaba por reduzir o papel do intérprete.

As instituições arbitrais, por sua vez, podem ter um efeito disciplinador muito positivo nas relações contratuais ao convencer os agentes econômicos, pertencentes a um específico setor de atividade, de que a existência e obrigatoriedade de normas e sanções não jurídicas lhes permitem atuar num regime normativo duplo: (i) de normas extrajurídicas que asseguram as funções principais de preservação de relacionamentos; e (ii) normas jurídicas que resolvem os problemas oriundos da ruptura do relacionamento.⁴⁰⁵

Prestigia-se, em conjunto com o exercício da função arbitral e adjudicadora, uma atuação de intermediação pacificadora e preventiva, mais informal, assente em relações de autoridade e afinidade. Além disso, o desenvolvimento dos contratos tem se beneficiado da proliferação de meios alternativos de resolução de litígios, que nada mais significa que uma manifestação clara de soberania dos agentes dentro dos domínios da autorregulação dos setores econômicos.

Hermes Marcelo Huck aduz, nesse contexto, a inquestionável diferença psicológica das partes resultante do processo contencioso e do procedimento arbitral. A escolha das partes pelo juízo especialmente habilitado permite-lhes o conhecimento sobre questões comerciais dentro de um clima de discrição e sigilo, revelando um alto índice de acatamento voluntário das decisões prolatadas pelos árbitros, ao passo que perante o juízo estatal a repercussão do inadimplemento obrigacional acarreta prejuízos maiores do que o valor da condenação fixada pelos árbitros, além de aumentar a animosidade.⁴⁰⁶

Essas características explicam o exponencial desenvolvimento da arbitragem no campo dos contratos, devidamente referendado, com grande amplitude, pelas diversas ordens jurídicas e normas sociais. As práticas contratuais evidenciam o respeito dos agentes econômicos precisamente à interpretação e à aplicabilidade das estipulações ditas pela arbitragem, mesmo que se cogite eventual desfazimento do quadro normativo,

⁴⁰⁵ MACNEIL, Ian R. **Economic analysis of contractual relations: its shortfalls and the need for a "rich classificatory apparatus"** North Western University Law Review, vol. 75, 1981, pp.1033 e ss.

⁴⁰⁶ **Sentença estrangeira e...**, p.70.

o qual seria responsável, em tese,⁴⁰⁷ por tornar transparente e seguro o regime contratual tradicional.⁴⁰⁸

A título exemplificativo, no campo do direito internacional público, o respeito à arbitragem alcança inclusive as nações de forma geral.⁴⁰⁹ Em 1893, a *American Advocate of Peace*, no artigo intitulado “*Success of Arbitration*”, publicado pela *World Affairs Institute*, divulgou uma lista de casos nos quais importantes dificuldades entre as nações foram resolvidas pela arbitragem. No referido artigo, asseverou-se que nenhuma guerra fora suscitada em virtude de decisões do tribunal arbitral e, a exceção de dois ou três casos, o laudo arbitral foi pacificamente aceito pela nação perdedora, evidenciando que, ao invés de agravar animosidades, a arbitragem acarretou aos países relações mais amigáveis.⁴¹⁰ Isso demonstra a praticidade desse mecanismo para ajustar disputas internacionais e sua infinita superioridade sobre a guerra.

A lista atesta que a arbitragem se tornou a regra para o ajuste de diferenças entre países civilizados. Entre os casos listados, citam-se: (i) Grã-Bretanha e Brasil em 1863, referente ao aprisionamento de oficiais navais britânicos, cujo caso foi apreciado por Leopoldo I, Rei da Bélgica, quem decidiu que a ação do Brasil fosse justificada pelas

⁴⁰⁷ Em tese, porque a prática forense tem demonstrado que mesmo a expressa disposição literal de texto normativo poderá ser objeto de interpretação diversa, afastando a suposta segurança, a exemplo do parágrafo quarto do artigo 6º da Lei nº 11.101/2005 (Lei de Falências), que assim dispõe: “Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário: [...] § 4º Na recuperação judicial, a suspensão de que trata o caput deste artigo em hipótese nenhuma excederá o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias contado do deferimento do processamento da recuperação, restabelecendo-se, após o decurso do prazo, o direito dos credores de iniciar ou continuar suas ações e execuções, independentemente de pronunciamento judicial”. A interpretação dada pelo Superior Tribunal de Justiça é de que “não se mostra plausível a retomada das execuções individuais após o mero decurso do prazo legal de 180 dias” (Conflito de Competência nº 68.173/SP, de Relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão), mitigando o referido dispositivo legal à luz do princípio da preservação e função social da empresa.

⁴⁰⁸ HUBER, Stephen K. **What are the law schools teaching?** University of Houston Law Center, bepress Legal Series, Paper 31, 2003, pp.5 e ss. Disponível em: <law.bepress.com>. Acesso em: 12.07.2012.

⁴⁰⁹ Importante salientar que a arbitragem pública internacional e a arbitragem privada internacional, da qual a arbitragem comercial é uma das modalidades, apresentam diferenças substanciais que residem basicamente em dois elementos: (i) personagens e (ii) direito que as disciplina ou lhes serve de fonte. Na arbitragem de direito público internacional são Estados e Organizações Internacionais, ao passo que na arbitragem privada são pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Quanto ao direito aplicável, na arbitragem de direito internacional público aplicam-se as regras de direito internacional público e constitucional dos Estados envolvidos, enquanto nas arbitragens privadas, as fontes principais são regras de direito interno de determinado país, muito embora tais regras variem a cada caso, segundo a opção realizada pelas partes. Sobre tema, cf.: BAPTISTA, Luiz Olavo. **Arbitragem comercial e internacional**. São Paulo: Lex Editora, 2011, pp.41-65.

⁴¹⁰ **Success of arbitration**. American Advocate of Peace, vol. 55, n. 7, July 1893, World Affairs Institute, pp.151-153, 162-163.

circunstâncias; (ii) Grã-Bretanha e Brasil em 1873, concernente a reclamações do Conde de Dundonald por quantias devidas a seu pai, Lorde Cochrane, pelos serviços prestados ao Brasil, cuja questão foi decidida pelos Ministérios dos EUA e Itália no Rio, o que rendeu uma condenação ao governo brasileiro de aproximadamente quarenta mil libras esterlinas; (iii) em 1888, uma Junta de Comissão foi apontada para apreciar uma questão de pescaria entre Grã-Bretanha, Canadá e EUA.⁴¹¹

2.3.1 Algumas medidas para a prevenção de disputas especificamente em negócios internacionais

Partindo da premissa de que disputas fazem parte da natureza humana e jamais poderão ser totalmente evitadas, a sua prevenção destina-se a minimizar e controlar situações potenciais, impedindo que se transformem em graves conflitos. O momento ideal para lidar com a possibilidade de potencial conflito e iniciar o processo de prevenção de disputas é a partir do estágio do planejamento, quando a relação já se estabeleceu e as partes estão negociando o acordo.

Assim, as medidas de autoprevenção de disputas, na sua maioria, estarão circunscritas na elaboração do instrumento contratual, o qual antecipará, dentro do possível, as divergências que poderão sobrevir, fornecendo-lhes soluções ou formas de manejá-las.

Essas medidas são mais contumazes no contexto internacional, haja vista que a ocorrência de disputas em negócios internacionais é muito mais expressiva. Uma das razões consiste nas incertezas quanto à validade e eficácia de várias garantias legais ou leis aplicáveis aos diferentes aspectos contratuais. Outra explicação resulta de fatores econômicos que circundam negócios dessa natureza, como o custo ou disponibilidade do capital e flutuações cambiais, e até mesmo fatores culturais, legais e políticos, como guerras, revoluções, estatizações.

Devido à constante e crescente internacionalização das relações negociais, sobretudo em razão das facilidades tecnológicas (um mero “clique de um mouse” poderá tornar a relação comercial internacional ou até mesmo uma transferência de valores via contato telefônico), as partes contratantes e seus representantes legais devem pensar “internacionalmente” e serem sensíveis à aplicação potencial das leis de diferentes

⁴¹¹ **Success of arbitration...**, pp.152-153.

jurisdições e à possibilidade de os litígios ocorrerem em tribunais de diferentes Estados, senão simultaneamente.

O caráter internacional da transação requer medidas preventivas que lhe são peculiares, entre as quais, menciona Jeffrey A. Talpis, a definição da lei aplicável ao contrato (escolha da lei) e onde serão resolvidas as disputas (escolha do foro).⁴¹²

No que se refere à primeira medida preventiva mencionada, na maioria das jurisdições, quando as partes não elegem a lei aplicável, expressa ou tacitamente – porque impossibilitadas ou deliberadamente –, o contrato passa a ser regido pelo princípio da proximidade. Segundo esse princípio, aplica-se a lei do Estado que está relacionado de forma mais próxima ao contrato, não raras vezes com presunções em favor de uma determinada lei ou regra fixa, como, por exemplo, o artigo 9º do Decreto-Lei nº 4.657/42,⁴¹³ cujo critério é o lugar em que se firmou o contrato ou, em algumas situações, em que é executado.

Ocorre que, desde a segunda metade do século XX, em resposta às necessidades do comércio internacional de segurança e previsibilidade, a autonomia das partes se transformou no princípio preponderante nos contratos de comércio internacional.⁴¹⁴ É com base nessa autonomia que as partes envolvidas em negócios internacionais podem e devem evitar disputas por meio da eleição da lei que disciplinará seus contratos.⁴¹⁵

Uma vez escolhida a lei aplicável, as partes terão assegurado que os termos do acordo serão válidos e eficazes, operando a escolha um sistema residual para reger situações não consideradas.

Existem, porém, alguns limites a depender do país e da natureza do contrato. Como exemplo, embora seja possível escolher diferentes leis para gerir variados aspectos

⁴¹² TALPIS, Jeffrey A. **Dispute prevention and dispute resolution post NAFTA: choice of law and forum selection clauses**. *Revue générale de droit*, vol. 26, 1995, pp.27-68.

⁴¹³ Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). Assim dispõe o seu artigo 9º: “Art. 9º Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem. § 1º Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato. § 2º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente”.

⁴¹⁴ É possível encontrar referência ao princípio nos diversos instrumentos internacionais, tais como Convenções de Haia e Convenções Internacionais de Arbitragem.

⁴¹⁵ Signatário da Convenção Interamericana de Arbitragem Internacional de 1975, da Convenção Interamericana sobre Eficácia Extraterritorial de Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros e Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras desde 2002, o Brasil consagrou-se definitivamente no campo da arbitragem internacional.

contratuais, o fracionamento contratual deverá guardar certa relação com a unidade do contrato.

Na maioria dos países a autonomia da escolha da lei aplicável está condicionada à configuração de um elemento estrangeiro relevante, o que muitas vezes resulta em fraude à lei diante da internacionalização artificial de uma dada situação para tal fim, praticada pelas partes.

Em sentido oposto, o CCQ, no seu artigo 3133, estabelece que o processo arbitral seja regido pela lei do país no qual se instalou, salvo se as partes designaram de forma diversa.⁴¹⁶ Em outras palavras, permite-se às partes escolherem qualquer lei para disciplinar o contrato, existindo ou não uma relevante conexão, sob o fundamento de que o comércio internacional reclama por essa ampla liberdade.

Outro limite que pode ser citado diz respeito à natureza do contrato firmado. Para alguns países não será possível a eleição da lei de regência do contrato, salvo se observadas certas condições, como no caso do Brasil, cuja Lei nº 9.307/96 estabelece, no seu §2º do artigo 4º, que, nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente concordar por escrito, em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.⁴¹⁷

Há, ainda, restrições previstas para contratos de consumo internacional, aos quais se aplicam obrigatoriamente leis relacionadas à regulação de preços, informação ao consumidor, propaganda, segurança dos produtos e dos serviços, entre outros.

É possível citar outras medidas que as partes podem aplicar para evitar disputas por meio da lei aplicável como formas padronizadas de contratos internacionais, editados por organizações de comércio, muitas vezes incorporadas como modelos de documentos de transações pelo Banco Mundial e outras instituições financeiras multilaterais. Os

⁴¹⁶ 3133. *Arbitration proceedings are governed by the law of the country where arbitration takes place unless either the law of another country or an institutional or special arbitration procedure has been designated by the parties.* Tradução livre: “Processos arbitrais são administrados pela lei do país onde a arbitragem foi realizada a menos que ou a lei de outro país ou um procedimento especial ou institucional tenha sido designado pelas partes”.

⁴¹⁷ Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção por meio/mediante a da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.[...] § 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

instrumentos internacionais também são de extrema relevância para garantir a execução das cláusulas de escolha da lei, prevenindo-se disputas.

A segunda medida consubstanciada na prevenção mediante eleição do local perante o qual as disputas devem ser solucionadas nada mais significa que a escolha das regras procedimentais mais apropriadas aos negócios internacionais, em atenção aos fatores que lhes são peculiares como a identidade e a nacionalidade das partes, a natureza do acordo e da controvérsia resultante do ajuste.

O exercício dessa opção sujeita o litígio a tribunais de um Estado específico ou à arbitragem regulada por regras de uma das respeitáveis instituições de arbitragem, tais como *American Arbitration Association* (AAA) e *International Chamber of Commerce* (ICC), ou até mesmo *ad hoc*, sob qualquer lei nacional ou mediação.

Nesse contexto, importante destacar que a eleição de foro nos negócios contratuais é uma indispensável ferramenta para garantir ordem e previsibilidade, notadamente em transações internacionais, evitando incertezas no que diz respeito ao lugar em que a disputa pode ou deve ocorrer. Facultar às partes a escolha do foro perante o qual as disputas serão resolvidas significa permitir-lhes a alocação eficiente de riscos e minimização de potenciais custos de litígios, reduzindo despesas e atrasos, além de evitar procedimentos dobrados e eliminar onerosas disputas sobre a jurisdição.

Os acordos internacionais de eleição de foro servem ao mesmo propósito das convenções de arbitragem internacional: permitem às partes contratar para reduzir, senão eliminar, o risco de serem arrastadas para um desconhecido, senão inconveniente tribunal que poderá aplicar leis não usuais ou desfavoráveis. Na verdade, a distinção entre acordos de seleção de foro e de arbitragem residiria basicamente em um único aspecto: os foros designados pelo primeiro são públicos, enquanto os designados pelo último são privados. As partes que buscam segurança e previsibilidade devem priorizar, contudo, a cláusula arbitral, que será objeto de estudo do próximo capítulo.

Sob uma perspectiva comparativa, no Brasil, as cláusulas exclusivas de seleção de foro eleitas pela jurisdição estrangeira são executáveis (salvo na presença de jurisdição exclusiva) e impedem um tribunal de exercer a jurisdição, mesmo quando presentes os elementos do artigo 88 do CPC.⁴¹⁸

⁴¹⁸ Art. 88. É competente a autoridade judiciária brasileira quando: I - o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil; II - no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação; III - a ação

Em Quebec, por sua vez, são exequíveis acordos exclusivos de eleição de foro, negociados ou não, sendo ou não contratos de adesão, unilaterais ou não, concluídos ou não na internet. Há, todavia, poucas exceções quanto à eficácia: (i) acordos de eleição de foro para tribunais estrangeiros em contratos de consumo ou emprego não são oponíveis às partes protegidas (artigo 3149 do CCQ);⁴¹⁹ (ii) designação de tribunais cujo país esteja em guerra (3136 do CCQ)⁴²⁰ ou calamidade (3140 CCQ);⁴²¹ ou (iii) contratos envolvendo matéria-prima (3129 e 3151 do CCQ).⁴²²

Independentemente do método escolhido, não há dúvidas de que a melhor oportunidade para controlar a resolução de disputas futuras é logo no início, por ocasião da preparação da documentação. As diretrizes devem refletir o procedimento adequado ao interesse das partes envolvidas, assim como o tipo de disputa que eventualmente seja instalada.

se originar de fato ocorrido ou de ato praticado no Brasil. Parágrafo único. Para o fim do disposto no nº I, reputa-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que aqui tiver agência, filial ou sucursal.

⁴¹⁹ 3149. *A Québec authority also has jurisdiction to hear an action involving a consumer contract or a contract of employment if the consumer or worker has his domicile or residence in Québec; the waiver of such jurisdiction by the consumer or worker may not be set up against him.* Tradução livre: “A autoridade de Quebec também tem jurisdição para apreciar uma ação envolvendo um contrato de consumo ou um contrato de trabalho se o consumidor ou o empregado tem seu domicílio em Quebec; a renúncia de tal jurisdição pelo consumidor ou empregado pode ser ineficaz contra ele”.

⁴²⁰ 3136. *Even though a Québec authority has no jurisdiction to hear a dispute, it may hear it, if the dispute has a sufficient connection with Québec, where proceedings cannot possibly be instituted outside Québec or where the institution of such proceedings outside Québec cannot reasonably be required.* Tradução livre: “Mesmo que a autoridade de Quebec não tenha jurisdição para apreciar uma disputa, poderá apreciá-la, se a disputa tiver uma conexão suficiente com Quebec, onde o processo possivelmente não possa ser instaurado fora de Quebec ou onde a instauração de tal processo fora de Quebec não possa ser razoavelmente exigida”.

⁴²¹ 3140. *In cases of emergency or serious inconvenience, Québec authorities may also take such measures (provisional or conservatory) as they consider necessary for the protection of the person or property of a person present in Québec.* Tradução livre: “Em casos de emergência ou grave inconveniência, a autoridade de Quebec poderá também tomar tais medidas (provisórias ou conservatórias) quando necessárias à proteção da pessoa ou propriedade de uma pessoa presente em Quebec”.

⁴²² 3129. *The application of the rules of this Code is imperative in matters of civil liability for damage suffered in or outside Québec as a result of exposure to or the use of raw materials, whether processed or not, originating in Québec [...]* 3151. *A Québec authority has exclusive jurisdiction to hear in first instance all actions founded on liability under article 3129.* Tradução livre: “A aplicação das regras deste Código é imperativa em matéria de responsabilidade civil por danos sofridos dentro e fora de Quebec, assim como resultantes da exposição ou utilização de matéria-prima, se processados ou não, originariamente em Quebec [...] A autoridade de Quebec tem jurisdição exclusiva para apreciar em primeira instância todas as ações fundadas em responsabilidade sob o artigo 3129”.

2.3.2 A importância dos *dispute boards* como aliados da cláusula arbitral

Recentemente foi apresentada no Brasil uma pesquisa denominada “Supremo em Números”,⁴²³ realizada pela Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (FGV) sob a coordenação de Pablo Cerdeira, Diego Werneck e Joaquim Falcão. A pesquisa apresenta as principais demandas que chegam ao Supremo Tribunal Federal, apontando para a facilidade de acesso, por meio das 37 classes processuais, no período compreendido entre 2007 e 2009, assim como seus maiores litigantes, dos quais o setor público aparece em 90% de todos os processos.⁴²⁴ Ao lado disso, dos processos analisados pelo Supremo Tribunal Federal, paradoxalmente, 8% (o equivalente a 96.292 mil) são oriundos dos Juizados Especiais, procedimento criado para agilizar a solução das controvérsias, mas que acaba por desembocar no mesmo sistema e seus efeitos protelatórios, característicos do Poder Judiciário pátrio. Diametralmente oposta é a situação no Canadá, cuja *Supreme Court* julgou em média 67 casos por ano, no mesmo período.⁴²⁵

Os números reforçam a cultura de litígio nacional, corroboram o reconhecimento da sobrecarga da estrutura deficitária do Judiciário e confirmam a tendência de morosidade processual, especialmente em relação aos processos que são analisados por terceiras ou quartas instâncias, qual seja, pelos tribunais superiores.

Essa realidade processual brasileira não se coaduna com princípios de eficiência empresarial que reclamam mecanismos ágeis e respostas imediatas às situações de impasse que, mais cedo ou mais tarde, se instalam num ambiente negocial.

A consequência mais negativa ao litigar em um processo judicial comum, porém, é o enfraquecimento da empresa, na sua capacidade de estabelecer vínculos com empresas congêneres, além dos traumas e rompimentos gerados pelo referido método estatal, ao

⁴²³ Disponível em: <www.supremoemnumeros.com.br>. Acesso em: 22.05.2012.

⁴²⁴ Não é por outra razão que há inúmeros trabalhos destacando a importância da arbitragem na administração pública como forma de descongestionamento dos tribunais judiciais. Nesse sentido, entre outros, cf.: AMARAL, Osterreich Paulo. **Arbitragem e administração pública: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle**. Belo Horizonte: Forum, 2012; PITTOMBO, Eleonora Coelho. **Arbitragem e contratos com empresas estatais**. Revista Brasileira de Arbitragem, n.4, Porto Alegre: Síntese, Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem, out.-dez. 2004, pp.162-174; PEREIRA, César A. Guimarães. **Arbitragem e a administração pública na jurisprudência do TCU e do STJ**. In: PEREIRA, César A. Guimarães e TALAMINI, Eduardo (Coord.). **Arbitragem e poder público**. São Paulo: Saraiva, 2010; MAGALHÃES, José Carlos de. **Contratos com o Estado**. Revista Brasileira de Arbitragem, n.3, Porto Alegre: Síntese, Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem, jul.-set. 2004, pp.22-41.

⁴²⁵ *Supreme court of Canada: statistics 2001 to 2011*. Disponível em: <www.scc-csc.gc.ca>. Acesso em: 22.05.2012.

atribuir vitória, ainda que parcial, a um dos litigantes. Possivelmente haverá um vencedor e um derrotado. Isso, notadamente, não é nada interessante para parceiros comerciais que estabeleceram, durante anos, profícuos relacionamentos e que, diante da superveniência de uma controvérsia contratual, perdem parcela efetiva de seu patrimônio.

O litígio e seu método clássico de prestação jurisdicional, por conseguinte, são componentes econômicos a serem levados cada vez mais em conta nos levantamentos financeiros das empresas. São fatores que oneram a atividade empresarial, cujos custos de litigação compreendem os custos econômicos (custas judiciais, honorários dos advogados, peritos e especialistas), os custos de transação ou oportunidade (tempo perdido com tribunais, visitas a advogados, dias de trabalho etc.) e os custos não-econômicos (atrasos e adiamentos, tensão e perturbação).⁴²⁶ Esses ônus são repassados ao custo da produção e encarecem o produto, bem como o serviço a ser prestado, o que dificulta a competitividade das empresas no mercado globalizado. Sensibilizados quanto a esses valores patrimoniais embutidos nos relacionamentos negociais, os agentes econômicos passaram a desenvolver uma mentalidade destinada à preservação de tais vínculos, implementando uma adequada gestão de conflitos e respectivos custos.

O método estatal prescinde de um órgão julgador que se sobreponha às nacionalidades e aos ordenamentos jurídicos relacionados, assim como de especialistas com acurado conhecimento para apreciar questões de natureza preponderadamente técnicas.

A impossibilidade de elaborar contratos suficientemente completos e a dificuldade de garantir a sua aplicação nos tribunais também fazem com que a própria atividade empresarial se organize de forma a evitar conflitos e permitir adaptação dos contratos.⁴²⁷ Ou seja, a incompletude contratual permite aos agentes econômicos automatizarem eficientes mecanismos contra atitudes oportunistas e patologias contratuais (execução defeituosa ou inexecução das obrigações), proporcionando soluções sem perda de jurisdição dos vínculos.⁴²⁸

⁴²⁶ SANTOS, Boaventura de Souza. **Da microeconomia à microsociologia da tutela judicial**. Revista Justiça e Democracia, n. 1, primeiro semestre de 1996, pp. 65-92.

⁴²⁷ PINHEIRO, Armando Castelar. **Magistrados, judiciários e economia no Brasil**. In: ZYLBERSZTAIN, Décio e SZTAJN, Rachel (Org.). *Direito e economia: análise econômica do Direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p.245.

⁴²⁸ ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do...**, p.87.

Torna-se imperioso, assim, o reconhecimento da adequação de outros meios que, em função da afinidade entre direito e instrumento, logram ser os mais próprios para resolução de determinadas controvérsias, sobretudo no ramo empresarial e internacional, garantindo-se, com isso, o acesso à justiça que traz em seu bojo duas finalidades básicas: o acesso a todos e a produção de resultados individual e socialmente justos.⁴²⁹

Paulo Costa e Silva, ao noticiar a inversão dos paradigmas da justiça, afirma que “o direito de acesso ao direito, pilar fundamental do Estado de Direito, vem sofrendo profundas transformações” a ponto de deixar de ser “um direito de acesso através do direito de acesso aos tribunais para passar a ser um direito de acesso ao direito, de preferência sem contacto ou sem passagem pelos tribunais”.⁴³⁰

É dentro desse panorama que também emerge a discussão acerca do papel das cláusulas *dispute boards* (DB), paralela às questões relacionadas à cláusula, já que também constitui garantia de acesso à justiça.

A dinâmica avassaladora das relações empresariais, inclusive com as transações via internet, exige um procedimento de soluções de controvérsias célere para que os agentes econômicos possam ter respostas seguras e eficazes. Ainda, a flexibilidade, especialização dos painéis, sigilo e informalidade, próprios dos procedimentos DB e arbitral compaginam essa dinâmica da vida empresarial.

Ao optarem inicialmente pela adoção de cláusula DB, etapa antecedente à instauração da arbitragem, as partes assumem uma atitude de colaboração que será tão mais facilitada quanto mais sejam reconhecíveis alguns dos fatores econômicos que circundam a relação negocial, reduzindo-se custos de transação e aumentando a perspectiva de lucratividade do empreendimento.

A cláusula DB, em particular, corresponde a técnicas extrajudiciais de administração dos contratos e dos conflitos deles decorrentes, segundo as quais a crise nas relações contratuais será mais eficientemente resolvida mediante “construção” da solução pelas partes do que por decisões adjudicadas e impostas por uma determinada autoridade, sem que se possa ter controle preciso do tempo e custo do processo.

Esse propósito do DB de “construção da solução” pelas partes identifica-se com aquele perseguido pela cláusula arbitral, indicando a clara vontade de que sejam

⁴²⁹ CAPPELLETTI, Mauro; e GARTH, Bryan. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, p.8.

⁴³⁰ SILVA, Paulo Costa e. **A nova face da justiça**. Lisboa: Coimbra, 2009, p.19.

instaurados sofisticados mecanismos com vistas a permitir a boa fluidez da relação contratual, com o afastamento do ônus judicial, cujo resultado é imprevisível pelos diversos fatores já mencionados no capítulo anterior que circundam o Judiciário.

Em outras palavras, tanto a cláusula DB quanto a arbitral partem de uma perspectiva para o futuro, ao passo que o Judiciário concentra-se basicamente na tentativa de restabelecer o *status quo ante* as relações sociais submetidas ao seu crivo, olhando para o passado, o que potencializa a animosidade entre as partes.

Dentro desse contexto, o DB, numa fase pré-arbitral, presta-se como um forte aliado da arbitragem, à medida que subsidiará o árbitro em futura e eventual disputa instaurada no bojo do contrato que preveja tais mecanismos.

A aceitação de cláusula de DB relaciona-se a dois momentos. Um *ex ante*, momento em que se admite a adoção da cláusula ao mesmo tempo em que se reconhece a possibilidade de surgimento de litígios no decorrer do contrato e se valora a busca da solução particular, em detrimento do recurso ao poder externo, no caso, ao Poder Judiciário. Neste momento, talvez mais do que no posterior (*ex post*), relacionado às condições para que os bons resultados sejam atingidos, destaca-se a importância do comportamento colaborativo.

Sob o ponto de vista econômico e de eficiência, o melhor caminho para resolver divergências é prevenir que estas se transformem em conflitos formais, ou seja, o contrato bem elaborado é aquele que antecipa as disputas que podem dele decorrer e fornece as respectivas soluções ou formas para manejá-las de modo a prover uma autoprevenção de controvérsias.⁴³¹

Por mais que, em tese, fosse possível pensar-se num contrato perfeito ou completo, os custos para elaboração do contrato seriam de tal monta que poderiam tornar não atrativa a realização do próprio negócio, razão de ser da elaboração do contrato. Analisando-se as duas partes que compõem um contrato, às vezes uma delas detém conhecimentos que são mais especializados sobre o objeto do contrato do que a outra, mas tais conhecimentos não

⁴³¹ TALPIS, Jeffrey A. **Prevenção de disputas decorrentes de contratos internacionais**. Tradução de Giovani Ribeiro Rodrigues Alves e Caroline Sampaio de Almeida. Revisão de Marcia Carla Pereira Ribeiro. In: MEIRELLES, Jussara Maria Leal de e RIBEIRO, Marcia Carla Pereira (Coord.). *Direito e Desenvolvimento: Biomedicina, Tecnologia e Sociedade Globalizada*, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

chegam a ser repassados, ou o são de forma incompleta, colaborando para a formatação de um juízo equivocado ou incompleto do contratante.

Se os mercados fossem perfeitos, todos os agentes econômicos estariam inseridos num sistema em que a informação seria completa e, diante de todos os dados e do pleno exercício de suas racionalidades, tomariam suas decisões econômicas e elaborariam seus contratos. No entanto, assim como o mercado é imperfeito, os agentes tomam, no mais das vezes, decisões alicerçadas nas contingências da assimetria informacional.

Em outras situações, nenhuma das partes tem acesso a informações completas, as quais, para serem obtidas, demandariam ou um tempo do qual não se dispõe, ou pesquisas tão acuradas e completas que, como dito, inviabilizariam a realização do negócio. São exemplos de situações que fomentam a instalação de divergências que podem se transformar em conflitos.

Dentro dessa perspectiva, o primeiro e primordial dever de um *Dispute Board* é justamente evitar que uma divergência se torne conflito. Proferir decisões ou fazer recomendações constitui papel secundário de um painel de *Dispute Board*, o qual é composto geralmente por três membros – a depender da complexidade e do tamanho do projeto –, dotados de especializada experiência e conhecimento sobre determinado tipo de construção, imparciais e independentes.⁴³²

O *Dispute Board* é nomeado ou como consequência de uma previsão contratual ou por meio de acordo entre as partes num estágio já avançado do projeto.⁴³³ Será mais eficaz, todavia, se a nomeação ocorrer desde o princípio de um determinado projeto a fim de permitir aos seus membros tornarem-se mais íntimos dos documentos contratuais, tais como condições do contrato, especificações e programas.

Os poderes do *Dispute Board* e a atribuição a ser desempenhada por este num determinado projeto são delimitados pelas partes por ocasião de sua nomeação, a exemplo da abrangência da atuação, contemplando ou não os subcontratados. Dessa delimitação é possível extrair duas espécies de *Dispute Board*: resolução e adjudicação.

⁴³² A *Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils* (FIDIC), tal como a *International Chamber of Commerce* (ICC), prevê formas contratuais que fornecem procedimentos consensuais ou obrigatórios para o uso e operação de *Dispute Board*. Na cláusula 4 do Apêndice “Condições Gerais do Acordo de Adjudicação de Disputa”, edição de 1999, a FIDIC apresenta uma lista de exigências que asseguram a independência de um membro do *Dispute Board*.

⁴³³ OWEN, Gwyn e TOTTERDILL, Brian. **Dispute Boards: procedures and practice**. Thomas Telford Publishing: London, 2008, p.06.

Na primeira, os *Disputes Boards* fazem recomendações (*non-binding opinions*) que podem ser implementadas por opção das partes ou tornar-se finais e vinculativas se nenhuma das partes levantar objeções.⁴³⁴ Na segunda espécie, por sua vez, profere-se uma decisão que deverá ser implementada, embora a disputa possa ser ainda encaminhada para um tribunal arbitral ou judicial.⁴³⁵ Também se tornará final e vinculativa a decisão do *Dispute Adjudication Board* (DAB) que não sofrer objeções pelas partes. Há, ainda, uma terceira espécie que não se pode deixar de mencionar, a *Combined Dispute Board* (CDB), que compreende as duas primeiras espécies, pois se inicia como *Dispute Review Board* (DRB), mas pode mudar para um DAB durante o procedimento da controvérsia.⁴³⁶

A opção por uma ou outra espécie, com os respectivos detalhes – se *full-term* ou *ad hoc* –,⁴³⁷ geralmente cabe ao contratante, que elabora os documentos contratuais com auxílio de especialistas e à luz das exigências da lei aplicável.

Independentemente da espécie adotada, contudo, no caso de contratos de construção, por exemplo, as visitas dos *Dispute Boards* ao local do empreendimento são regulares para ter contato com as pessoas responsáveis por sua execução e observar o progresso e os problemas do projeto. Além disso, com certa habitualidade, as partes ou o próprio profissional responsável pela obra encaminha aos membros do *Dispute Board* relatórios do progresso do projeto, notícias de divergências e outros acontecimentos relevantes, mantendo-os informados, cujas atividades passam a integrar a rotina de todos os envolvidos no projeto.

Se as partes falharem na solução de suas divergências, estas serão, por determinação, submetidas ao *Dispute Board*, cujos membros, desde que familiarizados

⁴³⁴ Segundo o Manual de Práticas e Procedimento do *Dispute Resolution Board Foundation* (DRBF), o *Dispute Review Board* corresponde a “um painel de profissionais imparciais formado no início do projeto para acompanhar o progresso da construção, estimular a evitar controvérsias e auxiliar na solução destas enquanto durar o projeto” (Capítulo 1, Seção 1, Apêndice A). Disponível em: <www.drb.org>. Acesso em: 12.04.2012.

⁴³⁵ Quando as condições de contrato FIDIC incorporaram o *Dispute Board* como procedimento padrão de resolução de disputas, já especificaram a *Dispute Adjudication Board*, a qual confere mais certeza, porque a decisão tem que ser implementada, embora a parte possa ainda manter a disputa aberta para uma negociação adicional ou submetê-la à arbitragem ou ao Judiciário.

⁴³⁶ OWEN, Gwyn e TOTTERDILL, Brian. **Dispute Boards: procedures...**, p.10.

⁴³⁷ O *Dispute Board full-term* é designado no início do contrato para considerar todas as disputas que surgem, junto com outras dúvidas, ao passo que o *ad hoc* é designado para uma disputa em particular após a sua instalação. Embora o *full-term* DB seja mais caro – as partes pagam uma taxa mensal para os *Dispute Boards* estudarem documentos que lhes são enviados todo o mês, além de uma taxa adicional para os mesmos realizarem visitas regulares no local do empreendimento – tem a vantagem de seus membros já estarem familiarizados com o projeto e com as partes de tal modo que se antecipam na previsão de uma iminente disputa.

com os documentos contratuais, local do empreendimento e progresso do projeto, não terão dificuldades em solucioná-las rapidamente.

Assim, o *Dispute Board* nada mais é que parte da equipe do empreendimento que assiste às partes no sentido de impedir divergências e resolver controvérsias por meio de negociações amigáveis. Sua instalação desde o início da relação negocial viabiliza um contato maior dos profissionais que compõem o DB, criando laços mais acentuados com as partes. Em virtude da composição eminentemente técnica, suas decisões são mais aceitáveis pelas partes se comparadas às judiciais.

O escopo e maior benefício do *Dispute Board* é a prevenção de disputas com a sua adiantada composição, sem que se instalem atitudes adversariais. Ainda que se cogite na prática que a prevenção nem sempre é possível, transformando o DB em uma etapa adicional antes de se chegar à efetiva solução da disputa – vale dizer que, ao invés de simplificar, o DB acaba por tornar a resolução do conflito mais morosa e custosa, ante as despesas decorrentes de sua instalação (p.ex., profissionais, visitas ao empreendimento, relatórios, etc.) –, não se pode negligenciar que suas recomendações, mesmo quando não vinculativas ou desprovidas de *enforcement* se vinculativas, constituem poderoso instrumento de persuasão apto a influenciar as decisões arbitrais ou do próprio Judiciário. Representaria o DB, assim, um desestímulo à parte vencida que refletirá mais antes de ingressar judicialmente ou iniciar um procedimento arbitral.

Na eventualidade de a determinação do DB ser rejeitada por uma ou ambas as partes, o referido mecanismo será base para uma futura negociação amigável, servindo ainda de grande aliado à arbitragem ao orientar e subsidiar o árbitro com as informações levantadas pelo painel técnico, as quais passarão a ser admitidas como evidência.⁴³⁸⁻⁴³⁹

Essa combinação das cláusulas DB e arbitral intensifica a manutenção dos vínculos jurídicos e econômicos embutidos no contrato e ameaçados pelo advento de controvérsias sobre a interpretação e execução contratual, torna-se um eficaz instrumento de cooperação e auxílio recíproco entre os agentes econômicos, de modo a congregar, fortalecer e ampliar espaço no mercado.

⁴³⁸ A conclusão exarada pelo DB poderá ser executada pelas cortes como parte de uma sentença arbitral, salvo se o tribunal arbitral identificar uma falha para implementar uma decisão DB, quando então deixará de considerar o mérito da matéria em disputa (OWEN, Gwyn e TOTTERDILL, Brian. **Dispute Boards: procedures...**, p.137).

⁴³⁹ A título de esclarecimento, o profissional DB está impedido de atuar como árbitro ou testemunha, salvo se as partes ajustarem de modo diverso (*Id. Ibid.*, p.138).

3 A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA COMO INSTRUMENTO DE PERENIDADE DAS RELAÇÕES EMPRESARIAIS E SUA ANÁLISE ECONÔMICA

3.1 NATUREZA JURÍDICA DA ARBITRAGEM: A TEORIA AUTONOMISTA

Embora não se pretenda esgotar o assunto, o qual não é foco da presente pesquisa, a natureza jurídica da arbitragem é sempre medular na sua elaboração teórica, cujo instituto está em permanente construção, sendo relevante contextualizar as principais perspectivas que compõem o denominado “tetralema arbitral”. São elas: privatista (enfoque contratual), publicista (ou processualista, com enfoque jurisdicional), mista (intermediária ou conciliadora) e autônoma (compreende e exclui concomitantemente as anteriores).

A primeira, que tem como um de seus defensores Giuseppe Chiovenda, nega jurisdicionalidade à arbitragem, sob o argumento de que o poder jurisdicional só pode ser conferido pelo Estado, jamais pelas partes.⁴⁴⁰⁻⁴⁴¹ Sustenta-se a natureza puramente contratual da arbitragem, cuja competência dos árbitros deriva da vontade das partes e não do Estado, motivo pelo qual está desprovida do poder jurisdicional.⁴⁴² A jurisdição seria monopólio do Estado, não podendo ser exercida por um ente privado.⁴⁴³

Os principais pontos dessa teoria podem assim ser sintetizados: (i) em sendo a arbitragem manifestação de vontade, sua existência constitui base puramente contratual; (ii) diante da ausência de poder de execução atribuído ao árbitro, sua decisão carece de natureza jurisdicional; e (iii) como o Estado detém monopólio da jurisdição, falta ao árbitro investidura para tal fim.⁴⁴⁴

Nesse contexto, urge salientar que as resistências na aceitação da arbitragem emanavam da “disponibilidade léxica somente da palavra jurisdição, termo a que está

⁴⁴⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Tradução de J. Guimarães Menegale, vol. II, 3. ed., Saraiva: São Paulo, 1969, pp.46-47.

⁴⁴¹ A posição defendida por essa primeira corrente era mais consistente antes do advento da Lei nº 9.307/1996, pois se reconhecia exequibilidade somente à sentença judicial que homologava o laudo arbitral, mas não a este propriamente dito, nos termos do Código Civil de 1916 e dos artigos 1.072 a 1.102 do CPC, disposições já revogadas.

⁴⁴² ENEI, José Virgílio Lopes. **A arbitragem nas sociedades anônimas**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, n. 129, jan-mar 2003, São Paulo: Malheiros Editores, p.142.

⁴⁴³ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p.11.

⁴⁴⁴ COSTA, Nilton César Antunes. **Poderes do árbitro: de acordo com a lei 9.307/96**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.56.

indissoluvelmente ligada à ideia de decisão judiciária estatal, inexistente outra palavra para significar coisa diversa, isto é, a decisão por intermédio de órgão não-estatal”.⁴⁴⁵

Embora a jurisdição estatal seja o meio de solução de controvérsias mais evidente por conta de sua instrumentalização e coatividade, não é o único, haja vista a existência de numerosos meios alternativos decorrentes da autonomia de vontade das partes interessadas.⁴⁴⁶

Por essas e outras razões é que, no Brasil, a Lei nº 9.307/96, especialmente nos seus artigos 18 e 31, reconheceu a natureza jurisdicional da arbitragem, atribuindo-se ao laudo arbitral os efeitos próprios de uma sentença judicial, sendo esta a essência da segunda corrente publicista, que tem como um de seus adeptos Carlos Alberto Carmona, para quem o legislador finalmente encerrou a atividade homologatória do juiz estatal, antes um entrave ao referido mecanismo.⁴⁴⁷ A arbitragem, para tal corrente, caracteriza-se como uma verdadeira jurisdição porquanto antes da vontade das partes é a lei que lhes permite celebrar a convenção arbitral,⁴⁴⁸ ou seja, constitui-se numa jurisdição privada por corresponder a “um regime substitutivo da jurisdição que, apesar de não ser exercida pelo Estado visa à obtenção do mesmo fim, a pacificação social”.⁴⁴⁹ Nesse aspecto, a natureza jurisdicional atribuída à arbitragem funcionou como barreira contra ingerências estatais.⁴⁵⁰

Antes mesmo do advento da referida lei de arbitragem, o Estado já reconhecia essa natureza jurisdicional da arbitragem ao disponibilizar sua estrutura judiciária para subsidiar o processo arbitral, a exemplo do revogado artigo 1.087 do CPC que trazia a possibilidade de o Estado Juiz conceder medidas cautelares a requerimento dos árbitros.⁴⁵¹

⁴⁴⁵ BENETI, Sidnei Agostinho. **Resolução alternativa de conflitos (ADR) e constitucionalidade**. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, v. 9, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 17. jan-jun 2006, p.105.

⁴⁴⁶ Não é demais lembrar, ainda, que o princípio da inafastabilidade da jurisdição do Poder Judiciário brasileiro, previsto no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, preconiza o “acesso à justiça”, cujo significado consiste não só na sua acessibilidade ao processo jurisdicional estatal, mas, sobretudo, à ordem jurídica justa, isto é, garantia de ingressar com demanda judicial e obter num tempo razoável a manifestação jurisdicional de solução do conflito. Esse foi o argumento que fundamentalmente embasou a constitucionalidade da Lei nº 9.307/96, reconhecida na Sentença Estrangeira (SE) nº 5206, de Relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, julgada em 12.12.2001. Situação semelhante não ocorreu no direito canadense o qual, de antemão, incorporou em sua legislação a Lei Modelo UNCITRAL em 1986.

⁴⁴⁷ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo...**, p.26.

⁴⁴⁸ ROSSI, Livia. **Arbitragem na lei das sociedades anônimas**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, n. 129, jan-mar 2003, p.190.

⁴⁴⁹ ALVIM, Eduardo Arruda. **Curso de direito processual civil**. Vol. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, pp.56-57.

⁴⁵⁰ CARMONA, Carlos Alberto. **Em torno do...**, p.53.

⁴⁵¹ HUCK, Hermes Marcelo. **Sentença estrangeira e...**, p.68.

Cita-se, ainda, o posicionamento defendido por Cândido Rangel Dinamarco, para quem a arbitragem possui na verdade uma natureza parajurisdicional, isto é, embora o árbitro não exerça suas funções com o escopo jurídico de atuar conforme a vontade da lei, na convergência em torno da finalidade social pacificadora reside algo muito forte que aproxima a arbitragem da jurisdição estatal.⁴⁵²

No entanto, ainda que a Lei nº 9.307/96 aponte como jurisdicional a natureza jurídica da arbitragem,⁴⁵³ há uma terceira corrente, a mista ou intermediária, defendida por José Carlos de Magalhães e Luiz Olavo Baptista, para os quais “se a arbitragem é contratual em seu fundamento inicial, é também jurisdicional, ante a natureza pública do laudo arbitral, como forma privada de solução de litígios”.⁴⁵⁴

Adepto a essa corrente, José Cretella Neto afirma que “a arbitragem tem natureza mista, *sui generis*, contratual em seu fundamento, e jurisdicional na forma da solução de litígios e nas consequências que provoca no mundo do Direito”.⁴⁵⁵ É a conciliação das duas correntes anteriores, ao considerar a natureza *sui generis* do instituto da arbitragem, o qual nasce da vontade das partes (caráter obrigacional, privado) e ao mesmo tempo regula determinada relação de direito processual (caráter público).

No direito canadense tem sido mais enfatizada essa corrente ao considerar que a arbitragem envolve uma natureza dúplice de consenso privado e reconhecimento público. Aquele é a base da arbitragem e tem por objetivo buscar uma solução da disputa mais econômica e célere, fundamental à operacionalização da jurisdição arbitral; este, por sua vez, representa a preocupação do Estado em assegurar que o procedimento privado siga a regra da justiça natural. Como será visto em capítulo próprio, é justamente o apoio estatal, por meio do Judiciário e do Legislativo, que torna a arbitragem possível.

Urge salientar, todavia, que a *Supreme Court* do Canadá tem resistido a reconhecer a equivalência entre sentença arbitral e decisão judicial, consoante se extrai dos *leading*

⁴⁵² DINAMARCO, Cândido Rangel. **Limites da sentença arbitral e de seu controle jurisdicional**. Revista Ciência Jurídica, v. 16, n. 108, nov-dez 2002, Salvador: Jurisbras Edições Jurídicas Ltda., p.23.

⁴⁵³ O atual sistema de arbitragem brasileiro “por natureza e por definição, tem indiscutível caráter jurisdicional, não cabendo mais, depois da Lei nº 9.307/96, fala-se em contratualidade, salvo no que concerne à sua origem, por resultar da vontade das partes” (ALVIM, José Eduardo Carreira. **Direito arbitral**. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.46).

⁴⁵⁴ MAGALHÃES, José Carlos de e BAPTISTA, Luiz Olavo. **Arbitragem comercial**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, p.21.

⁴⁵⁵ CRETELLA NETO, José. **Curso de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, pp. 15-16.

cases Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs,⁴⁵⁶ *Desputeaux v. Éditions Chouette (1987) Inc.*⁴⁵⁷ e *Yugraneft Corp. v. Rexx Management Corp.*,⁴⁵⁸ a despeito da legislação de vanguarda sobre arbitragem doméstica e internacional. O último caso mencionado será analisado com maior detalhamento no próximo capítulo.

A última corrente, outrossim, sustenta que a defesa da natureza contratual, jurisdicional ou híbrida não é suficiente ao desenvolvimento de critérios dogmáticos para a solução da questão relativa à aplicação das regras imperativas, haja vista que a arbitragem internacional tem fundamento nas suas próprias regras, sem qualquer vinculação a um sistema jurídico determinado. Sugere que a arbitragem esteja baseada em normas criadas por empresários, sendo, portanto, um sistema legal independente.⁴⁵⁹

Há, ainda, quem rejeite todas as teorias, como Hong-Lin Yu, segundo o qual tais teorias falham ao fornecerem uma explicação satisfatória contemplando o atual desenvolvimento e todos os diferentes aspectos da arbitragem comercial internacional.⁴⁶⁰ A despeito disso, o referido autor tende a se inclinar favoravelmente a uma teoria híbrida, quando declara que diferentes aspectos da arbitragem, tal como relacionamento triangular entre partes, árbitros e Estado, podem ser satisfatoriamente explicados por uma teoria que compreende ambos os elementos jurisdicional e contratual.⁴⁶¹

3.2 FUNDAMENTOS PRIVADOS DA ARBITRAGEM: AUTONOMIA NEGOCIAL E FORÇA NORMATIVA DAS CONVENÇÕES PRIVADAS

A par das correntes doutrinárias existentes, o entendimento mais adequado é o de atribuir à natureza jurídica da arbitragem caráter autônomo, abrangendo simultaneamente o fundamento conferido a uma convenção privada (cláusula ou compromisso arbitral)⁴⁶² e seus efeitos jurisdicionais (pacificação social), constituindo-se num sistema legal

⁴⁵⁶ 2007 SCC 34 (CanLII), 2007 SCC 34, [2007] 2 S.C.R. 801.

⁴⁵⁷ 2003 SCC 17 (CanLII), 2003 SCC 17, (2003) 1 S.C.R. 178.

⁴⁵⁸ 2010 SCC 19 (CanLII), [2010] 1 SCR 649.

⁴⁵⁹ FOX, William F. **International commercial agreements: a primer on drafting, negotiating, and resolving disputes**. Kluwer International Law: Hague, 1998, p.201.

⁴⁶⁰ YU, Hong-Lin. **Total separation of international commercial arbitration and national court regime**, Issue 2, pp.145-149.

⁴⁶¹ *Id. Ibid.*, p.151.

⁴⁶² No direito canadense são utilizadas as expressões “*compromis*”, “*submission*” ou “*submission agreement*” para fazer referência ao compromisso arbitral. Como a convenção arbitral tem sido definida pela lei, esta se aplica indistintamente à cláusula compromissória e ao compromisso arbitral. (MCEWAN, J. Kenneth e HERBEST, Ludmila B. **Commercial arbitration in...**, seção 2:30, pp.2-4 a 2-5).

independente e integrante do ordenamento privado de Oliver Williamson tratado no capítulo antecedente.

Há, na verdade, uma equivalência entre composição processual e composição contratual da lide. As partes, por força de sua autonomia negocial e, em especial, por meio da cláusula compromissória, exercem a faculdade de se submeterem ao processo, desenhando os contornos do instituto, fixando prazos, estabelecendo formas, nomeando árbitros ou tribunais e até determinando os critérios de julgamento, com a escolha do local e do direito aplicável.⁴⁶³ Não é por outra razão, aliás, que se concebe a arbitragem como uma instituição legal, sem um fórum e sem uma base geográfica, caracterizada fundamentalmente pela neutralidade.⁴⁶⁴

Considerado uma instituição adjudicatória privada, autônoma e separada do tribunal judicial – embora goze do mesmo *status* deste –,⁴⁶⁵ o recurso ao tribunal arbitral é um direito fundamental e constitui uma expressão da autonomia negocial das partes, que respalda a atuação do árbitro, ou seja, “*every right and discretionary remedy given to a court of law can be exercised by him (arbitrator)*”.⁴⁶⁶

Por conta desse seletor mercado, cujos participantes ditam a maneira pela qual suas disputas serão resolvidas, vários países passaram a revisar suas leis para atender à autonomia negocial.⁴⁶⁷ Esta se manifesta, na sua essência, pela cláusula compromissória arbitral, que corresponde a um negócio jurídico independente e autônomo em relação ao contrato que o contém.

Destinada a solucionar futuros e eventuais conflitos que decorram da interpretação e execução do contrato no qual está inserida, a cláusula compromissória é um instituto que não se resume a uma promessa de contratar, mas, ao contrário, vincula imediatamente as partes e o próprio contrato à arbitragem, prescindindo inclusive do compromisso arbitral quando contém todos os elementos necessários à pronta instauração do processo arbitral.

⁴⁶³ Sobre a cláusula compromissória, o artigo 853 do Código Civil brasileiro assim dispõe: “Admite-se nos contratos a cláusula compromissória, para resolver divergências mediante juízo arbitral, na forma estabelecida em lei especial”.

⁴⁶⁴ *Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*, 2007 SCC 34 (CanLII), [2007] 2 SCR 801.

⁴⁶⁵ *Condominiums mont Saint Sauveur inc. c. Lese*, 1990 CanLII 2867 (QC CA).

⁴⁶⁶ *Chandris v. Isbrandtsen-Moeller Co.*, 1951, 1 K.B. 240, parágrafo 262. Tradução livre: “todo direito e remédio discricionário dado a um tribunal de direito pode ser exercido por ele (árbitro)”.

⁴⁶⁷ É o caso da Suíça, Venezuela e El Salvador que enfatizaram a liberdade do contrato, ora incorporando-a como princípio, ora proclamando o direito das partes em recorrer à arbitragem (DAVID, René. **Arbitration in international trade**. Publisher, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1985, p.56).

Embora gerada pela mesma autonomia negocial que produziu o contrato e todos os seus demais efeitos, por fatores de ordem cultural e jurídica, houve forte resistência à aceitação da efetividade das cláusulas compromissórias inseridas nos contratos. Imprimiu-se ao compromisso arbitral papel fundamental e condição *sine qua non* para a instauração da arbitragem, quando deveria ser uma providência meramente supletiva.

Com o advento da Lei nº 9.307/96,⁴⁶⁸ a doutrina e a jurisprudência pátrias, após alguns anos de resistência, passaram a atribuir eficácia à cláusula compromissória, tornando-se esta um poderoso instrumento de conservação das relações sociais, especialmente no âmbito empresarial.

Já no Canadá, a adoção da Convenção de Nova Iorque e da Lei Modelo UNCITRAL, em 1986, fortaleceu a autonomia negocial e, em contrapartida, reduziu a interferência do Judiciário na arbitragem. Isso permitiu a ressuscitação de um regime autônomo de solução de disputas comerciais, divorciado de controles legais e judiciais.⁴⁶⁹

A cláusula arbitral está vinculada, portanto, aos conceitos de autonomia negocial e negócio jurídico, doravante analisados, sendo estes de fundamental importância para compreender a força normativa da convenção privada e suas implicações.

3.2.1 Algumas peculiaridades da cláusula compromissória arbitral: características, elementos, conteúdo, efeitos e sua implementação na prática

A cláusula compromissória possui algumas peculiaridades que merecem ser apontadas.

⁴⁶⁸ Importante salientar que muitos fatores contribuíram para o rápido crescimento da arbitragem no Brasil, entre os quais a Lei nº 9.307/96, escrita com base na Lei Modelo UNCITRAL e legislação espanhola, seguida de decisões do STF e STJ que a referendaram, assim como ratificação dos principais tratados internacionais, como Convenção de Nova Iorque (CNI), e as interamericanas, de Montevideu e do Panamá (BRAGHETTA, Adriana. **Judiciário é parceiro na evolução da arbitragem**. Entrevistada por Lilian Matsuura. Consultor Jurídico. Texto publicado em 11.10.2009. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 12.09.2012).

⁴⁶⁹ A SCC, no caso *GreCon Dimter inc. v. J. R. Normand inc.* já consignou que: “*The interpretation of the provisions in issue, and the resolution of the conflict between them, must necessarily be harmonized with the international commitments of Canada and Quebec*” [2005 SCC 46 (CanLII), (2005) 2 SCR 401]. Tradução livre: “A interpretação das disposições em questão, e a resolução de conflito entre elas, têm que necessariamente ser harmonizadas com os compromissos internacionais de Canadá e Quebec. No mesmo sentido: *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, 1990 CanLII 49 (SCC), [1990] 2 S.C.R. 1324, parágrafo 1371; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 1998 CanLII 778 (SCC), [1998] 1 S.C.R. 982, parágrafo 51; *Ordon Estate v. Grail*, 1998 CanLII 771 (SCC), [1998] 3 S.C.R. 437, parágrafo 137; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, 2004 SCC 4 (CanLII), [2004] 1 S.C.R. 76, 2004 SCC 4, parágrafo 31.

Inicialmente, deve ser estipulada por escrito e inserida no contrato/estatuto ou em documento apartado a este vinculado, com o objetivo de submeter ao processo arbitral os litígios futuros advindos da relação contratual.⁴⁷⁰ Em Ontario, Alberta, New Brunswick, Nova Scotia, Manitoba e Saskatchewan, a legislação dispõe expressamente que a convenção arbitral não precisa ser escrita.⁴⁷¹

Apesar de algumas leis canadenses estabelecerem certa diferenciação entre a cláusula compromissória arbitral e a cláusula *Scott v. Avery* – definindo esta como um acordo que exige ou tem o efeito de exigir a adjudicação de uma matéria em litígio à arbitragem antes que ela seja tratada pelo tribunal judicial –, recentemente tal distinção tem sido eliminada pela moderna legislação, segundo a *Court of Appeal* de Alberta. No caso *Agrium Inc. v. Babcock*,⁴⁷² a Corte concluiu que a seção 7(1) da *Arbitration Act*⁴⁷³ faz da arbitragem uma condição precedente ao litígio quando as partes ajustam que suas disputas devem ser submetidas à arbitragem, o que elimina a distinção anteriormente existente entre cláusula arbitral e cláusula *Scott v. Avery*.

Além disso, a existência, o objetivo e a aplicabilidade de uma cláusula arbitral são questões de interpretação contratual,⁴⁷⁴ de modo que os tribunais judiciais devem considerar os termos da referida cláusula no contexto em que surge o acordo, inclusive se a linguagem é permissiva ou obrigatória.

Uma linguagem clara revela-se necessária, por exemplo, para vincular uma terceira parte nos casos de cláusula arbitral por referência.⁴⁷⁵⁻⁴⁷⁶ Para ilustrar, cita-se a hipótese do

⁴⁷⁰ Cf. artigo 4º, da Lei n° 9.307/96.

⁴⁷¹ Cf., respectivamente: seção 5(3) da *Arbitration Act* 1991 de Ontario; seção 5(1) da *Arbitration Act* de Alberta; seção 5(2) da *Arbitration Act* de New Brunswick; seção 7(1) da *Commercial Arbitration Act* de Nova Scotia; seção 5(1) da *Arbitration Act* de Manitoba; e seção 6(3) da *Arbitration Act* 1992 de Saskatchewan.

⁴⁷² 2005 ABCA 82 (CanLII).

⁴⁷³ Seção 7(1) *If a party to an arbitration agreement commences a proceeding in a court in respect of a matter in dispute to be submitted to arbitration under the agreement, the court shall, on the application of another party to the arbitration agreement, stay the proceeding.* Tradução livre: “Se uma parte de um acordo de arbitragem iniciar um processo na corte a respeito de uma matéria em disputa a ser submetida à arbitragem por acordo, a corte deverá, a pedido da outra parte do acordo, suspender o processo”.

⁴⁷⁴ *Thompson General Hospital v. CSL Hospital Services Ltd.* (1996), 112 M. R. (2d) 211 (Q.B.).

⁴⁷⁵ A cláusula por referência pode ser definida como a cláusula incluída em negócios entabulados por ordens de compras, faturas pró-formas, contratos-tipos etc., enviados por correio eletrônico, fax e outros meios céleres de comunicação, cujas transações são coligadas e interdependentes ao objetivo final, a saber, operacionalização eficaz do contrato principal. Nessas hipóteses, haverá a extensão da eficácia da cláusula compromissória, inserida em alguma dessas transações, ao contrato principal, p.ex. compra e venda mercantil, em que não há tal previsão expressa (LEMES, Selma Ferreira. **A cláusula por referência e os contratos comerciais conexos.** Disponível em: <www.selmalemes.com.br>. Acesso em: 06.01.2013).

conhecimento de embarque,⁴⁷⁷ que geralmente contém, por referência, os termos do contrato de afretamento que o originou.⁴⁷⁸

O conhecimento de embarque é comumente assinado pelo comandante do navio e seu agente, e não pelo transportador ou consignatário dos bens transportados. Por conta dessa prática, o direito canadense passou a entender, a partir do caso *Agro Canada v. The Regal Scout*,⁴⁷⁹ que se revela insuficiente a mera referência à cláusula arbitral se, embora contida nos contratos de afretamento disciplinando disputas que deles surjam, ela não for objeto de expressa menção nos respectivos conhecimentos de embarque que, apenas em termos gerais, incorporarem tais contratos. Contudo, se a cláusula arbitral disciplinar disputas que decorram não apenas do contrato de afretamento, mas também de qualquer conhecimento de embarque dele posteriormente emitido, então os termos gerais de incorporação serão suficientes para conferir efetividade à referida cláusula.

Assim, ausente a clara evidência da intenção das partes, os tribunais não insinuarão uma cláusula arbitral dentro de um acordo.⁴⁸⁰

Nesse contexto, a cláusula compromissória pode ser cheia (autossuficiente) ou vazia (patológica), de acordo com o grau de completude das determinações contratuais. Em relação à cláusula cheia,⁴⁸¹ cabe às partes optarem pela arbitragem institucional (quando bastará reportar-se a cláusula ao regulamento de um órgão arbitral) ou, então, estabelecerem, na própria cláusula ou em outro documento, a forma convencionada para a

⁴⁷⁶ Nesse sentido, vide artigo 7(6) da Lei Modelo UNCITRAL: “Em um contrato, a referência a qualquer documento que contenha uma cláusula compromissória constitui uma convenção de arbitragem por escrito, desde que a referência seja feita de modo a tornar a cláusula parte integrante do contrato”.

⁴⁷⁷ O conhecimento de embarque é o documento emitido por conta do transportador, no qual consta o tipo e a quantidade de mercadorias embarcadas, o embarcador, o consignatário, os portos de embarque e descarga, o nome do navio transportador e o valor do frete. Deve ser assinado pelo comandante (capitão) do navio ou preposto expressamente autorizado para tanto, admitindo o recebimento das mercadorias descritas a bordo do navio aludido, em boa ordem e condições, no local ou porto apontado, com a obrigação de entregá-las, no porto ou local de destino indicados, nas mesmas condições recebidas, ao consignatário nomeado ou o portador do conhecimento de embarque, mediante o pagamento de um frete. Tem como funções específicas: (i) evidência de transporte; (ii) recibo das mercadorias, a bordo do navio; e, (iii) prova de propriedade das mercadorias. Tais disposições estão contidas na Convenção Internacional para a Unificação de certas Regras de Direito Concernentes aos Conhecimentos Marítimos, de 25.08.1924, em Bruxelas, nos seus artigos 1(b) e 3(4) e (7), assim como na Convenção Internacional sobre certas Regras do Transporte de Mercadorias por Mar, Regras de Hamburgo (*Hamburg Rules*), de 1978, no seu artigo 7.

⁴⁷⁸ *Siderurgica Mendes Junior S.A. And Mitsui & Co. (Canada) Ltd. v. In The Ship Ice Pearl*, 1996 CanLII 2746 (BC SC), parágrafo 16.

⁴⁷⁹ (1984) 2 F.C. 851 (T.D.).

⁴⁸⁰ *Dynatec Mining Ltd. V. PCL Civil Constructors (Canada) Inc.* (1996), 25 C.L.R. (2d) 259 (Ont. Ct. of Justice (Gen Div.)).

⁴⁸¹ Cf. nesse sentido: BRAGHETTA, Adriana. **Cláusula compromissória: auto-suficiência da cláusula cheia**. Revista dos Tribunais, ano 91, vol. 800, junho 2002, Revista dos Tribunais: São Paulo, p. 137-144.

instituição da arbitragem (arbitragem *ad hoc*), fazendo constar elementos como número de árbitros, lei aplicável, distinção clara das partes envolvidas na eventual controvérsia (arbitragem multiparte), entre outros.

Há ainda o que se denomina cláusula compromissória escalonada ou sequencial⁴⁸² que pressupõe o devido cumprimento das etapas previamente pactuadas no contrato⁴⁸³ para só então recorrer ao procedimento arbitral. Ou seja, as partes delimitam um lapso temporal para uma composição amigável da controvérsia suscitada a partir da avença celebrada. Para tanto, a cláusula escalonada deverá conter uma redação clara e objetiva, com o processamento detalhado das fases prévias à instalação da arbitragem. Se não observado esse processamento, a cláusula poderá revelar-se inoperante para os desígnios previamente estabelecidos, resultando em prejuízos para ambas as partes, o que implica custos para a concretização do negócio.

Insta ressaltar que o objetivo da cláusula escalonada é atribuir eficiência e baixo custo à resolução da disputa contratual, valendo-se de uma modalidade de resolução flexível e adaptável à relação negocial. O sucesso da cláusula depende, portanto, de sua adequada estrutura a fim de evitar o ambiente hostil e o desgaste dos parceiros econômicos, mormente em contratos de longa duração e execução continuada ou diferida.

Ademais, nada impede que as partes estabeleçam mecanismos para a execução dos termos pactuados, por meio de imposição de multas no caso de inadimplemento da cláusula.⁴⁸⁴ Reunidos os requisitos mínimos para aferir a obrigação de observar as etapas prévias insertas na cláusula compromissória, a recalcitrância de uma das partes sinaliza o descumprimento do contrato, frente à autonomia confiada à cláusula arbitral.⁴⁸⁵ Essa conotação obrigacional afasta um formalismo excessivo, isto é, uma eventual nulidade por

⁴⁸² MOSER, Luiz Gustavo Meira. **Contrato internacional de licenciamento – cláusula escalonada ou sequencial – reconhecimento da validade da sentença arbitral sem a observância ao procedimento pré-arbitral – Tribunal Federal Suíço – 6 de junho de 2007 – X. Ltda v. Y.** Revista Brasileira de Arbitragem, v.15, jul-set. 2007, Porto Alegre: Síntese, Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem, p.181-199. Em inglês, é comum as expressões “*multi-tiered dispute resolution clauses*”, “*step clauses*” ou “*issues escalation clauses*”.

⁴⁸³ Entre as etapas comumente previstas pelas partes, estão: (i) discussão, consulta e negociação pelos representantes das partes; (ii) mediação ou conciliação; (iii) avaliação e determinação técnica; e (iv) arbitragem.

⁴⁸⁴ JOLLES, Alexander. **Consequences of multi-tier arbitration clause: issues of enforcement.** Arbitration, n. 72, London: Sweet & Maxwell Limited, 2006, pp.329-338. Disponível em: <www.swlegal.ch>. Acesso em: 26.05.2011.

⁴⁸⁵ Eis o amplo exercício da autonomia privada, autorizado no art. 425 do Código Civil Brasileiro: “É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código”.

conta da instauração da arbitragem sem a submissão prévia ao procedimento autocompositivo eleito.⁴⁸⁶ Ora tanto o desgaste do relacionamento, quanto o binômio tempo-urgência poderão indicar desde logo a arbitragem, de modo que a decretação de nulidade pela inobservância de alguma etapa serviria apenas para protelar o feito, sem qualquer resultado de ordem prática.

A tradicional posição em *common law* é de que acordos para negociar são inexecutáveis porque são inerentemente incertos demais para criar obrigações vinculantes, cujo entendimento foi externado em *Walford v. Miles*, da *House of Lords*.⁴⁸⁷ As cortes canadenses das províncias têm, na sua grande maioria, aplicado esse entendimento, deixando de executar cláusulas escalonadas.⁴⁸⁸

Como exceção cita-se Quebec, para a qual não existe obstáculo legal ou filosófico no direito quebequense para executar deveres de negociação. A obrigação legal de as partes agirem de boa-fé na relação de formação e desempenho de seus contratos⁴⁸⁹ encontra-se expressamente prevista no artigo 1375 do CCQ.⁴⁹⁰

Esse posicionamento pode ainda ser ilustrado pela decisão da *Superior Court* de Quebec no caso *Bridgepoint International (Canada) Inc. v. Ericsson Canada Inc.*,⁴⁹¹ em que as partes tinham firmado uma cláusula escalonada que exigia a prévia submissão de qualquer disputa por escrito a uma equipe de coordenação para discussão e resolução. Se

⁴⁸⁶ Selma Maria Ferreira LEMES noticia que a jurisprudência estrangeira tem atribuído à cláusula escalonada efeitos contratuais, isto é, a sua inobservância acarreta mero inadimplemento contratual, resolvendo-se em perdas e danos (**Cláusula escalonada, mediação e arbitragem**. Coluna da Arbitragem, p.41. Disponível em: <www.selmalemes.com.br>. Acesso em: 12.07.2012).

⁴⁸⁷ [1992] 2 AC 128 (H.L.). No mesmo sentido, *Courtney and Fairbairn Ltd v Tolaini Brothers (Hotels) Ltd*. [1975] 1 All ER 716.

⁴⁸⁸ *Cedar Group Inc. v. Stelco Inc.*, [1995] O.J. No. 3998 (Q.L.) (Gen. Div.); *Mannpar Enterprises v. Canada* [1999] B.C.J. No. 850 · 1999 BCCA 239; *EdperBrascon Corp. v. 117373 Canada Ltd.*, [2000] O.J. No. 4012 (Sup. Ct. J.) (Q.L.).

⁴⁸⁹ A 19ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ), no Agravo de Instrumento (AI) nº 2009.002.30219, de Relatoria da Desembargadora Denise Levy Tredler, enfatizou o princípio da boa-fé objetiva ao entender que as partes devem observá-lo, respeitando o que fora convencionado, não podendo alegar inaplicabilidade da decisão arbitral, sob pena de lhes ser imputada a prática de ato desleal por descumprimento contratual. Comentários sobre essa decisão cf.: VISCONTE, Debora. **A boa-fé objetiva na arbitragem – a conduta deve ser orientada no sentido de respeitar as regras escolhidas, a convenção de arbitragem e a sentença arbitral: comentários ao AgIn 2009.002.30219 do TJRJ**. Revista de Arbitragem e Mediação, ano 8, vol.29, abr-jun 2011, São Paulo: Revista dos Tribunais, pp.257-269.

⁴⁹⁰ 1375. *The parties shall conduct themselves in good faith both at the time the obligation is created and at the time it is performed or extinguished*. Tradução livre: “O comportamento das partes deve estar pautado na boa-fé ao tempo da criação, execução ou extinção da obrigação”.

⁴⁹¹ *Bridgepoint International (Canada) Inc. v. Ericsson Canada Inc.*, [2001] Q.J. No 2470 (QL)(S.C.).

essa equipe fosse incapaz de resolver a disputa, as partes deveriam designar conciliador e, somente no caso de não lograr êxito, submetê-la a uma arbitragem vinculativa e final.

Uma das partes iniciou um processo judicial sem percorrer a primeira etapa do processo de resolução de disputas. O réu, por sua vez, postulou ao tribunal a submissão da disputa à arbitragem vinculativa e final. Ao analisar o caso, a *Superior Court* entendeu que a cláusula de resolução de disputas deveria ser interpretada de maneira liberal, à luz da boa-fé, motivo pelo qual rejeitou a ação judicial e ordenou às partes a submissão da disputa à equipe de coordenação, primeira etapa do processo. Para a Corte, essa primeira etapa colocava em funcionamento o processo de resolução de disputas que culminaria na arbitragem vinculativa somente se uma das partes escolhesse avançar nas etapas subsequentes. Se nenhuma das partes requereu conciliação, a arbitragem não poderia ser diretamente requerida, tampouco seria possível iniciar uma ação judicial. Para melhor elucidar o entendimento da referida Corte, transcreve-se o seguinte trecho de sua decisão:

*The Court must therefore remember, when seeking the intention of the parties as expressed in their agreement, that the Legislator finds it desirable, as opposed to merely possible, for the parties to resolve their disputes by means other than by resort to the courts. If, at the time the relationship was harmonious, the parties agreed that a dispute resolution mechanism was desirable, such a commitment must continue to be honoured when a conflict occurs. The original intention of the parties should not be buried in more recent manifestations of their dispute.*⁴⁹²

Oportuno ainda mencionar a decisão proferida em *Canada (A. G.) v. Marineserve. MG Inc.* pela *Supreme Court* de Nova Scotia,⁴⁹³ a qual ordenou à execução uma cláusula de resolução de disputa de três etapas que exigia fases sucessivas de negociação, mediação e arbitragem. No caso, o autor havia iniciado uma demanda judicial, a qual a ré buscava suspender mediante a postulação de uma ordem direcionada às partes envolvidas para que fosse observado o processo de resolução de disputa contratual. O tribunal concedeu a

⁴⁹² *Bridgepoint International (Canada). Inc. v. Ericsson Canada Inc.*, [2001] Q.J. No 2470 (QL)(S.C.), parágrafo 18. Tradução livre: “A Corte tem que, portanto, lembrar, quando buscar a intenção das partes tal como expressado em seu acordo, que o Legislador considera-o desejável, em vez de simplesmente possível, que as partes resolvam suas disputas por outros meios do que recorrer aos tribunais. Se, na época a relação era harmônica, as partes ajustaram que um mecanismo de resolução de disputas era desejável, tal compromisso tem que continuar quando o conflito ocorre. A intenção original das partes não deve ser sepultada em manifestações mais recentes de sua disputa”.

⁴⁹³ *Canada (Attorney General) v. Marineserve. MG Inc.*, 2002 NSSC 147.

suspensão e emitiu a ordem solicitada, impondo a observância da cláusula escalonada na íntegra, incluindo a fase de negociação, nos seguintes termos:

*The parties are bound by the procedure pursuant to their contract and the first step must start with a good faith meeting attended by senior individuals with decision-making authority and each is entitled to advance whomever they wish in compliance and only should that meeting fail to resolve the disputes does step two, the selection of a mediator, proceed.*⁴⁹⁴

A *Supreme Court* de Nova Scotia confirmou implicitamente a aplicabilidade de um acordo para negociar e, em última instância, da cláusula escalonada, embora sem discutir a questão propriamente dita.

Quanto à cláusula vazia ou patológica, por sua vez, restará caracterizada quando ausente a indicação da forma de nomeação do árbitro, cabendo à parte interessada manifestar à outra sua intenção de iniciar a arbitragem, convocando-a para firmar o compromisso arbitral. No caso de resistência, caberá à parte interessada promover demanda judicial para pleitear o cumprimento específico da cláusula vazia, cuja sentença judicial instituirá o juízo arbitral suprimindo a vontade das partes (artigos 6º e 7º da Lei nº 9.307/96).⁴⁹⁵

⁴⁹⁴ *Canada (Attorney General) v. Marineserve.MG Inc.*, 2002 NSSC 147, parágrafo 31. Tradução livre: “As partes estão vinculadas ao procedimento nos termos de seu contrato, e o primeiro passo tem que iniciar com uma reunião de boa fé, por seniores individuais com autoridade decisória e cada um está autorizado a avançar com quem quiser, em consenso, e apenas se essa reunião falhar deverão resolver as disputas prosseguindo, no segundo passo, a seleção de um mediador”.

⁴⁹⁵ Art. 6º Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral. Parágrafo único. Não comparecendo a parte convocada ou, comparecendo, recusar-se a firmar o compromisso arbitral, poderá a outra parte propor a demanda de que trata o art. 7º desta Lei, perante o órgão do Poder Judiciário a que, originariamente, tocara o julgamento da causa. Art. 7º Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim. § 1º O autor indicará, com precisão, o objeto da arbitragem, instruindo o pedido com o documento que contiver a cláusula compromissória. § 2º Comparecendo as partes à audiência, o juiz tentará, previamente, a conciliação acerca do litígio. Não obtendo sucesso, tentará o juiz conduzir as partes à celebração, de comum acordo, do compromisso arbitral. § 3º Não concordando as partes sobre os termos do compromisso, decidirá o juiz, após ouvir o réu, sobre seu conteúdo, na própria audiência ou no prazo de dez dias, respeitadas as disposições da cláusula compromissória e atendendo ao disposto nos arts. 10 e 21, § 2º, desta Lei. § 4º Se a cláusula compromissória nada dispuser sobre a nomeação de árbitros, caberá ao juiz, ouvidas as partes, estatuir a respeito, podendo nomear árbitro único para a solução do litígio. § 5º A ausência do autor, sem justo motivo, à audiência designada para a lavratura do compromisso arbitral, importará a extinção do processo

No campo processual do direito brasileiro, por meio de interpretação sistemática do artigo 301, inciso IX e §4º, do CPC⁴⁹⁶ combinado com o artigo 3º da Lei nº 9.307/96,⁴⁹⁷ o juiz pode conhecer de ofício a existência da cláusula compromissória, por se tratar de matéria de ordem pública, o que levará à extinção do processo sem resolução do mérito. Ao contrário, não poderá o compromisso arbitral ser conhecido de ofício pelo juiz, cuja arguição a destempo gera preclusão.⁴⁹⁸ O legislador pátrio, na realidade, valorizou a cláusula compromissória ao viabilizar o afastamento do Judiciário do processo, extinguindo este diante da vontade das partes em resolver futuras controvérsias por meio da arbitragem.⁴⁹⁹

Já no Canadá, somente mediante um pedido formal, e não de ofício, o Judiciário remeterá à arbitragem a matéria que lhe foi submetida, isto é, declinará de sua jurisdição, a despeito da existência de convenção arbitral.⁵⁰⁰ Entende-se, nas províncias de *common law*, que as partes de uma convenção arbitral não podem rejeitar a jurisdição do tribunal, e qualquer acordo que proponha fazê-lo será nulo, porquanto contrário à ordem pública.⁵⁰¹ Dentro desse contexto, embora não esteja disponível execução específica da cláusula

sem julgamento de mérito. § 6º Não comparecendo o réu à audiência, caberá ao juiz, ouvido o autor, estatuir a respeito do conteúdo do compromisso, nomeando árbitro único. § 7º A sentença que julgar procedente o pedido valerá como compromisso arbitral.

⁴⁹⁶ Art. 301. Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar: (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1973) [...] IX - convenção de arbitragem; (Redação dada pela Lei nº 9.307, de 1996) [...] § 4º Com exceção do compromisso arbitral, o juiz conhecerá de ofício da matéria enumerada neste artigo. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1973).

⁴⁹⁷ Art. 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

⁴⁹⁸ A despeito da previsão legal, a Ministra Nancy Andrighi, no REsp nº 712.566/RJ, de sua relatoria, já reconheceu que “com a alteração do art. 267, VII, do CPC pela Lei de Arbitragem, a pactuação tanto do compromisso como da cláusula arbitral passou a ser considerada hipótese de extinção do processo sem julgamento do mérito”, ocasião em que invocou o Protocolo de Genebra de 1923, subscrito pelo Brasil e promulgado pelo Decreto nº 21.187, de 22 de março de 1932, assim como os princípios gerais de direito internacional em detrimento da normatização específica de cada país.

⁴⁹⁹ CARMONA, Carlos Alberto. **Processo arbitral**. Revista de Arbitragem e Mediação, ano 1, n. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan-abr 2004, p.25.

⁵⁰⁰ Nesse sentido, os *leading cases*: *ABN Amro Bank Canada v. Krupp MaK Maschinenbau GmbH*, 1995 CanLII 7081 (ON SC), parágrafos 7-8; *Ruhrkohle Handel Inter GMBH and National Steel Corp. et al. v. Fednav Ltd. and Federal Pacific (Liberia) Ltd. and Federal Calumet (The)*, Published in English and French: 3 Federal Court Reports 1992, 98; e *Amec E & C Services Ltd. v. Nova Chemicals (Canada) Ltd.* 2003 CanLII 40438 (ON SC), parágrafos 11-12. No que se refere a leis, são exemplos: seção 7 da *Arbitration Act*, 1991, SO 1991, c 17; seção 15 da *Commercial Arbitration Act*, RSBC 1996, c 55; seção 7 da *Arbitration Act*, RSA 2000, c A-43; seção 7 da *Arbitration Act*, CCSM c A120; seção 8 da *The Arbitration Act*, 1992, SS 1992, c A-24.1; seção 7 da *Arbitration Act*, SNB 1992, c A-10.1. A British Columbia, em particular, na seção 19 da *Commercial Arbitration Act* proíbe cláusulas que rejeitem a jurisdição do tribunal judicial. Em sentido contrário, cita-se o *leading case* de Quebec, *Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*, 2007 SCC 34 (CanLII), [2007] 2 SCR 801.

⁵⁰¹ MCEWAN, J. Kenneth e HERBEST, Ludmila B. **Commercial arbitration in...**, seção 3:40, p.3-27.

arbitral,⁵⁰² no direito canadense os danos podem ser reclamados por quebra de contrato contra a parte que acionou o Judiciário apesar da existência de convenção arbitral.⁵⁰³

Na Província de Quebec, todavia, o artigo 940.1 de seu CPCQ⁵⁰⁴ ordena que o juiz, perante um litígio que cotenha questão sobre a qual se firmou convenção arbitral, remeta as partes à forma alternativa de solução escolhida. Trata-se de disposição imperativa, cuja aplicação se sujeita, ainda, às seguintes condições: (i) a matéria em litígio instaurado perante o Judiciário deve estar compreendida pela convenção arbitral; (ii) a ação não deve estar inscrita no rol para julgamento; (iii) o reenvio da questão à arbitragem deve ser postulado por uma das partes que figure na convenção arbitral; e (iv) inexistência de nulidade *prima facie* da convenção.

Em ambos os países, outrossim, as legislações sobre arbitragem fomentaram uma mudança de perfil doutrinário e jurisprudencial que passou a privilegiar, sobretudo, a arbitragem institucional, ou seja, aquela em que a cláusula compromissória (cheia) está apta a instituir a arbitragem por estar vinculada a uma instituição em condições de fornecer às partes todo o aparato jurídico e logístico necessário à composição da controvérsia. Neste caso, a arbitragem se serve de regulamentos e procedimentos estabelecidos por instituições arbitrais,⁵⁰⁵ tais como Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil Canadá (CAM-CCB)⁵⁰⁶, do Brasil, *Canadian Arbitration Association* (CAA)⁵⁰⁷ e *British*

⁵⁰² No Brasil denomina-se “ação do artigo 7º” da Lei nº 9.307/96. Vide nota 471 supra.

⁵⁰³ *Doleman & sons v. Ossett corp.*, [1912] 3 K.B. 257 (C.A.), pp.268-270. Em sentido contrário, determinando à parte contrária a submissão obrigatória ao processo de resolução alternativa de disputa, cf.: *Axia Supernet Ltd. v. Bell West Inc.*, [2003] A.J. No. 283 (QL), 121 A.C.W.S. (3d) 734. O *Civil Code* de Quebec, aliás, no seu artigo 2638, dispõe que uma “convenção de arbitragem é o contrato pelo qual as partes comprometem-se a submeter um litígio nascido ou a nascer entre elas à decisão de um ou de vários árbitros, excluindo a atividade dos tribunais”. Saliente-se, outrossim, que o entendimento de converter em perdas e danos a quebra de uma convenção arbitral tem sido criticada porquanto contrário ao que foi expressamente pactuado entre as partes [*Starlight Shipping Co & Anor v Tai Ping Insurance Co Ltd (Hubei Branch) & Anor*, Rev 1 (2007) EWHC 1893 (Comm) (01 August 2007)].

⁵⁰⁴ 940.1. *Where an action is brought regarding a dispute in a matter on which the parties have an arbitration agreement, the court shall refer them to arbitration on the application of either of them unless the case has been inscribed on the roll or it finds the agreement null. The arbitration proceedings may nevertheless be commenced or pursued and an award made at any time while the case is pending before the court.* Tradução livre: “Enquanto a causa não estiver inscrita, um tribunal, diante de litígio acerca do qual as partes concluíram uma convenção de arbitragem, remeterá as partes à arbitragem, a requerimento de uma delas, a menos que constate a nulidade da convenção. O procedimento arbitral pode, todavia, iniciar-se ou prosseguir e uma sentença poderá ser proferida enquanto o tribunal não houver decidido”.

⁵⁰⁵ Estes regulamentos dedicam-se a pormenorizar todo o processo arbitral, passo a passo, além de preverem a maior parte de questões que se desencadeiam no seu desenvolvimento.

⁵⁰⁶ Disponível em: <www.ccbc.org.br>. Acesso em: 17.10.2011.

⁵⁰⁷ Disponível em: <canadianarbitrationassociation.ca>. Acesso em: 17.10.2011.

Columbia International Commercial Arbitration Centre (BCICAC),⁵⁰⁸ ambos do Canadá, e *International Chamber of Commerce* (ICC),⁵⁰⁹ da França, sendo prontamente instalada a partir da cláusula compromissória que se reporta a uma corte arbitral, para determinar os elementos indispensáveis à respectiva instalação.

O Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil Canadá, por exemplo, dispõe no artigo 4º de seu Regulamento de 2012 uma relação de documentos a serem apresentados perante o Centro pela parte que desejar instituir arbitragem, tais como o contrato que contenha a convenção de arbitragem prevendo a competência do CAM-CCBC para administrar o procedimento, procuração de eventuais patronos com respectivos poderes, indicação resumida da matéria que será objeto da arbitragem, valor estimado da controvérsia, entre outros.⁵¹⁰

No mesmo sentido, “*unless the parties to an arbitration otherwise agree, the rules of the British Columbia International Commercial Arbitration Centre for the conduct of domestic commercial arbitrations apply to*”⁵¹¹ arbitragens sujeitas à disciplina da *Commercial Arbitration Act* de British Columbia, dispondo no seu item 8(1) da *Domestic Commercial Arbitration Rules of Procedure* de 1998 que a parte interessada na submissão deverá fornecer uma “notícia de arbitragem” escrita contendo o nome das partes, as medidas buscadas, o número e o nome dos árbitros propostos ou ajustados etc.⁵¹²

Conquanto não haja forma prescrita em lei, na prática, a especificação do objeto da controvérsia ocorre, geralmente, por meio de comunicação escrita de uma parte à outra, que tem contornos de uma petição inicial (pedido e causa de pedir), noticia a controvérsia e solicita a instauração do juízo arbitral para dirimi-la. No caso de intermediação de um órgão institucional, a parte prejudicada dirigir-se-á à secretaria deste para apresentar a sua petição inicial, tal como na jurisdição estatal. Ato contínuo, a secretaria dará ciência do pedido à parte adversa e nomeará o(s) árbitro(s) dentre os que compõem o quadro de

⁵⁰⁸ Disponível em: <www.bcicac.com>. Acesso em: 17.10.2011.

⁵⁰⁹ Disponível em: <www.iccwbo.org>. Acesso em: 17.10.2011.

⁵¹⁰ Disponível em: <www.ccbc.org.br>. Acesso em: 13.09.2012.

⁵¹¹ Seção 22(1) da *Commercial Arbitration Act*, RSBC 1996, c 55. Tradução livre: “salvo se as partes da arbitragem ajustarem de forma diversa, as regras do *British Columbia International Commercial Arbitration Centre* para a condução das arbitragens comerciais domésticas aplicam-se a”.

⁵¹² Disponível em: <bcicac.com>. Acesso em: 12.08.2012.

árbitros da instituição. Na hipótese de se nomearem três árbitros, em geral, o terceiro é escolhido pelos dois indicados pela secretaria do órgão institucional.⁵¹³

Iniciado o processo arbitral, considera-se instituída a arbitragem com a assunção do encargo pelo(s) árbitro(s) e a determinação do objeto da controvérsia, além daqueles previstos no artigo 104 do Código Civil,⁵¹⁴ inerentes ao *status* de negócio jurídico da cláusula compromissória.

O primeiro define o momento da instauração da arbitragem, nos termos do artigo 19 da Lei nº 9.307/96.⁵¹⁵⁻⁵¹⁶ A legislação de arbitragem doméstica de cada uma das Províncias de Ontário,⁵¹⁷ Alberta,⁵¹⁸ Manitoba,⁵¹⁹ New Brunswick,⁵²⁰ Nova Scotia⁵²¹ e Saskatchewan,⁵²² por sua vez, expressamente dispõe que o tribunal arbitral pode exercer seus poderes quando todos os membros aceitarem a nomeação, de modo que somente a partir dessa etapa considera-se instalada a arbitragem.

Com relação ao objeto da controvérsia, caberá à cláusula compromissória mencionar a forma pela qual será integrada, isto é, qual manifestação completará seu conteúdo, se por escrito ou verbal, mediante a intermediação de um órgão arbitral ou não etc. Uma vez iniciada a arbitragem sem que a parte postulante tenha delimitado a disputa, consideram-se indicadas todas as matérias contempladas pela cláusula arbitral.⁵²³

Nesse aspecto, importante reforçar novamente que aos operadores do Direito incumbe o dever de priorizar a utilização de cláusulas compromissórias cheias, isto é, aquelas que contêm todos os elementos indispensáveis à pronta instauração da arbitragem, seja por meio de convenção das próprias partes (arbitragem *ad-hoc*), seja delegando a

⁵¹³ Cf. “Regulamento para solução de controvérsias da CBMAE – Câmara Brasileira de Mediação e Arbitragem Empresarial”. Disponível em: <www.cbmae.com.br>. Acesso em: 17.10.2011.

⁵¹⁴ Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.

⁵¹⁵ Art. 19. Considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários. Parágrafo único. Instituída a arbitragem e entendendo o árbitro ou o tribunal arbitral que há necessidade de explicitar alguma questão disposta na convenção de arbitragem, será elaborado, juntamente com as partes, um adendo, firmado por todos, que passará a fazer parte integrante da convenção de arbitragem.

⁵¹⁶ Oportuno lembrar, porém, que o artigo 7º, *caput*, da Lei nº 9.307/96, induz à interpretação equivocada de que a arbitragem só poderia ser instaurada a partir do momento em que firmado o compromisso arbitral.

⁵¹⁷ Seção 23(2) da *Arbitration Act* SO 1991, c.17.

⁵¹⁸ Seção 23(2) da *Arbitration Act* RSA 2000, c.A-43.

⁵¹⁹ Seção 23(2) da *Arbitration Act* SM 1997, c.4.

⁵²⁰ Seção 23(2) da *Arbitration Act* SNB 1992, c. A-10.1.

⁵²¹ Seção 25(2) da *Commercial Arbitration Act* SNS 1999, c.5.

⁵²² Seção 24(2) da *Arbitration Act* SS 1992, c.A-24-1.

⁵²³ Nesse sentido: Ontário, seção 24, da *Arbitration Act*, 1991, SO 1991, c 17; e Manitoba, seção 24, *The Arbitration Act*, CCSM c A120.

determinação destas a uma instituição arbitral (arbitragem institucional). Diante disso, tornar-se-á prescindível o compromisso arbitral, o qual passa a ser um mero ato de organização jurídica, pois será firmado somente para complementar a cláusula arbitral em caso de obscuridade não esclarecida pelos regulamentos da instituição arbitral.⁵²⁴ Cumpre esclarecer, porém, que a referida situação só é possível antes da assunção do encargo pelos árbitros, tendo em vista que, após isso, eles adquirem poder normativo integralizador do restante do processo arbitral, incumbindo-lhes o dever de sanar quaisquer dúvidas decorrentes do desenvolvimento deste.

Vale lembrar que “o mercado funciona, pois, através de um sistema de relações sociais onde é relevante a dimensão interpessoal (e interempresarial) assente na confiança, nas expectativas recíprocas, na proximidade social, na reputação”.⁵²⁵ A cláusula compromissória igualmente pressupõe uma relação fiduciária entre as partes,⁵²⁶ que permeia o próprio processo arbitral, estabelecendo e ditando regras de condutas de todos os envolvidos, correspondentes ao próprio conteúdo da arbitragem. Sendo este instituto negócio jurídico, seu conteúdo é constituído por deveres principais (núcleo),⁵²⁷ que modelam o próprio tipo, e deveres acessórios, tais como informação, cooperação e prestação de contas.⁵²⁸

Na cláusula compromissória, o dever principal consiste em “vincular os sujeitos do processo arbitral em torno do escopo da pacificação de controvérsias por sua própria diligência”,⁵²⁹ cujo descumprimento acarreta não apenas o rompimento do liame de confiança, mas também sanções de ordem moral (senso comum dos operadores econômicos).⁵³⁰ Logo, como possui um fundo ético que reforça o seu caráter vinculativo

⁵²⁴ SILVA, Clovis do Couto e. **Comentários ao código de processo civil**. Vol. XI, t. II, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p.559.

⁵²⁵ SANTOS, Boaventura de Souza. **Da microeconomia à...**, p. 181.

⁵²⁶ O artigo 13, *caput*, da Lei nº 9.307/96 acentua a importância da relação fiduciária ao dispor que “pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes”.

⁵²⁷ O conteúdo do negócio jurídico, segundo Maria Helena Diniz, corresponde aos elementos estruturais ou constitutivos que abrangem: elementos essenciais (formam a substância ato negocial), elementos naturais (efeitos decorrentes do negócio jurídico) e elementos acidentais (estipulações ou cláusulas acessórias adicionadas aos negócios para modificar uma ou algumas de suas consequências naturais). (**Curso de direito civil brasileiro**. Vol. 1, 20. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p.379)

⁵²⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópicos no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pp.438-439.

⁵²⁹ SILVA, Eduardo Silva da. **Arbitragem e direito...**, p.155.

⁵³⁰ O fundamento do poder dos árbitros decorre da credibilidade que estes recebem das partes, de justamente atuarem com imparcialidade e isenção de ânimos na condução do processo arbitral. Se, porventura, um árbitro receber valores, além daqueles ajustados, de uma das partes para decidir em favor desta, sua

perante as partes que a inseriram, mesmo que a lei não previsse mecanismos de coerção para impor a arbitragem, a regra privada se sustentaria com caráter vinculante, no âmbito normativo social, por conta da boa-fé, ungida de sanções de caráter moral, tal como perda de crédito e reprovação social. Essas sanções fornecem à cláusula compromissória um acervo de segurança jurídica, necessário a sua implantação.

O processo arbitral, então, deve ser escolhido e implementado como convicção das partes envolvidas, oriundo do amadurecimento das relações negociais, em benefício da harmonização entre as empresas e da formação de uma instância técnica de resolução de controvérsias que privilegie princípios e valores específicos do âmbito empresarial.

A título elucidativo, urge salientar que, tanto no direito brasileiro, quanto no canadense, a sentença arbitral é final e vinculativa, salvo em Quebec, cujo artigo 946 do CPCQ⁵³¹ dispõe sobre a necessidade de prévia homologação.

A última característica que merece destaque é a autonomia da cláusula compromissória,⁵³² cujo princípio foi reconhecido pela primeira vez na França, em 1963, no caso *Ets Raymond Gosset v. Carapelli*,⁵³³ em que a *Cour de Cassation* entendeu pela absoluta autonomia da convenção arbitral, quando concluída em separado ou como integrante do contrato a que se refere, não sendo afetada pela invalidade do instrumento contratual. Em 1942, porém, já se noticiava a referida autonomia, no caso *Heyman v. Darwins Ltd.*, da *House of Lords*,⁵³⁴ estabelecendo-se, ainda que de maneira limitada,⁵³⁵ o conceito de independência da convenção em relação ao contrato que a contém.⁵³⁶

conduta, vindo à tona, frustrará a legítima expectativa de sua clientela, sendo ele e a respectiva instituição que o credenciou banidos do meio com a maior desonra possível. Nesse contexto, oportuno ressaltar a pesquisa realizada por José Augusto Fontoura sobre a imparcialidade dos árbitros nas arbitragens de investimentos, a partir dos perfis dos dez árbitros mais indicados em arbitragens da *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID), considerando-se hipóteses de incentivos e cultura. Entre os incentivos, o autor destaca o interesse comercial de os árbitros oferecerem um serviço eficaz e economicamente valioso aos seus clientes, de modo que são mais influenciados por preocupações a respeito de sua reputação e necessidade de assegurar negócios futuros. Já no tocante à cultura, os resultados dos dados analisados indicam que não interferem significativamente no âmbito da arbitragem de investimentos em virtude da diluição cultural decorrente da presença de profissionais com outras origens, crenças, tendências e perfis (**Tentações, reputação e cultura: imparcialidade na arbitragem entre investidores e Estados**. Revista de Arbitragem e Mediação, ano 6, n. 21, abr-jun 2009, Revista dos Tribunais: São Paulo, pp.30-63).

⁵³¹ 946. *An arbitration award cannot be put into compulsory execution until it has been homologated*. Tradução livre: “Uma sentença arbitral não será de execução compulsória até que tenha sido homologada”.

⁵³² “*Separability*” e “*severability*” são expressões usadas pela língua inglesa e “*l'autonomie de la clause compromissoire*” na língua francesa.

⁵³³ *Ets. Raymond Gosset v. Carapelli*, JCP, Ed. G., Pt. II, No. 13,405, 1963.

⁵³⁴ *Heyman v. Darwins Ltd.* (1942) 1 All E.R. 337.

No Brasil, conforme dispõe o artigo 8º da Lei nº 9.307/96: “A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória”.

O mesmo ocorre no Canadá, cujas províncias seguem no geral a redação do artigo 16(1) da Lei Modelo UNCITRAL,⁵³⁷⁻⁵³⁸ segundo a qual a cláusula arbitral que integra

⁵³⁵ Neste caso, a *House of Lords* reconheceu a separabilidade da cláusula arbitral em sentido limitado, ou seja, somente se o contrato que a contém for frustrado, objeto de distrato ou alvo de ilegalidade superveniente, a arbitragem subsistiria para a finalidade de resolver disputas residuais entre as partes. Em geral, somente a corte poderia interpretar cláusula arbitral, embora o apoio ao princípio *kompetenz-kompetenz* possa ser encontrado em alguns dos discursos dos julgadores. Quanto à questão de como o tribunal judicial reagiria às alegações da parte que resistisse à instalação de arbitragem, seja porque a convenção arbitral não é eficaz ou quanto à sua interpretação, em *Modern Buildings Wales v. Limmer*, a Corte de Apelação inglesa disciplinou que seria de incumbência da própria corte descobrir se existe um acordo vigente e se envolve determinada questão de interpretação a ser decidida desde então [*Modern Buildings (Wales) Ltd v. Limmer and Trinidad Co Ltd* (1975) 2 Lloyd’s Rep. 318 (CA)].

⁵³⁶ Oportuno transcrever trecho da decisão de Lord Macmillan proferida no caso *Heyman v. Darwins, Ltd.*, na qual afirmou que a cláusula arbitral: “[...] is quite distinct from the other clauses. The other clauses set out the obligations which the parties undertake to each other... but the arbitration clause does not impose on one of the parties an obligation in favour of the other. It embodies the agreement of both parties that, if any dispute arises with regard to the obligations which one the one party has undertaken to the other, such dispute shall be settled by a tribunal of their own constitution [...] what is commonly called repudiation or a total breach of a contract... does not abrogate the contract, though it may relieve the injured party of duty of further fulfilling the obligations which he has by the contract undertaken to the repudiating party. The contract is not put out of existence, though all further performance of the obligation undertaken by each party in favour of the other may cease. It survives for the purpose of measuring the claims arising out of the breach, and the arbitration clause survives for determining the mode of their settlement. The purposes of the contract have failed, but the arbitration clause is not one of the purposes of the contract”. Tradução livre: “[...] é bastante distinta das outras cláusulas. As outras cláusulas estabelecem as obrigações que as partes se comprometem mutuamente... mas a cláusula arbitral não impõe a uma das partes obrigação em favor de outra. Ela personifica o acordo de ambas as partes segundo o qual, surgindo qualquer disputa no que diz respeito às obrigações que uma parte se comprometeu com a outra, tal litígio deve ser resolvido por um tribunal de própria constituição das partes... o que é comumente chamado de repúdio ou uma violação total de um contrato [...] não revoga o contrato, embora possa aliviar a parte lesada do dever de cumprir com todas as obrigações que tem empreendido por meio do contrato com a parte repudiante. O contrato não é colocado fora da existência, apesar de o desempenho da obrigação empreendida por cada parte a favor da outra poder cessar. Sobrevida com a finalidade de medir as reivindicações decorrentes da violação, e a cláusula de arbitragem sobrevive para determinar o modo de seu acordo. Os efeitos do contrato têm falhado, mas a cláusula de arbitragem não é um dos efeitos do contrato”.

⁵³⁷ Artigo 16.º Competência do tribunal arbitral para decidir sobre a sua própria competência (1) O tribunal arbitral pode decidir sobre a sua própria competência, incluindo qualquer objeção relativa à existência ou validade da convenção de arbitragem. Para este efeito, uma cláusula compromissória que faça parte de um contrato é considerada como um acordo autônomo das demais cláusulas do contrato. A decisão do tribunal arbitral que considere nulo o contrato não implica ipso jure a nulidade da cláusula compromissória.

⁵³⁸ No geral, as províncias canadenses seguem o espírito da Lei Modelo UNCITRAL no tocante à legislação sobre arbitragem internacional e doméstica. O mesmo ocorre em relação aos tribunais judiciais, cujas decisões buscam a referida lei modelo para interpretar disposições legais, especialmente as do CPCQ [*Coderre v. Coderre*, 2008 QCCA 888 (CanLII)].

determinado contrato deve ser tratada como um acordo independente das outras cláusulas contratuais.⁵³⁹

O CCQ, em particular, dispõe no seu artigo 2642 que o acordo de arbitragem contido em determinado contrato é considerado autônomo em relação às demais cláusulas contratuais, sendo válido mesmo que se apure a nulidade do contrato que o contém.⁵⁴⁰

Já o artigo 943 do CPCQ estabelece que os árbitros podem decidir a matéria de sua própria competência.⁵⁴¹ Isso nada mais significa que a importante consequência da autonomia da cláusula arbitral, ou seja, a possibilidade de o tribunal arbitral decidir sobre a sua própria jurisdição e, portanto, prevenir o atraso potencialmente resultante de um recurso ao Judiciário. Trata-se do princípio competência-competência⁵⁴² e visa assegurar, com isso, que a intenção das partes de resolverem suas disputas por meio da arbitragem não seja frustrada.⁵⁴³

A autonomia e competência-competência formam verdadeira blindagem em prol da arbitragem, e sua origem tem respaldo em pressuposto ético e moral, posto que corolários da boa-fé e *pacta sunt servanda*, cujos princípios informam toda a relação contratual não só maximizam a eficácia da cláusula compromissória, como também reforçam a limitada análise pelo Judiciário às hipóteses constantes da ressalva do artigo II(3) da CNI,⁵⁴⁴ o seu exame *prima facie*, manifesto, teratológico,⁵⁴⁵ e a acentuada carga probatória atribuída à

⁵³⁹ Nesse sentido, são exemplos: a seção 16(1) da *International Commercial Arbitration Act* de British Columbia; a seção 16(1) da *International Commercial Arbitration Act* de Ontario; seção 16(1) da *International Commercial Arbitration Act* da Nova Scotia; seção 16(1) da *International Commercial Arbitration Act* da Saskatchewan; e seção 16(1) da *International Commercial Arbitration Act* de Alberta.

⁵⁴⁰ 2642. *An arbitration agreement contained in a contract is considered to be an agreement separate from the other clauses of the contract and the ascertainment by the arbitrators that the contract is null does not entail the nullity of the arbitration agreement.* Tradução livre: “Uma arbitragem contida em um contrato é considerada um acordo em separado de outras cláusulas do contrato, e a apuração pelos árbitros de que o contrato é nulo não implica a nulidade do acordo de arbitragem”.

⁵⁴¹ 943. *The arbitrators may decide the matter of their own competence.* Tradução livre: “Os árbitros podem decidir a matéria de sua própria competência”.

⁵⁴² Cf. nota 234 supra.

⁵⁴³ Segundo Carlos Alberto Carmona, “o ordenamento brasileiro [...] não estabelece uma competência exclusiva do árbitro para resolver todo e qualquer ataque à convenção de arbitragem”, de modo que haverá hipóteses, como os casos do artigo 7º da Lei nº 9.307/96, em que “caberá ao juiz togado lidar com a questão da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem” (**Arbitragem e processo...**, p.176).

⁵⁴⁴ Artigo II [...] 3. O tribunal de um Estado signatário, quando de posse de ação sobre matéria com relação à qual as partes tenham estabelecido acordo nos termos do presente artigo, a pedido de uma delas, encaminhará as partes à arbitragem, a menos que constate que tal acordo é nulo e sem efeitos, inoperante ou inexequível.

⁵⁴⁵ Para ilustrar, imagine um contrato que tenha por objeto prostituição ou venda de drogas ilícitas, cuja natureza e extravagância independem de maiores comprovações.

parte que resiste à arbitragem.⁵⁴⁶ Em sendo exceção, há de ser aplicada com rigor e numa estrita esfera jurídica, o que prestigia a plena produção dos efeitos da cláusula compromissória diante da diminuta e *a posteriori* intervenção judicial.

Trata-se, em outras palavras, de uma verificação limitada *ex ante* que se coaduna com a ideia de que o Judiciário somente intervém na arbitragem na sua fase pós-arbitral, mediante processo de anulação de decisão arbitral nas hipóteses restritas do artigo 32 da Lei nº 9.307/96.⁵⁴⁷ Antes disso, nas fases pré-arbitral e arbitral, imprime-se ao Judiciário uma função de colaborador, ao conferir efetividade à *pacta sunt servanda*, viabilizando ao árbitro a decisão sobre a sua jurisdição, no caso de inexistência de vício manifesto. Daí o porquê de uma análise *prima facie* da invalidade, inoperância e inexequibilidade da cláusula arbitral que traz em seu bojo a verdadeira segurança jurídica, consubstanciada na observância daquilo que efetivamente foi pactuado entre as partes.⁵⁴⁸

Em pesquisa realizada pelo Comitê Brasileiro de Arbitragem, com a Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, destinada a investigar a relação entre a arbitragem e o Poder Judiciário no Brasil, constatou-se o respeito ao princípio da competência-competência pelos tribunais, especialmente no Estado do Paraná, que se revelou rigoroso em sua aplicação ao considerar a existência de cláusula arbitral pressuposto processual negativo apto a gerar extinção do processo, sem adentrar na competência originária da matéria. Para fundamentar esse raciocínio, o tribunal paranaense

⁵⁴⁶ MARTINS, Pedro A. Batista. **Arbitrabilidade e as ressalvas constantes do artigo II(3), da Convenção de Nova Iorque**. In: WALD, Arnaldo e LEMES, Selma Ferreira (Coord.). Arbitragem comercial internacional: a Convenção de Nova Iorque e o direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2011, p.130.

⁵⁴⁷ Art. 32. É nula a sentença arbitral se: I - for nulo o compromisso; II - emanou de quem não podia ser árbitro; III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei; IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; V - não decidir todo o litígio submetido à arbitragem; VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.

⁵⁴⁸ Essas hipóteses estão previstas no artigo 20, da Lei nº 9.307/96, que assim preceitua: Art. 20. A parte que pretender arguir questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, bem como nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem. § 1º Acolhida a arguição de suspeição ou impedimento, será o árbitro substituído nos termos do art. 16 desta Lei, reconhecida a incompetência do árbitro ou do tribunal arbitral, bem como a nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, serão as partes remetidas ao órgão do Poder Judiciário competente para julgar a causa. § 2º Não sendo acolhida a arguição, terá normal prosseguimento a arbitragem, sem prejuízo de vir a ser examinada a decisão pelo órgão do Poder Judiciário competente, quando da eventual propositura da demanda de que trata o art. 33 desta Lei”. Relevante citar a Sentença Estrangeira Contestada (SEC) nº 831, na qual, justamente em razão da aceitação da jurisdição arbitral e ausência de invocação na primeira oportunidade da(s) hipótese(s) do artigo 20, *caput*, da Lei nº 9.307/96, afastou-se a impugnação à homologação de sentença arbitral estrangeira.

invocou conceitos trazidos pela lei de arbitragem, entre os quais a compulsoriedade da cláusula arbitral e o efeito vinculante.⁵⁴⁹

No Canadá, por sua vez, adota-se o artigo II(3) da Convenção de Nova Iorque,⁵⁵⁰ com algumas peculiaridades. A maioria dos tribunais canadenses, ao ser instada a se pronunciar sobre uma disputa que esteja sob os auspícios da arbitragem, realiza uma análise de dois estágios.⁵⁵¹ Primeiro verificam: (i) a natureza precisa da disputa; (ii) se a disputa está abrangida pela cláusula arbitral; (iii) se a cláusula arbitral é eficaz. Ultrapassada essa etapa, as Cortes passam para o segundo estágio, decidindo se asseguram às partes o acordo de arbitragem ou deixam a ação judicial prosseguir.⁵⁵² Em outras palavras, elas têm seguido as obsoletas lições do *leading case Heyman v. Darwins Ltd.*, da

⁵⁴⁹ Nesse sentido vide Apelações Cíveis (AC's) do Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR) n°s 316.842-1, 245.792-9, 372.439-6 e 414.532-4, 220697-3, e Embargos Declaratórios (EDcl.) n° 220697-301, citados pela pesquisa. Disponível em <cbar.org.br>. Acesso em: 18.04.2012.

⁵⁵⁰ “Artigo II [...] 3. O tribunal de um Estado signatário, quando de posse de ação sobre matéria com relação à qual as partes tenham estabelecido acordo nos termos do presente artigo, a pedido de uma delas, encaminhará as partes à arbitragem, a menos que constate que tal acordo é nulo e sem efeitos, inoperante ou inexecutável”. Sem a pretensão de exaurir as hipóteses, considera-se: (i) nula e sem efeito cláusula arbitral cuja declaração de vontade manifestada pela parte encontra-se viciada, como incapacidade do agente, fraude, coação, declaração falsa, etc.; (ii) inoperante a cláusula arbitral que perde seu efeito por força de ato da parte, da prática ou da omissão de certo ato, tal como renúncia expressa ou tácita; (iii) inexecutável diante da impossibilidade de se dar curso ao procedimento da arbitragem, a exemplo de nomeação falha do tribunal arbitral, não funcionamento da instituição arbitral escolhida pela partes, etc. [MARTINS, Pedro A. Batista. **Arbitrabilidade e as ressalvas constantes do artigo II(3), da Convenção de Nova Iorque**. In: WALD, Arnaldo e LEMES, Selma Ferreira (Coord.). Arbitragem comercial internacional: a Convenção de Nova Iorque e o direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2011, pp.136-137].

⁵⁵¹ Oportuno citar o caso *Kaverit Steel and Crane Ltd. v. Kone Corporation* da *Court of Appeal* de Alberta, do qual se destaca o seguinte trecho: “*In my view, the proviso about ‘null and void, inoperative, and incapable of being enforced’ simply preserves the rule in Heyman v. Darwins Limited cited earlier. The arbitrator cannot decide whether the submission is valid. Its validity and enforceability must be pronounced upon before the referring Court can enforce it by a reference and stay. It is not valid if it, or the contract in which it is found, is, by operation of domestic law in the referring tribunal, either void or unenforceable. The proviso is an echo of the law about void contracts (‘null and void’), unenforceable contracts (‘inoperative’), and frustrated contracts (‘incapable of being enforced’)*” [parágrafo 52, 1992 ABCA 7 CanLII]. Tradução livre: “Na minha opinião, a ressalva sobre ‘nulo e inválido, inoperante e incapaz de ser executada’ simplesmente preserva a regra do *Heyman v. Limited Darwins*, citada anteriormente. O árbitro não pode decidir se a submissão é válida. Sua validade e a exigibilidade têm que ser antes pronunciadas perante a Corte consultada que pode impor a submissão por uma referência e suspensão. Não é válida se a submissão ou o contrato em que se encontra é, por força de lei doméstica no tribunal consultado, nulo ou inexecutável. A ressalva é um eco da lei sobre contratos nulos (‘nulidade e invalidade’), contratos inexecutáveis (inoperantes) e contratos frustrados (‘incapazes de serem executados’).”

⁵⁵² *Gulf Canada Resources Ltd. v. Arochem International Ltd.*, 1992 CanLII 4033 (BC CA); *Prince George (City) v. A.L. Sims & Sons Ltd.*, 1995 CanLII 1289 (BC CA). Em sentido contrário, refutando-se os critérios estabelecidos pela doutrina *Heyman v. Darwins Limited: Mobil Oil Canada Ltd. v. Pan West Engineering & Construction Ltd.*, 1972 CanLII 236 (AB QB); *Canadian National Railway Company v. Lovat Tunnel Equipment Inc.*, 1999 CanLII 3751 (ON CA).

*House of Lords*⁵⁵³ no que diz respeito à separabilidade e competência-competência, mesmo quando aplicável o artigo 8(1) da Lei Modelo UNICTRAL.⁵⁵⁴ Obsoletas porque contrariam a atual tendência em direção a uma arbitragem comercial internacional como um regime autônomo de solução de disputa no qual existe um mínimo de envolvimento do Judiciário, isto é, apenas e tão somente para executar laudos arbitrais. Por depender da postura judicial frente à arbitragem, os países da *common law*, mais do que aqueles de direito codificado, devem enfatizar decisões de tribunais que aplicam as políticas preconizadas pela Lei Modelo UNCITRAL, seguindo a referida tendência.

Nesse aspecto, a análise comparativa evidencia que os tribunais brasileiros favorecem sobremaneira a arbitragem ao considerar que a celebração da cláusula compromissória acarreta: (i) efeitos de ordem negativa, ao excluir da competência da jurisdição estatal a composição de conflitos oriundos da relação jurídica contratual na qual se inseriu a referida cláusula – salvo a limitada verificação *ex ante* nos casos de análise *prima facie* da validade, inoperância e inexequibilidade da cláusula arbitral –; (ii) e de ordem positiva, por potencializar a instituição do juízo arbitral, cuja competência é absoluta, não se admitindo prorrogação (artigo 113 do CPC).⁵⁵⁵ Essa postura judicial endossa a força normativa da cláusula arbitral, o que será melhor desenvolvido mais adiante.

Importante salientar, por ora, que todas essas características mencionadas proporcionam a valorização e a implementação da cláusula compromissória na prática contratual, a qual, todavia, deve observar algumas técnicas de inserção e redação.

Num primeiro momento, é fundamental verificar se o contrato possui um equilíbrio entre as partes contratantes. No caso específico das relações empresariais, os contratos, em regra, contêm o equilíbrio necessário entre seus integrantes.

⁵⁵³ A doutrina da separabilidade da cláusula arbitral também conhecida no direito canadense como a doutrina do *Heyman v. Darwins*.

⁵⁵⁴ Artigo 8.º Convenção de arbitragem e pedido de mérito perante um tribunal estatal: (1) O juízo, perante o qual é proposta ação relativa a uma questão abrangida por uma convenção de arbitragem, remeterá as partes para arbitragem se uma das partes assim o solicitar, até ao momento de apresentar as suas primeiras alegações relativas ao mérito da disputa, a menos que constate que referida convenção de arbitragem é nula, inoperante ou ineficaz.

⁵⁵⁵ Art. 113. A incompetência absoluta deve ser declarada de ofício e pode ser alegada, em qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de exceção. § 1º Não sendo, porém, deduzida no prazo da contestação, ou na primeira oportunidade em que lhe couber falar nos autos, a parte responderá integralmente pelas custas. § 2 Declarada a incompetência absoluta, somente os atos decisórios serão nulos, remetendo-se os autos ao juiz competente.

Em seguida, deve-se privilegiar ao máximo a utilização de cláusulas compromissórias cheias, com todas as especificações necessárias à instituição do juízo arbitral ou, então, delegando a uma instituição arbitral a determinação de tais especificações, por meio de regulamentos próprios. Deve-se evitar, portanto, a premência da assinatura do compromisso arbitral (imprescindível no caso de cláusulas arbitrais vazias), firmado em um momento no qual o relacionamento entre as partes já se encontra conturbado pelo advento de alguma controvérsia.

Ato contínuo, a inserção de cláusulas compromissórias deve estar assimilada como mecanismo instaurador da arbitragem, privilegiando a boa técnica a recomendar a sua instituição com redação clara e com conteúdo efetivo. As referidas cláusulas não podem suscitar ambiguidade ou dúvidas, sob pena de serem protagonistas de novas discussões ao invés de servir com instrumento de pacificação social. Precisam, pois, ser cristalinas, de fácil redação e interpretação.

A cláusula compromissória, na verdade, constitui a primeira manifestação das partes em relação à arbitragem, e as intenções nela expressas disseminar-se-ão no curso de todo o processo arbitral. Essas intenções prevalecem inclusive sobre as disposições do regulamento institucional ao qual a cláusula se reporta, por melhor traduzir a vontade das partes. Por essa razão, há necessidade de se atentar à adequada elaboração da cláusula compromissória, cuja redação é de bom alvitre que contenha: (i) a identificação da instituição arbitral à qual se vinculará a cláusula; (ii) o direito substancial aplicável à espécie, optando por regras de direito ou regras de equidade ou ambas; (iii) a forma de processamento da arbitragem; (iv) o número e a composição do juízo arbitral; (v) o local onde será instituída a arbitragem; (vi) e, se necessário, a(s) língua(s) oficial(is) a ser(em) utilizada(s) no processo arbitral.⁵⁵⁶

No caso de utilização de cláusulas vazias, se porventura elas forem necessárias diante das circunstâncias do caso concreto, faz mister, no mínimo, a fixação de pesada pena convencional, ou seja, cláusula penal capaz de garantir o cumprimento da cláusula compromissória e a respectiva assinatura do compromisso arbitral, quando não forem suficientes as sanções extrajurídicas.

Frise-se, mais uma vez, porém, que o uso de tais cláusulas não é recomendável, sobretudo em virtude da necessidade de execução específica (artigo 7º, da Lei nº 9.307/96)

⁵⁵⁶ CARMONA, Carlos Alberto. **Processo arbitral...**, pp.22-23.

para forçar o estabelecimento do compromisso arbitral, que, além de remeter a controvérsia à jurisdição estatal, tende a agravar a litigiosidade já instaurada entre as partes.

Por derradeiro, a elaboração da minuta contratual na qual se insere a cláusula compromissória deve ser amplamente discutida desde o início das tratativas, a fim de identificar a instituição arbitral à qual as partes se vincularão e analisar pormenorizadamente os estatutos, regimentos e honorários devidos aos árbitros.

Oportuno destacar que o papel das instituições arbitrais é tão-somente encaminhar e administrar a decisão arbitral a ser proferida pelo(s) árbitro(s) designado(s), oferecendo apoio logístico à operação. A solução da controvérsia depende, portanto, da própria atuação dos particulares que devem traçar um ordenamento privado próprio a ser observado pelo(s) árbitro(s) designado(s), no exercício de sua autonomia negocial e no interesse de sua atividade.

Em suma, a cláusula compromissória, como negócio jurídico independente, inserto no contrato, preconiza a preservação das relações negociais e intrassocietárias, na medida em que previne riscos decorrentes do exercício da atividade empresarial e da diversidade de interesses envolvidos. As características inerentes à arbitragem, tais como grande flexibilidade e confidencialidade, oferecidas pelo seu procedimento, fortalecem o instituto no âmbito empresarial, no qual nem sempre é possível editar um regramento que atenda em sua plenitude às necessidades e urgências do setor.

3.2.2 A autonomia negocial como fundamento privado da cláusula compromissória, cuja manifestação é vista sob o prisma de negócio jurídico

A cláusula compromissória, como qualquer disposição negocial, emana de um ato de vontade e liberdade das partes, assim entendido como autonomia de negociar, inerente a cada sujeito de direito.

Perpassando os conceitos de autonomia da vontade⁵⁵⁷ e autonomia privada⁵⁵⁸ até chegar à doutrina mais recente, em paralela simetria à prática daqueles que operam no

⁵⁵⁷ Numa visão simplista, autonomia da vontade é a fonte dos direitos, e o contrato, sua forma de exteriorização. Oportuno esclarecer que o sentido de autonomia da vontade no Direito Internacional Privado assume contornos bastante peculiares, eis que se relaciona, geralmente, com a liberdade de escolha, no contrato internacional, do foro competente para executar os termos da avença e as relações da vontade particular frente às leis de ordem pública. No direito italiano, aliás, persiste a separação entre *autonomia privata* e *autonomia della volontà*, sendo esta última reservada para identificar o instituto de Direito Internacional Privado, conforme o verbete no *Novissimo digesto italiano* [BETTI, Emílio.

campo da livre iniciativa econômica, a “autonomia” ou “poder negocial” serve para designar o fundamento específico dos negócios jurídicos firmados, em especial no campo do direito da empresa, em virtude da contínua produção de novas formas jurídicas e negociais a fim de atender às demandas do comércio, com feição cada vez mais internacional.⁵⁵⁹

Essa autonomia negocial está consubstanciada nos §§1º e 2º do art. 2º da Lei nº 9.307/96⁵⁶⁰⁵⁶¹ e nos *leading cases* canadenses *Purkinje inc. c. Simard*⁵⁶² e *Salman c. Assurance vie Desjardins-Laurentienne inc. (Desjardins Sécurité financière, compagnie d'assurance vie)*⁵⁶³. Neste último caso, em especial, a *Cour d'Appel* de Quebec destacou que as modificações de 1986 no CCQ e CPCQ içaram o regime quebequeno da arbitragem convencional na vanguarda das leis em matéria de arbitragem. Além de enfatizar a natureza contratual e liberal da convenção de arbitragem (artigos 2638 e ss. CCQ), as alterações legislativas restringiram o poder de intervenção do tribunal estatal, notadamente no que tange à anulação da sentença arbitral.

Importante registrar que a autonomia negocial não é apenas um princípio jurídico do Direito Privado ou um poder-faculdade, mas uma órbita de autorregulação dos

Autonomia privada. In: Azara, Antonio (a cura di). *Novissimo Digesto Italiano*. Torino: UTET, 1974. t. 1., p.1561]. Sobre o tema autonomia da vontade, cf.: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e Pós-Modernidade**. Revista de Informação Legislativa, ano 41, n. 163, Brasília, jul/set 2004, p.113-130.

⁵⁵⁸ Hans Kelsen define a autonomia privada como o poder atribuído aos indivíduos, subordinados à ordem jurídica, de regular as suas relações mútuas, dentro dos quadros das normas gerais criadas por via legislativa ou consuetudinária, por meio de normas criadas pela via jurídico-negocial (**Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p.285).

⁵⁵⁹ SILVA, Eduardo Silva da. **Arbitragem e direito...**, p.72.

⁵⁶⁰ Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. § 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. § 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

⁵⁶¹ Esses dispositivos têm o propósito de permitir às partes ampla liberdade de estabelecer normas processuais para regular a arbitragem, assegurando-lhes a prerrogativa de identificar o direito aplicável ao processo arbitral ou o julgamento por equidade. Tal autonomia permite às partes subordinar o processo arbitral à lei que escolherem, que pode ser diversa daquela que regula o negócio. Trata-se do que os franceses costumam denominar *dépeçage* ou o *morcellement* do contrato, ou seja, um único instrumento administrando duas relações distintas, uma de direito processual e a outra material (MAGALHÃES, José Carlos de. **O árbitro e...**, p. 41).

⁵⁶² 2007 QCCS 2995 (CanLII). Ao confirmar uma decisão da *Superior Court* que rejeitou um pedido de anulação de uma sentença arbitral, a Corte de Apelação reproduziu uma decisão muito mais favorável à autonomia do processo arbitral e reforçou a ideia de que as convenções arbitrais têm que ser interpretadas de maneira liberal.

⁵⁶³ 2010 QCCS 6773 (CanLII).

interesses privados, ao lado de outras esferas jurídicas, tais como a pública ou a social. A expressão *autonomia negocial* representaria, assim, concomitantemente, princípio jurídico, esfera de regulação e poder normativo dado aos particulares.⁵⁶⁴

É nesse contexto que Miguel Reale refere-se ao poder negocial para designar, dentro da variedade de focos geradores de entes jurídicos ou dos centros de positividade, aqueles que os próprios particulares estabelecem.⁵⁶⁵ Norberto Bobbio não destoa desse entendimento, pois o concebe como a possibilidade de os particulares disciplinarem certas competências delegadas pelo Estado.⁵⁶⁶

A autonomia negocial apresenta, pois, contornos próprios, dos quais se destacam as liberdades contratuais⁵⁶⁷ que a compõem e a sua projeção ao longo do desenvolvimento do relacionamento negocial, conformadas por restrições objetivas, pela boa-fé objetiva e por valores ou diretrizes emanados da ordem constitucional e infraconstitucional.

Assim, a decisão arbitral detém o caráter de negócio jurídico e, consequentemente, é dotada de normatividade própria em relação à controvérsia enfocada, independentemente dos efeitos de uma sentença judicial que lhes são atribuídos.

Oportuno lembrar que a abordagem econômica, analisada no capítulo anterior, acabou por consagrar as normas sociais como as mais universais regras de conduta, que predominam ora em ambientes de fraca ou nenhuma jurisdição, ora naqueles de elevada jurisdição com uma oculta permanência, na prontidão de se expandirem. Não é por outra razão que o princípio da boa-fé objetiva ganha dimensão no campo da arbitragem, vinculando as partes que, de comum acordo, deram causa à convenção arbitral. A não observância do que foi determinado na sentença arbitral, rompendo a confiança recíproca que as partes manifestaram ao optarem pela arbitragem, enseja a execução forçada pela ordem estatal ou pela tutela convencionada correspondente às sanções não jurídicas, aos mecanismos das normas sociais ou mais especificamente aos efeitos de reputação.

⁵⁶⁴ SILVA, Eduardo Silva da. **Arbitragem e direito...**, p.75.

⁵⁶⁵ REALE, Miguel. **O direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1992, p.169.

⁵⁶⁶ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. 10. ed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 165.

⁵⁶⁷ SILVA aponta como liberdades contratuais aquelas referentes à escolha do tipo contratual, à determinação do conteúdo do contrato ou das cláusulas, à conclusão dos contratos atípicos ou inominados e à utilização de contratos típicos para alcançar finalidades atípicas (**Arbitragem e direito...**, pp. 76-78).

E o poder normativo dessa autonomia negocial já foi reconhecido pela Suprema Corte do Canadá no caso *GreCon Dimter inc. v. J. R. Normand inc.*,⁵⁶⁸ que assim consignou:

*The fundamental substantive rule of the autonomy of the parties prevails over the suppletive procedural rule of the single forum. Article 3148, para. 2 C.C.Q. must take precedence over art. 3139 C.C.Q. in the context of an action in warranty where a choice of forum clause applies to the legal relationship between the parties to the proceeding if, as in the case at bar, the clause indicates a clear intention to oust the jurisdiction of the Quebec authority. In such circumstances, the Quebec authority must decline jurisdiction. This conclusion flows both from the legal context of the provisions and from their hierarchy. The legal context consists of Quebec's codification of private international law and the objectives specific to that law, namely the principle of the autonomy of the parties and the legal certainty of international transactions. In enacting art. 3148, para. 2, the Quebec legislature recognized the primacy of the autonomy of the parties in situations involving conflicts of jurisdiction. This legislative choice, by providing for the use of arbitration clauses and choice of forum clauses, fosters foreseeability and certainty in international legal transactions. The choice is also related to the trend toward international harmonization of the rules of conflict of laws and of jurisdiction.*⁵⁶⁹

Traçadas essas considerações, pode-se inferir que a cláusula compromissória e o compromisso arbitral constituem atos de autonomia negocial, de disposição da instância jurídica estatal e de criação de um novo âmbito jurisdicional, norteados pelos mesmos

⁵⁶⁸ 2005 SCC 46 (CanLII), (2005) 2 SCR 401.

⁵⁶⁹ Tradução livre: “A regra substantiva fundamental da autonomia das partes prevalece sobre a regra processual supletiva do foro único. O artigo 3148, parágrafo 2, do Código Civil de Quebec deve ter precedência sobre o artigo 3139 do Código Civil de Quebec, no contexto de uma ação em garantia na qual uma cláusula de escolha de foro aplica-se à relação jurídica entre as partes, ao processo, se, como no caso em discussão, a cláusula indicar uma clara intenção de afastar a jurisdição da autoridade de Quebec. Em tais circunstâncias, a autoridade de Quebec tem que declinar a sua competência. Essa conclusão decorre do contexto jurídico das disposições e de sua hierarquia. O contexto jurídico consiste na codificação de Quebec sobre direito internacional privado e nos objetivos específicos desse direito, especialmente o princípio da autonomia das partes e a segurança jurídica das transações internacionais. Ao editar o artigo 3148, parágrafo 2, o Poder Legislativo de Quebec reconheceu a primazia da autonomia das partes em situações envolvendo conflitos de jurisdição. Essa escolha legislativa, prevendo a utilização de cláusulas de arbitragem e de escolha de foro, promove a previsibilidade e certeza em transações jurídicas internacionais. A escolha também está relacionada com a tendência de harmonização internacional das normas de conflitos de leis e de jurisdição” [2005 SCC 46 (CanLII), (2005) 2 SCR 401].

valores e princípios arraigados na conclusão do negócio ou contrato, sobre o qual pairam as controvérsias.

Em outras palavras, a autonomia negocial consiste num âmbito de autorregulação dos indivíduos, que, por força notadamente da cláusula compromissória, estende-se ao desenvolvimento e manutenção das relações contratuais, revelando sua capacidade na preservação dos vínculos pela intervenção da arbitragem, ao solucionar controvérsias que possam ocorrer na execução e interpretação contratual. É na própria autonomia negocial, aliás, que os particulares encontram instrumentos idôneos não apenas para organizar e dispor dos próprios interesses, mas também para superar e compor controvérsias, caracterizadas como verdadeiras patologias contratuais.

Do referido microssistema decorre também a identificação da arbitragem como pacto essencialmente fiduciário, firmado na confiança das partes envolvidas, o que lhe confere uma leitura capaz de assegurar sua permanente higidez em face das tentativas sempre recorrentes de desvirtuamento a que estão sujeitas as instituições humanas.

Dentro dessa lógica, ao ser inserida nos contratos, a cláusula compromissória caracteriza um negócio jurídico dispositivo e constitutivo *per se* dirigido à criação de vínculos nos quais há uma verdadeira convergência de vontades para a solução de controvérsias. É justamente por meio do negócio jurídico que a autonomia negocial é instrumentalizada e se manifesta no campo dos operadores jurídicos. Explica-se.

Os negócios jurídicos são convenções privadas por excelência, que se destinam a criar, constituir, modificar e extinguir direitos, cujos efeitos atingidos não estão previamente previstos na lei, mas são pretendidos e construídos pelas partes. São atos em que o elemento volitivo possui efeitos jurídicos reconhecidos pelo ordenamento, mas cujo conteúdo tem um âmbito de livre disposição.⁵⁷⁰ Ou seja, representam uma prerrogativa que o ordenamento jurídico confere ao indivíduo capaz de, por sua vontade, criar relações válidas de acordo com a ordem social.⁵⁷¹

Orlando Gomes, aliás, assevera que os negócios jurídicos constituem a mais abundante fonte de obrigações cuja singularidade reside no caráter eminentemente voluntarista dos atos que compreende. A obrigação proveniente de negócio jurídico é

⁵⁷⁰ VENCELAU, Rose Melo. **O negócio jurídico e suas modalidades.** In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp.184-185.

⁵⁷¹ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: parte geral.** Vol. I, 34. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p.170.

contraída intencionalmente pelo obrigado que, agindo na esfera de sua autonomia privada, escolhe livremente o caminho que a lei lhe oferece para obter a tutela do seu interesse.⁵⁷²

A peculiaridade e a importância do negócio jurídico, dessa forma, residem justamente na possibilidade de os particulares regularem autonomamente suas relações por meio de disposições privadas com força normativa.

O caráter normativo que se reconhece ao negócio jurídico advém da constatação de que não só a lei produz norma. Isso porque o Direito se apresenta como uma estrutura escalonada de normas, composta por fontes superiores ou de qualificação jurídica, que servem como parâmetro de validação das normas apresentadas pelo sistema jurídico, e por fontes subordinadas ou de conhecimento jurídico, que não se prestam a isso. Ambas as fontes são aptas a produzir normas.⁵⁷³

Nessa classificação, o negócio jurídico é qualificado como norma negocial oriunda da fonte subordinada, dotada de plena juridicidade como as demais fontes (leis, jurisdição, usos e costumes), sendo autêntico e legítimo o seu modo de produção ou manifestação de normas jurídicas. Consideram-se normas negociais aquelas “juridicamente vinculantes estabelecidas pelos cidadãos para regularem os seus interesses privados por meio de contratos e negócios jurídicos em geral”.⁵⁷⁴

Tal entendimento não visa equiparar ou colocar as normas decorrentes de lei juntamente com aquelas oriundas de acordos privados; estas, porém, no seu âmbito de abrangência, comportam os mesmos elementos e estruturas das normas genéricas (decorrem de lei e se destinam a todos), variando apenas a função. Por essa razão, há possibilidade de enquadrá-las na categoria de normas.⁵⁷⁵

Tanto a atualidade, quanto a instrumentalidade dessa categoria são reforçadas com a apreensão e regramento de determinadas disposições que adquirem crescente importância nas novas modalidades de estipulações privadas, em especial na ordem jurídica internacional e empresarial, por não se enquadrarem nas dimensões de espécie contratual.

⁵⁷² GOMES, Orlando. **Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.39.

⁵⁷³ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento...**, p.165.

⁵⁷⁴ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento...**, p. 161.

⁵⁷⁵ “Norma dá entender a alguém que alguma coisa deve ser ou acontecer, desde que a palavra ‘norma’ indique uma prescrição, um mandamento. Sua expressão linguística é um imperativo ou uma proposição de dever-ser. O ato, cujo sentido é que alguma coisa ordenada, prescrita, constitui um ato de vontade. Aquilo que se torna ordenado, prescrito, representa, *prima facie*, uma conduta humana definida. Quem ordena algo, prescreve, quer que algo ‘deva’ acontecer” (KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas**. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986, p. 2).

É dentro desse contexto que a cláusula compromissória adquire grande relevância, ao se caracterizar como negócio jurídico autônomo e independente em relação ao contrato que o contém, dotado de objeto, conteúdo e perfil dogmático próprios, que tem por finalidade gerar uma nova esfera de regulação dos interesses privados, com juridicidade e integrante do quadro das fontes jurídicas.⁵⁷⁶ Para Eduardo Silva da Silva, por meio da cláusula compromissória (negócio jurídico), as partes optam por ingressar em uma esfera de regulação própria e legítima (fonte negocial), na qual há criação de uma instância jurídica, diversa da pública, constituída para identificar a solução da controvérsia (arbitragem) e implementada de forma a inserir-se no modelo jurídico do tipo negocial. Tal cláusula, inserida nos contratos, é lida de forma a compor uma estrutura, mediante a qual se ordena o conteúdo das fontes negociais, destinando-se a instrumentalizar a conservação das relações contratuais.⁵⁷⁷

Em síntese, a vinculação das partes à cláusula compromissória, com a consequente instauração da arbitragem, deriva não apenas da observância ao pactuado (princípio da boa-fé objetiva) e às normas jurídicas, mas também da realidade fática imposta àqueles que operam no âmbito empresarial. Isso se deve ao fato de a cláusula compromissória decorrer de um ato de autonomia negocial e de se constituir em uma convenção privada genérica (negócio jurídico), independente e autônoma em relação ao contrato que a transporta (princípio da autonomia ou separabilidade), dotada de plena juridicidade, que se enquadra entre as fontes jurídicas.

3.2.3 A cláusula compromissória nos contratos empresariais: eficiência econômica

No âmbito empresarial e internacional, em especial, o processo judicial tem demonstrado pouca vocação no sentido de atender às demandas de maior porte típicas desses meios, que exigem resolução célere (diante da dinamicidade da atividade econômica), discrição e sigilo dos trâmites e decisões (em virtude dos valores patrimoniais envolvidos e da indesejável circulação de informações estratégicas do ponto de vista

⁵⁷⁶ Esse enfoque da cláusula compromissória e de sua caracterização como negócio jurídico acarreta duas consequências mínimas: a aquisição de um caráter instrumental à arbitragem, disposta como um processo destinado à pacificação social e que serve como ponte entre a realidade socioeconômica e o direito; e a atribuição de um *status* próprio do instituto que decorre da força vinculativa oriunda do pacto firmado, na medida em que as partes se submeterão ao processo arbitral instituído pela cláusula compromissória e aos novos contornos do contrato, restabelecido pela sentença arbitral, que tem sua origem na própria autonomia negocial das partes.

⁵⁷⁷ SILVA, Eduardo Silva da. **Arbitragem e direito...**, p. 46.

econômico ou científico), flexibilidade procedimental e ampla autonomia do árbitro.⁵⁷⁸ Ora, o método estatal não conta com órgão julgador que se sobreponha às nacionalidades e aos ordenamentos jurídicos relacionados, tampouco com especialistas dotados de conhecimento aprofundado para o julgamento de controvérsias de caráter eminentemente técnico. Além disso, o princípio básico em arbitragem internacional reside justamente na liberdade conferida ao árbitro para organizar o procedimento conforme julgar conveniente, salvo se as partes estipularem de maneira diversa.

Há, ainda, a possibilidade de distanciamento entre o contexto dos contratos empresariais e a visão do Poder Judiciário não especializado, sobretudo quando está em jogo a definição de um interesse de cunho social, que pode conduzir a uma interpretação subjetiva, ensejando insegurança jurídica para as relações negociais. Não se trata de contestar uma função social do contrato, mas de se buscar a compreensão de que o social abrange também o econômico. Numa economia de mercado, é preciso conciliar ambos os imperativos para evitar prejuízos à coletividade e alcançar a almejada eficiência social, garantindo-se às partes certo grau de previsibilidade das soluções dos eventuais litígios que poderão surgir em virtude dos contratos.

É, pois, essa perspectiva da análise econômica do Direito que deve “[...] ser empregada para explicar a função social do contrato em um ambiente de mercado [...]” à medida que “[...] permite enxergar a coletividade não na parte mais fraca do contrato, mas na totalidade das pessoas que efetivamente, ou potencialmente, integram um determinado mercado de bens e serviços”.⁵⁷⁹

Não se pode olvidar, ainda, que uma das consequências da insegurança jurídica é a rarefação de créditos de longo prazo e a minimização do interesse em investimentos naquele mercado. Esse reflexo negativo foi comprovado empiricamente por Rafael LA PORTA *et al.*, os quais sistematizaram dados acerca da proteção legal dos direitos do investidor e da capacidade de execução que envolve tais direitos em 49 países (entre os

⁵⁷⁸ A figura do árbitro é de extrema relevância no contexto da arbitragem, cujos poderes que lhe são outorgados pelas partes autorizam a criação de normas processuais que julgar mais adequadas ou convenientes ao caso concreto no sentido de encontrar uma solução eficaz, livre dos formalismos que engessam um juiz. O árbitro, portanto, está longe de ser mero juiz “boca da lei” ou advogado, caracterizando-se um verdadeiro *tertium genus* (terceiro gênero). Os poderes do árbitro, acompanhados dos respectivos deveres, serão abordados com mais detalhes no próximo tópico.

⁵⁷⁹ TIMM, Luciano Benetti. **Ainda sobre função social do direito contratual no Código Civil brasileiro: justiça distributiva VS. eficiência econômica.** Revista dos Tribunais, ano 97, vol. 876, São Paulo: RT, out. 2008, p.43.

quais Canadá e Brasil),⁵⁸⁰ cujos resultados obtidos confirmam a hipótese de que um ambiente legal de melhor qualidade (descrito tanto pelas normas quanto pela qualidade de sua execução) proporciona um mercado de capitais mais amplo e valorizado.⁵⁸¹

Já os países latino-americanos são, particularmente, mal colocados nas análises de Rafael La Porta *et al.*, indicando que o subdesenvolvimento de seus mercados de crédito é também consistente com o argumento da falha institucional, assim como ajuda a explicar o fato de alguns países (como Argentina, Brasil e Chile) continuarem a apresentar altas taxas de juros, crédito limitado e pronunciada escassez de operações de longo prazo, apesar da dramática redução inflacionária e da retomada do crescimento.⁵⁸²

Um exemplo paradigmático é do Equador, cujas decisões tomadas em 2008 pelo Governo foram consideradas, do ponto de vista jurídico, como ofensivas ao devido processo legal e à segurança jurídica de maneira a desestimular investimentos no país.⁵⁸³ Não bastasse isso, no mesmo ano, o Equador, visando preservar o patrimônio público do país e atender às urgentes necessidades da população equatoriana, sob o argumento de evidências de ilegalidade e ilegitimidade, suspendeu imediatamente os pagamentos da dívida representada pelos Bônus Global 2012 e 2030. As consequências imediatas do calote foram redução dos investimentos estrangeiros, do crescimento econômico e da oferta de empregos.⁵⁸⁴

O risco do calote no Equador, a sua decisão em proteger seus bens contra ações no exterior e as dificuldades encontradas pela Petrobrás e outras empresas de obter soluções amigáveis em alguns de seus litígios são fatores que evidenciaram o perigo de prejuízos vultosos diante do desinteresse manifestado pelo país em encontrar meios idôneos e eficazes de solução de tais lides.⁵⁸⁵

Na mesma linha, destaca-se a tese de doutorado de Anna Lygia Costa Rego, intitulada “Aspectos jurídicos da confiança do investidor estrangeiro no Brasil”, em cuja pesquisa se demonstrou empiricamente que entre as razões pelas quais os agentes

⁵⁸⁰ Na pesquisa, Canadá apresentou melhores resultados que o Brasil.

⁵⁸¹ LA PORTA, Rafael; SILANES, Florencio L.; SHLEIFER, Andrei; e VISHNY, Robert W. **Legal determinants of external finance**. The Journal of Finance, vol. LII, n. 3, July 1997 (Working Paper, 5879).

⁵⁸² *Id. Ibid.*

⁵⁸³ LAWYER, Latin. **Odebrecht expelled from Ecuador**. 17.10.2008. Disponível em <www.latinlawyer.com>. Acesso em: 21.01.2011.

⁵⁸⁴ SÃO PAULO, Folha de. **Equador suspende pagamento da dívida**. 13.03.2009. Disponível em <www1.folha.uol.com.br>. Acesso em: 15.03.2011.

⁵⁸⁵ WALD, Arnoldo. **Uma nova visão...**, pp.14-15.

desconfiam do Brasil estão “os vácuos deixados pelo Direito, verbalizados por expressões como ‘falta de segurança jurídica’ e ‘impunidade’. O cumprimento das leis e a atuação do Judiciário são também largamente mencionados pelos agentes como fator de desconfiança”.⁵⁸⁶

Outrossim, para processos que abrangem conflitos empresariais mais complexos, a simples aplicação mecânica da regra jurídica muitas vezes não é suficiente para garantir a distribuição de uma justiça eficiente. Há necessidade de uma justiça sob medida, que conheça o passado e o presente dos negócios e possa prever razoavelmente o futuro, ou seja, as consequências da decisão proferida.

É nessa seara que a arbitragem se torna viável economicamente, não só em razão de sua celeridade, mas também porque os árbitros são mais preparados para interpretar e solucionar a questão em disputa.

Vale lembrar que a decisão proferida em sede de arbitragem tende a refletir a correta percepção do substrato econômico do contrato e da natureza da operação (na acepção de Enzo Roppo, a do contrato como roupagem jurídica de um ato econômico).⁵⁸⁷ Isso porque os árbitros, dada a sua especialização na matéria, estão mais aptos a interpretar e resolver a disputa contratual e optam por respeitar o binômio liberdade-responsabilidade, atribuindo preferência à aproximação entre boa fé contratual e adimplemento contratual, à aplicação do princípio do *pacta sunt servanda*, refutando-se, assim, aquela visão paternalista de proteger a parte mais fraca.

O litígio e seu método clássico de prestação jurisdicional são componentes econômicos a serem levados cada vez mais em conta nos levantamentos financeiros das empresas. São fatores que oneram a atividade empresarial e implicam custos de transação (custas judiciais, honorários dos advogados, peritos e especialistas, tempo perdido com tribunais, visitas a advogados, dias de trabalho, atrasos e adiamentos, tensão e perturbação). Esses ônus são repassados ao custo da produção e encarecem o produto, bem como o serviço a ser prestado, o que dificulta a competitividade das empresas no mercado globalizado.

⁵⁸⁶ REGO, Anna Lygia Costa. **Aspectos jurídicos da confiança do investidor estrangeiro no Brasil**. Tese de Doutorado em Direito Econômico e Financeiro da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2010, p.306.

⁵⁸⁷ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p.08.

O hiato entre o desempenho teórico do Judiciário e aquele observado na prática representa uma das razões de a atividade econômica, por vezes, organizar-se de formas não-canônicas, como no caso de *holdings*,⁵⁸⁸ buscando reduzir custos de transação e preservar relações que envolvam investimentos específicos.

Tais fatores são acompanhados da constatação da impossibilidade de se elaborar contratos suficientemente completos, conforme abordado anteriormente, visto que passíveis de alteração por eventos posteriores à sua constituição, corroborando situações de crise que podem prejudicar o andamento dos negócios e que precisam ser solucionadas da forma mais eficiente possível.

Fica clara, também, a conveniência da criação de incentivos ou de sanções no bojo do contrato, mediante os quais as partes consigam incluir cláusulas capazes de maximizar os respectivos benefícios e prever que, na execução do contrato, tais cláusulas serão validadas.

A dificuldade de garantir a aplicação dos contratos nos tribunais e o desinteresse das empresas de uma demorada e imprevisível disputa judicial faz com que a própria atividade econômica se organize de forma a evitar conflitos e permitir adaptação de tais contratos.

Obviamente, não se pretende afastar a imprescindibilidade do Poder Judiciário forte para julgar as lides que envolvam questões de direito público e de direito indisponível, tampouco se pretende a substituição de tarefas da jurisdição estatal por um modelo privado. Torna-se imperioso, porém, o reconhecimento da adequação de outros meios que, em função da afinidade entre direito e instrumento, logram ser os mais próprios para resolução de determinadas controvérsias, notadamente no ramo empresarial e internacional.

A conservação pelos próprios particulares dos negócios jurídicos estabelecidos ocorre mediante o exercício de sua autonomia negocial, expressa na cláusula compromissória inserta nos contratos empresariais. Ou seja, a cláusula arbitral se apresenta

⁵⁸⁸ Entende-se por *holding* como a “[...] sociedade cuja totalidade ou parte de seu capital é aplicada em ações de outra sociedade gerando controle sobre a administração das mesmas. Por essa forma assegura-se uma concentração do poder decisório nas mãos da empresa mãe – holding” (NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.276). Como respaldo legal, invoca-se o artigo 2º da Lei nº 6.404/76, segundo o qual “a companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades; ainda que não prevista no estatuto, a participação é facultada como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais”.

como método de manutenção dos vínculos jurídicos e econômicos embutidos no contrato e ameaçados pelo advento de controvérsias sobre a interpretação e execução contratual. Considerando que o instituto é constituído pela mesma autonomia negocial que originou o contrato firmado entre os particulares, ele também detém as condições para restaurá-lo de forma a preservar a incolumidade dos vínculos nele embutidos, por meio de uma atuação de baixa litigiosidade no interesse de ambas as partes.

Abre-se, assim, um novo campo de atuação para o particular, que, na medida em que conquista maiores direitos, com a valorização da autonomia privada relativamente aos direitos disponíveis de que é titular, assume também responsabilidades diretas pela solução de seus conflitos. Nesse sentido, convém destacar que a arbitragem internaliza o custo do litígio, tornando as partes mais responsáveis por seus comportamentos ao longo do contrato e de um potencial conflito. A consequência disso é a redução de teses ou argumentos desarrazoados, já que a parte contratante precisará pagar para testá-los e sofrerá o revés de uma conduta contraditória.

Por essa razão que, ao se destacar a perspectiva privada da arbitragem, revela-se indispensável às empresas inserirem em seus contratos empresariais cláusulas compromissórias que instrumentalizem as denominadas “estruturas de conservação”, as quais preservam e renovam valores, intenções e objetivos inicialmente buscados pelos contratantes ao remetê-los a uma atuação pacificadora no caso de controvérsia por meio do processo arbitral.

É dessa prática do mundo negocial que emerge a realidade fática da busca de coexistência pacífica entre os indivíduos e, especificamente, entre as empresas que, por força da intensa massificação das relações, precisam firmar negócios com um grau mínimo de litigiosidade nas circunstâncias em que ocorrer qualquer controvérsia de interpretação ou aplicação contratual.

Em caso de litígio, torna-se mais importante manter a relação ou então manter a reputação no mercado onde se atua, sendo que qualquer desses dois objetivos pode ser prejudicado de forma irreparável pelo envolvimento numa ação judicial, com a demora e a publicidade que isso acarreta.

Para atingir esse escopo, portanto, não há instrumento mais idôneo e eficaz que a cláusula compromissória, como garantia de cooperação e auxílio recíproco, à luz dos

interesses precípuos dos agentes econômicos de congregar, fortalecer e ampliar espaço no mercado.

3.3 A FLEXIBILIDADE PROCEDIMENTAL DA ARBITRAGEM COMO MECANISMO PROPULSOR DA AUTONOMIA NEGOCIAL: O ÁRBITRO COMO GRANDE PROTAGONISTA

É cediço que a eficácia do sistema processual depende de sua utilidade para o direito substancial, “o que exige do juiz grande esforço para adequar a realidade e a necessidade do processo às formas previstas em lei, que normalmente não acompanham a rápida transformação da realidade social”.⁵⁸⁹ Na prática forense, porém, tem sido presenciado diuturnamente um exagerado apego a ritos processuais transformando o processo como um fim em si mesmo. O sistema processual estatal, logo, não acompanhou as necessidades sociais, deixando de ser vocacionado à solução rápida, simplificada e eficaz, postulada pelas relações negociais.

Dessa carência emerge a arbitragem que, como visto, é produto da autonomia negocial das partes, em razão da qual se tem maior flexibilidade do procedimento. Isso porque, na tutela estatal, embora seja permitido gozar de mecanismos processuais flexíveis à luz do princípio da instrumentalidade das formas, o juiz ainda se cerca de dogmas legalistas, ora para evitar instabilidade jurídica valendo-se de interpretação meramente gramatical, ora pela ausência de estímulos à mitigação de regras processuais.

Nesse sentido, Selma Lemes assevera que um dos fatores que contribuem para “a correta e eficaz consolidação” da arbitragem é a “manutenção de regras flexíveis”.⁵⁹⁰ É da essência do processo arbitral a ruptura com a solenidade das formas e ritos do sistema processual a fim de se prestigiar os princípios da “efetividade e da facilitação do acesso à Justiça”, pois as regras flexíveis “privilegiam os princípios que objetivam que o processo atinja sua finalidade: proferir rapidamente a sentença arbitral”. Afirma, ainda, a autora que “a flexibilidade não pode ser um mero atributo da arbitragem, mas é a característica de um

⁵⁸⁹ CARMONA, Carlos Alberto. **Flexibilização do procedimento arbitral**. Revista Brasileira de Arbitragem, v.1, n.1, jul-out 2003, Porto Alegre: Síntese; Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem, 2004, p.8.

⁵⁹⁰ LEMES, Selma. **O cenário da arbitragem no Brasil – oito anos da Lei de arbitragem**. Revista de Arbitragem e Mediação, ano 01, n. 03, set-dez 2004, Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, p.129.

bom árbitro, que deve ter a iniciativa, a habilidade e o objetivo de seguir uma linha e estabelecer o ritmo do procedimento”.⁵⁹¹

A flexibilização do procedimento arbitral possui duas vertentes distintas. A primeira refere-se à possibilidade de escolha das regras procedimentais; a segunda diz respeito à viabilidade de adaptação das regras anteriormente eleitas para disciplinar a controvérsia. Isso contribui sobremaneira para a celeridade da arbitragem, focando as discussões em torno do direito substancial reclamado perante o tribunal arbitral.⁵⁹²

Não raras vezes, a convenção arbitral reporta-se a regulamentos de instituições arbitrais, conjuga procedimentos legais estrangeiros distintos – valendo-se, por exemplo, de mecanismos ora da *common law*⁵⁹³ ora da *civil law*, especialmente na instrução processual –, faculta ao árbitro a adoção do procedimento mais adequado ao caso concreto, enfim, cria uma elasticidade procedimental antes impensável na tutela estatal, o que torna o referido mecanismo alternativo de solução de controvérsias bastante atraente aos agentes econômicos.

Havendo omissão das partes quanto a regras procedimentais aplicáveis à controvérsia, caberá ao árbitro ou tribunal arbitral a sua eleição⁵⁹⁴ do modo que julgar mais apropriado à controvérsia em discussão, mantendo-se a paridade de armas convencionalizada pelas partes [artigo 21, §1º, da Lei nº 9.307/96⁵⁹⁵ e artigo 19(1) e (2) da Lei Modelo UNCITRAL].⁵⁹⁶⁻⁵⁹⁷

⁵⁹¹ LEMES, Selma. **O cenário da...**, p.136.

⁵⁹² *Id. Ibid.*, p.15. Sobre o tema, cf.: MONTORO, Marcos André Franco. **Flexibilidade do procedimento arbitral**. 415f. Tese de Doutorado em Direito Processual. Universidade Estadual de São Paulo (USP), São Paulo, 2010.

⁵⁹³ Por exemplo, há os mecanismos de prova como: *discovery*, que atua no campo probatório, municiando as partes de ferramentas essenciais para uma robusta e futura discussão judicial, de maneira a atingir um consenso entre as partes antes de qualquer provimento jurisdicional; *cross examination*, segundo o qual as perguntas são formuladas diretamente pelas partes, cabendo ao juiz apenas complementar em relação aos pontos não esclarecidos; *expert witnesses* (testemunhas técnicas), atinente ao interrogatório de especialistas; e *written witness statements*, isto é, depoimentos escritos.

⁵⁹⁴ Em sentido contrário, Elio Fazzalari defende que a integração das regras lacunosas deverá ser realizada pela lei processual (**L’arbitrato**. Volume 6, Il Processo civile. Torino: UTET, 1997, p.56).

⁵⁹⁵ Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento. § 1º Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo.

⁵⁹⁶ Artigo 19.º. Determinação das regras de procedimento. (1) Sem prejuízo das disposições da presente Lei, as partes podem, por comum acordo, escolher livremente o procedimento a ser seguido pelo tribunal arbitral. (2) Na falta de tal acordo, o tribunal arbitral pode, sem prejuízo das disposições da presente Lei, conduzir a arbitragem do modo que julgar apropriado. Os poderes conferidos ao tribunal arbitral compreendem o de determinar a admissibilidade, a pertinência, a importância e a matéria de qualquer prova produzida.

Nos casos em que a escolha do procedimento arbitral caberá ao árbitro ou tribunal arbitral, torna-se imperioso reconhecer que os diferentes sistemas processuais – de *civil law* e de *common law* – evocam diferentes formas de condução. Árbitros oriundos de ambientes anglo-saxões, por estarem acostumados ao sistema adversarial, apenas controlam a batalha entre os advogados das partes, aos quais cabe a produção de provas de suas alegações, sem que haja participação direta do julgador no confronto. Quanto aos árbitros vinculados ao sistema inquisitorial (típico de países adeptos da *civil law*), estão habituados à ideia de que precisam participar mais intensamente da instrução probatória, o que tende a torná-los mais flexíveis na produção e avaliação das provas.⁵⁹⁸

Ademais, ainda que as partes tenham elegido arbitragem institucional ou mesmo convencionado expressamente o procedimento a ser observado, a entidade arbitral ou o árbitro poderá flexibilizá-lo ante a necessária adaptação à controvérsia em discussão, afastando, por exemplo, regras incompatíveis.

Nas mais variadas instituições arbitrais, é possível observar que os procedimentos por elas elaborados não seguem a mesma sistemática processual do ente estatal. Nem poderiam seguir, porque um dos atrativos da arbitragem é justamente a possibilidade de as partes evitarem o complexo mecanismo estatal e burocrático. A decorrência lógica da

⁵⁹⁷ Nas províncias canadenses, a maioria das legislações domésticas dispõe sobre a possibilidade de o tribunal arbitral determinar o procedimento a ser seguido na arbitragem e enfatizam a sua liberdade ao estabelecer que o mesmo não está limitado a regras de evidência ou qualquer outra lei aplicável ao processo judicial, atribuindo-lhe poder para determinar a admissibilidade, relevância e peso de qualquer prova. Nesse sentido: (i) no âmbito federal do Canadá, o artigo 19(1) e (2), da *Commercial Arbitration Act*, R.S.C. 1985, c 17 (2nd Supp); (ii) em Alberta, seção 20 e 21 da *Arbitration Act*, RSA 2000, c A-43; (iii) em Saskatchewan, seções 21 e 22 da *The Arbitration Act*, 1992, SS 1992, c A-24.1; (iv) em Manitoba, seções 20 e 21 da *The Arbitration Act*, CCSM c A120; (v) em Ontario, seções 20 e 21 da *Arbitration Act*, 1991, SO 1991, c 17; (vi) em Nova Scotia, seções 22 e 23 da *Commercial Arbitration Act*, SNS 1999, c 5; (vii) em Northwest Territories, seção 41 da *Arbitration Act*, RSNWT 1988, c A-5; e (viii) em Nunavut, seção 41 da *Arbitration Act*, RSNWT (Nu) 1988, c A-5. Já a seção 9 da *Arbitration Act*, RSPEI 1988, c A-16, de Prince Edward Island, a seção 10 da *Arbitration Act*, RSNL 1990, c A-14 de Newfoundland and Labrador e a seção 11 da *Arbitration Act*, RSY 2002, c 8, de Yukon estabelecem que os árbitros têm poder para administrar a condução da arbitragem, não enfatizando tanto a sua ampla liberdade procedimental. A *Commercial Arbitration Act*, RSBC 1996, c 55, de British Columbia, por sua vez, impõe certa limitação, ao dispor na sua seção 6(2)(a) que: “*In an arbitration, the arbitrator [...] must admit all evidence that would be admissible in a court*”. Tradução livre: “Em uma arbitragem, o árbitro [...] tem que admitir todas as provas que seriam admissíveis em uma Corte”. Bastante similar, é a redação de New Brunswick, cujo *Arbitration Act* SNB 1992, c A-10.1 prevê na sua seção 21(1) que: “*In an arbitration, the arbitral tribunal shall admit all evidence that would be admissible in a court and may admit other evidence that it considers relevant to the issues in dispute*”. Tradução livre: “Em uma arbitragem, o tribunal arbitral deve admitir todas as provas que seriam admissíveis em uma Corte e pode admitir outras provas que sejam relevantes à questão em disputa”. Por fim, em Quebec, aplicam-se as disposições de seu CPCQ (artigo 940) à arbitragem, não facultando às partes dispor de forma contrária.

⁵⁹⁸ CARMONA, Carlos Alberto. **Em torno do...**, p.55.

flexibilização procedimental, porém, é a ausência de solução para muitos dos problemas que emergem no curso da arbitragem, o que acaba por tornar o árbitro o seu verdadeiro protagonista, porquanto responsável por encontrar paradigmas e alternativas viáveis para sanar tais problemas.

Em outras palavras, independentemente de autorização das partes, não há nenhum impedimento aos árbitros para alterar o modelo procedimental escolhido ou contemplado nas regras institucionais, aplicável à controvérsia. Pelo contrário, pelo dever de diligência, deve o árbitro eliminar empecilhos processuais “que entrem a tramitação do processo arbitral, adaptando a sequência de atos às necessidades da causa determinando a prática do ato não previsto (ou dispensando a prática de ato inútil), reordenando, se necessário, o procedimento”.⁵⁹⁹

A flexibilidade procedimental é, pois, a regra não apenas no direito brasileiro, mas também no direito canadense, conforme se extrai do caso *Desputeaux v. Éditions Chouette* (1987) inc. da *Supreme Court* do Canadá⁶⁰⁰ que, ao julgar a ação originária de Quebec, afirmou que o árbitro não está obrigado a ouvir prova testemunhal, pois os métodos de prova são flexíveis, controlados pelo árbitro e, em última instância, pelas próprias partes. Por essa razão, uma decisão arbitral com base em depoimento de testemunha que não tenha sido ouvida na presença do árbitro não seria passível de anulação por si só.⁶⁰¹

No mesmo sentido é o caso *Purkinje inc. c. Famic Technologie inc*⁶⁰², julgado pela *Cour d'Appel* de Quebec, que assim consignou:

*[...] la compétence de l'arbitre découle habituellement de la convention d'arbitrage dont l'étendue est interprétée de façon libérale [...] pour l'essentiel, la détermination de la conduite de la preuve et de la procédure relève des parties et de la compétence de l'arbitre. La souplesse est la règle en cette matière.*⁶⁰³

⁵⁹⁹ CARMONA, Carlos Alberto. **Flexibilização do procedimento...**, p.35.

⁶⁰⁰ 2003 SCC 17 (CanLII), [2003] 1 SCR 178.

⁶⁰¹ *Id. Ibid.*, parágrafo 70.

⁶⁰² 2009 QCCA 549 (CanLII)

⁶⁰³ Tradução livre: “[...] a competência do árbitro decorre habitualmente da convenção arbitral, cujo objetivo é interpretar de maneira liberal... por essência, a determinação da condução da prova e do procedimento é estabelecida pelas partes e de competência do árbitro. A flexibilidade é a regra nessa matéria”.

Por conta dessa flexibilidade procedimental, que tem o árbitro como seu protagonista, a arbitragem torna-se um método de resolução de disputas muito atraente, sobretudo na seara econômica e internacional. A ampla elasticidade de formas, fórmulas e atos processuais do procedimento arbitral facilita a apuração dos fatos, agiliza o resultado e torna mais eficiente a aplicação do Direito.

4 A CONEXÃO ENTRE SEGURANÇA JURÍDICA E EFICIÊNCIA ECONÔMICA: ANÁLISE DE ESTUDOS EMPÍRICOS SOBRE O *ENFORCEMENT* GARANTIDO PELOS TRIBUNAIS À CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA ARBITRAL

4.1 A RELAÇÃO ENTRE ARBITRAGEM E JUDICIÁRIO NO BRASIL: A PESQUISA PIONEIRA REALIZADA PELO COMITÊ BRASILEIRO DE ARBITRAGEM EM PARCERIA COM A ESCOLA DE DIREITO DA FUNDAÇÃO DE GETÚLIO VARGAS

O artigo intitulado *The Path of Law*, publicado em 1897, do jurista norteamericano Oliver Wendell Holmes Junior, precursor do pragmatismo jurídico, contém uma profecia que gradativamente tem sido concretizada na atualidade.⁶⁰⁴ Segundo ele, para o estudo racional do Direito, o homem *blackletter*⁶⁰⁵ até poderia ser o jurista do presente (na época), mas o jurista do futuro (contemporâneo) seria aquele que dominasse estatísticas e economia. Para ilustrar essa ideia visionária, citou como exemplo o caso de furto, cujo conceito legal limitava-se a evitar a violência e incluir a posse injusta. Em tempos modernos, asseverou que os juízes devem ampliar o referido conceito legal para compreender no crime também a posse recebida por meio de artifício ou fraude.⁶⁰⁶

Um dos recentes fenômenos do Direito pátrio é justamente o rompimento com o formalismo hermético disciplinar e a introdução de novas perspectivas para a análise da realidade fático-jurídica, cujo perfil eclético tem as suas bases na interface direito e economia.

A visão interdisciplinar entre direito e economia abre novos horizontes, tornando obsoleto o estudo tradicional do Direito meramente teórico, geral e abstrato. Não mais basta estudar a lei e suas possíveis interpretações, sendo crucial a análise do comportamento contratual.

Nesse aspecto, o crescimento da vertente abstrata da nova teoria do contrato de Edward L. Rubin não tem sido adequadamente acompanhado de comprovação empírica, o que a fragiliza e lhe acentua o carácter convencional, a despeito de se presenciarem

⁶⁰⁴ HOLMES JUNIOR, Oliver Wendell. **The path of law**. Disponível em: <www.constitution.org>. Acesso em: 27.06.2011.

⁶⁰⁵ O significado mais próximo seria o homem teórico, dos livros clássicos de Direito.

⁶⁰⁶ HOLMES JUNIOR, Oliver Wendell. **The path of...**

esforços nesse sentido nas últimas décadas. Não restam dúvidas de que a análise empírica é um dos aspectos mais promissores da referida teoria do contrato por conferir a esta um grau de realismo, fornecendo-lhe dados estatísticos e quantitativos.

A análise empírica descortina os aspectos contextuais da negociação na vida real, ressaltando os elementos comportamentais que influenciam a conduta negocial e evidencia a variedade de interesses capaz de promover soluções que se afastam das mais elementares normas contratuais. Isso tem levado (e continuará a levar) a resultados interessantes, seja no âmbito histórico,⁶⁰⁷ seja no estudo das economias em desenvolvimento e de transição, nas quais a presença ou ausência do quadro legal permite revelações nada usuais em economias desenvolvidas e estabilizadas.⁶⁰⁸ Permite, ainda, concluir que a estruturação dos contratos tende a ser, quase universalmente, uma combinação de elementos variados, sem prescindir das instituições, a exemplo do Judiciário que lhes confere exequibilidade.

Conforme frisado no capítulo segundo, o foco do ensino jurídico não mais deve partir da leitura de casos judiciais (exceção), mas de situações que estejam à frente da cultura do litígio, de maneira que os profissionais do Direito aprendam a redigir, por exemplo, um contrato para evitar tais litígios.

Esse é o ideal a ser alcançado, cuja trajetória pressupõe o uso da jurimetria, uma poderosa ferramenta que permite aos estudiosos do Direito a compreensão do universo de processos e fatos jurídicos, por meio de outras áreas do conhecimento capazes de descrever de forma resumida as suas tendências centrais e a sua variação: a estatística e a probabilidade. Vale dizer que a jurimetria é um meio que torna possível o desenvolvimento de instituições jurídicas capazes de atender aos anseios econômicos, políticos e sociais.

Revela-se, ainda, de grande importância a comunhão entre o mandamento legal e as decisões judiciais para a eficiência e o avanço da arbitragem, o que evidencia a salutar e necessária cooperação entre árbitros e juízes, sem que isso represente uma situação de subordinação de uma esfera de poder à outra. Selma Maria Ferreira Lemes, aliás, destaca

⁶⁰⁷ Nesse sentido, oportuno mencionar o *paper* de Avner Greif “*Contract Enforceability and Economic Institutions in Early Trade: The Maghribi Traders' Coalition*”, cujo estudo destaca a interação entre instituições sociais e econômicas, as determinantes das práticas de negócio, a natureza do direito dos comerciantes e as interrelações entre mercado e instituições não mercantis. Para tanto, o autor se valeu de registros históricos e de um simples modelo teórico de jogo para examinar uma instituição econômica que permitiu aos comerciantes do século XI beneficiar-se empregando agentes no exterior, apesar dos problemas de compromisso inerentes a essas relações.

⁶⁰⁸ São exemplos: os estudos de Ha-Joon Chang “*Understanding the relationship between institutions and economic development: some key theoretical issues*” e Dani Rodrik “*One economics, many recipes: globalization, institutions, and economic growth*”, mencionados no capítulo segundo.

que: “O Judiciário precisa da Arbitragem para reduzir a judicialização e a Arbitragem precisa do Judiciário para que suas decisões tragam segurança jurídica às partes”.⁶⁰⁹

No mesmo sentido, Roque J. Caivano assevera que:

*El arbitraje debe convivir con la justicia. Para que esa convivencia sea armónica, habrá de establecerse una relación de cooperación entre ambos sistemas. Así como los árbitros deberán comprender las limitaciones que les impones su origen convencional, la falta de imperium y el orden público, será necesario que los jueces compartan la filosofía y los objetivos del arbitraje como sistema que “coopera” en la resolución de conflictos, prestando su auxilio cuando se deba recurrir a ellos para ejecutar el laudo, aceptando también sus propias limitaciones en casos que legítimamente fueron sustraídos de su competencia [...] Es preciso que exista una armónica coexistencia entre ambos como forma de garantizar efectivamente el acceso de los litigantes a fórmulas que les permitan resolver pacíficamente sus conflictos.*⁶¹⁰

Uma política ostensiva de ampliação e divulgação da arbitragem tem o condão de, por um lado, favorecer o Judiciário ao desafogar o sistema com significativa diminuição de processos e economizar recursos públicos e, por outro, fortalecer o referido mecanismo e contribuir sobremaneira para a sua evolução.

Essa cooperação entre Judiciário e arbitragem repercute nos números que tal mecanismo tem ostentado em pesquisas estrangeiras, a exemplo da *International Chamber of Commerce* (ICC) que no período compreendido entre 1992 a 2011 mais do que dobrou o número de novos casos recebidos por ano: de 337 para 795.⁶¹¹

⁶⁰⁹ LEMES, Selma Maria Ferreira. **Judiciário ainda emperra avanço da arbitragem**. Entrevistada por Alessandro Cristo. Consultor Jurídico. Texto publicado em 06.06.2009. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 12.09.2012.

⁶¹⁰ CAIVANO, Roque J. **Arbitraje**. 2. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc Villela Editor, 2000, pp.35-36. Tradução livre: “A arbitragem deve conviver com a justiça. Para que essa convivência seja harmônica, haverá de se estabelecer uma relação de cooperação entre ambos os sistemas. Assim como os árbitros deverão compreender as limitações que sua origem convencional lhes impõe, a falta de *imperium* e a ordem pública, será necessário que os juízes compartilhem a filosofia e os objetivos da arbitragem como sistema que “coopera” na resolução de conflitos, prestando seu auxílio quando a eles recorrer para executar o laudo, aceitando também suas próprias limitações em casos que legitimamente foram subtraídos [poderes] de sua competência [...] É preciso que exista uma harmônica coexistência entre ambos como forma de garantir efetivamente o acesso dos litigantes a fórmulas que lhes permitam resolver pacificamente seus conflitos”.

⁶¹¹ ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 22/Nº 2, 2012.

Só em 2009, a ICC recebeu um registro de 817 pedidos de arbitragem, dos quais o Brasil foi o quarto país com mais partes em arbitragem, representando 4,11% do total,⁶¹² ao passo que o Canadá foi o décimo sexto. Esse aumento sem precedentes no Brasil implicou uma mudança no balanço entre América do Norte e América do Sul, com proporção maior de partes dos países da América Latina e caribenhos (56%) em relação ao Canadá e aos EUA (44%).⁶¹³

Para ilustrar o crescimento exponencial da arbitragem do Brasil, entre 1950 e 1992, isto é, em 42 anos, apenas 44 casos foram registrados na ICC envolvendo partes brasileiras (praticamente um por ano). Já entre 1995 e 1999, o aumento foi considerável, com 50 casos envolvendo partes brasileiras na ICC (ou seja, aproximadamente 12 por ano), dos quais 17 como parte requerente e 33, como requerida.⁶¹⁴

Apesar da prevalência da ICC, o Brasil também se faz presente em casos administrados por outras instituições arbitrais internacionais renomadas, como a AAA, a *London Court of International Arbitration* (LCIA). Esta última, em 2008, teve três casos envolvendo partes brasileiras, dois árbitros brasileiros indicados, um caso sediado no Brasil (em São Paulo) e um caso em que se aplicou a lei brasileira ao mérito do litígio.⁶¹⁵

Os valores envolvidos em decisões arbitrais, só no Brasil, passaram de R\$ 867 milhões em 2008 para R\$ 2,4 bilhões em 2009, o que representa um aumento de 185%, com maior destaque para a área de construção civil.⁶¹⁶

Esses números têm despertado o reconhecimento do Brasil no exterior, seja por instituições arbitrais, seja no meio acadêmico,⁶¹⁷ conquistando o país o seu espaço no mapa da arbitragem internacional,⁶¹⁸ o que tem sido decisivo para garantir segurança jurídica e o Estado de Direito nas relações internacionais.

⁶¹² ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 21/Nº 1, 2010, pp.1 e 7.

⁶¹³ ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 21/Nº 1, 2010, pp.1 e 7.

⁶¹⁴ ROOS, Cristian Conejero e GRION, Renato Stephan. **Arbitration in Brazil: the ICC experience**. In: MUNIZ, Joaquim T. de Paiva e BASÍLIO, Ana Teresa Palhares. *Arbitration Law of Brazil: practice and procedure*, Paris: Juris Publishing, 2006, p.APP C-12 e C-13.

⁶¹⁵ WALD, Arnaldo. **A evolução da arbitragem internacional no Brasil**. Revista de Arbitragem e Mediação, n. 23, ano 6, out-dez 2009, São Paulo: Revista dos Tribunais, p.33.

⁶¹⁶ LEMES, Selma Maria Ferreira. **Valores envolvidos em arbitragem acumulam R\$ 2,4 bi**. Entrevistada por Geiza Martins. Consultor Jurídico. Texto publicado em 13.04.2010. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 12.09.2012.

⁶¹⁷ Nesse sentido, cf.: AMIGO, Natalia Guajardo. **Arbitrion to resolve international comercial disputes under the brazilian arbitration act: Is Brazil a good site for arbitration?** Thesis for the degree of Master of Laws. University of British Columbia (UBC) Faculty of Law. July 2004. 144 f.

⁶¹⁸ MILÍCIO, Gláucia. **Arbitragem no Brasil já é reconhecida no exterior**. Texto publicado em 23.08.2009. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 12.09.2012.

É a verdadeira “democratização da justiça”,⁶¹⁹ que se realiza por ondas sucessivas, entre as quais a arbitragem, que não apenas torna possível a garantia de um amplo acesso à justiça, como também se mostra cada vez mais útil, senão necessária, em áreas consideradas essenciais ao desenvolvimento econômico e social de um determinado país, tais como contratos relativos a investimentos estrangeiros, infraestrutura, acordos de acionistas e *joint ventures*.

O investidor estrangeiro, ao escolher os países para aplicar seus investimentos, segundo João Bosco Lee, analisa, entre outros fatores, “estabilidade política e econômica, vantagens fiscais, segurança jurídica e acesso à justiça arbitral internacional. A arbitragem em matéria de investimento é uma das garantias essenciais de segurança ao investidor estrangeiro”.⁶²⁰

Com base nessas premissas, revela-se imprescindível o estudo sobre a relação entre arbitragem e Judiciário, pois o papel deste é fundamental para o desenvolvimento e garantia da efetividade daquela.

No Brasil, merece destaque a pesquisa pioneira realizada pelo Comitê Brasileiro de Arbitragem em parceria com a Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, de acordo com a qual, entre 1996 e 2008,⁶²¹ foram analisadas e tabuladas 790 decisões dos tribunais brasileiros – com a exclusão dos trabalhistas, bem como dos casos que envolviam Juizados Especiais e levantamento de FGTS –, distribuídas em seis campos temáticos, relacionados com a efetividade da arbitragem no país, a saber: (i) validade, eficácia, existência da convenção de arbitragem, representando 54% das decisões; (ii) medidas de urgência e medidas coercitivas, correspondente a 9%; (iii) invalidade da sentença arbitral, atinente a 15%; (iv) execução e cumprimento de sentença arbitral, referente a 6%; (v) execução específica da cláusula arbitral – ação judicial do artigo 7º da lei de arbitragem, equivalente a 7%; (vi) homologação de sentenças arbitrais estrangeiras, representando 3%. O remanescente de 6% de outros casos diz respeito a casos que não se enquadravam nas classificações temáticas elencadas. Os itens (i), (iii), (iv) e (v) merecem maior digressão, tendo em vista o objetivo do presente trabalho.

⁶¹⁹ Cf.: CAPPELLETTI, Mauro; e GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

⁶²⁰ LEE, João Bosco. **O país deve demonstrar que aceita as regras internacionais**. Gazeta do Povo, Curitiba, 23.11.2008. Colunistas. Disponível em: <www.gazetadopovo.com.br>. Acesso em: 03.11.2011.

⁶²¹ Com exceção do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), cujo banco de dados foi atualizado até dezembro de 2007.

Para a aferição da validade, eficácia, existência da convenção de arbitragem, das 790 decisões selecionadas foram excluídas aquelas oriundas dos Tribunais de Justiça de Goiás e Pernambuco, assim como de outros tribunais, devido a problemas técnicos como não localização de inteiro teor e forma de busca exclusivamente por ementas, adoção de procedimento arbitral diferenciado, segredo de justiça, entre outros motivos, restando 330 acórdãos, analisados individualmente.

Como resultado, o grupo temático⁶²² constatou que a apreciação da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem ocorreu principalmente a partir dos seguintes fundamentos: (i) viés procedimental e formalista, voltando-se a questões exclusivamente processuais e seus institutos,⁶²³ com a extinção do processo sem resolução do mérito nos termos do artigo 267, VII, do CPC, aplicando-se o efeito negativo da convenção, seja a sua existência aventada em preliminar de contestação, exceção de incompetência ou até mesmo conhecida de ofício (artigo 301, parágrafo 4º, CPC);⁶²⁴ (ii) necessidade de compromisso arbitral por qualificar a cláusula compromissória como mera promessa de constituir juízo arbitral, cujo entendimento foi externado com maior frequência até 2002, apresentando, desde então, diminuição;⁶²⁵ (iii) autonomia da vontade, enfatizando o conceito privatista do negócio jurídico (artigo 104 CC) para afastar cláusula arbitral que deixa de observar requisitos formais previstos no ordenamento, restringi-la a matérias que estejam expressamente contidas na sua redação e justificar a intervenção do Judiciário apenas em casos excepcionais como cláusula vazia e questões urgentes;⁶²⁶ e (iv)

⁶²² O Grupo de Pesquisa responsável pelo tema “Validade, Eficácia e Existência da Convenção Arbitral” foi composto pelos Coordenadores Daniela Monteiro Gabbay e Giovanni Ettore Nanni, e Pesquisadores André Luís Monteiro, Antonio Henrique Monteiro, Debora Visconte, Denise Marin e Fernando Medici Junior. Disponível no site: <cbar.org.br>. Acesso em: 12.09.2012.

⁶²³ Nesse sentido, a pesquisa citou os Agravos de Instrumento (AI's) nºs 373.070-4, 510.575-4/1-00, 7132996-7 e 463.379-4/0-00, todos do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP). Em sentido contrário, entendendo pela inafastabilidade da jurisdição estatal, o AI nº 67125/2006 do Tribunal de Justiça do Mato Grosso (TJMT) e os seguintes julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS): AI's nºs 70004535662, 70008934861, 70009318106, 70009340274, 70010662740, 70011081148 e 70011513652, e Apelação Cível (AC) nº. 70007909534.

⁶²⁴ Foram mencionados os seguintes julgados do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG): AC's nºs 2.0000.00.402474-6/000, 2.0000.00.425811-7/000 e 2.0000.00.394534-0/000, e AI nº 2.0000.00.356235-8/000. Em sentido contrário, a AC nº 2007.001.42265 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ).

⁶²⁵ Entendimento de alguns julgados do TJSP: AI's nºs 197.978-4/0, 234.764-4/2-00, 618.314-00/3, 618.324-00/8, 089.522-4/8-00, 090.709-4/4 e 149.021-4/8; Agravo Regimental (AgRg) nº 089.522-4/0-01; Embargos Declaratórios (EDcl.) nº 090.709-4/6-01; e AC's nºs 383.455-4/5-00 e 1107917-0/1.51. No TJPR, AI's nºs 428.067-1 370561-5, 428.067-1 e AI 439.800-3 e no TJMG AI nº 2.0000.00.452321-5/000.

⁶²⁶ No TJSP vide AC nº 980.401-0 e AI 1.111.650-0. No TJRJ, AC's nºs 2006.001.14601, 2005.001.42032, 2005.001.31186, 24.825/2007 e 25.140/2007 e 2006.001.59128.

princípio da competência-competência do artigo 8º, parágrafo único, da Lei nº 9.307/96.⁶²⁷ A investigação empírica evidenciou que, na maioria dos casos, o Judiciário tem respeitado a convenção arbitral firmada entre as partes, salvo raras exceções que gradativamente tendem a diminuir.

O segundo item a ser pontuado refere-se à invalidade da sentença arbitral que, das 790 decisões tabuladas, apenas 33 decisões tratavam especificamente sobre a temática proposta.⁶²⁸ Desse seletor universo, em 19 casos a sentença arbitral não foi anulada,⁶²⁹ haja vista a não ocorrência das hipóteses previstas no artigo 32 da Lei nº 9.307/96. Com relação aos 14 casos remanescentes,⁶³⁰ houve a anulação da sentença arbitral, cujos motivos foram: (i) extrapolação dos limites da convenção arbitral; (ii) duplicidade de sentenças arbitrais sobre os mesmos fatos; (iii) inidoneidade do tribunal arbitral; (iv) ausência de requisitos legais na convenção de arbitragem; (v) nulidade do compromisso arbitral; (vi) ausência de convenção arbitral; (vii) inobservância do devido processo legal e dispositivos do CPC (artigo 21, §2º, da Lei nº 9.307/96); e (viii) inarbitrabilidade do litígio (obrigação alimentar) dirimido pela via arbitral.

Para melhor visualização da proporção dos fundamentos utilizados pelos tribunais para invalidar sentença arbitral nos 14 casos selecionados, torna-se imperioso apresentar o gráfico abaixo, realizado pelo grupo de trabalho responsável pelo tema, em que cada fração representa um dos incisos do artigo 32 da Lei 9.307/96.

⁶²⁷ No TJSP, AI nº 460.034-4/5-00 e respectivos EDcl. nº 460.034-4/5-01, e TJPR, nas AC's nºs 316.842-1, 245.792-9, 372.439-6, 414.532-4 e 220697-3, e EDcl. nº 220697-301. Entendimento oposto, relativizando o princípio: TJRJ, nos AI's nºs 2001.002.09325, 2003.002.04580, 2006.002.5765 e 2006.002.14140.

⁶²⁸ O Grupo de Pesquisa responsável pelo tema "Invalidade da Sentença Arbitral" foi composto por Adriana Braghetta, Eduardo Damião Gonçalves, Daniela Monteiro Gabbay, Eleonora Pitombo, Gustavo Santos Kulesza, Patrícia Shiguemi Kobayashi, Paulo Eduardo Alves da Silva, Rafael Francisco Alves, Selma Ferreira Lemes e Vera Cecília Monteiro de Barros. Disponível no site: <cbar.org.br>. Acesso em: 12.09.2012.

⁶²⁹ No TJSP, AI nº 1.116.310-0/4, AC's nºs 985.413-0/1 e 739563200, EDcl. nºs 406.570-4/7-01 e 408.089-4/6-01. No TJRJ, AC's nºs 200700102875 e 200600114601. No TJMG, AI nº 2.0000.00.423527-2/000, Apelações Cíveis nºs 2.0000.00.404886-4/000, 2.0000.00.386180-7/000 e 1.0024.06.103166-2/001, e EDcl. nº 2.0000.00.404886-4/001. No TJRS, AC's nºs 70019761170, 70013621586 e 70009071069. No TJPR, AC's nºs 168888-6/01 e 436.093-6, e EDcl. nº 168888-6/01. No TJMT, AI nº 42386/2003. Por fim, no Tribunal de Justiça do Pará (TJPA), a AC nº 200230002891.

⁶³⁰ No TJSP, AC nº 427901-4/0. No TJRJ, as AC's nºs 2007.001.18895, 2007.001.04485 e 2006.001.39655, e AI nº 2006.002.27583. No TJMG, AC nºs 2.0000.00.413094-5/000(1), 1998.01.1.048313-4 e 2004.01.1.093249-0, e Agravo Regimental na Apelação Cível nº 2004.08.1.000132-9. No TJMT, AC nº 24360/2007 e AI nº 54131/2007. No TJRS, AC's nºs 70019884980 e 70005797774. No TJES, AC nº 035030197533.

Gráfico 1: Extraído do Relatório da 2ª Fase da Pesquisa “Arbitragem e Poder Judiciário”, referente ao tema “Invalidade da Sentença Arbitral”. Disponível em: <cbar.org.br>.

A análise revela que, de forma geral, o Judiciário aplicou tecnicamente as estritas hipóteses do artigo 32 da Lei nº 9.307/96 para a invalidação da sentença arbitral, o que fortalece o referido mecanismo.

Quanto ao terceiro item da pesquisa mencionada, que se refere à “Execução e Cumprimento da Sentença Arbitral”,⁶³¹ a pesquisa restringiu-se a 43 das 790 decisões relacionadas, distribuídas em nove categorias, das quais se ressaltam duas: (i) higidez do título executivo, correspondente a 16 casos;⁶³² e (ii) poderes dos árbitros, que representam 4 decisões.⁶³³

Na categoria higidez do título executivo, a nulidade ou extinção da execução foi reconhecida nos casos em que ocorreram vícios inerentes ao processo executivo, a exemplo de obrigação já cumprida e má formação dos títulos, tal como a inobservância de requisitos legais no curso do procedimento arbitral ou para proferir a respectiva sentença.

No que diz respeito aos poderes dos árbitros, as decisões versam sobre procedimento arbitral em si e seu reflexo na respectiva sentença arbitral. Refere-se, em

⁶³¹ O Grupo de Pesquisa responsável pelo tema “Validade, Eficácia e Existência da Convenção Arbitral” foi composto pelos Coordenadores Luiz Fernando Guerrero e Vera Cecília Monteiro de Barros, e Pesquisadores Flávio Spacca Querche Barbosa, Marcelo Barradas, Mariana Magalhães Chapei, Oswaldo Trunci, Pêrsio Thimaz Ferreira Rosa e Rafael S. Auilo. Disponível no site: <cbar.org.br>. Acesso em: 12.09.2012.

⁶³² No TJMT, AI’s nºs 1751/2004, 1752/2004 e 54590/2007. No TJDF, AC’s nºs 2005.07.1.024213-7 e 2005.01.1.138941-8. No TJRS, AC’s nºs 70010239465, 70014477251 e 70013509336. No TJRJ, AI nº 11305/05 e AC’s nºs 11/2007 e 2005.001.16199. No TJSP, AI’s nºs 474.071-4/0-00, 1117010-0/4 e 7124083-0, e AC nº 558.282-4/5-00. Na Justiça Federal do Paraná (JFPR), AC nº 96.04.42486-6.

⁶³³ No TJPR, AI nº 315.545-3. No TJRJ, AI nº 18187/2003. No TJSP, AI’s nºs 406.570-4/5-00 e 408.089-4/4-00.

outras palavras, à possibilidade de os árbitros proferirem certas decisões que ordenam ou autorizam atos a serem praticados pelas partes, como a ordem de desocupação de um imóvel. São casos que tratam sobre a viabilidade de os árbitros imporem certos atos necessários para o cumprimento da sentença.

Os resultados das análises sobre execuções de sentenças arbitrais também apontaram que a Lei nº 9.307/96 tem sido devidamente respeitada e aplicada tecnicamente pelo Judiciário.

Já o último item da pesquisa a ser abordado pelo presente trabalho é a execução específica da cláusula arbitral (artigo 7º da Lei nº 9.307/96), cujo grupo responsável⁶³⁴ analisou 54 das 790 decisões tabuladas, sendo 19 consideradas irrelevantes à finalidade pretendida pelo grupo, e o restante das decisões distribuído em três categorias: (i) decisões judiciais que atribuíram eficácia à ação do artigo 7º da Lei nº 9.307/96, diante de cláusula vazia ou patológica e da resistência de uma das partes em se submeter à arbitragem;⁶³⁵ (ii) decisões judiciais que, diversamente, não conferiram eficácia à referida ação por não viabilizar a arbitragem por meio de decisão de primeira instância (seja por razões técnicas ou não), assim como ações que, embora julgadas procedentes em primeira instância, tiveram a apelação recebida com efeito suspensivo;⁶³⁶ e (iii) decisões judiciais que abordam questões processuais, tais como aplicação do princípio da competência-competência, requisitos processuais da ação do artigo 7º da Lei nº 9.307/96 e atribuição de efeito suspensivo à apelação.⁶³⁷

⁶³⁴ O Grupo de Pesquisa responsável pelo tema “Ação de Execução Específica da Cláusula Compromissória (‘Ação do art. 7º’)” foi composto por Augusto Tolentino, Christian Sahb Batista Lopes, Daniel Machado Coelho Barbosa, Débora Resende Castanheira de Carvalho, Felipe Neiva Volpini, Flávia Bittar Neves, Gisely Moura Radael, Leonardo Andrade Macedo, Marcelo Gonçalves Vilela e Pedro Silveira Campos Soares. Disponível no site: <cbar.org.br>. Acesso em: 12.09.2012.

⁶³⁵ No TJMT, AC nº 19596/2006. No TJRJ, AC nº 2005.001.42032 e AI nº 11.285/2007. No TJSP, Apelações Cíveis nºs 267.450.4/6-00, 263.009-4/5-00 e 208.671-4/2-00, e AI nº 505.721-4/7-00. No TJMG, Apelação Cível nº 1.0024.05.773271-1/003. No TJDF, AC nº 1999.01.1.083360-3, que resultou no Recurso Especial (REsp) nº 450.881/DF.

⁶³⁶ No TJSP, AC’s nºs 521.420-4/0-00, 992.09.051425-3, 673.241-5/1-00 e 292.912-4/5-01; AI nº 709.579.7-2; e EDcl. nº 292.912-4/5-01,. No TJMG, AC’s nºs 1.0024.06.200800-8/003, 1.0024.06.200800-8/005 e 1.0027.04.037148-9/001 (e EDcl. nº 1.0027.04.037148-9/002). No TJRS, AC nºs 70005726070, 70021854153 e 70005269360. No Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC), AC nº 2002.013459-2.

⁶³⁷ Apenas para citar alguns: julgados dos Tribunais Superiores, como o REsp nº 450.881/DF do STJ e a Sentença Estrangeira (SE) nº 5.206 do STF; AC nº 2006.71.10.003287-0 do Tribunal Regional Federal da Quarta Região (TRF4); AI’s nºs 124.217.4-0 e 502.812-4/0-00 e AC’s nºs 302.155.4/3-00, 263.009-4/5-00 e 267.450.4/6-00, todos do TJSP; AC’s nºs 2.0000.00.440151-2/000, 1.0024.06.200800-8/003, 1.0024.04.327943-9/001 e 1.0027.04.037148-9/001 do TJMG; AC nº 2.0002.013459-2 do TJSC; AI nº 2004.002.2433-8 do TJRJ; e AC nº 1999.01.1.083360-3 do TJDF.

O reduzido número de precedentes jurisprudenciais sobre o assunto deve-se a diversos fatores, entre os quais a padronização das cláusulas arbitrais cheias e a ausência de recurso contra a sentença que estabeleceu o conteúdo do compromisso arbitral.

A conclusão dos trabalhos foi no sentido de que, embora haja um percentual considerável de decisões que não imprimem a necessária eficácia à ação de execução específica da cláusula compromissória, o Judiciário tem contribuído de forma efetiva na aplicação da Lei nº 9.307/96.

Importante salientar, nesse aspecto, que a ação judicial prevista no artigo 7º da Lei nº 9.307/96 é a expressão mais forte de cooperação entre Judiciário e arbitragem. Ao atribuir ao Judiciário a competência para lavrar compromisso arbitral no caso de resistência de uma das partes quanto à instituição de arbitragem, incumbe-lhe o dever de zelar pela instauração do procedimento criando as condições necessárias para que no futuro o árbitro exerça as funções que lhe foram delegadas pelas partes.⁶³⁸

Depreende-se, assim, da breve análise de alguns temas abordados pela pesquisa realizada pelo Comitê Brasileiro de Arbitragem em parceria com a Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, uma total simbiose entre a arbitragem e o Judiciário brasileiro desde o advento da Lei nº 9.307/96, o que tem sido determinante para a consolidação e eficácia do referido mecanismo alternativo nas relações sociais, especialmente econômicas.

4.2 A RELAÇÃO ENTRE ARBITRAGEM E JUDICIÁRIO NO CANADÁ: ANÁLISE DOS RECENTES *LEADING CASES SEIDEL V. TELUS COMMUNICATIONS INC.* E *YUGRANEFT CORP V. REXX MANAGEMENT CORP.* DA *SUPREME COURT* DO CANADÁ

Para retratar e explicar como o sistema judicial canadense e a arbitragem coexistem, torna-se imperioso citar dois casos célebres: o *Seidel v. TELUS Communications Inc.*, julgado em março de 2011,⁶³⁹ e o *Yugraneft Corp v. Rexx Management Corp.*, de maio de 2010,⁶⁴⁰ ambos da *Supreme Court* do Canadá. O primeiro

⁶³⁸ PINTO, José Emílio Nunes Pinto. **Proposta para a preservação do sigilo de arbitragem na execução específica da cláusula compromissória.** In: BOMFIM, Ana Paula Rocha do; e MENEZES, Hellen Monique Ferreira de. Dez anos de lei de arbitragem: aspectos atuais e perspectivas para o instituto. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2007, p.97.

⁶³⁹ *Seidel v. TELUS Communications Inc.*, 2011 SCC 15 (CanLII), [2011] 1 SCR 531.

⁶⁴⁰ *Yugraneft Corp. v. Rexx Management Corp.*, 2010 SCC 19 (CanLII), [2010] 1 SCR 649.

trata da relação entre a legislação consumerista, ações de classe (*class actions*) e cláusulas de arbitragem compulsória, ao passo que no segundo caso discutiu-se a interação entre prescrição local e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras no Canadá. Essas decisões integram significativamente o corpo jurisprudencial da *Supreme Court* canadense sobre arbitragem, elucidando algumas questões aos usuários de arbitragem comercial.

No caso *Seidel v. TELUS Communications Inc.*, as partes haviam firmado contrato escrito de serviços de telefone celular em 2000, cuja forma padronizada incluía cláusula compromissória, segundo a qual qualquer reivindicação, disputa ou controvérsia decorrente ou relativa ao contrato deveria ser solucionada pela mediação privada e confidencial e, na falta de acordo, por arbitragem. Estabelecia o contrato, ainda, que se renunciava qualquer direito de iniciar ou participar de qualquer ação de classe contra a TELUS.

A despeito disso, a demandante Sra. Seidel iniciou uma *class action* perante a *Supreme Court* de British Columbia, alegando que a TELUS cobrava ilegalmente seus clientes por chamadas de entrada quando o responsável pela ligação conectava-se à rede da empresa, mas antes de o cliente atender a chamada. Suas alegações basearam-se principalmente nas seções 171⁶⁴¹ e 172,⁶⁴² com destaque para a seção 3 do *Business Practices and Consumer Protection Act* (BPCPA), SBC 2004, c 2.⁶⁴³

⁶⁴¹ 171 (1) Subject to subsection (2), if a person, other than a person referred to in paragraphs (a) to (e), has suffered damage or loss due to a contravention of this Act or the regulations, the person who suffered damage or loss may bring an action against a (a) supplier, (b) reporting agency, as defined in section 106 [definitions], (c) collector, as defined in section 113 [definitions], (d) bailiff, collection agent or debt pooler, as defined in section 125 [definitions], or (e) a person required to hold a licence under Part 9 [Licences], who engaged in or acquiesced in the contravention that caused the damage or loss. (2) A person must not bring an action under this section if an application has been made, on the person's behalf, to the court in respect of the same defendant and transaction under section 192 [compensation to consumers]. (3) The Provincial Court has jurisdiction for the purposes of this section, even though a contravention of this Act or the regulations may also constitute a libel or slander. Tradução livre: “171 (1) Sujeito a subseção (2), se uma pessoa, distinta daquela referida no parágrafo (a) (e), sofreu danos ou perdas devido a uma violação da presente lei ou dos regulamentos, a pessoa que sofreu o dano ou perda pode intentar uma ação contra um(a) (a) fornecedor, (b) pessoa responsável por emitir relatórios para ganhos/lucros ou designada pela regulação, conforme definido na seção 106 [Definições], (c) cobrador, conforme definido na seção 113 [Definições], (d) oficial, administrador ou agente de cobrança, conforme definido na seção 125 [Definições], ou (e) uma pessoa necessária para manter uma licença sob parte 9 [licenças] que provocou ou aquiesceu com a contravenção que causou o dano ou perda. (2) Uma pessoa não deve intentar uma ação ao abrigo desta seção, se um requerimento tiver sido feito, o nome da pessoa, ao Tribunal referente ao mesmo réu e transação sob a seção 192 [compensação aos consumidores]. (3) O Tribunal Provincial tem jurisdição para os propósitos da presente seção, ainda que a violação desta lei ou regulamentos também possa constituir uma difamação ou calúnia”.

⁶⁴² 172 (1) The director or a person other than a supplier, whether or not the person bringing the action has a special interest or any interest under this Act or is affected by a consumer transaction that gives rise to the action, may bring an action in Supreme Court for one or both of the following: (a) a declaration that

an act or practice engaged in or about to be engaged in by a supplier in respect of a consumer transaction contravenes this Act or the regulations; (b) an interim or permanent injunction restraining a supplier from contravening this Act or the regulations. (2) If the director brings an action under subsection (1), the director may sue on the director's own behalf and, at the director's option, on behalf of consumers generally or a designated class of consumers. (3) If the court grants relief under subsection (1), the court may order one or more of the following: (a) that the supplier restore to any person any money or other property or thing, in which the person has an interest, that may have been acquired because of a contravention of this Act or the regulations; (b) if the action is brought by the director, that the supplier pay to the director the actual costs, or a reasonable proportion of the costs, of the inspection of the supplier conducted under this Act; (c) that the supplier advertise to the public in a manner that will assure prompt and reasonable communication to consumers, and on terms or conditions that the court considers reasonable, particulars of any judgment, declaration, order or injunction granted against the supplier under this section. (4) The director may apply, without notice to anyone, for an interim injunction under subsection (1) (b). (5) In an application for an interim injunction under subsection (1) (b), (a) the court must give greater weight and the balance of convenience to the protection of consumers than to the carrying on of the business of a supplier, (b) the applicant is not required to post a bond or give an undertaking as to damages, and (c) the applicant is not required to establish that irreparable harm will be done to the applicant, consumers generally or any class of consumers if the interim injunction is not granted. (6) If the director applies, without notice to anyone, for an interim injunction under subsection (1) (b), the court must grant the interim injunction, on the terms and conditions it considers just, if the court is satisfied that there are reasonable grounds for believing there is an immediate threat to the interests of consumers dealing with the supplier because of an alleged contravention of this Act or the regulations in respect of a consumer transaction. (7) In an action brought under subsection (1), or an appeal from it, the plaintiff is not required to provide security for costs.

Tradução livre: “172 (1) O diretor ou uma pessoa que não seja um fornecedor, seja ou não a pessoa que intentou a ação, tem um interesse especial ou qualquer interesse ao abrigo desta lei, ou é afetada por uma transação de consumo que dá origem à ação, pode intentar uma ação no Tribunal Supremo para uma ou mais finalidades seguintes: (a) declaração de que um ato ou conduta praticada ou prestes a ser realizada por um fornecedor em relação a uma transação de consumo é contrária a esta lei ou regulamentos; (b) uma liminar provisória ou permanente para imobilizar um fornecedor de infringir esta lei ou regulamentos. (2) Se o diretor intentar uma ação sob a subseção (1), o diretor pode demandar em nome próprio e, a critério do diretor, em nome dos consumidores genericamente ou classe designada de consumidores. (3) Se o Tribunal concede o requerimento sob a subseção (1), poderá ordenar uma ou mais das seguintes medidas: (a) que o fornecedor restitua a qualquer pessoa, qualquer dinheiro ou propriedade ou coisa, na qual a pessoa tenha um interesse, que pode ter sido adquirido por causa de uma violação desta lei ou dos regulamentos; (b) se o recurso é interposto pelo diretor, que o fornecedor pague ao diretor os reais custos, ou uma proporção razoável dos custos da inspeção da conduta do fornecedor realizada ao abrigo desta lei; (c) que o fornecedor anuncie ao público de uma forma que assegure a comunicação imediata e razoável aos consumidores e nos termos ou condições consideradas razoáveis pelo Tribunal, específicos de qualquer julgamento, a declaração, a ordem ou a liminar concedida contra o fornecedor sob esta seção. (4) O diretor pode requerer, sem aviso prévio a qualquer pessoa, uma medida provisória sob a subseção (1) (b). (5) Em um pedido de cautelar sob a subseção (1) (b), o tribunal deve dar maior peso e balanço de conveniência para a proteção dos consumidores do que para a continuidade do negócio de um fornecedor, (b) o requerente não é obrigado a prestar uma caução ou comprometer-se pelos danos, e (c) o requerente não é obrigado a demonstrar que danos irreparáveis ocorrerão ao requerente, aos consumidores em geral ou qualquer classe de consumidores, se a medida provisória não for concedida. (6) Se o diretor postula, sem aviso prévio a qualquer um, uma medida provisória sob a subseção (1) (b), o tribunal deve concedê-la apenas nos termos e condições que considere existentes motivos razoáveis para crer que é uma ameaça imediata para os interesses dos consumidores negociar com o fornecedor por causa de uma alegada violação do presente ato ou regulamentação no âmbito de uma relação de consumo. (7) Em um recurso interposto sob a subseção (1), ou de um recurso dele, o demandante não está obrigado a fornecer garantia dos custos”.

⁶⁴³ “**Waiver or release void except as permitted** 3 Any waiver or release by a person of the person's rights, benefits or protections under this Act is void except to the extent that the waiver or release is expressly permitted by this Act [...]”. Tradução livre: “Renúncia ou liberação nula, exceto como permitida 3 Qualquer renúncia ou liberação por uma pessoa de direitos pessoais, benefícios ou proteções ao abrigo

Em primeira instância, Sra. Seidel logrou êxito, porém, a *Court of Appeal* de British Columbia reformou a decisão em favor da arbitragem, com fundamento na seção 15 da *Commercial Arbitration Act* (CCA) de British Columbia, que trata da suspensão do processo judicial quando uma parte propõe demanda perante um tribunal judicial contra a outra, existente convenção arbitral a respeito de uma matéria sujeita à arbitragem.⁶⁴⁴

O objeto de recurso perante *Supreme Court* do Canadá era se as reivindicações sob a BPCPA, da Sra. Seidel, tinham sido corretamente suspensas. Já a questão principal era se a seção 3 da BPCPA criava uma exceção à linguagem obrigatória da seção 15 da CAA. Em outras palavras, se a seção 3 significava que as reivindicações sob os auspícios das seções 171 e 172 seriam de competência apenas de tribunal judicial e não arbitral.

Em apertado julgamento, numa proporção de 5 a 4, a *Supreme Court* decidiu que seção 3 da BPCPA havia criado, na verdade, uma exceção. Não havia nenhuma discordância quanto à aplicação geral do princípio da competência-competência. No Canadá, a direção legislativa expressa de que os árbitros devem considerar o escopo de sua própria jurisdição, juntamente com o uso de linguagem semelhante àquela encontrada na Convenção de Nova Iorque (CNI) e Lei Modelo UNCITRAL, equivale à incorporação do princípio da competência-competência.

desta lei é nula, exceto na medida em que a renúncia ou liberação seja expressamente permitida por este ato [...]"

⁶⁴⁴ Importante noticiar a existência de medidas *anti-suit injunctions* que no âmbito da arbitragem podem ser proferidas contra ou a seu favor. São definidas como ordens que uma parte de uma convenção arbitral busca perante Cortes da sede da arbitragem para impedir que a outra parte inicie ou continue um processo judicial em outra jurisdição, valendo-se, geralmente, de sanções do *contempt of court*. Essas sanções são aplicadas para reprimir litigância de má-fé decorrente do recuso de obediência de uma ordem direta da Corte, comumente classificadas em duas espécies: prisão e sanção pecuniária. Quando usadas contra a arbitragem, as medidas *anti-suit injunctions* são proferidas por juiz estatal que entende ser a cláusula compromissória inválida ou que as partes não podem se submeter à arbitragem, determinando a suspensão do processo arbitral ou impedindo o ingresso das partes neste. Sobre o tema, cf.: BOLFER, Sabrina Ribas. **Anti-suit injunctions e arbitragem comercial internacional**. 167 f., Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2005. No direito brasileiro, a despeito de existirem alguns casos de *anti-suit injunctions* contra arbitragem (p.ex., Copel *versus* UEG Araucária – Caso CCI 12689, AI nº 149555-0, Mandado de Segurança nº 161371-8), a jurisprudência tem sinalizado o reconhecimento e prestígio aos princípios que norteiam este instituto, indeferindo tais medidas. A jurisprudência canadense sobre *anti-suit injunctions* em favor da arbitragem permanece relativamente não desenvolvida (MCEWAN, J. Kenneth e HERBEST, Ludmila B. **Commercial arbitration in...**, seção 3:70, p.3-98). Merece destaque, porém, o caso *Magic Sportswear Corp. v. Mathilde Maersk* (The) da *Federal Court of Appeal*, segundo o qual, se a lei aplicável ao contrato for canadense, o tribunal do Canadá, na ausência de fortes razões, deve conferir efeito à cláusula contratual que especifica um determinado tribunal canadense como foro exclusivo, no interesse da segurança comercial e com base no princípio da autonomia das partes para determinar os termos do contrato [2006 FCA 284 (CanLII), (2007) 2 FCR 733, parágrafo 75].

Em tais circunstâncias, ausente uma objeção à competência do árbitro, baseada unicamente em questão de direito (ou um misto de fato e de direito que requer apenas uma consideração superficial das provas), a existência ou a validade de uma convenção arbitral para que a CAA seja aplicada deve ser considerada primeiro pelo árbitro, e a Corte deve assegurar a suspensão do processo judicial. Neste caso, todos os juízes da *Supreme Court* concordaram que a *Court of Appeal* da British Columbia tinha adequadamente aceito e endossado esse entendimento. No entanto, a *Supreme Court* ficou dividida quanto ao resultado correto de tal entendimento sobre os fatos do caso.

A maioria e a dissidência dos Ministros da *Supreme Court* no caso *Seidel v. TELUS Communications Inc.*⁶⁴⁵, quanto à questão central, revelam de forma evidente o impasse vivenciado pelo tribunal, profundamente dividido sobre o atual papel da arbitragem no sistema da justiça canadense. A maioria, representada pelo Ministro Binnie, enquadra a questão como um “acesso à justiça”, pontuando que: “*Private arbitral justice, because of its contractual origins, is necessarily limited*”.⁶⁴⁶ A opinião dissidente, externada pelos Ministros LeBel e Deschamps, foca não em puro e simples acesso à justiça, mas se tal expressão significa “acesso a um juiz”. Torna-se relevante transcrever trecho da decisão dissidente:

In an effort to promote and improve access to justice, and to make more efficient use of scarce judicial resources, legislatures have adopted new procedural vehicles designed to modify or provide alternatives to the traditional court action. These alternatives include class actions and arbitration, both of which have been endorsed by this Court. Consumers in British Columbia, depending on the contractual arrangements they make, already have access to either arbitration or the courts to resolve their disputes. In this case, the consumer's contract provides that in the event of a dispute, the exclusive adjudicative forum is arbitration. This is a forum our courts have long accepted as an efficient and

⁶⁴⁵ Julgadores responsáveis pelo julgamento: McLachlin C.J., Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein e Cromwell JJ.

⁶⁴⁶ *Seidel v. TELUS Communications Inc.*, 2011 SCC 15 (CanLII), (2011) 1 SCR 531, parágrafo 7. Tradução livre: “Justiça arbitral privada, por causa de suas origens contratuais, é necessariamente limitada”. Lamentável a decisão, já que subverte a tão festejada autonomia negocial, pedra angular das relações comerciais e, conseqüentemente, da arbitragem. Permitir questionamentos na via judicial, a despeito da existência de cláusula arbitral, significa esvaziar o conteúdo da arbitragem, tornando-a inócua para os fins inicialmente pretendidos. Some-se que tal conduta caracteriza, ainda, abuso do direito na modalidade *venire contra factum proprium*, vedado pelo ordenamento jurídico pátrio (artigo 187 CC), além de ofender os princípios da boa-fé objetiva e segurança jurídica.

*effective access to justice mechanism. Thus, the question in this case is instead whether access to justice means — and requires — access to a judge.*⁶⁴⁷

Em sentido oposto, o Ministro Binnie concluiu que a seção 3 da BPCPA deve ser interpretada para significar "*that to the extent the arbitration clause purports to take away a right, benefit or protection conferred by the BPCPA, it will be invalid*".⁶⁴⁸ Argumentou-se, ainda, que a necessidade de manejar a mesma reclamação primeiramente perante uma instituição arbitral equivale a um prejuízo de tal direito, benefício ou proteção. Partiu-se desse raciocínio para tornar válida uma reclamação de consumidor nos tribunais. Para respaldar esse entendimento, o Ministro Binnie ofereceu duas justificativas: (i) no contexto do consumidor, declarações e mandados (remédios fornecidos sob a disciplina da BPCPA) são os remédios mais eficientes em termos de proteção dos interesses do consumidor e desestímulo de conduta injusta dos fornecedores; (ii) as arbitragens, pelo contrário, são privadas e confidenciais, carecendo de valor de precedentes, e as ordens emanadas de um árbitro não vinculam terceiros.⁶⁴⁹

Os Ministros dissidentes foram extraordinariamente críticos do entendimento externado pela maioria, por representar tal interpretação verdadeiro e inexplicável retrocesso ao tempo em que tribunais monopolizavam a tomada de decisões relegando os árbitros a adjudicadores de segunda classe.⁶⁵⁰ Para fundamentar a discordância, os Ministros LeBel e Deschamps primeiro revisaram cuidadosamente a jurisprudência canadense sobre arbitragem, concluindo que, até o final da década de 80, os tribunais canadenses eram hostis em relação à arbitragem, cuja resistência deu lugar gradativamente a uma nova abordagem, segundo a qual o legislador que desejar excluir a arbitragem como

⁶⁴⁷ *Id. Ibid.*, parágrafo 52. Tradução livre: "Em um esforço para promover e melhorar o acesso à justiça e tornar mais eficiente o uso dos escassos recursos judiciais, legislaturas adotaram novos veículos processuais que visam modificar ou fornecer alternativas para a tradicional ação judicial. Essas alternativas incluem ações de classe e arbitragem, as quais ambas foram endossadas por este Tribunal. Nesse caso, o contrato de consumidor prevê que, em caso de litígio, o foro adjudicativo exclusivo é a arbitragem. Esse é um foro que nossos tribunais ao longo do tempo têm aceitado como um mecanismo eficiente e eficaz de acesso à justiça. Assim, a questão nesse caso é, em vez disso, se acesso à justiça significa - e requer - acesso a um juiz".

⁶⁴⁸ *Seidel v. TELUS Communications Inc.*, 2011 SCC 15 (CanLII), (2011) 1 SCR 531, parágrafo 31. Tradução livre: "que na medida em que a cláusula de arbitragem pretender tirar um direito, benefício ou proteção conferida pela BPCPA, ela será inválida".

⁶⁴⁹ *Id. Ibid.*, parágrafos 35, 38 e 39.

⁶⁵⁰ *Id. Ibid.*, parágrafo 55.

um veículo para a resolução de uma determinada categoria de disputas legais deve fazer isso expressamente.⁶⁵¹

Em seguida, explicaram que CAA – assim como as legislações sobre arbitragens das demais províncias canadenses – foi influenciada pela Lei Modelo UNCITRAL, de modo que o legislador pretendia incorporar o princípio da competência-competência dentro da legislação de arbitragem doméstica da Província de British Columbia. Nesse aspecto, diante de uma ação judicial movida por uma das partes integrantes da convenção de arbitragem, que contemple matéria sujeita a esta, tem que o tribunal ordenar suspensão de tal ação, salvo se determinar que a convenção arbitral é nula, inoperante ou incapaz de ser executada.⁶⁵²

Muito embora a CAA não inclua disposição própria sobre a exclusão da jurisdição dos tribunais, aplica-se a *British Columbia International Commercial Arbitration Centre's Domestic Commercial Arbitration Rules of Procedure* de 1998 (“BCICAC Rules”) incorporada por referência, nos termos da seção 22(1) da CAA.⁶⁵³ Ainda, a regra 20 da BCICAC dispõe que o tribunal arbitral pode disciplinar sobre a sua própria jurisdição, inclusive sobre qualquer impugnação à existência e validade da convenção arbitral.⁶⁵⁴

⁶⁵¹ *Seidel v. TELUS Communications Inc.*, 2011 SCC 15 (CanLII), (2011) 1 SCR 531, parágrafos 89-121, especialmente 103.

⁶⁵² *Id. Ibid.*, parágrafos 109-113.

⁶⁵³ Nesse sentido: *R. v. Collins*, 2000 BCCA 437 (CanLII), 2000 BCCA 437, 140 B.C.A.C. 311; *R. v. St. Lawrence Cement Inc.* 2002 CanLII 45010 (ON CA), (2002), 60 O.R. (3d) 712 (C.A.); *British Columbia Government and Service Employees' Union v. British Columbia (Minister of Health Services)*, 2007 BCCA 379 (CanLII), 2007 BCCA 379, 245 B.C.A.C. 39.

⁶⁵⁴ A redação da regra 20 é similar àquela do artigo 16 da Lei Modelo UNCITRAL: “Artigo 16.º Competência do tribunal arbitral para decidir sobre a sua própria competência: (1) O tribunal arbitral pode decidir sobre a sua própria competência, incluindo qualquer objeção relativa à existência ou validade da convenção de arbitragem. Para esse efeito, uma cláusula compromissória que faça parte de um contrato é considerada como um acordo autônomo das demais cláusulas do contrato. A decisão do tribunal arbitral que considere nulo o contrato não implica ipso jure a nulidade da cláusula compromissória. (2) A alegação da falta de competência do tribunal arbitral pode ser arguida o mais tardar até a apresentação das alegações de defesa. O fato de uma das partes ter designado um árbitro ou ter participado na sua designação não a priva do direito de arguir esta alegação. A alegação de que o tribunal arbitral está excedendo o escopo da convenção de arbitragem deve ser arguida logo que surja a questão que se entenda fora do escopo da convenção de arbitragem no decurso do procedimento arbitral. O tribunal arbitral pode, em ambos os casos, admitir uma alegação arguida após o prazo previsto, se considerar justificada a demora. (3) O tribunal arbitral pode decidir sobre a alegação referida no 2.º parágrafo do presente artigo, quer enquanto questão prévia, quer na sentença sobre o mérito da disputa. Se o tribunal arbitral decidir, a título de questão prévia, que é competente, qualquer uma das partes pode, no prazo de 30 (trinta) dias após ter sido notificada dessa decisão, pedir ao tribunal estatal referido no artigo 6.º que decida a questão, decisão essa que será insuscetível de recurso; na pendência deste pedido, o tribunal arbitral pode prosseguir o procedimento arbitral e proferir a sentença arbitral”.

Com base nessas premissas, os Ministros dissidentes asseveraram que a corte “tem” que suspender o processo judicial, a menos que conclua pela nulidade, inoperância ou incapacidade da convenção arbitral de produzir efeitos. Além disso, para eles a interpretação mais adequada da seção 3 da BPCPA, considerando tais dispositivos atinentes à arbitragem, seria aquela que prestigia a proteção dos direitos substantivos independentemente da via eleita pelas partes, se judicial ou arbitral. Isso porque um árbitro igualmente poderia conceder os remédios contemplados na seção 172 da BPCPA contra a TELUS, de modo que a convenção de arbitragem firmada entre as partes em momento algum implicou renúncia da Sra. Seidel aos direitos, benefícios ou proteções constantes da seção 3 da BPCA.

Consequentemente, BPCPA, na sua forma atual, não dispõe que o tribunal judicial, ao considerar a aplicação da suspensão da seção 15 da CAA, deva recusar concedê-la. Vale dizer que a seção 3 da BPCPA não proíbe convenção de arbitragem sobre matérias envolvendo disputas com o consumidor ou restrição quanto ao uso de *class actions*. A seção 172 da BPCPA apenas identifica a via processual, por meio da qual uma ação atinente a direitos, benefícios e proteções previstas na seção 172 pode ser trazida perante o sistema judicial público. Além disso, a mesma seção 172 não exclui explicitamente instâncias alternativas, tais como tribunal arbitral, de adquirir jurisdição.⁶⁵⁵

Dada a evolução e aceitação da arbitragem comercial nos tribunais canadenses nas últimas décadas, causou perplexidade o entendimento majoritário de que a seção 3 da BPCPA deva ser interpretada como a intenção legislativa de expulsar a manifesta escolha das partes em favor da arbitragem, ao caracterizar esta como uma infração, um prejuízo ao direito, benefício ou proteção substancial prevista na seção 172 do mesmo diploma legal.

Ademais, também desprovido de fundamento o argumento da maioria de que a arbitragem é antiética aos propósitos públicos da seção 172 da BPCPA, ou seja, que a arbitragem privada não pode oferecer os mesmos remédios previstos no ato. Em primeiro lugar, qualquer decisão arbitral é executável nos tribunais judiciais e, portanto, aberta ao escrutínio público, atendendo-se o princípio da dissuasão, ao qual se apegou a maioria.⁶⁵⁶

⁶⁵⁵ *Seidel v. TELUS Communications Inc.*, 2011 SCC 15 (CanLII), [2011] 1 SCR 531, parágrafo 164.

⁶⁵⁶ Para ilustrar, cita-se o seguinte trecho do julgado do Ministro Binnie: “*Nevertheless, from the perspective of the BPCPA, ‘private, confidential and binding arbitration’ will almost certainly inhibit rather than promote wide publicity (and thus deterrence) of deceptive and/or unconscionable commercial conduct. It is clearly open to a legislature to utilize private consumers as effective enforcement partners operating independently of the formal enforcement bureaucracy and to conclude that the most effective form is not*”

Adicione-se, ainda, conforme apontado pelos Ministros dissidentes, que, de acordo com a moderna legislação canadense, incluindo a de British Columbia, os árbitros têm competência para conceder “execução específica, retificação, ordens e outros remédios equivalentes”. Sob esse ângulo, há uma margem considerável para sugerir que as razões externadas pelos Ministros vencidos são mais persuasivas.

Esse surpreendente retrocesso da *Supreme Court* do Canadá refletirá, provavelmente, nos números de arbitragens internacionais a serem realizadas no país nos próximos anos, ante a insegurança jurídica criada pelo tribunal que referendou judicialmente a inobservância do que foi pactuado em convenção arbitral.

Outro caso canadense que traduz a relação entre arbitragem e Judiciário é o *Yugraneft Corp. v. Rexx Management Corp.* As arbitragens finais no Canadá, a exceção de Quebec que exige homologação judicial do laudo arbitral, também são reconhecidas como juridicamente vinculativas entre as partes, sem necessidade de qualquer processo judicial.

Todavia, a parte que deseja executar uma sentença arbitral final pelos meios habituais de busca e apreensão, penhora, multa e similares, tem que primeiro requerer ao tribunal local para obter uma decisão executória de tal sentença. Normalmente, isso é um processo sumariamente simples sob o aspecto teórico, mas a realidade pode ser mais complexa. Quando se trata de execução de uma sentença arbitral, as regras locais da respectiva jurisdição que a executará devem ser levadas em consideração, notadamente a prescrição aplicável, como a *Supreme Court* tem decidido no caso *Yugraneft Corp. v. Rexx Management Corp.* Segundo a Corte, a imposição de um limite de tempo à execução da sentença arbitral é uma regra processual permitida pelo artigo III da Convenção de Nova Iorque (CNI), cuja questão central seria definir se o referido limite temporal deveria observar a legislação da jurisdição da província de execução.

No *leading case*, a *Yugraneft Corporation*, uma empresa russa de negócios de desenvolvimento e operação de campos petrolíferos na Rússia, comprou materiais de *Rexx Management Corporation*, uma empresa de Alberta. Após uma disputa contratual que

a “private and confidential” alternative dispute resolution behind closed doors, but very public and well-publicized proceedings in a court of law” [*Seidel v. TELUS Communications Inc.*, 2011 SCC 15 (CanLII), (2011) 1 SCR 531, parágrafo 24]. Tradução livre: “No entanto, da perspectiva da BPCPA, ‘arbitragem privada, confidencial e vinculativa’ quase certamente inibirá, ao invés de promover, ampla publicidade (e, portanto, dissuasão) de conduta comercial enganosa e/ou injusta. É claro ao legislador que para utilizar consumidores privados como parceiros de execução efetiva, operando independentemente de aplicação burocrática formal, a forma mais eficaz não é uma resolução alternativa de litígios ‘privada e confidencial’ atrás de portas fechadas, mas processos mais públicos e muito bem divulgados em tribunal”.

resultou numa arbitragem comercial internacional perante o Tribunal Internacional de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria da Federação Russa, em 6 de setembro de 2002, o tribunal concedeu apenas US\$ 1 milhão a *Yugraneft*. Em 27 de janeiro de 2006, *Yugraneft* recorreu a *Court of Queen's Bench* de Alberta para o reconhecimento e execução da sentença arbitral, sendo indeferido o pedido, de cuja decisão a empresa interpôs recurso. Na *Court of Appeal* de Alberta, foi vencido, restando-lhe a *Supreme Court* que negou o recurso em maio de 2010.

A questão central cinge-se, portanto, à prescrição aplicável à execução, se deveria ser dois anos, enquadrando-se como “*remedial order*” (ordem de reparação) da seção 3 do *Limitations Act* de Alberta,⁶⁵⁷ ou dez anos, cujo período se aplica a “*judgment or order for the payment of money*” (seção 11).

Yugraneft argumentou que a seção 11 deveria ser aplicada, desde que a sentença arbitral estrangeira possuía todas as características de uma sentença, assim como em razão da ambiguidade em torno da pretendida aplicação da seção 3. A *Rexx* argumentou, por sua vez, que a seção 3 deveria ser aplicável já que a pretensão do Legislativo de Alberta era reconhecer a prescrição de dois anos a todas as causas de ação, salvo uma das exceções enumeradas na *Limitations Act* expressamente requerida.

Sobre a questão limiar se a imposição de um período de prescrição local para execução de uma sentença estrangeira era contrária à CNI, a *Supreme Court* decidiu que se tratava de uma regra processual e, por conseguinte, admissível, fundamentando nos seguintes pontos.

⁶⁵⁷ “*Limitation periods: 3(1) Subject to section 11, if a claimant does not seek a remedial order within (a) 2 years after the date on which the claimant first knew, or in the circumstances ought to have known, (i) that the injury for which the claimant seeks a remedial order had occurred, (ii) that the injury was attributable to conduct of the defendant, and (iii) that the injury, assuming liability on the part of the defendant, warrants bringing a proceeding, or (b) 10 years after the claim arose, whichever period expires first, the defendant, on pleading this Act as a defence, is entitled to immunity from liability in respect of the claim... Judgment for payment of money: 11 If, within 10 years after the claim arose, a claimant does not seek a remedial order in respect of a claim based on a judgment or order for the payment of money, the defendant, on pleading this Act as a defence, is entitled to immunity from liability in respect of the claim*”. Tradução livre: “Prazos de prescrição: 3. Sujeito à seção 11, se o requerente não busca uma ordem de reparação dentro de (a) 2 anos após a data em que o requerente primeiro conheceu, ou nas circunstâncias que deveria ter conhecido, (i) a lesão da qual o requerente busca uma ordem de reparação, (ii) a lesão atribuída à conduta do réu, e (iii) a lesão, assumindo responsabilidade por parte do réu, justificando ajuizar uma demanda, ou (b) 10 anos após a reclamação surgir, qualquer período que expirar em primeiro lugar, o requerido, ao invocar este Ato como defesa, tem direito à imunidade da responsabilidade com respeito à reclamação... Julgamento para pagamento em dinheiro: 11 Se, dentro de 10 anos após a reclamação surgir, o requerente não buscar uma ordem de reparação em relação a uma reivindicação com base em uma sentença ou ordem de pagamento em dinheiro, o requerido, ao invocar este Ato como defesa, tem direito à imunidade de responsabilidade com respeito à reclamação”.

Primeiramente, como um Tratado, a CNI deve ser interpretada de boa-fé, à luz de seu objeto e finalidade. Quando foi elaborada, era bem conhecida dos Estados da *common law* que, em geral, tratavam a prescrição como de natureza processual. A língua permissiva no artigo III (em oposição a uma proibição expressa)⁶⁵⁸ sugere que os elaboradores, ao deixarem de incluir qualquer restrição na habilidade de o Estado impor prescrição sobre processo de reconhecimento e execução, pretendiam permitir períodos prescricionais a serem instituídos pelos e nos Estados signatários. Em segundo lugar, os Estados signatários da CNI sujeitam a execução de sentenças arbitrais estrangeiras a alguma forma de prescrição. E o terceiro ponto a ser mencionado diz respeito ao fato de que a aplicação prescricional “não é uma questão controversa” dado que os principais doutrinadores entendem de forma praticamente uniforme que o artigo III permite prescrição local.⁶⁵⁹

Para concluir que a seção 3 do *Limitations Act* aplicava-se à sentença estrangeira, a *Supreme Court*, citando outros *leading cases*,⁶⁶⁰ decidiu que uma sentença arbitral não é uma decisão ou ordem judicial⁶⁶¹ e que, em geral, “*arbitration is not part of the state’s judicial system, although the state sometimes assigns powers or functions directly to arbitrators*”.⁶⁶²

A *Supreme Court*, ademais, ressaltou que outros estatutos, como *Reciprocal Enforcement of Judgments Act* de Alberta (RESA)⁶⁶³⁻⁶⁶⁴ e *Limitation Act* de British

⁶⁵⁸ “Artigo III: Cada Estado signatário reconhecerá as sentenças como obrigatórias e as executará em conformidade com as regras de procedimento do território no qual a sentença é invocada, de acordo com as condições estabelecidas nos artigos que se seguem. Para fins de reconhecimento ou de execução das sentenças arbitrais às quais a presente Convenção se aplica, não serão impostas condições substancialmente mais onerosas ou taxas ou cobranças mais altas do que as impostas para o reconhecimento ou a execução de sentenças arbitrais domésticas”. Denota-se do texto deste artigo da CNI que, em regra, cada Estado signatário tem obrigação de reconhecer sentenças arbitrais estrangeiras independentemente do local onde a sentença foi proferida, salvo eventuais reservas de reciprocidade, bem como regras procedimentais atinentes ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, desde que não sejam mais onerosas do que aquelas aplicáveis às sentenças arbitrais domésticas [ABOIM, Luiz Claudio. **A aplicação do artigo III da Convenção de Nova Iorque de 1958.** In: WALD, Arnaldo e LEMES, Selma Ferreira (Coord.). *Arbitragem comercial internacional: a Convenção de Nova Iorque e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011, p.145].

⁶⁵⁹ *Yugraneft Corp. v. Rexx Management Corp.*, 2010 SCC 19 (CanLII), [2010] 1 SCR 649, parágrafos 19-22.

⁶⁶⁰ *Id. Ibid.*, parágrafo 44.

⁶⁶¹ *Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*, 2007 SCC 34 (CanLII), 2007 SCC 34, [2007] 2 S.C.R. 801, parágrafo 51.

⁶⁶² *Desputeaux v. Éditions Chouette (1987) inc.*, 2003 SCC 17 (CanLII), 2003 SCC 17, (2003) 1 S.C.R. 178, parágrafo 41. Tradução livre: “arbitragem não faz parte do sistema judicial do Estado, embora às vezes o Estado atribua poderes ou funções diretamente aos árbitros”.

⁶⁶³ The RESA tem uma prescrição de seis anos para execução de decisões e sentenças arbitrais processadas em jurisdição com reciprocidade. O pedido da *Yugraneft* foi trazido sob a Lei Modelo UNCITRAL, como

Columbia,⁶⁶⁵ expressamente referem-se a decisões e sentenças quando dispõem sobre prescrição, ao passo que *Limitations Act* não.

Considerou-se, também, que o prazo de prescrição de dois anos na seção 3 da *Limitations Act* estava sujeito à regra da descoberta (*discoverability rule*), a qual “*makes ample allowance for the practical difficulties faced by foreign arbitral creditors, who may require some time to discover that the arbitral debtor has assets in Alberta*”.⁶⁶⁶ Ainda, estabeleceu as seguintes regras para determinar quando um prazo prescricional, tal como os estabelecidos na seção 3, começa a correr em relação a uma sentença estrangeira: (i) o prazo de prescrição não será acionado até que a possibilidade de a sentença ser anulada pelos tribunais locais no país onde foi proferida tenha sido executada; (ii) mesmo assim, a prescrição não ocorrerá até que a introdução de um processo de execução seja justificável; (iii) um processo de execução será justificável apenas quando o credor tome conhecimento, ao exercer razoável diligência, de que o devedor possui bens em uma determinada jurisdição; (iv) quando o contrato subjacente identifica a jurisdição na qual o devedor está

decretado em Alberta, em conformidade com a *International Commercial Arbitration Act*, R.S.A. 2000, c. I-5.

⁶⁶⁴ “*Interpretation 1(1) In this Act [...] (b) ‘judgment’ means a judgment or order of a court in a civil proceeding whereby a sum of money is made payable, and includes an award in an arbitration proceeding if the award, under the law in force in the jurisdiction where it was made, has become enforceable in the same manner as a judgment given by a court in that jurisdiction, but does not include an order for the payment of money as alimony or as maintenance for a spouse or former spouse or an adult interdependent partner or former adult interdependent partner or a child, or an order made against an alleged parent of an unborn child for the maintenance or support of the child’s birth mother [...]*”. Tradução livre: “Interpretação 1. Neste ato [...] (b) ‘julgamento’ significa um julgamento ou ordem de um tribunal em um processo civil pelo qual uma soma de dinheiro torna-se pagável e inclui uma sentença em um processo arbitral se a decisão, nos termos da legislação em vigor na jurisdição onde foi proferida, tornou-se executável da mesma maneira como uma decisão proferida por um tribunal naquela jurisdição [...]”.

⁶⁶⁵ “*Definitions: 1 In this Act [...] ‘local judgment’ means the following: (a) a judgment, order or award of (i) the Supreme Court of Canada relating to an appeal from a British Columbia court, (ii) the British Columbia Court of Appeal, (iii) the Supreme Court of British Columbia, (iv) the Provincial Court of British Columbia, and (v) an arbitration under the Commercial Arbitration Act; (b) an arbitral award to which the Foreign Arbitral Awards Act or the International Commercial Arbitration Act applies*”. Tradução livre: “Definições: 1 Na presente lei [...] ‘decisão local’ significa o seguinte: (a) um acórdão, a ordem ou a concessão de (i) a *Supreme Court* do Canadá, relativas a uma apelação de um Tribunal de British Columbia, (ii) a *Court of Appeal* de British Columbia, (iii) a *Supreme Court* de British Columbia, (iv) o *Provincial Court* de British Columbia, e (v) uma sentença arbitral sob a *Commercial Arbitration Act*; (b) uma sentença arbitral à qual se aplique *Foreign Arbitral Awards Act* ou a *International Commercial Arbitration Act*”.

⁶⁶⁶ *Yugraneft Corp. v. Rexx Management Corp.*, 2010 SCC 19 (CanLII), [2010] 1 SCR 649, parágrafo 49. Tradução livre: “confere amplo subsídio para as dificuldades práticas enfrentadas pelos credores arbitrais estrangeiros, que podem necessitar de algum tempo para descobrir que o devedor arbitral tem ativos em Alberta”.

registrado (ou tem um escritório), presume-se que o credor sabe ou deveria saber que um processo está garantido.

A *Supreme Court* tem - pelo menos por enquanto - resistido à oportunidade de pronunciar que sentenças arbitrais são, pelo menos funcionalmente, equivalentes às decisões judiciais. Isso talvez seja um pouco surpreendente dado que a referida Corte, na década passada, sempre considerou a autonomia dos processos arbitrais e a deferência judicial que eles proporcionam.⁶⁶⁷ Por outro lado, a *Supreme Court* esclareceu que até então tem sido uma questão discutivelmente ambígua e promulgada em regras claras, fornecendo segurança aos usuários de arbitragem comercial.

Em suma, a despeito das decisões judiciais imporem limites em desfavor da arbitragem – o que reflete inevitavelmente nos números de arbitragens realizadas no país, como no caso da ICC, mencionado na seção anterior –, o Canadá tem buscado reverter esse quadro com criação e desenvolvimento de centros de arbitragens para resolver disputas nacionais e internacionais, fornecendo árbitros qualificados, experientes consultores, pesquisas inovadoras e um ambiente de apoio jurídico, independentemente da localização das partes ou de seus sistemas de direito.

A simbiose entre Judiciário e arbitragem uma vez mais revela a provação pela qual este tão importante mecanismo alternativo enfrenta, cujas agruras decorrem principalmente de ultrapassado conceito sobre acesso à justiça. Além disso, mudança de paradigma depende, sobretudo, do imprescindível apoio da instituição Judiciário, como tem sido presenciado no direito brasileiro. Os significativos números de utilização da arbitragem coincidem com a postura judicial favorável a esse mecanismo, assegurando-se a fiel aplicação da Lei nº 9.307/96 e, conseqüentemente, verdadeira segurança jurídica.

⁶⁶⁷ Nesse sentido: *Desputeaux v. Éditions Chouette* (1987) inc, 2003 SCC 17, *Dell Computer Corp v. Union des consommateurs*, 2007 SCC 34, e *Rogers Wireless Inc v. Muroff*, 2007 SCC 35.

4.3 PROPOSTAS PARA O DIREITO BRASILEIRO A PARTIR DA PESQUISA REALIZADA COM A FINALIDADE DE AUMENTAR A EFICÁCIA DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA ARBITRAL, SEM PRESCINDIR DE SEU REFLEXO NO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

Como assevera René David, o direito comparado tem um papel fundamental na ciência do Direito que pode ser resumido em três objetivos. O primeiro diz respeito à elucidação do papel e compreensão do Direito a partir da experiência de todas as nações. O segundo, sob o ponto de vista prático, consiste na facilitação da organização da sociedade internacional, oportunizando possibilidades de acordo e sugerindo fórmulas para a regulamentação das relações internacionais. Em terceiro lugar, permite aos juristas de várias nações vislumbrar o aperfeiçoamento de seus direitos internos.⁶⁶⁸

Partindo dessa perspectiva comparativa dos sistemas jurídicos brasileiro e canadense, é possível formular algumas propostas para aumentar a eficácia da cláusula arbitral no contexto nacional.

Primeiramente, observa-se que muitas das decisões canadenses mencionadas ao longo do trabalho fazem expressa referência à autonomia das partes. Em sendo a cláusula arbitral uma manifestação de tal autonomia, esta deve ser enfatizada reiteradamente pelo julgador brasileiro diante da análise de uma arbitragem que lhe é submetida. Isso vale também para a cognição sumária das medidas judiciais urgentes contra arbitragem, comumente denominadas pela doutrina como *anti-suit injunctions*, propostas pela parte que resiste ao juízo arbitral, a despeito da existência de cláusula compromissória arbitral. Em outras palavras, a interpretação judicial de contratos e leis deve ser sempre favorável à arbitragem no âmbito das relações comerciais, justamente por prestigiar a autonomia da vontade, salvo casos de manifesta nulidade, previstos em lei.

Além disso, no que se refere à abrangência objetiva da cláusula arbitral, salvo se constar dela expressamente alguma restrição, compreende todo e qualquer litígio atinente ao contrato a que se refere.

Essa ampla abrangência, sob o seu aspecto objetivo, já foi reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça, em voto vista da Ministra Nancy Andrigli, no Recurso

⁶⁶⁸ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 3.

Especial (REsp) nº 450.881/DF,⁶⁶⁹ que concluiu pelo alcance da cláusula compromissória existente no caso em discussão a todos os litígios relacionados ao contrato celebrado pelas partes.

Dos *leading cases* *GreCon Dimter inc. v. J. R. Normand inc.*,⁶⁷⁰ da *Supreme Court* do Canada, e *St. Pierre v. Chriscan Enterprises Ltd.*,⁶⁷¹ da *Court of Appeal* de British Columbia, por sua vez, extrai-se a importância da redação da cláusula arbitral, especialmente no que se refere a sua abrangência, posto que o significado de determinadas palavras nela utilizadas dependerá do tipo de transação em questão, do contexto no qual referida cláusula surgiu e de outros termos do contrato, de modo que a definição a elas conferida para compreensão de um caso em específico não necessariamente será aplicado a outro. Vale dizer que as mesmas palavras ou similares podem ser interpretadas de forma distinta em diferentes casos, cada qual nas suas circunstâncias fáticas, à luz de seus objetivos e propósitos.

É dentro dessa conjuntura que se revela de fundamental importância a redação da cláusula arbitral, mormente como mecanismo de redução de custos de transação, cuja atividade deve ser corriqueira na prática profissional dos advogados brasileiros. Isso, porém, requer uma mudança de paradigma, pois, lamentavelmente, a formação das universidades ainda se volta quase que exclusivamente a entendimentos jurisprudenciais, que traz em seu bojo a “bandeira do conflito”, menosprezando as virtuosas formas alternativas de composição de controvérsias. Nas palavras de Joel Dias Figueira Junior, formam-se “legiões de operadores-guerreiros no direito e não de pacificadores pelo Direito e para a justiça”.⁶⁷²

O atual mundo globalizado reclama por essa *expertise* dos profissionais do Direito no desenho não apenas da cláusula arbitral, mas, sobretudo, do contrato propriamente dito, adaptando-o às peculiaridades da transação e, se necessário, desenvolvendo uma nova linguagem contratual que melhor atenda os objetivos das partes.

Além disso, a evolução da arbitragem no Brasil deve acompanhar os avanços tecnológicos de modo a admitir – como no direito canadense, a exemplo do artigo 2640 do

⁶⁶⁹ De Relatoria do Ministro Castro Filho, julgado em 11.04.2003. Disponível no site: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 13.09.2012.

⁶⁷⁰ 2005 SCC 46 (CanLII), [2005] 2 SCR 401.

⁶⁷¹ 2011 BCCA 97 (CanLII).

⁶⁷² **Arbitragem (legislação nacional e estrangeira) e o monopólio jurisdicional**. São Paulo: LTr, 1999, pp.12-13.

CCQ –, outros meios de prova que atestem a existência de convenção arbitral. O desenvolvimento do comércio internacional desencadeou o surgimento de novas figuras contratuais e formas de comunicação, tais como aceitação oral ou tácita de uma ordem de compra, contratos concluídos sob a égide de condições gerais, cláusulas incorporadas a contratos por referência, contratos comerciais por meio de corretores e *e-commerce*, etc. Embora o Brasil tenha aderido ao Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional de Buenos Aires de 1998 do Mercosul (Decreto nº 4.719/03), cujo artigo 6.3 admite a cláusula compromissória enviada por e-mail,⁶⁷³ impõe-se a condição de sua confirmação por documento original.

O mesmo ocorre em relação ao §1º do artigo 4º e inciso II, do artigo 37, da Lei nº 9.307/96, assim como em algumas legislações das províncias canadenses – quais sejam, Newfoundland,⁶⁷⁴ Northwest Territories⁶⁷⁵ e Nunavut,⁶⁷⁶ Yukon⁶⁷⁷ e Prince Edward Island⁶⁷⁸ –, que, inspirados na redação do Artigo II(1) e (2) da Convenção de Nova Iorque,⁶⁷⁹⁻⁶⁸⁰ trazem a expressão “por escrito”,⁶⁸¹ o que tem conduzido a interpretações

⁶⁷³ O artigo 6.3 do Acordo de Buenos Aires de 1998 assim preceitua: “A convenção arbitral celebrada entre ausentes poderá concretizar-se pela troca de cartas ou telegramas com recebimento comprovado. As comunicações feitas por fax, correio eletrônico ou meio equivalente deverão ser confirmadas por documento original [...]”. Para um comentário sobre o Acordo de Buenos Aires, cf.: LEE, João Bosco. **Arbitragem comercial internacional no Mercosul: o Acordo de Buenos Aires de 1998**. In: HOFMEISTER, Wilhelm e TREIN, Franklin (organizadores). Anuário Brasil-Europa 2002: solução de controvérsias, arbitragem comercial e propriedade intelectual. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2003, p. 175; MARTINS, Pedro A. Batista. **Observações sobre o texto do acordo sobre arbitragem comercial internacional do Mercosul**. Revista Brasileira de Arbitragem, n. 09, jan-mar 2006, p.07.

⁶⁷⁴ *Arbitration Act*, RSNL 1990, c A-14, seção 2(1)(d).

⁶⁷⁵ *Arbitration Act*, RSNWT 1988, c A-5, seção 1.

⁶⁷⁶ *Arbitration Act*, RSNWT (Nu) 1988, c A-5, seção 1.

⁶⁷⁷ *Arbitration Act*, RSY 2002, c 8, seção 1(1).

⁶⁷⁸ *Arbitration Act*, RSPEI 1988, c A-16, seção 1(d).

⁶⁷⁹ Artigo II: 1. Cada Estado signatário deverá reconhecer o acordo escrito pelo qual as partes se comprometem a submeter à arbitragem todas as divergências que tenham surgido ou que possam vir a surgir entre si no que diz respeito a um relacionamento jurídico definido, seja ele contratual ou não, com relação a uma matéria passível de solução mediante arbitragem. 2. Entender-se-á por “acordo escrito” uma cláusula arbitral inserida em contrato ou acordo de arbitragem, firmado pelas partes ou contido em troca de cartas ou telegramas.

⁶⁸⁰ Em razão das diferentes interpretações do artigo II(2) da CNI, a UNCITRAL decidiu consolidar, no plano internacional, o alcance do princípio da eficácia máxima (também denominado *more-favourable-right provision* ou *favor validatis*) – previsto no artigo VII(1) da CNI e, segundo o qual, em caso de normas que confirmam tratamento mais favorável ao reconhecimento e execução da sentença arbitral estrangeira, estas devem prevalecer sobre a CNI – também à convenção de arbitragem, aplicando-se a norma que lhe for mais favorável, de modo a prestigiar a validade do acordo arbitral e reconhecer que as circunstâncias descritas no artigo II(2) da CNI não são exaustivas. Trata-se da Recomendação adotada pela UNCITRAL na 39ª sessão, de 7 de julho de 2006. Disponível em: <www.uncitral.org>. Acesso em: 21.09.2012.

⁶⁸¹ Urge salientar que as disposições do Regulamento de Arbitragem e as decisões da Corte da CCI a respeito do tema não exigem a forma escrita para a convenção arbitral, sendo suficiente a apresentação de uma

distorcidas por parte do Judiciário. Como exemplo, cita-se o entendimento externado pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, na SEC nº 6753-7, de Relatoria do Ministro Maurício Corrêa, julgada em 13.06.2002, que negou homologação à sentença arbitral estrangeira, sob o fundamento de que a legislação brasileira sobre arbitragem exigia forma escrita e instrução da exordial com “original da convenção de arbitragem”.⁶⁸² Muito embora o STF tenha concluído pela impossibilidade de aceitação tácita da cláusula arbitral ante as insurgências da parte requerida contra essa cláusula no processo arbitral, se este não acolheu tais impugnações, ao Judiciário não caberia imiscuir na matéria, tampouco em sede de homologação de sentença arbitral.

Outro caso é o da SEC nº 866 do STJ, de Relatoria do Ministro Felix Fischer, em que a requerente, *Oleaginosa Moreno Hermanos Sociedad Anónima*, buscava homologação de sentença arbitral proferida no âmbito da *Grain and Free Trade Association (GAFTA)* na Inglaterra. O contrato havia sido celebrado originalmente por contato telefônico, entre uma corretora, que representava os interesses da requerente, e outra pessoa, que atuava em nome da requerida *Moinho Paulista Ltda.* Confirmada por *telex* em momento posterior, a operação continha cláusula compromissória com referência expressa às regras de arbitragem daquela instituição. A Corte Especial do STJ salientou que, por inexistir assinatura ou qualquer outra anuência da requerida nas correspondências trocadas entre as partes, não seria possível admitir aceitação tácita da cláusula compromissória, haja vista a impugnação nesse sentido suscitada no âmbito da arbitragem, razão pela qual foi indeferido o pedido de homologação.

Em razão disso e visando adequar-se mais satisfatoriamente às práticas comerciais internacionais, o artigo 7º da Lei Modelo UNCITRAL foi revisado em 2006, dando ensejo a sua atual redação.⁶⁸³ A tendência, portanto, é afastar por completo qualquer requisito

prova escrita mínima de sua existência, não se admitindo apenas a mera alegação da parte [ARROCHA, Katherine Gonzalez. **The articles II and III of the New York Convention (NYC) and the experience of arbitral institutions: the ICC experience.** Revista de Arbitragem e Mediação, n.18, jul.-set. 2008, São Paulo: Revista dos Tribunais, pp.86-100].

⁶⁸² Art. 37. A homologação de sentença arbitral estrangeira será requerida pela parte interessada, devendo a petição inicial conter as indicações da lei processual, conforme o art. 282 do CPC, e ser instruída, necessariamente, com [...] II - o original da convenção de arbitragem ou cópia devidamente certificada, acompanhada de tradução oficial.

⁶⁸³ CAPÍTULO II. CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM: Opção 1: Art. 7º Definição e Forma da Convenção de Arbitragem (como adotado pela Comissão na sua 39ª sessão, em 2006): (1) “Convenção de Arbitragem” é o acordo pelo qual as partes decidem submeter à arbitragem todos ou alguns dos litígios surgidos entre elas com respeito a uma determinada relação jurídica, contratual ou extracontratual. Uma convenção de arbitragem pode adotar a forma de uma cláusula compromissória em um contrato ou a de

formal específico à cláusula compromissória, o que já tem sido praticado por algumas Províncias canadenses – Ontario,⁶⁸⁴ Alberta,⁶⁸⁵ Manitoba,⁶⁸⁶ New Brunswick,⁶⁸⁷ Nova Scotia⁶⁸⁸ e Saskatchewan⁶⁸⁹ – que expressamente dispensam a forma escrita da convenção arbitral.

Oportuno, ainda, mencionar a proposta de modificação da CNI elaborada por Albert Jan van den Berg em Congresso da *International Council for Commercial Arbitration* (ICCA), realizado na Irlanda em 2008, conhecido como “Convenção de Dublin” ou “Convenção Minutada”.⁶⁹⁰ Por meio dela, propõe-se justamente suprimir qualquer requisito no que tange à forma do acordo de arbitragem, cuja cláusula compromissória é tratada da mesma forma que as demais cláusulas contratuais, notadamente naqueles instrumentos firmados entre agentes econômicos. Note-se o seguinte trecho:

34. It is submitted that requirements for the form of the arbitration agreement are no longer needed. Actually, modern arbitration laws are gradually abandoning the requirement of the written form, treating the arbitration clause on the same footing as other clauses in a contract...The Draft Convention

um acordo autônomo. (2) A convenção de arbitragem deve ser feita por escrito. (3) A convenção de arbitragem tem forma escrita quando seu conteúdo estiver registrado sob qualquer forma, independentemente de a convenção de arbitragem ou o contrato terem sido concluídos oralmente, por conduta ou qualquer outro meio. (4) O requisito de que a convenção de arbitragem seja celebrada por escrito é preenchido por uma comunicação eletrônica se a informação contida em tal comunicação é acessível de forma a possibilitar sua utilização para referência futura; “comunicação eletrônica” significa toda e qualquer comunicação utilizada pelas partes por meio de mensagens de dados; “mensagem de dados” significa a informação gerada, enviada, recebida ou armazenada por meios eletrônicos, magnéticos, ópticos ou similares, incluindo também, mas não apenas, o intercâmbio eletrônico de dados (*eletronic data interchange* – EDI), o correio eletrônico, o telegrama, o telex ou a telecópia. (5) Ademais, uma convenção de arbitragem é escrita se estiver contida em uma troca de petições entre as partes, em que uma das partes alega a existência da convenção de arbitragem e a outra não a nega. (6) Em um contrato, a referência a qualquer documento que contenha uma cláusula compromissória constitui uma convenção de arbitragem por escrito, desde que a referência seja feita de modo a tornar a cláusula parte integrante do contrato. Opção II: Artigo 7.º Definição de convenção de arbitragem (Como adotado pela Comissão na sua 39.ª sessão, em 2006): “Convenção de arbitragem” é o acordo pelo qual as partes decidem submeter à arbitragem todos ou alguns dos litígios surgidos entre elas com respeito a uma determinada relação jurídica, contratual ou extracontratual.

⁶⁸⁴ *Arbitration Act*, 1991 (Ont.), seção 5(3).

⁶⁸⁵ *Arbitration Act* (Alta.), seção 5(1).

⁶⁸⁶ *Arbitration Act* (Man.), seção 5(1).

⁶⁸⁷ *Arbitration Act* (NB), seção 5(2).

⁶⁸⁸ *Commercial Arbitration Act* (NS), seção 7(1).

⁶⁸⁹ *Arbitration Act*, 1992 (Sask.), seção 6(3).

⁶⁹⁰ A proposta intitulada “*Hypothetical Draft Convention on the International Enforcement on Arbitration Agreements and Awards*” está disponível em: <www.arbitration-icca.org>. Acesso em 20.09.2012.

*follows this trend by no longer imposing an internationally required written form.*⁶⁹¹

Outra sugestão ao direito brasileiro diz respeito à necessidade de alteração legislativa para se admitir de forma expressa a cláusula compromissória “por referência”,⁶⁹²⁻⁶⁹³ já consolidada no direito canadense,⁶⁹⁴ a exemplo da *International Commercial Arbitration Act* de British Columbia,⁶⁹⁵ tendo como princípio orientativo a de que a pretensão das partes em incorporar uma convenção arbitral por referência tem que ser feita de maneira expressa⁶⁹⁶ e em linguagem necessariamente clara de forma a garantir o direito de uma pessoa recorrer aos tribunais judiciais.⁶⁹⁷

No caso *Sunny Corner Enterprises Inc v. Dustex Corporation*,⁶⁹⁸ o contrato principal continha uma cláusula arbitral exigindo que qualquer litígio entre o proprietário e o contratante seria arbitrado. O subcontrato estava contido em uma ordem de compra que estabeleceu que o objetivo do serviço seria tal como definido no contrato principal. O empreiteiro sustentou que a ordem de compra suficientemente incorporou os termos do contrato principal e, portanto, a cláusula arbitral, dentro do subcontrato. O subcontratante reconheceu que o contrato principal era parte integrante da ordem de compra, mas afirmou

⁶⁹¹ Tradução livre: “34. Propõe-se que os requisitos quanto à forma de convenção de arbitragem não são necessários. Na verdade, as modernas leis de arbitragem estão gradualmente abandonando as exigências de forma escrita, tratando a cláusula arbitral em igualdade com outras cláusulas em um contrato... A minuta da Convenção segue essa tendência, não mais se impondo uma forma escrita internacionalmente”. (BERG, Albert Jan van den. **Hypothetical draft Convention on the international enforcement on arbitration agreements and awards**. Disponível em: <www.arbitration-icca.org>. Acesso em: 20.09.2012).

⁶⁹² Cf. nota 475 supra.

⁶⁹³ Sobre o tema, cf.: TWEEDDALE, Andrew e TWEEDDALE, Keren. **Incorporation of arbitration clauses revisited**. Journal of the Chartered Institute of Arbitrators, vol. 76, n. 4, nov. 2010, pp.656-660. Arnoldo Wald, em artigo intitulado “Os aspectos formais da Convenção de Arbitragem [Comentário do Artigo II(1) e (2), da Convenção de Nova Iorque, e sua aplicação no direito brasileiro]” propôs reforma legislativa nesse sentido, justamente porque a redação atual do §1º do artigo 4º da Lei nº 9.307/96 dá margem a dúvidas, privilegiando-se eventual comportamento de má-fé da parte que resiste à arbitragem [In: WALD, Arnoldo e LEMES, Selma Ferreira (Coord.). Arbitragem comercial internacional: a Convenção de Nova Iorque e o direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2011, p.120].

⁶⁹⁴ Nesse sentido: *Kaverit Steel & Crane Ltd. v. Kone Corp.* (1992), 120 A.R. 346 (C.A.) e *Lamb v. AlanRidge Homes Ltd.*, 2009 ABQB 170.

⁶⁹⁵ RSBC 1996, c 233, seção 7(5). Importante a sua transcrição na íntegra: “*The reference in a contract to a document containing an arbitration clause constitutes an arbitration agreement if the contract is in writing and the reference is such as to make that arbitration clause part of the contract*”. Tradução livre: “A referência em um contrato a um documento que contenha cláusula compromissória constitui uma convenção arbitral, se o contrato é escrito e a referência é feita de tal modo que a cláusula arbitral seja parte do contrato”. A redação é bastante similar àquela do artigo 7(6) da Lei Modelo UNCITRAL.

⁶⁹⁶ *Nanisivik Mines Ltd. v. F.C.R.S. Shipping Ltd.* (C.A.), [1994] 2 F.C. 662.

⁶⁹⁷ *Johnston v. Mlakar* (2006), 212 O.A.C. 79 (C.A.).

⁶⁹⁸ *Sunny Corner Enterprises Inc v. Dustex Corporation*, 2011 NSSC 172 (CanLII).

que a ordem de compra não especificamente incorporava a cláusula arbitral do contrato principal no subcontrato.

A *Supreme Court* de Nova Scotia asseverou que uma cláusula de arbitragem no contrato principal será apenas incorporada à subcontratação se assim dispor especificamente. Não era suficiente apenas afirmar no subcontrato que o contrato principal era dele parte "integrante". Isso em virtude do fato de existir muitos termos no contrato principal que são irrelevantes para o subcontratante.

Assim, a referida Corte rejeitou o pedido de suspensão da parte requerida e prosseguiu com o processo judicial, pontificando que:

[39] *A general incorporation of the prime contract into the subcontract will not normally include the arbitration clause.*

[40] *On the strength of these authorities, it appears that something more than a declaration that the head contract is "an integral part" of the subcontract would be required to incorporate the arbitration provision.*⁶⁹⁹

Urge salientar, outrossim, que a execução específica da cláusula arbitral no direito brasileiro deve vir acompanhada da respectiva indenização por quebra do acordo arbitral consubstanciada no abuso do direito, na modalidade *venire contra factum proprium* (artigo 187 CC),⁷⁰⁰ da parte que acionou indevidamente o Judiciário, ou seja, fora das hipóteses legais de intervenção judicial. Em outras palavras, baseando-se na regra da *pacta sunt servanda*, veda-se o comportamento contraditório da parte que recorre à via judicial, quando existente cláusula arbitral, caracterizando-se como ato ilícito, passível de indenização. Isso inibe a má-fé, assegurando-se a almejada previsibilidade e segurança jurídica, vetores de funcionamento do mercado.

Tal como no direito canadense, revela-se igualmente importante elidir de vez, notadamente no campo processual, a distinção entre cláusula arbitral e compromisso

⁶⁹⁹ *Sunny Corner Enterprises Inc v. Dustex Corporation*, 2011 NSSC 172 (CanLII), parágrafos 39-40. Tradução livre: "[39] Uma geral incorporação do contrato principal no subcontrato normalmente não irá incluir a cláusula de arbitragem. [40] No esforço das autoridades, parece que algo mais do que uma declaração de que o contrato principal é 'parte integrante' do subcontrato seria necessário para incorporar a cláusula de arbitragem".

⁷⁰⁰ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

arbitral, solucionando-se, assim, a contumaz confusão da jurisprudência entre os institutos.⁷⁰¹

Por derradeiro, como visto, em muitos casos, partes e árbitros de *civil law* e *common law* reúnem-se, trazendo não apenas predileções do respectivo sistema legal ao qual pertencem, mas também relativo conhecimento ou ignorância de regras, costumes e atitudes do sistema alheio. Ainda, as diretrizes devem refletir o procedimento adequado ao interesse das partes envolvidas, assim como o tipo de disputa que eventualmente seja instalada.

Disso resulta o fundamental e ativo papel do árbitro, cuja seleção é certamente uma das mais importantes etapas do procedimento arbitral. Uma vez selecionado(s) corretamente o(s) árbitro(s), todo o restante do processo fluirá de forma previsível, de acordo com as expectativas das partes. Torna-se, pois, indispensável que as partes de uma convenção arbitral considerem como critérios de seleção do(s) árbitro(s) a sua experiência profissional e o *know-how* em procedimentos arbitrais.

Diante do sincretismo das práticas oriundas da *civil law* e *common law* decorrente da internacionalização das relações econômicas, o árbitro, como protagonista do procedimento arbitral, deverá adaptar os instrumentos processuais às características do litígio, considerando-se não apenas as tradições jurídicas das partes e seus advogados, mas também o mérito de cada caso. Ao árbitro recai, portanto, a atribuição de refutar produção de provas desnecessárias e eleger, entre aqueles disponíveis nas duas tradições jurídicas, os meios mais eficientes à causa em discussão, reduzindo-se prazos e custos da arbitragem.

O direito brasileiro não pode prescindir dessa atual realidade que reclama a sensibilidade do Judiciário ao apreciar pedidos de nulidade de sentença arbitral por “cerceamento de defesa” (artigo 5º, LV, CF). Logicamente que a decisão arbitral que indefere uma dada prova requerida pela parte deverá estar fundamentada. Uma vez observado isso, o olhar judicial deverá necessariamente considerar essa simbiose das tradições jurídicas e peculiaridade do procedimento arbitral.

⁷⁰¹ Como exemplo, cita-se o AI nº 7124083-0, 12.04.07, de relatoria do Des. Roberto Mac Cracken do TJSP, no qual se asseverou que antes de promover a execução da sentença arbitral, com fundamento no artigo 584, VI, do CPC, a agravada deveria ter promovido a citação do devedor para exercer o direito de escolha. Como não o fez, não haveria título executivo exigível. O Tribunal deu provimento ao recurso para declarar inexigível o título executivo em razão do descumprimento do disposto no artigo 571, § 1º e 2º, do CPC, extinguindo a ação de execução.

CONCLUSÃO

"Vocês podem se surpreender, mas eu afirmo que o Brasil se tornou um modelo judiciário para os outros países, pela eficiência e pela transparência",⁷⁰² enfatizou o professor-doutor holandês Albert Jan Van Den Berg, um dos mais renomados especialistas sobre a Convenção de Nova Iorque no mundo, ao apresentar a conferência "Arbitragem no Âmbito Internacional – Convenção de Nova Iorque" realizada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Da análise comparativa realizada no presente trabalho, denota-se que, muito embora o Brasil tenha aderido à referida Convenção tardiamente (apenas em 2002), transformou-se em referência internacional se comparado ao direito canadense que, desde 1986, já havia internalizado tal instrumento multilateral nas suas Províncias.

A evolução e consolidação da arbitragem, como meio natural e idôneo de solução dos litígios emergentes das relações do comércio internacional, tornaram-se moeda corrente no discurso jurídico e pesquisas econômicas contemporâneas.

Doutrina e jurisprudência afirmam, em geral, que a arbitragem comercial internacional, dada as suas características peculiares, dispõe de um quadro jurídico mais flexível e apropriado à apreciação e solução das controvérsias oriundas das relações comerciais, especialmente as de natureza internacional, se comparada aos sistemas estatais. A razão dessa preferência e popularidade deve-se à base contratual da arbitragem, que permite às partes, ao contrário do processo judicial, controlar vários aspectos do procedimento, como a nomeação dos árbitros (etapa fundamental) e a escolha da lei aplicável ao procedimento e ao fundo do litígio.

Acrescente-se a isso o conjunto de tratados internacionais em vigor que assegura uma ampla e facilitada circulação de sentenças arbitrais, o que torna possível o seu reconhecimento e execução em países diversos daqueles nos quais foram prolatadas.

Todo esse cenário de exponencial crescimento da arbitragem comercial, resultante, sobretudo, do aumento do comércio e dos investimentos internacionais, apesar de beneficiar mais intensamente economias emergentes do final do século XX, como Canadá, foi um dos fatores determinantes para a sofisticação da legislação brasileira.

⁷⁰² JUSTIÇA, Superior Tribunal de Justiça. **Especialista em arbitragem diz que Justiça brasileira se tornou exemplo para o mundo**. Eventos. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 05.10.2012.

Desde então, o Brasil deixou de ter um papel periférico, passando a integrar as dez maiores economias mundiais, sendo classificado, em 2011, como sexta economia, segundo relatório do Fundo Monetário Internacional (FMI), e como sétima economia, de acordo com o indicador do Banco Mundial, considerando o Produto Interno Bruto (PIB). De receptor eventual de investimentos, tornou-se parceiro internacional e investidor em vários países estrangeiros, multiplicando de forma significativa a sua participação em arbitragens, em decorrência, sobretudo, da jurisprudência construtiva e sinalizadora dos tribunais pátrios.

Essa relação existente entre Judiciário e arbitragem, como visto, tem sido determinante para o sucesso da arbitragem comercial no Brasil, seja no âmbito nacional ou internacional. Não basta desfrutar de uma legislação de vanguarda, como a canadense – foi o primeiro país do mundo a aderir à Lei Modelo UNCITRAL – se não há a respectiva colaboração, cooperação do Judiciário.

Da análise do *leading case Seidel v. TELUS Communications Inc.*, recentemente julgado pela *Supreme Court* do Canadá, extrai-se um retrocesso, antes impensável em termos de arbitragem e considerando a pioneira adesão do país a instrumentos internacionais de grande relevância. A postura judicial canadense causa inevitável insegurança jurídica, com reflexos na utilização de arbitragens, como a pesquisa realizada pela ICC que classificou o país na décima sexta posição, ao passo que o Brasil ocupou a quarta posição em 2009.

Pode-se afirmar que um dos fatores do desempenho econômico do Brasil deve-se ao fortalecimento de vetores que orientam o funcionamento do mercado, como previsibilidade e segurança, ambiente institucional e custos de transação.

Todas essas variáveis proporcionam a valorização e a implementação na prática contratual da cláusula compromissória, correspondente a um negócio jurídico independente e autônomo em relação ao contrato que o contém e caracterizada como estrutura de conservação dos vínculos contratuais, especialmente dos relacionamentos empresariais, reduzindo-se custos de transação.

A conservação pelos próprios particulares dos negócios jurídicos estabelecidos ocorre mediante o exercício de sua autonomia negocial, expressa na cláusula compromissória inserta nos contratos empresariais. Ou seja, a cláusula arbitral se apresenta como método de manutenção dos vínculos jurídicos e econômicos arraigados no contrato e

ameaçados pelo advento de controvérsias sobre a interpretação e execução contratual. Considerando que o instituto é constituído pela mesma autonomia negocial que originou o contrato firmado entre os particulares, ele também detém as condições para restaurá-lo de forma a preservar a incolumidade dos vínculos nele embutidos, por meio de uma atuação de baixa litigiosidade no interesse de ambas as partes.

Abre-se, assim, um novo campo de atuação para o particular, que, na medida em que conquista maiores direitos, com a valorização da autonomia privada relativamente aos direitos disponíveis de que é titular, assume também responsabilidades diretas pela solução de seus conflitos. Nesse sentido, convém destacar que a arbitragem internaliza o custo do litígio, tornando as partes mais responsáveis por seus comportamentos ao longo do contrato e de um potencial conflito. A consequência disso é a redução de teses ou argumentos desarrazoados, já que a parte contratante precisará pagar para testá-los e sofrerá o revés de uma conduta contraditória.

Logo, ao enfatizar a perspectiva privada da arbitragem, é necessário e importante que as empresas estabeleçam em seus contratos empresariais cláusulas compromissórias, acompanhadas ou não de cláusulas *Dispute Boards*, que instrumentalizem as denominadas “estruturas de conservação”, ou seja, quando da eventual ocorrência de alguma controvérsia acerca da interpretação ou execução contratual, tais estruturas remetem a uma atuação pacificadora de baixa litigiosidade, preservando-se e atualizando-se os valores, intenções e escopos inicialmente perseguidos pelos contratantes.

O efeito disciplinador positivo das instituições arbitrais nas relações contratuais, ademais, consiste no convencimento dos agentes econômicos de que a existência e obrigatoriedade de normas e sanções não jurídicas permite-lhes atuar num regime normativo duplo: de normas extrajurídicas, que asseguram as funções principais de preservação de relacionamentos, e de normas jurídicas, que resolvem os problemas oriundos da ruptura do relacionamento. Ambas as categorias ganham maior conotação quando tais agentes pertencem a um mesmo setor de atividade empresarial.

Prestigia-se, em conjunto com o exercício da função arbitral e adjudicadora, uma atuação de intermediação pacificadora e preventiva, mais informal, assente em relações de autoridade e afinidade. Ainda, o desenvolvimento dos contratos tem se beneficiado da proliferação de meios alternativos de resolução de litígios, que nada mais significa que

uma manifestação clara de soberania dos agentes dentro dos domínios da autorregulação dos setores econômicos.

Em outras palavras, o enfoque da cláusula compromissória e de sua caracterização como negócio jurídico acarreta duas consequências mínimas: a aquisição de um caráter instrumental à arbitragem, disposta como um processo destinado à pacificação social e que serve como ponte entre a realidade socioeconômica e o Direito; e a atribuição de um *status* próprio do instituto que decorre da força vinculativa oriunda do pacto firmado, na medida em que as partes se submeterão ao processo arbitral instituído pela cláusula compromissória e aos novos contornos do contrato, restabelecido pela sentença arbitral, que tem sua origem na própria autonomia negocial das partes.

Essa nova concepção do contrato, que não se restringe à disciplina contratual, conduz a um tratamento mais realista do fenômeno que se denomina firma a partir da ótica de um feixe particular de contratos cuja coordenação reflete as limitações impostas pelo ambiente institucional e os objetivos estratégicos. Ou seja, as firmas, enquanto feixes de contratos, nada mais são que arranjos institucionais, internos (que definem as relações entre agentes especializados na produção) e externos (que regulam as transações entre firmas independentes), desenhados para coordenar as transações que concretizam as promessas estabelecidas em conjunto pelos agentes econômicos. Somados ao ambiente institucional, tais contratos definem diferentes mecanismos de incentivos, assim como remédios para o não cumprimento das promessas, que constituem a essência econômica do pacto contratual.

Embora o contrato continue a ser instrumento de liberdade e de eficiência econômica, a referida liberdade passa a ser qualificada pelo comprometimento social de modo a conferir nova roupagem à eficiência econômica, cujo conceito está associado às necessidades do mercado.

É dentro dessa lógica que o contrato adquire magnitude como um fenômeno econômico, cuja instrumentalidade reclama por um adequado e eficiente mecanismo de resolução alternativa de controvérsias, que atenda às necessidades mutantes e constantes do mercado.

Some-se, ainda, que diante da crescente internacionalização das relações negociais, o árbitro tem sido e continuará a ser chave do processo de convergência substancial entre as tradições *civil law* e *common law*. O êxito de sua atuação,

consubstanciado na construção da solução mais eficiente para as partes envolvidas, dependerá da previsão de mecanismos adequados, que tem como gênese a cláusula compromissória arbitral – a mais lídima expressão da autonomia negocial – e seu elemento propulsor, as instituições.

Partindo-se dessas premissas, salienta-se a interface entre Direito e Economia que tem por escopo o estudo dos fatos jurídicos sob o prisma de seus custos de transação, aplicando os métodos de análise de eficiência fornecidos pela econometria. Ou seja, mede-se o custo social, no plano econômico, derivado de um determinado fato jurídico.

Sob essa ótica, examinam-se, por exemplo, os efeitos da facilitação da tutela jurídica do crédito. O acesso ao crédito, como é cediço, constitui elemento fundamental para o desenvolvimento da atividade empresarial, seja na forma de financiamento para a instalação ou ampliação dos estabelecimentos, seja mediante obtenção de prazos de pagamento junto a fornecedores, mantendo-se o capital de giro e incrementando o volume de negócios. Em ambos os casos, parte-se da ideia de que o custo do crédito aumenta na proporção inversa da segurança concedida aos credores.

Assim, quanto mais eficiente o sistema jurídico de proteção e recuperação de créditos, menor será o custo geral do crédito oferecido no mercado e maior será a sua disponibilização.

A par disso, à medida que a internacionalização das relações negociais cresce em volume, aumentam-se não apenas a complexidade e incerteza de seu tratamento jurídico, mas também os custos de sua utilização. Desde o refinamento do processo de tramitação – a exigir mais requerimentos, audiências e nova apuração dos fatos, notadamente por conta da convergência dos sistemas codificado e consuetudinário – até a crescente perspicácia do próprio Direito – a exigir coleta de dados e investigação, mais provas e o recurso a especialistas –, em suma, todos os melhoramentos verificados na adjudicação, selecionando-se os mecanismos mais eficientes das duas tradições jurídicas, implicam inevitável aumento da necessidade e da oportunidade de incorrer em despesas maiores.

Como produto da globalização, os sistemas jurídicos de vários países, reformulados por novas tecnologias à luz das exigências de um mercado volátil, interagem cada vez mais de modo a exigir uma confiável base de conhecimentos apta a fazer comparações significativas entre países, selecionando as melhores e mais eficazes ferramentas das duas tradições mais usuais.

Não se pode olvidar que o sistema jurídico é um dos mecanismos por meio do qual são monitoradas e reguladas as constantes mudanças sociais da atualidade. Além do mais, a eficácia da resposta legal depende não só da qualidade do conhecimento formado sobre uma determinada sociedade, mas, sobretudo, da compreensão de seu próprio sistema jurídico.

Contudo, há de se ter em mente que não basta pura e simplesmente importar um modelo institucional que funcione bem num determinado país, pois o mesmo não será necessariamente eficiente para outra sociedade.

Dessa forma, a análise de eficiência econômica em sintonia com o projeto de desenvolvimento socioeconômico do Brasil deverá ser modelada para atender às peculiaridades nacionais, sem prescindir daquilo que há de melhor nos dois mundos da *civil law* e *common law*.

É nesse contexto que a perspectiva comparativa do direito brasileiro-canadense, acompanhada de estudo de alguns casos na temática cláusula arbitral, teve por objetivo proporcionar, ainda que de forma limiar, uma observação de como lei de arbitragem, prática e Judiciário funcionam e interagem.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Súmula vinculante versus precedentes: notas para evitar alguns enganos.** In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.), Revista de processo, ano 33, n. 165, nov. 2008, São Paulo: RT.

ABOIM, Luiz Cláudio. **Walpires v. BOVESPA: percalços da arbitragem de disputas societárias.** Revista Brasileira de Arbitragem, n. 8, out-dez 2006, Porto Alegre: Síntese, Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem.

_____. **A aplicação do artigo III da Convenção de Nova Iorque de 1958.** In: WALD, Arnoldo e LEMES, Selma Ferreira (Coord.). Arbitragem comercial internacional: a Convenção de Nova Iorque e o direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2011.

AKERLOF, George A. **The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism.** The Quarterly Journal of Economics, vol. 84, n. 3. aug. 1970, pp. 488-500.

ALPIS, Jeffrey A. **Prevenção de disputas decorrentes de transações internacionais.** Tradução de Giovani Ribeiro Rodrigues Alves e Caroline Sampaio de Almeida. Revisão de Marcia Carla Pereira Ribeiro.

ALVAREZ, Henri C. **The Implementation of the New York Convention in Canada.** Journal of International Arbitration, vol. 25, dec. 2008, pp. 669-679

ALVES, Elvisney Aparecido. **Dimensões da responsabilidade social da empresa: uma abordagem desenvolvida a partir da visão de Bowen.** Revista de Administração, São Paulo, v. 38, n. 1, 2003.

ALVIM, Arruda. **Cláusula compromissória e compromisso arbitral: efeitos.** Revista de Processo, n. 101, ano 26, jan-mar 2001, São Paulo: Revista dos Tribunais.

ALVIM, Eduardo Arruda. **Curso de direito processual civil.** Vol. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Direito arbitral.** 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.

AMARAL, Osternack Paulo. **Arbitragem e administração pública: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle.** Belo Horizonte: Forum, 2012.

AMERICAN BAR ASSOCIATION. **Comments from Members of the Washington, D.C. Arbitration Community on the Draft Disclosure Guidelines Released for Comment by the Disclosure.** Disponível em: <www.americanbar.org>. Acesso em: 08.12.2012.

AMIGO, Natalia Guajardo. **Arbitration to resolve international commercial disputes under the brazilian arbitration act: Is Brazil a good site for arbitration?** Thesis for the degree of Master of Laws. University of British Columbia (UBC) Faculty of Law. July 2004. 144 f.

ANDREONI, James. **Why free ride? Strategies and learning in public goods experiments.** Journal of Public Economics vol. 37, North-Holland, 1988, pp.291-304.

ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato.** Coimbra: Almedina, 2007.

ARAUJO, Nadia e SPITZ, Lídia. **Artigo I – a Convenção de Nova Iorque sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras: análise sobre o seu âmbito de aplicação.** In: WALD, Arnoldo e LEMES, Selma Ferreira (Coord.). *Arbitragem comercial internacional: a Convenção de Nova Iorque e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011.

ARCEZ, José Maria Rossani. **Arbitrabilidade no direito brasileiro e internacional.** Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, ano 4, n. 12, abril-junho de 2001, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

ARIELY, Dan. **Previsivelmente irracional: como as decisões do dia-a-dia influenciam as nossas decisões.** Tradução de Jussara Simões. Rio de Janeiro: Elsevier-Campus, 2008.

ARKADIE, Brian van. **The role of institutions in development.** Proceedings of the World Bank annual Conference on Development Economics 1989. The International Bank for Reconstruction and Development. Washington, D.C. World Bank, 1990, pp.153-175.

ARROCHA, Katherine Gonzalez. **The articles II and III of the New York Convention (NYC) and the experience of arbitral institutions: the ICC experience.** Revista de Arbitragem e Mediação, n.18, jul-set 2008, São Paulo: Revista dos Tribunais, pp.86-100.

ARROW, Kenneth J. **An extension of the basic theorems of classical welfare economics.** In: Proceedings of the Second Berkeley Symposium on Mathematical Statistics and Probability, J. Neyman (ed.), Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 1951, pp. 507-532.

ARROW, Kenneth J. e DEBREU, Gerard. **Existence of an equilibrium for a competitive economy.** Econométrica, vol. 22, n. 3, jul. 1954, pp. 265-290.

AYRES, Ian. **Defaults rules for incomplete contracts.** Disponível em: <islandia.law.yale.edu>. Acesso em 18.05.2012.

BACHA, Edmar Lisboa; PERSIO, Arida; e LARA-RESENDE, André. **Credit, interest and jurisdictional uncertainty: conjectures on the case of Brazil.** 2003. Disponível no </www.fgvsp.br>. Disponível em: 24.05.2012.

BADIN, Michelle Ratton Sanchez. **Reflexão por um direito comum...** Revista Direito GV, jun-dez 2005, v.1, n.2, pp.201-208.

BAPTISTA, Luiz Olavo. **Arbitragem comercial e internacional.** São Paulo: Lex Editora, 2011.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. **Democracia procedimental e jurisdição constitucional.** Disponível em: <www.conpedi.org.br>. Acesso em: 12.08.2011.

BARROSO, Luiz Felizardo. **Franchising & Direito.** 2. ed. , São Paulo: Lumen Juris, 2002.

BENETI, Sidnei Agostinho. **Resolução alternativa de conflitos (ADR) e constitucionalidade.** Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, v. 9, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 17. jan-jun 2006.

_____. **Demora judiciária e acesso à justiça.** São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 715, mai. 1995.

BERG, Albert Jan van den. **Hypothetical draft Convention on the international enforcement on arbitration agreements and awards**. Disponível em: <www.arbitration-icca.org>. Acesso em: 20.09.2012.

BERNSTEIN, Lisa. **Opting out of the legal system: extralegal contractual relations in the diamond industry**. Journal of Legal Studies, vol. 21, n.1, jan. 1992, pp.115-157.

BIENVENU, Pierre. **The enforcement of multi-tiered dispute resolution clauses in international contracts**. Canadian Bar Review, vol. 82, aug. 2003, pp.489-532.

BLACKSTONE, William. **Commentaries on the Laws of England**. Book I, Oxford: Clarendon, 1765.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. 10. ed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

BOLFER, Sabrina Ribas. **Anti-suit injunctions e arbitragem comercial internacional**. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2005, 167 f.

BOIVIN, Richard. **International Arbitration in Canada**. Journal of International Arbitration, vol. 20, october 2003, pp. 507-514

BRAGHETTA, Adriana. **Cláusula compromissória: auto-suficiência da cláusula cheia**. Revista dos Tribunais, ano 91, vol. 800, junho 2002, São Paulo: Revista dos Tribunais, pp.137-144.

_____. **Judiciário é parceiro na evolução da arbitragem**. Entrevistada por Lilian Matsuura. Consultor Jurídico. Texto publicado em 11.10.2009. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 12.09.2012.

BRANSON, Cecil O. D. **The Enforcement of International Commercial Arbitration Agreements in Canada**. Arbitration International, vol.16(1), Arbitration International 19, 2000.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 30.09.2011.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 30.09.2011.

_____. **Decreto nº 4.311, de 23 de julho de 2002**. Promulga a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10.01.2012.

_____. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 30.09.2011.

_____. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 30.09.2011.

_____. **Lei nº 10.101, de 19 de dezembro de 2000**. Dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 30.09.2011.

_____. **Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993**. Dispõe sobre o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias e dá outras providências. (LEI DOS PORTOS). Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 30.01.2012.

BROWN-JOHN, C. Lloyd; PAWLWY, Howard. **When legal systems meet: bijuralism in the canadian federal system**. Institut de Ciències Polítiques i Socials: Barcelona, 2004.

BUSHNELL, Ian. **Justice Ivan Rand and the role of a judge in the nation's highest court**. Extraído do site: < <http://www.thefreelibrary.com>>. Acesso em: 18.12.2011.

CAIVANO, Roque J. **Arbitraje**. 2. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc Villela Editor, 2000.

CALABRESI, Guido. **A common Law for the age of statutes**. Cambridge MA, Harvard University Press, 1982.

_____. **Toward a unified theory of torts**. Journal of Tort Law, vol.1, Berkeley Electronic Press, 2007.

CALAMANDREI, Piero. **La Cassazione civile**, vol. I. Torino: Fratelli Bocca, 1920.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem**. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

CANIVET, Guy. **La convergence des systèmes juridiques du point de vue du droit privé français**. European Review of Private Law, n.1, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; e GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

CARMONA, Carlos Alberto. **Flexibilização do procedimento arbitral**. Revista Brasileira de Arbitragem v.6, n.24, Porto Alegre: Síntese, Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem, 2004.

_____. **Processo arbitral**. Revista de Arbitragem e Mediação, ano 1, n. 1, jan-abr 2004, São Paulo: Revista dos Tribunais.

_____. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2009.

_____. **Em torno do árbitro**. Revista de Arbitragem e Mediação, ano 8, n. 28, jan-mar 2011, São Paulo: Revista dos Tribunais.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Arbitragem. Cláusula compromissória. Cognição e imperium. Medidas cautelares e antecipatórias. Civil law e common law. Incompetência da justiça estatal**. Revista dos Tribunais, v. 94, n. 839, São Paulo: Revista dos Tribunais, set. 2005.

CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. **Regulação de serviços públicos: na perspectiva da Constituição econômica brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CASEY, J.B. **International and domestic commercial arbitration**. Toronto: Carswell, 1993, parágrafo 2.3. A Lei de Arbitragem da Nova Zelândia de 1996 dispõe no seu artigo 7º sobre a convenção de arbitragem oral. Disponível em: <www.legislation.govt.nz>. Acesso em: 14.10.2011.

CATEB, Alexandre Bueno e GALLO, José Alberto Albeny. **Breves considerações sobre a teoria dos contratos incompletos**. Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers, Berkeley Program in Law and Economics, UC Berkeley, 05.01.2007.

CERDEIRA, Pablo; WERNECK, Diego; e FALCÃO, Joaquim (Coord.). **Supremo em números**. Pesquisa realizada pela Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio

Vargas (FGV). Disponível em: <www.supremoemnumeros.com.br>. Acesso em: 31.05.2011.

CHANG, Ha-Joon. **Understanding the relationship between institutions and economic development: some key theoretical issues**. Discussion Paper n. 2006/05. UNU World Institute for Development Economics Research. Helsinki, Finland.

CHIBUEZE, Remigius Oraeki. **The adoption and application of the model law in canada post-arbitration challenge**. Journal of International Arbitration, vol.18, april-2001 pp. 191-209.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Tradução de J. Guimarães Menegale, vol. II, 3ª ed., Saraiva: São Paulo, 1969.

CHIRELSTEIN, Marvin. **Concepts and case analysis in the law of contracts**. 6 ed., New York, Foundation Press, 2010.

COASE, Ronald H. **The nature of the firm**. Economica, New Series, vol.4, n.16, 1937, pp.386-405.

_____. **The problem of social cost**. 3º Journal of Law and Economics, out. 1960.

_____. **The firm, the market and the Law**. Chicago: Chicago University, 1988.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. v.2, São Paulo: Saraiva, 1999.

CONCEIÇÃO, Octavio A. C. **Além da transação: uma comparação do pensamento dos institucionalistas com os evolucionários e póskeynesianos**. Revista de Economia. ANPEC, set./dez. 2008.

COOPER, Russell; DEJONG, Douglas V., FORSYTHE, Robert e ROSS, Thomas W. **Communication in coordination games**. The Quarterly Journal of Economics, vol. 107, v. 2, may 1992, pp. 739-771.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito&Economia**. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa, 5ª ed., Porto Alegre: Bookman, 2010.

CORRÊA, L. Henrique; CORRÊA, A. Carlos. **Administração de produção e operações**. São Paulo: Atlas, 2004.

COSTA, José Augusto Fontoura. **Tentações, reputação e cultura: imparcialidade na arbitragem entre investidores e Estados**. Revista de Arbitragem e Mediação, ano 6, n. 21, abr-jun 2009, Revista dos Tribunais: São Paulo, pp.30-63.

_____. **Análise econômica do Direito: entre a segurança e a adaptação**. Revista da Faculdade de Direito de Sorocaba, Sorocaba, v.8 n. 1, jan-jun 2001, pp.149-175.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

COSTA, Nilton César Antunes. **Poderes do árbitro: de acordo com a lei 9.307/96**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CRETELLA NETO, José. **Curso de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1986.

_____. **Arbitration in international trade.** Publisher, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1985.

DAVID, René e BRIERLEY, John E.C. **Major legal systems in the world today: an introduction to the comparative study of law.** 3ª ed., Stevens & Sons: London, 1985.

DEBREU, Gerard. **The coefficient of resource utilization.** *Econometrica*, volume 19, July 1951, pp. 273-292.

DELMA-MARTY, Mireille. **Por um direito comum.** Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Súmulas Vinculantes.** *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 95, volume 347, jul-set 1999.

_____. **Limites da sentença arbitral e de seu controle jurisdicional.** *Revista Ciência Jurídica*, v. 16, n. 108, nov-dez 2002, Salvador: Jurisbras Edições Jurídicas Ltda.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro.** Vol. 1, 20. ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

DJANKOV, Simeon; LA PORTA, Rafael; SILANES, Florêncio Lopez de; e SHLEIFER, Andrei. **Courts.** Yale ICF Working Paper n. 02-18; Harvard Institute of Economic Research Paper n. 1951.

_____. **The law and economics of self-dealing.** *Journal of Financial Economics*, 88, 2008, Elsevier.

DOLINGER, Jacob e TIBURCIO, Carmem. **Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

EDLIN, Aaron S. e REICHELSTEIN, Stefan. **Holdups, standard breach remedies and optimal investment.** *The American Economic Review*, vol. 86, n. 3, jun. 1996, pp. 4778-501.

ELIADIS, Pearl. **The legal system in Quebec.** In: GALL, Gerald L. *The Canadian Legal System*, 4. ed., Toronto, Carswell, 1995.

ELLICKSON, Robert C. **Order without law: how neighbors settle disputes.** Harvard University Press, 1991.

ELLERMAN, David P. **Helping people help themselves: autonomy compatible assistance.** OED Working Paper Series, n.7, Washington, D.C., The World Bank, Summer 2000.

ENEI, José Virgílio Lopes. **A arbitragem nas sociedades anônimas.** *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 129, jan-mar 2003, São Paulo: Malheiros Editores.

EVAN, William M. **Power, bargaining and law: a preliminary analysis of labor arbitration cases.** *Social problems* 7, summer 1959, pp.4-15.

ETZIONI, Amitai. **The moral dimension.** New York: The Free Press, 1988.

FARINA, Elizabeth Maria Mercier Querido; AZEVEDO, Paulo Furquim de; SAES, Maria Sylvia Macchione. **Competitividade: Mercado, Estado e Organizações.** São Paulo, Singular, 1997.

- FAVEREAU, Olivier. **Qu'est-ce qu'un contrat? La difficile réponse de l'économie.** In: Christophe JAMIN éd., *Droit et économie des contrats*, LGDJ, Paris, pp.21-42.
- FAZZALARI, Elio. **L'arbitrato.** Volume 6, Il Processo civile. Torinto: UTET, 1997.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O papel dado ao Supremo pela Constituição.** Conjur, 08.04.2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 20.12.2011.
- FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Arbitragem (legislação nacional e estrangeira) e o monopólio jurisdicional.** São Paulo: LTr, 1999.
- FON, Vincy e PARISI, Francesco. **Judicial precedents in civil law systems: a dynamics analysis.** *International Review of Law and Economics* 26, 2006.
- FORGIONI, Paula A. **A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- _____. **Teoria geral dos contratos empresariais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- FORGIONI, Paula A.; e GRAU, Eros Roberto. **O Estado, a empresa e o contrato.** Malheiros Editores: São Paulo, 2005.
- FORTIER, L.Yves. **Delimiting the spheres of judicial and arbitral power: beware, my Lord, of jealousy.** In: 80 *The Canadian Bar Review* 143, 2001.
- FOUCHARD, Phillipe. **Os desafios da arbitragem internacional.** Tradução de Maria Helena Japiassú Marinho de Macedo e revisão de Clávio Valença Filho. *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 1, jan-mar 2004, Porto Alegre: Síntese, Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem.
- FOUCHARD, Phillipe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. **On international arbitration.** The Hague: Kluwer Law International, 1999.
- FOX, William F. **International commercial agreements: a primer on drafting, negotiating, and resolving disputes.** Kluwer International Law: Hague, 1998.
- _____. **Traité de l'arbitrage commercial international.** Litec: Paris, 1996.
- FRASCOGNA JR., Xavier M. e HETHERINGTON, H. Lee. **Negotiation strategy for lawyers.** Englewood Cliffs: New Jersey, 1984.
- FRIEDMAN, Lawrence M. e MACAULAY, Stewart. **Contract and contract teaching: past, present e future.** *Fall Wisconsin L. Rev.*, 1967, pp. 805-821.
- FULLER, Lon e PERDUE, William. **The reliance interest in contract damages.** *Yale Law Journal* 46, 1936, pp. 52-96.
- FUNKEN, Katja. **"The best of both worlds": the trend towards convergence of the civil law and the common law system.** LA 732 Comparative Legal Essay.
- FURUBOTN, Eirik. G. e RICHTER, Rudolf. **Institutions and economic theory: the contribution of the new institutional economics.** Ann Arbor, MI: University of Michigan Press.
- GALANTER, Marc. **Justice in many rooms: courts, private ordering and indigenous law.** *Journal Legal of Pluralism*, 19, 1981, pp.1-47.

_____. **Reading the landscape of disputes: what we know and don't know (and think we know) about our allegedly contentious and litigious society.** 31 UCLA Law Review 4, october 1983, pp.4-71.

_____. **Law abounding: legalisation around the North Atlantic.** The Modern Law Review, vol. 55, n.1, jan. 1992.

_____. **News from nowhere: the debased debate on civil justice.** Denver University Law Review 71, 1993, pp. 77-113.

_____. **Direito em abundância: a actividade legislativa no Atlântico Norte.** Revista Crítica de Ciências Sociais, n. 36. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, fevereiro de 1993, pp.103-145.

_____. **The vanishing trial: an examination of trials and related matters in federal and state courts.** Journal of Empirical Legal Studies, vol. 1, issue 3, nov. 2004.

GARCEZ, José Maria Rossani. **Homologação de sentenças estrangeiras: direito brasileiro e comparado.** In: MARTINS, Pedro A. Batista e GARCEZ, José Maria A. Rossani. Reflexões sobre a arbitragem. São Paulo: LTr, 2002.

GEIS, George S. **An embedded options theory of indefinite contracts.** Minnesota Law Review, vol. 90, 2006.

GICO JR, Ivo. **Metodologia e epistemologia da análise econômica do Direito.** Economic Analysis of Law Review, v.1, n.1, jan.-jun. 2002, pp.7-32.

GILMORE, Grant. **The death of contract.** Ronald K.L. Collins ed., 2. ed., Columbus OH, Ohio State University Press, 1995.

_____. **The ages of american law.** New Haven, Conn.: Yale University Press, 1977.

GILSON, Ronald. **Value creation by business lawyers: legal skills and asset pricing.** Yale Law Journal, v. 49, 1984.

GLENN, H. Patrick. **El common law en Canada.** Tradução de Gabriela Sánchez Luna. Disponível em: <www.juridicas.unam.mx>. Acesso em: 10.09.2011

GOETZ, Charles J. e SCOTT, Robert E. **The limits of expanded choice: an analysis of the interactions between express and implied contract terms.** California Law Review, vol. 73, march 1985, pp.261-322.

GOLDMAN, Berthold. **La Compagnie de Suez: société internationale.** Le Monde, October 4, 1956.

_____. **Frontières du droit et lex mercatoria.** Archives de Philosophie du Droit, Paris, n. 09, 1964.

GOLDSTEIN, Marc J. **Crossing The common law-civil law divide in international arbitration: a primer for the perplexed practitioner.** Hodgson Russ LLP Attorneys: New York, pp.4-6. Disponível em: < www.hodgsonruss.com>. Acesso em: 12.01.2012.

GOMES, Orlando. **Obrigações.** Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GOODMAN, John. **An economic theory of the evolution of the common law.** The Journal of Legal Studies, v.7, n.2, 1978.

GORGA, Érica; SZTAJN, Rachel. **Tradições do direito**. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (Coords.). *Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

GOUTAL, Jean Louis. **Characteristics of Judicial Style in France, Britain and the USA**. *The American Journal of Comparative Law*, v. 24, n.1.

GRANDE, Elisabetta. **Comparazione dinamica e sistema giuridico statunitense: analisi di una circolazione incrociata di modelli**. In: *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XXIX, Giuffrè Editore Milano, 2000.

GRAU, Eros Roberto. **Arbitragem e contrato administrativo**. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 32, São Paulo; Malheiros Editores, 2000.

_____. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Elementos de Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

GREIF, Avner. **Contract enforceability and economic institutions in early trade: the maghribi traders' coalition**. *The American Economic Review*, vol. 83, n.3, jun. 1993, pp. 525-548.

GREY, Thomas C. **Langdell's orthodoxy**. 45 *The University of Pittsburgh Law Review* 1, 1983.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **Recepção e transmissão de institutos processuais civis**. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.), *Revista de processo*, ano 31, nº 140, out 2006, São Paulo: RT, 2006.

GROSSMAN, Sanford J. e HART, Oliver. **The costs and benefits of ownership: a theory of vertical and lateral integration**. *Journal of Political Economy*, v.94, n. 41, 1986, pp. 691-719.

HADFIELD, Gillian K. **Bias in the evolution of legal rules**. *Georgetown Law Journal*, vol. 80, 1992.

_____. **Privatizing commercial law**. *Regulation Magazine*, vol. 24, n. 1, Spring 2001, pp.40-45.

HALL, Peter A. e TAYLOR, Rosemary C. R. **Political science and the three new institutionalisms**. MIPFG Discussion Paper 96, june 1996. Disponível em: <www.mpifg.de>. Acesso em: 14.05.2012.

HANKS, Eva H.; HERZ, Michael E. e NEMERSON, Steven S. **Elements of Law**. Second edition, LexisNexis Matthew Bender, 2010.

HARDIN, Garret. **The Tragedy of the Commons**. *Revista Sciencie*, vol. 162, n. 3859, dezembro de 1968, pp. 1243-1248.

HART, Oliver, e MOORE, John. **Property rights and the nature of the firm**. *Journal of Political Economy*, v. 98, n. 6, 1990, pp. 1119-1158.

HEDEL, Henriëtte van. **Towards a European Ius Commune – What Lessons can We Learn from Quebec's Mixed Legal System?** *European Review of Private Law*, vol. 15, october-2007, pp. 685-705.

HILLMAN, Robert A. **The crisis in modern contract theory**. 67 Texas law Review, 103, November 1998.

HOLMES JR., Justice Oliver Wendell. **The common law. Project Gutenberg's**. January, 2000. Disponível em: <www.gutenberg.org>. Acesso em: 18.03.2011.

_____. **The path of law**. Disponível em <www.constitution.org>. Acesso em: 27.06.2011.

HUBER, Stephen K. **What are the law schools teaching?** University of Houston Law Center, bepress Legal Series, Paper 31, 2003. Disponível em: <law.bepress.com>. Acesso em: 12.07.2012.

HUCK, Hermes Marcelo. **Sentença estrangeira e lex mercatoria: horizontes e fronteiras do comercio internacional**. São Paulo: Saraiva, 1994.

HUNTER, M e REDFERN, A. **Law and practice of international comercial arbitration**. 3. ed., London: Sweet&Maxwell, 1999.

HURLBULT, W. H. **A new bottle for renewed wine: the Arbitration Act, 1991**. Alberta Law Review 86, vol. 34, n.1, 1995.

HWANG, Michael. **Arbitration in company matters**. Revue de Droit de Affaires Internationales, 2001, pp. 555-570.

JOLLES, Alexander. **Consequences of multi-tier arbitration clause: issues of enforcement**. Arbitration, n. 72, London: Sweet & Maxwell Limited, 2006, pp.329-338. Disponível em: <www.swlegal.ch>. Acesso em: 26.05.2011.

JOLLS, Christine; SUSTEIN, Cass R; THALER, Richard H. **A behavioral approach to law and economics: behavioral law and economics**. Stanford Law Review, July 1998.

JOLOWICZ, J.A. **Les décisions de la Chambre des Lords**. Revue internationale de droit compare, v.31, n.3, jul-set 1979.

JONES, Gareth H (editor). **The sovereignty of the law selections from Blackstone's commentaries on the laws of England**. Toronto: University of Toronto Press, 1973.

JUSTIÇA, Superior Tribunal de Justiça. **Especialista em arbitragem diz que Justiça brasileira se tornou exemplo para o mundo**. Eventos. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 05.10.2012.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas**. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986.

KINTZEL, Juliano Woellner. **Condições de admissibilidade do juízo arbitral**. Monografia do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), 2001.

KOCH JR., Charles H. **The advantages of the civil law judicial design as the model for emerging legal systems**. Indiana Journal of Global Legal Studies, vo.11, issue 1, 2004.

KRAUS, Jody S. e SCOTT, Robert E. **Contract design and the structure of contractual intent**. Disponível em: <www.law.virginia.edu>. Acesso em: 12.06.2012.

KRISHNA, A.; SHRADER, E. **Social capital assessment tool**. Paper prepared for the Conference on Social Capital and Poverty Reduction, Washington D. C., 1999. Disponível em: <wbln0018.worldbank.org>. Acesso em: 12.06.2012.

LA PORTA, Rafael; SILANES, Florêncio Lopez de; SHLEIFER, Andrei; VISHNY, Robert W. **Law and finance**. Journal of Political Economy, vol.106, n.6, 1998.

_____. **Legal determinants of external finance**. The Journal of Finance, vol. LII, n.3, jul. 1997.

LAFFONT, Jean-Jacques; MARTIMORT, David. **The theory of incentives**. New Jersey: Princeton University Press, 2002.

LAFONTAINE, Francine. **Agency theory and franchising: some empirical results**. The RAND Journal of Economics, vol. 23, n. 2, Summer, 1992, pp. 263-283.

LAGARDE, Paul. **Approche critique de la lex mercatoria. Le Droit des relations économiques internationales: études offertes à Berthold Goldman**. Paris: Litec, 1982.

LAPIANA, William P. **Logic and experience: the origins of modern american legal education**. Oxford University Press, 1994.

LAVALLÉE, Louise. **Bijuralism in Supreme Court of Canada judgements since the enactment of the Civil Code of Canada**. Disponível em: <www.familieslink.co.uk>. Acesso em: 12.08.2011.

LAWYER, Latin. **Odebrecht expelled from Ecuador. 17.10.2008**. Disponível em: <www.latinlawyer.com>. Acesso em: 21.01.2011.

LEAL, Ricardo Pereira Câmara; FERREIRA, Vicente Antônio de Castro; SILVA, André Luiz Carvalhal da (Org.). **Governança corporativa no Brasil e no mundo**. Rio de Janeiro: E-papers serviços editoriais, 2002.

LEE, João Bosco. **Arbitragem comercial internacional nos países do Mercosul**. Curitiba: Juruá, 2002.

_____. **A homologação de sentença arbitral estrangeira: a Convenção de Nova Iorque de 1958 e o direito brasileiro de arbitragem**. In: LEMES, Selma Ferreira (Coord). Arbitragem. Estudos em Homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, in memoriam. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. **Arbitragem comercial internacional no Mercosul: o Acordo de Buenos Aires de 1998**. In: HOFMEISTER, Wilhelm e TREIN, Franklin (organizadores). Anuário Brasil-Europa 2002: solução de controvérsias, arbitragem comercial e propriedade intelectual. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2003.

_____. **O país deve demonstrar que aceita as regras internacionais**. Gazeta do Povo, Curitiba. Texto publicado em 23.11.2008. Colunistas. Disponível em: <www.gazetadopovo.com.br>. Acesso em: 03.11.2011.

LEISHMAN, Rory. **Against judicial activism: the decline of freedom and democracy in Canada**. McGill-Queen's University Press, 2006.

LEMES, Selma Maria Ferreira. **Árbitros: princípio da independência e da imparcialidade**. São Paulo: LTr, 2001.

_____. **Cláusula escalonada, mediação e arbitragem.** Coluna da Arbitragem, pp.40-41. Disponível em: <www.selmales.com.br>. Acesso em: 12.07.2012.

_____. **Judiciário ainda emperra avanço da arbitragem.** Entrevistada por Alessandro Cristo. Consultor Jurídico. Texto publicado em 06.06.2009. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 12.09.2012.

_____. **O cenário da arbitragem no Brasil – oito anos da Lei de arbitragem.** Revista de Arbitragem e Mediação, ano 01, n. 03, set-dez 2004, Editora Revista dos Tribunais: São Paulo.

_____. **Valores envolvidos em arbitragem acumulam R\$ 2,4 bi.** Entrevistada por Geiza Martins. Consultor Jurídico. Texto publicado em 13.04.2010. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 12.09.2012.

_____. **A cláusula por referência e os contratos comerciais conexos.** Disponível em: <www.selmales.com.br>. Acesso em: 06.01.2013.

LIMA, Bernardo Silva de. **A responsabilidade civil do árbitro por erro na atividade decisória.** In: GAIO JUNIOR, Antonio Pereira e MAGALHÃES, Rodrigo Almeida (Coord.). *Arbitragem: 15 anos da Lei n. 9.307/96.* Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

LIMA, Leandro Rigueira Rennó. **As sanções aplicáveis ao árbitro pelo descumprimento das obrigações de revelação e de independência.** In: GAIO JUNIOR, Antonio Pereira e MAGALHÃES, Rodrigo Almeida (Coord.). *Arbitragem: 15 anos da Lei n. 9.307/96.* Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

MACAULAY, Stewart. **Non-contractual relations in business: a preliminary study.** American Sociological Review, vol.28, n.1, February, 1963.

MACCORMICK, Neil. **Can stare decisis abolished?** Judicial Review, 1966.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor.** 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MACINTOSH JEFF; DANIELS, Ronald J. **Toward a distinctive canadian corporate law regime.** (1992) 29 Osgoode Hall Law Journal 863.

MACKAAY, Ejan. **History of law and economics.** In: BOUCKAERT, Boudewijn e DE GEEST, Gerrit (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume I. The history and methodology of law and economics.* Massachusetts: Edward Elgar Publishing Inc., 2000.

MACNEIL, Ian R. **The many futures of contracts.** Califórnia Law Review vol. 47, 1974, pp.691-816.

_____. **The new social contract: an inquiry into modern contractual. relations.** New Haven and London: Yale University Press, 1980.

_____. **Economic analysis of contractual relations: its shortfalls and the need for a "rich classificatory apparatus"** North Western University Law Review, vol. 75, 1981, pp. 1018-1063.

MAGALHÃES, José Carlos de. **Contratos com o Estado.** Revista Brasileira de Arbitragem, n.3, jul-set 2004, Porto Alegre: Síntese, Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem, pp.22-41.

_____. **O árbitro e a arbitragem.** Revista de Arbitragem e Mediação, ano 8, vol.29, abr-jun 2011, São Paulo: Revista dos Tribunais.

MAGALHÃES, José Carlos de e BAPTISTA, Luiz Olavo. **Arbitragem comercial.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.

MAINE, Henry Sumner. **Ancient Law: in connection with the early history of society, and its relation to modern ideas.** New York: Charles Scribner, 124 Grand Street, 1864.

MAKANT, Bárbara; e QUEIROZ, Samantha Longo. **Fronteiras da arbitragem empresarial.** Revista de Arbitragem e Mediação, ano 2, n. 4, jan-mar 2005, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, pp. 350-352.

MARCATO, Antonio Carlos. **A crise da justiça e influência dos precedentes judiciais no direito processual civil brasileiro.** Tese apresentada para concurso ao cargo de Professor Titular de Direito Processual Civil do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil.** In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.), Revista de processo, ano 34, n. 172, jun. 2009, São Paulo: RT.

MARSHALL, Thomas Humphrey. **Classe, cidadania e status.** Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MARTINS, Pedro A. Batista; FERREIRA, Selma M.; e CARMONA, Carlos Alberto. **Aspectos fundamentais da lei de arbitragem.** Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MARTINS, Pedro A. Batista. **Arbitrabilidade e as ressalvas constantes do artigo II(3), da Convenção de Nova Iorque.** In: WALD, Arnaldo e LEMES, Selma Ferreira (Coord.). Arbitragem comercial internacional: a Convenção de Nova Iorque e o direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Observações sobre o texto do acordo sobre arbitragem comercial internacional do Mercosul.** Revista Brasileira de Arbitragem, n. 09, jan-mar 2006, Porto Alegre: Síntese, Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem.

MARTINS, Jomar. **A eficiência econômica marca discussão sobre arbitragem.** Consultor Jurídico. Texto publicado em 26.09.2012. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em 12.10.2012.

MCEWAN, J. Kenneth e HERBEST, Ludmila B. **Commercial arbitration in Canada: a guide to domestic and international arbitrations.** Toronto: Canada Law Book, 2011.

MCLAREN, Richard H., e PALMER, Earl Edward. **The law and practice of commercial arbitration.** Toronto: Carswell, 1982.

MCLAUGHLIN Mitchell, Sara; POWELL, Emilia. **Legal Systems and Variance in the Design of Commitments to the International Court of Justice.** Disponível em: <www.allacademic.com>. Acesso em 10.02.2011.

MEDINA, Eduardo Borges de Mattos. **Meios alternativos de solução de controvérsias: o cidadão na administração da justiça.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America**. 3. ed., Stanford University Press: California, 2007.

MESTRAL, Armand de. **Guest editorial: bisystemic law-teaching – the mcgill programme and the concept of law in the EU**. *Common Market Law Review*, vol.40, aug. 2003, pp. 799-807

MICHAEL MILO, Jan Smits. **Trusts in mixed legal systems: a challenge to comparative trust law**. *European Review of Private Law*, vol. 8, 2000, pp. 421-426.

MILÍCIO, Gláucia. **Arbitragem no Brasil já é reconhecida no exterior**. Texto publicado em 23.08.2009. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 12.09.2012.

MITRA-KAHN, Benjamin H. **General equilibrium theory, its history and its relation (if any) to the market economy**. City University, London. The New School for Social Research, New York. 2005. Disponível em: <mitrakahn.files.wordpress.com>. Acesso em 10.08.2011.

MONTGOMERY, Leanne. **Expanded judicial review of commercial arbitration awards - bargaining for the best of both worlds: Lapine Technology Corp. v. Kyocera Corp.** 68 *University of Cincinnati Law Review* 529 (1999-2000).

MONTORO, Marcos André Franco. **Flexibilidade do procedimento arbitral**. 415 f. Tese de Doutorado em Direito Processual. Universidade Estadual de São Paulo (USP), São Paulo, 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Duelo e processo**. In: _____. *Temas de direito processual*. 8ª série, São Paulo: Saraiva, 2004.

MOSER, Luiz Gustavo Meira. **Contrato internacional de licenciamento – cláusula escalonada ou sequencial – reconhecimento da validade da sentença arbitral sem a observância ao procedimento pré-arbitral – Tribunal Federal Suíço – 6 de junho de 2007 – X. Ltda v. Y**. *Revista Brasileira de Arbitragem*, v.15, jul-set 2007, Porto Alegre: Síntese, Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem.

NORTH, Douglass Cecil. **Structure and change in economic history**. Nova York: WW Norton, 1981.

_____. **Institutions, institutional change, and economic performance**. Cambridge, U.K.: Cambridge University Press, 1990.

_____. **Institutions**. *Journal of Economic Perspectives*, vol. 5, n. 1, Winter 1991, pp. 97-112.

_____. **Economic performance through time**. *The American Economic Review*, v. 84, n. 3, jun., 1994.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

OECD. **Better Policies to Support Eco-innovation**. OECD Studies on Environmental Innovation, OECD Publishing, 2011. Disponível em: <dx.doi.org>. Acesso em: 27.07.2011.

OGUS, Anthony. **What legal scholars can learn from law and economics**. Chicago Kent Law Review, v. 79, n.2, 2004.

OLSON, M. **Big bills left on the sidewalk: why some nations are rich, and others poor**. Journal of Economic Perspectives, v. 10, n. 2, 1996.

OSTROM, Elinor. **An agenda for the study of institutions**. Public Choice 48, 1986, pp.3-25.

OWEN, Gwyn e TOTTERDILL, Brian. **Dispute Boards: procedures and practice**. Thomas Telford Publishing: London, 2008.

PACHECO, Pedro Mercado. **El analisis economico del derecho**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. **Processo arbitral e sistema**. São Paulo: Atlas, 2012.

PARSONS, Wes. **The inefficient common law**. Yale Law Journal, vol.92, n. 5, april 1983, pp. 862-863.

PASTORE, José e ABREU, Osmani Teixeira de. **O custo das Súmulas do TST**. Estado de S. Paulo, 23.10.2012. Disponível em: <www.estadao.com.br>. Acesso em 24.10.2012.

PELA, Juliana Krueger. **Nota sobre a eficácia da cláusula compromissória estatutária**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, n. 126, abr-jun 2002.

PEREIRA, César A. Guimarães. **Arbitragem e a administração pública na jurisprudência do TCU e do STJ**. In: PEREIRA, César A. Guimarães e TALAMINI, Eduardo (Coord.). Arbitragem e poder público. São Paulo: Saraiva, 2010.

PEREZ, Fabíola. **Investimento estatal salva até ricos**. ISTOÉ Economia e Negócios, Edição nº 2221, 01.06.12. Disponível em: <www.istoe.com.br>. Acesso em: 01.07.2012.

PESSÔA, Fernando José Breda. **A consolidação da *lex mercatoria* como forma de harmonização do direito privado**. 255 f., Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2006.

PINHEIRO, Armando Castelar. **Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto?** (2003). Disponível em: <www.econ.puc-rio.br>. Acesso em: 10.10.2011.

_____. **Magistrados, judiciários e economia no Brasil**. In: ZYLBERSZTAIN, Décio e SZTAJN, Rachel (Org.). Direito e economia: análise econômica do Direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

_____. **Segurança jurídica, crescimento e exportações**. Revista do IPEA, Rio de Janeiro, 2005.

PINHEIRO, Armando Castelar; e CABRAL, Célia. **Mercado de crédito no Brasil: o papel do Judiciário** (1998). Disponível em: <www.bndes.gov.br>. Acesso em: 10.10.2011.

PINHEIRO, Armando Castelar; e SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercado**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PINTO, José Emílio Nunes. **A cláusula compromissória à luz do código civil**. Disponível em: <jus2.uol.com.br>. Acesso em: 10.01.2011.

_____. **Proposta para a preservação do sigilo de arbitragem na execução específica da cláusula compromissória**. In: BOMFIM, Ana Paula Rocha do; e MENEZES, Hellen Monique Ferreira de. Dez anos de lei de arbitragem: aspectos atuais e perspectivas para o instituto. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2007.

PITOMBO, Eleonora Coelho. **Arbitragem e contratos com empresas estatais**. Revista Brasileira de Arbitragem, n.4, Porto Alegre: Síntese, Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem, out-dez 2004, pp.162-174.

POLINSKY, Mitchell; SHAVELL, Steven. **Economic Analysis of Law**. Harvard Law and Economics Discussion Paper n° 536, nov. 2005. Disponível em: <ssrn.com>. Acesso em: 17.05.2012.

PORAT, Ariel e OMRI, Yadlin. **Promoting consensus in society through deferred-implementation agreements**. University of Toronto Law Journal, Vol. 56, 2006. Disponível em: <ssrn.com>. Acesso em: 24.03.2011.

POSNER, Eric A. **Law, economics, and inefficient norms**. University of Pennsylvania Law Review, vol. 144, n. 5, may 1996, pp. 1697-1744.

_____. **Economic analysis of contract law after three decades: success or failure?** University of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper n. 146, March 2002. Disponível em: <ssrn.com>. Acesso em: 30.02.2011.

_____. **Law and social norms**. Cambridge MA, Harvard University Press, 2000.

_____. **Análise Econômica do Direito Contratual Após Três Décadas: Sucesso ou Fracasso?** Tradução de Alexandre Viola e Revisão e notas explicativas por Cristiano Carvalho e Luciano Benetti Timm. In: SALAMA, Bruno Meyerhof. Série Direito em Debate, São Paulo: Saraiva, 2010.

POSNER, Richard A. **Theories of economic regulation**. Bell Journal of Economics and Management Science, vol. 5, n. 2, autumn 1974, pp. 335-358.

_____. **The social costs of monopoly and regulation**. The Journal of Political Economy, vol. 83, n. 4, Published by The University of Chicago Press, aug. 1975, pp. 807-828.

_____. **Economic analysis of law**. 6. ed., New York: Aspen Publishers, 1998.

_____. **Teoria da regulação econômica**. Tradução de Mariana Mota Prado. In: MATTOS, Paulo (Coord.); PRADO, Mariana Mota; ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da; COUTINHO, Diogo R.; OLIVA, Rafael (org.). Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano. São Paulo: Editora 34, 2004, pp.49-80.

POSTEL, Nicolas. **Contrat, Coercition et Institution : un regard d'économiste**. In: Hiez David (dir.) Approches critiques de la contractualisation, Librairie générale de droit et de jurisprudence, collection Droit et société, Recherches et travaux, n° 16, Juillet.

POZZO, Luis Fernandez Del. **El arbitraje en las sociedades mercantiles**. Bulletin del Tribunal Arbitral de Barcelona, Barcelona n° 7, 1995.

PRIEST, George L. **The common law process and the selection of efficient rules**. The Journal of Legal Studies, vol. 6, n.1, jan. 1997.

PROCOPIAK, Maria Claudia de Assis. **As diretrizes do International Bar Association sobre conflitos de interesses na arbitragem internacional**. Revista Brasileira de Arbitragem n. 16, out-dez 2007, Porto Alegre: Síntese e Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAR).

PUCCI, Adriana Noemi (coord.). **Aspectos atuais da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. **Arbitragem e investimentos estrangeiros**. Revista Brasileira de Arbitragem n. 2, abr-jun 2004, Porto Alegre: Síntese e Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAR).

RAKOFF, Todd D. **Contracts of adhesion: an essay in reconstruction**. Harvard Law Review, vol. 96, n.6, april 1983, pp.1173-1284.

RAÑA, Liliam. **A arbitragem é essencial para o capital estrangeiro**. Revista Consultor Jurídico. Texto publicado em 29.11.2011. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 23.06.2012

RE, Edward. **Stare decisis**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. In: Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 327, 1990.

READ, Horace Emerson. **The judicial process in common law Canada**. Canadian Bar Review 37, 1959, pp. 265-293.

REALE, Miguel. **O direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica**. 2 ed., São Paulo: Saraiva, 1992.

_____. **Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico**. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. **Lições preliminares de direito**. 22. ed., São Paulo: Saraiva, 1995.

REGO, Anna Lygia Costa. **Aspectos jurídicos da confiança do investidor estrangeiro no Brasil**. Tese de Doutorado em Direito Econômico e Financeiro da Universidade Estadual de São Paulo (USP), São Paulo, 2010.

REPORT, World Development. **The State in a changing world (1997)**. Disponível em: <www.bndes.gov.br>. Acesso em: 10.10.2011.

RESNIK, Judith. **Risoluzione alternativa delle controversie e processo: uno sguardo allá situazione nordamericana**. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, n. 3, 1997.

_____. **Procedure as contract**, Notre Dame Law Review 80, 2005.

REZENDE, Christiane Leles. **Pacta sunt servanda? Quebra dos contratos de soja verde**. , 144 f. Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ALMEIDA, Caroline S. de. **A importância da cláusula compromissória nos contratos empresariais como fortalecimento das relações negociais**. In: WALD, Arnoldo (Coord.). Revista de Arbitragem e Mediação, ano 8, v.28, jan-mar 2011, pp.161-183.

_____. **Análise crítica das cláusulas dispute board: eficiência e casos práticos**. Não publicado.

- RIBEIRO, Marcia Carla Pereira e GALESKI JR., Irineu. **Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- RICHARD, Roberts. **Por dentro das finanças internacionais: guia prático dos mercados e instituições financeiras**. Tradução de Maria José Cyhlar Monteiro e revisão de José Carlos Miranda. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2000.
- RIPPE, Siegbert. **El arbitraje como médio alternativo de solución de contovérsias comerciales**. In: PUCCI Noemi (coord.). Aspectos atuais da arbitragem. Rio de Janeiro, Forense, 2001.
- RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: parte geral**. Vol. I, 34. ed., São Paulo: Saraiva, 2003.
- RODRIK, Dani. **One Economics, Many Recipes: Globalization, Institutions, and Economic Growth**. Princeton/Oxford: Princeton University Press, 2007.
- ROONEY, John. **Corte Suprema dos Estados Unidos confirma a aplicação da autonomia da cláusula compromissória como lei federal substantiva de arbitragem**. Tradução de Rafael Augusto Firakowski Cruz. Revista de Brasileira de Arbitragem, n. 10, abr-jun 2006, Porto Alegre: Síntese, Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem.
- ROOS, Cristian Conejero e GRION, Renato Stephan. **Arbitration in Brazil: the ICC experience**. In: MUNIZ, Joaquim T. de Paiva e BASÍLIO, Ana Teresa Palhares. Arbitration Law of Brazil: practice and procedure, Paris: Juris Publishing, 2006.
- ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.
- ROSSI, Livia. **Arbitragem na lei das sociedades anônimas**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, n. 129, jan-mar 2003.
- ROULAND, Norbert. **Les droits mixtes et les théories du pluralisme juridique**. In: La formation du droit national dans les pays de droit mixte: les systèmes juridiques de Common law et de droit civil. Aix-Marseille: Presses universitaires, 1989.
- RUBIN, Edward L. **The nonjudicial life of contract: beyond the shadow of the Law**. Symposium, Northwestern University Law Review. 90, Rev., fall 1995, pp.107-131.
- RUBIN, Paul H. **Why is the common law efficient?** The Journal of Legal Studies, vol. 6, n.1, jan. 1977.
- RUTTAN, Vernon W. e HAYAMI, Yujiro. **Towards a theory of induced institutional innovation**. Journal of Development Studies 20, n. 4, july 1984, pp.203-223.
- SALAMA, Bruno Meyerhof. **O que é pesquisa em direito e economia?** Cadernos DireitoGV 22, v.5, mar. 2008.
- SANTOS, António Carlos; GONÇALVES, Maria Eduarda; e MARQUES, Maria Manuel Leitão. **Direito Económico**. 5. ed., Coimbra: Almedina, 2004.
- SANTOS, Boaventura de Souza. **Da microeconomia à microssociologia da tutela judicial**. Revista Justiça e Democracia, n. 1, primeiro semestre de 1996.
- SANTOS, Sandro Schmitz dos. **Direito canadense: algumas particularidades**. In: Interfaces Brasil/Canadá, Rio Grande, n.7, 2007. Disponível em: <www.revistabecan.com.br>. Acesso em 12.12.2011.

SÃO PAULO, Folha de. **Equador suspende pagamento da dívida.** 13.03.2009. Disponível em <www1.folha.uol.com.br>. Acesso em: 15.03.2011.

SCHAUER, Frederick. **Is the Common Law Law?** California Law Review, v. 77, n. 2, 1989.

SCHWARCZ, Steven L. **Private ordering.** Northwestern University Law Review, vol. 97, n.1, pp.319-350.

SCOTT, Robert E. **A theory of self-enforcing indefinite agreements.** Columbia Law Review 103 (7), pp.1641-1699.

SCOTT, Robert E. e TRIANTIS, George G. **Anticipating litigation in contract design.** The Yale Law Journal, vol.115, 2006, pp.814-879.

_____. **Incomplete contracts and the theory of contract design.** Case Western Reserve Law Review, vol.56, Paper 23, 2005.

SCOTT, Robert E. e STUNTZ, William J. Stuntz. **Plea bargaining as contract.** *The Yale Law Journal*, vol. 101, n. 8, Symposium: Punishment, jun. 1992, pp. 1909-1968.

SHAVELL, Steven. **Contractual holdup and legal intervention.** Journal of Legal Studies, vol. 36 (2), June 2007, pp. 325-354.

SHERWOOD, Robert M.; SHEPHERD, Geoffrey; e SOUZA, Celso Marcos de. **Judicial Systems and Economic Performance,** The Quarterly Review of Economics and Finance, Vol. 34, Summer 1994.

SHLEIFER, A., VISHNY, R. **A survey of corporate governance.** Journal of Finance, 1996.

SIFUENTES, Mônica. **Súmula Vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais.** São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA, Clovis do Couto e. **Comentários ao código de processo civil.** Vol. XI, t. II, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

SILVA, Eduardo Silva da. **Arbitragem e direito da empresa: dogmática e implementação da cláusula compromissória.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, Paulo Costa e. **A nova face da justiça.** Lisboa: Coimbra, 2009.

SIMON, Johnson; LA PORTA, Rafael; SILANES, Florêncio Lopez de; SHLEIFER, Andrei. **Tunneling.** The American Economic Review, vol. 90, n.2, mai. 2000.

SMITH, D. Gordon. **Questions about contracts.** Paper presented at Law & Society Annual Meeting, 2006.

SOLA, Juan Vicente. **Control judicial de constitucionalidad.** Buenos Aires: Abeledp-Perrot, 2006.

SOUZA, Yvna. **Acordo vai permitir recuperação de R\$ 468 milhões desviado do TRT-SP.** Valor Econômico, Política. 24.08.2012. Disponível em: <www.valor.com.br>. Acesso em: 10.05.2012.

STEFANO, Fabiane e MAIA JUNIOR, Humberto. **Agora vem a parte mais difícil. O trabalhador brasileiro em média gera um quinto da riqueza gerada pelo americano.**

Para se tornar uma nação rica, o Brasil precisa aprender a produzir com mais eficiência. Revista Exame, edição 1025, ano 46, n. 19, 03.10.2012, São Paulo: Editora Abril, pp.34-46.

STIGLER, George J. **The Economics of Information.** 69, Journal of Political Economy, Chicago, 1961, p.213-225.

_____. **A theory of oligopoly.** The Journal of Political Economy, Volume 72, Issue 1, feb. 1964, pp.44-61.

_____. **The theory of economic regulation.** Bell journal of economics and management science. vol. 2, n. 1, spring 1971, pp. 3-21.

STEDILE, João Pedro. **A luta pela reforma agrária: os desafios de toda sociedade.** Revista ADUSP, n. 10, São Paulo, jun. 1997, pp.30-35.

STRENGER, Irineu. **Comentários à lei brasileira de arbitragem.** São Paulo: LTr, 1998.

SZTAJN, Rachel. **Sociedades e contratos incompletos.** Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v.101, jan-dez 2006.

SZTAJN, Rachel e AGUIRRE, Basília. **Mudanças institucionais.** In: ZYLBERSZTAIN, Décio e SZTAJN, Rachel (Org.). Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

TSAKATOURA, Anastasia. **The immunity of arbitrators.** Inter-lawyer: law firms directories, 20.06.2000. Disponível em <www.inter-lawyer.com>. Acesso em 18.12.2011.

TALPIS, Jeffrey A. **Prevenção de disputas decorrentes de contratos internacionais.** Tradução de Giovani Ribeiro Rodrigues Alves e Caroline Sampaio de Almeida. Revisão de Marcia Carla Pereira Ribeiro. In: MEIRELLES, Jussara Maria Leal de e RIBEIRO, Marcia Carla Pereira (Coord.). Direito e Desenvolvimento: Biomedicina, Tecnologia e Sociedade Globalizada, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

_____. **Dispute prevention and dispute resolution post NAFTA: choice of law and forum selection clauses.** Revue générale de droit, vol. 26, 1995, pp.27-68.

TELSER, L. G. **A theory of self-enforcing agreements.** The Journal of Business, vol. 53, n. 1, jan. 1980, pp. 27-44.;

TIMM, Luciano B. **O novo Direito Civil: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público.** Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2008.

_____. **Direito, economia e função social do contrato: em busca dos verdadeiros interesses coletivos protegíveis no mercado do crédito.** Disponível em: <www.gv.br>. Acesso em: 13.12.2011.

_____. **Ainda sobre função social do direito contratual no Código Civil brasileiro: justiça distributiva VS. eficiência econômica.** Revista dos Tribunais, ano 97, vol. 876, São Paulo: RT, out. 2008.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **A arbitragem no sistema jurídico brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 86, n.735, jan. 1997.

TETLEY, William. **Mixed jurisdictions: common law v. civil law (codified and uncodified).** Disponível em: <www.mcgill.ca>. Acesso em: 19.01.2012.

THOMSON, Claude R. e FINN, Annie M. K. **International commercial arbitration: a canadian perspective.** *In: ADR Chambers International*, 2001. Disponível em: <adrchambersinternational.com>. Acesso em: 15.07.2011.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **Oeuvres complètes voyages en sicile et aux états unis.** t. 5, vol. 1, 2e éd. J.-P. Mayer, Paris: Gallimard, 1957.

TOKARS, Fábio. **Aplicação da análise econômica do direito exige adaptação ao sistema brasileiro.** Texto publicado em 30.08.2007. Disponível em: <www.bmfbovespa.com.br>. Acesso em: 03.10.2012.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito.** São Paulo: RT, 2004.

TULLOCK, Gordon; SELDON, Arthur; BRADY, Gordon L. **Falhas de governo: uma introdução à teoria da escolha pública.** Tradutor Roberto Fendt. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 2005.

TULLOCK, Gordon. **The case against the common law.** *In: ROWLEY, Charles K. (ed.). Law and Economics – The selected works of Gordon Tullock*, vol. 9, Indianapolis: Liberty Fund, 2005.

TWEEDDALE, Andrew e TWEEDDALE, Keren. **Scott v. Avery clauses: o'er judges' fingers, who straight dream on fees.** *Arbitration*, Vol. 77(4), 2011.

_____. **Incorporation of arbitration clauses revisited.** *Journal of the Chartered Institute of Arbitrators*, vol. 76, n. 4, nov. 2010, pp.656-660.

ULEN, Thomas. **Cooperação tragédia e... direito à felicidade.** Entrevistado por Sérgio Praça, *Revista Getúlio – GVLaw*, ano 2, n.7, jan. 2008, pp.50-55.

VALLE, Martim Della. **Da decisão por equidade na arbitragem comercial internacional.** 453 f., Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

VAN CAENEGEM, R.C. **European law in the past and the future: unity and diversity over two millennia.** Cambridge University Press, 2002.

VARGA, Csaba. **Meeting points between the traditions of English-American common law and Continental-French civil law: developments and the experience of postmodernity in Canada.** *The Juridical Current Journal*, Tîrgu-Mures, IX, n. 44, 2011.

VEBLEN, Thorstein. **Why is economics not an evolutionary science?** *In: The Quarterly Journal of Economics*, July, 1898.

VENCELAU, Rose Melo. **O negócio jurídico e suas modalidades.** *In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional.* 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

VERHAGEN, H.L.E., **Trusts in the civil law: making use of the experience of 'mixed' jurisdictions.** *European Review of Private Law*, vol.08, 2000, pp. 477-498

VICENTE, Dário Moura. **Meios extrajudiciais de composição de litígios emergentes do comércio eletrônico.** *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 5, jan-mar 2005, Porto Alegre: Síntese, Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem.

_____. **Da responsabilidade pré-contratual em direito internacional privado.** Coleção Teses, Almedina, 2001.

VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. **Arbitragem no Direito Societário.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

VISCONTE, Debora. **A boa-fé objetiva na arbitragem – a conduta deve ser orientada no sentido de respeitar as regras escolhidas, a convenção de arbitragem e a sentença arbitral: comentários ao AgIn 2009.002.30219 do TJRJ.** Revista de Arbitragem e Mediação, ano 8, vol.29, abr-jun 2011, São Paulo: Revista dos Tribunais, pp.257-269.

_____. **O interesse social no direito privado.** In: Revista Jurídica Consulex n. 206, v.09, 15 de agosto de 2005, Brasília: Editora Consulex.

_____. **Uma nova visão dos tratados de proteção de investimento e da arbitragem internacional.** Revista de Arbitragem e Mediação, n. 21, ano 6, abr-jun 2009, São Paulo: Revista dos Tribunais.

_____. **A evolução da arbitragem internacional no Brasil.** Revista de Arbitragem e Mediação, n. 23, ano 6, out-dez 2009, São Paulo: Revista dos Tribunais.

_____. **Uma nova visão dos tratados de proteção de investimento e da arbitragem internacional.** Revista de Arbitragem e Mediação, n. 21, ano 6, abr-jun 2009, São Paulo: Revista dos Tribunais.

_____. **Os aspectos formais da Convenção de Arbitragem [Comentário do Art. II(1) e (2), da Convenção de Nova Iorque, e sua aplicação no direito brasileiro].** In: WALD, Arnoldo e LEMES, Selma Ferreira (Coord.). Arbitragem comercial internacional: a Convenção de Nova Iorque e o direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2011, pp.83-125.

WALD, Arnoldo; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Dez anos da lei de arbitragem.** Revista Jurídica Consulex, n. 234, 15 de outubro de 2006, Brasília: Editora Consulex.

WALRAS, Léon. **Compêndio dos elementos de economia política pura.** Tradução: João Guilherme Vargas Netto. São Paulo: Abril Cultural, Série: Os Economistas, 1983.

WILLIAMSON, Oliver E. **Markets and hierarchies: analysis and antitrust implications – a study in the economics of internal organization.** New York *et al.*: Free Press.

_____. **The economic institutions of capitalism,** Free Press, 1985.

_____. **Transaction cost economics.** In: SCHMALENSEE, R.; WILLIG, R. D. (Eds.). Handbook of industrial organization. Amsterdam: North Holland, 1989. v. 1, pp. 135-182.

_____. **Mechanisms of governance.** New York: Oxford University Press, 1996.

WILLIG, Robert D. **Public versus regulated private enterprises.** Proceedings of the World Work Annual Conference on Development 1993. World Bank, 1994.

YU, Hong-Lin. **Total separation of international commercial arbitration and national court regime,** Issue 2, pp. 145-166.

ZYLBERSZTAIN, Décio; SZTAJN, Rachel e AZEVEDO, Paulo Furquim. **A economia dos contratos.** In: ZYLBERSZTAIN, Décio e SZTAJN, Rachel (Org.). Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

ZYLBERSZTAIN, Décio. **A organização ética: um ensaio sobre as relações entre ambiente econômico e o comportamento das organizações**. 2000. Disponível em <www.ead.fea.usp.br>. Acesso em: 18.03.2012.

_____. **Economia das organizações**. Disponível em: <www.projeto.org.br>. Acesso em: 13.04.2012.

ZYWICK, Todd J. **The rise and fall of efficiency in the common law: a supply-side analysis**. Northwestern University Law Review, v.97, 2003.

Sites consultados

caselaw.findlaw.com

www.adrchambersinternational.com

www.austlii.edu.au

www.bclaws.ca

www.bcli.org

www.canadiana.ca

www.canlii.org

www.cbar.org.br

www.iclr.co.uk

www.inter-lawyer.com

www.mcgill.ca

www.planalto.gov.br

www.revistabecan.com.br

scc.lexum.org

www.supremoemnumeros.com.br

www.stf.jus.br

www.thecommonwealth.org

www.umoncton.ca

www.un.org

www.uniset.ca

www.uottawa.ca

ANEXOS⁷⁰³

⁷⁰³ Legislação canadense extraída do site <www.canlii.org>, com formatação adaptada ao presente trabalho.

ANEXO A - Commercial Arbitration Act, RSC 1985 (Canada Federal)

Current version: in force since Aug 15, 2011

Commercial Arbitration Act

R.S.C., 1985, c. 17 (2nd Supp.)

An Act relating to commercial arbitration

[1986, c. 22, assented to 17th June, 1986]

SHORT TITLE

Short title

1. This Act may be cited as the *Commercial Arbitration Act*.

INTERPRETATION

Definitions

2. In this Act,

- “Code”
« Code »
“Code” means the *Commercial Arbitration Code*, based on the model law adopted by the United Nations Commission on International Trade Law on June 21, 1985, as set out in the schedule;
- “Crown corporation”
« société d’État »
“Crown corporation” means a Crown corporation as defined in section 83 of the *Financial Administration Act*;
- “department” [Repealed, R.S., 1985, c. 1 (4th Supp.), s. 8]
- “departmental corporation”
« établissement public »
“departmental corporation” means a departmental corporation as defined in section 2 of the *Financial Administration Act*.
- R.S., 1985, c. 17 (2nd Supp.), s. 2, c. 1 (4th Supp.), s. 8.

Other words and expressions

3. Words and expressions used in this Act have the meaning assigned to them by the Code.

Ordinary meaning

4. (1) This Act shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to its terms in their context and in the light of its object and purpose.

Recourse to certain documents

(2) In interpreting the Code, recourse may be had to

(a) the Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its eighteenth session, held from June 3 to 21, 1985; and

(b) the Analytical Commentary contained in the Report of the Secretary General to the eighteenth session of the United Nations Commission on International Trade Law.

APPLICATION

Law in force

5. (1) Subject to this section, the Code has the force of law in Canada.

Limitation to certain federal activities

(2) The Code applies only in relation to matters where at least one of the parties to the arbitration is Her Majesty in right of Canada, a departmental corporation or a Crown corporation or in relation to maritime or admiralty matters.

When applicable

(3) The Code applies to arbitral awards and arbitration agreements whether made before or after the coming into force of this Act.

Meaning of “commercial arbitration”

(4) For greater certainty, the expression “*commercial arbitration*” in Article 1(1) of the Code includes

(a) a claim under Article 1116 or 1117 of the Agreement, as defined in subsection 2(1) of the *North American Free Trade Agreement Implementation Act*;

(b) a claim under Article G-17 or G-18 of the Agreement, as defined in subsection 2(1) of the *Canada-Chile Free Trade Agreement Implementation Act*;

(c) a claim under Article 819 or 820 of the Agreement, as defined in section 2 of the *Canada-Peru Free Trade Agreement Implementation Act*; and

(d) a claim under Article 819 or 820 of the Agreement, as defined in section 2 of the *Canada-Colombia Free Trade Agreement Implementation Act*.

- R.S., 1985, c. 17 (2nd Supp.), s. 5, c. 1 (4th Supp.), s. 9;
- 1993, c. 44, s. 50;
- 1997, c. 14, s. 32;
- 2009, c. 16, s. 23;
- 2010, c. 4, s. 23.

COURTS

Definition of “court” or “competent court”

6. In the Code, “*court*” or “*competent court*” means a superior, county or district court, except when the context requires otherwise.

- R.S., 1985, c. 17 (2nd Supp.), s. 6;
- 2002, c. 8, s. 125.

PUBLICATION

Publication

7. The Minister of Justice shall cause to be published in the *Canada Gazette* the documents referred to in paragraphs 4(2)(a) and (b) forthwith on the coming into force of this Act.

REGULATIONS

Terms and conditions for arbitration agreements

8. The Governor in Council, on the recommendation of the Minister of Justice, may make regulations prescribing the terms and conditions on which Her Majesty in right of Canada, a departmental corporation or a Crown corporation may enter into an arbitration agreement.

- R.S., 1985, c. 17 (2nd Supp.), s. 8, c. 1 (4th Supp.), s. 10.

General

9. The Minister of Justice may make such regulations as are necessary for the purpose of carrying out this Act or for giving effect to any of the provisions thereof.

HER MAJESTY IS BOUND

Binding on Her Majesty

10. This Act is binding on Her Majesty in right of Canada.

COMING INTO FORCE

Coming into force

*11. This Act shall come into force on a day to be fixed by proclamation.

*[Note: Act in force August 10, 1986, *see* SI/86-155.]

SCHEDULE

(Section 2)

COMMERCIAL ARBITRATION CODE

(Based on the Model Law on International Commercial Arbitration as adopted by the United Nations Commission on International Trade Law on June 21, 1985)

Note: The word “international”, which appears in paragraph (1) of article 1 of the Model Law, has been deleted from paragraph (1) of article 1 below. Paragraphs (3) and (4) of article 1, which contain a description of when arbitration is international, are deleted. Paragraph (5) appears as paragraph (3).

Any additions or substitutions to the Model Law are indicated by the use of italics.

Except as otherwise indicated, the material that follows reproduces exactly the Model Law.

CHAPTER I. GENERAL PROVISIONS

Article 1

Scope of Application

(1) This *Code* applies to commercial arbitration, subject to any agreement in force between *Canada* and any other State or States.

(2) The provisions of this *Code*, except articles 8, 9, 35 and 36, apply only if the place of arbitration is in *Canada*.

(3) This *Code* shall not affect any other law of *Parliament* by virtue of which certain disputes may not be submitted to arbitration or may be submitted to arbitration only according to provisions other than those of this *Code*.

Article 2

Definitions and Rules of Interpretation

For the purposes of this *Code*:

(a) “arbitration” means any arbitration whether or not administered by a permanent arbitral institution;

(b) “arbitral tribunal” means a sole arbitrator or a panel of arbitrators;

(c) “court” means a body or organ of the judicial system of a State;

(d) where a provision of this *Code*, except article 28, leaves the parties free to determine a certain issue, such freedom includes the right of the parties to authorize a third party, including an institution, to make that determination;

(e) where a provision of this *Code* refers to the fact that the parties have agreed or that they may agree or in any other way refers to an agreement of the parties, such agreement includes any arbitration rules referred to in that agreement;

(f) where a provision of this *Code*, other than in articles 25(a) and 32(2)(a), refers to a claim, it also applies to a counter-claim, and where it refers to a defence, it also applies to a defence to such counter-claim.

Article 3

Receipt of Written Communications

(1) Unless otherwise agreed by the parties:

(a) any written communication is deemed to have been received if it is delivered to the addressee personally or if it is delivered at his place of business, habitual residence or mailing address; if none of these can be found after making a reasonable inquiry, a written communication is deemed to have been received if it is sent to the addressee’s last-known place of business, habitual residence or mailing address by registered letter or any other means which provides a record of the attempt to deliver it;

(b) the communication is deemed to have been received on the day it is so delivered.

(2) The provisions of this article do not apply to communications in court proceedings.

Article 4

Waiver of Right to Object

A party who knows that any provision of this *Code* from which the parties may derogate or any requirement under the arbitration agreement has not been complied with and yet proceeds with the arbitration without stating his objection to such non-compliance without undue delay or, if a time-limit is provided therefor, within such period of time, shall be deemed to have waived his right to object.

Article 5

Extent of Court Intervention

In matters governed by this *Code*, no court shall intervene except where so provided in this *Code*.

Article 6

Court or Other Authority for Certain Functions of Arbitration Assistance and Supervision

The functions referred to in articles 11(3), 11(4), 13(3), 14, 16(3) and 34(2) shall be performed by *the Federal Court or any superior, county or district court*.

CHAPTER II. ARBITRATION AGREEMENT

Article 7

Definition and Form of Arbitration Agreement

(1) “Arbitration agreement” is an agreement by the parties to submit to arbitration all or certain disputes which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not. An arbitration agreement may be in the form of an arbitration clause in a contract or in the form of a separate agreement.

(2) The arbitration agreement shall be in writing. An agreement is in writing if it is contained in a document signed by the parties or in an exchange of letters, telex, telegrams or other means of telecommunication which provide a record of the agreement, or in an exchange of statements of claim and defence in which the existence of an agreement is alleged by one party and not denied by another. The reference in a contract to a document containing an arbitration clause constitutes an arbitration agreement provided that the contract is in writing and the reference is such as to make that clause part of the contract.

Article 8

Arbitration Agreement and Substantive Claim before Court

(1) A court before which an action is brought in a matter which is the subject of an arbitration agreement shall, if a party so requests not later than when submitting his first statement on the substance of the dispute, refer the parties to arbitration unless it finds that the agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.

(2) Where an action referred to in paragraph (1) of this article has been brought, arbitral proceedings may nevertheless be commenced or continued, and an award may be made, while the issue is pending before the court.

Article 9

Arbitration Agreement and Interim Measures by Court

It is not incompatible with an arbitration agreement for a party to request, before or during arbitral proceedings, from a court an interim measure of protection and for a court to grant such measure.

CHAPTER III. COMPOSITION OF ARBITRAL TRIBUNAL

Article 10

Number of Arbitrators

(1) The parties are free to determine the number of arbitrators.

(2) Failing such determination, the number of arbitrators shall be three.

Article 11

Appointment of Arbitrators

(1) No person shall be precluded by reason of his nationality from acting as an arbitrator, unless otherwise agreed by the parties.

(2) The parties are free to agree on a procedure of appointing the arbitrator or arbitrators, subject to the provisions of paragraphs (4) and (5) of this article.

(3) Failing such agreement,

(a) in an arbitration with three arbitrators, each party shall appoint one arbitrator, and the two arbitrators thus appointed shall appoint the third arbitrator; if a party fails to appoint the arbitrator within thirty days of receipt of a request to do so from the other party, or if the two arbitrators fail to agree on the third arbitrator within thirty days of their appointment, the appointment shall be made, upon request of a party, by the court or other authority specified in article 6;

(b) in an arbitration with a sole arbitrator, if the parties are unable to agree on the arbitrator, he shall be appointed, upon request of a party, by the court or other authority specified in article 6.

(4) Where, under an appointment procedure agreed upon by the parties,

(a) a party fails to act as required under such procedure, or

(b) the parties, or two arbitrators, are unable to reach an agreement expected of them under such procedure, or

(c) a third party, including an institution, fails to perform any function entrusted to it under such procedure,

any party may request the court or other authority specified in article 6 to take the necessary measure, unless the agreement on the appointment procedure provides other means for securing the appointment.

(5) A decision on a matter entrusted by paragraph (3) or (4) of this article to the court or other authority specified in article 6 shall be subject to no appeal. The court or other authority, in appointing an arbitrator, shall have due regard to any qualifications required of the arbitrator by the agreement of the parties and to such considerations as are likely to secure the appointment of an independent and impartial arbitrator and, in the case of a sole or third arbitrator, shall take into account as well the advisability of appointing an arbitrator of a nationality other than those of the parties.

Article 12

Grounds for Challenge

(1) When a person is approached in connection with his possible appointment as an arbitrator, he shall disclose any circumstances likely to give rise to justifiable doubts as to his impartiality or independence. An arbitrator, from the time of his appointment and throughout the arbitral proceedings, shall without delay disclose any such circumstances to the parties unless they have already been informed of them by him.

(2) An arbitrator may be challenged only if circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to his impartiality or independence, or if he does not possess qualifications agreed to by the parties. A party may challenge an arbitrator appointed by him, or in whose appointment he has participated, only for reasons of which he becomes aware after the appointment has been made.

Article 13

Challenge Procedure

(1) The parties are free to agree on a procedure for challenging an arbitrator, subject to the provisions of paragraph (3) of this article.

(2) Failing such agreement, a party who intends to challenge an arbitrator shall, within fifteen days after becoming aware of the constitution of the arbitral tribunal or after

becoming aware of any circumstances referred to in article 12(2), send a written statement of the reasons for the challenge to the arbitral tribunal. Unless the challenged arbitrator withdraws from his office or the other party agrees to the challenge, the arbitral tribunal shall decide on the challenge.

(3) If a challenge under any procedure agreed upon by the parties or under the procedure of paragraph (2) of this article is not successful, the challenging party may request, within thirty days after having received notice of the decision rejecting the challenge, the court or other authority specified in article 6 to decide on the challenge, which decision shall be subject to no appeal; while such a request is pending, the arbitral tribunal, including the challenged arbitrator, may continue the arbitral proceedings and make an award.

Article 14

Failure or Impossibility to Act

(1) If an arbitrator becomes de jure or de facto unable to perform his functions or for other reasons fails to act without undue delay, his mandate terminates if he withdraws from his office or if the parties agree on the termination. Otherwise, if a controversy remains concerning any of these grounds, any party may request the court or other authority specified in article 6 to decide on the termination of the mandate, which decision shall be subject to no appeal.

(2) If, under this article or article 13(2), an arbitrator withdraws from his office or a party agrees to the termination of the mandate of an arbitrator, this does not imply acceptance of the validity of any ground referred to in this article or article 12(2).

Article 15

Appointment of Substitute Arbitrator

Where the mandate of an arbitrator terminates under article 13 or 14 or because of his withdrawal from office for any other reason or because of the revocation of his mandate by agreement of the parties or in any other case of termination of his mandate, a substitute arbitrator shall be appointed according to the rules that were applicable to the appointment of the arbitrator being replaced.

CHAPTER IV. JURISDICTION OF ARBITRAL TRIBUNAL

Article 16

Competence of Arbitral Tribunal to Rule on its Jurisdiction

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

(2) A plea that the arbitral tribunal does not have jurisdiction shall be raised not later than the submission of the statement of defence. A party is not precluded from raising such a plea by the fact that he has appointed, or participated in the appointment of, an arbitrator. A plea that the arbitral tribunal is exceeding the scope of its authority shall be raised as soon as the matter alleged to be beyond the scope of its authority is raised during the arbitral proceedings. The arbitral tribunal may, in either case, admit a later plea if it considers the delay justified.

(3) The arbitral tribunal may rule on a plea referred to in paragraph (2) of this article either as a preliminary question or in an award on the merits. If the arbitral tribunal rules as a preliminary question that it has jurisdiction, any party may request, within thirty days after having received notice of that ruling, the court specified in article 6 to decide the matter,

which decision shall be subject to no appeal; while such a request is pending, the arbitral tribunal may continue the arbitral proceedings and make an award.

Article 17

Power of Arbitral Tribunal to Order Interim Measures

Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may, at the request of a party, order any party to take such interim measure of protection as the arbitral tribunal may consider necessary in respect of the subject-matter of the dispute. The arbitral tribunal may require any party to provide appropriate security in connection with such measure.

CHAPTER V. CONDUCT OF ARBITRAL PROCEEDINGS

Article 18

Equal Treatment of Parties

The parties shall be treated with equality and each party shall be given a full opportunity of presenting his case.

Article 19

Determination of Rules of Procedure

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

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

Article 20

Place of Arbitration

(1) The parties are free to agree on the place of arbitration. Failing such agreement, the place of arbitration shall be determined by the arbitral tribunal having regard to the circumstances of the case, including the convenience of the parties.

(2) Notwithstanding the provisions of paragraph (1) of this article, the arbitral tribunal may, unless otherwise agreed by the parties, meet at any place it considers appropriate for consultation among its members, for hearing witnesses, experts or the parties, or for inspection of goods, other property or documents.

Article 21

Commencement of Arbitral Proceedings

Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral proceedings in respect of a particular dispute commence on the date on which a request for that dispute to be referred to arbitration is received by the respondent.

Article 22

Language

(1) The parties are free to agree on the language or languages to be used in the arbitral proceedings. Failing such agreement, the arbitral tribunal shall determine the language or languages to be used in the proceedings. This agreement or determination, unless otherwise specified therein, shall apply to any written statement by a party, any hearing and any award, decision or other communication by the arbitral tribunal.

(2) The arbitral tribunal may order that any documentary evidence shall be accompanied by a translation into the language or languages agreed upon by the parties or determined by the arbitral tribunal.

Article 23

Statements of Claim and Defence

(1) Within the period of time agreed by the parties or determined by the arbitral tribunal, the claimant shall state the facts supporting his claim, the points at issue and the relief or remedy sought, and the respondent shall state his defence in respect of these particulars, unless the parties have otherwise agreed as to the required elements of such statements. The parties may submit with their statements all documents they consider to be relevant or may add a reference to the documents or other evidence they will submit.

(2) Unless otherwise agreed by the parties, either party may amend or supplement his claim or defence during the course of the arbitral proceedings, unless the arbitral tribunal considers it inappropriate to allow such amendment having regard to the delay in making it.

Article 24

Hearings and Written Proceedings

(1) Subject to any contrary agreement by the parties, the arbitral tribunal shall decide whether to hold oral hearings for the presentation of evidence or for oral argument, or whether the proceedings shall be conducted on the basis of documents and other materials. However, unless the parties have agreed that no hearings shall be held, the arbitral tribunal shall hold such hearings at an appropriate stage of the proceedings, if so requested by a party.

(2) The parties shall be given sufficient advance notice of any hearing and of any meeting of the arbitral tribunal for the purposes of inspection of goods, other property or documents.

(3) All statements, documents or other information supplied to the arbitral tribunal by one party shall be communicated to the other party. Also any expert report or evidentiary document on which the arbitral tribunal may rely in making its decision shall be communicated to the parties.

Article 25

Default of a Party

Unless otherwise agreed by the parties, if, without showing sufficient cause,

(a) the claimant fails to communicate his statement of claim in accordance with article 23(1), the arbitral tribunal shall terminate the proceedings;

(b) the respondent fails to communicate his statement of defence in accordance with article 23(1), the arbitral tribunal shall continue the proceedings without treating such failure in itself as an admission of the claimant's allegations;

(c) any party fails to appear at a hearing or to produce documentary evidence, the arbitral tribunal may continue the proceedings and make the award on the evidence before it.

Article 26

Expert Appointed by Arbitral Tribunal

(1) Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal

(a) may appoint one or more experts to report to it on specific issues to be determined by the arbitral tribunal;

(b) may require a party to give the expert any relevant information or to produce, or to provide access to, any relevant documents, goods or other property for his inspection.

(2) Unless otherwise agreed by the parties, if a party so requests or if the arbitral tribunal considers it necessary, the expert shall, after delivery of his written or oral report, participate in a hearing where the parties have the opportunity to put questions to him and to present expert witnesses in order to testify on the points at issue.

Article 27

Court Assistance in Taking Evidence

The arbitral tribunal or a party with the approval of the arbitral tribunal may request from a competent court of *Canada* assistance in taking evidence. The court may execute the request within its competence and according to its rules on taking evidence.

CHAPTER VI. MAKING OF AWARD AND TERMINATION OF PROCEEDINGS

Article 28

Rules Applicable to Substance of Dispute

(1) The arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with such rules of law as are chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute. Any designation of the law or legal system of a given State shall be construed, unless otherwise expressed, as directly referring to the substantive law of that State and not to its conflict of laws rules.

(2) Failing any designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable.

(3) The arbitral tribunal shall decide *ex aequo et bono* or as *amiable compositeur* only if the parties have expressly authorized it to do so.

(4) In all cases, the arbitral tribunal shall decide in accordance with the terms of the contract and shall take into account the usages of the trade applicable to the transaction.

Article 29

Decision-making by Panel of Arbitrators

In arbitral proceedings with more than one arbitrator, any decision of the arbitral tribunal shall be made, unless otherwise agreed by the parties, by a majority of all its members. However, questions of procedure may be decided by a presiding arbitrator, if so authorized by the parties or all members of the arbitral tribunal.

Article 30

Settlement

(1) If, during arbitral proceedings, the parties settle the dispute, the arbitral tribunal shall terminate the proceedings and, if requested by the parties and not objected to by the arbitral tribunal, record the settlement in the form of an arbitral award on agreed terms.

(2) An award on agreed terms shall be made in accordance with the provisions of article 31 and shall state that it is an award. Such an award has the same status and effect as any other award on the merits of the case.

Article 31

Form and Contents of Award

(1) The award shall be made in writing and shall be signed by the arbitrator or arbitrators. In arbitral proceedings with more than one arbitrator, the signature of the majority of all members of the arbitral tribunal shall suffice, provided that the reason for any omitted signature is stated.

(2) The award shall state the reasons upon which it is based, unless the parties have agreed that no reasons are to be given or the award is an award on agreed terms under article 30.

(3) The award shall state its date and the place of arbitration as determined in accordance with article 20(1). The award shall be deemed to have been made at that place.

(4) After the award is made, a copy signed by the arbitrators in accordance with paragraph (1) of this article shall be delivered to each party.

Article 32

Termination of Proceedings

(1) The arbitral proceedings are terminated by the final award or by an order of the arbitral tribunal in accordance with paragraph (2) of this article.

(2) The arbitral tribunal shall issue an order for the termination of the arbitral proceedings when:

(a) the claimant withdraws his claim, unless the respondent objects thereto and the arbitral tribunal recognizes a legitimate interest on his part in obtaining a final settlement of the dispute;

(b) the parties agree on the termination of the proceedings;

(c) the arbitral tribunal finds that the continuation of the proceedings has for any other reason become unnecessary or impossible.

(3) The mandate of the arbitral tribunal terminates with the termination of the arbitral proceedings, subject to the provisions of articles 33 and 34(4).

Article 33

Correction and Interpretation of Award; Additional Award

(1) Within thirty days of receipt of the award, unless another period of time has been agreed upon by the parties:

(a) a party, with notice to the other party, may request the arbitral tribunal to correct in the award any errors in computation, any clerical or typographical errors or any errors of similar nature;

(b) if so agreed by the parties, a party, with notice to the other party, may request the arbitral tribunal to give an interpretation of a specific point or part of the award.

If the arbitral tribunal considers the request to be justified, it shall make the correction or give the interpretation within thirty days of receipt of the request. The interpretation shall form part of the award.

(2) The arbitral tribunal may correct any error of the type referred to in paragraph (1)(a) of this article on its own initiative within thirty days of the date of the award.

(3) Unless otherwise agreed by the parties, a party, with notice to the other party, may request, within thirty days of receipt of the award, the arbitral tribunal to make an additional award as to claims presented in the arbitral proceedings but omitted from the award. If the arbitral tribunal considers the request to be justified, it shall make the additional award within sixty days.

(4) The arbitral tribunal may extend, if necessary, the period of time within which it shall make a correction, interpretation or an additional award under paragraph (1) or (3) of this article.

(5) The provisions of article 31 shall apply to a correction or interpretation of the award or to an additional award.

CHAPTER VII. RECOURSE AGAINST AWARD

Article 34

Application for Setting Aside as Exclusive Recourse against Arbitral Award

(1) Recourse to a court against an arbitral award may be made only by an application for setting aside in accordance with paragraphs (2) and (3) of this article.

(2) An arbitral award may be set aside by the court specified in article 6 only if:

(a) the party making the application furnishes proof that:

(i) a party to the arbitration agreement referred to in article 7 was under some incapacity; or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of *Canada*; or

(ii) the party making the application was not given proper notice of the appointment of an arbitrator or of the arbitral proceedings or was otherwise unable to present his case; or

(iii) the award deals with a dispute not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration, or contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration, provided that, if the decisions on matters submitted to arbitration

can be separated from those not so submitted, only that part of the award which contains decisions on matters not submitted to arbitration may be set aside; or

(iv) the composition of the arbitral tribunal or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, unless such agreement was in conflict with a provision of this *Code* from which the parties cannot derogate, or, failing such agreement, was not in accordance with this *Code*; or

(b) the court finds that:

(i) the subject-matter of the dispute is not capable of settlement by arbitration under the law of *Canada*; or

(ii) the award is in conflict with the public policy of *Canada*.

(3) An application for setting aside may not be made after three months have elapsed from the date on which the party making that application had received the award or, if a request had been made under article 33, from the date on which that request had been disposed of by the arbitral tribunal.

(4) The court, when asked to set aside an award, may, where appropriate and so requested by a party, suspend the setting aside proceedings for a period of time determined by it in order to give the arbitral tribunal an opportunity to resume the arbitral proceedings or to take such other action as in the arbitral tribunal's opinion will eliminate the grounds for setting aside.

CHAPTER VIII. RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF AWARDS

Article 35

Recognition and Enforcement

(1) An arbitral award, irrespective of the country in which it was made, shall be recognized as binding and, upon application in writing to the competent court, shall be enforced subject to the provisions of this article and of article 36.

(2) The party relying on an award or applying for its enforcement shall supply the duly authenticated original award or a duly certified copy thereof, and the original arbitration agreement referred to in article 7 or a duly certified copy thereof. If the award or agreement is not made in an official language of *Canada*, the party shall supply a duly certified translation thereof into such language.

Article 36

Grounds for Refusing Recognition or Enforcement

(1) Recognition or enforcement of an arbitral award, irrespective of the country in which it was made, may be refused only:

(a) at the request of the party against whom it is invoked, if that party furnishes to the competent court where recognition or enforcement is sought proof that:

(i) a party to the arbitration agreement referred to in article 7 was under some incapacity; or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made; or

(ii) the party against whom the award is invoked was not given proper notice of the appointment of an arbitrator or of the arbitral proceedings or was otherwise unable to present his case; or

(iii) the award deals with a dispute not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration, or it contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration, provided that, if the decisions on matters submitted to arbitration can be separated from those not so submitted, that part of the award which contains decisions on matters submitted to arbitration may be recognized and enforced; or

- (iv) the composition of the arbitral tribunal or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties or, failing such agreement, was not in accordance with the law of the country where the arbitration took place; or
 - (v) the award has not yet become binding on the parties or has been set aside or suspended by a court of the country in which, or under the law of which, that award was made; or
 - (b) if the court finds that:
 - (i) the subject-matter of the dispute is not capable of settlement by arbitration under the law of *Canada*; or
 - (ii) the recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of *Canada*.
- (2) If an application for setting aside or suspension of an award has been made to a court referred to in paragraph (1)(a)(v) of this article, the court where recognition or enforcement is sought may, if it considers it proper, adjourn its decision and may also, on the application of the party claiming recognition or enforcement of the award, order the other party to provide appropriate security.

ANEXO B - Commercial Arbitration Act, RSBC 1996 (British Columbia)

Current version: in force since Jun 2, 2011

Commercial Arbitration Act

[RSBC 1996] CHAPTER 55

Definitions

1 In this Act:

"arbitral error" means an error that is made by an arbitrator in the course of an arbitration and that consists of one or more of the following:

- (a) corrupt or fraudulent conduct;
- (b) bias;
- (c) exceeding the arbitrator's powers;
- (d) failure to observe the rules of natural justice;

"arbitration" means a reference before an arbitrator to resolve a dispute under this Act or an arbitration agreement;

"arbitrator" means a person who, under this Act or an arbitration agreement, resolves a dispute that has been referred to the person, and includes an umpire;

"arbitration agreement" means a written or oral term of an agreement between 2 or more persons to submit present or future disputes between them to arbitration, whether or not an arbitrator is named, but does not include an agreement to which the *International Commercial Arbitration Act* applies;

"award" means the decision of an arbitrator on the dispute that was submitted to the arbitrator and includes

- (a) an interim award,
- (b) the reasons for the decision, and
- (c) any amendments made to the award under this Act;

"commercial agreement" means an agreement arising out of a commercial relationship and includes, but is not limited to, agreements respecting the following kinds of transactions:

- (a) a trade transaction for the supply or exchange of goods or services;
- (b) a distribution agreement;
- (c) a commercial representation or agency;
- (d) factoring;
- (e) leasing;
- (f) construction of works;
- (g) consulting;
- (h) engineering;
- (i) licensing;
- (j) financing;
- (k) banking;
- (l) insurance;
- (m) an exploitation agreement or concession;
- (n) joint venture and other related forms of industrial or business cooperation;
- (o) carriage of goods or passengers by air, sea, rail or road;
- (p) investing;

"court" means the Supreme Court.

Application of Act

2 (1) Subject to subsection (4), this Act applies to the following:

- (a) an arbitration agreement in a commercial agreement;
- (b) an arbitration under an enactment that refers to this Act, except insofar as this Act is inconsistent with the enactment regulating the arbitration, or with any rules or procedure authorized or recognized by that enactment;
- (c) any other arbitration agreement.
- (2) A provision of an arbitration agreement that removes the jurisdiction of a court under the *Divorce Act* (Canada) or the *Family Relations Act* has no effect.
- (3) If an arbitration agreement contains a reference to the *Arbitration Act*, that reference is deemed to be a reference to this Act.
- (4) This Act does not apply to the following:
 - (a) the Agreement on Internal Trade entered into by the governments of Canada, the provinces, Yukon and the Northwest Territories, or to amendments to that agreement;
 - (b) the New West Partnership Trade Agreement entered into by the governments of British Columbia, Alberta and Saskatchewan on April 30, 2010, or to amendments to that agreement, except as provided in Article 31 of that agreement;
 - (c) the Trade, Investment and Labour Mobility Agreement entered into by the governments of British Columbia and Alberta on April 28, 2006, or to amendments to that agreement, except as provided in Article 31 of that agreement.

Death of a party

- 3 (1) If a party to an arbitration agreement dies, the personal representatives of the deceased party are bound by, and are not by the death precluded from enforcing, the terms of the arbitration agreement.
- (2) The authority of an arbitrator to hear and decide on the arbitration is not revoked by the death of the party who appointed the arbitrator.
- (3) Subsections (1) and (2) are subject to an agreement by the parties to an arbitration agreement.
- (4) This section does not affect a rule of law or an enactment under which the death of a person extinguishes a right of action.

Appointment of arbitrators

- 4 (1) If an arbitration agreement does not provide for the appointment of an arbitrator, an arbitration under that agreement is before a single arbitrator.
- (2) If an arbitration agreement provides for the appointment of an even number of arbitrators, the arbitrators may appoint an additional person to act as an umpire.
- (3) If arbitrators who have appointed an umpire cannot reach a majority decision on any matter before them, the umpire must decide the matter, and the umpire's decision is for all purposes the decision of the arbitrators.

Advance production of documents

- 5 (1) Before an arbitration hearing commences, the arbitrator may, on the application of a party, order another party to produce any documents that the arbitrator considers are relevant to the arbitration.
- (2) A party who has been ordered to produce documents under subsection (1) must permit the party in whose favour the order was made to inspect those documents and take copies of them.

Examination and production of records and evidence

- 6 (1) All parties to an arbitration and any person claiming through them must
 - (a) submit to being examined by the arbitrator under oath, when ordered by the arbitrator, and
 - (b) produce all records that the arbitrator may require.

(2) In an arbitration, the arbitrator

- (a) must admit all evidence that would be admissible in a court,
- (b) may admit in addition other evidence that the arbitrator considers relevant to the issues in dispute, and
- (c) may determine, subject to the rules of natural justice, how evidence is to be admitted.

Subpoena to witness

7 (1) A party to an arbitration or to a reference from the court may issue a subpoena to a witness.

(2) No subpoena may be issued under subsection (1) for a document unless the witness could be compelled to produce the document in an action.

(3) The court may order that a subpoena be issued to compel a witness to attend an arbitration.

Oath

8 (1) An arbitrator may order that a witness at an arbitration testify under oath.

(2) If an arbitrator requires the testimony of a witness or a party to an arbitration to be given under oath, the arbitrator may administer the oath.

Interim award

9 During an arbitration, an arbitrator may make an interim award respecting any matter on which the arbitrator may make a final award.

Specific performance

10 An arbitrator has the same power as the court to make an order for specific performance of an agreement between the parties for the sale of goods.

Costs

11 (1) The costs of an arbitration are in the discretion of the arbitrator who, in making an order for costs, may specify any or all of the following:

- (a) the persons entitled to costs;
- (b) the persons who must pay the costs;
- (c) the amount of the costs or how that amount is to be determined;
- (d) how all or part of the costs must be paid.

(2) In specifying the amount of costs under subsection (1) (c), the arbitrator may specify that the costs include

- (a) actual reasonable legal fees, and
- (b) disbursements, including the arbitrator's fees, expert witness fees and the expenses incurred for holding the hearing.

(3) In specifying how costs are to be determined, the arbitrator may refer the matter to a registrar of the Supreme Court for assessment.

(4) The registrar is not to assess the costs referred under subsection (3) as though they were costs in a proceeding in the Supreme Court but must assess them in the manner specified by the arbitrator.

(5) If in an award the arbitrator makes no order as to costs, a party may apply to the arbitrator, within 30 days of being notified of the award, for an order respecting costs.

(6) If no application is made under subsection (5) or if, following an application under subsection (5), the arbitrator makes no order as to costs, the parties to the arbitration bear their own costs, and the fees and expenses referred to in section 26 (1) are to be borne equally among each of the parties to the arbitration.

Majority decision

12 (1) If there are more than 2 arbitrators in an arbitration, the award may be made by a majority of arbitrators.

(2) If there is no majority decision on any matter to be decided in an arbitration, the decision of the chair is the decision on that matter.

Time for arbitrator's decision

13 (1) If the parties have agreed to a time limit for the making of an award, the arbitrator or the court may extend the time limit, whether or not the time has expired and despite the agreement.

(2) Subsection (1) does not affect the power of the court to make an order under section 18 (1) (b).

Award binding

14 The award of the arbitrator is final and binding on all parties to the award.

Stay of proceedings

15 (1) If a party to an arbitration agreement commences legal proceedings in a court against another party to the agreement in respect of a matter agreed to be submitted to arbitration, a party to the legal proceedings may apply, before filing a response to civil claim or a response to family claim or taking any other step in the proceedings, to that court to stay the legal proceedings.

(2) In an application under subsection (1), the court must make an order staying the legal proceedings unless it determines that the arbitration agreement is void, inoperative or incapable of being performed.

(3) An arbitration may be commenced or continued and an arbitral award made even though an application has been brought under subsection (1) and the issue is pending before the court.

(4) It is not incompatible with an arbitration agreement for a party to request from the Supreme Court, before or during arbitral proceedings, an interim measure of protection and for the court to grant that measure.

Revocation of arbitrator's authority

16 (1) Subject to an agreement referred to in section 3 (3), the parties may not revoke the authority of an arbitrator, except by leave of the court under subsection (2).

(2) A party to an arbitration may apply to the court for an order revoking the authority of an arbitrator.

(3) In considering whether to revoke the authority of an arbitrator, the court must consider the factors referred to in section 15 (3) (a) to (c), (i) and (j).

(4) If, after a dispute arises under an arbitration agreement that names a person as an arbitrator, a party to that agreement applies to the court

(a) for an order revoking the authority of the arbitrator, or

(b) for an order in any other proceeding whether the party seeks on grounds of apprehended bias, to revoke the arbitrator's authority or restrain the arbitration from proceeding,

the court must not refuse the order on the ground that the applicant knew or ought to have known that the arbitrator may not be capable of acting impartially because of the arbitrator's relationship to

(c) another party to the arbitration agreement, or

(d) the subject matter of the dispute.

Appointment of arbitrator by court

17 (1) If an arbitration agreement provides for

(a) the appointment of a single arbitrator, and the parties, after a dispute has arisen, cannot concur in the appointment of the arbitrator, or

(b) an arbitrator or another person to appoint an arbitrator, and the arbitrator or that person neglects or refuses to make the appointment,

a party may serve written notice on the other party, the arbitrator or the other person, as the case may be, to concur in the appointment of a single arbitrator or to appoint an arbitrator.

(2) If the appointment is not made within 7 days after the notice is served under subsection (1), the court must appoint an arbitrator, on application of the party who served the notice.

(3) On the application of any party the court may appoint an arbitrator if

(a) an arbitrator refuses to act, is incapable of acting or dies, and

(b) the arbitration agreement

(i) does not provide a means of filling the vacancy that has occurred, or

(ii) provides a means of filling the vacancy, but a qualified person has not filled the vacancy within the time provided for in the agreement, or if no time has been provided for, within a reasonable time.

(4) An arbitrator appointed by the court under this section has the same powers and duties as though the arbitrator were appointed under the arbitration agreement.

Removal of arbitrator

18 (1) On the application of a party to an arbitration, the court may remove an arbitrator who

(a) commits an arbitral error, or

(b) unduly delays in proceeding with the arbitration or in making an award.

(2) The court may order that an arbitrator who is removed under subsection (1) on the grounds of corrupt or fraudulent conduct or undue delay in proceeding with the arbitration or in making an award

(a) receive no remuneration for the arbitrator's services, and

(b) pay all or part of the costs, as determined by the court, that the parties to the arbitration have incurred up to the date that the order removing the arbitrator was made.

(3) Subject to subsection (5), if the court removes an arbitrator under subsection (1), it may appoint another arbitrator to replace the one who was removed, unless the parties have agreed in the appointment of a replacement.

(4) An arbitrator appointed under subsection (3) has the same powers and duties as though the arbitrator were appointed under the arbitration agreement.

(5) An arbitration proceeding is stayed if

(a) the arbitration agreement includes a provision that names the arbitrator,

(b) that arbitrator is removed under subsection (1), and

(c) the parties to the arbitration agreement do not agree, within 30 days after the removal, on another arbitrator to replace the arbitrator.

(6) If an arbitration proceeding is stayed under subsection (5), the parties may take any other proceedings to resolve the dispute that they could have taken but for the arbitration agreement.

Scott vs. Avery clauses

19 (1) A term of an agreement providing that

(a) an action may not be commenced, or

(b) a defence to an action may not be raised or pleaded

until the matter that is the subject of the cause of action or defence has been adjudicated by arbitration under that, or some other, agreement has no effect except as provided in subsection (2).

(2) A term of an agreement referred to in subsection (1) (a) or (b) is deemed to be an arbitration agreement.

Extension of time limit

20 If the terms of an arbitration agreement provide that a claim to which the agreement applies is barred unless

(a) notice to appoint an arbitrator is given,

(b) an arbitrator is appointed, or

(c) some other step to commence the arbitration proceedings is taken,

within the time limited by the arbitration agreement, the court may, if it considers that undue hardship would otherwise result, extend the time on terms, if any, as the justice of the case requires.

Consolidation of arbitrations

21 Disputes that have arisen under 2 or more arbitration agreements may be heard in one arbitration if

(a) the disputes are similar, and

(b) all parties to those agreements agree on the appointment of the arbitrator and the steps to be taken to consolidate the disputes into the one arbitration.

International Commercial Arbitration Centre rules

22 (1) Unless the parties to an arbitration otherwise agree, the rules of the British Columbia International Commercial Arbitration Centre for the conduct of domestic commercial arbitrations apply to that arbitration.

(2) If the rules referred to in subsection (1) are inconsistent with or contrary to the provisions in an enactment governing an arbitration to which this Act applies, the provisions of that enactment prevail.

(3) If the rules referred to in subsection (1) are inconsistent with or contrary to this Act, this Act prevails.

Legal principles apply unless excluded

23 An arbitrator must adjudicate the matter before the arbitrator by reference to law unless the parties, as a term of an agreement referred to in section 35, agree that the matter in dispute may be decided on equitable grounds, grounds of conscience or some other basis.

Arbitrator may call own witness

24 (1) An arbitrator may call a witness on the arbitrator's own motion.

(2) A witness called by the arbitrator under subsection (1) may be cross-examined by all parties to the arbitration, and all parties may call evidence in rebuttal.

Arbitrator's decision

25 An award must be in writing and must be signed by the arbitrator.

Arbitrator's fees

26 (1) The fees and expenses of an arbitrator or of a clerk, secretary or reporter assisting in the arbitration must not exceed the fair value of the services performed together with necessary and reasonable expenses incurred.

(2) If an arbitrator has delivered the arbitrator's account for fees and expenses, any party to the arbitration or the arbitrator may apply to the district registrar or other reviewing officer of the court for an appointment to review the account.

(3) The applicant for the review must deliver a copy of the appointment to the arbitrator or the parties, as the case may be.

(4) A party may review an arbitrator's account even though the account has been paid.

(5) Section 70 of the *Legal Profession Act* applies to the procedure at a review under subsection (2).

(6) A term of an arbitration agreement prohibiting the review of an arbitrator's fees and expenses has no effect.

(7) A party to a review under subsection (2) may appeal the review to the court within

(a) 14 days after the date of the reviewing officer's certificate,

(b) a period allowed by the court, or

(c) a period specified by the reviewing officer in the certificate.

(8) The court may make any order it considers just in the appeal, including an order that the reviewing officer amend the certificate.

(9) If an account has been reviewed under subsection (2), the certificate of the reviewing officer or district registrar may be filed in the registry of the court and, on the expiry of the time specified in subsection (7), the certificate may be enforced as though it were a judgment of the court.

Amendments to the award

27 (1) On the application of a party or on the arbitrator's own initiative, an arbitrator may amend an award to correct

(a) a clerical or typographical error,

(b) an accidental error, slip, omission or other similar mistake, or

(c) an arithmetical error made in a computation.

(2) An application by a party under subsection (1) must be made within 15 days after the party is notified of the award.

(3) An amendment under subsection (1) must not, without the consent of all parties, be made more than 30 days after all parties have been notified of the award.

(4) Within 15 days after being notified of the award, a party may apply to the arbitrator for clarification of the award.

(5) On an application under subsection (4), the arbitrator may amend the award if the arbitrator considers that the amendment will clarify it.

(6) Within 30 days after receiving the award, a party may apply to the arbitrator to make an additional award with respect to claims presented in the proceedings but omitted from the award, unless otherwise agreed by the parties.

Interest

28 For the purposes of the *Court Order Interest Act* and the *Interest Act* (Canada), a sum directed to be paid by an award is a pecuniary judgment of the court.

Enforcement of an award

29 With leave of the court, an award may be enforced in the same manner as a judgment or order of the court to the same effect, and judgment may be entered in the terms of the award.

Court may set aside award

30 (1) If an award has been improperly procured or an arbitrator has committed an arbitral error, the court may

(a) set aside the award, or

(b) remit the award to the arbitrator for reconsideration.

(2) The court may refuse to set aside an award on the grounds of arbitral error if

(a) the error consists of a defect in form or a technical irregularity, and

(b) the refusal would not constitute a substantial wrong or miscarriage of justice.

(3) Except as provided in section 31, the court must not set aside or remit an award on the grounds of an error of fact or law on the face of the award.

Appeal to the court

31 (1) A party to an arbitration may appeal to the court on any question of law arising out of the award if

(a) all of the parties to the arbitration consent, or

(b) the court grants leave to appeal.

(2) In an application for leave under subsection (1) (b), the court may grant leave if it determines that

(a) the importance of the result of the arbitration to the parties justifies the intervention of the court and the determination of the point of law may prevent a miscarriage of justice,

(b) the point of law is of importance to some class or body of persons of which the applicant is a member, or

(c) the point of law is of general or public importance.

(3) If the court grants leave to appeal under this section, it may attach conditions to the order granting leave that it considers just.

(4) On an appeal to the court, the court may

(a) confirm, amend or set aside the award, or

(b) remit the award to the arbitrator together with the court's opinion on the question of law that was the subject of the appeal.

Extent of judicial intervention

32 Arbitral proceedings of an arbitrator and any order, ruling or arbitral award made by an arbitrator must not be questioned, reviewed or restrained by a proceeding under the *Judicial Review Procedure Act* or otherwise except to the extent provided in this Act.

Application for reasoned award

33 (1) A party to an arbitration may apply to the court for an order that the arbitrator give more detailed reasons for an award.

(2) On an application under subsection (1), the court may order that the arbitrator state the reasons for the award in detail that is sufficient to consider any question of law that arises out of the award, were an appeal to be brought under section 31.

(3) The court must not make an order under this section unless written notice is given to the arbitrator before the award is made that a reasoned award would be required or a good reason is shown why no such written notice was given.

Application to court to determine question of law

34 (1) On the application of a party, the court may determine any question of law that arises during the course of an arbitration if that party obtains the consent of either the arbitrator or of the other parties to the arbitration.

(2) The court must not make a determination on the question submitted unless it is satisfied that substantial savings in costs of the arbitration would result.

(3) A determination made under this section may be appealed to the Court of Appeal.

Exclusion agreements

35 If, after an arbitration has commenced, the parties to it agree in writing to exclude the jurisdiction of the court under sections 31, 33 and 34, the court has no jurisdiction to make an order under those sections except in accordance with the agreement, but otherwise an agreement to exclude the jurisdiction of the court under those sections has no effect.

Reference by court order

36 The court may order at any time that the whole matter, or a question of fact arising in a proceeding, other than a criminal proceeding, be tried before an arbitrator agreed on by the parties if

(a) all parties interested, and not under disability, consent,

(b) the proceeding requires a prolonged examination of documents, or a scientific or local investigation that cannot, in the opinion of the court, conveniently be made before a jury or conducted by the court through its other ordinary officers, or

(c) the question in dispute consists wholly or partly of matters of account.

Powers on reference

37 (1) In a reference by the court to an arbitrator, the arbitrator is an officer of the court and has the authority and must conduct the reference in the manner prescribed by rules of court and as the court may direct.

(2) Unless set aside by the court, the report or award of an arbitrator on a reference is equivalent to the verdict of a jury.

Remuneration

38 The court may determine the remuneration to be paid to an arbitrator on a reference by the court.

Court powers

39 The court and the Court of Appeal have, for references, the powers that are conferred on the court in references out of court.

Attendance of prisoner

40 The court may order the attendance of a prisoner for examination before an arbitrator.

Costs

41 An order under this Act may be made on terms, as to costs or otherwise, that the authority making the order thinks just.

Applications to the court

42 (1) Applications to the court under this Act must be made by a petition proceeding or, if Rule 17-1 of the Supreme Court Civil Rules applies, a requisition proceeding.

(2) An application under section 30 or 31 must be made within 60 days after the parties have been notified of the award and its terms.

Extension of time limit

43 The court may extend any time limit provided for in this Act even if the application for the extension or the order granting the extension is made after time has expired.

Application of provisions

44 Sections 4 to 6, 8 to 12, 14, 25 and 26 (1) apply to every arbitration agreement except in so far as the parties have agreed otherwise.

ANEXO C - International Commercial Arbitration Act, RSBC 1996 (British Columbia)

Current version: in force since Jul 1, 2010

International Commercial Arbitration Act

[RSBC 1996] CHAPTER 233

Preamble

WHEREAS British Columbia, and in particular the City of Vancouver, is becoming an international financial and commercial centre;

AND WHEREAS disputes in international commercial agreements are often resolved by means of arbitration;

AND WHEREAS British Columbia has not previously enjoyed a hospitable legal environment for international commercial arbitrations;

AND WHEREAS there are divergent views in the international commercial and legal communities respecting the conduct of, and the degree and nature of judicial intervention in, international commercial arbitrations;

AND WHEREAS the United Nations Commission on International Trade Law has adopted the UNCITRAL Model Arbitration Law which reflects a consensus of views on the conduct of, and degree and nature of judicial intervention in, international commercial arbitrations;

THEREFORE HER MAJESTY, by and with the advice and consent of the Legislative Assembly of the Province of British Columbia, enacts as follows:

Part 1 — Application and Interpretation

Scope of application

1 (1) This Act applies to international commercial arbitration, subject to any agreement which is in force between Canada and any other state or states and which applies in British Columbia.

(2) This Act, except sections 8, 9, 35 and 36, applies only if the place of arbitration is in British Columbia.

(3) An arbitration is international if

(a) the parties to an arbitration agreement have, at the time of the conclusion of that agreement, their places of business in different states,

(b) one of the following places is located outside the state in which the parties have their places of business:

(i) the place of arbitration if determined in, or pursuant to, the arbitration agreement;

(ii) any place where a substantial part of the obligations of the commercial relationship is to be performed;

(iii) the place with which the subject matter of the dispute is most closely connected, or

(c) the parties have expressly agreed that the subject matter of the arbitration agreement relates to more than one state.

(4) For the purposes of subsection (3),

(a) if a party has more than one place of business, the place of business is that which has the closest relationship to the arbitration agreement, and

(b) if a party does not have a place of business, reference is to be made to the party's habitual residence.

(5) For the purposes of subsection (3), the provinces and territories of Canada must be considered one state.

(6) An arbitration is commercial if it arises out of a relationship of a commercial nature including, but not limited to, the following:

- (a) a trade transaction for the supply or exchange of goods or services;
- (b) a distribution agreement;
- (c) a commercial representation or agency;
- (d) an exploitation agreement or concession;
- (e) a joint venture or other related form of industrial or business cooperation;
- (f) the carriage of goods or passengers by air, sea, rail or road;
- (g) the construction of works;
- (h) insurance;
- (i) licensing;
- (j) factoring;
- (k) leasing;
- (l) consulting;
- (m) engineering;
- (n) financing;
- (o) banking;
- (p) investing.

(7) If an arbitration agreement respecting an international commercial arbitration contains a reference to the *Arbitration Act*, that reference is deemed to be a reference to this Act.

(8) This Act does not affect any other law in force in British Columbia by virtue of which certain disputes may not be submitted to arbitration or may be submitted to arbitration only in accordance with provisions other than those of this Act.

Definitions and interpretation

2 (1) For the purposes of this Act:

"arbitral award" means any decision of the arbitral tribunal on the substance of the dispute submitted to it and includes

- (a) an interim arbitral award, including an interim award made for the preservation of property, and
- (b) any award of interest or costs;

"arbitral tribunal" means a sole arbitrator or a panel of arbitrators;

"arbitration" means any arbitration whether or not administered by the B.C. Arbitration Centre or any other permanent arbitral institution;

"B.C. Arbitration Centre" means the British Columbia International Commercial Arbitration Centre located in Vancouver, British Columbia;

"Chief Justice" means the Chief Justice of the Supreme Court or his or her designate;

"court" means a body or an organ of the judicial system of a state;

"party" means a party to an arbitration agreement and includes a person claiming through or under a party;

"Supreme Court" means the Supreme Court of British Columbia.

(2) Where this Act, except section 28, leaves the parties free to determine a certain issue, that freedom includes the right of the parties to authorize a third party, including the B.C. Arbitration Centre or any other institution, to make that determination.

(3) Where this Act

- (a) refers to the fact that the parties have agreed or that they may agree, or
 - (b) in any other way refers to an agreement of the parties,
- that agreement includes any arbitration rules referred to in that agreement.

(4) Where this Act, other than section 25 (1) or 32 (2) (a), refers to a claim, it also applies to a counterclaim, and where it refers to a defence, it also applies to a defence to that counterclaim.

Receipt of written communications

3 (1) Unless otherwise agreed by the parties,

(a) any written communication is deemed to have been received if it is delivered to the addressee personally or if it is delivered at the addressee's place of business, habitual residence or mailing address, and

(b) the communication is deemed to have been received on the day it is so delivered.

(2) If none of the places referred to in subsection (1) (a) can be found after making a reasonable inquiry, a written communication is deemed to have been received if it is sent to the addressee's last known place of business, habitual residence or mailing address by registered mail or by any other means which provides a record of the attempt to deliver it.

(3) This section does not apply to written communications in respect of court proceedings.

Waiver of right to object

4 (1) A party who knows that

(a) any provision of this Act, or

(b) any requirement under the arbitration agreement,

has not been complied with and yet proceeds with the arbitration without stating an objection to noncompliance without undue delay or, if a time limit is provided for stating that objection, within that period of time, is deemed to have waived the right to object.

(4) In subsection (1) (a), "any provision of this Act" means any provision of this Act in respect of which the parties may otherwise agree.

Extent of judicial intervention

5 In matters governed by this Act,

(a) a court must not intervene unless so provided in this Act, and

(b) an arbitral proceeding of an arbitral tribunal or an order, ruling or arbitral award made by an arbitral tribunal must not be questioned, reviewed or restrained by a proceeding under the *Judicial Review Procedure Act* or otherwise except to the extent provided in this Act.

Construction of Act

6 In construing a provision of this Act, a court or arbitral tribunal may refer to the documents of the United Nations Commission on International Trade Law and its working group respecting the preparation of the UNCITRAL Model Arbitration Law and must give those documents the weight that is appropriate in the circumstances.

Part 2 — Arbitration Agreement

Definition of arbitration agreement

7 (1) In this Act, "arbitration agreement" means an agreement by the parties to submit to arbitration all or certain disputes which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not.

(2) An arbitration agreement may be in the form of an arbitration clause in a contract or in the form of a separate agreement.

(3) An arbitration agreement must be in writing.

(4) An arbitration agreement is in writing if it is contained in

(a) a document signed by the parties,

(b) an exchange of letters, telex, telegrams or other means of telecommunication which provide a record of the agreement, or

(c) an exchange of statements of claim and defence in which the existence of an agreement is alleged by one party and not denied by the other.

(5) The reference in a contract to a document containing an arbitration clause constitutes an arbitration agreement if the contract is in writing and the reference is such as to make that arbitration clause part of the contract.

Stay of legal proceedings

8 (1) If a party to an arbitration agreement commences legal proceedings in a court against another party to the agreement in respect of a matter agreed to be submitted to arbitration, a party to the legal proceedings may, before service of any pleadings or taking any other step in the proceedings, apply to that court to stay the proceedings.

(2) In an application under subsection (1), the court must make an order staying the legal proceedings unless it determines that the arbitration agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.

(3) Even if an application has been brought under subsection (1) and even if the issue is pending before the court, an arbitration may be commenced or continued and an arbitral award made.

Interim measures by court

9 It is not incompatible with an arbitration agreement for a party to request from a court, before or during arbitral proceedings, an interim measure of protection and for a court to grant that measure.

Part 3 — Composition of Arbitral Tribunal

Number of arbitrators

10 (1) The parties are free to determine the number of arbitrators.

(2) Failing the determination referred to in subsection (1), the number of arbitrators is 3.

Appointment of arbitrators

11 (1) A person of any nationality may be an arbitrator.

(2) Subject to subsections (6) and (7), the parties are free to agree on a procedure for appointing the arbitral tribunal.

(3) Failing any agreement referred to in subsection (2), in an arbitration with 3 arbitrators, each party must appoint one arbitrator, and the 2 appointed arbitrators must appoint the third arbitrator.

(4) If the appointment procedure in subsection (3) applies and

(a) a party fails to appoint an arbitrator within 30 days after receipt of a request to do so from the other party, or

(b) the 2 appointed arbitrators fail to agree on the third arbitrator within 30 days after their appointment,

the appointment must be made, on request of a party, by the Chief Justice.

(5) Failing any agreement referred to in subsection (2), in an arbitration with a sole arbitrator, if the parties fail to agree on the arbitrator, the appointment must be made, on request of a party, by the Chief Justice.

(6) If, under an appointment procedure agreed on by the parties,

(a) a party fails to act as required under that procedure,

(b) the parties, or 2 appointed arbitrators, fail to reach an agreement expected of them under that procedure, or

(c) a third party, including an institution, fails to perform any function entrusted to the third party under that procedure,

a party may request the Chief Justice to take the necessary measure, unless the agreement on the appointment procedure provides other means for securing the appointment.

(7) A decision on a matter entrusted by subsection (4), (5) or (6) to the Chief Justice is final and is not subject to appeal.

(8) The Chief Justice, in appointing an arbitrator, must have due regard to

(a) any qualifications required of the arbitrator by the agreement of the parties, and

(b) other considerations as are likely to secure the appointment of an independent and impartial arbitrator.

(9) Unless the parties have previously agreed to the appointment of a sole or third arbitrator who is of the same nationality as any of the parties, the Chief Justice must not appoint a sole or third arbitrator who is of the same nationality as that of any of the parties.

Grounds for challenge

12 (1) When a person is approached in connection with his or her possible appointment as an arbitrator, the person must disclose any circumstances likely to give rise to justifiable doubts as to the person's independence or impartiality.

(2) An arbitrator, from the time of his or her appointment and throughout the arbitral proceedings, must, without delay, disclose to the parties any circumstances referred to in subsection (1) unless they have already been informed of them by the arbitrator.

(3) An arbitrator may be challenged only if

(a) circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to the arbitrator's independence or impartiality, or

(b) the arbitrator does not possess the qualifications agreed to by the parties.

(4) A party may challenge an arbitrator appointed by that party, or in whose appointment the party has participated, only for reasons of which the party becomes aware after the appointment has been made.

Challenge procedure

13 (1) Subject to subsection (4), the parties are free to agree on a procedure for challenging an arbitrator.

(2) Failing any agreement referred to in subsection (1), a party who intends to challenge an arbitrator must, within 15 days after becoming aware of the constitution of the arbitral tribunal or after becoming aware of any circumstances referred to in section 12 (3), send a written statement of the reasons for the challenge to the arbitral tribunal.

(3) Unless the arbitrator challenged under subsection (2) withdraws from office or the other party agrees to the challenge, the arbitral tribunal must decide on the challenge.

(4) If a challenge under any procedure agreed on by the parties or under the procedure under subsection (2) is not successful, the challenging party may request the Supreme Court, within 30 days after having received notice of the decision rejecting the challenge, to decide on the challenge.

(5) If a request is made under subsection (4), the Supreme Court may refuse to decide on the challenge, if it is satisfied that, under the procedure agreed on by the parties, the party making the request had an opportunity to have the challenge decided on by other than the arbitral tribunal.

(6) The decision of the Supreme Court under subsection (4) is final and is not subject to appeal.

(7) While a request under subsection (4) is pending, the arbitral tribunal, including the challenged arbitrator, may continue the arbitral proceedings and make an arbitral award.

Failure or impossibility to act

14 (1) The mandate of an arbitrator terminates if

(a) the arbitrator becomes de jure or de facto unable to perform the arbitrator's functions or for other reasons fails to act without undue delay, and

(b) the arbitrator withdraws from office or the parties agree to the termination of the arbitrator's mandate.

(2) If a controversy remains concerning any of the grounds referred to in subsection (1) (a), a party may request the Supreme Court to decide on the termination of the mandate.

(3) A decision of the Supreme Court under subsection (2) is final and is not subject to appeal.

(4) If, under this section or section 13 (3), an arbitrator withdraws from office or a party agrees to the termination of the mandate of an arbitrator, this does not imply acceptance of the validity of any ground referred to in this section or section 12 (3).

Termination of mandate and substitution of arbitrator

15 (1) In addition to the circumstances referred to in section 13 or 14, the mandate of an arbitrator terminates

(a) if the arbitrator withdraws from office for any reason, or

(b) by or pursuant to agreement of the parties.

(2) If the mandate of an arbitrator terminates, a substitute arbitrator must be appointed according to the rules that were applicable to the appointment of the arbitrator being replaced.

(3) Unless otherwise agreed by the parties,

(a) if the sole or presiding arbitrator is replaced, any hearings previously held must be repeated, and

(b) if an arbitrator, other than the sole or presiding arbitrator is replaced, any hearings previously held may be repeated at the discretion of the arbitral tribunal.

(4) Unless otherwise agreed by the parties, an order or ruling of the arbitral tribunal made before the replacement of an arbitrator under this section is not invalid solely because there has been a change in the composition of the tribunal.

Part 4 — Jurisdiction of Arbitral Tribunal

Competence of arbitral tribunal to rule on its jurisdiction

16 (1) The arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction, including ruling on any objections with respect to the existence or validity of the arbitration agreement, and for that purpose,

(a) an arbitration clause which forms part of a contract must be treated as an agreement independent of the other terms of the contract, and

(b) a decision by the arbitral tribunal that the contract is null and void must not entail ipso jure the invalidity of the arbitration clause.

(2) A plea that the arbitral tribunal does not have jurisdiction must be raised not later than the submission of the statement of defence; however, a party is not precluded from raising such a plea by the fact that the party has appointed, or participated in the appointment of, an arbitrator.

(3) A plea that the arbitral tribunal is exceeding the scope of its authority must be raised as soon as the matter alleged to be beyond the scope of its authority is raised during the arbitral proceedings.

(4) The arbitral tribunal may, in either of the cases referred to in subsection (2) or (3), admit a later plea if it considers the delay justified.

(5) The arbitral tribunal may rule on a plea referred to in subsections (2) and (3) either as a preliminary question or in an award on the merits.

(6) If the arbitral tribunal rules as a preliminary question that it has jurisdiction, any party may request the Supreme Court, within 30 days after having received notice of that ruling, to decide the matter.

(7) The decision of the Supreme Court under subsection (6) is final and is not subject to appeal.

(8) While a request under subsection (6) is pending, the arbitral tribunal may continue the arbitral proceedings and make an arbitral award.

Interim measures ordered by arbitral tribunal

17 (1) Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may, at the request of a party, order a party to take any interim measure of protection as the arbitral tribunal may consider necessary in respect of the subject matter of the dispute.

(2) The arbitral tribunal may require a party to provide appropriate security in connection with a measure ordered under subsection (1).

Part 5 — Conduct of Arbitral Proceedings

Equal treatment of parties

18 The parties must be treated with equality and each party must be given a full opportunity to present their case.

Determination of rules of procedure

19 (1) Subject to this Act, the parties are free to agree on the procedure to be followed by the arbitral tribunal in conducting the proceedings.

(2) Failing any agreement referred to in subsection (1), the arbitral tribunal may, subject to this Act, conduct the arbitration in the manner it considers appropriate.

(3) The power of the arbitral tribunal under subsection (2) includes the power to determine the admissibility, relevance, materiality and weight of any evidence.

Place of arbitration

20 (1) The parties are free to agree on the place of arbitration.

(2) Failing any agreement referred to in subsection (1), the place of arbitration must be determined by the arbitral tribunal having regard to the circumstances of the case, including the convenience of the parties.

(3) Despite subsection (1), the arbitral tribunal may, unless otherwise agreed by the parties, meet at any place it considers appropriate for consultation among its members, for hearing witnesses, experts or the parties, or for inspection of documents, goods or other property.

Commencement of arbitral proceedings

21 Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral proceedings in respect of a particular dispute commence on the date on which a request for that dispute to be referred to arbitration is received by the respondent.

Language

22 (1) The parties are free to agree on the language or languages to be used in the arbitral proceedings.

(2) Failing any agreement referred to in subsection (1), the arbitral tribunal must determine the language or languages to be used in the arbitral proceedings.

(3) The agreement or determination, unless otherwise specified, applies to any written statement by a party, any hearing and any arbitral award, decision or other communication by the arbitral tribunal.

(4) The arbitral tribunal may order that any documentary evidence must be accompanied by a translation into the language or languages agreed on by the parties or determined by the arbitral tribunal.

Statements of claim and defence

23 (1) Within the period of time agreed on by the parties or determined by the arbitral tribunal, the claimant must state the facts supporting the claim, the points at issue and the relief or remedy sought, and the respondent must state the respondent's defence in respect

of these particulars, unless the parties have otherwise agreed as to the required elements of those statements.

(2) The parties may submit with their statements all documents they consider to be relevant or may add a reference to the documents or other evidence they will submit.

(3) Unless otherwise agreed by the parties, either party may amend or supplement a claim or defence during the course of the arbitral proceedings, unless the arbitral tribunal considers it inappropriate to allow the amendment or supplement having regard to the delay in making it.

Hearings and written proceedings

24 (1) Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal must decide whether to hold oral hearings for the presentation of evidence or for oral argument, or whether the proceedings must be conducted on the basis of documents and other materials.

(2) Unless the parties have agreed that no oral hearings are to be held, the arbitral tribunal must hold oral hearings at an appropriate stage of the proceedings, if so requested by a party.

(3) The parties must be given sufficient advance notice of any hearing and of any meeting of the arbitral tribunal for the purpose of inspection of documents, goods or other property.

(4) All statements, documents or other information supplied to, or applications made to, the arbitral tribunal by one party must be communicated to the other party, and any expert report or evidentiary document on which the arbitral tribunal may rely in making its decision is to be communicated to the parties.

(5) Unless otherwise agreed by the parties, all oral hearings and meetings in arbitral proceedings are to be held in private.

Default of a party

25 (1) Unless otherwise agreed by the parties, if, without showing sufficient cause, the claimant fails to communicate the statement of claim in accordance with section 23 (1), the arbitral tribunal must terminate the proceedings.

(2) Unless otherwise agreed by the parties, if, without showing sufficient cause, the respondent fails to communicate the statement of defence in accordance with section 23 (1), the arbitral tribunal must continue the proceedings without treating that failure in itself as an admission of the claimant's allegations.

(3) Unless otherwise agreed by the parties, if, without showing sufficient cause, a party fails to appear at an oral hearing or to produce documentary evidence, the arbitral tribunal may continue the proceedings and make the arbitral award on the evidence before it.

Expert appointed by arbitral tribunal

26 (1) Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may

(a) appoint one or more experts to report to it on specific issues to be determined by the arbitral tribunal, and

(b) require a party to give the expert any relevant information or to produce, or to provide access to, any relevant documents, goods or other property for the expert's inspection.

(2) Unless otherwise agreed by the parties, if a party so requests or if the arbitral tribunal considers it necessary, the expert must, after delivery of the expert's written or oral report, participate in an oral hearing where the parties have the opportunity to put questions to the expert and to present expert witnesses in order to testify on the points at issue.

(3) Unless otherwise agreed by the parties, the expert must, on the request of a party, make available to that party, for examination, all documents, goods or other property in the expert's possession with which the expert was provided in order to prepare the expert's report.

Court assistance in taking evidence and consolidating arbitrations

27 (1) The arbitral tribunal, or a party with the approval of the arbitral tribunal, may request from the Supreme Court assistance in taking evidence and the court may execute the request within its competence and according to its rules on taking evidence.

(2) If the parties to 2 or more arbitration agreements have agreed, in their respective arbitration agreements or otherwise, to consolidate the arbitrations arising out of those arbitration agreements, the Supreme Court may, on application by one party with the consent of all the other parties to those arbitration agreements, do one or more of the following:

(a) order the arbitrations to be consolidated on terms the court considers just and necessary;
 (b) if all the parties cannot agree on an arbitral tribunal for the consolidated arbitration, appoint an arbitral tribunal in accordance with section 11 (8);
 (c) if all the parties cannot agree on any other matter necessary to conduct the consolidated arbitration, make any other order it considers necessary.

(3) Nothing in this section is to be construed as preventing the parties to 2 or more arbitrations from agreeing to consolidate those arbitrations and taking any steps that are necessary to effect that consolidation.

Part 6 — Making of Arbitral Award and Termination of Proceedings

Rules applicable to substance of dispute

28 (1) The arbitral tribunal must decide the dispute in accordance with the rules of law designated by the parties as applicable to the substance of the dispute.

(2) Any designation by the parties of the law or legal system of a given state must be construed, unless otherwise expressed, as directly referring to the substantive law of that state and not to its conflict of laws rules.

(3) Failing any designation of the law under subsection (1) by the parties, the arbitral tribunal must apply the rules of law it considers to be appropriate given all the circumstances surrounding the dispute.

(4) The arbitral tribunal must decide *ex aequo et bono* or as *amiable compositeur* if the parties have expressly authorized it to do so.

(5) In all cases, the arbitral tribunal must decide in accordance with the terms of the contract and must take into account the usages of the trade applicable to the transaction.

Decision making by panel of arbitrators

29 (1) Unless otherwise agreed by the parties, in arbitral proceedings with more than one arbitrator, any decision of the arbitral tribunal must be made by a majority of all its members.

(2) Despite subsection (1), if authorized by the parties or all the members of the arbitral tribunal, questions of procedure may be decided by a presiding arbitrator.

Settlement

30 (1) It is not incompatible with an arbitration agreement for an arbitral tribunal to encourage settlement of the dispute and, with the agreement of the parties, the arbitral tribunal may use mediation, conciliation or other procedures at any time during the arbitral proceedings to encourage settlement.

(2) If, during arbitral proceedings, the parties settle the dispute, the arbitral tribunal must terminate the proceedings and, if requested by the parties and not objected to by the arbitral tribunal, record the settlement in the form of an arbitral award on agreed terms.

(3) An arbitral award on agreed terms must be made in accordance with section 31 and must state that it is an arbitral award.

(4) An arbitral award on agreed terms has the same status and effect as any other arbitral award on the substance of the dispute.

Form and content of arbitral award

31 (1) An arbitral award must be made in writing and must be signed by the members of the arbitral tribunal.

(2) For the purposes of subsection (1), in arbitral proceedings with more than one arbitrator, the signatures of the majority of all the members of the arbitral tribunal are sufficient if the reason for any omitted signature is stated.

(3) The arbitral award must state the reasons on which it is based, unless

(a) the parties have agreed that no reasons are to be given, or

(b) the award is an arbitral award on agreed terms under section 30.

(4) The arbitral award must state its date and the place of arbitration as determined in accordance with section 20 and the award is deemed to have been made at that place.

(5) After the arbitral award is made, a signed copy must be delivered to each party.

(6) The arbitral tribunal may, at any time during the arbitral proceedings, make an interim arbitral award on any matter with respect to which it may make a final arbitral award.

(7) Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may award interest.

(8) Unless otherwise agreed by the parties, the costs of an arbitration are in the discretion of the arbitral tribunal which may, in making an order for costs,

(a) include as costs,

(i) the fees and expenses of the arbitrators and expert witnesses,

(ii) legal fees and expenses,

(iii) any administration fees of the B.C. Arbitration Centre or any other institution, and

(iv) any other expenses incurred in connection with the arbitral proceedings, and

(b) specify

(i) the party entitled to costs,

(ii) the party who must pay the costs,

(iii) the amount of costs or method of determining that amount, and

(iv) the manner in which the costs must be paid.

Termination of proceedings

32 (1) The arbitral proceedings are terminated by the final arbitral award or by an order of the arbitral tribunal under subsection (2).

(2) The arbitral tribunal must issue an order for the termination of the arbitral proceedings if

(a) the claimant withdraws the claim, unless the respondent objects to the order and the arbitral tribunal recognizes a legitimate interest on the respondent's part in obtaining a final settlement of the dispute,

(b) the parties agree on the termination of the proceedings, or

(c) the arbitral tribunal finds that the continuation of the proceedings has for any other reason become unnecessary or impossible.

(3) Subject to sections 33 and 34 (4), the mandate of the arbitral tribunal terminates with the termination of the arbitral proceedings.

Correction and interpretation of award; additional award

33 (1) Within 30 days after receipt of the arbitral award, unless another period of time has been agreed on by the parties,

(a) a party may request the arbitral tribunal to correct in the arbitral award any computation errors, any clerical or typographical errors or any other errors of a similar nature, and

(b) a party may, if agreed by the parties, request the arbitral tribunal to give an interpretation of a specific point or part of the arbitral award.

(2) If the arbitral tribunal considers the request made under subsection (1) to be justified, it must make the correction or give the interpretation within 30 days after receipt of the request and the interpretation forms part of the arbitral award.

(3) The arbitral tribunal may correct any error of the type referred to in subsection (1) (a), on its own initiative, within 30 days after the date of the arbitral award.

(4) Unless otherwise agreed by the parties, a party may request, within 30 days after receipt of the arbitral award, the arbitral tribunal to make an additional arbitral award as to claims presented in the arbitral proceedings but omitted from the arbitral award.

(5) If the arbitral tribunal considers the request made under subsection (4) to be justified, it must make the additional arbitral award within 60 days.

(6) The arbitral tribunal may extend, if necessary, the period of time within which it must make a correction, give an interpretation or make an additional arbitral award under subsection (2) or (4).

(7) Section 31 applies to a correction or interpretation of the arbitral award or to an additional arbitral award made under this section.

Part 7 — Recourse Against Arbitral Award

Application for setting aside arbitral award

34 (1) Recourse to a court against an arbitral award may be made only by an application for setting aside in accordance with subsections (2) and (3).

(2) An arbitral award may be set aside by the Supreme Court only if

(a) the party making the application furnishes proof that

(i) a party to the arbitration agreement was under some incapacity,

(ii) the arbitration agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication of that law, the law of British Columbia,

(iii) the party making the application was not given proper notice of the appointment of an arbitrator or of the arbitral proceedings or was otherwise unable to present the party's case,

(iv) the arbitral award deals with a dispute not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration, or it contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration, provided that, if the decisions on matters submitted to arbitration can be separated from those not so submitted, only that part of the arbitral award which contains decisions on matters not submitted to arbitration may be set aside, or

(v) the composition of the arbitral tribunal or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, unless that agreement was in conflict with a provision of this Act from which the parties cannot derogate, or, failing any agreement, was not in accordance with this Act, or

(b) the court finds that

(i) the subject matter of the dispute is not capable of settlement by arbitration under the law of British Columbia, or

(ii) the arbitral award is in conflict with the public policy in British Columbia.

(3) An application for setting aside may not be made after 3 months have elapsed from the date on which the party making that application had received the arbitral award or, if a request had been made under section 33, from the date on which that request had been disposed of by the arbitral tribunal.

(4) When asked to set aside an arbitral award the court may, if it is appropriate and it is requested by a party, adjourn the proceedings to set aside the arbitral award for a period of time determined by it in order to give the arbitral tribunal an opportunity to resume the

arbitral proceedings or to take such other action as in the arbitral tribunal's opinion will eliminate the grounds for setting aside the arbitral award.

Part 8 — Recognition and Enforcement of Arbitral Awards

Recognition and enforcement

35 (1) Subject to this section and section 36, an arbitral award, irrespective of the state in which it was made, must be recognized as binding and, on application to the Supreme Court, must be enforced.

(2) Unless the court orders otherwise, the party relying on an arbitral award or applying for its enforcement must supply

(a) the duly authenticated original arbitral award or a duly certified copy of it, and

(b) the original arbitration agreement or a duly certified copy of it.

(3) If the arbitral award or arbitration agreement is not made in an official language of Canada, the party must supply a duly certified translation of it into an official language.

Grounds for refusing recognition or enforcement

36 (1) Recognition or enforcement of an arbitral award, irrespective of the state in which it was made, may be refused only

(a) at the request of the party against whom it is invoked, if that party furnishes to the competent court where recognition or enforcement is sought proof that

(i) a party to the arbitration agreement was under some incapacity,

(ii) the arbitration agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication of that law, under the law of the state where the arbitral award was made,

(iii) the party against whom the arbitral award is invoked was not given proper notice of the appointment of an arbitrator or of the arbitral proceedings or was otherwise unable to present the party's case,

(iv) the arbitral award deals with a dispute not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration, or it contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration, provided that, if the decisions on matters submitted to arbitration can be separated from those not so submitted, that part of the arbitral award which contains decisions on matters submitted to arbitration may be recognized and enforced,

(v) the composition of the arbitral tribunal or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties or, failing any agreement, was not in accordance with the law of the state where the arbitration took place, or

(vi) the arbitral award has not yet become binding on the parties or has been set aside or suspended by a court of the state in which, or under the law of which, that arbitral award was made, or

(b) if the court finds that

(i) the subject matter of the dispute is not capable of settlement by arbitration under the law of British Columbia, or

(ii) the recognition or enforcement of the arbitral award would be contrary to the public policy in British Columbia.

(2) If an application for setting aside or suspension of an arbitral award has been made to a court referred to in subsection (1) (a) (vi), the court where recognition or enforcement is sought may, if it considers it proper, adjourn its decision and may also, on the application of the party claiming recognition or enforcement of the arbitral award, order the other party to provide appropriate security.

Power to make regulations

37 The Lieutenant Governor in Council may make regulations

- (a) exempting from an enactment, or any provision of it, a person or class of persons who acts in a professional capacity in an international commercial arbitration and is not entitled under the enactment to practise that profession in British Columbia, and
- (b) imposing different conditions on exemptions granted under paragraph (a) to different persons or classes of persons.

Offence Act

38 Section 5 of the *Offence Act* does not apply to this Act.

ANEXO D - Labour Relations Code, RSBC 1996 (British Columbia)

Current version: in force since Jun 6, 2008

CLOSE TABLE OF CONTENTS

<u>Part 1</u>	—	<u>Introductory Provisions</u>	[<u>1</u> - <u>3</u>]
<u>Part 2</u>	—	<u>Rights, Duties and Unfair Labour Practices</u>	[<u>4</u> - <u>17</u>]
<u>Part 3</u>	—	<u>Acquisition and Termination of Bargaining Rights</u>	[<u>18</u> - <u>44</u>]
<u>Part 4</u>	—	<u>Collective Bargaining Procedures</u>	[<u>45</u> - <u>55</u>]
<u>Part 4.1</u>		<u>[55.1–55.26]</u>	
<u>Part 5</u>	—	<u>Strikes, Lockouts and Picketing</u>	[<u>56</u> - <u>71</u>]
<u>Part 6</u>	—	<u>Essential Services</u>	[<u>72</u> - <u>73</u>]
<u>Part 7</u>	—	<u>Mediation and Disputes Resolution</u>	[<u>74</u> - <u>80</u>]
<u>Part 8</u>	—	<u>Arbitration Procedures</u>	[<u>81</u> - <u>114</u>]
<u>Part 9</u>	—	<u>Labour Relations Board</u>	[<u>115</u> - <u>143</u>]
<u>Part 10</u>	—	<u>Miscellaneous</u>	[<u>144</u> - <u>159.1</u>]
<u>Part 11</u>	—	<u>Transitional Provision</u>	[<u>160</u>]

[...]

Act not to apply

97 The *Commercial Arbitration Act* does not apply to an arbitration under this Code.

ANEXO E – Arbitration Act, RSA 2000 (Alberta)

Current version: in force since Nov 1, 2010

ARBITRATION ACT

Chapter A-43

HER MAJESTY, by and with the advice and consent of the Legislative Assembly of Alberta, enacts as follows:

Introductory Matters

Interpretation

1(1) In this Act,

- (a) “arbitration agreement” means, subject to subsections (2) and (3), an agreement or part of an agreement by which 2 or more persons agree to submit a matter in dispute to arbitration;
- (b) “arbitrator” includes an umpire;
- (c) “court” means,
 - (i) in sections 6 and 7, the Court of Queen’s Bench and the Provincial Court, and
 - (ii) in all other sections, the Court of Queen’s Bench.

(2) If the parties to an arbitration agreement make a further agreement in connection with the arbitration, it is deemed to form part of the arbitration agreement.

(3) Where a matter is authorized or required under an enactment to be submitted to arbitration, a reference in this Act to an arbitration agreement is a reference to the enactment, unless the context otherwise requires.

1991 cA-43.1 s1

Application of Act

2(1) This Act applies to an arbitration conducted under an arbitration agreement or authorized or required under an enactment unless

- (a) the application of this Act is excluded by an agreement of the parties or by law, or
- (b) Part 2 of the *International Commercial Arbitration Act* applies to the arbitration.

(2) If there is a conflict between this Act and the other enactment that authorized or required the arbitration, the other enactment prevails.

(3) This Act does not apply to an arbitration authorized or required under any of the following:

- (a) repealed 2003 cP-19.5 s133;
- (b) repealed 2008 cH-4.3 s10;
- (c) repealed 2003 cP-19.5 s133;
- (d) *Labour Relations Code*;
- (e) *Police Officers Collective Bargaining Act*;
- (e.1) *Post-secondary Learning Act*;
- (f) *Public Service Employee Relations Act*;
- (g),(h) repealed 2003 cP-19.5 s133;
- (i) any other enactment set out in the regulations.

(4) The Lieutenant Governor in Council may make regulations prescribing enactments to which the *Arbitration Act* does not apply.

RSA 2000 cA-43 s2;2003 cP-19.5 s133;2008 cH-4.3 s10

Party autonomy

3 The parties to an arbitration agreement may agree, expressly or by implication, to vary or exclude any provision of this Act except sections 5(2), 19, 39, 44(2), 45, 47 and 49.

1991 cA-43.1 s3

Waiver of right to object

4 A party to an arbitration who is aware of a non-compliance with a provision of this Act, except with a provision referred to in section 3, or with the arbitration agreement and who does not object to the non-compliance within the time limit provided or, if none is provided, within a reasonable time, is deemed to have waived the right to object.

1991 cA-43.1 s4

Arbitration agreements

5(1) An arbitration agreement need not be in writing.

(2) An agreement requiring or having the effect of requiring that a matter in dispute be adjudicated by arbitration before it may be dealt with by a court has the same effect as an arbitration agreement.

(3) An arbitration agreement may be rescinded only in accordance with the law of contract.

1991 cA-43.1 s5

Court Intervention

Court intervention limited

6 No court may intervene in matters governed by this Act, except for the following purposes as provided by this Act:

- (a) to assist the arbitration process;
- (b) to ensure that an arbitration is carried on in accordance with the arbitration agreement;
- (c) to prevent manifestly unfair or unequal treatment of a party to an arbitration agreement;
- (d) to enforce awards.

1991 cA-43.1 s6

Stay

7(1) If a party to an arbitration agreement commences a proceeding in a court in respect of a matter in dispute to be submitted to arbitration under the agreement, the court shall, on the application of another party to the arbitration agreement, stay the proceeding.

(2) The court may refuse to stay the proceeding in only the following cases:

- (a) a party entered into the arbitration agreement while under a legal incapacity;
 - (b) the arbitration agreement is invalid;
 - (c) the subject-matter of the dispute is not capable of being the subject of arbitration under Alberta law;
 - (d) the application to stay the proceeding was brought with undue delay;
 - (e) the matter in dispute is a proper one for default or summary judgment.
- (3) An arbitration of the matter in dispute may be commenced or continued while the application is before the court.

(4) If the court refuses to stay the proceeding,

- (a) no arbitration of the matter in dispute shall be commenced, and
- (b) an arbitration that has been commenced shall not be continued, and anything done in connection with the arbitration before the court's refusal is without effect.

(5) The court may stay the proceeding with respect to the matters in dispute dealt with in the arbitration agreement and allow the proceeding to continue with respect to other matters if it finds that

- (a) the agreement deals with only some of the matters in dispute in respect of which the proceeding was commenced, and

(b) it is reasonable to separate the matters in dispute dealt with in the agreement from the other matters.

(6) There is no appeal from the court's decision under this section.

RSA 2000 cA-43 s7;2009 c53 s24

Powers of court

8(1) The court's powers with respect to the detention, preservation and inspection of property, interim injunctions and the appointment of receivers are the same in arbitrations as in court actions.

(2) On the application of the arbitral tribunal, or on a party's application with the consent of the other parties or the arbitral tribunal, the court may determine any question of law that arises during the arbitration.

(3) The court's determination of a question of law may be appealed to the Court of Appeal with leave of that Court.

(4) On the application of all the parties to more than one arbitration, the court may order, on terms that it considers just,

(a) that the arbitrations be consolidated,

(b) that the arbitrations be conducted simultaneously or consecutively, or

(c) that any of the arbitrations be stayed until any of the others are completed.

(5) When the court orders that arbitrations be consolidated, it may appoint an arbitral tribunal for the consolidated arbitration, and if all the parties agree as to the choice of the arbitral tribunal, the court shall appoint that arbitral tribunal.

(6) Subsection (4) does not prevent the parties to more than one arbitration from agreeing to consolidate the arbitrations and doing everything necessary to effect the consolidation.

1991 cA-43.1 s8

Arbitral Tribunal

Number of arbitrators

9 If the arbitration agreement does not specify the number of arbitrators who are to form the arbitral tribunal, it shall be composed of one arbitrator.

1991 cA-43.1 s9

Appointment of arbitral tribunal

10(1) The court may appoint the arbitral tribunal, on a party's application, if

(a) the arbitration agreement provides no procedure for appointing the arbitral tribunal, or

(b) a person with power to appoint the arbitral tribunal has not done so within the time provided in the agreement or after a party has given the person 7 days' notice to do so, whichever is later.

(2) There is no appeal from the court's appointment of the arbitral tribunal.

(3) Subsections (1) and (2) apply to the appointment of individual members of arbitral tribunals.

(4) An arbitral tribunal composed of 3 or more arbitrators shall, and an arbitral tribunal composed of 2 arbitrators may, elect a chair from among themselves.

1991 cA-43.1 s10

Independence and impartiality of arbitrators

11(1) An arbitrator shall be independent of the parties and impartial as between the parties.

(2) Before accepting an appointment as arbitrator, a person shall disclose to all parties to the arbitration any circumstances of which that person is aware that may give rise to a reasonable apprehension of bias.

(3) An arbitrator who, during an arbitration, becomes aware of circumstances that may give rise to a reasonable apprehension of bias shall promptly disclose the circumstances to all the parties.

1991 cA-43.1 s11

No revocation

12 A party may not revoke the appointment of an arbitrator.

1991 cA-43.1 s12

Challenge

13(1) A party may challenge an arbitrator only on one of the following grounds:

- (a) circumstances exist that may give rise to a reasonable apprehension of bias;
- (b) the arbitrator does not possess qualifications that the parties have agreed are necessary.

(2) A party who appointed an arbitrator or participated in the arbitrator's appointment may challenge the arbitrator only on grounds of which the party was unaware at the time of the appointment.

(3) A party who wishes to challenge an arbitrator shall send the arbitral tribunal a statement of the grounds for the challenge within 15 days after becoming aware of them.

(4) The other parties may agree to remove the arbitrator who is being challenged, or the arbitrator may resign.

(5) If the arbitrator is not removed by the parties or does not resign, the arbitral tribunal, including the arbitrator who is being challenged, shall decide the issue and shall notify the parties of its decision.

(6) Within 10 days after being notified of the arbitral tribunal's decision, a party may make an application to the court to decide the issue.

(7) While an application is pending, the arbitral tribunal, including the arbitrator who is being challenged, may continue the arbitration and make an award, unless the court orders otherwise.

1991 cA-43.1 s13

Termination of arbitrator's mandate

14(1) An arbitrator's mandate terminates when

- (a) the arbitrator resigns or dies,
- (b) the parties agree to remove the arbitrator,
- (c) 10 days elapse after all the parties are notified of the arbitral tribunal's decision to uphold a challenge of the arbitrator and remove the arbitrator, and no application is made to the court under section 13(6), or
- (d) the court removes the arbitrator under section 15(1).

(2) An arbitrator's resignation or a party's agreement to terminate an arbitrator's mandate does not imply acceptance of the validity of any reason advanced for challenging or removing the arbitrator.

1991 cA-43.1 s14

Removal of arbitrator by court

15(1) The court may remove an arbitrator on a party's application under section 13(6), or may do so on a party's application if the arbitrator becomes unable to perform the functions of an arbitrator, commits a corrupt or fraudulent act, delays unduly in conducting the arbitration or does not conduct the arbitration in accordance with section 19.

(2) The arbitrator is entitled to be heard by the court on an application under subsection (1).

(3) When the court removes an arbitrator, it may give directions on the conduct of the arbitration.

(4) If the court removes an arbitrator for a corrupt or fraudulent act or for undue delay, it may order that the arbitrator receive no payment for services and may order that the arbitrator compensate the parties for all or part of the costs, as determined by the court, that they incurred in connection with the arbitration before the arbitrator's removal.

(5) The arbitrator or a party may, within 30 days after receiving the court's decision, appeal an order made under subsection (4) or the refusal to make such an order to the Court of Appeal, with leave of that Court.

(6) Except as provided in subsection (5), there is no appeal from the court's decision or from its directions under this section.

1991 cA-43.1 s15

Appointment of substitute arbitrator

16(1) When an arbitrator's mandate terminates, a substitute arbitrator shall be appointed, following the procedures that were used in the appointment of the arbitrator being replaced.

(2) When an arbitrator's mandate terminates, the court may, on the application of any party, give directions about the conduct of the arbitration.

(3) The court may appoint the substitute arbitrator on a party's application if

(a) the arbitration agreement provides no procedure for appointing the substitute arbitrator, or

(b) a person with power to appoint the substitute arbitrator has not done so within the time provided in the agreement or after a party has given the person 7 days' notice to do so, whichever is later.

(4) There is no appeal from the court's decision or from its directions under this section.

(5) This section does not apply if the arbitration agreement provides that the arbitration is to be conducted only by a named arbitrator.

1991 cA-43.1 s16

Jurisdiction of Arbitral Tribunal

Jurisdiction, objections

17(1) An arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction to conduct the arbitration and may in that connection rule on objections with respect to the existence or validity of the arbitration agreement.

(2) The arbitral tribunal may determine any question of law that arises during the arbitration.

(3) If the arbitration agreement forms part of another agreement, it shall, for the purposes of a ruling on jurisdiction, be treated as an independent agreement that may survive even if the other agreement is found to be invalid.

(4) A party who objects to the arbitral tribunal's jurisdiction to conduct the arbitration shall do so no later than the beginning of the hearing or, if there is no hearing, no later than the first occasion on which the party submits a statement referred to in section 25 to the tribunal.

(5) A party who has appointed or participated in the appointment of an arbitrator is not prevented from objecting to the jurisdiction of the arbitral tribunal to conduct the arbitration.

(6) A party who objects that the arbitral tribunal is exceeding its jurisdiction shall do so as soon as the matter alleged to be beyond the tribunal's jurisdiction is raised during the arbitration.

(7) Notwithstanding section 4, if the arbitral tribunal considers the delay justified, a party may object after the time referred to in subsection (4) or (6), as the case may be, has passed.

(8) The arbitral tribunal may rule on an objection when it is raised or may deal with it in an award.

(9) If the arbitral tribunal rules on an objection as a preliminary question, a party may, within 30 days after receiving notice of the ruling, make an application to the court to decide the matter.

(10) There is no appeal from the court's decision on an application under subsection (9).

(11) While an application is pending, the arbitral tribunal may continue the arbitration and make an award.

1991 cA-43.1 s17

Detention, preservation and inspection of property and documents

18(1) On a party's request, an arbitral tribunal may make an order for the detention, preservation or inspection of property and documents that are the subject of the arbitration or as to which a question may arise in the arbitration and may order a party to provide security in that connection.

(2) The court may enforce the order of an arbitral tribunal as if it were a similar order made by the court in an action.

1991 cA-43.1 s18

Conduct of Arbitration

Equality and fairness

19(1) An arbitral tribunal shall treat the parties equally and fairly.

(2) Each party shall be given an opportunity to present a case and to respond to the other parties' cases.

1991 cA-43.1 s19

Procedure

20(1) The arbitral tribunal may determine the procedure to be followed in the arbitration.

(2) An arbitral tribunal that is composed of more than one arbitrator may delegate the determination of questions of procedure to the chair.

1991 cA-43.1 s20

Evidence

21(1) The arbitral tribunal is not bound by the rules of evidence or any other law applicable to judicial proceedings and has power to determine the admissibility, relevance and weight of any evidence.

(2) The arbitral tribunal may determine the manner in which evidence is to be admitted.

1991 cA-43.1 s21

Time and place of arbitration and meetings

22(1) The arbitral tribunal shall determine the time, date and place of arbitration, taking into consideration the parties' convenience and the other circumstances of the case.

(2) The arbitral tribunal may meet at any place it considers appropriate for consultation among its members, for hearing witnesses, experts or parties or for inspecting property or documents.

1991 cA-43.1 s22

Commencement of arbitration

23(1) An arbitration may be commenced in any way recognized by law, including the following:

- (a) a party to an arbitration agreement serves on the other parties notice to appoint or to participate in the appointment of an arbitrator under the agreement;
 - (b) if the arbitration agreement gives a person who is not a party power to appoint an arbitrator, a party serves notice to exercise that power on the person and serves a copy of the notice on the other parties;
 - (c) a party serves on the other parties a notice demanding arbitration under the arbitration agreement.
- (2) The arbitral tribunal may exercise its powers when every member has accepted appointment.

1991 cA-43.1 s23

Matters referred to arbitration

24 An arbitration commenced without identifying the matters in dispute is deemed to refer to arbitration all matters in dispute that the arbitration agreement entitles the party commencing the arbitration to refer.

1991 cA-43.1 s24

Procedural directions

- 25(1) An arbitral tribunal may require that the parties submit their statements within a specified period of time.
- (2) The statements of the parties shall indicate the facts supporting their position, the points at issue and the relief sought.
 - (3) The parties may submit, with their statements, the documents they consider relevant or may refer to the documents or other evidence they intend to submit.
 - (4) The parties may amend or supplement their statements during the arbitration, but the arbitral tribunal may disallow a change that is unduly delayed.
 - (5) The parties may submit their statements orally with the permission of the arbitral tribunal.
 - (6) The parties, and persons claiming through or under them, shall, subject to any legal objection, comply with the directions of the arbitral tribunal, including directions to
 - (a) submit to examination on oath or affirmation with respect to the matters in dispute, or
 - (b) produce records and documents that are in their possession or power.
 - (7) The court may enforce a direction of the arbitral tribunal as if it were a direction made by the court in an action.

1991 cA-43.1 s25

Hearings and written proceedings

- 26(1) The arbitral tribunal may conduct the arbitration on the basis of documents or may hold hearings for the presentation of evidence and for oral argument, but the tribunal shall hold a hearing if a party requests it.
- (2) The arbitral tribunal shall give the parties sufficient notice of hearings and of meetings of the tribunal for the purpose of inspecting property or documents.
 - (3) A party shall
 - (a) provide to the other parties a copy of any statement submitted to the arbitral tribunal, and
 - (b) make available to the other parties any other information supplied to the arbitral tribunal.
 - (4) The arbitral tribunal shall not rely on an expert report or other document of which the parties have not been informed.

1991 cA-43.1 s26

Default

27(1) If the party commencing the arbitration does not submit a statement within the period of time specified under section 25(1), the arbitral tribunal may dismiss the claim by making an award terminating the arbitration, unless the party offers a satisfactory explanation.

(2) If a party other than the one who commenced the arbitration does not submit a statement within the period of time specified under section 25(1), the arbitral tribunal may continue the arbitration unless that party offers a satisfactory explanation, but the tribunal shall not treat the failure of that party to submit a statement as an admission of any other party's allegations.

(3) If a party fails to appear at a hearing or to produce documentary evidence, the arbitral tribunal may continue the arbitration and make an award on the evidence before it, unless the party offers a satisfactory explanation.

(4) In the case of an unreasonable delay by the party who commenced the arbitration, the arbitral tribunal may

- (a) make an award terminating the arbitration, or
 - (b) give directions for the speedy determination of the arbitration,
- and may impose conditions on its decision.

1991 cA-43.1 s27

Appointment of expert

28(1) An arbitral tribunal may appoint an expert to report to it on specific issues.

(2) The expert shall be a person agreed on by the parties and, failing an agreement, shall be determined by the arbitral tribunal.

(3) The remuneration to be paid to the expert shall be paid by the parties in equal portions, subject to the direction of the arbitral tribunal.

(4) The arbitral tribunal may require the parties to give the expert any relevant information or to allow the expert to inspect property or documents.

(5) At the request of a party or of the arbitral tribunal, the expert, after making the report, shall participate in a hearing in which the parties may question the expert and present the testimony of another expert on the subject-matter of the report.

1991 cA-43.1 s28

Obtaining evidence

29(1) A party may serve a person with a notice requiring the person to attend and give evidence at the arbitration at the time and place named in the notice.

(2) The notice has the same effect as a notice in a court proceeding requiring a witness to attend at a hearing or produce documents and shall be served in the same way.

(3) An arbitral tribunal may administer oaths, affirmations and declarations.

(4) An arbitral tribunal shall require witnesses to testify under oath, affirmation or declaration.

(5) On the application of a party or of the arbitral tribunal, the court may make orders and give directions with respect to the taking of evidence for an arbitration as if the arbitration were a court proceeding.

1991 cA-43.1 s29

Restriction

30 No person shall be compelled to produce information, property or documents or to give evidence in an arbitration that the person could not be compelled to produce or give in a court proceeding.

1991 cA-43.1 s30

Award and Termination of Arbitration

Application of law and equity

31 An arbitral tribunal shall decide a matter in dispute in accordance with law, including equity, and may order specific performance, injunctions and other equitable remedies.

1991 cA-43.1 s31

Conflict of laws

32(1) In deciding a matter in dispute, an arbitral tribunal shall apply the law of a jurisdiction designated by the parties or, if none is designated, the law of a jurisdiction it considers appropriate in the circumstances.

(2) A designation by the parties of the law of a jurisdiction refers to the jurisdiction's substantive law and not to its conflict of laws rules unless the parties expressly indicate that the designation includes them.

1991 cA-43.1 s32

Application of arbitration agreement, contract and usages of trade

33 The arbitral tribunal shall decide the matters in dispute in accordance with the arbitration agreement and the contract, if any, under which the matters arose and shall also take into consideration any applicable usages of trade.

1991 cA-43.1 s33

Decision of arbitral tribunal

34 If an arbitral tribunal is composed of more than one member, a decision of a majority of the members is a decision of the arbitral tribunal, but if there is no majority decision or unanimous decision, the decision of the chair governs.

1991 cA-43.1 s34

Mediation and conciliation

35(1) The members of an arbitral tribunal may, if the parties consent, use mediation, conciliation or similar techniques during the arbitration to encourage settlement of the matters in dispute.

(2) After the members of an arbitral tribunal use a technique referred to in subsection (1), they may resume their roles as arbitrators without disqualification.

1991 cA-43.1 s35

Settlement

36 If the parties settle the matters in dispute during arbitration, the arbitral tribunal shall terminate the arbitration and shall record the settlement in the form of an award.

1991 cA-43.1 s36

Binding nature of award

37 An award binds the parties unless it is set aside or varied under section 44 or 45.

1991 cA-43.1 s37

Form of award

38(1) An award shall be made in writing and, except in the case of an award made under section 36, shall state the reasons on which it is based.

(2) An award shall indicate the place where and the date on which it is made.

(3) An award shall be dated and signed by all the members of the arbitral tribunal, or by a majority of them if an explanation of the omission of the other signatures is included.

(4) A copy of an award shall be served on each party.

1991 cA-43.1 s38

Extension of time limits

39 The court may extend the time within which the arbitral tribunal is required to make an award, even if the time has expired.

1991 cA-43.1 s39

Amplification of reasons

40(1) A party may, within 30 days after receiving a copy of the award, request, in writing, that the arbitral tribunal provide a further explanation of the reasons on which the award is based.

(2) If the arbitral tribunal does not give a sufficient explanation within 15 days after receiving the request, the court, on the party's application, may order the tribunal to do so.

1991 cA-43.1 s40

Interim and final awards

41(1) The arbitral tribunal may make interim awards.

(2) The arbitral tribunal may make more than one final award, disposing of one or more matters in dispute referred to arbitration in each award.

1991 cA-43.1 s41

Termination of arbitration

42(1) An arbitration is terminated when

(a) the arbitral tribunal makes a final award or awards in accordance with this Act, disposing of all matters in dispute referred to arbitration,

(b) the arbitral tribunal terminates the arbitration under subsection (2) or section 27(1) or (4), or

(c) the arbitrator's mandate is terminated, if the arbitration agreement provides that the arbitration is to be conducted only by that arbitrator.

(2) An arbitral tribunal shall make an order terminating the arbitration if

(a) the party that commenced the arbitration withdraws the matters in dispute, unless the other party objects to the termination and the arbitral tribunal agrees that the other party is entitled to obtain a final settlement of the matters in dispute,

(b) the parties agree that the arbitration should be terminated, or

(c) the arbitral tribunal finds that the continuation of the arbitration has become unnecessary or impossible.

(3) An arbitration that is terminated may only be revived for the purposes of section 43, 44(4), 45(7) and (8) or 53(4).

(4) The death of a party to an arbitration does not terminate an arbitral tribunal.

(5) Subsection (4) does not affect a rule of law or an enactment under which the death of a person extinguishes a cause of action.

1991 cA-43.1 s42

Correction of errors

43(1) An arbitral tribunal may, on its own initiative within 30 days after making an award or at a party's request made within 30 days after receiving the award,

(a) correct typographical errors, errors of calculation and similar errors in the award, or

(b) amend the award so as to correct an injustice caused by an oversight on the part of the arbitral tribunal.

(2) The arbitral tribunal may,

(a) on its own initiative within 30 days after making an award or such longer time as approved by the parties, or

(b) at the request of a party within 30 days after receipt of the award by that party, make an additional award to deal with a matter in dispute that was presented in the arbitration but omitted from the earlier award.

(3) The arbitral tribunal need not hold a hearing or meeting before rejecting a request made under this section.

1991 cA-43.1 s43

Remedies

Appeal of award

44(1) If the arbitration agreement so provides, a party may appeal an award to the court on a question of law, on a question of fact or on a question of mixed law and fact.

(2) If the arbitration agreement does not provide that the parties may appeal an award to the court on a question of law, a party may appeal an award to the court on a question of law with leave, which the court shall grant only if it is satisfied that

(a) the importance to the parties of the matters at stake in the arbitration justifies an appeal, and

(b) determination of the question of law at issue will significantly affect the rights of the parties.

(3) Notwithstanding subsections (1) and (2), a party may not appeal an award to the court on a question of law that the parties expressly referred to the arbitral tribunal for decision.

(4) The court may require the arbitral tribunal to explain any matter.

(5) The court may confirm, vary or set aside the award or may remit the award to the arbitral tribunal and give directions about the conduct of the arbitration.

(6) Where the court remits the award to the arbitral tribunal in the case of an appeal on a question of law, it may also remit to the tribunal the court's opinion on the question of law.

1991 cA-43.1 s44

Setting aside award

45(1) On a party's application, the court may set aside an award on any of the following grounds:

(a) a party entered into the arbitration agreement while under a legal incapacity;

(b) the arbitration agreement is invalid or has ceased to exist;

(c) the award deals with a matter in dispute that the arbitration agreement does not cover or contains a decision on a matter in dispute that is beyond the scope of the agreement;

(d) the composition of the arbitral tribunal was not in accordance with the arbitration agreement or, if the agreement did not deal with the matter, was not in accordance with this Act;

(e) the subject-matter of the arbitration is not capable of being the subject of arbitration under Alberta law;

(f) the applicant was treated manifestly unfairly and unequally, was not given an opportunity to present a case or to respond to another party's case, or was not given proper notice of the arbitration or of the appointment of an arbitrator;

(g) the procedures followed in the arbitration did not comply with this Act or the arbitration agreement;

(h) an arbitrator has committed a corrupt or fraudulent act or there is a reasonable apprehension of bias;

(i) the award was obtained by fraud.

(2) If subsection (1)(c) applies and it is reasonable to separate the decisions on matters covered by the arbitration agreement from the impugned ones, the court shall set aside the impugned decisions and allow the others to stand.

(3) The court shall not set aside an award on grounds referred to in subsection (1)(c) if the applicant has agreed to the inclusion of the matter in dispute, waived the right to object to its inclusion or agreed that the arbitral tribunal has power to decide what matters in dispute have been referred to it.

(4) The court shall not set aside an award on grounds referred to in subsection (1)(h) if the applicant had an opportunity to challenge the arbitrator on those grounds under section 13

before the award was made and did not do so or if those grounds were the subject of an unsuccessful challenge.

(5) The court shall not set aside an award on a ground to which the applicant is deemed under section 4 to have waived the right to object.

(6) If the ground alleged for setting aside the award could have been raised as an objection to the arbitral tribunal's jurisdiction to conduct the arbitration, the court may set the award aside on that ground if it considers the applicant's failure to make an objection in accordance with section 17 justified.

(7) When the court sets aside an award, it may remove an arbitrator or the arbitral tribunal and may give directions about the conduct of the arbitration.

(8) Instead of setting aside an award, the court may remit it to the arbitral tribunal and give directions about the conduct of the arbitration.

1991 cA-43.1 s45

Time limit

46(1) The following must be commenced within 30 days after the appellant or applicant receives the award, correction, explanation, change or statement of reasons on which the appeal or application is based:

- (a) an appeal under section 44(1);
- (b) an application for leave to appeal under section 44(2);
- (c) an application to set aside an award under section 45.

(2) An application to set aside an award on the grounds that an arbitrator has committed a corrupt or fraudulent act or that the award was obtained by fraud must be commenced

- (a) within the period referred to in subsection (1), or
 - (b) within 30 days after the applicant discovers or ought to have discovered the fraud or corrupt act,
- whichever is later.

1991 cA-43.1 s46;1992 c21 s4

Declaration of invalidity of arbitration

47(1) At any stage during or after an arbitration on the application of a party who has not participated in the arbitration, the court may grant a declaration that the arbitration is invalid because

- (a) a party entered into the arbitration agreement while under a legal incapacity,
- (b) the arbitration agreement is invalid or has ceased to exist,
- (c) the subject-matter of the arbitration is not capable of being the subject of arbitration under Alberta law, or
- (d) the arbitration agreement does not apply to the matter in dispute.

(2) When the court grants the declaration it may also grant an injunction prohibiting the commencement or continuation of the arbitration.

1991 cA-43.1 s47

Further appeal to Court of Appeal

48 An appeal from the Court of Queen's Bench decision under section 44, 45 or 47 may be made to the Court of Appeal with leave of a justice of the Court of Appeal.

RSA 2000 cA-43 s48;RSA 2000 c16(Supp) s69

Enforcement of award

49(1) A person who is entitled to enforce an award made in Alberta or elsewhere in Canada may make an application to the court to that effect.

(2) The application shall be made on notice to the person against whom enforcement is sought, in accordance with the *Alberta Rules of Court*, and shall be supported by the original award or a certified copy of it.

(3) The court shall give a judgment enforcing an award made in Alberta unless

(a) the 30-day period for commencing an appeal or an application to set the award aside has not yet elapsed,

(b) an appeal, an application to set the award aside or an application for a declaration of invalidity is pending, or

(c) the award has been set aside or the arbitration is the subject of a declaration of invalidity.

(4) The court shall give a judgment enforcing an award made elsewhere in Canada unless

(a) the period for commencing an appeal or an application to set the award aside provided by the laws in force in the province or territory where the award was made has not yet elapsed,

(b) an appeal, an application to set the award aside or an application for a declaration of invalidity is pending in the province or territory where the award was made,

(c) the award has been set aside in the province or territory where it was made or the arbitration is the subject of a declaration of invalidity granted there, or

(d) the subject-matter of the award is not capable of being the subject of arbitration under Alberta law.

(5) If the period for commencing an appeal, an application to set the award aside or an application for a declaration of invalidity has not yet elapsed, or if such a proceeding is pending, the court may

(a) enforce the award, or

(b) order, on such conditions as the court considers just, that enforcement of the award is stayed until the period has elapsed without such a proceeding being commenced or until the pending proceeding is finally disposed of.

(6) If the court stays the enforcement of an award made in Alberta until a pending proceeding is finally disposed of, it may give directions for the speedy disposition of the proceeding.

(7) If the award gives a remedy that the court does not have jurisdiction to grant or would not grant in a proceeding based on similar circumstances, the court may

(a) grant a different remedy requested by the applicant, or

(b) in the case of an award made in Alberta, remit it to the arbitral tribunal with the court's opinion, in which case the arbitral tribunal may award a different remedy.

(8) The court has the same powers with respect to the enforcement of awards as with respect to the enforcement of its own judgments.

1991 cA-43.1 s49

General

Crown bound

50 This Act binds the Crown.

1991 cA-43.1 s50

Limitation periods

51(1) The law with respect to limitation periods applies to an arbitration as if the arbitration were an action and a matter in dispute in the arbitration were a cause of action.

(2) If the court sets aside an award, terminates an arbitration or declares an arbitration to be invalid, it may order that the period from the commencement of the arbitration to the

date of the order is excluded from the computation of the time within which an action may be brought on a cause of action that was a matter in dispute in the arbitration.

(3) An application for the enforcement of an award may not be made more than

(a) 2 years after the day on which the applicant receives the award, or

(b) 2 years after all appeal periods have expired,

whichever is later.

1991 cA-43.1 s51

Service of notice

52(1) A notice or other document may be served on an individual by leaving it with that individual.

(2) A notice or other document may be served on a corporation by leaving it with an officer, director or agent of the corporation, or at a place of business of the corporation with a person who appears to be in control or management of the place.

(3) A notice or other document may be served by facsimile telecommunication by sending it to the addressee at the number that the addressee specified in the arbitration agreement or furnished to the arbitral tribunal.

(4) If a reasonable effort to serve a notice or other document under subsection (1) or (2) is not successful and it is not possible to serve it under subsection (3), it may be sent by prepaid registered mail to the mailing address that the addressee specified in the arbitration agreement or furnished to the arbitral tribunal or, if none was specified or furnished, to the addressee's last known place of business or residence.

(5) Unless the addressee establishes that the addressee, acting in good faith, through absence, illness or other cause beyond the addressee's control failed to receive the notice or other document until a later date, it is deemed to have been received,

(a) on the day it is given or transmitted, in the case of service under subsection (1), (2) or (3), or

(b) on the 5th day after the day of mailing, in the case of service under subsection (4).

(6) The court may make an order for substitutional service or an order dispensing with service in the same manner as under the *Alberta Rules of Court* if the court is satisfied that it is necessary to serve the notice or other document to commence an arbitration or proceed toward the appointment of an arbitral tribunal and that it is impractical for any reason to effect prompt service under subsection (1), (2), (3) or (4).

(7) This section does not apply to the service of documents in respect of court proceedings.

RSA 2000 cA-43 s52;2009 c53 s24

Costs

53(1) An arbitral tribunal may award the costs of an arbitration.

(2) The arbitral tribunal may award all or part of the costs of an arbitration on a solicitor-and-client basis, a party-and-party basis or any other basis but if it does not specify the basis, the costs shall be determined on a party-and-party basis.

(3) The costs of an arbitration consist of the parties' legal expenses, the fees and expenses of the arbitral tribunal and any other expenses related to the arbitration.

(4) If the arbitral tribunal does not deal with costs in an award, a party may, within 30 days after receiving the award, request that it make a further award dealing with costs.

(5) In the absence of an award dealing with costs, each party is responsible for that party's own legal expenses and for an equal share of the fees and expenses of the arbitral tribunal and of any other expenses related to the arbitration.

(6) If a party makes an offer, in writing, to another party to settle the matter in dispute or part of it, the offer is not accepted and the arbitral tribunal's award is no more favourable to the party to which the offer was made than was the offer, the arbitral tribunal may take that fact into account in awarding costs in respect of the period from the making of the offer to the making of the award.

(7) The fact that an offer to settle has been made shall not be communicated to the arbitral tribunal until it has made a final determination of all aspects of the matters in dispute other than costs.

1991 cA-43.1 s53

Interest

54(1) An arbitral tribunal has the same power with respect to interest as the court has under the *Judgment Interest Act*, but the provision for payment into court does not apply.

(2) An award is a judgment debt for the purposes of the *Judgment Interest Act*.

1991 cA-43.1 s54

Assessment and review of costs

55(1) The fees and expenses paid to an arbitrator shall not exceed the fair and reasonable value of the services performed and the necessary and reasonable expenses actually incurred.

(2) A party to an arbitration may have an arbitrator's account for fees and expenses reviewed by a review officer under the *Alberta Rules of Court* in the same manner that a lawyer's account for lawyer's charges may be reviewed.

(3) If the arbitral tribunal awards costs and directs that they be assessed, or awards costs without fixing the amount or indicating how it is to be ascertained, a party to the arbitration may have the costs assessed by an assessment officer under the *Alberta Rules of Court* in the same manner as costs awarded may be assessed under the Rules in similar circumstances.

(4) In assessing the part of the costs represented by the fees and expenses of the arbitral tribunal, the assessment officer shall apply the same principles as in the review of an account under subsection (2).

(5) Subsection (2) applies even if the account has been paid.

(6) On the application of a party to the arbitration, the court may review the assessment of costs or the review of the arbitrator's account and may confirm it, vary it, set it aside or remit it to the assessment officer or review officer with directions.

(7) On the application of an arbitrator the court may review the review of the arbitrator's account and may confirm it, vary it, set it aside or remit it to the review officer with directions.

(8) An application for review under subsection (6) or (7) may not be made after the period specified in the assessment officer's or review officer's certificate has elapsed or, if no period is specified, more than 30 days after the date of the certificate, unless the court orders otherwise.

(9) When the time during which an application for review may be made has expired and no application has been made, or when the court has reviewed the assessment or review and made a final determination, the assessment officer's or review officer's certificate may be filed with the court and enforced as if it were a judgment of the court.

RSA 2000 cA-43 s55;2009 c53 s24

Transitional

56(1) This Act applies to arbitrations conducted under arbitration agreements made before September 1, 1991 if the arbitration is commenced on or after September 1, 1991.

(2) Notwithstanding its repeal by section 58, the Arbitration Act (RSA 1980 cA-43) continues to apply to arbitrations that are commenced before September 1, 1991.
1991 cA-43.1 s56

ANEXO F –International Commercial Arbitration Act, RSA 2000 (Alberta)

Current version: in force since Jan 1, 2002

INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION ACT

Chapter I-5

HER MAJESTY, by and with the advice and consent of the Legislative Assembly of Alberta, enacts as follows:

Interpretation

1(1) In this Act,

(a) “Convention” means the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards adopted by the United Nations Conference on International Commercial Arbitration in New York on June 10, 1958, as set out in Schedule 1;

(b) “International Law” means the Model Law on International Commercial Arbitration adopted by the United Nations Commission on International Trade Law on June 21, 1985, as set out in Schedule 2.

(2) Words and expressions used in this Act have the same meaning as the corresponding words and expressions in the Convention or the International Law, as the case may be.

1986 cI-6.6 s1

Part 1

Foreign Arbitral Awards

Application of Convention

2(1) Subject to this Act, the Convention applies in the Province.

(2) The Convention applies to arbitral awards and arbitration agreements, whether made before or after the coming into force of this Part, but applies only in respect of differences arising out of commercial legal relationships, whether contractual or not.

1986 cI-6.6 s2

Application to court

3 For the purpose of seeking recognition of an arbitral award pursuant to the Convention, application shall be made to the Court of Queen’s Bench.

1986 cI-6.6 s3

Part 2

International Commercial Arbitration

Application of International Law

4(1) Subject to this Act, the International Law applies in the Province.

(2) The International Law applies to international commercial arbitration agreements and awards, whether made before or after the coming into force of this Part.

1986 cI-6.6 s4

Conciliation and other proceedings

5 For the purpose of encouraging settlement of a dispute, an arbitral tribunal may, with the agreement of the parties, employ mediation, conciliation or other procedures at any time during the arbitration proceedings and, with the agreement of the parties, the members of the arbitral tribunal are not disqualified from resuming their roles as arbitrators by reason of the mediation, conciliation or other procedure.

1986 cI-6.6 s5

Removal of arbitrator

6(1) Unless the parties otherwise agree, if an arbitrator is replaced or removed in accordance with the International Law, any hearing held prior to the replacement or removal shall be repeated.

(2) With respect to article 15 of the International Law, the parties may remove an arbitrator at any time prior to the final award, regardless of how the arbitrator was appointed.

1986 cI-6.6 s6

Rules applicable to substance of dispute

7 Notwithstanding article 28(2) of the International Law, if the parties fail to make a designation pursuant to article 28(1) of the International Law, the arbitral tribunal shall apply the rules of law it considers to be appropriate given all the circumstances respecting the dispute.

1986 cI-6.6 s7

Consolidation of proceedings

8(1) The Court of Queen's Bench, on application of the parties to 2 or more arbitration proceedings, may order

- (a) the arbitration proceedings to be consolidated, on terms it considers just,
- (b) the arbitration proceedings to be heard at the same time, or one immediately after another, or
- (c) any of the arbitration proceedings to be stayed until after the determination of any other of them.

(2) Where the Court orders arbitration proceedings to be consolidated pursuant to subsection (1)(a) and all the parties to the consolidated arbitration proceedings are in agreement as to the choice of the arbitral tribunal for that arbitration proceeding, the arbitral tribunal shall be appointed by the Court, but if all the parties cannot agree, the Court may appoint the arbitral tribunal for that arbitration proceeding.

(3) Nothing in this section shall be construed as preventing the parties to 2 or more arbitration proceedings from agreeing to consolidate those arbitration proceedings and to take such steps as are necessary to effect that consolidation.

1986 cI-6.6 s8

Court

9(1) The functions referred to in article 6 of the International Law shall be performed by the Court of Queen's Bench.

(2) For the purposes of the International Law, a reference to "court" or "competent court", where in the context it means a court in the Province, means the Court of Queen's Bench.

1986 cI-6.6 s9

Part 3

General

Stay of proceedings

10 Where, pursuant to article II(3) of the Convention or article 8 of the International Law, a court refers the parties to arbitration, the proceedings of the court are stayed with respect to the matters to which the arbitration relates.

1986 cI-6.6 s10

Crown bound

11 This Act binds the Crown.

1986 cI-6.6 s11

Aids in interpretation

12(1) This Act shall be interpreted in good faith, in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the Act in their context and in the light of its objects and purposes.

(2) In applying subsection (1) to the International Law, recourse may be had to

- (a) the Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the Work of its Eighteenth Session (June 3-21, 1985), and
 - (b) the International Commercial Arbitration Analytical Commentary on Draft Text of a Model Law on International Commercial Arbitration,
- which shall be published in The Alberta Gazette.

1986 cI-6.6 s12

Schedule 1

CONVENTION ON THE RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN ARBITRAL AWARDS

Article I

1. This Convention shall apply to the recognition and enforcement of arbitral awards made in the territory of a State other than the State where the recognition and enforcement of such awards are sought, and arising out of differences between persons, whether physical or legal. It shall also apply to arbitral awards not considered as domestic awards in the State where their recognition and enforcement are sought.
2. The term “arbitral awards” shall include not only awards made by arbitrators appointed for each case but also those made by permanent arbitral bodies to which the parties have submitted.
3. When signing, ratifying or acceding to this Convention, or notifying extension under article X hereof, any State may on the basis of reciprocity declare that it will apply the Convention to the recognition and enforcement of awards made only in the territory of another Contracting State. It may also declare that it will apply the Convention only to differences arising out of legal relationships, whether contractual or not, which are considered as commercial under the national law of the State making such declaration.

Article II

1. Each Contracting State shall recognize an agreement in writing under which the parties undertake to submit to arbitration all or any differences which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not, concerning a subject matter capable of settlement by arbitration.
2. The term “agreement in writing” shall include an arbitral clause in a contract or an arbitration agreement, signed by the parties or contained in an exchange of letters or telegrams.
3. The court of a Contracting State, when seized of an action in a matter in respect of which the parties have made an agreement within the meaning of this article, shall, at the request of one of the parties, refer the parties to arbitration, unless it finds that the said agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.

Article III

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

Article IV

1. To obtain the recognition and enforcement mentioned in the preceding article, the party applying for recognition and enforcement shall, at the time of the application, supply:
 - a) The duly authenticated original award or a duly certified copy thereof;

- b) The original agreement referred to in article II or a duly certified copy thereof.
- 2. If the said award or agreement is not made in an official language of the country in which the award is relied upon, the party applying for recognition and enforcement of the award shall produce a translation of these documents into such language. The translation shall be certified by an official or sworn translator or by a diplomatic or consular agent.

Article V

- 1. Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that:
 - a) The parties to the agreement referred to in article II were, under the law applicable to them, under some incapacity, or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made; or
 - b) The party against whom the award is invoked was not given proper notice of the appointment of the arbitrator or of the arbitration proceedings or was otherwise unable to present his case; or
 - c) The award deals with a difference not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration, or it contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration, provided that, if the decisions on matters submitted to arbitration can be separated from those not so submitted, that part of the award which contains decisions on matters submitted to arbitration may be recognized and enforced; or
 - d) The composition of the arbitral authority or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, or, failing such agreement, was not in accordance with the law of the country where the arbitration took place; or
 - e) The award has not yet become binding on the parties, or has been set aside or suspended by a competent authority of the country in which, or under the law of which, that award was made.
- 2. Recognition and enforcement of an arbitral award may also be refused if the competent authority in the country where recognition and enforcement is sought finds that:
 - a) The subject matter of the difference is not capable of settlement by arbitration under the law of that country; or
 - b) The recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of that country.

Article VI

If an application for the setting aside or suspension of the award has been made to a competent authority referred to in article V(1)(e), the authority before which the award is sought to be relied upon may, if it considers it proper, adjourn the decision on the enforcement of the award and may also, on the application of the party claiming enforcement of the award, order the other party to give suitable security.

Article VII

- 1. The provisions of the present Convention shall not affect the validity of multilateral or bilateral agreements concerning the recognition and enforcement of arbitral awards entered into by the Contracting States nor deprive any interested party of any right he may have to avail himself of an arbitral award in the manner and to the extent allowed by the law or the treaties of the country where such award is sought to be relied upon.
- 2. The Geneva Protocol on Arbitration Clauses of 1923 and the Geneva Convention on the Execution of Foreign Arbitral Awards of 1927 shall cease to have effect between

Contracting States on their becoming bound and to the extent that they become bound, by this Convention.

Article VIII

1. This Convention shall be open until 31 December 1958 for signature on behalf of any Member of the United Nations and also on behalf of any other State which is or hereafter becomes a member of any specialized agency of the United Nations, or which is or hereafter becomes a party to the Statute of the International Court of Justice, or any other State to which an invitation has been addressed by the General Assembly of the United Nations.

2. This Convention shall be ratified and the instruments of ratification shall be deposited with the Secretary-General of the United Nations.

Article IX

1. This Convention shall be open for accession to all States referred to in article VIII.

2. Accession shall be effected by the deposit of an instrument of accession with the Secretary-General of the United Nations.

Article X

1. Any State may, at the time of signature, ratification or accession, declare that this Convention shall extend to all or any of the territories for the international relations of which it is responsible. Such a declaration shall take effect when the Convention enters into force for the State concerned.

2. At any time thereafter any such extension shall be made by notification addressed to the Secretary-General of the United Nations and shall take effect as from the ninetieth day after the day of receipt by the Secretary-General of the United Nations of this notification, or as from the date of entry into force of the Convention for the State concerned, whichever is the later.

3. With respect to those territories to which this Convention is not extended at the time of signature, ratification or accession, each State concerned shall consider the possibility of taking the necessary steps in order to extend the application of this Convention to such territories, subject, where necessary for constitutional reasons, to the consent of the Governments of such territories.

Article XI

In the case of a federal or non-unitary State, the following provisions shall apply:

a) With respect to those articles of this Convention that come within the legislative jurisdiction of the federal authority, the obligations of the federal Government shall to this extent be the same as those of Contracting States which are not federal States;

b) With respect to those articles of this Convention that come within the legislative jurisdiction of constituent states or provinces which are not, under the constitutional system of the federation, bound to take legislative action, the federal Government shall bring such articles with a favourable recommendation to the notice of the appropriate authorities of constituent states or provinces at the earliest possible moment;

c) A federal State Party to this Convention shall, at the request of any other Contracting State transmitted through the Secretary-General of the United Nations, supply a statement of the law and practice of the federation and its constituent units in regard to any particular provision of this Convention, showing the extent to which effect has been given to that provision by legislative or other action.

Article XII

1. This Convention shall come into force on the ninetieth day following the date of deposit of the third instrument of ratification or accession.

2. For each State ratifying or acceding to this Convention after the deposit of the third instrument of ratification or accession, this Convention shall enter into force on the ninetieth day after deposit by such State of its instrument of ratification or accession.

Article XIII

1. Any Contracting State may denounce this Convention by a written notification to the Secretary-General of the United Nations. Denunciation shall take effect one year after the date of receipt of the notification by the Secretary-General.

2. Any State which has made a declaration or notification under article X may, at any time thereafter, by notification to the Secretary-General of the United Nations, declare that this Convention shall cease to extend to the territory concerned one year after the date of the receipt of the notification by the Secretary-General.

3. This Convention shall continue to be applicable to arbitral awards in respect of which recognition or enforcement proceedings have been instituted before the denunciation takes effect.

Article XIV

A Contracting State shall not be entitled to avail itself of the present Convention against other Contracting States except to the extent that it is itself bound to apply the Convention.

Article XV

The Secretary-General of the United Nations shall notify the States contemplated in article VIII of the following:

- a) Signatures and ratifications in accordance with article VIII;
- b) Accessions in accordance with article IX;
- c) Declarations and notifications under articles I, X and XI;
- d) The date upon which this Convention enters into force in accordance with article XII;
- e) Denunciations and notifications in accordance with article XIII.

Article XVI

1. This Convention, of which the Chinese, English, French, Russian and Spanish texts shall be equally authentic, shall be deposited in the archives of the United Nations.

2. The Secretary-General of the United Nations shall transmit a certified copy of this Convention to the States contemplated in article VIII.

Schedule 2

UNCITRAL MODEL LAW ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION

(As adopted by the United Nations Commission on International Trade Law on 21 June 1985)

CHAPTER I.

GENERAL PROVISIONS

Article 1. *Scope of application*

(1) This Law applies to international commercial arbitration, subject to any agreement in force between this State and any other State or States.

(2) The provisions of this Law, except articles 8, 9, 35 and 36, apply only if the place of arbitration is in the territory of this State.

(3) An arbitration is international if:

(a) the parties to an arbitration agreement have, at the time of the conclusion of that agreement, their places of business in different States; or

(b) one of the following places is situated outside the State in which the parties have their places of business:

(i) the place of arbitration if determined in, or pursuant to, the arbitration agreement;

- (ii) any place where a substantial part of the obligations of the commercial relationship is to be performed or the place with which the subject-matter of the dispute is most closely connected; or
- (c) the parties have expressly agreed that the subject-matter of the arbitration agreement relates to more than one country.
- (4) For the purposes of paragraph (3) of this article:
 - (a) if a party has more than one place of business, the place of business is that which has the closest relationship to the arbitration agreement;
 - (b) if a party does not have a place of business, reference is to be made to his habitual residence.
- (5) This Law shall not affect any other law of this State by virtue of which certain disputes may not be submitted to arbitration or may be submitted to arbitration only according to provisions other than those of this Law.

Article 2. Definitions and rules of interpretation

For the purposes of this Law:

- (a) “arbitration” means any arbitration whether or not administered by a permanent arbitral institution;
- (b) “arbitral tribunal” means a sole arbitrator or a panel of arbitrators;
- (c) “court” means a body or organ of the judicial system of a State;
- (d) where a provision of this Law, except article 28, leaves the parties free to determine a certain issue, such freedom includes the right of the parties to authorize a third party, including an institution, to make that determination;
- (e) where a provision of this Law refers to the fact that the parties have agreed or that they may agree or in any other way refers to an agreement of the parties, such agreement includes any arbitration rules referred to in that agreement;
- (f) where a provision of this Law, other than in articles 25(a) and 32(2)(a), refers to a claim, it also applies to a counter-claim, and where it refers to a defence, it also applies to a defence to such counter-claim.

Article 3. Receipt of written communications

- (1) Unless otherwise agreed by the parties:
 - (a) any written communication is deemed to have been received if it is delivered to the addressee personally or if it is delivered at his place of business, habitual residence or mailing address; if none of these can be found after making a reasonable inquiry, a written communication is deemed to have been received if it is sent to the addressee’s last-known place of business, habitual residence or mailing address by registered letter or any other means which provides a record of the attempt to deliver it;
 - (b) the communication is deemed to have been received on the day it is so delivered.
- (2) The provisions of this article do not apply to communications in court proceedings.

Article 4. Waiver of right to object

A party who knows that any provision of this Law from which the parties may derogate or any requirement under the arbitration agreement has not been complied with and yet proceeds with the arbitration without stating his objection to such non-compliance without undue delay or, if a time-limit is provided therefor, within such period of time, shall be deemed to have waived his right to object.

Article 5. Extent of court intervention

In matters governed by this Law, no court shall intervene except where so provided in this Law.

Article 6. Court or other authority for certain functions of arbitration assistance and supervision

The functions referred to in articles 11(3), 11(4), 13(3), 14, 16(3) and 34(2) shall be performed by ... (Each state enacting this model law specifies the court, courts or, where referred to therein, other authority competent to perform these functions.)

CHAPTER II.

ARBITRATION AGREEMENT

Article 7. Definition and form of arbitration agreement

(1) "Arbitration agreement" is an agreement by the parties to submit to arbitration all or certain disputes which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not. An arbitration agreement may be in the form of an arbitration clause in a contract or in the form of a separate agreement.

(2) The arbitration agreement shall be in writing. An agreement is in writing if it is contained in a document signed by the parties or in an exchange of letters, telex, telegrams or other means of telecommunication which provide a record of the agreement, or in an exchange of statements of claim and defence in which the existence of an agreement is alleged by one party and not denied by another. The reference in a contract to a document containing an arbitration clause constitutes an arbitration agreement provided that the contract is in writing and the reference is such as to make that clause part of the contract.

Article 8. Arbitration agreement and substantive claim before court

(1) A court before which an action is brought in a matter which is the subject of an arbitration agreement shall, if a party so requests not later than when submitting his first statement on the substance of the dispute, refer the parties to arbitration unless it finds that the agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.

(2) Where an action referred to in paragraph (1) of this article has been brought, arbitral proceedings may nevertheless be commenced or continued, and an award may be made, while the issue is pending before the court.

Article 9. Arbitration agreement and interim measures by court

It is not incompatible with an arbitration agreement for a party to request, before or during arbitral proceedings, from a court an interim measure of protection and for a court to grant such measure.

CHAPTER III.

COMPOSITION OF ARBITRAL TRIBUNAL

Article 10. Number of arbitrators

(1) The parties are free to determine the number of arbitrators.

(2) Failing such determination, the number of arbitrators shall be three.

Article 11. Appointment of arbitrators

(1) No person shall be precluded by reason of his nationality from acting as an arbitrator, unless otherwise agreed by the parties.

(2) The parties are free to agree on a procedure of appointing the arbitrator or arbitrators, subject to the provisions of paragraphs (4) and (5) of this article.

(3) Failing such agreement,

(a) in an arbitration with three arbitrators, each party shall appoint one arbitrator, and the two arbitrators thus appointed shall appoint the third arbitrator; if a party fails to appoint the arbitrator within thirty days of receipt of a request to do so from the other party, or if the two arbitrators fail to agree on the third arbitrator within thirty days of their appointment, the appointment shall be made, upon request of a party, by the court or other authority specified in article 6;

(b) in an arbitration with a sole arbitrator, if the parties are unable to agree on the arbitrator, he shall be appointed, upon request of a party, by the court or other authority specified in article 6.

(4) Where, under an appointment procedure agreed upon by the parties,

(a) a party fails to act as required under such procedure, or

(b) the parties, or two arbitrators, are unable to reach an agreement expected of them under such procedure, or

(c) a third party, including an institution, fails to perform any function entrusted to it under such procedure,

any party may request the court or other authority specified in article 6 to take the necessary measure, unless the agreement on the appointment procedure provides other means for securing the appointment.

(5) A decision on a matter entrusted by paragraph (3) or (4) of this article to the court or other authority specified in article 6 shall be subject to no appeal. The court or other authority, in appointing an arbitrator, shall have due regard to any qualifications required of the arbitrator by the agreement of the parties and to such considerations as are likely to secure the appointment of an independent and impartial arbitrator and, in the case of a sole or third arbitrator, shall take into account as well the advisability of appointing an arbitrator of a nationality other than those of the parties.

Article 12. *Grounds for challenge*

(1) When a person is approached in connection with his possible appointment as an arbitrator, he shall disclose any circumstances likely to give rise to justifiable doubts as to his impartiality or independence. An arbitrator, from the time of his appointment and throughout the arbitral proceedings, shall without delay disclose any such circumstances to the parties unless they have already been informed of them by him.

(2) An arbitrator may be challenged only if circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to his impartiality or independence, or if he does not possess qualifications agreed to by the parties. A party may challenge an arbitrator appointed by him, or in whose appointment he has participated, only for reasons of which he becomes aware after the appointment has been made.

Article 13. *Challenge procedure*

(1) The parties are free to agree on a procedure for challenging an arbitrator, subject to the provisions of paragraph (3) of this article.

(2) Failing such agreement, a party who intends to challenge an arbitrator shall, within fifteen days after becoming aware of the constitution of the arbitral tribunal or after becoming aware of any circumstance referred to in article 12(2), send a written statement of the reasons for the challenge to the arbitral tribunal. Unless the challenged arbitrator withdraws from his office or the other party agrees to the challenge, the arbitral tribunal shall decide on the challenge.

(3) If a challenge under any procedure agreed upon by the parties or under the procedure of paragraph (2) of this article is not successful, the challenging party may request, within thirty days after having received notice of the decision rejecting the challenge, the court or other authority specified in article 6 to decide on the challenge, which decision shall be subject to no appeal; while such a request is pending, the arbitral tribunal, including the challenged arbitrator, may continue the arbitral proceedings and make an award.

Article 14. *Failure or impossibility to act*

(1) If an arbitrator becomes *de jure* or *de facto* unable to perform his functions or for other reasons fails to act without undue delay, his mandate terminates if he withdraws from his

office or if the parties agree on the termination. Otherwise, if a controversy remains concerning any of these grounds, any party may request the court or other authority specified in article 6 to decide on the termination of the mandate, which decision shall be subject to no appeal.

(2) If, under this article or article 13(2), an arbitrator withdraws from his office or a party agrees to the termination of the mandate of an arbitrator, this does not imply acceptance of the validity of any ground referred to in this article or article 12(2).

Article 15. *Appointment of substitute arbitrator*

Where the mandate of an arbitrator terminates under article 13 or 14 or because of his withdrawal from office for any other reason or because of the revocation of his mandate by agreement of the parties or in any other case of termination of his mandate, a substitute arbitrator shall be appointed according to the rules that were applicable to the appointment of the arbitrator being replaced.

CHAPTER IV.

JURISDICTION OF ARBITRAL TRIBUNAL

Article 16. *Competence of arbitral tribunal to rule on its jurisdiction*

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

(2) A plea that the arbitral tribunal does not have jurisdiction shall be raised not later than the submission of the statement of defence. A party is not precluded from raising such a plea by the fact that he has appointed, or participated in the appointment of, an arbitrator. A plea that the arbitral tribunal is exceeding the scope of its authority shall be raised as soon as the matter alleged to be beyond the scope of its authority is raised during the arbitral proceedings. The arbitral tribunal may, in either case, admit a later plea if it considers the delay justified.

(3) The arbitral tribunal may rule on a plea referred to in paragraph (2) of this article either as a preliminary question or in an award on the merits. If the arbitral tribunal rules as a preliminary question that it has jurisdiction, any party may request, within thirty days after having received notice of that ruling, the court specified in article 6 to decide the matter, which decision shall be subject to no appeal; while such a request is pending, the arbitral tribunal may continue the arbitral proceedings and make an award.

Article 17. *Power of arbitral tribunal to order interim measures*

Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may, at the request of a party, order any party to take such interim measure of protection as the arbitral tribunal may consider necessary in respect of the subject-matter of the dispute. The arbitral tribunal may require any party to provide appropriate security in connection with such measure.

CHAPTER V.

CONDUCT OF ARBITRAL PROCEEDINGS

Article 18. *Equal treatment of parties*

The parties shall be treated with equality and each party shall be given a full opportunity of presenting his case.

Article 19. *Determination of rules of procedure*

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

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

Article 20. Place of arbitration

(1) The parties are free to agree on the place of arbitration. Failing such agreement, the place of arbitration shall be determined by the arbitral tribunal having regard to the circumstances of the case, including the convenience of the parties.

(2) Notwithstanding the provisions of paragraph (1) of this article, the arbitral tribunal may, unless otherwise agreed by the parties, meet at any place it considers appropriate for consultation among its members, for hearing witnesses, experts or the parties, or for inspection of goods, other property or documents.

Article 21. Commencement of arbitral proceedings

Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral proceedings in respect of a particular dispute commence on the date on which a request for that dispute to be referred to arbitration is received by the respondent.

Article 22. Language

(1) The parties are free to agree on the language or languages to be used in the arbitral proceedings. Failing such agreement, the arbitral tribunal shall determine the language or languages to be used in the proceedings. This agreement or determination, unless otherwise specified therein, shall apply to any written statement by a party, any hearing and any award, decision or other communication by the arbitral tribunal.

(2) The arbitral tribunal may order that any documentary evidence shall be accompanied by a translation into the language or languages agreed upon by the parties or determined by the arbitral tribunal.

Article 23. Statements of claim and defence

(1) Within the period of time agreed by the parties or determined by the arbitral tribunal, the claimant shall state the facts supporting his claim, the points at issue and the relief or remedy sought, and the respondent shall state his defence in respect of these particulars, unless the parties have otherwise agreed as to the required elements of such statements. The parties may submit with their statements all documents they consider to be relevant or may add a reference to the documents or other evidence they will submit.

(2) Unless otherwise agreed by the parties, either party may amend or supplement his claim or defence during the course of the arbitral proceedings, unless the arbitral tribunal considers it inappropriate to allow such amendment having regard to the delay in making it.

Article 24. Hearings and written proceedings

(1) Subject to any contrary agreement by the parties, the arbitral tribunal shall decide whether to hold oral hearings for the presentation of evidence or for oral argument, or whether the proceedings shall be conducted on the basis of documents and other materials. However, unless the parties have agreed that no hearings shall be held, the arbitral tribunal shall hold such hearings at an appropriate stage of the proceedings, if so requested by a party.

(2) The parties shall be given sufficient advance notice of any hearing and of any meeting of the arbitral tribunal for the purposes of inspection of goods, other property or documents.

(3) All statements, documents or other information supplied to the arbitral tribunal by one party shall be communicated to the other party. Also any expert report or evidentiary

document on which the arbitral tribunal may rely in making its decision shall be communicated to the parties.

Article 25. Default of a party

Unless otherwise agreed by the parties, if, without showing sufficient cause,

- (a) the claimant fails to communicate his statement of claim in accordance with article 23(1), the arbitral tribunal shall terminate the proceedings;
- (b) the respondent fails to communicate his statement of defence in accordance with article 23(1), the arbitral tribunal shall continue the proceedings without treating such failure in itself as an admission of the claimant's allegations;
- (c) any party fails to appear at a hearing or to produce documentary evidence, the arbitral tribunal may continue the proceedings and make the award on the evidence before it.

Article 26. Expert appointed by arbitral tribunal

(1) Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal

- (a) may appoint one or more experts to report to it on specific issues to be determined by the arbitral tribunal;
 - (b) may require a party to give the expert any relevant information or to produce, or to provide access to, any relevant documents, goods or other property for his inspection.
- (2) Unless otherwise agreed by the parties, if a party so requests or if the arbitral tribunal considers it necessary, the expert shall, after delivery of his written or oral report, participate in a hearing where the parties have the opportunity to put questions to him and to present expert witnesses in order to testify on the points at issue.

Article 27. Court assistance in taking evidence

The arbitral tribunal or a party with the approval of the arbitral tribunal may request from a competent court of this State assistance in taking evidence. The court may execute the request within its competence and according to its rules on taking evidence.

CHAPTER VI.

MAKING OF AWARD AND TERMINATION OF PROCEEDINGS

Article 28. Rules applicable to substance of dispute

- (1) The arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with such rules of law as are chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute. Any designation of the law or legal system of a given State shall be construed, unless otherwise expressed, as directly referring to the substantive law of that State and not to its conflict of laws rules.
- (2) Failing any designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable.
- (3) The arbitral tribunal shall decide *ex aequo et bono* or as *amiable compositeur* only if the parties have expressly authorized it to do so.
- (4) In all cases, the arbitral tribunal shall decide in accordance with the terms of the contract and shall take into account the usages of the trade applicable to the transaction.

Article 29. Decision making by panel of arbitrators

In arbitral proceedings with more than one arbitrator, any decision of the arbitral tribunal shall be made, unless otherwise agreed by the parties, by a majority of all its members. However, questions of procedure may be decided by a presiding arbitrator, if so authorized by the parties or all members of the arbitral tribunal.

Article 30. Settlement

- (1) If, during arbitral proceedings, the parties settle the dispute, the arbitral tribunal shall terminate the proceedings and, if requested by the parties and not objected to by the arbitral tribunal, record the settlement in the form of an arbitral award on agreed terms.

(2) An award on agreed terms shall be made in accordance with the provisions of article 31 and shall state that it is an award. Such an award has the same status and effect as any other award on the merits of the case.

Article 31. Form and contents of award

(1) The award shall be made in writing and shall be signed by the arbitrator or arbitrators. In arbitral proceedings with more than one arbitrator, the signatures of the majority of all members of the arbitral tribunal shall suffice, provided that the reason for any omitted signature is stated.

(2) The award shall state the reasons upon which it is based, unless the parties have agreed that no reasons are to be given or the award is an award on agreed terms under article 30.

(3) The award shall state its date and the place of arbitration as determined in accordance with article 20(1). The award shall be deemed to have been made at that place.

(4) After the award is made, a copy signed by the arbitrators in accordance with paragraph (1) of this article shall be delivered to each party.

Article 32. Termination of proceedings

(1) The arbitral proceedings are terminated by the final award or by an order of the arbitral tribunal in accordance with paragraph (2) of this article.

(2) The arbitral tribunal shall issue an order for the termination of the arbitral proceedings when

(a) the claimant withdraws his claim, unless the respondent objects thereto and the arbitral tribunal recognizes a legitimate interest on his part in obtaining a final settlement of the dispute;

(b) the parties agree on the termination of the proceedings;

(c) the arbitral tribunal finds that the continuation of the proceedings has for any other reason become unnecessary or impossible.

(3) The mandate of the arbitral tribunal terminates with the termination of the arbitral proceedings, subject to the provisions of articles 33 and 34(4).

Article 33. Correction and interpretation of award; additional award

(1) Within thirty days of receipt of the award, unless another period of time has been agreed upon by the parties:

(a) a party, with notice to the other party, may request the arbitral tribunal to correct in the award any errors in computation, any clerical or typographical errors or any errors of similar nature;

(b) if so agreed by the parties, a party, with notice to the other party, may request the arbitral tribunal to give an interpretation of a specific point or part of the award.

If the arbitral tribunal considers the request to be justified, it shall make the correction or give the interpretation within thirty days of receipt of the request. The interpretation shall form part of the award.

(2) The arbitral tribunal may correct any error of the type referred to in paragraph (1)(a) of this article on its own initiative within thirty days of the date of the award.

(3) Unless otherwise agreed by the parties, a party, with notice to the other party, may request, within thirty days of receipt of the award, the arbitral tribunal to make an additional award as to claims presented in the arbitral proceedings but omitted from the award. If the arbitral tribunal considers the request to be justified, it shall make the additional award within sixty days.

(4) The arbitral tribunal may extend, if necessary, the period of time within which it shall make a correction, interpretation or an additional award under paragraph (1) or (3) of this article.

(5) The provisions of article 31 shall apply to a correction or interpretation of the award or to an additional award.

CHAPTER VII.

RECOURSE AGAINST AWARD

Article 34. *Application for setting aside as exclusive recourse against arbitral award*

(1) Recourse to a court against an arbitral award may be made only by an application for setting aside in accordance with paragraphs (2) and (3) of this article.

(2) An arbitral award may be set aside by the court specified in article 6 only if:

(a) the party making the application furnishes proof that:

(i) a party to the arbitration agreement referred to in article 7 was under some incapacity; or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of this State; or

(ii) the party making the application was not given proper notice of the appointment of an arbitrator or of the arbitral proceedings or was otherwise unable to present his case; or

(iii) the award deals with a dispute not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration, or contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration, provided that, if the decisions on matters submitted to arbitration can be separated from those not so submitted, only that part of the award which contains decisions on matters not submitted to arbitration may be set aside; or

(iv) the composition of the arbitral tribunal or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, unless such agreement was in conflict with a provision of this Law from which the parties cannot derogate, or, failing such agreement, was not in accordance with this Law; or

(b) the court finds that:

(i) the subject-matter of the dispute is not capable of settlement by arbitration under the law of this State; or

(ii) the award is in conflict with the public policy of this State.

(3) An application for setting aside may not be made after three months have elapsed from the date on which the party making that application had received the award or, if a request had been made under article 33, from the date on which that request had been disposed of by the arbitral tribunal.

(4) The court, when asked to set aside an award, may, where appropriate and so requested by a party, suspend the setting aside proceedings for a period of time determined by it in order to give the arbitral tribunal an opportunity to resume the arbitral proceedings or to take such other action as in the arbitral tribunal's opinion will eliminate the grounds for setting aside.

CHAPTER VIII.

RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF AWARDS

Article 35. *Recognition and enforcement*

(1) An arbitral award, irrespective of the country in which it was made, shall be recognized as binding and, upon application in writing to the competent court, shall be enforced subject to the provisions of this article and of article 36.

(2) The party relying on an award or applying for its enforcement shall supply the duly authenticated original award or a duly certified copy thereof, and the original arbitration agreement referred to in article 7 or a duly certified copy thereof. If the award or agreement is not made in an official language of this State, the party shall supply a duly certified translation thereof into such language.

Article 36. *Grounds for refusing recognition or enforcement*

(1) Recognition or enforcement of an arbitral award, irrespective of the country in which it was made, may be refused only:

(a) at the request of the party against whom it is invoked, if that party furnishes to the competent court where recognition or enforcement is sought proof that:

(i) a party to the arbitration agreement referred to in article 7 was under some incapacity; or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made; or

(ii) the party against whom the award is invoked was not given proper notice of the appointment of an arbitrator or of the arbitral proceedings or was otherwise unable to present his case; or

(iii) the award deals with a dispute not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration, or it contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration, provided that, if the decisions on matters submitted to arbitration can be separated from those not so submitted, that part of the award which contains decisions on matters submitted to arbitration may be recognized and enforced; or

(iv) the composition of the arbitral tribunal or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties or, failing such agreement, was not in accordance with the law of the country where the arbitration took place; or

(v) the award has not yet become binding on the parties or has been set aside or suspended by a court of the country in which, or under the law of which, that award was made; or

(b) if the court finds that:

(i) the subject-matter of the dispute is not capable of settlement by arbitration under the law of this State; or

(ii) the recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of this State.

(2) If an application for setting aside or suspension of an award has been made to a court referred to in paragraph (1)(a)(v) of this article, the court where recognition or enforcement is sought may, if it considers it proper, adjourn its decision and may also, on the application of the party claiming recognition or enforcement of the award, order the other party to provide appropriate security.

ANEXO G – The Arbitration Act, 1992, SS 1992 (Saskatchewan)

Current version: in force since May 28, 2012

ARBITRATION, 1992

CHAPTER A-24.1

An Act respecting Arbitration

INTRODUCTORY MATTERS

Short title

1 This Act may be cited as The Arbitration Act, 1992.

Interpretation

2 In this Act:

- (a) “arbitration agreement” means an agreement by which two or more persons agree to submit a matter in dispute to arbitration;
- (b) “arbitrator” includes an umpire;
- (c) “court”, except in section 7, means Her Majesty’s Court of Queen’s Bench for Saskatchewan.

Application of Act

3(1) This Act applies to an arbitration conducted pursuant to an arbitration agreement unless:

- (a) the application of this Act is excluded by law; or
 - (b) The International Commercial Arbitration Act applies to the arbitration.
- (2) This Act applies, with any necessary modification, to an arbitration conducted in accordance with another Act, unless that Act provides otherwise.
- (3) Where there is a conflict between this Act and:
- (a) another Act that requires or authorizes an arbitration; or
 - (b) regulations made pursuant to an Act mentioned in clause (a); the other Act or the regulations prevail.

Contracting out

4 The parties to an arbitration agreement may agree, expressly or by implication, to vary or exclude any provision of this Act except the following:

- (a) subsection 6(4);
- (b) section 20;
- (c) section 40;
- (d) section 46;
- (e) section 48;
- (f) section 50.

Waiver of right to object

5 A party to an arbitration is deemed to have waived the right to object where that party:

- (a) is aware of a non-compliance with a provision of this Act, except with a provision referred to in section 4, or with the arbitration agreement; and
- (b) does not object to the non-compliance within the time limit provided or, if none is provided, within a reasonable time.

Arbitration agreements

6(1) An arbitration agreement may be an independent agreement or part of another agreement.

(2) If the parties to an arbitration agreement make a further agreement in connection with the arbitration, it is deemed to form part of the arbitration agreement.

(3) An arbitration agreement need not be in writing.

(4) An agreement that requires or has the effect of requiring that a matter be adjudicated by arbitration before it may be dealt with by a court has the same effect as an arbitration agreement.

(5) An arbitration agreement may be rescinded only in accordance with the law of contract.

COURT INTERVENTION

Court intervention limited

7 No court shall intervene in matters governed by this Act, except for the following purposes, as provided by this Act:

- (a) to assist the conducting of arbitrations;
- (b) to ensure that arbitrations are conducted in accordance with arbitration agreements;
- (c) to prevent unequal or unfair treatment of parties to arbitration agreements;
- (d) to enforce awards.

ARBITRATION, 1992

Stay

8(1) Subject to subsection (2), if a party to an arbitration agreement commences a proceeding with respect to a matter to be submitted to arbitration under the agreement, the court in which the proceeding is commenced shall, on the motion of another party to the arbitration agreement, stay the proceeding.

(2) The court may refuse to stay the proceeding in any of the following cases:

- (a) a party entered into the arbitration agreement while under a legal incapacity;
- (b) the arbitration agreement is invalid;
- (c) the subject-matter of the dispute is not capable of being the subject of arbitration pursuant to Saskatchewan law;
- (d) the motion was brought with undue delay;
- (e) the matter is a proper one for default or summary judgment.

(3) An arbitration of the dispute may be commenced and continued while the motion is before the court.

(4) If the court refuses to stay the proceeding:

- (a) no arbitration of the dispute shall be commenced; and
- (b) an arbitration that has been commenced shall not be continued, and anything done in connection with the arbitration before the court's refusal is without effect.

(5) The court may stay the proceeding with respect to the matters dealt with in the arbitration agreement and allow it to continue with respect to other matters if it finds that:

- (a) the agreement deals with only some of the matters with respect to which the proceeding was commenced; and
- (b) it is reasonable to separate the matters dealt with in the agreement from the other matters.

(6) There is no appeal from the court's decision pursuant to this section.

Powers of court

9(1) The court's powers with respect to the detention, preservation and inspection of property, interim injunctions and the appointment of receivers are the same in arbitrations as in court actions.

(2) The court may determine any question of law that arises during the arbitration on the application of the arbitral tribunal, or on a party's application if the other parties consent or the arbitral tribunal consents.

(3) The court's determination of a question of law may be appealed to the Court of Appeal, with leave of that court or a judge of that court.

(4) On the application of all the parties to more than one arbitration, the court may order, on terms that it considers just:

- (a) that the arbitrations be consolidated;
- (b) that the arbitrations be conducted simultaneously or consecutively; or
- (c) that any of the arbitrations be stayed until any of the others are completed.

(5) Where the court orders that arbitrations be consolidated, it may appoint an arbitral tribunal for the consolidated arbitration, and if all the parties agree as to the choice of arbitral tribunal, the court shall appoint that arbitral tribunal.

(6) Subsection (4) does not prevent the parties to more than one arbitration from agreeing to consolidate the arbitrations and doing everything necessary to effect the consolidation.

Number of arbitrators

10 If the arbitration agreement does not specify the number of arbitrators who are to form the arbitral tribunal, it shall be composed of one arbitrator.

Appointment of arbitral tribunal

11(1) The court may appoint the arbitral tribunal, on a party's application, if:

- (a) the arbitration agreement provides no procedure for appointing the arbitral tribunal; or
- (b) a person with power to appoint the arbitral tribunal has not done so within the time provided in the agreement or after a party has given the person seven days' notice to do so, whichever is later.

(2) There is no appeal from the court's appointment of the arbitral tribunal.

(3) Subsections (1) and (2) apply, with any necessary modification, to the appointment of individual members of arbitral tribunals that are composed of more than one arbitrator.

(4) An arbitral tribunal composed of three or more arbitrators shall, and an arbitral tribunal composed of two arbitrators may, elect a chairperson from among themselves.

Independence and impartiality of arbitrators

12(1) An arbitrator shall be independent of the parties and shall act impartially.

(2) Before accepting an appointment as arbitrator, a person shall disclose to all parties to the arbitration any circumstances of which that person is aware that may give rise to a reasonable apprehension of bias.

(3) An arbitrator who, during an arbitration, becomes aware of circumstances that may give rise to a reasonable apprehension of bias shall promptly disclose the circumstances to all the parties.

No revocation

13 A party may not revoke the appointment of an arbitrator.

Challenge

14(1) A party may challenge an arbitrator only on one of the following grounds:

- (a) circumstances exist that may give rise to a reasonable apprehension of bias;

(b) the arbitrator does not possess qualifications that the parties have agreed are necessary.

(2) A party who appointed an arbitrator or participated in the arbitrator's appointment may challenge the arbitrator only on grounds of which the party was unaware at the time of the appointment.

(3) A party who wishes to challenge an arbitrator shall send the arbitral tribunal a statement of the grounds for the challenge within 15 days of becoming aware of them.

(4) The other parties may agree to remove the arbitrator who is being challenged, or the arbitrator may resign.

(5) If the arbitrator is not removed by the parties and does not resign, the arbitral tribunal, including the arbitrator who is being challenged, shall decide the issue and shall notify the parties of its decision.

(6) Within 10 days after being notified of the arbitral tribunal's decision, a party may make an application to the court to decide the issue and, in the case of the challenging party, to remove the arbitrator.

(7) While an application is pending, the arbitral tribunal, including the arbitrator who is being challenged, may continue the arbitration and make an award, unless the court orders otherwise.

Termination of arbitrator's mandate

15(1) An arbitrator's mandate terminates when:

- (a) the arbitrator resigns or dies;
- (b) the parties agree to terminate it;
- (c) the arbitral tribunal upholds a challenge to the arbitrator, 10 days elapse after all the parties are notified of the decision and no application is made to the court; or
- (d) the court removes the arbitrator pursuant to subsection 16(1).

(2) An arbitrator's resignation or a party's agreement to terminate an arbitrator's mandate does not imply acceptance of the validity of any reason advanced for challenging or removing the arbitrator.

Removal of arbitrator by court

16(1) The court may remove an arbitrator on a party's application pursuant to subsection 14(6), or may do so on a party's application if the arbitrator becomes unable to perform the functions of an arbitrator, commits a corrupt or fraudulent act, delays unduly in conducting the arbitration or does not conduct the arbitration in accordance with section 20.

(2) The arbitrator is entitled to be heard by the court on an application pursuant to subsection (1).

(3) When the court removes an arbitrator, it may give directions about the conduct of the arbitration.

(4) If the court removes an arbitrator for a corrupt or fraudulent act or for undue delay, it may order that the arbitrator receive no payment for services and may order that the arbitrator compensate the parties for all or part of the costs, as determined by the court, that they incurred in connection with the arbitration before the arbitrator's removal.

(5) The arbitrator or a party may, within 30 days after receiving the court's decision, appeal an order made pursuant to subsection (4) or the refusal to make such an order to the Court of Appeal, with leave of that court or a judge of that court.

(6) Except as provided in subsection (5), there is no appeal from the court's decision or from its directions pursuant to this section.

Appointment of substitute arbitrator

17(1) When an arbitrator's mandate terminates, a substitute arbitrator shall be appointed, following the procedure that was used in the appointment of the arbitrator being replaced.

(2) When the arbitrator's mandate terminates, the court may, on a party's application, give directions about the conduct of the arbitration.

(3) The court may appoint the substitute arbitrator on a party's application if:

- (a) the arbitration agreement provides no procedure for appointing the substitute arbitrator; or

(b) a person with power to appoint the substitute arbitrator has not done so within the time provided in the agreement or after a party has given the person seven days' notice to do so, whichever is later.

(4) There is no appeal from the court's decision or from its directions pursuant to this section.

(5) This section does not apply if the arbitration agreement provides that the arbitration is to be conducted only by a named arbitrator.

JURISDICTION OF ARBITRAL TRIBUNAL

Jurisdiction, objections

18(1) An arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction to conduct the arbitration and may in that connection rule on objections with respect to the existence or validity of the arbitration agreement.

(2) The arbitral tribunal may determine any question of law that arises during the arbitration.

(3) If the arbitration agreement forms part of another agreement, it shall, for the purposes of a ruling on jurisdiction, be treated as an independent agreement that may survive even if the main agreement is found to be invalid.

(4) A party who has an objection to the arbitral tribunal's jurisdiction to conduct the arbitration shall make the objection no later than the beginning of the hearing or, if there is no hearing, no later than the first occasion on which the party submits a statement to the tribunal.

(5) The fact that a party has appointed or participated in the appointment of an arbitrator does not prevent the party from making an objection to jurisdiction.

(6) A party who has an objection that the arbitral tribunal is exceeding its authority shall make the objection as soon as the matter alleged to be beyond the tribunal's authority is raised during the arbitration.

(7) Notwithstanding section 5, if the arbitral tribunal considers the delay justified, a party may make an objection after the time limit mentioned in subsection (4) or (6), as the case may be, has expired.

(8) The arbitral tribunal may rule on an objection as a preliminary question or may deal with it in an award.

(9) If the arbitral tribunal rules on an objection as a preliminary question, a party may, within 30 days after receiving notice of the ruling, make an application to the court to decide the matter.

(10) There is no appeal from the court's decision on an application pursuant to subsection (9).

(11) While an application is pending, the arbitral tribunal may continue the arbitration and make an award.

Detention, preservation and inspection of property and documents

19(1) On a party's request, an arbitral tribunal may make an order for the detention, preservation or inspection of property and documents that are the subject of the arbitration or as to which a question may arise in the arbitration, and may order a party to provide security in that connection.

(2) The court may enforce the order of an arbitral tribunal as if it were a similar order made by the court in an action.

CONDUCT OF ARBITRATION

Equality and fairness

20(1) An arbitral tribunal shall treat the parties equally and fairly.

(2) Each party shall be given an opportunity to present a case and to respond to the other parties' cases.

Procedure

21(1) Subject to this Act, the arbitral tribunal may determine the procedure to be followed in the arbitration.

(2) An arbitral tribunal that is composed of more than one arbitrator may delegate the determination of questions of procedure to the chairperson.

Evidence

22(1) The arbitral tribunal is not bound by the rules of evidence and has power to determine the admissibility, relevance and weight of any evidence.

(2) The tribunal may determine the manner in which evidence is to be admitted.

Time and place of arbitration

23(1) The arbitral tribunal shall determine the time, day and place of arbitration, taking into consideration the parties' convenience and the other circumstances of the case.

(2) The arbitral tribunal may meet at any place it considers appropriate for consultation among its members, for hearing witnesses, experts or parties or for inspecting property or documents.

Commencement of arbitration

24(1) An arbitration may be commenced in any way recognized by law, including the following:

(a) a party to an arbitration agreement serves on the other parties notice to appoint or to participate in the appointment of an arbitrator pursuant to the agreement;

(b) if the arbitration agreement gives a person who is not a party power to appoint an arbitrator, one party serves notice to exercise that power on the person and serves a copy of the notice on the other parties;

(c) a party serves on the other parties a notice demanding arbitration pursuant to the arbitration agreement.

(2) The arbitral tribunal may exercise its powers when every member has accepted appointment.

Matters referred to arbitration

25 A notice that commences an arbitration without identifying the dispute is deemed to refer to arbitration all disputes that the arbitration agreement entitles the party giving the notice to refer.

Procedural directions

26(1) An arbitral tribunal may require that the parties submit their statements within a specified period of time.

(2) The parties' statements shall indicate the facts supporting their positions, the points at issue and the relief sought.

(3) The parties may submit with their statements the documents they consider relevant, or may refer to the documents or other evidence they intend to submit.

(4) The parties may amend or supplement their statements during the arbitration, but the arbitral tribunal may disallow a change that is unduly delayed.

(5) The parties may submit their statements orally with the permission of the arbitral tribunal.

(6) The parties and persons claiming through or under them shall, subject to section 31, comply with directions of the arbitral tribunal, including directions to:

- (a) submit to examination on oath or affirmation with respect to the dispute; or
 - (b) produce records and documents that are in their possession or power.
- (7) The court may enforce the direction of an arbitral tribunal as if it were a similar direction made by the court in an action.

Hearings and written proceedings

27(1) The arbitral tribunal may conduct the arbitration on the basis of documents or may hold hearings for the presentation of evidence and for oral argument, but the tribunal shall hold a hearing if a party requests it.

(2) The arbitral tribunal shall give the parties sufficient notice of hearings and of meetings of the tribunal for the purpose of inspection of property or documents.

(3) A party who submits a statement to the arbitral tribunal or supplies the tribunal with any other information shall also communicate it to the other parties.

(4) The arbitral tribunal shall communicate to the parties any expert reports or other documents on which it intends to rely in making a decision.

Failure to submit statement

28(1) If the party who commences an arbitration does not submit a statement within the period of time specified pursuant to subsection 26(1), the arbitral tribunal may make an award dismissing the claim unless the party offers a satisfactory explanation.

(2) If a party other than the one who commenced the arbitration does not submit a statement within the period of time specified pursuant to subsection 26(1), the arbitral tribunal may continue the arbitration, unless the party offers a satisfactory explanation, but the tribunal shall not treat the failure to submit a statement as an admission of another party's allegations.

(3) If a party fails to appear at a hearing or to produce documentary evidence, the arbitral tribunal may continue the arbitration in a manner that it considers appropriate and make an award on the evidence before it, unless the party offers a satisfactory explanation.

(4) In the case of delay by the party who commenced the arbitration, the arbitral tribunal may:

- (a) make an award terminating the arbitration; or
 - (b) give directions for the speedy determination of the arbitration;
- and may impose conditions on its decision.

(5) If the arbitration was commenced jointly by all the parties, subsections (2) and (3) apply, with any necessary modification, but subsections (1) and (4) do not.

(6) This section applies with respect to a counterclaim as if the party making it were the party who commenced the arbitration.

Appointment of expert

29(1) An arbitral tribunal may appoint an expert to report to it on specific issues.

(2) The arbitral tribunal may require parties to give the expert any relevant information or to allow the expert to inspect property or documents.

(3) At the request of a party or of the arbitral tribunal, the expert shall, after making the report, participate in a hearing in which the parties may question the expert and present the testimony of another expert on the subject-matter of the report.

Obtaining evidence

30(1) A party may serve a person with a notice, issued by the arbitral tribunal, requiring the person to attend, give evidence and produce documents at the arbitration at the time and place named in the notice.

(2) The notice has the same effect as a notice or subpoena in a court proceeding requiring a witness to attend at a hearing or produce documents, and shall be served in the same way.

(3) An arbitral tribunal has power to administer an oath or affirmation and power to require a witness to testify under oath or affirmation.

(4) On the application of a party or of the arbitral tribunal, the court may make orders and give directions with respect to the production and the taking of evidence for an arbitration as if the arbitration were a court proceeding.

Restriction

31 No person shall be compelled to produce information, property or documents or to give evidence in an arbitration that the person could not be compelled to produce or give in a court proceeding.

AWARDS AND TERMINATION OF ARBITRATION

Application of law and equity

32 An arbitral tribunal shall decide a dispute in accordance with law, including equity, and may order specific performance, injunctions and other equitable remedies.

Conflict of laws

33(1) In deciding a dispute, an arbitral tribunal shall apply the law of a jurisdiction designated by the parties or, if none is designated, the law of a jurisdiction it considers appropriate in the circumstances.

(2) A designation by the parties of the law of a jurisdiction refers to the jurisdiction's substantive law and not to its conflict of laws rules, unless the parties expressly indicate that the designation includes them.

Application of arbitration agreement, contract and usages of trade

34 The arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with the arbitration agreement and the contract, if any, under which the dispute arose, and may also take into account any applicable usages of trade.

Decision of arbitral tribunal

35 If an arbitral tribunal is composed of more than one member, a decision of a majority of the members is the arbitral tribunal's decision, but if there is no majority decision or unanimous decision, the decision of the chairperson governs.

Mediation and conciliation

36(1) The members of an arbitral tribunal may, if the parties consent, use mediation, conciliation or similar techniques during the arbitration to encourage settlement of the matters in dispute.

(2) After the members of an arbitral tribunal use a technique mentioned in subsection (1), they may resume their roles as arbitrators without disqualification.

Settlement

37 If the parties settle the dispute during arbitration, the arbitral tribunal shall terminate the arbitration and, if a party so requests, may record the settlement in the form of an award.

Binding nature of award

38 An award binds the parties unless it is set aside or varied pursuant to section 45 or 46.

Form of award

39(1) An award is to be made in writing and, except in the case of an award made on consent, is to state the reasons on which it is based.

(2) The award is to indicate the place where and the day on which it is made.

(3) The award is to be signed by all the members of the arbitral tribunal, or by a majority of them if an explanation of the omission of the other signatures is included.

(4) A copy of the award is to be delivered by the arbitration tribunal to each party.

Extension of time limits

40 The court may extend the time within which the arbitral tribunal is required to make an award, even if the time has expired.

Explanation

41(1) A party may, within 30 days after receiving an award, request that the arbitral tribunal explain any matter.

(2) If the arbitral tribunal does not give an explanation within 15 days after receiving the request, the court may, on the party's application, order the tribunal to do so.

Interim and final awards

42(1) The arbitral tribunal may make one or more interim awards.

(2) The arbitral tribunal may make more than one final award, disposing of one or more matters referred to arbitration in each award.

Termination of arbitration

43(1) An arbitration is terminated when:

(a) the arbitral tribunal makes a final award in accordance with this Act, disposing of all matters referred to arbitration;

(b) the arbitral tribunal terminates the arbitration pursuant to sub-section (2), 28(1) or 28(4); or

(c) the arbitrator's mandate is terminated, if the arbitration agreement provides that the arbitration shall be conducted only by that arbitrator.

(2) An arbitral tribunal shall make an order terminating the arbitration if:

(a) the party that commenced the arbitration withdraws the matters in dispute, unless the other party objects to the termination and the arbitral tribunal agrees that the other party is entitled to obtain a final settlement of the matters in dispute;

(b) the parties agree that the arbitration should be terminated; or

(c) the arbitral tribunal finds that the continuation of the arbitration has become unnecessary or impossible.

(3) An arbitration that is terminated may be revived for the purposes of section 44 or subsection 45(6), 46(7), 46(8), 50(7) or 54(3).

(4) A party's death terminates the arbitration only with respect to claims that are extinguished as a result of the death.

Correction of errors

44(1) An arbitral tribunal may, on its own initiative within 30 days after making an award or at a party's request made within 30 days after receiving the award:

(a) correct typographical errors, errors of calculation and similar errors in the award; or

(b) amend the award so as to correct an injustice caused by an oversight on the part of the arbitral tribunal.

(2) The arbitral tribunal may, on its own initiative at any time or at a party's request made within 30 days after receiving the award, make an additional award to deal with a claim that was presented in the arbitration but omitted from the earlier award.

(3) The arbitral tribunal need not hold a hearing or meeting before rejecting a request made pursuant to this section.

REMEDIES

Appeal of award

45(1) If the arbitration agreement so provides, a party may appeal an award to the court on a question of law, on a question of fact or on a question of mixed law and fact by notice of motion that briefly states the grounds of the appeal.

(2) If the arbitration agreement does not provide that the parties may appeal an award to the court on a question of law, a party may appeal an award to the court on a question of law with leave, which the court shall grant only if it is satisfied that:

(a) the importance to the parties of the matters at stake in the arbitration justifies an appeal; and

(b) determination of the question of law at issue will significantly affect the rights of the parties.

(3) On being served with a notice of motion, the arbitral tribunal shall transmit a copy of the award, the evidence received and the record of the arbitration proceedings forming the subject matter of the appeal:

(a) to the local registrar of the judicial centre that is closest to the place where the arbitration was conducted; or

(b) where the arbitration was conducted at more than one place, to the local registrar of the judicial centre that is closest to the place where the greatest part of the arbitration was conducted.

(4) The court may require the arbitral tribunal to explain any matter.

(5) The court may confirm, vary or set aside the award or may remit the award to the arbitral tribunal with the court's opinion on the question of law, in the case of an appeal on a question of law, and give directions about the conduct of the arbitration.

Setting aside award

46(1) On a party's application, the court may set aside an award on any of the following grounds:

(a) a party entered into the arbitration agreement while under a legal incapacity;

(b) the arbitration agreement is invalid or has ceased to exist;

(c) the award deals with a matter in dispute that the arbitration agreement does not cover or contains a decision on a matter in dispute that is beyond the scope of the agreement;

(d) the composition of the arbitral tribunal was not in accordance with the arbitration agreement or, if the agreement did not deal with the matter, was not in accordance with this Act;

(e) the subject-matter of the arbitration is not capable of being the subject of arbitration under Saskatchewan law;

(f) the applicant was not treated equally and fairly, was not given an opportunity to present a case or to respond to another party's case, or was not given proper notice of the arbitration or of the appointment of an arbitrator;

(g) the procedures followed in the arbitration did not comply with this Act or the arbitration agreement;

(h) an arbitrator has committed a corrupt or fraudulent act or there is a reasonable apprehension of bias;

(i) the award was obtained by fraud.

(2) If clause (1)(c) applies and it is reasonable to separate the decisions on matters covered by the arbitration agreement from the impugned ones, the court shall set aside the impugned decisions and allow the others to stand.

(3) The court shall not set aside an award on grounds mentioned in clause (1)(c) if the applicant has agreed to the inclusion of the matter in dispute, waived the right to object to

its inclusion or agreed that the arbitral tribunal has power to decide what matters in dispute have been referred to it.

(4) The court shall not set aside an award on grounds mentioned in clause (1)(h) if the applicant had an opportunity to challenge the arbitrator on those grounds pursuant to section 14 before the award was made and did not do so or if those grounds were the subject of an unsuccessful challenge.

(5) The court shall not set aside an award on a ground to which the applicant is deemed pursuant to section 5 to have waived the right to object.

(6) If the ground alleged for setting aside the award could have been raised as an objection to the arbitral tribunal's jurisdiction to conduct the arbitration or as an objection that the arbitral tribunal was exceeding its authority, the court may set the award aside on that ground if it considers the applicant's failure to make an objection in accordance with section 18 justified.

(7) When the court sets aside an award, it may remove an arbitrator or the arbitral tribunal and may give directions about the conduct of the arbitration.

(8) Instead of setting aside an award, the court may remit it to the arbitral tribunal and give directions about the conduct of the arbitration.

Time limit

47(1) The following appeals and applications must be commenced within 30 days after the appellant or applicant receives the award, correction, explanation, change or statement of reasons on which the appeal or application is based:

- (a) an appeal pursuant to subsection 45(1);
- (b) an application for leave to appeal pursuant to subsection 45(2);
- (c) subject to subsection (2), an application to set aside an award pursuant to section 46.

(2) An application to set aside an award on the ground that an arbitrator has committed a corrupt or fraudulent act or that the award was obtained by fraud must be commenced within the later of:

- (a) the period mentioned in subsection (1); and
- (b) 30 days after the applicant discovers the corrupt act or the fraud.

Declaration of invalidity of arbitration

48(1) At any stage during or after an arbitration, on the application of a party who has not participated in the arbitration, the court may grant a declaration that the arbitration is invalid because:

- (a) a party entered into the arbitration agreement while under a legal incapacity;
- (b) the arbitration agreement is invalid or has ceased to exist;
- (c) the subject-matter of the dispute is not capable of being the subject of arbitration under Saskatchewan law; or
- (d) the arbitration agreement does not apply to the matter in dispute.

(2) When the court grants the declaration, it may also grant an injunction against the commencement or continuation of the arbitration.

Further appeal

49 An appeal from the court's decision in an appeal of an award, an application to set aside an award or an application for a declaration of invalidity may be made to the Court of Appeal, with leave of that court or a judge of that court.

Enforcement of award

50(1) A person who is entitled to enforce an award made in Saskatchewan or elsewhere in Canada may make an application to the court to that effect.

(2) The application shall be made on notice to the person against whom enforcement is sought, in accordance with The Queen's Bench Rules, and shall be supported by the original award or a copy of it.

(3) The court shall give a judgment enforcing an award made in Saskatchewan unless:

(a) the 30-day period for commencing an appeal or an application to set the award aside has not yet elapsed;

(b) an appeal, an application to set the award aside or an application for a declaration of invalidity is pending; or

(c) the award has been set aside or the arbitration is the subject of a declaration of invalidity.

(4) The court shall give a judgment enforcing an award made elsewhere in Canada unless:

(a) the period for commencing an appeal or an application to set the award aside provided by the laws of the province or territory where the award was made has not yet elapsed;

(b) an appeal, an application to set the award aside or an application for a declaration of invalidity in the province or territory where the award was made is pending;

(c) the award has been set aside in the province or territory where it was made or the arbitration is the subject of a declaration of invalidity granted there; or

(d) the subject-matter of the award is not capable of being the subject of arbitration under Saskatchewan law.

(5) If the period for commencing an appeal, an application to set the award aside or an application for a declaration of invalidity has not yet elapsed, or if such a proceeding is pending, the court may:

(a) enforce the award; or

(b) order, on any conditions that the court considers just, that enforcement of the award is stayed until the period has elapsed without such a proceeding being commenced or until the pending proceeding is finally disposed of.

(6) If the court stays the enforcement of an award made in Saskatchewan until a pending proceeding is finally disposed of, it may give directions for the speedy disposition of the proceeding.

(7) If the award gives a remedy that the court does not have jurisdiction to grant or would not grant in a proceeding based on similar circumstances, the court may:

(a) grant a different remedy requested by the applicant; or

(b) in the case of an award made in Saskatchewan, remit it to the arbitral tribunal with the court's opinion, in which case the arbitral tribunal may award a different remedy.

(8) The court has the same powers with respect to the enforcement of awards as with respect to the enforcement of its own judgments.

GENERAL

Crown bound

51 This Act binds the Crown.

Limitation periods

52(1) The law with respect to limitation periods applies to an arbitration as if the arbitration were an action and a matter in dispute in the arbitration were a cause of action.

(2) If the court sets aside an award, terminates an arbitration or declares an arbitration to be invalid, it may order that the period from the commencement of the arbitration to the date of the order shall be excluded from the computation of the time within which an action may be brought on a cause of action that was a matter in dispute in the arbitration.

(3) An application for enforcement of an award may not be made more than the later of:

- (a) two years after the day on which the applicant receives the award; and
- (b) two years after the day on which the last appeal period expires.

Service of documents

53(1) A notice or other document may be served on an individual by leaving it with the individual.

(2) A notice or other document may be served on a corporation by leaving it with an officer, director or agent of the corporation, or at a place of business or the registered office of the corporation with a person who appears to be in control or management of the place.

(3) A notice or other document may be served by sending it to the addressee by telephone transmission of a facsimile to the number that the addressee specified in the arbitration agreement or has furnished to the arbitral tribunal.

(4) A notice or other document may be served by prepaid registered mail to the mailing address that the addressee specified in the arbitration agreement or furnished to the arbitral tribunal or, if none was specified or furnished, to the addressee's last known place of business or residence.

(5) Unless the addressee establishes that the addressee, acting in good faith, through absence, illness or other cause beyond the addressee's control failed to receive the notice or other document until a later date, it is deemed to have been received:

(a) on the day on which it is given or transmitted, in the case of service pursuant to subsection (1), (2) or (3); or

(b) on the fifth day after the day of mailing, in the case of service pursuant to subsection (4).

(6) The court may make an order for substituted service or an order dispensing with service pursuant to The Queen's Bench Rules if the court is satisfied that it is necessary to serve the notice or other document to commence an arbitration or proceed towards the appointment of an arbitral tribunal.

(7) This section does not apply to the service of documents with respect to court proceedings.

Costs

54(1) An arbitral tribunal may award the costs of an arbitration.

(2) The costs of an arbitration consist of the parties' legal expenses, the fees and expenses of the arbitral tribunal and any other expenses related to the arbitration.

(3) If the arbitral tribunal does not deal with costs in an award, a party may, within 30 days of receiving the award, request that it make a further award dealing with costs.

(4) In the absence of an award dealing with costs, each party is responsible for the party's own legal expenses and for an equal share of the fees and expenses of the arbitral tribunal and of any other expenses related to the arbitration.

(5) If a party makes an offer, in writing, to another party to settle the matter in dispute or part of it, the offer is not accepted and the arbitral tribunal's award is no more favourable to the party to which the offer was made than was the offer, the arbitral tribunal may take that fact into account in awarding costs with respect to the period from the making of the offer to the making of the award.

(6) The fact that an offer to settle has been made shall not be communicated to the arbitral tribunal until it has made a final determination of all aspects of the matters in dispute other than costs.

Arbitrator's fees and expenses

55 The fees and expenses paid to an arbitrator shall not exceed the fair value of the services performed and the necessary and reasonable expenses actually incurred.

Taxation of costs

56(1) A party to an arbitration may have an arbitrator's account for fees and expenses taxed by a taxing officer in the same manner as a solicitor's bill pursuant to The Legal Profession Act, 1990.

(2) If an arbitral tribunal awards costs and directs that they be taxed, or awards costs without fixing the amount or indicating how it is to be ascertained, a party to the arbitration may have the costs taxed by a taxing officer in the same manner as costs pursuant to The Queen's Bench Rules.

(3) In taxing the part of the costs represented by the fees and expenses of the arbitral tribunal, the taxing officer shall apply the same principles as in the taxing of an account pursuant to subsection (1).

(4) Subsection (1) applies even if the account has been paid.

(5) On the application of a party to the arbitration, the court may review a taxation of costs or of an arbitrator's account for fees and expenses and may confirm the taxation, vary it, set it aside or remit it to the taxing officer with directions.

(6) On the application of an arbitrator, the court may review a taxation of the arbitrator's account for fees and expenses and may confirm the taxation, vary it, set it aside or remit it to the taxing officer with directions.

(7) An application for review may not be made after the period specified in the taxing officer's certificate has elapsed or, if no period is specified, more than 30 days after the date of the certificate, unless the court orders otherwise.

(8) When the time during which an application for review may be made has expired and no application has been made, or when the court has reviewed the taxation and made a final determination, the taxing officer's certificate may be filed with the court and enforced as if it were a judgment of the court.

Interest

57(1) An arbitral tribunal has the same power with respect to interest as the court has under The Pre-judgment Interest Act, but the provision for payment into court does not apply.

(2) An award is a judgment of the court for the purposes of The Enforcement of Money Judgments Act.

Rules of Court apply

58 Except as otherwise provided in this Act, The Queen's Bench Rules and the Rules of the Court of Appeal apply, with any necessary modification, to proceedings taken in the courts pursuant to this Act.

R.S.S. 1978, c.A-24 repealed

59 The Arbitration Act is repealed.

Transitional

60(1) This Act applies to arbitrations conducted pursuant to agreements made before the day on which this Act comes into force if the arbitration is commenced on or after that day.

(2) Notwithstanding its repeal, The Arbitration Act continues to apply to arbitrations commenced before the day on which this Act comes into force.

Editorial Appendix

Section 61 enacted consequential amendments to other Acts. Those amendments have been incorporated in the corresponding Acts.

ANEXO H – International Commercial Arbitration Act, SS 1988-89 (Saskatchewan)

Current version: in force since Jun 15, 1988

c. I-10.2 INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION
CHAPTER I-10.2

An Act to adopt the Model Law on International Commercial Arbitration

Short title

1 This Act may be cited as The International Commercial Arbitration Act.

Interpretation

2(1) In this Act:

(a) court means Her Majestys Court of Queens Bench for Saskatchewan;

(b) International Law means the Model Law on International Commercial Arbitration, adopted by the United Nations Commission on International Trade Law on June 21, 1985, as set out in the Schedule to this Act.

(2) Words and expressions used in this Act have the same meaning as the corresponding words and expressions in the International Law.

(3) For the purposes of the International Law, a reference to court or competent court, where in the context it means a court in Saskatchewan, means the court.

1988-89, c.I-10.2, s.2.

Application of International Law

3(1) Subject to this Act, the International Law applies in Saskatchewan.

(2) The International Law applies to international commercial arbitration agreements and awards, whether made before or after the coming into force of this Act.

1988-89, c.I-10.2, s.3.

Conciliation and other proceedings

4 For the purpose of encouraging settlement of a dispute, an arbitral tribunal may, with the agreement of the parties, employ mediation, conciliation or other procedures at any time during the arbitration proceedings and, with the agreement of the parties, the members of the arbitral tribunal are not disqualified from resuming their roles as arbitrators by reason of the mediation, conciliation or other procedure.

1988-89, c.I-10.2, s.4.

Removal of arbitrator

5(1) Unless the parties otherwise agree, if an arbitrator is replaced or removed in accordance with the International Law, any hearing held prior to the replacement or removal shall be repeated.

(2) With respect to article 15 of the International Law, the parties may remove an arbitrator at any time prior to the final award, regardless of how the arbitrator was appointed.

1988-89, c.I-10.2, s.5.

Rules applicable to substance of dispute

6 Notwithstanding article 28(2) of the International Law, if the parties fail to make a designation pursuant to article 28(1) of the International Law, the arbitral tribunal shall apply the rules of law it considers to be appropriate given all the circumstances respecting the dispute.

1988-89, c.I-10.2, s.6.

Consolidation of proceedings

7(1) On application of the parties to two or more arbitration proceedings, the court may order:

(a) the arbitration proceedings to be consolidated, on terms it considers just;

(b) the arbitration proceedings to be heard at the same time or one immediately after another; or

(c) any of the arbitration proceedings to be stayed until after the determination of any other of them.

(2) Where the court orders arbitration proceedings to be consolidated pursuant to clause (1)(a) and all the parties to the consolidated arbitration proceedings are in agreement as to the choice of the arbitral tribunal for that arbitration proceeding, the court shall appoint the arbitral tribunal, but if all the parties cannot agree, the court may appoint the arbitral tribunal for that arbitration proceeding.

(3) Nothing in this section shall be construed as preventing the parties to two or more arbitration proceedings from agreeing to consolidate those arbitration proceedings and taking those steps that are necessary to effect that consolidation.

1988-89, c.I-10.2, s.7.

Court

8 The functions referred to in article 6 of the International Law shall be performed by the court.

1988-89, c.I-10.2, s.8.

Stay of proceedings

9 Where, pursuant to article 8 of the International Law, a court refers the parties to arbitration, the proceedings of the court are stayed with respect to the matters to which the arbitration relates.

1988-89, c.I-10.2, s.9.

Crown bound

10(1) The Crown is bound by this Act.

(2) An award recognized pursuant to this Act is enforceable against the Crown in the same manner and to the same extent as a judgment is enforceable against the Crown.

1988-89, c.I-10.2, s.10.

Aids in interpretation

11(1) This Act shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the Act in their context and in the light of its objects and purposes.

(2) In applying subsection (1) to the International Law, recourse may be had to:

(a) the Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its 18th session (June 3 21, 1985);

(b) the International Commercial Arbitration Commentary on Draft Text of a Model Law on International Commercial Arbitration; as published in Part I of The Canada Gazette on October 4, 1986.

1988-89, c.I-10.2, s.11.

Regulations

12 The Lieutenant Governor in Council may make regulations:

(a) prescribing procedures to be followed in referring a matter to arbitration in accordance with the International Law;

(b) prescribing forms to be used for the purposes of this Act and the International Law;

(c) respecting any other matter or thing that he considers necessary to carry out this Act according to its intent.

1988-89, c.I-10.2, s.12.

SCHEDULE**UNCITRAL MODEL LAW ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION**

(As adopted by the United Nations Commission on International Trade Law on 21 June 1985)

[...]

ANEXO I – The Arbitration Act (Manitoba)

Current version: in force since Oct 9, 2008

C.C.S.M. c. A120

The Arbitration Act

(Assented to June 28, 1997)

HER MAJESTY, by and with the advice and consent of the Legislative Assembly of Manitoba, enacts as follows:

INTRODUCTORY MATTERS

Definitions

1(1) In this Act,

"arbitration agreement" means, subject to subsections (2) and (3), an agreement or part of an agreement by which two or more persons agree to submit a matter in dispute to arbitration; (« convention d'arbitrage »)

"arbitrator" includes an umpire; (« arbitre »)

"court" means the Court of Queen's Bench. (« tribunal judiciaire »)

Further agreement

1(2) If the parties to an arbitration agreement make a further agreement in connection with the arbitration, it is deemed to form part of the arbitration agreement.

Effect of enactment

1(3) Where a matter is authorized or required under an enactment to be submitted to arbitration, a reference in this Act to an arbitration agreement is a reference to the enactment, unless the context otherwise requires.

Application of Act

2(1) This Act applies to an arbitration conducted under an arbitration agreement or authorized or required under an enactment unless

(a) the application of this Act is excluded by law; or

(b) Part II of the *International Commercial Arbitration Act* applies to the arbitration.

Conflict between enactments

2(2) If there is a conflict between this Act and another enactment that authorizes or requires an arbitration, the other enactment prevails.

Exemption of Act by regulation

2(3) The Lieutenant Governor in Council may by regulation exempt an Act from the application of this Act.

Contracting out

3 The parties to an arbitration agreement may agree, expressly or by implication, to vary or exclude any provision of this Act except the following:

(a) subsection 5(2) (equivalent agreement);

(b) section 19 (equality and fairness);

(c) section 39 (extension of time limit);

(d) subsection 44(2) (appeal on question of law with leave);

(e) section 45 (grounds for setting aside award);

(f) section 47 (declaration of invalidity of arbitration);

(g) section 49 (enforcement of award).

Waiver of right to object

4 A party to an arbitration who is aware of a non-compliance with a provision of this Act, except a provision referred to in section 3, or with the arbitration agreement, and who

does not object to the non-compliance within the time limit provided or, if none is provided, within a reasonable time, is deemed to have waived the right to object.

Writing unnecessary

5(1) An arbitration agreement need not be in writing.

Equivalent agreement

5(2) An agreement requiring or having the effect of requiring that a matter be adjudicated by arbitration before it may be dealt with by a court has the same effect as an arbitration agreement.

Rescission

5(3) An arbitration agreement may be rescinded only in accordance with the law of contract.

COURT INTERVENTION

Court intervention limited

6 No court may intervene in matters governed by this Act, except for the following purposes, as provided by this Act:

- (a) to assist the arbitration process;
- (b) to ensure that an arbitration is carried on in accordance with the arbitration agreement;
- (c) to prevent unfair or unequal treatment of a party to an arbitration agreement;
- (d) to enforce awards.

Stay

7(1) Subject to subsection (2), if a party to an arbitration agreement commences a proceeding in a court in respect of a matter in dispute to be submitted to arbitration under the agreement, the court shall, on the motion of another party to the arbitration agreement, stay the proceeding.

Refusal to stay

7(2) The court may refuse to stay the proceeding in only the following cases:

- (a) a party entered into the arbitration agreement while under a legal incapacity;
- (b) the arbitration agreement is invalid;
- (c) the subject-matter of the dispute is not capable of being the subject of arbitration under Manitoba law;
- (d) the motion was brought with undue delay;
- (e) the matter in dispute is a proper one for default or summary judgment.

Arbitration during motion

7(3) An arbitration of the matter in dispute may be commenced and continued while the motion is before the court.

No arbitration if stay refused

7(4) If the court refuses to stay the proceeding,

- (a) no arbitration of the matter in dispute shall be commenced; and
- (b) an arbitration that has been commenced shall not be continued, and anything done in connection with the arbitration before the court's refusal is without effect.

Partial stay

7(5) The court may stay the proceeding with respect to the matters in dispute dealt with in the arbitration agreement and allow the proceeding to continue with respect to other matters if it finds that,

- (a) the agreement deals with only some of the matters in dispute in respect of which the proceeding was commenced; and
- (b) it is reasonable to separate the matters in dispute dealt with in the agreement from the other matters.

No appeal

7(6) There is no appeal from the court's decision under this section.

Powers of court

8(1) The court's powers with respect to the detention, preservation and inspection of property, interim injunctions and the appointment of receivers are the same in arbitrations as in court actions.

Determination of question of law

8(2) The court may determine any question of law that arises during the arbitration on the application of the arbitral tribunal, or on a party's application if the other parties or the arbitral tribunal consent.

Appeal on question of law

8(3) The court's determination of a question of law may be appealed to The Court of Appeal, with leave of that court.

Multiple arbitrations

8(4) On the application of all the parties to more than one arbitration the court may order, on terms that it considers just,

- (a) that the arbitrations be consolidated;
- (b) that the arbitrations be conducted simultaneously or consecutively; or
- (c) that any of the arbitrations be stayed until any of the others are completed.

Consolidation by order

8(5) When the court orders that arbitrations be consolidated, it may appoint an arbitral tribunal for the consolidated arbitration, and if all the parties agree as to the choice of arbitral tribunal, the court shall appoint that arbitral tribunal

Consolidation by agreement

8(6) Subsection (4) does not prevent the parties to more than one arbitration from agreeing to consolidate the arbitrations and doing everything necessary to effect the consolidation.

ARBITRAL TRIBUNAL

Number of arbitrators

9 If the arbitration agreement does not specify the number of arbitrators who are to form the arbitral tribunal, it shall be composed of one arbitrator.

Appointment of arbitral tribunal

10(1) The court may appoint the arbitral tribunal, on a party's application, if

- (a) the arbitration agreement provides no procedure for appointing the arbitral tribunal; or
- (b) a person with power to appoint the arbitral tribunal has not done so within the time provided in the agreement or after a party has given the person seven days notice to do so, whichever is later.

No appeal

10(2) There is no appeal from the court's appointment of the arbitral tribunal.

Appointment of individual members

10(3) Subsections (1) and (2) apply, with necessary modifications, to the appointment of individual members of arbitral tribunals that are composed of more than one arbitrator.

Chairperson

10(4) An arbitral tribunal composed of three or more arbitrators shall, and an arbitral tribunal composed of two arbitrators may, elect a chairperson from among themselves.

Independence and impartiality of arbitrator

11(1) An arbitrator shall be independent of the parties and shall act impartially.

Disclosure before appointment

11(2) Before accepting an appointment as arbitrator, a person shall disclose to all parties to the arbitration any circumstances of which that person is aware that may give rise to a reasonable apprehension of bias.

Disclosure during proceedings

11(3) An arbitrator who, during an arbitration, becomes aware of circumstances that may give rise to a reasonable apprehension of bias shall promptly disclose the circumstances to all the parties.

No revocation

12 A party may not revoke the appointment of an arbitrator.

Challenge

13(1) A party may challenge an arbitrator only on one of the following grounds:

- (a) circumstances exist that may give rise to a reasonable apprehension of bias;
- (b) the arbitrator does not possess qualifications that the parties have agreed are necessary.

Challenge by appointing party

13(2) A party who appointed an arbitrator or participated in the arbitrator's appointment may challenge the arbitrator only on grounds of which the party was unaware at the time of the appointment.

Grounds of challenge

13(3) A party who wishes to challenge an arbitrator shall send the arbitral tribunal a statement of the grounds for the challenge, within 15 days of becoming aware of them.

Removal by agreement or resignation

13(4) The other parties may agree to remove the arbitrator who is being challenged, or the arbitrator may resign.

Decision on challenge

13(5) If the arbitrator is not removed by the parties and does not resign, the arbitral tribunal, including the arbitrator who is being challenged, shall decide the issue and shall notify the parties of its decision.

Appeal from decision

13(6) Within 10 days of being notified of the arbitral tribunal's decision, a party may make an application to the court to decide the issue and, in the case of the challenging party, to remove the arbitrator.

Tribunal to act during challenge

13(7) While an application is pending, the arbitral tribunal, including the arbitrator who is being challenged, may continue the arbitration and make an award, unless the court orders otherwise.

Termination of arbitrator's mandate

14(1) An arbitrator's mandate terminates when

- (a) the arbitrator resigns or dies;
- (b) the parties agree to terminate it;
- (c) the arbitral tribunal upholds a challenge to the arbitrator, 10 days elapse after all the parties are notified of the decision and no application is made to the court; or
- (d) the court removes the arbitrator under subsection 15(1).

No presumption re resignation or removal

14(2) An arbitrator's resignation or a party's agreement to terminate an arbitrator's mandate does not imply acceptance of the validity of any reason advanced for challenging or removing the arbitrator.

Removal of arbitrator by court

15(1) The court may remove an arbitrator on a party's application under subsection 13(6) or may do so on a party's application if the arbitrator becomes unable to perform the functions of an arbitrator, commits a corrupt or fraudulent act, delays unduly in conducting the arbitration or does not conduct the arbitration in accordance with section 19 (equality and fairness).

Arbitrator's right to be heard

15(2) The arbitrator is entitled to be heard by the court on an application under subsection (1).

Conduct after arbitrator removed

15(3) When the court removes an arbitrator, it may give directions about the conduct of the arbitration.

When arbitrator not to be paid

15(4) If the court removes an arbitrator for a corrupt or fraudulent act or for undue delay, it may order that the arbitrator receive no payment for services and may order that the arbitrator compensate the parties for all or part of the costs, as determined by the court, that they incurred in connection with the arbitration before the arbitrator's removal.

Appeal from decision of court

15(5) The arbitrator or a party may, within 30 days after receiving the court's decision, appeal an order made under subsection (4) or the refusal to make such an order, to The Court of Appeal, with leave of that court.

No other appeal

15(6) Except as provided in subsection (5), there is no appeal from the court's decision or from its directions under this section.

Appointment of substitute arbitrator

16(1) When an arbitrator's mandate terminates, a substitute arbitrator shall be appointed, following the procedure that was used in the appointment of the arbitrator being replaced.

Arbitration after mandate ends

16(2) When the arbitrator's mandate terminates, the court may, on a party's application, give directions about the conduct of the arbitration.

Application for substitute arbitrator

16(3) The court may appoint the substitute arbitrator, on a party's application, if

- (a) the arbitration agreement provides no procedure for appointing the substitute arbitrator; or
- (b) a person with power to appoint the substitute arbitrator has not done so within the time provided in the agreement or after a party has given the person seven days notice to do so, whichever is later.

No appeal

16(4) There is no appeal from the court's decision or from its directions under this section.

Agreement on specified arbitrator

16(5) This section does not apply if the arbitration agreement provides that the arbitration is to be conducted only by a named arbitrator.

JURISDICTION OF ARBITRAL TRIBUNAL

Ruling on jurisdiction and objections

17(1) An arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction to conduct the arbitration and may in that connection rule on objections with respect to the existence or validity of the arbitration agreement.

Questions of law

17(2) The arbitral tribunal may determine any question of law that arises during the arbitration.

Arbitration agreement part of another agreement

17(3) If the arbitration agreement forms part of another agreement, it shall, for the purpose of a ruling on jurisdiction, be treated as an independent agreement that may survive even if the main agreement is found to be invalid.

Time for objection

17(4) A party who has an objection to the arbitral tribunal's jurisdiction to conduct the arbitration shall make the objection no later than the beginning of the hearing or, if there is no hearing, no later than the first occasion on which the party submits a statement to the tribunal.

Who may object

17(5) The fact that a party has appointed or participated in the appointment of an arbitrator does not prevent the party from making an objection to jurisdiction.

Objection re tribunal exceeding authority

17(6) A party who has an objection that the arbitral tribunal is exceeding its jurisdiction shall make the objection as soon as the matter alleged to be beyond the tribunal's jurisdiction is raised during the arbitration.

Objection after time limit

17(7) Notwithstanding section 4 (waiver of right to object), if the arbitral tribunal considers the delay justified, a party may make an objection after the time referred to in subsection (4) or (6), as the case may be, has expired.

Ruling on objection

17(8) The arbitral tribunal may rule on an objection when it is raised or may deal with it in an award.

Ruling as preliminary question

17(9) If the arbitral tribunal rules on an objection when it is raised, a party may, within 30 days after receiving notice of the ruling, make an application to the court to decide the matter.

Court's decision final

17(10) There is no appeal from the court's decision on an application under subsection (9).

Arbitration pending decision

17(11) While an application is pending, the arbitral tribunal may continue the arbitration and make an award.

Order respecting property and documents

18(1) On a party's request, an arbitral tribunal may make an order for the detention, preservation or inspection of property and documents that are the subject of the arbitration or as to which a question may arise in the arbitration, and may order a party to provide security in that connection.

Court may enforce order

18(2) The court may enforce the order of an arbitral tribunal under subsection (1) as if it were a similar order made by the court in an action.

CONDUCT OF ARBITRATION

Equality and fairness

19(1) An arbitral tribunal shall treat the parties equally and fairly.

Opportunities to be heard

19(2) Each party shall be given an opportunity to present a case and to respond to the other parties' cases.

Tribunal may determine procedure

20(1) The arbitral tribunal may determine the procedure to be followed in the arbitration, in accordance with this Act.

Delegation of procedural questions

20(2) An arbitral tribunal that is composed of more than one arbitrator may delegate the determination of questions of procedure to the chairperson.

Evidence

21(1) The arbitral tribunal is not bound by the rules of evidence or any other law applicable to judicial proceedings and may determine the admissibility, relevance and weight of evidence.

Manner of admission

21(2) The arbitrator may determine the manner in which evidence is to be admitted.

Time and place of arbitration

22(1) The arbitral tribunal shall determine the time, date and place of arbitration, taking into consideration the parties' convenience and the other circumstances of the case.

Place of meetings

22(2) The arbitral tribunal may meet at any place it considers appropriate for consultation among its members, for hearing witnesses, experts or parties or for inspecting property or documents.

Commencement of arbitration

23(1) An arbitration may be commenced in any way recognized by law, including the following:

(a) a party to an arbitration agreement serves on the other parties notice to appoint or to participate in the appointment of an arbitrator under the agreement;

(b) if the arbitration agreement gives a person who is not a party power to appoint an arbitrator, one party serves notice to exercise that power on the person and serves a copy of the notice on the other parties;

(c) a party serves on the other parties a notice demanding arbitration under the arbitration agreement.

First exercise of powers

23(2) The arbitral tribunal may exercise its powers when every member has accepted appointment.

Matters referred to arbitration

24 A notice that commences an arbitration without identifying the matters in dispute is deemed to refer to arbitration all matters in dispute that the arbitration agreement entitles the party giving the notice to refer.

Submission of statements

25(1) An arbitral tribunal may require that the parties submit their statements within a specified period of time.

Content of statements

25(2) The parties' statements shall indicate the facts supporting their positions, the points at issue and the relief sought.

Documents included

25(3) The parties may submit with their statements the documents they consider relevant, or may refer to the documents or other evidence they intend to submit.

Amendment of statements

25(4) The parties may amend or supplement their statements during the arbitration, but the arbitral tribunal may disallow a change that is unduly delayed.

Oral statements

25(5) The parties may submit their statements orally, with the permission of the arbitral tribunal.

Parties to comply with directions

25(6) The parties and persons claiming through or under them shall, subject to any legal objection, comply with the directions of the arbitral tribunal, including directions to

- (a) submit to examination on oath or affirmation with respect to the matters in dispute;
- (b) produce records and documents that are in their possession or power.

Enforcement of directions

25(7) The court may enforce the direction of an arbitral tribunal as if it were a similar direction made by the court in an action.

Hearings

26(1) The arbitral tribunal may conduct the arbitration on the basis of documents or may hold hearings for the presentation of evidence and for oral argument, but the tribunal shall hold a hearing if a party requests it.

Notice of hearings and meetings

26(2) The arbitral tribunal shall give the parties sufficient notice of hearings and of meetings of the tribunal for the purpose of inspection of property or documents.

Parties to share information

26(3) A party who submits a statement to the arbitral tribunal or supplies the tribunal with any other information shall also communicate it to the other parties.

Tribunal to share documents

26(4) The arbitral tribunal shall communicate to the parties any expert reports or other documents on which it intends to rely in making a decision.

Default

27(1) If the party who commenced the arbitration does not submit a statement within the period of time specified under subsection 25(1), the arbitral tribunal may make an award dismissing the claim, unless the party offers a satisfactory explanation.

Other party's failure to submit statement

27(2) If a party other than the one who commenced the arbitration does not submit a statement within the period of time specified under subsection 25(1), the arbitral tribunal may continue the arbitration, unless the party offers a satisfactory explanation, but the tribunal shall not treat the failure to submit a statement as an admission of another party's allegations.

Failure to appear

27(3) If a party fails to appear at a hearing or to produce documentary evidence, the arbitral tribunal may continue the arbitration in a manner that it considers appropriate and make an award on the evidence before it, unless the party offers a satisfactory explanation.

Delay

27(4) In the case of delay by the party who commenced the arbitration, the arbitral tribunal may

- (a) make an award terminating the arbitration; or
 - (b) give directions for the speedy determination of the arbitration;
- and may impose conditions on its decision.

Default in joint arbitration

27(5) If the arbitration was commenced jointly by all the parties, subsections (2) and (3) apply, with necessary modifications, but subsections (1) and (4) do not.

Counterclaim

27(6) This section applies in respect of a counterclaim as if the party making it were the party who commenced the arbitration.

Appointment of expert

28(1) An arbitral tribunal may appoint an expert to report to it on specific issues.

Sharing information with expert

28(2) The arbitral tribunal may require parties to give the expert any relevant information or to allow the expert to inspect property or documents.

Expert at hearing

28(3) At the request of a party or of the arbitral tribunal, the expert shall, after making the report, participate in a hearing in which the parties may question the expert and present the testimony of another expert on the subject-matter of the report.

Obtaining evidence

29(1) A party may serve a person with a notice issued by the arbitral tribunal requiring the person to attend, give evidence and produce documents at the arbitration at the time and place named in the notice.

Effect of notice

29(2) The notice has the same effect as a notice or subpoena in a court proceeding requiring a witness to attend at a hearing or produce documents, and shall be served in the same way.

Oath

29(3) An arbitral tribunal has power to administer an oath or affirmation and power to require a witness to testify under oath or affirmation.

Testimony under oath

29(4) An arbitral tribunal shall require witnesses to testify under oath, affirmation or declaration.

Orders respecting evidence

29(5) On the application of a party or of the arbitral tribunal, the court may make orders and give directions with respect to the taking of evidence for an arbitration as if it were a court proceeding.

Restriction

30 No person shall be compelled to produce information, property or documents or to give evidence in an arbitration that the person could not be compelled to produce or give in a court proceeding.

AWARDS AND TERMINATION OF ARBITRATION

Application of law and equity

31 An arbitral tribunal shall decide a matter in dispute in accordance with law, including equity, and may order specific performance, injunctions and other equitable remedies.

Application of rules of law

32(1) In deciding a matter in dispute, an arbitral tribunal shall apply the law of a jurisdiction designated by the parties or, if none is designated, the law of a jurisdiction it considers appropriate in the circumstances.

Presumption

32(2) A designation by the parties of the law of a jurisdiction refers to the jurisdiction's substantive law and not to its conflict of laws rules, unless the parties expressly indicate that the designation includes them.

Application of arbitration agreement, contract and usages of trade

33 The arbitral tribunal shall decide the matters in dispute in accordance with the arbitration agreement and any contract under which the matters arose, and shall also take into account any applicable usages of trade.

Decision of arbitral tribunal

34 If an arbitral tribunal is composed of more than one member, a decision of a majority of the members is the arbitral tribunal's decision, but if there is no majority decision or unanimous decision, the decision of the chairperson governs.

Mediation and conciliation

35(1) The members of an arbitral tribunal may, if the parties consent, use mediation, conciliation or similar techniques during the arbitration to encourage settlement of the matters in dispute.

Resumption of arbitration

35(2) After the members of an arbitral tribunal use a technique mentioned in subsection (1), they may resume their roles as arbitrators without disqualification.

Settlement by parties

36 If the parties settle the matters in dispute during arbitration, the arbitral tribunal shall terminate the arbitration and, if a party so requests, may record the settlement in the form of an award.

Binding nature of award

37 An award binds the parties, unless it is set aside or varied under section 44 (appeal) or 45 (grounds for setting aside award).

Form of award

38(1) An award shall be made in writing and, except in the case of an award made on consent, shall state the reasons on which it is based.

Date and place to be stated

38(2) The award shall indicate the place where and the date on which it is made.

Members to sign

38(3) The award shall be dated and shall be signed by all the members of the arbitral tribunal, or by a majority of them if an explanation of the omission of the other signatures is included.

Delivery to parties

38(4) A copy of the award shall be delivered to each party.

Extension of time limit

39 The court may extend the time within which the arbitral tribunal is required to make an award, even if the time has expired.

Amplification of reasons

40(1) A party may, within 30 days after receiving an award, request in writing that the arbitral tribunal explain any matter.

Order for explanation

40(2) If the arbitral tribunal does not give an explanation within 15 days after receiving the request, the court may, on the party's application, order the tribunal to do so.

Interim awards

41(1) The arbitral tribunal may make one or more interim awards.

Final award

41(2) The arbitral tribunal may make more than one final award, disposing of one or more matters in dispute referred to arbitration in each award.

Termination of arbitration

42(1) An arbitration is terminated when

- (a) the arbitral tribunal makes a final award or awards in accordance with this Act, disposing of all matters in dispute referred to arbitration;
- (b) the arbitral tribunal terminates the arbitration under subsection (2), 27(1) (default) or 27(4) (delay); or
- (c) an arbitrator's mandate is terminated, if the arbitration agreement provides that the arbitration shall be conducted only by that arbitrator.

Termination of arbitration by tribunal

42(2) An arbitral tribunal shall make an order terminating the arbitration if

- (a) the party that commenced the arbitration withdraws the matters in dispute, unless the other party objects to the termination and the arbitral tribunal agrees that the other party is entitled to obtain a final settlement of the matters in dispute;
- (b) the parties agree that the arbitration should be terminated; or
- (c) the arbitral tribunal finds that the continuation of the arbitration has become unnecessary or impossible.

Revival of arbitration

42(3) An arbitration that is terminated may be revived for the purpose of section 43 (correction of errors) or subsection 44(4), 45(7), 45(8) (appeal) or 53(4) (costs).

Death of a party

42(4) A party's death terminates the arbitration only with respect to claims that are extinguished as a result of the death.

Correction of errors

43(1) An arbitral tribunal may, on its own initiative within 30 days after making an award or at a party's request made within 30 days after receiving the award,

- (a) correct typographical errors, errors of calculation and similar errors in the award; or
- (b) amend the award so as to correct an injustice caused by an oversight on the part of the arbitral tribunal.

Additional award

43(2) The arbitral tribunal may, on its own initiative at any time or at a party's request made within 30 days after receiving the award, make an additional award to deal with a matter in dispute that was presented in the arbitration but omitted from the earlier award.

No hearing required

43(3) The arbitral tribunal need not hold a hearing or meeting before rejecting a request made under this section.

REMEDIES

Appeal of award

44(1) If the arbitration agreement so provides, a party may appeal an award to the court on a question of law, on a question of fact or on a question of mixed fact and law.

Appeal on question of law with leave

44(2) If the arbitration agreement does not provide that the parties may appeal an award to the court on a question of law, a party may appeal an award to the court on a question of law with leave, which the court shall grant only if it is satisfied that

- (a) the importance to the parties of the matters at stake in the arbitration justifies an appeal; and

(b) determination of the question of law at issue will significantly affect the rights of the parties.

Court may require explanation

44(3) The court may require the arbitral tribunal to explain any matter.

Powers of court

44(4) The court may confirm, vary or set aside the award or may remit the award to the arbitral tribunal, with the court's opinion on the question of law, in the case of an appeal on a question of law, and give directions about the conduct of the arbitration.

Appeal to Court of Appeal

44(5) Subsections (1) and (2) do not apply to an arbitration agreement that provides for an appeal to The Court of Appeal where the Minister of Justice is satisfied that the arbitration relates to a matter of major importance to the province, in which case subsections (3) and (4) apply to the appeal with necessary modifications.

Grounds for setting aside award

45(1) On a party's application, the court may set aside an award on any of the following grounds:

- (a) a party entered into the arbitration agreement while under a legal incapacity;
- (b) the arbitration agreement is invalid or has ceased to exist;
- (c) the award deals with a matter in dispute that the arbitration agreement does not cover or contains a decision on a matter in dispute that is beyond the scope of the agreement;
- (d) the composition of the arbitral tribunal was not in accordance with the arbitration agreement or, if the agreement did not deal with the matter, was not in accordance with this Act;
- (e) the subject-matter of the arbitration is not capable of being the subject of arbitration under Manitoba law;
- (f) the applicant was not treated equally and fairly, was not given an opportunity to present a case or to respond to another party's case, or was not given proper notice of the arbitration or of the appointment of an arbitrator;
- (g) the procedures followed in the arbitration did not comply with this Act or the arbitration agreement;
- (h) an arbitrator has committed a corrupt or fraudulent act or there is a reasonable apprehension of bias;
- (i) the award was obtained by fraud.

Setting aside part of arbitration award

45(2) If clause (1)(c) applies and it is reasonable to separate the decisions on matters covered by the arbitration agreement from the impugned ones, the court shall set aside the impugned decisions and allow the others to stand.

No setting aside if party agreed

45(3) The court shall not set aside an award on grounds referred to in clause (1)(c) if the applicant has agreed to the inclusion of the matter in dispute, waived the right to object to its inclusion or agreed that the arbitral tribunal has power to decide what matters in dispute have been referred to it.

No setting aside if no challenge

45(4) The court shall not set aside an award on grounds referred to in clause (1)(h) if the party had an opportunity to challenge the arbitrator on those grounds under section 13 before the award was made and did not do so, or if those grounds were the subject of an unsuccessful challenge.

No setting aside if waiver under section 4

45(5) The court shall not set aside an award on a ground to which the applicant is deemed under section 4 to have waived the right to object.

Setting aside where failure to object justified

45(6) If the ground alleged for setting aside the award could have been raised as an objection to the arbitral tribunal's jurisdiction to conduct the arbitration or as an objection that the arbitral tribunal was exceeding its authority, the court may set the award aside on that ground if it considers the applicant's failure to make an objection in accordance with section 17 justified.

Powers of court in setting aside

45(7) When the court sets aside an award, it may remove the arbitral tribunal or an arbitrator and may give directions about the conduct of the arbitration.

Alternate powers of court instead of setting aside

45(8) Instead of setting aside an award, the court may remit it to the arbitral tribunal and give directions about the conduct of the arbitration.

Time limit

46(1) The following appeals and applications must be commenced within 30 days after the appellant or applicant receives the award, correction, explanation, change or statement of reasons on which the appeal or application is based:

- (a) an appeal under subsection 44(1);
- (b) an application for leave to appeal under subsection 44(2);
- (c) subject to subsection (2), an application to set aside an award under section 45.

Fraud or corrupt act

46(2) An application to set aside an award on the grounds that an arbitrator has committed a corrupt or fraudulent act or that the award was obtained by fraud must be commenced within the later of

- (a) a period mentioned in subsection (1); and
- (b) 30 days after the applicant discovers or ought to have discovered the fraud or corrupt act.

Declaration of invalidity of arbitration

47(1) At any stage during or after an arbitration, on the application of a party who has not participated in the arbitration, the court may grant a declaration that the arbitration is invalid because

- (a) a party entered into the arbitration agreement while under a legal incapacity;
- (b) the arbitration agreement is invalid or has ceased to exist;
- (c) the subject matter of the arbitration is not capable of being the subject of arbitration under Manitoba law; or
- (d) the arbitration agreement does not apply to the matter in dispute.

Injunction

47(2) When the court grants the declaration, it may also grant an injunction against the commencement or continuation of the arbitration.

Further appeal to Court of Appeal

48 An appeal from the court's decision in an appeal of an award, an application to set aside an award or an application for a declaration of invalidity may be made to The Court of Appeal, with leave of that court.

Enforcement of award

49(1) A person who is entitled to enforce an award made in Manitoba or elsewhere in Canada may make an application to the court to that effect.

Application for enforcement

49(2) The application shall be made on notice to the person against whom enforcement is sought, in accordance with the *Queen's Bench Rules*, and shall be supported by the original award or a certified copy of the award.

Enforcing Manitoba award

49(3) The court shall give a judgment enforcing an award made in Manitoba unless

- (a) the 30 day period for commencing an appeal or an application to set the award aside has not yet elapsed;
- (b) an appeal, an application to set the award aside or an application for a declaration of invalidity is pending; or
- (c) the award has been set aside or the arbitration is the subject of a declaration of invalidity.

Enforcing other award

49(4) The court shall give a judgment enforcing an award made elsewhere in Canada unless

- (a) the period for commencing an appeal or an application to set the award aside provided by the laws of the province or territory where the award was made has not yet elapsed;
- (b) an appeal, an application to set the award aside or application for a declaration of invalidity is pending in the province or territory where the award was made;
- (c) the award has been set aside in the province or territory where it was made or the arbitration is the subject of a declaration of invalidity granted there; or
- (d) the subject-matter of the award is not capable of being the subject of arbitration under Manitoba law.

Where appeal still allowed

49(5) If the period for commencing an appeal, an application to set the award aside or an application for a declaration of invalidity has not yet elapsed, or if such a proceeding is pending, the court may

- (a) enforce the award; or
- (b) order, on such conditions as the court considers just, that enforcement of the award is stayed until the period has elapsed without such a proceeding being commenced, or until the pending proceeding is finally disposed of.

Where proceeding pending

49(6) If the court stays the enforcement of an award made in Manitoba until a pending proceeding is finally disposed of, it may give directions for the speedy disposition of the proceeding.

Change of remedy

49(7) If the award gives a remedy that the court does not have jurisdiction to grant or would not grant in a proceeding based on similar circumstances, the court may

- (a) grant a different remedy requested by the applicant; or
- (b) in the case of an award made in Manitoba, remit it to the arbitral tribunal with the court's opinion, in which case the arbitral tribunal may award a different remedy.

Court may enforce awards

49(8) The court has the same powers with respect to the enforcement of awards as with respect to the enforcement of its own judgments.

GENERAL

Crown bound

50 This Act binds the Crown.

Limitation periods

51(1) The law with respect to limitation periods applies to an arbitration as if the arbitration were an action and a matter in dispute in the arbitration were a cause of action.

Order re deadline to commence action

51(2) If the court sets aside an award, terminates an arbitration or declares an arbitration to be invalid, it may order that the period from the commencement of the arbitration to the date of the order shall be excluded from the computation of the time within which an action may be brought on a cause of action that was a matter in dispute in the arbitration.

Deadline for application to enforce

51(3) An application for enforcement of an award may not be made more than the later of

(a) two years after the day on which the applicant receives the award; and

(b) two years after the day on which the last appeal period expires.

Service on individual

52(1) A notice or other document may be served on an individual by leaving it with that individual.

Service on corporation

52(2) A notice or other document may be served on a corporation by leaving it with an officer, director or agent of the corporation, or at a place of business of the corporation with a person who appears to be in control or management of the place.

Service by fax

52(3) A notice or other document may be served by sending it to the addressee by telephone transmission of a facsimile to the number that the addressee specified in the arbitration agreement or has furnished to the arbitral tribunal.

Service by registered mail

52(4) If a reasonable effort to serve a notice or other document under subsection (1) or (2) is not successful and it is not possible to serve it under subsection (3), it may be sent by prepaid registered mail to the mailing address that the addressee specified in the arbitration agreement or furnished to the arbitral tribunal or, if none was specified or furnished, to the addressee's last-known place of business or residence.

Deemed receipt

52(5) Unless the addressee establishes that the addressee, acting in good faith, through absence, illness or other cause beyond the addressee's control failed to receive the notice or other document until a later date, it is deemed to have been received

(a) on the day it is given or transmitted, in the case of service under subsection (1), (2) or (3); or

(b) on the fifth day after the day of mailing, in the case of service under subsection (4).

Substituted service

52(6) The court may make an order for substituted service or an order dispensing with service, in the same manner as under the *Queen's Bench Rules*, if the court is satisfied that it is necessary to serve the notice or other document to commence an arbitration or proceed towards the appointment of an arbitral tribunal and that it is impractical for any reason to effect prompt service under subsection (1), (2), (3) or (4).

Service of documents re court proceedings

52(7) This section does not apply to the service of documents in respect of court proceedings.

Costs

53(1) An arbitral tribunal may award the costs of an arbitration.

Basis for costs

53(2) The arbitral tribunal may award all or part of the costs of an arbitration on a solicitor and client basis, a party and party basis or any other basis, but if it does not specify the basis, the costs shall be determined on a party and party basis.

What costs include

53(3) The costs of an arbitration consist of the parties' legal expenses, the fees and expenses of the arbitral tribunal and any other expenses related to the arbitration.

Further award re costs

53(4) If the arbitral tribunal does not deal with costs in an award, a party may, within 30 days after receiving the award, request that it make a further award dealing with costs.

Where no award re costs

53(5) In the absence of an award dealing with costs, each party is responsible for the party's own legal expenses and for an equal share of the fees and expenses of the arbitral tribunal and of any other expenses related to the arbitration.

Offer to settle relevant to costs

53(6) If a party makes an offer in writing to another party to settle the matters in dispute or part of the matters in dispute, the offer is not accepted and the arbitral tribunal's award is no more favourable to the party to which the offer was made than was the offer, the arbitral tribunal may take that fact into account in awarding costs in respect of the period from the making of the offer to the making of the award.

Tribunal not to know of offer to settle

53(7) The fact that an offer to settle has been made shall not be communicated to the arbitral tribunal until it has made a final determination of all aspects of the matters in dispute other than costs.

Arbitrator's fees and expenses

54 The fees and expenses paid to an arbitrator shall not exceed the fair value of the services performed and the necessary and reasonable expenses actually incurred.

Assessment of fees and expenses

55(1) A party to an arbitration may have an arbitrator's account for fees and expenses assessed by an assessment officer in the same manner as a lawyer's bill under the *Queen's Bench Rules*.

Assessment of costs

55(2) If an arbitral tribunal awards costs and directs that they be assessed, or awards costs without fixing the amount or indicating how it is to be ascertained, a party to the arbitration may have the costs assessed by an assessment officer in the same manner as costs under the *Queen's Bench Rules*, having regard to the special characteristics of arbitrations.

Assessing costs of tribunal

55(3) In assessing the part of the costs represented by the fees and expenses of the arbitral tribunal, the assessment officer shall apply the same principles as in the assessment of an account under subsection (1).

Assessment after payment of account

55(4) Subsection (1) applies even if the account has been paid.

Party may request review of assessment

55(5) On the application of a party to the arbitration, the court may review an assessment of costs or of an arbitrator's account for fees and expenses and may confirm the assessment, vary it, set it aside or remit it to the assessment officer with directions.

Arbitrator may request review of assessment

55(6) On the application of an arbitrator, the court may review an assessment of the arbitrator's account for fees and expenses and may confirm the assessment, vary it, set it aside or remit it to the assessment officer with directions.

Time limit for application for review

55(7) An application for review may not be made after the period specified in the assessment officer's certificate has elapsed or, if no period is specified, more than 30 days after the date of the certificate, unless the court orders otherwise.

Enforcement of certificate

55(8) When the time during which an application for review may be made has expired and no application has been made, or when the court has reviewed the assessment and made a final determination, the assessment officer's certificate may be filed with the court and enforced as if it were a judgment of the court.

Interest

56 An arbitral tribunal has the same power with respect to interest as the court has under Part XIV of *The Court of Queen's Bench Act*, but the provision for payment into court does not apply.

Transitional

57(1) This Act applies to an arbitration conducted under an arbitration agreement made before the day this Act comes into force, if the arbitration is commenced on or after the day this Act comes into force.

Arbitrations under previous Act

57(2) Notwithstanding its repeal by section 59, *The Arbitration Act*, R.S.M. 1987 Cap. A120, continues to apply to an arbitration commenced before this Act comes into force. S.M. 2008, c. 42, s. 4.

58

NOTE: This section contained consequential amendments to *The Mining and Metallurgy Compensation Act* which are now included in that Act.

Repeal

59 *The Arbitration Act*, R.S.M. 1987 c. A120, is repealed.

C.C.S.M. reference

60 This Act may be cited as *The Arbitration Act* and referred to as chapter A120 of the *Continuing Consolidation of the Statutes of Manitoba*.

Coming into force

61 This Act comes into force on the day it receives royal assent.

ANEXO J – The International Commercial Arbitration Act, CCSM (Manitoba)

Current version: in force since Jul 27, 1993

C.C.S.M. c. C151

THE INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION ACT

(Assented to September 10, 1986)

HER MAJESTY, by and with the advice and consent of the Legislative Assembly of Manitoba, enacts as follows:

Definitions

1(1) In this Act,

"Convention" means the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, adopted by the United Nations Conference on International Commercial Arbitration in New York on June 10, 1958, as set out in Schedule A; (« Convention »)

"International Law" means the Model Law On International Commercial Arbitration, adopted by the United Nations Commission on International Trade Law on June 21, 1985, as set out in Schedule B. (« Code »)

Other words and expressions

1(2) Words and expressions used in this Act have the same meaning as the corresponding words and expressions in the Convention and the International Law, as the case may be.

PART I

FOREIGN ARBITRAL AWARDS

Application of convention

2(1) Subject to this Act, the Convention applies in Manitoba.

Limitation

2(2) The Convention applies to arbitral awards and arbitration agreements whether made before or after the coming into force of this Part but applies only in respect of differences arising out of commercial legal relationships, whether contractual or not.

Application to court

3 For the purpose of seeking recognition of an arbitral award pursuant to the Convention, application shall be made to the Court of Queen's Bench.

PART II

INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION

Application of international law

4(1) Subject to this Act, the International Law applies in Manitoba.

When applicable

4(2) The International Law applies to international commercial arbitration agreements and awards, whether made before or after the coming into force of this Part.

Conciliation and other proceedings

5 For the purpose of encouraging settlement of a dispute, an arbitral tribunal may, with the agreement of the parties, employ mediation, conciliation or other procedures at any time during the arbitration proceedings and, with the agreement of the parties, the members of the arbitral tribunal are not disqualified from resuming their roles as arbitrators by reason of the mediation, conciliation or other procedure.

Hearing to be repeated

6(1) Unless the parties otherwise agree, if an arbitrator is replaced or removed in accordance with the International Law, any hearing held prior to the replacement or removal shall be repeated.

Removal of arbitrator

6(2) With respect to article 15 of the International Law, the parties may remove an arbitrator at any time prior to the final award, regardless of how the arbitrator was appointed.

Rules applicable to substance of dispute

7 Notwithstanding article 28(2) of the International Law, if the parties fail to make a designation pursuant to article 28(1) of the International Law, the arbitral tribunal shall apply the rules of law it considers to be appropriate given all the circumstances respecting the dispute.

Consolidation of proceedings

8(1) The Court of Queen's Bench, upon application of the parties to two or more arbitration proceedings, may order

- (a) the arbitration proceedings to be consolidated, on terms it considers just;
- (b) the arbitration proceedings to be heard at the same time, or one immediately after another;
- (c) any of the arbitration proceedings to be stayed until after the determination of any other of them.

Appointment of arbitral tribunal

8(2) Where the Court orders arbitration proceedings to be consolidated pursuant to clause (1)(a) and all the parties to the consolidated arbitration proceedings are in agreement as to the choice of the arbitral tribunal for that arbitration proceeding, the arbitral tribunal shall be appointed by the Court, but if all the parties cannot agree, the Court may appoint the arbitral tribunal for that arbitration proceeding.

Agreement to consolidate

8(3) Nothing in this section shall be construed as preventing the parties to two or more arbitration proceedings from agreeing to consolidate those arbitration proceedings and taking such steps as are necessary to effect that consolidation.

Functions of court

9(1) The functions referred to in article 6 of the International Law shall be performed by the Court of Queen's Bench.

Definition of "court"

9(2) For the purposes of the International Law, a reference to "court" or "competent court", where in the context it means a court in Manitoba, means the Court of Queen's Bench except where the context otherwise requires.

PART III

GENERAL

Stay of proceedings

10 Where, pursuant to article II (3) of the Convention or article 8 of the International Law, a court refers the parties to arbitration, the proceedings of the court are stayed with respect to the matters to which the arbitration relates.

Crown bound

11(1) This Act binds the Crown.

Enforcement against Crown

11(2) An award recognized pursuant to this Act is enforceable against the Crown in the same manner and to the same extent as a judgment is enforceable against the Crown.

Interpretation

12(1) This Act shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the Act in their context and in the light of its objects and purposes.

Aids in interpretation

12(2) In applying subsection (1) to the International Law, recourse may be had to
(a) the Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its 18th session (June 3 - 21, 1985);

(b) the Analytical Commentary contained in the Report of the Secretary General to the 18th Session of the United Nations Commission on International Trade Law; as published in the *Canada Gazette*.

Regulations

13 The Minister of Justice may make such regulations as are necessary

(a) for the purpose of carrying out the Convention or for giving effect to any of its provisions; and

(b) for the purpose of carrying out this Act or for giving effect to any of its provisions.

S.M. 1993, c. 48, s. 50.

Reference in Continuing Consolidation

14 This Act may be referred to as chapter C151 of the *Continuing Consolidation of the Statutes of Manitoba*.

Commencement of Act

15 This Act comes into force on a day to be fixed by proclamation.

SCHEDULE A

CONVENTION ON THE RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN ARBITRAL AWARDS

[...]

SCHEDULE B

UNCITRAL MODEL LAW ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION

(As adopted by the United Nations Commission on International Trade Law on 21 June 1985)

[...]

NOTE: S.M. 1986-87, c. 32 was proclaimed in force November 15, 1986.

ANEXO K – Arbitration Act, 1991, SO 1991 (Ontario)

Current version: in force since Dec 15, 2009

Arbitration Act, 1991

S.O. 1991, CHAPTER 17

Consolidation Period: From December 15, 2009 to the e-Laws currency date.

Last amendment: 2009, c. 33, Sched. 2, s. 5.

Introductory Matters

Definitions

1. In this Act,

“arbitration agreement” means an agreement by which two or more persons agree to submit to arbitration a dispute that has arisen or may arise between them; (“convention d’arbitrage”)

“arbitrator” includes an umpire; (“arbitre”)

“court”, except in sections 6 and 7, means the Family Court or the Superior Court of Justice; (“tribunal judiciaire”)

“family arbitration” means an arbitration that,

(a) deals with matters that could be dealt with in a marriage contract, separation agreement, cohabitation agreement or paternity agreement under Part IV of the *Family Law Act*, and

(b) is conducted exclusively in accordance with the law of Ontario or of another Canadian jurisdiction; (“arbitrage familial”)

“family arbitration agreement” and “family arbitration award” have meanings that correspond to the meaning of “family arbitration”. (“convention d’arbitrage familial”, “sentence d’arbitrage familial”) 1991, c. 17, s. 1; 2006, c. 1, s. 1 (1); 2006, c. 19, Sched. C, s. 1 (1); 2009, c. 33, Sched. 2, s. 5.

Application of Act

Arbitrations conducted under agreements

2. (1) This Act applies to an arbitration conducted under an arbitration agreement unless,

(a) the application of this Act is excluded by law; or

(b) the *International Commercial Arbitration Act* applies to the arbitration. 1991, c. 17, s. 2 (1).

Transition, existing agreements

(2) This Act applies to an arbitration conducted under an arbitration agreement made before the day this Act comes into force, if the arbitration is commenced after that day. 1991, c. 17, s. 2 (2).

Arbitrations conducted under statutes

(3) This Act applies, with necessary modifications, to an arbitration conducted in accordance with another Act, unless that Act provides otherwise; however, in the event of conflict between this Act and the other Act or regulations made under the other Act, the other Act or the regulations prevail. 1991, c. 17, s. 2 (3).

Transition, arbitrations already commenced

(4) Despite its repeal by section 58, the *Arbitrations Act*, as it read on the 31st day of December, 1991, continues to apply to arbitrations commenced on or before that day. 1991, c. 17, s. 2 (4).

Family arbitrations, agreements and awards

2.1 (1) Family arbitrations, family arbitration agreements and family arbitration awards are governed by this Act and by the *Family Law Act*. 2006, c. 1, s. 1 (2).

Conflict

(2) In the event of conflict between this Act and the *Family Law Act*, the *Family Law Act* prevails. 2006, c. 1, s. 1 (2).

Other third-party decision-making processes in family matters

2.2 (1) When a decision about a matter described in clause (a) of the definition of “family arbitration” in section 1 is made by a third person in a process that is not conducted exclusively in accordance with the law of Ontario or of another Canadian jurisdiction,

(a) the process is not a family arbitration; and

(b) the decision is not a family arbitration award and has no legal effect. 2006, c. 1, s. 1 (2).

Advice

(2) Nothing in this section restricts a person’s right to obtain advice from another person. 2006, c. 1, s. 1 (2).

Contracting out

3. The parties to an arbitration agreement may agree, expressly or by implication, to vary or exclude any provision of this Act except the following:

1. In the case of an arbitration agreement other than a family arbitration agreement,

i. subsection 5 (4) (“*Scott v. Avery*” clauses),

ii. section 19 (equality and fairness),

iii. section 39 (extension of time limits),

iv. section 46 (setting aside award),

v. section 48 (declaration of invalidity of arbitration),

vi. section 50 (enforcement of award).

2. In the case of a family arbitration agreement,

i. the provisions listed in subparagraphs 1 i to vi,

ii. subsection 4 (2) (no deemed waiver of right to object),

iii. section 31 (application of law and equity),

iv. subsections 32 (3) and (4) (substantive law of Ontario or other Canadian jurisdiction), and

v. section 45 (appeals). 2006, c. 1, s. 1 (3).

Waiver of right to object

4. (1) A party who participates in an arbitration despite being aware of non-compliance with a provision of this Act, except one mentioned in section 3, or with the arbitration agreement, and does not object to the non-compliance within the time limit provided or, if none is provided, within a reasonable time, shall be deemed to have waived the right to object. 1991, c. 17, s. 4.

Exception, family arbitrations

(2) Subsection (1) does not apply to a family arbitration. 2006, c. 1, s. 1 (4).

Arbitration agreements

5. (1) An arbitration agreement may be an independent agreement or part of another agreement. 1991, c. 17, s. 5 (1).

Further agreements

(2) If the parties to an arbitration agreement make a further agreement in connection with the arbitration, it shall be deemed to form part of the arbitration agreement. 1991, c. 17, s. 5 (2).

Oral agreements

(3) An arbitration agreement need not be in writing. 1991, c. 17, s. 5 (3).

“*Scott v. Avery*” clauses

(4) An agreement requiring or having the effect of requiring that a matter be adjudicated by arbitration before it may be dealt with by a court has the same effect as an arbitration agreement. 1991, c. 17, s. 5 (4).

Revocation

(5) An arbitration agreement may be revoked only in accordance with the ordinary rules of contract law. 1991, c. 17, s. 5 (5).

Court Intervention

Court intervention limited

6. No court shall intervene in matters governed by this Act, except for the following purposes, in accordance with this Act:

1. To assist the conducting of arbitrations.
2. To ensure that arbitrations are conducted in accordance with arbitration agreements.
3. To prevent unequal or unfair treatment of parties to arbitration agreements.
4. To enforce awards. 1991, c. 17, s. 6.

Stay

7. (1) If a party to an arbitration agreement commences a proceeding in respect of a matter to be submitted to arbitration under the agreement, the court in which the proceeding is commenced shall, on the motion of another party to the arbitration agreement, stay the proceeding. 1991, c. 17, s. 7 (1).

Exceptions

(2) However, the court may refuse to stay the proceeding in any of the following cases:

1. A party entered into the arbitration agreement while under a legal incapacity.
2. The arbitration agreement is invalid.
3. The subject-matter of the dispute is not capable of being the subject of arbitration under Ontario law.
4. The motion was brought with undue delay.
5. The matter is a proper one for default or summary judgment. 1991, c. 17, s. 7 (2).

Arbitration may continue

(3) An arbitration of the dispute may be commenced and continued while the motion is before the court. 1991, c. 17, s. 7 (3).

Effect of refusal to stay

(4) If the court refuses to stay the proceeding,

- (a) no arbitration of the dispute shall be commenced; and
- (b) an arbitration that has been commenced shall not be continued, and anything done in connection with the arbitration before the court made its decision is without effect. 1991, c. 17, s. 7 (4).

Agreement covering part of dispute

(5) The court may stay the proceeding with respect to the matters dealt with in the arbitration agreement and allow it to continue with respect to other matters if it finds that,

- (a) the agreement deals with only some of the matters in respect of which the proceeding was commenced; and
- (b) it is reasonable to separate the matters dealt with in the agreement from the other matters. 1991, c. 17, s. 7 (5).

No appeal

(6) There is no appeal from the court's decision. 1991, c. 17, s. 7 (6).

Powers of court

8. (1) The court's powers with respect to the detention, preservation and inspection of property, interim injunctions and the appointment of receivers are the same in arbitrations as in court actions. 1991, c. 17, s. 8 (1).

Questions of law

(2) The arbitral tribunal may determine any question of law that arises during the arbitration; the court may do so on the application of the arbitral tribunal, or on a party's application if the other parties or the arbitral tribunal consent. 1991, c. 17, s. 8 (2).

Appeal

(3) The court's determination of a question of law may be appealed to the Court of Appeal, with leave. 1991, c. 17, s. 8 (3).

More than one arbitration

(4) On the application of all the parties to more than one arbitration the court may order, on such terms as are just,

(a) that the arbitrations be consolidated;

(b) that the arbitrations be conducted simultaneously or consecutively; or

(c) that any of the arbitrations be stayed until any of the others are completed. 1991, c. 17, s. 8 (4).

Arbitral tribunal for consolidated arbitrations

(5) When the court orders that arbitrations be consolidated, it may appoint an arbitral tribunal for the consolidated arbitration; if all the parties agree as to the choice of arbitral tribunal, the court shall appoint it. 1991, c. 17, s. 8 (5).

Consolidation by agreement of parties

(6) Subsection (4) does not prevent the parties to more than one arbitration from agreeing to consolidate the arbitrations and doing everything necessary to effect the consolidation. 1991, c. 17, s. 8 (6).

Composition of Arbitral Tribunal

Number of arbitrators

9. If the arbitration agreement does not specify the number of arbitrators who are to form the arbitral tribunal, it shall be composed of one arbitrator. 1991, c. 17, s. 9.

Appointment of arbitral tribunal

10. (1) The court may appoint the arbitral tribunal, on a party's application, if,

(a) the arbitration agreement provides no procedure for appointing the arbitral tribunal; or

(b) a person with power to appoint the arbitral tribunal has not done so after a party has given the person seven days notice to do so. 1991, c. 17, s. 10 (1).

No appeal

(2) There is no appeal from the court's appointment of the arbitral tribunal. 1991, c. 17, s. 10 (2).

More than one arbitrator

(3) Subsections (1) and (2) apply, with necessary modifications, to the appointment of individual members of arbitral tribunals that are composed of more than one arbitrator. 1991, c. 17, s. 10 (3).

Chair

(4) If the arbitral tribunal is composed of three or more arbitrators, they shall elect a chair from among themselves; if it is composed of two arbitrators, they may do so. 1991, c. 17, s. 10 (4).

Duty of arbitrator

11. (1) An arbitrator shall be independent of the parties and shall act impartially. 1991, c. 17, s. 11 (1).

Disclosure before accepting appointment

(2) Before accepting an appointment as arbitrator, a person shall disclose to all parties to the arbitration any circumstances of which he or she is aware that may give rise to a reasonable apprehension of bias. 1991, c. 17, s. 11 (2).

Disclosure during arbitration

(3) An arbitrator who, during an arbitration, becomes aware of circumstances that may give rise to a reasonable apprehension of bias shall promptly disclose them to all the parties. 1991, c. 17, s. 11 (3).

No revocation

12. A party may not revoke the appointment of an arbitrator. 1991, c. 17, s. 12.

Challenge

13. (1) A party may challenge an arbitrator only on one of the following grounds:

1. Circumstances exist that may give rise to a reasonable apprehension of bias.
2. The arbitrator does not possess qualifications that the parties have agreed are necessary. 1991, c. 17, s. 13 (1).

Idem, arbitrator appointed by party

(2) A party who appointed an arbitrator or participated in his or her appointment may challenge the arbitrator only for grounds of which the party was unaware at the time of the appointment. 1991, c. 17, s. 13 (2).

Procedure for challenge

(3) A party who wishes to challenge an arbitrator shall send the arbitral tribunal a statement of the grounds for the challenge, within fifteen days of becoming aware of them. 1991, c. 17, s. 13 (3).

Removal or resignation of challenged arbitrator

(4) The other parties may agree to remove the challenged arbitrator, or the arbitrator may resign. 1991, c. 17, s. 13 (4).

Decision of arbitral tribunal

(5) If the challenged arbitrator is not removed by the parties and does not resign, the arbitral tribunal, including the challenged arbitrator, shall decide the issue and shall notify the parties of its decision. 1991, c. 17, s. 13 (5).

Application to court

(6) Within ten days of being notified of the arbitral tribunal's decision, a party may make an application to the court to decide the issue and, in the case of the challenging party, to remove the arbitrator. 1991, c. 17, s. 13 (6).

Arbitration may continue

(7) While an application is pending, the arbitral tribunal, including the challenged arbitrator, may continue the arbitration and make an award, unless the court orders otherwise. 1991, c. 17, s. 13 (7).

Termination of arbitrator's mandate

14. (1) An arbitrator's mandate terminates when,

- (a) the arbitrator resigns or dies;
- (b) the parties agree to terminate it;
- (c) the arbitral tribunal upholds a challenge to the arbitrator, ten days elapse after all the parties are notified of the decision and no application is made to the court; or
- (d) the court removes the arbitrator under subsection 15 (1). 1991, c. 17, s. 14 (1).

Significance of resignation or agreement to terminate

(2) An arbitrator's resignation or a party's agreement to terminate an arbitrator's mandate does not imply acceptance of the validity of any reason advanced for challenging or removing him or her. 1991, c. 17, s. 14 (2).

Removal of arbitrator by court

15. (1) The court may remove an arbitrator on a party's application under subsection 13 (6) (challenge), or may do so on a party's application if the arbitrator becomes unable to perform his or her functions, commits a corrupt or fraudulent act, delays unduly in conducting the arbitration or does not conduct it in accordance with section 19 (equality and fairness). 1991, c. 17, s. 15 (1).

Right of arbitrator

(2) The arbitrator is entitled to be heard by the court if the application is based on an allegation that he or she committed a corrupt or fraudulent act or delayed unduly in conducting the arbitration. 1991, c. 17, s. 15 (2).

Directions

(3) When the court removes an arbitrator, it may give directions about the conduct of the arbitration. 1991, c. 17, s. 15 (3).

Penalty

(4) If the court removes an arbitrator for a corrupt or fraudulent act or for undue delay, it may order that the arbitrator receive no payment for his or her services and may order that he or she compensate the parties for all or part of the costs, as determined by the court, that they incurred in connection with the arbitration before his or her removal. 1991, c. 17, s. 15 (4).

Appeal re penalty

(5) The arbitrator or a party may, within thirty days after receiving the court's decision, appeal an order made under subsection (4) or the refusal to make such an order to the Court of Appeal, with leave of that court. 1991, c. 17, s. 15 (5).

No other appeal

(6) Except as provided in subsection (5), there is no appeal from the court's decision or from its directions. 1991, c. 17, s. 15 (6).

Appointment of substitute arbitrator

16. (1) When an arbitrator's mandate terminates, a substitute arbitrator shall be appointed, following the procedure that was used in the appointment of the arbitrator being replaced. 1991, c. 17, s. 16 (1).

Directions

(2) When the arbitrator's mandate terminates, the court may, on a party's application, give directions about the conduct of the arbitration. 1991, c. 17, s. 16 (2).

Court appointment

(3) The court may appoint the substitute arbitrator, on a party's application, if,
 (a) the arbitration agreement provides no procedure for appointing the substitute arbitrator; or
 (b) a person with power to appoint the substitute arbitrator has not done so after a party has given the person seven days notice to do so. 1991, c. 17, s. 16 (3).

No appeal

(4) There is no appeal from the court's decision or from its directions. 1991, c. 17, s. 16 (4).

Exception

(5) This section does not apply if the arbitration agreement provides that the arbitration is to be conducted only by a named arbitrator. 1991, c. 17, s. 16 (5).

Jurisdiction of Arbitral Tribunal

Rulings and objections re jurisdiction

Arbitral tribunal may rule on own jurisdiction

17. (1) An arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction to conduct the arbitration and may in that connection rule on objections with respect to the existence or validity of the arbitration agreement. 1991, c. 17, s. 17 (1).

Independent agreement

(2) If the arbitration agreement forms part of another agreement, it shall, for the purposes of a ruling on jurisdiction, be treated as an independent agreement that may survive even if the main agreement is found to be invalid. 1991, c. 17, s. 17 (2).

Time for objections to jurisdiction

(3) A party who has an objection to the arbitral tribunal's jurisdiction to conduct the arbitration shall make the objection no later than the beginning of the hearing or, if there is no hearing, no later than the first occasion on which the party submits a statement to the tribunal. 1991, c. 17, s. 17 (3).

Party's appointment of arbitrator no bar to objection

(4) The fact that a party has appointed or participated in the appointment of an arbitrator does not prevent the party from making an objection to jurisdiction. 1991, c. 17, s. 17 (4).

Time for objections that tribunal is exceeding authority

(5) A party who has an objection that the arbitral tribunal is exceeding its authority shall make the objection as soon as the matter alleged to be beyond the tribunal's authority is raised during the arbitration. 1991, c. 17, s. 17 (5).

Later objections

(6) Despite section 4, if the arbitral tribunal considers the delay justified, a party may make an objection after the time limit referred to in subsection (3) or (5), as the case may be, has expired. 1991, c. 17, s. 17 (6).

Ruling

(7) The arbitral tribunal may rule on an objection as a preliminary question or may deal with it in an award. 1991, c. 17, s. 17 (7).

Review by court

(8) If the arbitral tribunal rules on an objection as a preliminary question, a party may, within thirty days after receiving notice of the ruling, make an application to the court to decide the matter. 1991, c. 17, s. 17 (8).

No appeal

(9) There is no appeal from the court's decision. 1991, c. 17, s. 17 (9).

Arbitration may continue

(10) While an application is pending, the arbitral tribunal may continue the arbitration and make an award. 1991, c. 17, s. 17 (10).

Detention, preservation and inspection of property and documents

18. (1) On a party's request, an arbitral tribunal may make an order for the detention, preservation or inspection of property and documents that are the subject of the arbitration or as to which a question may arise in the arbitration, and may order a party to provide security in that connection. 1991, c. 17, s. 18 (1).

Enforcement by court

(2) The court may enforce the direction of an arbitral tribunal as if it were a similar direction made by the court in an action. 1991, c. 17, s. 18 (2).

Conduct of Arbitration

Equality and fairness

19. (1) In an arbitration, the parties shall be treated equally and fairly. 1991, c. 17, s. 19 (1).

Idem

(2) Each party shall be given an opportunity to present a case and to respond to the other parties' cases. 1991, c. 17, s. 19 (2).

Procedure

20. (1) The arbitral tribunal may determine the procedure to be followed in the arbitration, in accordance with this Act. 1991, c. 17, s. 20 (1).

Idem

(2) An arbitral tribunal that is composed of more than one arbitrator may delegate the determination of questions of procedure to the chair. 1991, c. 17, s. 20 (2).

Evidence

21. Sections 14, 15 and 16 (protection of witnesses, evidence at hearings, notice of facts and opinions) of the *Statutory Powers Procedure Act* apply to the arbitration, with necessary modifications. 1991, c. 17, s. 21.

Time and place of arbitration

22. (1) The arbitral tribunal shall determine the time, date and place of arbitration, taking into consideration the parties' convenience and the other circumstances of the case. 1991, c. 17, s. 22 (1).

Meetings for special purposes

(2) The arbitral tribunal may meet at any place it considers appropriate for consultation among its members, for hearing witnesses, experts or parties, or for inspecting property or documents. 1991, c. 17, s. 22 (2).

Commencement of arbitration

23. (1) An arbitration may be commenced in any way recognized by law, including the following:

1. A party to an arbitration agreement serves on the other parties notice to appoint or to participate in the appointment of an arbitrator under the agreement.

2. If the arbitration agreement gives a person who is not a party power to appoint an arbitrator, one party serves notice to exercise that power on the person and serves a copy of the notice on the other parties.

3. A party serves on the other parties a notice demanding arbitration under the agreement. 1991, c. 17, s. 23 (1).

Exercise of arbitral tribunal's powers

(2) The arbitral tribunal may exercise its powers when every member has accepted appointment. 1991, c. 17, s. 23 (2).

Matters referred to arbitration

24. A notice that commences an arbitration without identifying the dispute shall be deemed to refer to arbitration all disputes that the arbitration agreement entitles the party giving the notice to refer. 1991, c. 17, s. 24.

Procedural directions

25. (1) An arbitral tribunal may require that the parties submit their statements within a specified period of time. 1991, c. 17, s. 25 (1).

Contents of statements

(2) The parties' statements shall indicate the facts supporting their positions, the points at issue and the relief sought. 1991, c. 17, s. 25 (2).

Documents and other evidence

(3) The parties may submit with their statements the documents they consider relevant, or may refer to the documents or other evidence they intend to submit. 1991, c. 17, s. 25 (3).

Changes to statements

(4) The parties may amend or supplement their statements during the arbitration; however, the arbitral tribunal may disallow a change that is unduly delayed. 1991, c. 17, s. 25 (4).

Oral statements

(5) With the arbitral tribunal's permission, the parties may submit their statements orally. 1991, c. 17, s. 25 (5).

Directions of arbitral tribunal

(6) The parties and persons claiming through or under them shall, subject to any legal objection, comply with the arbitral tribunal's directions, including directions to,

(a) submit to examination on oath or affirmation with respect to the dispute;

(b) produce records and documents that are in their possession or power. 1991, c. 17, s. 25 (6).

Enforcement by court

(7) The court may enforce the direction of an arbitral tribunal as if it were a similar direction made by the court in an action. 1991, c. 17, s. 25 (7).

Hearings and written proceedings

26. (1) The arbitral tribunal may conduct the arbitration on the basis of documents or may hold hearings for the presentation of evidence and for oral argument; however, the tribunal shall hold a hearing if a party requests it. 1991, c. 17, s. 26 (1).

Notice

(2) The arbitral tribunal shall give the parties sufficient notice of hearings and of meetings of the tribunal for the purpose of inspection of property or documents. 1991, c. 17, s. 26 (2).

Communication to parties

(3) A party who submits a statement to the arbitral tribunal or supplies the tribunal with any other information shall also communicate it to the other parties. 1991, c. 17, s. 26 (3).

Idem

(4) The arbitral tribunal shall communicate to the parties any expert reports or other documents on which it may rely in making a decision. 1991, c. 17, s. 26 (4).

Party's failure to act

Failure to submit statement

27. (1) If the party who commenced the arbitration does not submit a statement within the period of time specified under subsection 25 (1), the arbitral tribunal may, unless the party offers a satisfactory explanation, make an award dismissing the claim. 1991, c. 17, s. 27 (1).

Idem

(2) If a party other than the one who commenced the arbitration does not submit a statement within the period of time specified under subsection 25 (1), the arbitral tribunal may, unless the party offers a satisfactory explanation, continue the arbitration, but shall not treat the failure to submit a statement as an admission of another party's allegations. 1991, c. 17, s. 27 (2).

Failure to appear or produce evidence

(3) If a party fails to appear at a hearing or to produce documentary evidence, the arbitral tribunal may, unless the party offers a satisfactory explanation, continue the arbitration and make an award on the evidence before it. 1991, c. 17, s. 27 (3).

Delay

(4) In the case of delay by the party who commenced the arbitration, the arbitral tribunal may make an award dismissing the claim or give directions for the speedy determination of the arbitration, and may impose conditions on its decision. 1991, c. 17, s. 27 (4).

Jointly commenced arbitration

(5) If the arbitration was commenced jointly by all the parties, subsections (2) and (3) apply, with necessary modifications, but subsections (1) and (4) do not. 1991, c. 17, s. 27 (5).

Counterclaim

(6) This section applies in respect of a counterclaim as if the party making it were the party who commenced the arbitration. 1991, c. 17, s. 27 (6).

Appointment of expert

28. (1) An arbitral tribunal may appoint an expert to report to it on specific issues. 1991, c. 17, s. 28 (1).

Information and documents

(2) The arbitral tribunal may require parties to give the expert any relevant information or to allow him or her to inspect property or documents. 1991, c. 17, s. 28 (2).

Hearing

(3) At the request of a party or of the arbitral tribunal, the expert shall, after making the report, participate in a hearing in which the parties may question the expert and present the testimony of another expert on the subject-matter of the report. 1991, c. 17, s. 28 (3).

Witnesses and taking of evidence

Notice to witness

29. (1) A party may serve a person with a notice, issued by the arbitral tribunal, requiring the person to attend and give evidence at the arbitration at the time and place named in the notice. 1991, c. 17, s. 29 (1).

Service of notice

(2) The notice has the same effect as a notice in a court proceeding requiring a witness to attend at a hearing or produce documents, and shall be served in the same way. 1991, c. 17, s. 29 (2).

Power of arbitral tribunal

(3) An arbitral tribunal has power to administer an oath or affirmation and power to require a witness to testify under oath or affirmation. 1991, c. 17, s. 29 (3).

Court orders and directions

(4) On the application of a party or of the arbitral tribunal, the court may make orders and give directions with respect to the taking of evidence for an arbitration as if it were a court proceeding. 1991, c. 17, s. 29 (4).

Restriction

30. No person shall be compelled to produce information, property or documents or to give evidence in an arbitration that the person could not be compelled to produce or give in a court proceeding. 1991, c. 17, s. 30.

Awards and Termination of Arbitration

Application of law and equity

31. An arbitral tribunal shall decide a dispute in accordance with law, including equity, and may order specific performance, injunctions and other equitable remedies. 1991, c. 17, s. 31.

Conflict of laws

32. (1) In deciding a dispute, an arbitral tribunal shall apply the rules of law designated by the parties or, if none are designated, the rules of law it considers appropriate in the circumstances. 1991, c. 17, s. 32 (1).

Designation by parties

(2) A designation by the parties of the law of a jurisdiction refers to the jurisdiction's substantive law and not to its conflict of laws rules, unless the parties expressly indicate that the designation includes them. 1991, c. 17, s. 32 (2).

Exception, family arbitration

(3) Subsections (1) and (2) do not apply to a family arbitration. 2006, c. 1, s. 1 (5).

Same

(4) In a family arbitration, the arbitral tribunal shall apply the substantive law of Ontario, unless the parties expressly designate the substantive law of another Canadian jurisdiction, in which case that substantive law shall be applied. 2006, c. 1, s. 1 (5).

Application of arbitration agreement, contract and usages of trade

33. The arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with the arbitration agreement and the contract, if any, under which the dispute arose, and may also take into account any applicable usages of trade. 1991, c. 17, s. 33.

Decision of arbitral tribunal

34. If an arbitral tribunal is composed of more than one member, a decision of a majority of the members is the arbitral tribunal's decision; however, if there is no majority decision or unanimous decision, the chair's decision governs. 1991, c. 17, s. 34.

Mediation and conciliation

35. The members of an arbitral tribunal shall not conduct any part of the arbitration as a mediation or conciliation process or other similar process that might compromise or appear to compromise the arbitral tribunal's ability to decide the dispute impartially. 1991, c. 17, s. 35.

Settlement

36. If the parties settle the dispute during arbitration, the arbitral tribunal shall terminate the arbitration and, if a party so requests, may record the settlement in the form of an award. 1991, c. 17, s. 36.

Binding nature of award

37. An award binds the parties, unless it is set aside or varied under section 45 or 46 (appeal, setting aside award). 1991, c. 17, s. 37.

Form of award

38. (1) An award shall be made in writing and, except in the case of an award made on consent, shall state the reasons on which it is based. 1991, c. 17, s. 38 (1).

Idem

(2) The award shall indicate the place where and the date on which it is made. 1991, c. 17, s. 38 (2).

Formalities of execution

(3) The award shall be dated and shall be signed by all the members of the arbitral tribunal, or by a majority of them if an explanation of the omission of the other signatures is included. 1991, c. 17, s. 38 (3).

Copies

(4) A copy of the award shall be delivered to each party. 1991, c. 17, s. 38 (4).

Extension of time limits

39. The court may extend the time within which the arbitral tribunal is required to make an award, even if the time has expired. 1991, c. 17, s. 39.

Explanation

40. (1) A party may, within thirty days after receiving an award, request that the arbitral tribunal explain any matter. 1991, c. 17, s. 40 (1).

Court order

(2) If the arbitral tribunal does not give an explanation within fifteen days after receiving the request, the court may, on the party's application, order it to do so. 1991, c. 17, s. 40 (2).

Interim awards

41. The arbitral tribunal may make one or more interim awards. 1991, c. 17, s. 41.

More than one final award

42. The arbitral tribunal may make more than one final award, disposing of one or more matters referred to arbitration in each award. 1991, c. 17, s. 42.

Termination of arbitration

43. (1) An arbitration is terminated when,

- (a) the arbitral tribunal makes a final award in accordance with this Act, disposing of all matters referred to arbitration;
- (b) the arbitral tribunal terminates the arbitration under subsection (2), (3), 27 (1) (claimant's failure to submit statement) or 27 (4) (delay); or
- (c) an arbitrator's mandate is terminated, if the arbitration agreement provides that the arbitration shall be conducted only by that arbitrator. 1991, c. 17, s. 43 (1).

Order by arbitral tribunal

(2) An arbitral tribunal shall make an order terminating the arbitration if the claimant withdraws the claim, unless the respondent objects to the termination and the arbitral tribunal agrees that the respondent is entitled to obtain a final settlement of the dispute. 1991, c. 17, s. 43 (2).

Idem

(3) An arbitral tribunal shall make an order terminating the arbitration if,

- (a) the parties agree that the arbitration should be terminated; or
- (b) the arbitral tribunal finds that continuation of the arbitration has become unnecessary or impossible. 1991, c. 17, s. 43 (3).

Revival

(4) The arbitration may be revived for the purposes of section 44 (corrections) or subsection 45 (5) (appeal), 46 (7), 46 (8) (setting aside award) or 54 (3) (costs). 1991, c. 17, s. 43 (4).

Death

(5) A party's death terminates the arbitration only with respect to claims that are extinguished as a result of the death. 1991, c. 17, s. 43 (5).

Corrections and additional awards

Errors, injustices caused by oversights

44. (1) An arbitral tribunal may, on its own initiative within thirty days after making an award or at a party's request made within thirty days after receiving the award,

- (a) correct typographical errors, errors of calculation and similar errors in the award; or
- (b) amend the award so as to correct an injustice caused by an oversight on the part of the arbitral tribunal. 1991, c. 17, s. 44 (1).

Additional awards

(2) The arbitral tribunal may, on its own initiative at any time or at a party's request made within thirty days after receiving the award, make an additional award to deal with a claim

that was presented in the arbitration but omitted from the earlier award. 1991, c. 17, s. 44 (2).

No hearing necessary

(3) The arbitral tribunal need not hold a hearing or meeting before rejecting a request made under this section. 1991, c. 17, s. 44 (3).

Remedies

Appeals

Appeal on question of law

45. (1) If the arbitration agreement does not deal with appeals on questions of law, a party may appeal an award to the court on a question of law with leave, which the court shall grant only if it is satisfied that,

(a) the importance to the parties of the matters at stake in the arbitration justifies an appeal; and

(b) determination of the question of law at issue will significantly affect the rights of the parties. 1991, c. 17, s. 45 (1).

Idem

(2) If the arbitration agreement so provides, a party may appeal an award to the court on a question of law. 1991, c. 17, s. 45 (2).

Appeal on question of fact or mixed fact and law

(3) If the arbitration agreement so provides, a party may appeal an award to the court on a question of fact or on a question of mixed fact and law. 1991, c. 17, s. 45 (3).

Powers of court

(4) The court may require the arbitral tribunal to explain any matter. 1991, c. 17, s. 45 (4).

Idem

(5) The court may confirm, vary or set aside the award or may remit the award to the arbitral tribunal with the court's opinion on the question of law, in the case of an appeal on a question of law, and give directions about the conduct of the arbitration. 1991, c. 17, s. 45 (5).

Family arbitration award

(6) Any appeal of a family arbitration award lies to,

(a) the Family Court, in the areas where it has jurisdiction under subsection 21.1 (4) of the *Courts of Justice Act*;

(b) the Superior Court of Justice, in the rest of Ontario. 2006, c. 1, s. 1 (6).

Setting aside award

46. (1) On a party's application, the court may set aside an award on any of the following grounds:

1. A party entered into the arbitration agreement while under a legal incapacity.

2. The arbitration agreement is invalid or has ceased to exist.

3. The award deals with a dispute that the arbitration agreement does not cover or contains a decision on a matter that is beyond the scope of the agreement.

4. The composition of the tribunal was not in accordance with the arbitration agreement or, if the agreement did not deal with that matter, was not in accordance with this Act.

5. The subject-matter of the dispute is not capable of being the subject of arbitration under Ontario law.

6. The applicant was not treated equally and fairly, was not given an opportunity to present a case or to respond to another party's case, or was not given proper notice of the arbitration or of the appointment of an arbitrator.

7. The procedures followed in the arbitration did not comply with this Act.

8. An arbitrator has committed a corrupt or fraudulent act or there is a reasonable apprehension of bias.

9. The award was obtained by fraud.

10. The award is a family arbitration award that is not enforceable under the *Family Law Act*. 1991, c. 17, s. 46 (1); 2006, c. 1, s. 1 (7).

Severable parts of award

(2) If paragraph 3 of subsection (1) applies and it is reasonable to separate the decisions on matters covered by the arbitration agreement from the impugned ones, the court shall set aside the impugned decisions and allow the others to stand. 1991, c. 17, s. 46 (2).

Restriction

(3) The court shall not set aside an award on grounds referred to in paragraph 3 of subsection (1) if the party has agreed to the inclusion of the dispute or matter, waived the right to object to its inclusion or agreed that the arbitral tribunal has power to decide what disputes have been referred to it. 1991, c. 17, s. 46 (3).

Idem

(4) The court shall not set aside an award on grounds referred to in paragraph 8 of subsection (1) if the party had an opportunity to challenge the arbitrator on those grounds under section 13 before the award was made and did not do so, or if those grounds were the subject of an unsuccessful challenge. 1991, c. 17, s. 46 (4).

Deemed waiver

(5) The court shall not set aside an award on a ground to which the applicant is deemed under section 4 to have waived the right to object. 1991, c. 17, s. 46 (5).

Exception

(6) If the ground alleged for setting aside the award could have been raised as an objection to the arbitral tribunal's jurisdiction to conduct the arbitration or as an objection that the arbitral tribunal was exceeding its authority, the court may set the award aside on that ground if it considers the applicant's failure to make an objection in accordance with section 17 justified. 1991, c. 17, s. 46 (6).

Connected matters

(7) When the court sets aside an award, it may remove the arbitral tribunal or an arbitrator and may give directions about the conduct of the arbitration. 1991, c. 17, s. 46 (7).

Court may remit award to arbitral tribunal

(8) Instead of setting aside an award, the court may remit it to the arbitral tribunal and give directions about the conduct of the arbitration. 1991, c. 17, s. 46 (8).

Time limit

47. (1) An appeal of an award or an application to set aside an award shall be commenced within thirty days after the appellant or applicant receives the award, correction, explanation, change or statement of reasons on which the appeal or application is based. 1991, c. 17, s. 47 (1).

Exception

(2) Subsection (1) does not apply if the appellant or applicant alleges corruption or fraud. 1991, c. 17, s. 47 (2).

Declaration of invalidity of arbitration

48. (1) At any stage during or after an arbitration, on the application of a party who has not participated in the arbitration, the court may grant a declaration that the arbitration is invalid because,

(a) a party entered into the arbitration agreement while under a legal incapacity;

(b) the arbitration agreement is invalid or has ceased to exist;

(c) the subject-matter of the dispute is not capable of being the subject of arbitration under Ontario law; or

(d) the arbitration agreement does not apply to the dispute. 1991, c. 17, s. 48 (1).

Injunction

(2) When the court grants the declaration, it may also grant an injunction against the commencement or continuation of the arbitration. 1991, c. 17, s. 48 (2).

Further appeal

49. An appeal from the court's decision in an appeal of an award, an application to set aside an award or an application for a declaration of invalidity may be made to the Court of Appeal, with leave of that court. 1991, c. 17, s. 49.

Enforcement of award

Application

50. (1) A person who is entitled to enforcement of an award made in Ontario or elsewhere in Canada may make an application to the court to that effect. 1991, c. 17, s. 50 (1).

Formalities

(2) The application shall be made on notice to the person against whom enforcement is sought, in accordance with the rules of court, and shall be supported by the original award or a certified copy. 1991, c. 17, s. 50 (2).

Duty of court, award made in Ontario

(3) The court shall give a judgment enforcing an award made in Ontario unless,

(a) the thirty-day period for commencing an appeal or an application to set the award aside has not yet elapsed;

(b) there is a pending appeal, application to set the award aside or application for a declaration of invalidity;

(c) the award has been set aside or the arbitration is the subject of a declaration of invalidity; or

(d) the award is a family arbitration award. 1991, c. 17, s. 50 (3); 2006, c. 1, s. 1 (8).

Duty of court, award made elsewhere in Canada

(4) The court shall give a judgment enforcing an award made elsewhere in Canada unless,

(a) the period for commencing an appeal or an application to set the award aside provided by the laws of the province or territory where the award was made has not yet elapsed;

(b) there is a pending appeal, application to set the award aside or application for a declaration of invalidity in the province or territory where the award was made;

(c) the award has been set aside in the province or territory where it was made or the arbitration is the subject of a declaration of invalidity granted there;

(d) the subject-matter of the award is not capable of being the subject of arbitration under Ontario law; or

(e) the award is a family arbitration award. 1991, c. 17, s. 50 (4); 2006, c. 1, s. 1 (9).

Pending proceeding

(5) If the period for commencing an appeal, application to set the award aside or application for a declaration of invalidity has not yet elapsed, or if such a proceeding is pending, the court may,

(a) enforce the award; or

(b) order, on such conditions as are just, that enforcement of the award is stayed until the period has elapsed without such a proceeding being commenced, or until the pending proceeding is finally disposed of. 1991, c. 17, s. 50 (5).

Speedy disposition of pending proceeding

(6) If the court stays the enforcement of an award made in Ontario until a pending proceeding is finally disposed of, it may give directions for the speedy disposition of the proceeding. 1991, c. 17, s. 50 (6).

Unusual remedies

(7) If the award gives a remedy that the court does not have jurisdiction to grant or would not grant in a proceeding based on similar circumstances, the court may,

(a) grant a different remedy requested by the applicant; or

(b) in the case of an award made in Ontario, remit it to the arbitral tribunal with the court's opinion, in which case the arbitral tribunal may award a different remedy. 1991, c. 17, s. 50 (7).

Powers of court

(8) The court has the same powers with respect to the enforcement of awards as with respect to the enforcement of its own judgments. 1991, c. 17, s. 50 (8).

Family arbitration awards

50.1 Family arbitration awards are enforceable only under the *Family Law Act*. 2006, c. 1, s. 1 (10).

General

Crown bound

51. This Act binds the Crown. 1991, c. 17, s. 51.

Limitation periods

52. (1) The law with respect to limitation periods applies to an arbitration as if the arbitration were an action and a claim made in the arbitration were a cause of action. 1991, c. 17, s. 52 (1).

Preservation of rights

(2) If the court sets aside an award, terminates an arbitration or declares an arbitration to be invalid, it may order that the period from the commencement of the arbitration to the date of the order shall be excluded from the computation of the time within which an action may be brought on a cause of action that was a claim in the arbitration. 1991, c. 17, s. 52 (2).

Enforcement of award

(3) An application for enforcement of an award may not be made more than two years after the day on which the applicant receives the award. 1991, c. 17, s. 52 (3).

Service

Personal service of notice or document on individual

53. (1) A notice or other document may be served on an individual by leaving it with him or her. 1991, c. 17, s. 53 (1).

Personal service on corporation

(2) A notice or other document may be served on a corporation by leaving it with an officer, director or agent of the corporation, or at a place of business of the corporation with a person who appears to be in control or management of the place. 1991, c. 17, s. 53 (2).

Service by telephone transmission of facsimile

(3) A notice or other document may be served by sending it to the addressee by telephone transmission of a facsimile to the number that the addressee specified in the arbitration agreement or has furnished to the arbitral tribunal. 1991, c. 17, s. 53 (3).

Service by mail

(4) If a reasonable effort to serve a notice or other document under subsection (1) or (2) is not successful and it is not possible to serve it under subsection (3), it may be sent by

prepaid registered mail to the mailing address that the addressee specified in the arbitration agreement or furnished to the arbitral tribunal or, if none was specified or furnished, to the addressee's last-known place of business or residence. 1991, c. 17, s. 53 (4).

Deemed time of receipt

(5) Unless the addressee establishes that the addressee, acting in good faith, through absence, illness or other cause beyond the addressee's control failed to receive the notice or other document until a later date, it shall be deemed to have been received,

(a) on the day it is given or transmitted, in the case of service under subsection (1), (2) or (3);

(b) on the fifth day after the day of mailing, in the case of service under subsection (4). 1991, c. 17, s. 53 (5).

Order for substituted service or dispensing with service

(6) The court may make an order for substituted service or an order dispensing with service, in the same manner as under the rules of court, if the court is satisfied that it is necessary to serve the notice or other document to commence an arbitration or proceed towards the appointment of an arbitral tribunal and that it is impractical for any reason to effect prompt service under subsection (1), (2), (3) or (4). 1991, c. 17, s. 53 (6).

Non-application to court proceedings

(7) This section does not apply to the service of documents in respect of court proceedings. 1991, c. 17, s. 53 (7).

Costs

Power to award costs

54. (1) An arbitral tribunal may award the costs of an arbitration. 1991, c. 17, s. 54 (1).

What constitutes costs

(2) The costs of an arbitration consist of the parties' legal expenses, the fees and expenses of the arbitral tribunal and any other expenses related to the arbitration. 1991, c. 17, s. 54 (2).

Request for award dealing with costs

(3) If the arbitral tribunal does not deal with costs in an award, a party may, within thirty days of receiving the award, request that it make a further award dealing with costs. 1991, c. 17, s. 54 (3).

Absence of award dealing with costs

(4) In the absence of an award dealing with costs, each party is responsible for the party's own legal expenses and for an equal share of the fees and expenses of the arbitral tribunal and of any other expenses related to the arbitration. 1991, c. 17, s. 54 (4).

Costs consequences of failure to accept offer to settle

(5) If a party makes an offer to another party to settle the dispute or part of the dispute, the offer is not accepted and the arbitral tribunal's award is no more favourable to the second-named party than was the offer, the arbitral tribunal may take the fact into account in awarding costs in respect of the period from the making of the offer to the making of the award. 1991, c. 17, s. 54 (5).

Disclosure of offer to arbitral tribunal

(6) The fact that an offer to settle has been made shall not be communicated to the arbitral tribunal until it has made a final determination of all aspects of the dispute other than costs. 1991, c. 17, s. 54 (6).

Arbitrator's fees and expenses

55. The fees and expenses paid to an arbitrator shall not exceed the fair value of the services performed and the necessary and reasonable expenses actually incurred. 1991, c. 17, s. 55.

Assessment

Fees and expenses

56. (1) A party to an arbitration may have an arbitrator's account for fees and expenses assessed by an assessment officer in the same manner as a solicitor's bill under the *Solicitors Act*. 1991, c. 17, s. 56 (1).

Costs

(2) If an arbitral tribunal awards costs and directs that they be assessed, or awards costs without fixing the amount or indicating how it is to be ascertained, a party to the arbitration may have the costs assessed by an assessment officer in the same manner as costs under the rules of court. 1991, c. 17, s. 56 (2).

Idem

(3) In assessing the part of the costs represented by the fees and expenses of the arbitral tribunal, the assessment officer shall apply the same principles as in the assessment of an account under subsection (1). 1991, c. 17, s. 56 (3).

Account already paid

(4) Subsection (1) applies even if the account has been paid. 1991, c. 17, s. 56 (4).

Review by court

(5) On the application of a party to the arbitration, the court may review an assessment of costs or of an arbitrator's account for fees and expenses and may confirm the assessment, vary it, set it aside or remit it to the assessment officer with directions. 1991, c. 17, s. 56 (5).

Idem

(6) On the application of an arbitrator, the court may review an assessment of his or her account for fees and expenses and may confirm the assessment, vary it, set it aside or remit it to the assessment officer with directions. 1991, c. 17, s. 56 (6).

Time for application for review

(7) The application for review may not be made after the period specified in the assessment officer's certificate has elapsed or, if no period is specified, more than thirty days after the date of the certificate, unless the court orders otherwise. 1991, c. 17, s. 56 (7).

Enforcement

(8) When the time during which an application for review may be made has expired and no application has been made, or when the court has reviewed the assessment and made a final determination, the certificate may be filed with the court and enforced as if it were a judgment of the court. 1991, c. 17, s. 56 (8).

Interest

57. Sections 127 to 130 (prejudgment and postjudgment interest) of the *Courts of Justice Act* apply to an arbitration, with necessary modifications. 1991, c. 17, s. 57.

Regulations

58. The Lieutenant Governor in Council may make regulations,

- (a) requiring that every family arbitration agreement contain specified standard provisions;
- (b) requiring that every arbitrator who conducts a family arbitration be a member of a specified dispute resolution organization or of a specified class of members of the organization;

- (c) requiring every arbitrator who conducts a family arbitration to provide specified information about the award, not including the names of the parties or any other identifying information, to a specified person;
 - (d) requiring any arbitrator who conducts a family arbitration to have received training, approved by the Attorney General, that includes training in screening parties for power imbalances and domestic violence;
 - (e) requiring that every arbitrator who conducts a family arbitration shall,
 - (i) ensure that the parties are separately screened for power imbalances and domestic violence, by someone other than the arbitrator, and
 - (ii) review and consider the results of the screening before and during the family arbitration;
 - (f) requiring every arbitrator who conducts a family arbitration to create a record of the arbitration containing the specified matters, to keep the record for the specified period and to protect the confidentiality of the record;
 - (g) specifying standard provisions for the purpose of clause (a), dispute resolution organizations and classes for the purpose of clause (b), information for the purpose of clause (c), persons for the purpose of clause (c), matters for the purpose of clause (f) and a period for the purpose of clause (f). 2006, c. 1, s. 1 (11).
59. Omitted (provides for coming into force of provisions of this Act). 1991, c. 17, s. 59.
60. Omitted (enacts short title of this Act). 1991, c. 17, s. 60.

ANEXO L – International Commercial Arbitration Act, RSO 1990 (Ontario)

Current version: in force since Jun 22, 2006

International Commercial Arbitration Act

R.S.O. 1990, CHAPTER I.9

Consolidation Period: From June 22, 2006 to the e-Laws currency date.

Last amendment: 2006, c.19, Sched.C, s.1 (1).

Definition

1. (1) In this Act,

“Model Law” means the Model Law on International Commercial Arbitration adopted by the United Nations Commission on International Trade Law on June 21, 1985, as set out in the Schedule. R.S.O. 1990, c. I.9, s. 1 (1).

Idem

(2) Except as otherwise provided, words and expressions used in this Act have the same meaning as the corresponding words and expressions in the Model Law. R.S.O. 1990, c. I.9, s. 1 (2).

Definition of “this State” in Model Law

(3) In article 1 (1) of the Model Law, an “agreement in force between this State and any other State or States” means an agreement between Canada and any other country or countries that is in force in Ontario. R.S.O. 1990, c. I.9, s. 1 (3).

Idem

(4) In articles 34 (2) (b) (i) and 36 (1) (b) (i) of the Model Law, “the law of this State” means the laws of Ontario and any laws of Canada that are in force in Ontario. R.S.O. 1990, c. I.9, s. 1 (4).

Idem

(5) In article 35 (2) of the Model Law, “this State” means Canada. R.S.O. 1990, c. I.9, s. 1 (5).

Idem

(6) In articles 1 (2) and (5), 27, 34 (2) (b) (ii) and 36 (1) (b) (ii) of the Model Law, “this State” means Ontario. R.S.O. 1990, c. I.9, s. 1 (6).

Definition of “different States” in Model Law

(7) In article 1 (3) of the Model Law, “different States” means different countries, and “the State” means the country. R.S.O. 1990, c. I.9, s. 1 (7).

Definition of “competent court” in Model Law

(8) In the Model Law, a reference to “a competent court” means the Superior Court of Justice. R.S.O. 1990, c. I.9, s. 1 (8); 2006, c. 19, Sched. C, s. 1 (1).

Model Law in force in Ontario

2. (1) Subject to this Act, the Model Law is in force in Ontario. R.S.O. 1990, c. I.9, s. 2 (1).

Application

(2) The Model Law applies to international commercial arbitration agreements and awards, whether made before or after the coming into force of this Act. R.S.O. 1990, c. I.9, s. 2 (2).

Idem

(3) Despite article 1 (3) (c) of the Model Law, an arbitration conducted in Ontario between parties that all have their places of business in Ontario is not international only because the parties have expressly agreed that the subject-matter of the arbitration agreement relates to more than one country. R.S.O. 1990, c. I.9, s. 2 (3).

Conciliation and other proceedings

3. For the purpose of encouraging settlement of a dispute, an arbitral tribunal may, with the agreement of the parties, use mediation, conciliation or other procedures at any time during the arbitration proceedings and, with the agreement of the parties, the members of the arbitral tribunal are not disqualified from resuming their roles as arbitrators by reason of the mediation, conciliation or other procedure. R.S.O. 1990, c. I.9, s. 3.

Removal of arbitrator

4. (1) Unless the parties otherwise agree, if an arbitrator is replaced or removed in accordance with the Model Law, any hearing held prior to the replacement or removal shall start afresh. R.S.O. 1990, c. I.9, s. 4 (1).

Idem

(2) The parties may remove an arbitrator or a substitute arbitrator at any time prior to the final award, regardless of how the arbitrator was appointed. R.S.O. 1990, c. I.9, s. 4 (2).

Article 11 (1) of Model Law replaced

5. Article 11 (1) of the Model Law shall be deemed to read as follows:

(1) A person of any nationality may be an arbitrator. R.S.O. 1990, c. I.9, s. 5.

Rules applicable to substance of dispute

6. Despite article 28 (2) of the Model Law, if the parties fail to make a designation pursuant to article 28 (1) of the Model Law, the arbitral tribunal shall apply the rules of law it considers to be appropriate given all the circumstances respecting the dispute. R.S.O. 1990, c. I.9, s. 6.

Consolidation of proceedings

7. (1) The Superior Court of Justice, on the application of the parties to two or more arbitration proceedings, may order,

(a) the arbitration proceedings to be consolidated, on terms it considers just;

(b) the arbitration proceedings to be heard at the same time, or one immediately after another; or

(c) any of the arbitration proceedings to be stayed until after the determination of any other of them. R.S.O. 1990, c. I.9, s. 7 (1); 2006, c. 19, Sched. C, s. 1 (1).

Appointment of arbitral tribunal

(2) Where the court orders arbitration proceedings to be consolidated pursuant to clause (1) (a) and the parties to the consolidated arbitration proceedings are in agreement as to the choice of the arbitral tribunal for that arbitration proceeding, the court shall appoint the arbitral tribunal chosen by the parties, but, if the parties cannot agree, the Court may appoint the arbitral tribunal for that arbitration proceeding. R.S.O. 1990, c. I.9, s. 7 (2).

Court order not required for consolidation

(3) Nothing in this section shall be construed as preventing the parties to two or more arbitration proceedings from agreeing to consolidate those arbitration proceedings and taking such steps as are necessary to effect that consolidation. R.S.O. 1990, c. I.9, s. 7 (3).

Stay of proceedings

8. Where, pursuant to article 8 of the Model Law, a court refers the parties to arbitration, the proceedings of the court are stayed with respect to the matters to which the arbitration relates. R.S.O. 1990, c. I.9, s. 8.

Interim measures and security

9. An order of the arbitral tribunal under article 17 of the Model Law for an interim measure of protection and the provision of security in connection with it is subject to the provisions of the Model Law as if it were an award. R.S.O. 1990, c. I.9, s. 9.

Recognition and enforcement of foreign arbitral awards

10. For the purposes of articles 35 and 36 of the Model Law, an arbitral award includes a commercial arbitral award made outside Canada, even if the arbitration to which it relates is not international as defined in article 1 (3) of the Model Law. R.S.O. 1990, c. I.9, s. 10.

Enforcement

11. (1) An arbitral award recognized by the court is enforceable in the same manner as a judgment or order of the court. R.S.O. 1990, c. I.9, s. 11 (1).

Idem

(2) An arbitral award recognized by the court binds the persons as between whom it was made and may be relied on by any of those persons in any legal proceeding. R.S.O. 1990, c. I.9, s. 11 (2).

Crown bound

12. This Act applies to an arbitration to which Her Majesty is a party. R.S.O. 1990, c. I.9, s. 12.

Aids to interpretation

13. For the purpose of interpreting the Model Law, recourse may be had, in addition to aids to interpretation ordinarily available under the law of Ontario, to,

(a) the Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its eighteenth session (June 3-21, 1985); and

(b) the Analytical Commentary contained in the Report of the Secretary General to the eighteenth session of the United Nations Commission on International Trade Law, as published in The Canada Gazette, Part I, Vol. 120, No. 40, October 4, 1986, Supplement. R.S.O. 1990, c. I.9, s. 13.

SCHEDULE

UNCITRAL MODEL LAW ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION

(As adopted by the United Nations Commission on International Trade Law on 21 June, 1985)

[...]

R.S.O. 1990, c. I.9, Sched.

ANEXO M – Civil Code of Québec, LRQ, c C-1991 (Quebec)

Current version: in force since Jun 15, 2012

[...]

CHAPTER XVIII

ARBITRATION AGREEMENTS

2638. An arbitration agreement is a contract by which the parties undertake to submit a present or future dispute to the decision of one or more arbitrators, to the exclusion of the courts.

1991, c. 64, a. 2638.

2639. Disputes over the status and capacity of persons, family matters or other matters of public order may not be submitted to arbitration.

An arbitration agreement may not be opposed on the ground that the rules applicable to settlement of the dispute are in the nature of rules of public order.

1991, c. 64, a. 2639.

2640. An arbitration agreement shall be evidenced in writing; it is deemed to be evidenced in writing if it is contained in an exchange of communications which attest to its existence or in an exchange of proceedings in which its existence is alleged by one party and is not contested by the other party.

1991, c. 64, a. 2640.

2641. A stipulation which places one party in a privileged position with respect to the designation of the arbitrators is null.

1991, c. 64, a. 2641.

2642. An arbitration agreement contained in a contract is considered to be an agreement separate from the other clauses of the contract and the ascertainment by the arbitrators that the contract is null does not entail the nullity of the arbitration agreement.

1991, c. 64, a. 2642.

2643. Subject to the peremptory provisions of law, the procedure of arbitration is governed by the contract or, failing that, by the Code of Civil Procedure (chapter C-25).

1991, c. 64, a. 2643.

[...]

CHAPTER IV

STATUS OF PROCEDURE

3132. Procedure is governed by the law of the court seised of the matter.

1991, c. 64, a. 3132.

3133. Arbitration proceedings are governed by the law of the country where arbitration takes place unless either the law of another country or an institutional or special arbitration procedure has been designated by the parties.

1991, c. 64, a. 3133; 1992, c. 57, s. 716.

ANEXO N – Code of Civil Procedure, RSQ, c C-25 (Quebec)

Current version: in force since Feb 14, 2011

[...]

TITLE II

OF RECOGNITION AND EXECUTION OF ARBITRATION AWARDS MADE OUTSIDE QUÉBEC

948. This Title applies to an arbitration award made outside Québec whether or not it has been ratified by a competent authority.

The interpretation of this Title shall take into account, where applicable, the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards as adopted by the United Nations Conference on International Commercial Arbitration at New York on 10 June 1958.

1965 (1st sess.), c. 80, a. 948; 1986, c. 73, s. 2.

949. An arbitration award shall be recognized and executed if the matter in dispute is one that may be settled by arbitration in Québec and if its recognition and execution are not contrary to public order.

1965 (1st sess.), c. 80, a. 949; 1986, c. 73, s. 2.

949.1. An application for recognition and execution is made by way of a motion for homologation to the court which would have had competence in Québec to decide the matter in dispute submitted to the arbitrators.

The motion must be accompanied with the original or a copy of the arbitration award and of the arbitration agreement. These originals or copies must be authenticated by an official representative of the Government of Canada, by a delegate-general, delegate or head of delegation of Québec carrying on his duties outside Québec, or by the government or a public officer of the place where the award was made.

1986, c. 73, s. 2.

950. A party against whom an arbitration award is invoked may object to its recognition and execution by establishing that

- (1) one of the parties was not qualified to enter into the arbitration agreement;
- (2) the arbitration agreement is invalid under the law elected by the parties or, failing any indication in that regard, under the laws of the place where the arbitration award was made;
- (3) the party against whom the award is invoked was not given proper notice of the appointment of an arbitrator or of the arbitration proceedings or was otherwise unable to present his case;
- (4) the award deals with a dispute not contemplated by or not falling within the terms of the arbitration agreement, or it contains decisions on matters beyond the scope of the agreement;
- (5) the manner in which the arbitrators were appointed or the arbitration procedure did not conform with the agreement of the parties or, if there was not agreement, with the laws of the place where the arbitration took place; or
- (6) the arbitration award has not yet become binding on the parties or has been set aside or suspended by a competent authority of the place or pursuant to the laws of the place in which the arbitration award was made.

In the case of subparagraph 4 of the first paragraph, if the irregular provision of the arbitration award described in that paragraph can be dissociated from the rest, the rest may be recognized and declared executory.

1965 (1st sess.), c. 80, a. 950; 1970, c. 63, s. 3; 1986, c. 73, s. 2.

951. The court may postpone its decision in respect of recognition and execution of an arbitration award if the competent authority referred to in subparagraph 6 of the first paragraph of article 950 has made an application to have the award set aside or suspended.

If the court postpones its decision, it may, on the application of the party applying for recognition and execution of the award, order the other party to furnish security.

1965 (1st sess.), c. 80, a. 951; 1986, c. 73, s. 2.

951.1. A court examining an application for recognition and execution of an arbitration award cannot enquire into the merits of the dispute.

1986, c. 73, s. 2.

951.2. The arbitration award as homologated is executory as a judgment of the court.

1986, c. 73, s. 2.

952. (Set aside by consolidation).

1965 (1st sess.), c. 80, a. 952.

ANEXO O – Arbitration Act, SNB 1992 (New Brunswick)

Current version: in force since May 1, 2010

CHAPTER A-10.1

Arbitration Act

Assented to April 9, 1992

Her Majesty, by and with the advice and consent of the Legislative Assembly of New Brunswick, enacts as follows:

INTRODUCTORY MATTERS

1In this Act

“arbitration agreement” means an agreement by which two or more persons agree to submit to arbitration a dispute that has arisen or may arise between them;

“arbitrator” includes an umpire;

“court” , except in sections 6 and 7, means The Court of Queen’s Bench of New Brunswick.

2(1)This Act applies to an arbitration conducted under an arbitration agreement unless

(a)the application of this Act is excluded by the agreement or by law, or

(b)Part II of the International Commercial Arbitration Act applies to the arbitration.

2(2)This Act applies with the necessary modifications to an arbitration conducted in accordance with another Act, unless that Act provides otherwise; however, in the event of conflict between this Act and the other Act or regulations made under the other Act, the other Act or the regulations prevail.

3The parties to an arbitration agreement may agree, expressly or by implication, to vary or exclude any provision of this Act except the following:

(a)subsection 5(4);

(b)section 19;

(c)section 39;

(d)subsection 45(1);

(e)section 46;

(f)section 48; and

(g)section 50.

4A party who participates in an arbitration despite being aware of non-compliance with a provision of this Act, except one mentioned in section 3, or with the arbitration agreement, and does not object to the non-compliance within the time limit provided or, if none is provided, within a reasonable time, shall be deemed to have waived the right to object.

5(1)An arbitration agreement may be an independent agreement or part of another agreement.

5(2)If the parties to an arbitration agreement make a further agreement in connection with the arbitration, it shall be deemed to form part of the arbitration agreement.

5(3)An arbitration agreement need not be in writing.

5(4)An agreement requiring or having the effect of requiring that a matter be adjudicated by arbitration before it may be dealt with by a court has the same effect as an arbitration agreement.

5(5)An arbitration agreement may be revoked only in accordance with the ordinary rules of contract law.

COURT INTERVENTION

6No court shall intervene in matters governed by this Act, except as this Act provides.

7(1) If a party to an arbitration agreement commences a proceeding in respect of a matter to be submitted to arbitration under the agreement, the court in which the proceeding is commenced shall, on the motion of another party to the arbitration agreement, stay the proceeding.

7(2) However, the court may refuse to stay the proceeding in any of the following cases:

- (a) a party entered into the arbitration agreement while under a legal incapacity;
- (b) the arbitration agreement is invalid;
- (c) the subject-matter of the dispute is not capable of being the subject of arbitration under New Brunswick law;
- (d) the motion was brought with undue delay; or
- (e) the matter is a proper one for default or summary judgment.

7(3) An arbitration of the dispute may be commenced and continued while the motion is before the court.

7(4) If the court refuses to stay the proceeding

- (a) no arbitration of the dispute shall be commenced, and
- (b) an arbitration that has been commenced shall not be continued, and anything done in connection with the arbitration before the court made its decision is without effect.

7(5) The court may stay the proceeding with respect to the matters dealt with in the arbitration agreement and allow it to continue with respect to other matters if it finds that

- (a) the agreement deals with only some of the matters in respect of which the proceeding was commenced, and
- (b) it is reasonable to separate the matters dealt with in the agreement from the other matters.

7(6) There is no appeal from the court's decision.

8(1) The court's powers with respect to the detention, preservation and inspection of property, interim injunctions and the appointment of receivers are the same in arbitrations as in court actions.

8(2) The arbitral tribunal may determine any question of law that arises during the arbitration; the court may do so on the application of the arbitral tribunal, or on a party's application if the other parties or the arbitral tribunal consent.

8(3) Notwithstanding subsection 8(3) of the Judicature Act, the court's determination of a question of law may be appealed to The Court of Appeal of New Brunswick, with leave of The Court of Appeal of New Brunswick.

8(4) On the application of all the parties to more than one arbitration the court may order, on such terms as are just,

- (a) that the arbitrations be consolidated,
- (b) that the arbitrations be conducted simultaneously or consecutively, or
- (c) that any of the arbitrations be stayed until any of the others are completed.

8(5) When the court orders that arbitrations be consolidated, it may appoint an arbitral tribunal for the consolidated arbitration; if all the parties agree as to the choice of arbitral tribunal, the court shall appoint it.

8(6) Subsection (4) does not prevent the parties to more than one arbitration from agreeing to consolidate the arbitrations and doing everything necessary to effect the consolidation.

COMPOSITION OF ARBITRAL TRIBUNAL

9 If the arbitration agreement does not specify the number of arbitrators who are to form the arbitral tribunal, it shall be composed of one arbitrator.

10(1) The court may appoint the arbitral tribunal, on a party's application, if

- (a) the arbitration agreement provides no procedure for appointing the arbitral tribunal, or

(b) a person with power to appoint the arbitral tribunal has not done so after a party has given the person seven days notice to do so.

10(2) There is no appeal from the court's appointment of the arbitral tribunal.

10(3) Subsections (1) and (2) apply with the necessary modifications to the appointment of individual members of arbitral tribunals that are composed of more than one arbitrator.

10(4) If the arbitral tribunal is composed of three or more arbitrators, they shall elect a chair from among themselves; if it is composed of two arbitrators, they may do so.

11(1) An arbitrator shall be independent of the parties and shall act impartially.

11(2) Before accepting an appointment as arbitrator, a person shall disclose to all parties to the arbitration any circumstances of which he or she is aware that may give rise to a reasonable apprehension of bias.

11(3) An arbitrator who, during an arbitration, becomes aware of circumstances that may give rise to a reasonable apprehension of bias shall promptly disclose them to all the parties.

12 A party may not revoke the appointment of an arbitrator.

13(1) A party may challenge an arbitrator only on one of the following grounds:

(a) circumstances exist that may give rise to a reasonable apprehension of bias; or

(b) the arbitrator does not possess qualifications that the parties have agreed are necessary.

13(2) A party who appointed an arbitrator or participated in his or her appointment may challenge the arbitrator only for grounds of which the party was unaware at the time of the appointment.

13(3) A party who wishes to challenge an arbitrator shall send the arbitral tribunal a statement of the grounds for the challenge, within fifteen days of becoming aware of them.

13(4) The other parties may agree to remove the challenged arbitrator, or the arbitrator may resign.

13(5) If the challenged arbitrator is not removed by the parties and does not resign, the arbitral tribunal, including the challenged arbitrator, shall decide the issue and shall notify the parties of its decision.

13(6) Within ten days of being notified of the arbitral tribunal's decision, a party may make an application to the court to decide the issue and, in the case of the challenging party, to remove the arbitrator.

13(7) While an application is pending, the arbitral tribunal, including the challenged arbitrator, may continue the arbitration and make an award, unless the court orders otherwise.

14(1) An arbitrator's mandate terminates when

(a) the arbitrator resigns or dies,

(b) the parties agree to terminate it,

(c) the arbitral tribunal upholds a challenge to the arbitrator, ten days elapse after all the parties are notified of the decision and no application is made to the court, or

(d) the court removes the arbitrator under subsection 15(1).

14(2) An arbitrator's resignation or a party's agreement to terminate an arbitrator's mandate does not imply acceptance of the validity of any reason advanced for challenging or removing him or her.

15(1) The court may remove an arbitrator on a party's application under subsection 13(6), or may do so on a party's application if the arbitrator becomes unable to perform his or her functions, commits a corrupt or fraudulent act, delays unduly in conducting the arbitration or does not conduct it in accordance with section 19.

15(2)The arbitrator is entitled to be heard by the court if the application is based on an allegation that he or she committed a corrupt or fraudulent act or delayed unduly in conducting the arbitration.

15(3)When the court removes an arbitrator, it may give directions about the conduct of the arbitration.

15(4)If the court removes an arbitrator for a corrupt or fraudulent act or for undue delay, it may order that the arbitrator receive no payment for his or her services and may order that he or she compensate the parties for all or part of the costs, as determined by the court, that they incurred in connection with the arbitration before his or her removal.

15(5)Notwithstanding subsection 8(3) of the Judicature Act, the arbitrator or a party may, within thirty days after receiving the court's decision, appeal an order made under subsection (4) or the refusal to make such an order to The Court of Appeal of New Brunswick, with leave of The Court of Appeal of New Brunswick.

15(6)Except as provided in subsection (5), there is no appeal from the court's decision or from its directions.

16(1)When an arbitrator's mandate terminates, a substitute arbitrator shall be appointed, following the procedure that was used in the appointment of the arbitrator being replaced.

16(2)When an arbitrator's mandate terminates, the court may, on a party's application, give directions about the conduct of the arbitration.

16(3)The court may appoint the substitute arbitrator on a party's application, if

(a)the arbitration agreement provides no procedure for appointing the substitute arbitrator, or

(b)a person with power to appoint the substitute arbitrator has not done so after a party has given the person seven days notice to do so.

16(4)There is no appeal from the court's decision or from its directions.

16(5)This section does not apply if the arbitration agreement provides that the arbitration is to be conducted only by a named arbitrator.

JURISDICTION OF ARBITRAL TRIBUNAL

17(1)An arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction to conduct the arbitration and may in that connection rule on objections with respect to the existence or validity of the arbitration agreement.

17(2)If the arbitration agreement forms part of another agreement, it shall, for the purposes of a ruling on jurisdiction, be treated as an independent agreement that may survive even if the main agreement is found to be invalid.

17(3)A party who has an objection to the arbitral tribunal's jurisdiction to conduct the arbitration shall make the objection no later than the beginning of the hearing or, if there is no hearing, no later than the first occasion on which the party submits a statement to the tribunal.

17(4)The fact that a party has appointed or participated in the appointment of an arbitrator does not prevent the party from making an objection to jurisdiction.

17(5)A party who has an objection that the arbitral tribunal is exceeding its authority shall make the objection as soon as the matter alleged to be beyond the tribunal's authority is raised during the arbitration.

17(6)Despite section 4, if the arbitral tribunal considers the delay justified, a party may make an objection after the time limit referred to in subsection (3) or (5), as the case may be, has expired.

17(7)The arbitral tribunal may rule on an objection as a preliminary question or may deal with it in an award.

17(8) If the arbitral tribunal rules on an objection as a preliminary question, a party may within thirty days after receiving notice of the ruling make an application to the court to decide the matter.

17(9) There is no appeal from the court's decision.

17(10) While an application is pending, the arbitral tribunal may continue the arbitration and make an award.

18(1) On a party's request, an arbitral tribunal may make an order for the detention, preservation or inspection of property and documents that are the subject of the arbitration or as to which a question may arise in the arbitration, and may order a party to provide security in that connection.

18(2) The court may enforce the direction of an arbitral tribunal as if it were a similar direction made by the court in an action.

CONDUCT OF ARBITRATION

19(1) In an arbitration, the parties shall be treated equally and fairly.

19(2) Each party shall be given an opportunity to present a case and to respond to the other parties' cases.

20(1) The arbitral tribunal may determine the procedure to be followed in the arbitration, in accordance with this Act.

20(2) An arbitral tribunal that is composed of more than one arbitrator may delegate the determination of questions of procedure to the chair.

21(1) In an arbitration, the arbitral tribunal shall admit all evidence that would be admissible in a court and may admit other evidence that it considers relevant to the issues in dispute.

21(2) The arbitral tribunal may determine the manner in which evidence is to be admitted.

22(1) The arbitral tribunal shall determine the time, date and place of arbitration, taking into consideration the parties' convenience and the other circumstances of the case.

22(2) The arbitral tribunal may meet at any place it considers appropriate for consultation among its members, for hearing witnesses, experts or parties, or for inspecting property or documents.

23(1) An arbitration may be commenced in any way recognized by law, including the following:

(a) a party to an arbitration agreement serves on the other parties notice to appoint or to participate in the appointment of an arbitrator under the agreement;

(b) if the arbitration agreement gives a person who is not a party power to appoint an arbitrator, one party serves notice to exercise that power on the person and serves a copy of the notice on the other parties; or

(c) a party serves on the other parties a notice demanding arbitration under the agreement.

23(2) The arbitral tribunal may exercise its powers when every member has accepted appointment.

24 A notice that commences an arbitration without identifying the dispute shall be deemed to refer to arbitration all disputes that the arbitration agreement entitles the party giving the notice to refer.

25(1) An arbitral tribunal may require that the parties submit their statements within a specified period of time.

25(2) The parties' statements shall indicate the facts supporting their positions, the points at issue and the relief sought.

25(3) The parties may submit with their statements the documents they consider relevant, or may refer to the documents or other evidence they intend to submit.

25(4)The parties may amend or supplement their statements during the arbitration; however, the arbitral tribunal may disallow a change that is unduly delayed.

25(5)With the arbitral tribunal's permission, the parties may submit their statements orally.

25(6)The parties and persons claiming through or under them shall, subject to any legal objection, comply with the arbitral tribunal's directions, including directions to

(a)submit to examination on oath or affirmation with respect to the dispute, or

(b)produce records and documents that are in their possession or power.

25(7)The court may enforce the direction of an arbitral tribunal as if it were a similar direction made by the court in an action.

26(1)The arbitral tribunal may conduct the arbitration on the basis of documents or may hold hearings for the presentation of evidence and for oral argument; however, the tribunal shall hold a hearing if a party requests it.

26(2)The arbitral tribunal shall give the parties sufficient notice of hearings and of meetings of the tribunal for the purpose of inspection of property or documents.

26(3)A party who submits a statement to the arbitral tribunal or supplies the tribunal with any other information shall also communicate it to the other parties.

26(4)The arbitral tribunal shall communicate to the parties any expert reports or other documents on which it may rely in making a decision.

27(1)If the party who commenced the arbitration does not submit a statement within the period of time specified under subsection 25(1), the arbitral tribunal may, unless the party offers a satisfactory explanation, make an award dismissing the claim.

27(2)If a party other than the one who commenced the arbitration does not submit a statement within the period of time specified under subsection 25(1), the arbitral tribunal may, unless the party offers a satisfactory explanation, continue the arbitration, but shall not treat the failure to submit a statement as an admission of another party's allegations.

27(3)If a party fails to appear at a hearing or to produce documentary evidence, the arbitral tribunal may, unless the party offers a satisfactory explanation, continue the arbitration and make an award on the evidence before it.

27(4)In the case of delay by the party who commenced the arbitration, the arbitral tribunal may make an award dismissing the claim or give directions for the speedy determination of the arbitration and may impose conditions on its decision.

27(5)If the arbitration was commenced jointly by all the parties, subsections (2) and (3) apply, with the necessary modifications, but subsections (1) and (4) do not.

28(1)An arbitral tribunal may appoint an expert to report to it on specific issues.

28(2)The arbitral tribunal may require parties to give the expert any relevant information or to allow him or her to inspect property or documents.

28(3)At the request of a party or of the arbitral tribunal, the expert shall, after making the report, participate in a hearing in which the parties may question the expert and present the testimony of another expert on the subject-matter of the report.

29(1)A party may serve a person with a notice requiring him or her to attend and give evidence at the arbitration at the time and place named in the notice.

29(2)The notice has the same effect as a notice in a court proceeding requiring a witness to attend at a hearing or produce documents, and shall be served in the same way.

29(3)An arbitral tribunal has power to administer an oath or affirmation and power to require a witness to testify under oath or affirmation.

29(4)On the application of a party or of the arbitral tribunal, the court may make orders and give directions with respect to the taking of evidence for an arbitration as if it were a court proceeding.

30 No person shall be compelled to produce information, property or documents or to give evidence in an arbitration that the person could not be compelled to produce or give in a court proceeding.

AWARDS AND TERMINATION OF ARBITRATION

31 An arbitral tribunal shall decide a dispute in accordance with law, including equity, and may order specific performance, injunctions and other equitable remedies.

32(1) In deciding a dispute, an arbitral tribunal shall apply the rules of law designated by the parties or, if none are designated, the rules of law it considers appropriate in the circumstances.

32(2) A designation by the parties of the law of a jurisdiction refers to the jurisdiction's substantive law and not to its conflict of laws rules, unless the parties expressly indicate that the designation includes them.

33 The arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with the arbitration agreement and the contract, if any, under which the dispute arose, and shall also take into account any applicable usages of trade.

34 If an arbitral tribunal is composed of more than one member, a decision of a majority of the members is the arbitral tribunal's decision; however, if there is no majority decision or unanimous decision, the chair's decision governs.

35 The members of an arbitral tribunal may, if the parties consent, use mediation, conciliation and similar techniques during an arbitration to encourage settlement of the dispute and may afterwards resume their roles as arbitrators without disqualification.

36 If the parties settle the dispute during arbitration, the arbitral tribunal shall terminate the arbitration and, if a party so requests, may record the settlement in the form of an award.

37 An award binds the parties, unless it is set aside or varied under section 45 or 46.

38(1) An award shall be made in writing and, except in the case of an award made on consent, shall state the reasons on which it is based.

38(2) The award shall indicate the place where and the date on which it is made.

38(3) The award shall be dated and shall be signed by all the members of the arbitral tribunal, or by a majority of them if an explanation of the omission of the other signatures is included.

38(4) A copy of the award shall be delivered to each party.

39 The court may extend the time within which the arbitral tribunal is required to make an award, even if the time has expired.

40(1) A party may, within thirty days after receiving an award, request that the arbitral tribunal explain any matter.

40(2) If the arbitral tribunal does not give an explanation within fifteen days after receiving the request, the court may, on the party's application, order it to do so.

41 The arbitral tribunal may make one or more interim awards.

42 The arbitral tribunal may make more than one final award, disposing of one or more matters referred to arbitration in each award.

43(1) An arbitration is terminated when

(a) the arbitral tribunal makes a final award in accordance with this Act, disposing of all matters referred to arbitration,

(b) the arbitral tribunal terminates the arbitration under subsection (2), (3), 27(1) or 27(4), or

(c) an arbitrator's mandate is terminated, if the arbitration agreement provides that the arbitration shall be conducted only by that arbitrator.

43(2) An arbitral tribunal shall make an order terminating the arbitration if the claimant withdraws the claim, unless the respondent objects to the termination and the arbitral tribunal agrees that the respondent is entitled to obtain a final settlement of the dispute.

43(3) An arbitral tribunal shall make an order terminating the arbitration if

- (a) the parties agree that the arbitration should be terminated, or
- (b) the arbitral tribunal finds that continuation of the arbitration has become unnecessary or impossible.

43(4) The arbitration may be revived for the purposes of section 44 or subsection 45(5), 46(7), 46(8) or 54(3).

43(5) A party's death terminates the arbitration only with respect to claims that are extinguished as a result of the death.

44(1) An arbitral tribunal may, on its own initiative within thirty days after making an award or at a party's request made within thirty days after receiving the award,

- (a) correct typographical errors, errors of calculation and similar errors in the award, or
- (b) amend the award so as to correct an injustice caused by an oversight on the part of the arbitral tribunal.

44(2) The arbitral tribunal may, on its own initiative at any time or at a party's request made within thirty days after receiving the award, make an additional award to deal with a claim that was presented in the arbitration but omitted from the earlier award.

44(3) The arbitral tribunal need not hold a hearing or meeting before rejecting a request made under this section.

REMEDIES

45(1) A party may appeal an award to the court on a question of law with leave, which the court shall grant only if it is satisfied that

- (a) the importance to the parties of the matters at stake in the arbitration justifies an appeal, and
- (b) determination of the question of law at issue will significantly affect the rights of the parties.

45(2) If the arbitration agreement so provides, a party may appeal an award to the court on a question of law.

45(3) If the arbitration agreement so provides, a party may appeal an award to the court on a question of fact or on a question of mixed fact and law.

45(4) The court may require the arbitral tribunal to explain any matter.

45(5) The court may confirm, vary or set aside the award or may remit the award to the arbitral tribunal, with the court's opinion on the question of law, in the case of an appeal on a question of law, and give directions about the conduct of the arbitration.

46(1) On a party's application, the court may set aside an award on any of the following grounds:

- (a) a party entered into the arbitration agreement while under a legal incapacity;
- (b) the arbitration agreement is invalid or has ceased to exist;
- (c) the award deals with a dispute that the arbitration agreement does not cover or contains a decision on a matter that is beyond the scope of the agreement;
- (d) the composition of the tribunal was not in accordance with the arbitration agreement or, if the agreement did not deal with that matter, was not in accordance with this Act;
- (e) the subject-matter of the dispute is not capable of being the subject of arbitration under New Brunswick law;

(f)the applicant was not treated equally and fairly, was not given an opportunity to present a case or to respond to another party's case, or was not given proper notice of the arbitration or of the appointment of an arbitrator;

(g)the procedures followed in the arbitration did not comply with this Act;

(h)an arbitrator has committed a corrupt or fraudulent act or there is a reasonable apprehension of bias; or

(i)the award was obtained by fraud.

46(2)If paragraph (1)(c) applies and it is reasonable to separate the decisions on matters covered by the arbitration agreement from the impugned ones, the court shall set aside the impugned decisions and allow the others to stand.

46(3)The court shall not set aside an award on grounds referred to in paragraph (1)(c) if the party has agreed to the inclusion of the dispute or matter, waived the right to object to its inclusion or agreed that the arbitral tribunal has power to decide what disputes have been referred to it.

46(4)The court shall not set aside an award on grounds referred to in paragraph (1)(h) if the party had an opportunity to challenge the arbitrator on those grounds under section 13 before the award was made and did not do so, or if those grounds were the subject of an unsuccessful challenge.

46(5)The court shall not set aside an award on a ground to which the applicant is deemed under section 4 to have waived the right to object.

46(6)If the ground alleged for setting aside the award could have been raised as an objection to the arbitral tribunal's jurisdiction to conduct the arbitration or as an objection that the arbitral tribunal was exceeding its authority, the court may set the award aside on that ground if it considers the applicant's failure to make an objection in accordance with section 17 justified.

46(7)When the court sets aside an award, it may remove the arbitral tribunal or an arbitrator and may give directions about the conduct of the arbitration.

46(8)Instead of setting aside an award, the court may remit it to the arbitral tribunal and give directions about the conduct of the arbitration.

47(1)An appeal of an award or an application to set aside an award shall be commenced within thirty days after the appellant or applicant receives the award, correction, explanation, change or statement of reasons on which the appeal or application is based.

47(2)Subsection (1) does not apply if the appellant or applicant alleges corruption or fraud.

48(1)At any stage during or after an arbitration, on the application of a party who has not participated in the arbitration, the court may grant a declaration that the arbitration is invalid because

(a)a party entered into the arbitration agreement while under a legal incapacity,

(b)the arbitration agreement is invalid or has ceased to exist,

(c)the subject-matter of the dispute is not capable of being the subject of arbitration under New Brunswick law, or

(d)the arbitration agreement does not apply to the dispute.

48(2)When the court grants the declaration, it may also grant an injunction against the commencement or continuation of the arbitration.

49Notwithstanding subsection 8(3) of the Judicature Act, an appeal from the court's decision in an appeal of an award, an application to set aside an award or an application for a declaration of invalidity may be made to The Court of Appeal of New Brunswick, with leave of The Court of Appeal of New Brunswick.

50(1) A person who is entitled to enforcement of an award made in New Brunswick or elsewhere in Canada may make an application to the court to that effect.

50(2) The application shall be made on notice to the person against whom enforcement is sought, in accordance with the Rules of Court, and shall be supported by the original award or a certified copy.

50(3) The court shall give a judgment enforcing an award made in New Brunswick unless (a) the thirty-day period for commencing an appeal or an application to set the award aside has not yet elapsed,

(b) there is a pending appeal, application to set the award aside or application for a declaration of invalidity, or

(c) the award has been set aside or the arbitration is the subject of a declaration of invalidity.

50(4) The court shall give a judgment enforcing an award made elsewhere in Canada unless

(a) the period for commencing an appeal or an application to set the award aside provided by the laws of the province or territory where the award was made has not yet elapsed,

(b) there is a pending appeal, application to set the award aside or application for a declaration of invalidity in the province or territory where the award was made,

(c) the award has been set aside in the province or territory where it was made or the arbitration is the subject of a declaration of invalidity granted there, or

(d) the subject-matter of the award is not capable of being the subject of arbitration under New Brunswick law.

50(5) If the period for commencing an appeal, application to set the award aside or application for a declaration of invalidity has not yet elapsed, or if such a proceeding is pending, the court may

(a) enforce the award, or

(b) order, on such conditions as are just, that enforcement of the award is stayed until the period has elapsed without such a proceeding being commenced, or until the pending proceeding is finally disposed of.

50(6) If the court stays the enforcement of an award made in New Brunswick until a pending proceeding is finally disposed of, it may give directions for the speedy disposition of the proceeding.

50(7) If the award gives a remedy that the court does not have jurisdiction to grant or would not grant in a proceeding based on similar circumstances, the court

(a) may grant a different remedy requested by the applicant, or

(b) in the case of an award made in New Brunswick, may remit it to the arbitral tribunal with the court's opinion, in which case the arbitral tribunal may award a different remedy.

50(8) The court has the same powers with respect to the enforcement of awards as with respect to the enforcement of its own judgments.

GENERAL

51 This Act binds the Crown.

52(1) The law with respect to limitation periods applies to an arbitration as if the arbitration were a court proceeding.

52(2) If the court sets aside an award, terminates an arbitration or declares an arbitration to be invalid, it may order that the period from the commencement of the arbitration to the date of the order shall be excluded from the computation of the time within which a court proceeding may be brought in respect of a claim that was presented in the arbitration.

52(3) An application for enforcement of an award may not be made more than two years after the day on which the applicant receives the award.

2009, c.L-8.5, s.28.

53(1)The Rules of Court respecting personal service of originating process and documents apply with the necessary modifications to the service of notices and documents in respect of an arbitration under this Act unless otherwise provided in an arbitration agreement.

53(2)Notwithstanding subsection (1), a notice or other document may be served on a party by sending a facsimile of the notice or other document, as the case may be, by telephone transmission to the number that the party gave in the arbitration agreement or the number that the party gave to the arbitral tribunal.

54(1)An arbitral tribunal may award the costs of an arbitration.

54(2)The arbitral tribunal may award all or part of the costs of an arbitration on a solicitor and client basis, a party and party basis or any other basis; if it does not specify the basis, the costs shall be determined on a party and party basis.

54(3)The costs of an arbitration consist of the parties' legal expenses, the fees and expenses of the arbitral tribunal and any other expenses related to the arbitration.

54(4)If the arbitral tribunal does not deal with costs in an award, a party may, within thirty days of receiving the award, request that it make a further award dealing with costs.

54(5)In the absence of an award dealing with costs, each party is responsible for the party's own legal expenses and for an equal share of the fees and expenses of the arbitral tribunal and of any other expenses related to the arbitration.

54(6)If a party makes an offer to another party to settle the dispute or part of the dispute, the offer is not accepted and the arbitral tribunal's award is no more favorable to the second-named party than was the offer, the arbitral tribunal may take the fact into account in awarding costs in respect of the period from the making of the offer to the making of the award.

54(7)The fact that an offer to settle has been made shall not be communicated to the arbitral tribunal until it has made a final determination of all aspects of the dispute other than costs.

55The fees and expenses paid to an arbitrator shall not exceed the fair value of the services performed and the necessary and reasonable expenses actually incurred.

56(1)A person authorized under the Law Society Act to conduct a taxation of a solicitor's bill for fees, costs, charges or disbursements is an arbitration taxing officer for the purposes of this Act.

56(2)In addition to the arbitration taxing officers under subsection (1), the Lieutenant-Governor in Council may appoint one or more persons as arbitration taxing officers for the purposes of this Act.

56(3)A party to an arbitration may refer an arbitrator's account for fees and expenses to an arbitration taxing officer and the account shall be taxed in accordance with the Law Society Act as if the account were a solicitor's bill for fees, costs, charges or disbursements and the Law Society Act applies with the necessary modifications in relation to a certificate of an arbitration taxing officer and an appeal of a taxation of an arbitrator's account for fees and expenses.

56(4)Subsection (3) applies even if the account has been paid.

56(5)If an arbitral tribunal awards costs and directs that they be assessed, or awards costs without fixing the amount or indicating how it is to be ascertained, a party to the arbitration may have the costs assessed in accordance with the Rules of Court by an assessing officer provided for in the Rules of Court and the Rules of Court apply with the necessary modifications in relation to a Certificate of an assessing officer and an appeal of an assessment of costs.

56(6) In assessing the part of the costs represented by the fees and expenses of the arbitral tribunal, the assessing officer shall apply the same principles as in the taxation of an account under subsection (3).

57 The arbitral tribunal when making an award under this Act has the same authority with respect to interest as a court has under sections 45 and 46 of the Judicature Act.

TRANSITION

58(1) This Act applies to an arbitration conducted under an arbitration agreement made before the commencement of this Act if the arbitration is commenced after the commencement of this Act.

58(2) If an arbitration is commenced and not completed before the commencement of this Act, the arbitration shall be completed as if this Act had not come into force unless the parties agree that this Act applies.

CONSEQUENTIAL AMENDMENT

59(1) Subsection 1(1) of the Reciprocal Enforcement of Judgments Act, chapter R-3 of the Revised Statutes, 1973, is amended by repealing the definition “judgment” and substituting the following:

“judgment” means a judgment or order given or made by a court in a civil proceeding, whether before or after the commencement of this Act, whereby a sum of money is made payable;

59(2) The Act is amended by adding after subsection 2(1) the following:

2(1.1) An application made before the commencement of this subsection to have an award in proceedings on an arbitration registered under this Act may be dealt with in accordance with this Act.

REPEAL

60 The Arbitration Act, chapter A-10 of the Revised Statutes, 1973, is repealed.

COMMENCEMENT

61 This Act or any provision of it comes into force on a day or days to be fixed by proclamation.

N.B. This Act was proclaimed and came into force January 1, 1995.

N.B. This Act is consolidated to May 1, 2010.

ANEXO P – International Commercial Arbitration Act, RSNB 2011 (New Brunswick)

Current version: in force since Sep 1, 2011

2011, c.176

International Commercial Arbitration Act

Deposited May 13, 2011

Definitions

1The following definitions apply in this Act.

“Convention” means the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards adopted by the United Nations Conference on International Commercial Arbitration in New York on June 10, 1958, as set out in Schedule A. (Convention)

“International Law” means the Model Law On International Commercial Arbitration adopted by the United Nations Commission on International Trade Law on June 21, 1985, as set out in Schedule B. (Loi internationale)

1986, c.I-12.2, s.1(1).

Corresponding words and expressions in the Convention and International Law

2Words and expressions used in this Act have the same meaning as the corresponding words and expressions in the Convention and the International Law, as the case may be.

1986, c.I-12.2, s.1(2).

PART 1

FOREIGN ARBITRAL AWARDS

Application of Convention

3(1)Subject to this Act, the Convention applies in New Brunswick.

3(2)The Convention applies to arbitral awards and arbitration agreements, whether made before or after the coming into force of this Part, but applies only in respect of differences arising out of commercial legal relationships, whether contractual or not.

1986, c.I-12.2, s.2.

Court to which application is made for recognition

4For the purpose of seeking recognition of an arbitral award under the Convention, application shall be made to The Court of Queen’s Bench of New Brunswick.

1986, c.I-12.2, s.3.

PART 2

INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION

Application of International Law

5(1)Subject to this Act, the International Law applies in New Brunswick.

5(2)The International Law applies to international commercial arbitration agreements and awards, whether made before or after the coming into force of this Part.

1986, c.I-12.2, s.4.

Employment of mediation, conciliation or other procedures

6For the purpose of encouraging settlement of a dispute, an arbitral tribunal, with the agreement of the parties, may employ mediation, conciliation or other procedures at any time during the arbitration proceedings and, with the agreement of the parties, the members of the arbitral tribunal are not disqualified from resuming their roles as arbitrators by reason of the mediation, conciliation or other procedure.

1986, c.I-12.2, s.5.

Replacement or removal of arbitrator

7(1) Unless the parties otherwise agree, if an arbitrator is replaced or removed in accordance with the International Law, a hearing held before the replacement or removal shall be repeated.

7(2) With respect to article 15 of the International Law, the parties may remove an arbitrator at any time before the final award, regardless of how the arbitrator was appointed.

1986, c.I-12.2, s.6.

Applicable rules of law

8 Despite article 28(2) of the International Law, if the parties fail to make a designation under article 28(1) of the International Law, the arbitral tribunal shall apply the rules of law it considers to be appropriate given all the circumstances respecting the dispute.

1986, c.I-12.2, s.7.

Consolidation or stay of proceedings

9(1) On application of the parties to two or more arbitration proceedings, The Court of Queen's Bench of New Brunswick may order

(a) the arbitration proceedings to be consolidated on terms it considers just;

(b) the arbitration proceedings to be heard at the same time, or one immediately after another;

(c) any of the arbitration proceedings to be stayed until after the determination of any other of them.

9(2) When the Court orders arbitration proceedings to be consolidated under paragraph (1)(a) and all the parties to the consolidated arbitration proceedings are in agreement as to the choice of the arbitral tribunal for that arbitration proceeding, the arbitral tribunal shall be appointed by the Court, but if all the parties cannot agree, the Court may appoint the arbitral tribunal for that arbitration proceeding.

9(3) Nothing in this section shall be construed as preventing the parties to two or more arbitration proceedings from agreeing to consolidate those arbitration proceedings and taking the steps that are necessary to effect that consolidation.

1986, c.I-12.2, s.8.

Functions of The Court of Queen's Bench of New Brunswick

10(1) The functions referred to in article 6 of the International Law shall be performed by The Court of Queen's Bench of New Brunswick.

10(2) For the purposes of the International Law, a reference to "court" or "competent court", if in the context it means a court in New Brunswick, means The Court of Queen's Bench of New Brunswick except if the context otherwise requires.

1986, c.I-12.2, s.9.

PART 3

GENERAL

Stay of court proceedings

11 When, under article II(3) of the Convention or article 8 of the International Law, a court refers the parties to arbitration, the proceedings of the court are stayed with respect to the matters to which the arbitration relates.

1986, c.I-12.2, s.10.

This Act binds the Crown

12(1) This Act binds the Crown.

12(2) An award recognized under this Act is enforceable against the Crown in the same manner and to the same extent as a judgment is enforceable against the Crown.

1986, c.I-12.2, s.11.

Interpretation of Act

13(1) This Act shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the Act in their context and in the light of its objects and purposes.

13(2) In applying subsection (1) to the International Law, recourse may be had to the following documents as published by the Queen's Printer:

(a) the Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its 18th session (June 3 -21, 1985); and

(b) the International Commercial Arbitration Commentary on Draft Text of a Model Law on International Commercial Arbitration.

1986, c.I-12.2, s.12.

Application of the Rules of Court

14 Except where they may be in conflict with the provisions of this Act or the regulations, the Rules of Court under the Judicature Act apply for the purposes of this Act.

1986, c.I-12.2, s.14.

Regulations

15 The Lieutenant-Governor in Council may make regulations

(a) prescribing rules of court and forms respecting practice and procedure in relation to matters within the jurisdiction of the court under this Act;

(b) generally respecting the operation of this Act.

1986, c.I-12.2, s.13.

SCHEDULE A

CONVENTION ON THE RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN ARBITRAL AWARDS

[...]

SCHEDULE B

UNCITRAL MODEL LAW ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION

(As adopted by the United Nations Commission on International Trade Law on 21 June 1985)

[...]

1986, c.I-12.2, Schedule B.

N.B. This Act was proclaimed and came into force September 1, 2011.

N.B. This Act is consolidated to September 1, 2011.

ANEXO Q – Arbitration Act, RSNS 1989 (Nova Scotia)

Current version: in force since Dec 3, 1999

Arbitration Act

CHAPTER 19

OF THE

REVISED STATUTES, 1989

amended 1999, c. 5, s. 61

An Act for Amending and Consolidating the Acts Relating to Arbitration

Short title

1 This Act may be cited as the *Arbitration Act*. R.S., c. 19, s. 1.

INTERPRETATION

Interpretation

2 In this Act,

- (a) "court" means the Supreme Court of Nova Scotia;
- (b) "judge" means a judge of the Supreme Court of Nova Scotia;
- (c) "rules of court" means the rules of the Supreme Court;
- (d) "submission" means a written agreement to submit present or future differences to arbitration whether an arbitrator is named therein or not. R.S., c. 19, s. 2.

Application of Act to Crown

3 This Act shall apply to every arbitration to which Her Majesty is a party, as if the arbitration were pursuant to a submission, except in so far as this Act is inconsistent with the enactment regulating the arbitration or with any rules or procedure authorized or recognized by the enactment. R.S., c. 19, s. 3.

Commercial Arbitration Act

3A Notwithstanding anything contained in this Act, this Act does not apply to an arbitration commenced pursuant to the *Commercial Arbitration Act*. 1999, c. 5, s. 61.

ARBITRATION UNDER SUBMISSION

Effect of submission

4 A submission, unless a contrary intention is expressed therein, shall be irrevocable, except by leave of the court or a judge, and shall have the same effect in all respects as if it had been made an order of the court. R.S., c. 19, s. 4.

Submission deemed to include

5 A submission, unless a contrary intention is expressed therein, shall be deemed to include, so far as they are applicable to the reference under the submission, the following provisions, that is to say:

- (a) if no other mode of reference is provided, the reference shall be to a single arbitrator;
- (b) if the reference is to two arbitrators, the two arbitrators may appoint an umpire at any time within the period during which they have power to make an award;
- (c) the arbitrators shall make their award in writing, within three months after entering on the reference or after having been called on to act by notice in writing from any party to the submission, or on or before any later day to which the arbitrators, from time to time, by any writing signed by them, enlarge the time for making the award;
- (d) if the arbitrators have allowed their time or extended time to expire without making an award, or have delivered to any party to the submission, or to the umpire, a notice in writing stating that they cannot agree, the umpire may forthwith enter on the reference in lieu of the arbitrators;

(e) the umpire shall make his award within one month after the original or extended time appointed for making the award of the arbitrators has expired, or on or before any later date to which the umpire, from time to time, by any writing signed by him, enlarges the time for making his award;

(f) the parties to the reference, and all persons claiming through them respectively, shall, subject to any legal objection, submit to be examined by the arbitrators or umpire, on oath or affirmation, in relation to the matters in dispute, and shall, subject as aforesaid, produce before the arbitrators or umpire all books, deeds, papers, accounts, writings and documents within their possession or power respectively, which are required or called for, and do all other things which, during the proceedings on the reference, are required by the arbitrators or umpire;

(g) the witnesses on the reference shall, if the arbitrators or umpire think fit, be examined on oath or affirmation;

(h) the award to be made by the arbitrators or umpire shall be final and binding on the parties and persons claiming under them respectively;

(i) the costs of the reference and award shall be in the discretion of the arbitrators or umpire, who may direct to, and by whom, and in what manner, such costs, or any part thereof, shall be paid and may tax or settle the amount of costs to be so paid, or any part thereof, and may award costs to be paid as between solicitor and client. R.S., c. 19, s. 5.

Official referee

6 Where a submission provides that the reference shall be to an official referee, any official referee to whom application is made, shall, subject to any order of the court, or a judge, hear and determine the matters agreed to be referred. R.S., c. 19, s. 6.

Stay of proceedings

7 If any party to a submission, or any person claiming through or under him, commences any legal proceedings in any court against any other party to the submission, or any person claiming through or under him, in respect to any matter agreed to be referred, any party to such legal proceedings may, at any time after appearance, and before delivering any pleadings, or taking any other steps in the proceedings, apply to that court to stay the proceedings, and that court, or a judge thereof, if satisfied that there is no sufficient reason why the matter should not be referred in accordance with the submission, and that the applicant was, at the time when the proceedings were commenced, and still remains, ready and willing to do all things necessary to the proper conduct of the arbitration, may make an order staying the proceedings. R.S., c. 19, s. 7.

Notice to appoint

8 (1) Where

(a) a submission provides that the reference shall be to a single arbitrator, and all the parties do not, after differences have arisen, concur in the appointment of an arbitrator;

(b) an appointed arbitrator refuses to act, or is incapable of acting, or dies, and the submission does not show that it was intended that the vacancy should not be supplied, and the parties do not supply the vacancy;

(c) the parties, or two arbitrators, are at liberty to appoint an umpire, or third arbitrator, and do not appoint him;

(d) an appointed umpire, or third arbitrator, refuses to act, or is incapable of acting, or dies, and the submission does not show that it was intended that the vacancy should not be supplied, and the parties or arbitrators do not supply the vacancy;

(e) a submission provides that a reference shall be to two arbitrators, one to be appointed by each party (whether or not the parties or two arbitrators are at liberty to appoint an

umpire or third arbitrator) and either party does not, after differences have arisen, appoint an arbitrator,

any party may serve the other parties, or the arbitrators, as the case may be, with a written notice to appoint an arbitrator, umpire or third arbitrator.

Failure to appoint

(2) If the appointment is not made within seven clear days after the service of the notice, the court or a judge may, on application by the party who gave the notice, appoint an arbitrator, umpire or third arbitrator, who shall have the like powers to act in the reference, and make an award, as if he had been appointed by consent of all parties. R.S., c. 19, s. 8.

Reference to two arbitrators

9 Where a submission provides that the references shall be to two arbitrators, one to be appointed by each party, then, unless the submission expresses a contrary intention,

(a) if either of the appointed arbitrators refuses to act, or is incapable of acting, or dies, the party who appointed him may appoint a new arbitrator in his place;

(b) if, on such a reference, one party fails to appoint an arbitrator, either originally or by way of substitution as aforesaid, for seven clear days after the other party, having appointed his arbitrator, has served the party making default with notice to make the appointment, the party who has appointed an arbitrator may appoint that arbitrator to act as sole arbitrator in the reference, and his award shall be binding on both parties as if he had been appointed by consent,

provided that the court or a judge may set aside any appointment made in pursuance of this Section. R.S., c. 19, s. 9.

Powers of arbitrator or umpire

10 The arbitrators, or umpire, acting under a submission shall, unless the submission expresses a contrary intention, have power to

(a) administer oaths to, or to take the affirmation of, the parties and witnesses appearing; and

(b) state an award as to the whole or part thereof in the form of a special case for the opinion of the court; and

(c) correct in an award any clerical mistake or error arising from an accidental slip or omission. R.S., c. 19, s. 10.

Subpoena

11 Any party to a submission may sue out of the Supreme Court a subpoena *ad testificandum*, or a subpoena *duces tecum*, but no person shall be compelled, under any such subpoena, to produce any document which he could not be compelled to produce on the trial of an action. R.S., c. 19, s. 11.

Disobedience of subpoena

12 Any person on whom such subpoena has been served, and who has been paid or tendered the fees for travel and attendance prescribed for witnesses in the Supreme Court, shall be liable, in case of disobedience of such subpoena, to the same punishment and liabilities as if the same had been issued in an action in the Supreme Court for the attendance of witnesses at the trial. R.S., c. 19, s. 12.

Extension of time for award

13 The time for making an award may from time to time be enlarged by order of the court or a judge, whether the time for making the award has expired or not. R.S., c. 19, s. 13.

Reference remitted

14 (1) In all cases of reference to arbitration whether under a submission or under a statute or otherwise howsoever, the court or a judge may from time to time remit the matters referred or any of them to the reconsideration of the arbitrators or umpire.

Award remitted

(2) Where an award is remitted, the arbitrators or umpire shall, unless the order otherwise directs, make their award within three months after the date of the order. R.S., c. 19, s. 14.

Removal of arbitrator or umpire

15 (1) Where an arbitrator or umpire has misconducted himself the court may remove him.

Setting aside an arbitration

(2) Where an arbitrator or umpire has misconducted himself, or an arbitration or award has been improperly procured, the court may set aside the award. R.S., c. 19, s. 15.

Issue and service of originating notice for Section 15

16 (1) In an application to a court or a judge respecting the matters referred to in Section 15, the originating notice shall be issued and served within a reasonable time.

Interpretation of Section

(2) In this Section, "within a reasonable time" means within sixty days after service of a copy of the award of the arbitrator has been made upon the party issuing the originating notice or such longer time as a court or a judge may determine. R.S., c. 19, s. 16.

Enforcement of award

17 An award on a submission may, by leave of the court or a judge, be enforced in the same manner as a judgment or order to the same effect. R.S., c. 19, s. 17.

REFERENCES UNDER ORDER OF COURT

Official or special referee

18 (1) Subject to rules of court, and to any right to have particular cases tried by a jury, the court, or a judge, may refer any question arising in any cause or matter for inquiry or report to any official or special referee.

Report of official or special referee

(2) The report of an official or special referee may be adopted wholly or partially by the court or a judge, and if so adopted may be enforced as a judgment or order to the same effect. R.S., c. 19, s. 18.

Trial ordered

19 In any cause or matter, other than a criminal proceeding by the Crown,

(a) if all the parties interested who are not under disability consent;

(b) if cause or matter requires any prolonged examination of documents, or any scientific or local investigation which cannot, in the opinion of the court or judge, conveniently be made before a jury, or conducted by the court through its other ordinary officers; or

(c) if the question in dispute consists wholly or in part of matters of account, the court or a judge may, at any time, order the whole cause or matter, or any question or issue of fact arising therein, to be tried before a special referee or arbitrator respectively agreed on by the parties, or before an official referee or officer of the court. R.S., c. 19, s. 19.

Power of referee or arbitrator

20 (1) In all cases of reference to an official or special referee or arbitrator under an order of the court or a judge in any cause or matter, the official or special referee or arbitrator shall be deemed to be an officer of the court, and shall have such authority, and shall conduct the reference in such manner, as is prescribed by rules of court, and subject thereto, as the court or a judge directs.

Report equivalent to jury verdict

(2) The report or award of any official or special referee or arbitrator, or any such reference, shall, unless set aside by the court or a judge, be equivalent to the verdict of a jury.

Remuneration

(3) The remuneration to be paid to any official referee, special referee, or arbitrator, to whom any matter is referred under order of the court or a judge, shall be determined by the court or a judge. R.S., c. 19, s. 20.

Power of court or judge

21 The court or a judge shall, as to references under order of the court or a judge, have all the powers which are by this Act conferred on the court or a judge as to references by consent out of court. R.S., c. 19, s. 21.

GENERAL PROVISIONS

Habeas corpus

22 The court or a judge may order that a writ of *habeas corpus ad testificandum* shall issue to bring up a prisoner for examination before an official or special referee or before any arbitrator or umpire. R.S., c. 19, s. 22.

Stated case

23 Any referee, arbitrator or umpire may, at any stage of the proceedings under a reference, and shall, if so directed by the court or a judge, state in the form of a special case for the opinion of the court any question of law arising in the course of the reference. R.S., c. 19, s. 23.

Costs

24 Any order made under this Act may be made on such terms as to costs or otherwise as the authority making the order thinks just. R.S., c. 19, s. 24.

Conferring of jurisdiction

25 Provision may from time to time be made by rules of court for conferring on a judge of a county court, or any local judge or other officer of the Supreme Court, all or any of the jurisdiction conferred by this Act on the court or a judge. R.S., c. 19, s. 25.

ANEXO R – International Commercial Arbitration Act, RSNS 1989 (Nova Scotia)

Current version: in force since Feb 22, 1990

International Commercial Arbitration Act

CHAPTER 234 OF THE REVISED STATUTES, 1989

An Act to Implement the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards and to Adopt the Model Law on International Commercial Arbitration

Short title

1 This Act may be cited as the *International Commercial Arbitration Act*. R.S., c. 234, s. 1.

Interpretation

2 (1) In this Act,

(a) "Convention" means the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, adopted by the United Nations Conference on International Commercial Arbitration in New York on the tenth day of June, 1958, as set out in Schedule A;

(b) "International Law" means the Model Law On International Commercial Arbitration, adopted by the United Nations Commission on International Trade Law on the twenty-first day of June, 1985, as set out in Schedule B.

Further interpretation

(2) Words and expressions used in this Act have the same meaning as the corresponding words and expressions in the Convention and the International Law, as the case may be. R.S., c. 234, s. 2.

PART I

FOREIGN ARBITRAL AWARDS

Application in Province

3 (1) Subject to this Act, the Convention applies in the Province.

Application of Convention

(2) The Convention applies to arbitral awards and arbitration agreements whether made before or after the tenth day of August, 1986, but applies only in respect of differences arising out of commercial legal relationships, whether contractual or not. R.S., c. 234, s. 3.

Application to Court

4 For the purpose of seeking recognition of an arbitral award pursuant to the Convention, application shall be made to the Trial Division of the Supreme Court. R.S., c. 234, s. 4.

PART II

INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION

Application in Province

5 (1) Subject to this Act, the International Law applies in the Province.

Application of International Law

(2) The International Law applies to international commercial arbitration agreements and awards, whether made before or after the tenth day of August, 1986. R.S., c. 234, s. 5.

Encouragement of settlement

6 For the purpose of encouraging settlement of a dispute, an arbitral tribunal may, with the agreement of the parties, employ mediation, conciliation or other procedures at any time during the arbitration proceedings and, with the agreement of the parties, the members of the arbitral tribunal are not disqualified from resuming their roles as arbitrators by reason of the mediation, conciliation or other procedure. R.S., c. 234, s. 6.

Where arbitrator replaced

7 (1) Unless the parties otherwise agree, if an arbitrator is replaced or removed in accordance with the International Law, any hearing held prior to the replacement or removal shall be repeated.

Article 15

(2) With respect to Article 15 of the International Law, the parties may remove an arbitrator at any time prior to the final award, regardless of how the arbitrator was appointed. R.S., c. 234, s. 7.

Failure to make designation

8 Notwithstanding Article 28(2) of the International Law, if the parties fail to make a designation pursuant to Article 28(1) of the International Law, the arbitral tribunal shall apply the rules of law it considers to be appropriate given all the circumstances respecting the dispute. R.S., c. 234, s. 8.

Power of Court

9 (1) The Trial Division of the Supreme Court, upon application of the parties to two or more arbitration proceedings, may order

- (a) the arbitration proceedings to be consolidated, on terms it considers just;
- (b) the arbitration proceedings to be heard at the same time, or one immediately after another;
- (c) any of the arbitration proceedings to be stayed until after the determination of any other of them.

Appointment of arbitral tribunal

(2) Where the Court orders arbitration proceedings to be consolidated pursuant to clause (a) of subsection (1) and all the parties to the consolidated arbitration proceedings are in agreement as to the choice of the arbitral tribunal for that arbitration proceeding, the arbitral tribunal shall be appointed by the Court, but if all the parties cannot agree, the Court may appoint the arbitral tribunal for that arbitration proceeding.

Interpretation

(3) Nothing in this Section shall be construed as preventing the parties to two or more arbitration proceedings from agreeing to consolidate those arbitration proceedings and taking such steps as are necessary to effect that consolidation. R.S., c. 234, s. 9.

Article 6

10 (1) The functions referred to in Article 6 of the International Law shall be performed by the Trial Division of the Supreme Court.

Interpretation

(2) For the purposes of the International Law, a reference to "court" or "competent court", where in the context it means a court in the Province, means the Trial Division of the Supreme Court except where the context otherwise requires. R.S., c. 234, s. 10.

PART III

GENERAL

Stay of proceedings

11 Where, pursuant to Article II (3) of the Convention or Article 8 of the International Law, a court refers the parties to arbitration, the proceedings of the court are stayed with respect to the matters to which the arbitration relates. R.S., c. 234, s. 11.

Act binds Crown

12 (1) This Act binds Her Majesty in right of the Province.

Enforcement of award against Crown

(2) An award recognized pursuant to this Act is enforceable against Her Majesty in right of the Province in the same manner and to the same extent as a judgment is enforceable against Her Majesty in right of the Province. R.S., c. 234, s. 12.

Interpretation

13 (1) This Act shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the Act in their context and in the light of its objects and purposes.

Interpretation aids

(2) In applying subsection (1) to the International Law, recourse may be had to

(a) the Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its 18th session (June 3 - 21, 1985);

(b) the International Commercial Arbitration Commentary on Draft Text of a Model Law on International Commercial Arbitration, as published in the Royal Gazette. R.S., c. 234, s. 13.

Practice and procedure

14 (1) The judges of the Supreme Court or a majority of them may make rules respecting the practice and procedure, including costs, in judicial proceedings pursuant to this Act.

Civil Procedure Rules

(2) Until rules are made pursuant to subsection (1), the *Civil Procedure Rules*, including rules as to costs, apply *mutatis mutandis* to judicial proceedings pursuant to this Act.

Judicature Act

(3) Rules made pursuant to subsection (1) are rules as defined by the *Judicature Act*. R.S., c. 234, s. 14.

Regulations

15 The Governor in Council may make such regulations as are necessary or advisable to carry out the intent and purpose of this Act. R.S., c. 234, s. 15.

Regulations Act

16 Rules made pursuant to Section 14 and the exercise by the Governor in Council of the authority contained in Section 15 shall be regulations within the meaning of the *Regulations Act*. R.S., c. 234, s. 16.

SCHEDULE A

CONVENTION ON THE RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN ARBITRAL AWARDS

[...]

R.S., c. 234, Sch. A.

SCHEDULE B

UNCITRAL MODEL LAW ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION

(As adopted by the United Nations Commission on International Trade Law on 21 June 1985)

[...]

R.S., c. 234, Sch. B.

ANEXO S – Arbitration Act, RSPEI 1988 (Prince Edward Island)

Current version: in force since Sep 1, 2012

CHAPTER A-16

ARBITRATION ACT

Definitions

1. In this Act

court

(a) repealed by 2008,c.20,s.72(4);

judge

(b) “judge” means a judge of the Supreme Court;

rules of court

(c) repealed by 2008,c.20,s.72(4);

submission

(d) “submission” means a written agreement to submit present or future differences to arbitration, whether or not an arbitrator is named therein.

R.S.P.E.I. 1974, Cap. A-14, s.1; 2008,c.20,s.72(4).

Application of Act to Crown

2. This Act applies to any arbitration to which Her Majesty is a party, but nothing herein empowers the court or a judge to order any proceeding to which Her Majesty is a party, or any question or issue in any such proceeding, to be tried before any referee, arbitrator or officer without the consent of Her Majesty, or shall affect the law as to costs payable by the Crown.

R.S.P.E.I. 1974, Cap. A-14, s.2.

Application of Act to other Acts

3. This Act applies to every arbitration under any Act whenever passed as if the arbitration were pursuant to a submission, except in so far as this Act is inconsistent with the Act regulating the arbitration or with any rules or procedure authorized or recognized by that Act.

R.S.P.E.I. 1974, Cap. A-14, s.3.

Submission irrevocable

4. A submission, unless a contrary intention is expressed therein, shall be irrevocable, except by leave of the court or a judge, and shall have the same effect as if it had been made an order of the court.

R.S.P.E.I. 1974, Cap. A-14, s.4.

Submission, provisions included

5. A submission, unless a contrary intention is expressed therein, shall be deemed to include the provisions set forth in the Schedule, so far as they are applicable to the reference.

R.S.P.E.I. 1974, Cap. A-14, s.5.

Application to stay legal proceedings

6. If any party to a submission or any person claiming through or under him, commences legal proceedings in any court against any other party to the submission or any person claiming through or under him, in respect of a matter agreed to be referred, any party to the proceedings may after appearance but before delivering a pleading or taking any other step in the proceedings apply to that court to stay the proceedings.

R.S.P.E.I. 1974, Cap. A-14, s.6.

Order to stay legal proceedings

7. The court or judge, if satisfied that there is no sufficient reason why the matter should not be referred in accordance with the submission and that the applicant was, at the time when the proceedings were commenced, and still remains ready and willing to do all things necessary to the proper conduct of the arbitration, may make an order staying the proceedings.

R.S.P.E.I. 1974, Cap. A-14, s.7.

Appointment of arbitrator or umpire by court

8. (1) In any of the following cases

(a) where a submission provides that the reference shall be to a single arbitrator and the persons whose concurrence is necessary do not, after differences have arisen, concur in the appointment of an arbitrator;

(b) where an arbitrator, an umpire or a third arbitrator is to be appointed by any person, and such person does not make the appointment;

(c) unless the submission otherwise provides, where an arbitrator, an umpire or a third arbitrator refuses to act or is incapable of acting or dies, and the vacancy is not supplied by the person having the right to fill the vacancy, any party may serve the other party or the arbitrators, or the person who has the right to make the appointment, as the case may be, with a written notice to concur in the appointment of a single arbitrator or to appoint an arbitrator, umpire or third arbitrator.

Powers of appointed umpire or arbitrator

(2) If the appointment is not made within seven clear days after service of the notice, the court or a judge may, on application by the party who gave the notice, appoint an arbitrator, umpire or third arbitrator, who shall have the similar powers to act in the reference and make an award as if he had been appointed by consent of all parties.

R.S.P.E.I. 1974, Cap. A-14, s.8.

Powers of arbitrators or umpires

9. The arbitrators or umpire acting under a submission shall, unless the submission expresses a contrary intention, have power

(a) to administer oaths to the parties and witnesses;

(b) to state an award as to the whole or part thereof in the form of a special case for the opinion of the court; and

(c) to correct in an award any clerical mistake or error arising from an accidental slip or omission.

R.S.P.E.I. 1974, Cap. A-14, s.9.

Time for award, enlargement

10. The time for making an award may be enlarged by the court or a judge, whether or not the time for making the award has expired.

R.S.P.E.I. 1974, Cap. A-14, s.10.

Court referral to arbitrator or umpire

11. (1) In all cases of reference to arbitration the court or a judge may remit the matters referred, or any of them, to the reconsideration of the arbitrators or umpire.

Time for award

(2) Where an award is remitted, the arbitrators or umpire shall, unless the order otherwise directs, make their award within three months after the date of the order.

R.S.P.E.I. 1974, Cap. A-14, s.11.

Removal of arbitrator

12. (1) Where an arbitrator or umpire has misconducted himself, the court may remove him.

Award set aside

(2) Where an arbitrator or umpire has misconducted himself, or an arbitration or award has been improperly procured, the court may set the award aside.

R.S.P.E.I. 1974, Cap. A-14, s.12, s.12.

Enforcement of award

13. An award or a submission may, by leave of the court or a judge, be enforced in the same manner as a judgment or order to the same effect.

R.S.P.E.I. 1974, Cap. A-14, s.13.

Court referral of questions to special referee

14. (1) Subject to rules of court and to any right to have particular cases tried by a jury, the court or a judge may refer any question arising in any cause or matter, other than a criminal proceeding by the Crown, to an official or special referee for inquiry or report.

Report of special referee

(2) The report of an official or special referee may be adopted wholly or partially by the court or a judge, and if so adopted may be enforced as a judgment or order to the same effect.

R.S.P.E.I. 1974, Cap. A-14, s.14.

Trial before a special referee

15. In any cause or matter, other than a criminal proceeding by the Crown

(a) if all the parties interested who are not under disability consent;

(b) if the cause or matter requires any prolonged examination of documents or any scientific or local investigation which cannot in the opinion of the court or a judge conveniently be made before a jury or conducted by the court through its other ordinary officers; or

(c) if the question in dispute consists wholly or in part of matters of account, the court or a judge may at any time order the whole cause or matter, or any question or issue of fact arising therein, to be tried before a special referee or arbitrator respectively agreed on by the parties, or before an official referee or officer of the court.

R.S.P.E.I. 1974, Cap. A-14, s.15.

Jurisdiction of special referee

16. (1) In all cases of reference to an official or special referee or arbitrator under an order of the court or a judge in any cause or matter, the official or special referee or arbitrator is deemed to be an officer of the court, and subject to rules of court shall have such authority, and conduct the reference in such manner, as the court or a judge may direct.

Award of special referee, status

(2) The report or award of an official or special referee or arbitrator on any such reference shall, unless set aside by the court or a judge, be equivalent to the verdict of a jury.

Remuneration of special referee

(3) The remuneration of any official or special referee or arbitrator to whom any matter is referred under an order of the court or a judge shall be fixed by the court or a judge.

R.S.P.E.I. 1974, Cap. A-14, s.16.

Jurisdiction of court or judge in references

17. The court or a judge shall, in relation to references under an order of in the court or a judge, have all such powers as are conferred by this Act on the court or a judge in relation to references by consent out of court.

R.S.P.E.I. 1974, Cap. A-14, s.17.

Issuance of writs

18. (1) Any party to a submission or to a reference may sue out of the court a writ of subpoena to give testimony or a writ of subpoena to bring certain documents, but no person shall be compelled, under any such writ, to produce any document which he could not be compelled to produce on the trial of an action.

Penalties for disobedience of writs

(2) Any person on whom a subpoena has been served, and to whom has been paid or tendered the fees for travel and attendance prescribed under the Court Fees Act R.S.P.E.I. 1988, Cap. C-27.001 for witnesses in the Supreme Court, is liable in case of disobedience of the subpoena, to the same punishment and liabilities as if the subpoena had been issued in an action in the court.

Custodian to present prisoner for examination

(3) The court or a judge may also order the sheriff, jailer or other officer who has the custody of a prisoner to produce him for examination before an arbitrator or umpire or before an official or special referee.

Commission to take evidence

(4) The court or a judge may also order that a commission may issue to take the evidence of any witness for what it may be worth or outside the province, in the like circumstances and with the similar effect as a similar order may be made in an action in the Supreme Court, and the Judicature Act R.S.P.E.I. 1988, Cap. J-2.1 and rules of court shall apply to the order or commission and to the proceedings thereon and the evidence taken thereunder. R.S.P.E.I. 1974, Cap. A-14, s.18; 1988, c.35, s.14; 2008,c.20,s.72(4); 2012,c.10,s.5.

Special case on questions of law

19. Any referee, arbitrator or umpire may, at any stage of the proceedings under a reference, and shall, if so directed by the court or a judge, state in the form of a special case for the opinion of the court, any question of law arising in the course of the reference. R.S.P.E.I. 1974, Cap. A-14, s.19.

Costs

20. Any order made under this Act may be made on such terms as to costs or otherwise as the authority making the order thinks just.

R.S.P.E.I. 1974, Cap. A-14, s.20.

Appeal from award of referee

21. (1) In all cases of reference under an order of the court any party to such reference may appeal to the Court of Appeal from the award or decision of the referee or arbitrator.

Appeal to Appeal Division, where agreed

(2) Where it is agreed by the terms of a submission that there may be an appeal from the award, an appeal shall lie to the Appeal Division.

Appeal, rules to which subject

(3) The appeal shall be made in the same manner and subject to the same rules as an appeal in an action in the Appeal Division.

Jurisdiction of court upon the appeal

(4) Under the appeal the court may reverse, alter or vary the award or finding and any direction as to costs made therein or supplementary thereto, in any manner that seems just and the costs of any such appeal shall be at the discretion of the court.

R.S.P.E.I. 1974, Cap. A-14, s.21;

2008,c.20,s.72(4).

SCHEDULE

PROVISIONS TO BE IMPLIED IN SUBMISSIONS

1. If no other mode of reference is provided the reference shall be to a single arbitrator.
2. If the reference is to two arbitrators, the two arbitrators may appoint an umpire at any time within the period during which they have power to make an award.
3. If any arbitrator or umpire or third arbitrator refuses to act, or is incapable of acting or dies, the party or parties, or the arbitrators by whom he was appointed, may appoint an arbitrator, umpire or third arbitrator, as the case may be, in his stead, and this power may be exercised as vacancies occur.
4. The submission shall not be revoked by the death of the parties or either of them.
5. The award shall be delivered to any of the parties requiring the same; and the personal representatives of any party deceased may require delivery of the award.
6. The arbitrators shall make their award in writing within three months after entering on the reference, or after having been called on to act by notice in writing from any party to the submission or on or before any later day to which the arbitrators, by any writing signed by them, may enlarge the time for making the award.
7. If the arbitrators have allowed their time or extended time to expire without making an award, or have delivered to any party to the submission, or to the umpire, a notice in writing, stating that they cannot agree, the umpire may forthwith enter on the reference in lieu of the arbitrators.
8. The umpire shall make his award within one month after the original or extended time appointed for making the award of the arbitrators has expired, or on or before any later day to which the umpire by any writing signed by him may enlarge the time for making his award.
9. The parties to the reference, and all persons claiming through them respectively, shall, subject to any legal objection, submit to be examined by the arbitrators or umpire, an oath in relation to the matters in dispute, and shall subject as aforesaid, produce before the arbitrators or umpire all books, deeds, papers, accounts, writing, documents and things within their possession or power respectively which may be required or called for, and do all other things which during the proceedings on the reference the arbitrators or umpire may require.
10. The witnesses on the reference shall be examined on oath.
11. The award to be made by the arbitrators or by a majority of them or by the umpire shall be final and binding on all the parties and persons claiming under them respectively.
12. The costs of the reference and award shall be in the discretion of the arbitrators or umpire, who may direct, to and by whom, and in what manner, such costs, or any part thereof, shall be paid and may tax or settle the amount of costs to be so paid, or any part thereof, and may award costs to be paid as between solicitor and client. R.S.P.E.I.
1974, Cap. A-14, Schedule.

*[Note: The Schedule is prescribed by section 5 of the Act.]

ANEXO T – International Commercial Arbitration Act, RSPEI 1988 (Prince Edward Island)

Current version: in force since Jan 1, 2009

CHAPTER I-5

INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION ACT

Interpretation

1. (1) In this Act

Convention

(a) "Convention" means the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, adopted by the United Nations Conference on International Commercial Arbitration in New York on June 10, 1958, as set out in Schedule A;

International Law

(b) "International Law" means the Model Law on International Commercial Arbitration, adopted by the United Nations Commission on International Trade Law on June 21, 1985, as set out in Schedule B.

Idem

(2) Words and expressions used in this Act have the same meaning as the corresponding words and expressions in the Convention and the International Law, as the case may be. 1986, c.14, s.1.

PART I

FOREIGN ARBITRAL AWARDS

Application of Convention

2. (1) Subject to this Act, the Convention applies in Prince Edward Island.

Idem

(2) The Convention applies to arbitral awards and arbitration agreements whether made before or after the coming into force of this Part, but applies only in respect of differences arising out of commercial legal relationships, whether contractual or not. 1986, c.14, s.2.

3. For the purpose of seeking recognition of an arbitral award pursuant to Application to court

the Convention, application shall be made to the Supreme Court. 1986, c.14, s.3; 2008, c.20, s.72(47).

PART II

INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION

Application of International Law

4. (1) Subject to this Act, the International Law applies in Prince Edward Island.

Idem

(2) The International Law applies to international commercial arbitration agreements and awards, whether made before or after the coming into force of this Part. 1986, c.14, s.4.

Conciliation and other proceedings

5. For the purpose of encouraging settlement of a dispute, an arbitral tribunal may, with the agreement of the parties, employ mediation, conciliation or other procedures at any time during the arbitration proceedings and, with the agreement of the parties, the members of the arbitral tribunal are not disqualified from resuming their roles as arbitrators by reason of the mediation, conciliation or other procedure.

1986, c.14, s.5.

Removal of arbitrator

6. (1) Unless the parties otherwise agree, if an arbitrator is replaced or removed in accordance with the International Law, any hearing held prior to the replacement or removal shall be repeated.

Idem

(2) With respect to article 15 of the International Law, the parties may remove an arbitrator at any time prior to the final award, regardless of how the arbitrator was appointed.

1986, c.14, s.6.

Rules applicable to substance of dispute

7. Notwithstanding article 28(2) of the International Law, if the parties fail to make a designation pursuant to article 28(1) of the International Law, the arbitral tribunal shall apply the rules of law it considers to be appropriate given all the circumstances respecting the dispute.

1986, c.14, s.7.

Consolidation of more proceedings

8. (1) The Supreme Court, upon application of the parties to two or arbitration proceeding, may order

(a) the arbitration proceedings to be consolidated, on terms it considers just;

(b) the arbitration proceedings to be heard at the same time, or one immediately after another;

(c) any of the arbitration proceedings to be stayed until after the determination of any other of them.

Appointment of consolidated arbitral tribunal

(2) Where the court orders arbitration proceedings to be pursuant to clause (1)(a) and all the parties to the consolidated arbitration proceedings are in agreement as to the choice of the arbitral tribunal for that arbitration proceedings, the arbitral tribunal shall be appointed by the court, but if all the parties cannot agree, the court may appoint the arbitral tribunal for that arbitration proceeding.

Agreements

(3) Nothing in this section shall be construed as preventing the parties to two or more arbitration proceedings from agreeing to consolidate those arbitration proceedings and taking such steps as are necessary to effect that consolidation. 1986, c.14, s.8; 2008,c.20,s.72(47).

Court

9. (1) The functions referred to in article 6 of the International Law shall be performed by the Supreme Court.

References

(2) For the purposes of the International Law, a reference to "court" or "competent court", where in the context it means a court in Prince Edward Island, means the Supreme Court except where the context otherwise requires.

1986, c.14, s.9; 2008,c.20,s.72(47).

PART III

GENERAL

Stay of proceedings

10. Where, pursuant to article II(3) of the Convention or article 8 of the International Law, a court refers the parties to arbitration, the proceedings of the court are stayed with respect to the matters to which the arbitration relates.

1986, c.14, s.10.

Crown bound

11. (1) This Act binds the Crown in right of the province.

Enforcement

(2) An award recognized pursuant to this Act is enforceable against the Crown in the same manner and to the same extent as a judgment is enforceable against the Crown.

1986, c.14, s.11.

Aids in interpretation

12. (1) This Act shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the Act in their context and in the light of its objects and purposes.

Idem

(2) In applying subsection (1) to the International Law, recourse may be had to

(a) the Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its 18th session (June 3 - 21, 1985);

(b) the International Commercial Arbitration Commentary on Draft Text of a Model Law on International Commercial Arbitration.

1986, c.14, s.12.

Regulations

13. The Lieutenant Governor in Council may make regulations.

1986, c.14, s.13.

SCHEDULE A

CONVENTION ON THE RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN ARBITRAL AWARDS

[...]

SCHEDULE B

UNCITRAL MODEL LAW ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION

(As adopted by the United Nations Commission on International Trade Law on 21 June 1985)

[...]

ANEXO U – Arbitration Act, RSNL 1990 (Newfoundland and Labrador)

Current version: in force since Dec 21, 1995

RSNL1990 CHAPTER A-14

ARBITRATION ACT

Amended:

1995 c13 s2

CHAPTER A-14

AN ACT TO PROVIDE FOR ARBITRATIONS

Short title

1. This Act may be cited as the *Arbitration Act*.

1985 c8 s1

Interpretation

2. (1) In this Act

(a) "arbitrator" means the person who, under this Act or in an arbitration agreement, hears and decides an arbitration;

(b) "court" means the Trial Division or a judge of the Trial Division;

(c) "rules" means the Rules of the Supreme Court; and

(d) "submission" means

(i) a written agreement to submit present or future differences to arbitration, whether an arbitrator is named in the agreement or not,

(ii) a direction in an Act that a person appoint arbitrators or proceed to arbitration under this Act, or

(iii) an order made by the court with respect to arbitration under this Act.

(2) This Act shall be read as one with the *Judicature Act*, and rules may be made under that Act relating to this Act.

1985 c8 s2; 1986 c42 Sch B

Submission irrevocable

3. Unless a submission expresses a contrary intention, the submission is irrevocable, except by leave of the court, and has the same effect as if it had been made an order of the court.

1985 c8 s3

Staying proceedings

4. (1) Where a party to a submission, or a person claiming through or under a party, begins legal proceedings against another party to the submission, or a person claiming through or under a party, in respect of a matter agreed to be referred, a party to the legal proceedings may, after appearance and before delivering pleadings or taking other steps in the proceedings, apply to the court for an order staying the proceedings.

(2) The court may make an order staying the proceedings under subsection (1), upon being satisfied,

(a) that there is no sufficient reason why the matter should not be referred to arbitration in accordance with the submission; and

(b) that the applicant was, at the time the proceedings started, and still is ready and willing to do all things necessary for the proper conduct of the arbitration.

1985 c8 s4

Appointment by court

5. (1) A party to a submission may serve the other parties or the arbitrators with a written notice to appoint or concur in the appointment of an arbitrator, umpire or 3rd arbitrator

- (a) where a submission provides that the reference must be to a single arbitrator and all the parties do not, after differences have arisen, concur in the appointment of the arbitrator;
 - (b) where an appointed arbitrator refuses to act, is incapable of acting, or dies, and the submission does not show that it was intended that the vacancy should not be filled and the parties do not fill the vacancy;
 - (c) where the parties or 2 arbitrators may appoint an umpire or 3rd arbitrator and do not appoint that umpire or 3rd arbitrator; or
 - (d) where an appointed umpire or 3rd arbitrator refuses to act, is incapable of acting, or dies, and the submission does not show that it was intended that the vacancy should not be filled and the parties or arbitrators do not fill the vacancy.
- (2) Where in paragraph (1)(d) an appointed umpire or 3rd arbitrator refuses to act, is incapable of acting or dies, the appointed umpire or 3rd arbitrator is considered to have vacated the post.
- (3) Where the appointment of the arbitrator, 3rd arbitrator or umpire is not made within 7 clear days after the service of the notice under subsection (1), the court may, on application of the party who gave the notice, appoint the arbitrator, 3rd arbitrator or umpire.
- (4) An arbitrator, 3rd arbitrator or umpire appointed under subsection (3) has the same power to act in the reference and make an award as if the arbitrator, 3rd arbitrator or umpire had been appointed by consent of all the parties to the reference.

1985 c8 s5

Appointment of substitute

6. Unless a submission expresses a contrary intention, where a submission provides that a reference will be to 2 arbitrators, 1 to be appointed by either party, the party who appointed the arbitrator may appoint a new arbitrator to act in the place of the original arbitrator where the original arbitrator refuses to act, is incapable of acting, or dies.

1985 c8 s6

Failure to appoint

7. Unless a submission expresses a contrary intention,

- (a) where a submission provides that a reference will be to 2 arbitrators, 1 to be appointed by either party; and
 - (b) where a party fails to appoint an arbitrator either originally, or by way of substitution under section 6 within 7 clear days after the other party has served the party in default with notice to make appointment,
- the party who has appointed an arbitrator may appoint that arbitrator to act as sole arbitrator.

1985 c8 s7

Award of sole arbitrator

8. A sole arbitrator appointed under section 7 has the same power to act in the reference and make an award as if the sole arbitrator had been appointed by consent of all the parties to the reference and that arbitrator's award is as binding on both parties as if the sole arbitrator had been so appointed.

1985 c8 s8

Setting aside appointment

9. The court may set aside an appointment of an arbitrator made under section 6 or 7.

1985 c8 s9

Ancillary powers

10. The arbitrators or umpire acting under a submission, unless the submission expresses a contrary intention,

- (a) may administer oaths or take the affirmations of the parties and witnesses appearing;
- (b) may state an award as to the whole or part of the submission in the form of a special case for the opinion of the court; and
- (c) may correct a clerical mistake or error in an award arising from an accidental error or omission.

1985 c8 s10

Subpoenas

11. (1) A party to a submission may take out a subpoena

- (a) requiring witnesses to attend the arbitration and give evidence; and
- (b) requiring witnesses to attend the arbitration, give evidence and also bring certain documents in their possession as specified in the subpoena.

(2) A person may not be compelled under a subpoena taken out under subsection (1) to produce a document that the person could not be compelled to produce on the trial of an action.

1985 c8 s11

Remission to arbitrator

12. (1) In all cases of reference to arbitration the court may remit all or any of the matters referred for the reconsideration of the arbitrators or umpire.

(2) When an award is remitted under subsection (1), the arbitrators or umpire shall, unless the order otherwise directs, make their award within 3 months after the date of the order.

1985 c8 s12

Removal of arbitrator

13. Where an arbitrator or umpire has misconducted himself or herself, the court may remove the arbitrator or umpire.

1985 c8 s13

Setting aside of award

14. (1) Where an arbitrator or umpire has misconducted himself or herself, or an arbitration or award has been improperly procured, the court may set the award aside.

(2) An application in respect of an arbitration or award referred to in subsection (1) may be made to the Trial Division within 60 days of the receipt of that arbitration or award by the parties to the application.

1985 c8 s14; 1995 c13 s2

Enforcement of award

15. (1) An award on a submission may, by leave of the court, be registered in the cause book of the court and enforced in the same manner as a judgment or order.

(2) Where leave of the court is given under subsection (1), the judgment or order may be entered in terms of the award.

1985 c8 s15

Definition

16. In sections 17 to 27 "referee" includes a judge, a master of the court or a special referee or arbitrator agreed upon by the parties or appointed by the court.

1985 c8 s16

Reference to referee

17. The court may, with the consent of the parties, refer a question arising in a cause or matter, other than a criminal proceeding by the Crown, for inquiry or report to a referee.

1985 c8 s17

Report adopted by court

18. The report of a referee may be adopted wholly or in part by the court and where adopted may be enforced as a judgment or order.

1985 c8 s18

Reference by court

19. In a cause or matter, other than a criminal proceeding by the Crown,

(a) where all the parties who are not under a disability consent;

(b) where the cause or matter requires a prolonged examination of documents or a scientific or local investigation that cannot, in the opinion of the court, be conveniently made before a jury or conducted by the court through its ordinary officers; or

(c) where the matter in dispute consists wholly or in part of matters of account, the court may order the cause or matter, or a question or issue of fact arising in the cause or matter, to be tried before an arbitrator agreed on by the parties.

1985 c8 s19

Referee officer of court

20. Where a reference is made to a referee or arbitrator under an order of the court, the referee or arbitrator is considered to be an officer of the court and has the authority and shall conduct the reference in the manner prescribed by the rules, and subject to those rules, as the court may direct.

1985 c8 s20

Effect of report

21. The report or award of a referee or arbitrator on a reference ordered by the court is equivalent to the verdict of a jury, unless set aside by the court.

1985 c8 s21

Remuneration

22. The remuneration to be paid to a referee or arbitrator to whom a matter is referred by the court may be determined by the court.

1985 c8 s22

Powers of court

23. The court has, with respect to references made under order of the court, the same powers conferred upon the court with respect to references made by consent out of court.

1985 c8 s23

Subpoenas

24. (1) The court may order that a subpoena be issued to compel the attendance of a witness and production of documents before a referee, arbitrator or umpire.

(2) The court may order that an order be issued to bring up a prisoner for examination before a referee, arbitrator or umpire.

1985 c8 s24

Special case

25. A referee, arbitrator or umpire may, at any stage of a reference, and shall, where directed by the court, state in the form of a special case for the opinion of the court a question of law arising in the course of the reference.

1985 c8 s25

Terms of order

26. An order made under this Act may be made on the terms as to costs or otherwise as the authority making the order thinks just.

1985 c8 s26

Prohibition

27. An arbitrator, umpire or referee shall not have a monetary interest in the matter upon which the arbitrator, umpire or referee is appointed to decide.

1985 c8 s27

Single arbitrator

28. Where no other method of reference is provided, the reference is to a single arbitrator.

1985 c8 s28

Appointment of umpire

29. Where a reference is to 2 arbitrators, they may appoint an umpire within the period during which they may make an award.

1985 c8 s29

Making of award

30. Arbitrators shall make an award in writing

(a) within 3 months after entering on the reference or after having been called on to act by written notice from a party to the submission; or

(b) on or before a later day to which the arbitrators by a writing signed by them may enlarge the time for making the award.

1985 c8 s30

Enlargement of time

31. The time for making an award may be extended by order of the court, whether or not the time for making the award has expired.

1985 c8 s31

Umpire may act

32. Where the arbitrators

(a) have allowed their time or extended time to expire without making an award; or

(b) have delivered to a party to the submission or to the umpire a written notice stating that they cannot agree,

the umpire may immediately enter on the reference instead of the arbitrators.

1985 c8 s32

Award of umpire

33. An umpire shall make an award

(a) within 1 month after the original or extended time for making the award by the arbitrators has expired; or

(b) on or before a later day to which the umpire by a writing signed by the umpire enlarges the time for making the award.

1985 c8 s33

Examination of parties

34. The parties to the reference and parties claiming through them

(a) shall, subject to a legal objection, submit to be examined by the arbitrators or umpire on oath or affirmation in relation to the matters in dispute;

(b) shall, subject to a legal objection, produce before the arbitrators or umpire books, deeds, papers, accounts, writings and documents within their power or possession that may be required or called for; and

(c) shall do those other things that during the proceedings on the reference the arbitrators or umpire may require.

1985 c8 s34

Examination under oath or affirmation

35. The witnesses on a reference may be examined on oath or affirmation.

1985 c8 s35

Award final

36. The award made by arbitrators or an umpire is final and binding on the parties and persons claiming under them.

1985 c8 s36

Costs

37. (1) The costs of the reference and award are in the discretion of the arbitrators or umpire who

(a) may direct to, by whom and in what manner the costs or a part of them shall be paid;

(b) may tax or settle the amount of costs to be paid; and

(c) may award costs to be paid as between solicitor and client.

(2) Until rules are made under the *Judicature Act*, for the purpose of this Act, the prevailing cost structure of the court applies with the necessary changes.

1985 c8 s37; 1986 c42 Sch B

ANEXO V– International Commercial Arbitration Act, RSNL 1990, (Newfoundland and Labrador)

Current version: in force since Jun 1, 1992

RSNL1990 CHAPTER I-15

INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION ACT

Amended:

CHAPTER I-15

AN ACT RESPECTING THE IMPLEMENTATION IN THE PROVINCE OF THE CONVENTION ON THE RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN ARBITRAL AWARDS AND THE MODEL LAW ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION

Short title

1. This Act may be cited as the *International Commercial Arbitration Act* .

1986 c45 s1

Interpretation

2. (1) In this Act

(a)"convention" means the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, adopted by the United Nations Conference on International Commercial Arbitration in New York on June 10, 1958, as set out in Schedule A; and

(b)"international law" means the Model Law On International Commercial Arbitration, adopted by the United Nations Commission on International Trade Law on June 21, 1985 , as set out in Schedule B.

(2)Words and expressions used in this Act have the same meaning as the corresponding words and expressions in the convention and the international law.

1986 c45 s2

PART I

FOREIGN ARBITRAL AWARDS

Application of convention

3. (1) The convention applies in the province.

(2)The convention applies to arbitral awards and arbitration agreements whether made before or after February 1, 1988, but applies only in respect of differences arising out of commercial legal relationships, whether contractual or not.

1986 c45 s3

Application to court

4. For the purpose of seeking recognition of an arbitral award under the convention, application shall be made to the Trial Division.

1986 c45 s4

PART II

INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION

Application of international law

5. (1) The international law applies in the province.

(2)The international law applies to international commercial arbitration agreements and awards, whether made before or after February 1, 1988 .

1986 c45 s5

Conciliation and other proceedings

6. For the purpose of encouraging settlement of a dispute, an arbitral tribunal may, with the agreement of the parties, employ mediation, conciliation or other procedures at any time during the arbitration proceedings and, with the agreement of the parties, the members of the arbitral tribunal are not disqualified from resuming their roles as arbitrators because of the mediation, conciliation or other procedure.

1986 c45 s6

Removal of arbitrator

7. (1) Unless the parties otherwise agree, where an arbitrator is replaced or removed in accordance with the international law, a hearing held before the replacement or removal shall be repeated.

(2) With respect to article 15 of the international law, the parties may remove an arbitrator at any time before the final award, regardless of how the arbitrator was appointed.

1986 c45 s7

Rules applicable to substance of dispute

8. Notwithstanding article 28(2) of the international law, where the parties fail to make a designation under article 28(1) of the international law, the arbitral tribunal shall apply the rules of law it considers to be appropriate given all the circumstances respecting the dispute.

1986 c45 s8

Consolidation of proceedings

9. (1) The Trial Division, upon application of the parties to 2 or more arbitration proceedings, may order

(a) the arbitration proceedings to be consolidated, on terms it considers just;

(b) the arbitration proceedings to be heard at the same time, or one immediately after another; or

(c) any of the arbitration proceedings to be stayed until after the determination of any other of them.

(2) Where the Trial Division orders arbitration proceedings to be consolidated under paragraph (1)(a) and all the parties to the consolidation arbitration proceedings are in agreement as to the choice of the arbitral tribunal for that arbitration proceeding, the arbitral tribunal shall be appointed by the Trial Division, but where all the parties cannot agree, the court may appoint the arbitral tribunal for that arbitration proceeding.

(3) Nothing in this section shall be construed as preventing the parties to 2 or more arbitration proceedings from agreeing to consolidate those arbitration proceedings and taking the steps that are necessary to effect that consolidation.

1986 c45 s9

Court

10. (1) The functions referred to in article 6 of the international law shall be performed by the Trial Division.

(2) For the purposes of the international law, a reference to "court" or "competent court", where in the context it means a court in the province, means the Trial Division, except where the context otherwise requires.

1986 c45 s10

PART III

GENERAL

Stay of proceedings

11. Where, under article II(3) of the convention or article 8 of the international law, a court refers the parties to arbitration, the proceedings of the court are stayed with respect to the matters to which the arbitration relates.

1986 c45 s11

Crown bound

12. This Act binds the Crown.

1986 c45 s12

Aids in interpretation

13. (1) This Act shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the Act in their context and in the light of its objects and purposes.

(2) In applying subsection (1) to the international law, recourse may be had to

(a) the Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its 18th session, June 3-21, 1985 ; and

(b) the International Commercial Arbitration Commentary on Draft Text of a Model Law on International Commercial Arbitration, as published in the *Gazette* .

1986 c45 s13

Regulations

14. The Lieutenant-Governor in Council may make regulations for the purpose of giving effect to this Act.

1986 c45 s14

Schedule A

CONVENTION ON THE RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN ARBITRAL AWARDS

[...]

1986 c45 Sch A

Schedule B

UNCITRAL MODEL LAW ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION

(As adopted by the United Nations Commission on International Trade Law on 21 June 1985)

[...]

1986 c45 Sch B

ANEXO W –Arbitration Act, RSY 2002 (Yukon)

CHAPTER 8

ARBITRATION ACT

Interpretation

1(1) In this Act,

“arbitrator” includes an umpire and a referee in the nature of an arbitrator; « arbitre »

“award” includes umpirage and a certificate in the nature of an award; « sentence »

“submission” means a written agreement to submit differences to arbitration, whether or not an arbitrator is named in the agreement. « compromis »

(2) The Commissioner in Executive Council may make rules of practice and procedure, including tariffs of fees and costs, for the better carrying out of the purposes of this Act and for regulating the practice hereunder, and, until other rules are so made, the Rules of Court established under the Judicature Act apply mutatis mutandis to all causes, matters and proceedings under this Act. R.S., c.7, s.1.

Application of the Act

2 This Act applies to every arbitration under any Act whenever passed as if the arbitration were pursuant to a submission, except insofar as this Act is inconsistent with the Act regulating the arbitration or with rules or procedure authorized or recognized by that Act. R.S., c.7, s.2.

Reference by submission

3(1) Unless a contrary intention is expressed in a submission or a judge allows a submission to be revoked, a submission is irrevocable and has the same effect as if it had been made an order of a judge.

(2) A submission is not revoked by the death of the parties to it or either of them. R.S., c.7, s.3.

Single arbitrator

4 Where no other mode of reference is provided in a submission, the reference shall be to a single arbitrator. R.S., c.7, s.4.

Umpire

5 Where the reference is to two arbitrators, the two arbitrators may appoint an umpire at any time within the period during which they have power to make an award. R.S., c.7, s.5.

6(1) Where an arbitrator refuses to act or is incapable of acting or dies, the party who appointed the arbitrator may appoint another arbitrator as a replacement, and this power may be exercised as vacancies occur.

(2) Where an umpire refuses to act or is incapable of acting or dies, the arbitrators who appointed the umpire may appoint another umpire as a replacement, and this power may be exercised as vacancies occur. R.S., c.7, s.6.

Umpire to act where arbitrators cannot agree

7 Where the arbitrators have allowed their time or extended time to expire without making an award or have delivered to any party to the submission or to the umpire a notice, in writing, stating that they cannot agree, the umpire may forthwith enter on the reference in lieu of the arbitrators. R.S., c.7, s.7.

Removal for misconduct

8 Where a judge is satisfied on evidence submitted to him by a party to the submission that an arbitrator or umpire has acted inappropriately in the arbitration, the judge may remove the arbitrator or umpire and may appoint an arbitrator or umpire as a replacement. R.S., c.7, s.8.

Stay of proceedings

9 Where a party to a submission or a person claiming through or under that party commences legal proceedings against any other party to the submission or any person claiming through or under that other party, in respect of a matter agreed to be referred, a party to such proceedings may, after receiving service of a statement of claim and before taking any step in the proceedings, apply to a judge for a stay of proceedings, and the judge, if satisfied that there is no sufficient reason why the matter should not be referred in accordance with the submission and that the applicant was, at the time when the proceedings were commenced, ready and willing to do all things necessary to the proper conduct of the arbitration and still remains ready and willing to do so, may make an order staying the legal proceedings. R.S., c.7, s.9.

Appointment of arbitrator or umpire by a judge

10(1) In any of the following cases

(a) where a submission provides that the reference is to a single arbitrator and the persons whose concurrence is necessary do not, after differences have arisen, concur in the appointment of an arbitrator;

(b) where an arbitrator or an umpire is to be appointed by any person and that person does not make the appointment;

(c) where an arbitrator or umpire refuses to act or is incapable of acting or dies and the person having the right to appoint a person to fill the vacancy has not made the appointment, a party may serve the other party or the arbitrators or the person who has the right to make the appointment, as the case may be, with a written notice to concur in the appointment of a single arbitrator or to appoint an arbitrator or umpire.

(2) Where an appointment is not made within seven clear days after the service of the notice referred to in subsection (1), a judge may, on application by the person who gave notice, appoint an arbitrator or umpire.

(3) An arbitrator or umpire appointed under subsection (2) has the same powers to act in the reference and to make an award as if appointed by consent of all parties. R.S., c.7, s.10.

Powers of arbitrators

11(1) Unless a submission expresses a contrary intention, an arbitrator or umpire acting under the submission has power

(a) to administer oaths to the parties and witnesses;

(b) to state an award as to the whole or any part thereof in the form of a special case for the opinion of a judge; and

(c) to correct, in an award, any clerical mistake or error arising from an accidental slip or omission.

(2) An arbitrator or umpire may at any stage of the proceedings and shall, if so directed by a judge, state in the form of a special case for the opinion of a judge any question of law arising in the course of the reference. R.S., c.7, s.11.

Application of Evidence Act

12 All provisions of the Evidence Act that are not inconsistent with this Act apply to proceedings under this Act. R.S., c.7, s.12.

Compulsory attendance of witnesses

13 A party to a submission may obtain a subpoena or other notice under the Rules of Court to compel the attendance of a witness, but no person is compelled to produce a document that the person would not have to produce on the trial of an action. R.S., c.7, s.13.

Provisional evidence

14(1) Where a party to a submission desires to procure provisional evidence or the evidence of a person to be taken out of the Yukon for use on the reference an order may be made for the examination of such person or for the issue of a commission in the same circumstances and with the same effect as a similar order made in an action.

(2) The Judicature Act and Rules of Court apply to an order or commission under subsection (1) and to the proceedings thereon and the evidence taken thereunder. R.S., c.7, s.14.

Duty of parties

15 A party to a reference or a person claiming under that party shall, subject to any legal objection, submit to be examined by an arbitrator or umpire on oath in relation to the matters in dispute and shall, subject to any legal objection, produce before the arbitrator or umpire all books, deeds, papers, goods, documents and things in the party's possession or power that are required or called for and shall do all other things that during the proceedings on the reference the arbitrator or umpire requires. R.S., c.7, s.15.

Oath

16 Witnesses on a reference shall be examined on oath. R.S., c.7, s.16.

Evidence of prisoners

17 A judge may order a sheriff, gaoler or other officer who has the custody of a prisoner to produce the prisoner for examination before an arbitrator or an umpire. R.S., c.7, s.17.

Copies of documents

18 An arbitrator or an umpire, where no special reason appears to exist for filing an original book, paper or document as an exhibit, may allow a copy of the whole or a portion thereof as they may consider material to be

Arbitrator's time to make award

19 An arbitrator shall make an award in writing

(a) within three months after entering on the reference;

(b) within three months after having been called on to act by notice in writing from a party to the submission; or

(c) on or before any later date to which all the parties to the submission, by written agreement signed by them, may increase the time for making the award. R.S., c.7, s.19.

Umpire's time to make award

20 An umpire shall make an award within one month after the original or extended time appointed for making the award of the arbitrators has expired or, on or before any later date to which the persons who appointed the umpire, by written agreement signed by them, may increase the time for making the award. R.S., c.7, s.20.

Extension of time by judge

21 On application made to a judge by an arbitrator or umpire, the time for making an award may be increased by the judge, whether or not the time for making the award has expired. R.S., c.7, s.21.

Remission of award

22(1) Where, on an application by a party to a submission, a judge is satisfied that a reference requires further consideration by an arbitrator or an umpire, the judge may remit the matters referred or any of them to the arbitrator or the umpire for further consideration.

(2) Unless the judge otherwise directs, where a reference is remitted to an arbitrator or an umpire under subsection (1), the arbitrator or the umpire shall make the award within three months after the date of the remission. R.S., c.7, s.22.

Delivery of award

23 An award shall be delivered to any of the parties to a submission requiring the same and the personal representatives of a deceased party may require delivery of the award. R.S., c.7, s.23.

Enforcement of award

24 An award may, by leave of a judge, be enforced in the same manner as a judgment or an order to the same effect. R.S., c.7, s.24.

Award is final

25 Subject to sections 26 and 27 respecting appeals and setting aside awards, an award made by an arbitrator or by a majority of arbitrators or by an umpire is final and binding on all the parties to the reference and the persons claiming under them respectively. R.S., c.7, s.25.

Where submission allows an appeal

26(1) Where it is agreed by the terms of a submission that there may be an appeal from the award, the reference shall be conducted and an appeal lies to a judge within the time stated in the submission or if no time is stated within six weeks after the delivery of the award to the appellant.

(2) The evidence of the witnesses examined on the reference shall be taken down in writing and together with the exhibits, shall, at the request of either party, be transmitted by the arbitrator or the umpire to the judge.

(3) Where the award of an arbitrator or an umpire is based wholly or partly on their physical examination of property or on special knowledge or skill possessed by them, they shall transmit to the judge a written statement thereof that will enable the judge to form an opinion of the weight that should be attached

Setting aside award

27(1) Whether or not a submission provides for an appeal from an award, a party to a submission or a person claiming under that party may apply to a judge to set aside an award on the grounds

(a) that an arbitrator or umpire has acted inappropriately; or

(b) that an arbitration or an award has been improperly procured and the judge may dismiss the application or set aside the award.

(2) On an application under subsection (1), a party may by notice require any other party to produce, and the party so required shall produce, on the hearing of the application, any original book, paper or document in the party's possession that has been used as an exhibit or given in evidence on the reference and that has not been filed with the deposition supporting the application. R.S., c.7, s.27.

Time for appeal

28 Unless by leave of a judge, application to set aside an award, other than by way of appeal, shall not be made after six weeks from the delivery of the award to the applicant. R.S., c.7, s.28.

Costs of appeal

29 Where an appeal from an award is allowed or an award is set aside the judge who allowed the appeal or set aside the award may give directions as to the costs of the appeal or of the application to set aside the award and the costs of the reference and award. R.S., c.7, s.29.

ARBITRATION ACT

Costs of reference

30 The costs of a reference and award are in the discretion of the arbitrator or umpire who may direct to and by whom and in what manner the costs or any part thereof shall be paid. R.S., c.7, s.30.

Costs of orders

31 A judge may make an order under this Act on such terms as to costs or otherwise as are considered just. R.S., c.7, s.31.

Fees fixed by agreement

32 Where an arbitrator or umpire takes on the burden of a reference and award in respect of which a submission or other agreement between the parties to the submission has, to their knowledge, set out the fees payable for each day's attendance or a gross sum for the entire reference, the fees or sum so set out are substituted for the fees prescribed by the Commissioner in Executive Council. R.S., c.7, s.32.

Fees of non-professional arbitrators

33 Subject to section 32, an arbitrator or umpire who is not by profession a lawyer, professional engineer, architect, chartered accountant or Canada land surveyor, is not entitled to demand or take for their attendance and services as an arbitrator or umpire any greater fees than those prescribed by the Commissioner in Executive Council. R.S., c.7, s.33.

Fees of professional arbitrators

34 Subject to section 32, an arbitrator or umpire who is by profession a lawyer, professional engineer, architect, chartered accountant or Canada land surveyor, is not entitled to demand or take for their attendance and services as an arbitrator or umpire any greater fees than those prescribed by the Commissioner in Executive Council. R.S., c.7, s.34.

Limit of witness fees

35 No greater fees are taxable in respect of a person called as a witness before an arbitrator than would be taxed in an action. R.S., c.7, s.35.

Where no business done at meeting

36(1) Where, at an arbitration meeting in respect of which due notice has been given, no proceedings are taken as a result of the absence of any party to a submission or as a result of a postponement at the request of any party, the arbitrator shall make up an account of the costs of the meeting, including the proper charges for the arbitrator's attendance and that of any witnesses and of the lawyer of the party present who does not desire the postponement, and, unless it would be unjust to do so, the arbitrator shall charge the amount thereof against the party in default or at whose request the postponement is made.

(2) The party in default or who has requested a postponement shall, where ordered to pay an amount under subsection (1), pay the same to the other party, whatever the outcome of the reference, and the arbitrator shall, in the award, make any direction necessary for that purpose and the amount so charged may be set off against and deducted from any amount awarded in the party's favour. R.S., c.7, s.36.

Taxation of costs

37 A party to an arbitration is entitled to have the costs of the arbitration, including the fees of the arbitrator, or, if the party so wishes, the arbitrator's fees alone, taxed by the clerk of the Supreme Court on an appointment which may be given by the clerk of the Supreme Court for that purpose. R.S., c.7, s.37.

Penalty for excessive fees

38(1) An arbitrator who, having entered on a reference, refuses or delays after the expiration of one month from the publication of the award to deliver the award until paid a

larger sum for fees than is permitted under this Act or who received for an award or for fees as an arbitrator

ARBITRATION ACT

(2) The penalty referred to in subsection (1) may be recovered by action before a judge. R.S., c.7, s.38.

Action for fees

39 Where an award has been made, an arbitrator may maintain an action for fees if the same have been taxed and, in the absence of an express agreement to the contrary, may maintain such action against all parties to the reference, jointly or severally. R.S., c.7, s.39.

Appointment of valuers

40(1) A judge has power to appoint a valuator or an appraiser where it is provided by a written agreement that a valuation or an appraisal shall be made by a valuator or an appraiser.

(2) A valuator or appraiser appointed under subsection (1) shall have the like powers to make a valuation or appraisal as if appointed by consent of all parties to the agreement. R.S., c.7, s.40.

Regulations

41(1) Subject to section 34, the Commissioner in Executive Council may prescribe limits on the fees that may be charged by arbitrators or umpires.

(2) The Commissioner in Executive Council may make regulations prescribing the forms to be used under this Act. R.S., c.7, s.41.

ANEXO X – International Commercial Arbitration Act, RSY 2002 (Yukon)

INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION ACT

R.S.Y. 2002, c 123

Interpretation Définition et interprétation

1 (1) In this Act, "International Law" means the Model Law on International Commercial Arbitration, adopted by the United Nations Commission on International Trade Law on June 21, 1985, as set out in the Schedule.

(2) Words and expressions used in this Act have the same meanings as the corresponding words and expressions in the International Law.

R.S., Supp., c.14, s.1.

Application of International Law

2 (1) Subject to this Act, the International Law applies in the Yukon.

(2) The International Law applies to international commercial arbitration agreements and awards, whether made before or after the coming into force of this Act.

R.S., Supp., c.14, s.2.

Conciliation and other proceedings

3 For the purpose of encouraging settlement of a dispute, an arbitral tribunal may, with the agreement of the parties, employ mediation, conciliation or other procedures at any time during the arbitration proceedings and, with the agreement of the parties, the members of the arbitral tribunal are not disqualified from resuming their roles as arbitrators because of the mediation, conciliation, or other procedure.

R.S., Supp., c.14, s.3.

Removal of arbitrator

4 (1) Unless the parties otherwise agree, if an arbitrator is replaced or removed in accordance with the International Law, any hearing held before the replacement or removal shall be repeated.

(2) With respect to article 15 of the International Arbitration Law, the parties may by agreement remove an arbitrator at any time before the final award, regardless of how the arbitrator was appointed.

R.S., Supp., c.14, s.4.

Rules applicable to substance of dispute

5 Despite article 28(2) of the International Law, if the parties fail to make a designation pursuant to article 28(1) of the International Law, the arbitral tribunal shall apply the rules of law it considers to be appropriate given all the circumstances respecting the dispute.

R.S., Supp., c.14, s.5.

Consolidation of proceedings

6 (1) The Supreme Court, on application of the parties to two or more arbitration proceedings, may order

(a) the arbitration proceedings to be consolidated, on terms it considers just;

(b) the arbitration proceedings to be heard at the same time, or one immediately after another;

(c) any of the arbitration proceedings to be stayed until after the determination of any other of them.

(2) If the Court orders arbitration proceedings to be consolidated pursuant to paragraph (1)(a) and all the parties to the consolidated arbitration proceedings are in agreement as to the choice of the arbitral tribunal for that arbitration proceeding, the arbitral tribunal shall

be appointed by the Court, but if all the parties cannot agree, the Court may appoint the arbitral tribunal for that arbitration proceeding.

(3) Nothing in this section shall be construed as preventing the parties to two or more arbitration proceedings from agreeing to consolidate those arbitration proceedings and taking any steps necessary to effect that consolidation.

R.S., Supp., c.14, s.6.

Court

7 (1) The functions referred to in article 6 of the International Law shall be performed by the Supreme Court.

(2) For the purposes of the International Law, a reference to "court" or "competent court", when in the context it means a court in the Yukon, means the Supreme Court.

R.S., Supp., c.14, s.7.

Stay of proceedings

8 If, pursuant to article 8 of the International Law, a court refers the parties to arbitration, the proceedings of the court are stayed with respect to the matters to which the arbitration relates.

R.S., Supp., c.14, s.8.

Crown bound

9 (1) This Act binds the Crown.

(2) An award recognized pursuant to this Act is enforceable against the Crown in the same manner and to the same extent as a judgment is enforceable against the Crown.

R.S., Supp., c.14, s.9.

Aids in interpretation

10 (1) This Act shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the Act in their context and in the light of its objects and purposes.

(2) In applying subsection (1) to the International Law, recourse may be had to

(a) the Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its 18th session (June 3-21, 1985); and

(b) the International Commercial Arbitration Commentary on Draft Text of a Model Law on International Commercial Arbitration.

R.S., Supp., c.14, s.10.

Regulations

11 The Commissioner in Executive Council may

(a) cause to be published in the Yukon Gazette the names of Contracting States to the Convention;

(b) prescribe rules of court for implementation of this Act.

R.S., Supp., c.14, s.11.

SCHEDULE

UNCITRAL MODEL LAW ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION

(As adopted by the United Nations Commission on International Trade Law on 21 June 1985)

[...]

ANEXO Y - Arbitration Act, R.S.N.W.T. 1988 (Northwest Territories)

ARBITRATION ACT

R.S.N.W.T. 1988,c.A-5

INCLUDING AMENDMENTS MADE BY S.N.W.T. 1995,c.11

INTERPRETATION

Definitions

1. In this Act,

"arbitrator" includes an umpire and a referee in the nature of an arbitrator; (arbitre)

"award" includes umpirage and a certificate in the nature of an award; (sentence)

"judge" means a judge of the Supreme Court; (juge)

"submission" means a written agreement to submit differences to arbitration, whether or not an arbitrator is named in the agreement. (compromis)

APPLICATION

Application to submissions

2. This Act applies to submissions made before, on or after August 1, 1956. Application to arbitrations under other Acts

3. This Act applies to every arbitration under any Act whenever enacted as if the arbitration were pursuant to a submission, except insofar as this Act is inconsistent with the Act regulating the arbitration or with rules or procedure authorized or recognized by that Act.

SUBMISSIONS

Irrevocable nature of submission

4. (1) Unless a contrary intention is expressed in a submission or a judge allows a submission to be revoked, a submission is irrevocable and has the same effect as if it had been made an order of a judge.

Effect of death of party

(2) A submission is not revoked by the death of the parties to it or either of them.

Where single arbitrator

5. Where no other mode of reference is provided in a submission, the reference shall be to a single arbitrator.

Umpire

6. Where the reference is to two arbitrators, the two arbitrators may appoint an umpire at any time within the period during which they have power to make an award.

Where arbitrator does not act

7. (1) Where an arbitrator refuses to act or is incapable of acting or dies, the party by whom the arbitrator was appointed may appoint an arbitrator in his or her stead, and this power may be exercised as vacancies occur.

Where umpire does not act

(2) Where an umpire refuses to act or is incapable of acting or dies, the arbitrators by whom the umpire was appointed may appoint an umpire in his or her stead, and this power may be exercised as vacancies occur.

Where umpire to act

8. The umpire may without delay enter on the reference instead of the arbitrators where the arbitrators

(a) have allowed their time or extended time to expire without making an award; or

(b) have delivered to any party to the submission or to the umpire a notice, in writing, stating that they cannot agree.

Removal for misconduct

9. A judge may remove the arbitrator or umpire and may appoint an arbitrator or umpire in his or her stead where the judge is satisfied on evidence submitted to the judge by a party to the submission that an arbitrator or umpire has misconducted himself or herself in the arbitration.

STAY OF PROCEEDINGS

Stay of proceedings

10. (1) Where a party to a submission or a person claiming through or under that party commences legal proceedings against any other party to the submission or any person claiming through or under that other party in respect of a matter agreed to be referred, a party to those proceedings may apply to a judge for a stay of proceedings

- (a) after service of a statement of claim on him or her; and
- (b) before he or she takes any step in the proceedings.

Order

(2) A judge to whom an application is made under subsection (1) may make an order staying the legal proceedings referred to in subsection (1) if satisfied

- (a) that there is no sufficient reason why the matter should not be referred in accordance with the submission; and
- (b) that the applicant was ready and willing to do all things necessary to the proper conduct of the arbitration at the time when the proceedings were commenced and still remains ready and willing to do so.

ARBITRATOR AND UMPIRE

Service of notice

11. (1) Where

- (a) a submission provides that the reference is to a single arbitrator and the persons whose concurrence is necessary do not, after differences have arisen, concur in the appointment of an arbitrator,
- (b) an arbitrator or an umpire is to be appointed by a person and that person does not make the appointment, or
- (c) an arbitrator or umpire refuses to act or is incapable of acting or dies and the person having the right to appoint a person to fill the vacancy has not made the appointment, a party may serve the other party or the arbitrators or the person who has the right to make the appointment, as the case may be, with a written notice to concur in the appointment of a single arbitrator or to appoint an arbitrator or umpire.

Appointment of arbitrator or umpire by judge

(2) Where an appointment is not made within seven clear days after the service of the notice referred to in subsection (1), a judge may, on application by the person who gave notice, appoint an arbitrator or umpire.

Powers of arbitrator or umpire where appointed by judge

(3) An arbitrator or umpire appointed under subsection (2) has the same powers to act in the reference and to make an award as if he or she had been appointed by consent of all parties.

Powers of arbitrators and umpires

12. (1) Unless a submission expresses a contrary intention, an arbitrator or umpire acting under the submission may

- (a) administer oaths to the parties and witnesses;
- (b) state an award as to the whole or any part of the award in the form of a special case for the opinion of a judge; and

(c) correct in an award any clerical error or error made accidentally or arising from an omission.

Questions of law

(2) An arbitrator or umpire may at any stage of the proceedings and shall, if so directed by a judge, state in the form of a special case for the opinion of a judge any question of law arising in the course of the reference.

WITNESSES AND EVIDENCE

Application of Evidence Act

13. All provisions of the Evidence Act that are not inconsistent with this Act apply to proceedings under this Act.

Compulsory attendance of witnesses

14. A party to a submission may obtain a subpoena or other notice under the Rules of the Supreme Court to compel the attendance of a witness but no person is compelled to produce a document that he or she would not have to produce on a trial of an action.

Evidence de bene esse

15. (1) Where a party to a submission wishes to procure for use on the reference the evidence of a person to be taken de bene esse or to be taken out of the Territories, an order may be made for the examination of that person or for the issue of a commission in the same circumstances and with the same effect as a similar order made in an action.

Procedure

(2) The Judicature Act and the Rules of the Supreme Court apply to an order or commission under subsection (1) and to the proceedings on them and the evidence taken under them.

Duty of parties

16. A party to a reference or a person claiming under that party shall, subject to any legal objection, submit to be examined by an arbitrator or umpire on oath in relation to the matters in dispute and shall, subject to any legal objection,

(a) produce before the arbitrator or umpire all books, deeds, papers, goods, documents and things in his or her possession or power that are required or called for; and

(b) do all other things that during the proceedings on the reference the arbitrator or umpire requires.

Oath

17. Witnesses on a reference shall be examined on oath.

Evidence of prisoners

18. A judge may order a sheriff, jailer or other officer who has the custody of a prisoner to produce the prisoner for examination before an arbitrator or an umpire.

Copies

19. An arbitrator or an umpire, where no special reason appears to him or her to exist for filing an original book, paper or document as an exhibit, may allow a copy of the whole or of the portion of it that he or she considers material to be substituted as an exhibit in the place of the original book, paper or document.

AWARDS

When arbitrator to make award

20. An arbitrator shall make his or her award in writing

(a) within three months after entering on the reference;

(b) within three months after having been called on to act by notice in writing from a party to the submission; or

(c) on or before a date later than that mentioned in paragraphs (a) and (b) to which all the parties to the submission, by a writing signed by them, may from time to time increase the time for making the award.

When umpire to make award

21. An umpire shall make his or her award within one month after the original or extended time appointed for making the award of the arbitrators has expired or on or before any later date to which the persons who appointed the umpire, by a writing signed by them, may from time to time increase the time for making his or her award.

Extension by judge

22. On application made to a judge by an arbitrator or umpire, the time for making an award may, from time to time, be increased by the judge whether or not the time for making the award has expired.

Remitting award

23. (1) Where, on an application by a party to a submission, a judge is satisfied that a reference requires further consideration by an arbitrator or an umpire, the judge may remit any or all of the matters referred to the arbitrator or the umpire for further consideration.

Time for making award

(2) Unless the judge otherwise directs, where a reference is remitted to an arbitrator or an umpire under subsection (1), the arbitrator or the umpire shall make the award within three months after the date of the remission.

Delivery of award

24. An award shall be delivered to any of the parties to the submission requiring the award and the personal representatives of a deceased party may require delivery of the award.

Enforcement of award

25. An award may, by leave of a judge, be enforced in the same manner as a judgment or an order to the same effect.

APPEALS

Nature of award

26. Subject to sections 27 and 28, an award made by an arbitrator or by a majority of arbitrators or by an umpire is final and binding on all the parties to the reference and the persons claiming under them.

Where submission allows an appeal

27. (1) Where it is agreed by the terms of a submission that there may be an appeal from the award, the reference shall be conducted and an appeal lies to a judge within the time stated in the submission or, if no time is stated, within six weeks after the delivery of the award to the appellant.

Evidence

(2) The evidence of the witnesses examined on the reference shall be taken down in writing and shall, at the request of either party, be transmitted by the arbitrator or the umpire, as the case may be, together with the exhibits, to the judge.

Statement by arbitrator or umpire

(3) Where the award of an arbitrator or an umpire is based wholly or partly on

(a) his or her physical examination of property, or

(b) special knowledge or skill possessed by him or her, the arbitrator or umpire shall transmit to the judge a written statement of that physical examination, special knowledge or skill that will enable the judge to form an opinion of the weight that should be attached to the physical examination performed by the arbitrator or umpire or to the special knowledge or skill of the arbitrator or umpire in reaching the award.

Setting aside award

28. (1) Whether or not a submission provides for an appeal from an award, a party to a submission or a person claiming under that party may apply to a judge to set aside an award on the grounds that

- (a) an arbitrator or umpire has misconducted himself or herself, or
- (b) an arbitration or an award has been improperly procured, and the judge may, in the discretion of the judge, dismiss the application or set aside the award.

Production of exhibits

(2) On an application under subsection (1), a party may by notice require any other party to produce, and the party so required shall produce, on the hearing of the application, any original book, paper or document in his or her possession that has been used as an exhibit or given in evidence on the reference and that has not been filed with the deposition supporting the application.

Time of appeal

29. Unless by leave of a judge, application to set aside an award, other than by way of appeal, shall not be made after six weeks from the delivery of the award to the applicant

Costs of appeal

30. Where an appeal from an award is allowed or an award is set aside, the judge who allowed the appeal or set aside the award may give directions as to the costs of the appeal or of the application to set aside the award and the costs of the reference and award.

COSTS

Costs of reference and award

31. The costs of a reference and award are in the discretion of the arbitrator or umpire who may direct to and by whom and in what manner the costs or any part of the costs shall be paid.

Order as to costs

32. A judge may make an order under this Act on such terms as to costs or otherwise as the judge thinks just

FEES

Fees fixed by agreement

33. Where an arbitrator or umpire takes on a reference and award in respect of which a submission or other agreement between the parties to the submission has, to his or her knowledge, set out his or her fees for each day's attendance or a gross sum for the entire reference, the fees or sum set out are substituted for the fees to which he or she would otherwise be entitled under the tariff referred to in subsection 41(2).

Fees specified by the rules

34. Subject to section 33, an arbitrator or umpire is entitled to, but is not entitled to more than, the applicable fees specified by the tariff referred to in subsection 41(2) in respect of his or her attendances and services.

Limit of witness fees

35. No greater fees are taxable in respect of a person called as a witness before an arbitrator than would be taxed in an action.

Where no business done at meeting

36. (1) Where, at an arbitration meeting in respect of which due notice has been given, no proceedings are taken as a result of

- (a) the absence of any party to the submission, or
- (b) a postponement at the request of any party, the arbitrator shall make up an account of the costs of the meeting, including the proper charges for his or her own attendance and

that of any witnesses and of the counsel or solicitor of the party present who does not desire the postponement, and, unless the arbitrator considers that it would be unjust to do so, the arbitrator shall charge the amount of the costs against the party in default or at whose request the postponement is made.

Payment of costs

(2) The party in default or who has requested a postponement shall, where an amount is charged against him or her under subsection (1), pay that amount to the other party, whatever may be the event of the reference, and the arbitrator shall, in the award, make any direction necessary for that purpose and the amount charged may be set off against and deducted from any amount awarded in his or her favour.

Taxation of costs

37. A party to an arbitration is entitled to have the costs of the arbitration, including the fees of the arbitrator or, if the party wishes, the arbitrator's fees alone, taxed by the Clerk of the Supreme Court on an appointment, which may be given by the Clerk for that purpose

Penalty for excessive fees

38. (1) An arbitrator who, having entered on a reference,

(a) refuses or delays after the expiration of one month from the publication of the award to deliver the award until a larger sum is paid to the arbitrator for his or her fees than is permitted under this Act, or

(b) receives for his or her award or for his or her fees as an arbitrator a larger sum than is permitted under this Act, shall forfeit and pay to the party who has demanded delivery of the award or who has paid to the arbitrator the larger sum in order to obtain the award or as a consideration for having obtained it, an amount three times the excess demanded or received by the arbitrator contrary to this Act.

Procedure

(2) The penalty referred to in subsection (1) may be recovered by an action before a judge.

Action of fees

39. Where an award has been made, an arbitrator may maintain an action for his or her fees if the fees have been taxed and, in the absence of an express agreement to the contrary, the arbitrator may maintain that action against all parties to the reference, jointly or severally.

VALUATORS AND APPRAISERS

Appointment of valuator and appraiser

40. (1) A judge may appoint a valuator or an appraiser where it is provided by a written agreement that a valuation or an appraisal shall be made by a valuator or an appraiser.

Powers of valuator and appraiser

(2) A valuator or appraiser appointed under subsection (1) shall have the same powers to make a valuation or appraisal as if he or she had been appointed by consent of all parties to the agreement.

RULES

Rules of practice and procedure

41. (1) The Commissioner may make rules of practice and procedure, including tariffs of fees and costs, for the better carrying out of the purposes of this Act and for regulating the practice under this Act, and, until these rules are made, the Rules of the Supreme Court apply, with such modifications as the circumstances require, to all causes, matters and proceedings under this Act.

Tariff of fees

(2) In the rules made under subsection (1), the Commissioner shall establish a tariff of fees covering the matters referred to in sections 33 and 34 and the tariff may make different provision as between persons who are by profession barristers, solicitors, engineers, architects, chartered accountants, certified general accountants or Dominion land surveyors and persons who are not.

ANEXO Z - International Commercial Arbitration Act, R.S.N.W.T. 1988 (Northwest territories)

INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION ACT

R.S.N.W.T. 1988, c.I-6

INTERPRETATION

Definitions

1. (1) In this Act,

"Convention" means the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, adopted by the United Nations Conference on International Commercial Arbitration in New York on June 10, 1958, as set out in Schedule A; (Convention)

"International Arbitration Law" means the Model Law on International Commercial Arbitration, adopted by the United Nations Commission on International Trade Law on June 21, 1985, as set out in Schedule B. (Loi internationale sur l'arbitrage)

Corresponding words and expressions

(2) Words and expressions used in this Act have the same meaning as the corresponding words and expressions in the Convention and the International Arbitration Law, as the case may be.

Interpretation

2. (1) This Act shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the Act in their context and in light of its objects and purposes.

Aids to interpretation

(2) In applying subsection (1) to the International Arbitration Law, recourse may be had to (a) the Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its 18th session (June 3-21, 1985), and (b) the analytical commentary contained in the report of the Secretary-General to the 18th Session of the United Nations Commission on International Trade Law (June 3-21, 1985), as published in the Northwest Territories Gazette.

GOVERNMENT OF THE NORTHWEST TERRITORIES

Government bound by Act

3. (1) This Act binds the Government of the Northwest Territories.

Enforcement of award

(2) An award recognized pursuant to this Act is enforceable against the Government of the Northwest Territories in the same manner and to the same extent as a judgment.

PART I

FOREIGN ARBITRAL AWARDS

Application of Convention in Territories

4. (1) Subject to this Act, the Convention applies in the Territories.

Application of Convention to arbitral awards and arbitration

(2) The Convention applies to arbitral awards and arbitration agreements whether made before, on or after August 10, 1986, but applies only in respect of differences arising out of commercial legal relationships, whether contractual or not.

Supreme Court

5. For the purpose of seeking recognition of an arbitral award pursuant to the Convention, application must be made to the Supreme Court.

PART II

INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION

Interpretation

6. For the purposes of the International Arbitration Law, a reference to "court" or "competent court" means the Supreme Court, except in articles 8 and 9 of the International Arbitration Law or where the context otherwise requires.

Application of International Arbitration Law in Territories

7. (1) Subject to this Act, the International Arbitration Law applies in the Territories.

Application of International Arbitration Law to agreements and awards

(2) The International Arbitration Law applies to international commercial arbitration agreements and awards, whether made before, on or after August 10, 1986.

Status of hearing if arbitrator is replaced or removed

8. (1) Unless the parties otherwise agree, if an arbitrator is replaced or removed in accordance with the International Arbitration Law, any hearing held before the replacement or removal shall be repeated.

Removal of arbitrator

(2) With respect to article 15 of the International Arbitration Law, the parties may by agreement remove an arbitrator at any time before the final award, regardless of how the arbitrator was appointed.

Rules applicable to substance of dispute

9. Notwithstanding article 28(2) of the International Arbitration Law, if the parties fail to make a designation under article 28(1) of the International Arbitration Law, the arbitral tribunal shall apply the rules of law it considers to be appropriate given all the circumstances respecting the dispute.

Consolidation of proceedings

10. (1) Where (a) the parties to two or more arbitration agreements agree to consolidate their respective arbitral proceedings, and (b) the parties cannot agree on a matter necessary to conduct the consolidated arbitral proceeding, the Supreme Court may, on the application of one party with the consent of all the other parties, make such order in respect of that matter as it considers necessary for the consolidation of the arbitral proceedings.

Consensual consolidation

(2) Nothing in this section shall be construed as preventing the parties to two or more arbitral proceedings from agreeing to consolidate those arbitral proceedings and taking such steps as are necessary to effect that consolidation.

PART III

GENERAL

Stay of proceedings

11. Where, under article II(3) of the Convention or article 8 of the International Arbitration Law, a court refers the parties to arbitration, the proceedings of the court are stayed with respect to the matters to which the arbitration relates.

Regulations

12. The Commissioner, on the recommendation of the Minister, may make regulations for carrying out the purposes and provisions of this Act.

SCHEDULE A (Sections 1, 4, 5, 11)

CONVENTION ON THE RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN ARBITRAL AWARDS

[...]

SCHEDULE B (Sections 1, 2, 6 to 9, 11)

UNCITRAL MODEL LAW ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION

(As adopted by the United Nations Commission on International Trade Law on 21 June, 1985)

[...]

ANEXO AA - Consolidation of Arbitration Act, R.S.N.W.T. 1988 (Nunavut)

CONSOLIDATION OF ARBITRATION ACT, R.S.N.W.T. 1988, c.A-5

(Current to: March 4, 2012)

AS AMENDED BY NORTHWEST TERRITORIES STATUTES: S.N.W.T. 1995,c.11

AS AMENDED BY NUNAVUT STATUTES: S.Nu. 2010,c.4,s.4 s.4 in force March 23, 2010

ARBITRATION ACT

INTERPRETATION

Definitions

1. In this Act,

"arbitrator" includes an umpire and a referee in the nature of an arbitrator; (*arbitre*)

"award" includes umpirage and a certificate in the nature of an award; (*sentence*)

"judge" means a judge of the Nunavut Court of Justice; (*juge*)

"submission" means a written agreement to submit differences to arbitration, whether or not an arbitrator is named in the agreement. (*compromis*)

S.Nu. 2010,c.4,s.4.

APPLICATION

Application to submissions

2. This Act applies to submissions made before, on or after August 1, 1956.

Application to arbitrations under other Acts

3. This Act applies to every arbitration under any Act whenever enacted as if the arbitration were pursuant to a submission, except insofar as this Act is inconsistent with the Act regulating the arbitration or with rules or procedure authorized or recognized by that Act.

SUBMISSIONS

Irrevocable nature of submission

4. (1) Unless a contrary intention is expressed in a submission or a judge allows a submission to be revoked, a submission is irrevocable and has the same effect as if it had been made an order of a judge.

Effect of death of party

(2) A submission is not revoked by the death of the parties to it or either of them.

Where single arbitrator

5. Where no other mode of reference is provided in a submission, the reference shall be to a single arbitrator.

Umpire

6. Where the reference is to two arbitrators, the two arbitrators may appoint an umpire at any time within the period during which they have power to make an award.

Arbitration Act, Consolidation of Current to: 2012-03-04

2 R.S.N.W.T. 1988,c.A-5

Where arbitrator does not act

7. (1) Where an arbitrator refuses to act or is incapable of acting or dies, the party by whom the arbitrator was appointed may appoint an arbitrator in his or her stead, and this power may be exercised as vacancies occur.

Where umpire does not act

(2) Where an umpire refuses to act or is incapable of acting or dies, the arbitrators by whom the umpire was appointed may appoint an umpire in his or her stead, and this power may be exercised as vacancies occur.

Where umpire to act

8. The umpire may without delay enter on the reference instead of the arbitrators where the arbitrators

(a) have allowed their time or extended time to expire without making an award; or

(b) have delivered to any party to the submission or to the umpire a notice, in writing, stating that they cannot agree.

Removal for misconduct

9. A judge may remove the arbitrator or umpire and may appoint an arbitrator or umpire in his or her stead where the judge is satisfied on evidence submitted to the judge by a party to the submission that an arbitrator or umpire has misconducted himself or herself in the arbitration.

STAY OF PROCEEDINGS

Stay of proceedings

10. (1) Where a party to a submission or a person claiming through or under that party commences legal proceedings against any other party to the submission or any person claiming through or under that other party in respect of a matter agreed to be referred, a party to those proceedings may apply to a judge for a stay of proceedings (a) after service of a statement of claim on him or her; and (b) before he or she takes any step in the proceedings.

Order

(2) A judge to whom an application is made under subsection (1) may make an order staying the legal proceedings referred to in subsection (1) if satisfied (a) that there is no sufficient reason why the matter should not be referred in accordance with the submission; and

(b) that the applicant was ready and willing to do all things necessary to the proper conduct of the arbitration at the time when the proceedings were commenced and still remains ready and willing to do so.

Arbitration Act, Consolidation of Current to: 2012-03-04

3 R.S.N.W.T. 1988,c.A-5

ARBITRATOR AND UMPIRE

Service of notice

11. (1) Where

(a) a submission provides that the reference is to a single arbitrator and the persons whose concurrence is necessary do not, after differences have arisen, concur in the appointment of an arbitrator,

(b) an arbitrator or an umpire is to be appointed by a person and that person does not make the appointment, or

(c) an arbitrator or umpire refuses to act or is incapable of acting or dies and the person having the right to appoint a person to fill the vacancy has not made the appointment, a party may serve the other party or the arbitrators or the person who has the right to make the appointment, as the case may be, with a written notice to concur in the appointment of a single arbitrator or to appoint an arbitrator or umpire.

Appointment of arbitrator or umpire by judge

(2) Where an appointment is not made within seven clear days after the service of the notice referred to in subsection (1), a judge may, on application by the person who gave notice, appoint an arbitrator or umpire.

Powers of arbitrator or umpire where appointed by judge

(3) An arbitrator or umpire appointed under subsection (2) has the same powers to act in the reference and to make an award as if he or she had been appointed by consent of all parties.

Powers of arbitrators and umpires

12. (1) Unless a submission expresses a contrary intention, an arbitrator or umpire acting under the submission may

(a) administer oaths to the parties and witnesses;

(b) state an award as to the whole or any part of the award in the form of a special case for the opinion of a judge; and

(c) correct in an award any clerical error or error made accidentally or arising from an omission.

Questions of law

(2) An arbitrator or umpire may at any stage of the proceedings and shall, if so directed by a judge, state in the form of a special case for the opinion of a judge any question of law arising in the course of the reference.

WITNESSES AND EVIDENCE

Application of *Evidence Act*

13. All provisions of the *Evidence Act* that are not inconsistent with this Act apply to proceedings under this Act.

Arbitration Act, Consolidation of Current to: 2012-03-04

4 R.S.N.W.T. 1988,c.A-5

Compulsory attendance of witnesses

14. A party to a submission may obtain a subpoena or other notice under the Rules of the Nunavut Court of Justice to compel the attendance of a witness but no person is compelled to produce a document that he or she would not have to produce on a trial of an action. S.Nu. 2010,c.4,s.4.

Evidence *de bene esse*

15. (1) Where a party to a submission wishes to procure for use on the reference the evidence of a person to be taken *de bene esse* or to be taken out of the Nunavut, an order may be made for the examination of that person or for the issue of a commission in the same circumstances and with the same effect as a similar order made in an action.

Procedure

(2) The *Judicature Act* and the Rules of the Nunavut Court of Justice apply to an order or commission under subsection (1) and to the proceedings on them and the evidence taken under them. S.Nu. 2010,c.4,s.4.

Duty of parties

16. A party to a reference or a person claiming under that party shall, subject to any legal objection, submit to be examined by an arbitrator or umpire on oath in relation to the matters in dispute and shall, subject to any legal objection,

(a) produce before the arbitrator or umpire all books, deeds, papers, goods, documents and things in his or her possession or power that are required or called for; and

(b) do all other things that during the proceedings on the reference the arbitrator or umpire requires.

Oath

17. Witnesses on a reference shall be examined on oath.

Evidence of prisoners

18. A judge may order a sheriff, jailer or other officer who has the custody of a prisoner to produce the prisoner for examination before an arbitrator or an umpire.

Copies

19. An arbitrator or an umpire, where no special reason appears to him or her to exist for filing an original book, paper or document as an exhibit, may allow a copy of the whole or of the portion of it that he or she considers material to be substituted as an exhibit in the place of the original book, paper or document.

AWARDS

When arbitrator to make award

20. An arbitrator shall make his or her award in writing

(a) within three months after entering on the reference;

Arbitration Act, Consolidation of Current to: 2012-03-04

5 R.S.N.W.T. 1988,c.A-5

(b) within three months after having been called on to act by notice in writing from a party to the submission; or

(c) on or before a date later than that mentioned in paragraphs (a) and (b) to which all the parties to the submission, by a writing signed by them, may from time to time increase the time for making the award.

When umpire to make award

21. An umpire shall make his or her award within one month after the original or extended time appointed for making the award of the arbitrators has expired or on or before any later date to which the persons who appointed the umpire, by a writing signed by them, may from time to time increase the time for making his or her award.

Extension by judge

22. On application made to a judge by an arbitrator or umpire, the time for making an award may, from time to time, be increased by the judge whether or not the time for making the award has expired.

Remitting award

23. (1) Where, on an application by a party to a submission, a judge is satisfied that a reference requires further consideration by an arbitrator or an umpire, the judge may remit any or all of the matters referred to the arbitrator or the umpire for further consideration.

Time for making award

(2) Unless the judge otherwise directs, where a reference is remitted to an arbitrator or an umpire under subsection (1), the arbitrator or the umpire shall make the award within three months after the date of the remission.

Delivery of award

24. An award shall be delivered to any of the parties to the submission requiring the award and the personal representatives of a deceased party may require delivery of the award.

Enforcement of award

25. An award may, by leave of a judge, be enforced in the same manner as a judgment or an order to the same effect.

APPEALS

Nature of award

26. Subject to sections 27 and 28, an award made by an arbitrator or by a majority of arbitrators or by an umpire is final and binding on all the parties to the reference and the persons claiming under them.

Arbitration Act, Consolidation of Current to: 2012-03-04

6 R.S.N.W.T. 1988,c.A-5

Where submission allows an appeal

27. (1) Where it is agreed by the terms of a submission that there may be an appeal from the award, the reference shall be conducted and an appeal lies to a judge within the time stated in the submission or, if no time is stated, within six weeks after the delivery of the award to the appellant.

Evidence

(2) The evidence of the witnesses examined on the reference shall be taken down in writing and shall, at the request of either party, be transmitted by the arbitrator or the umpire, as the case may be, together with the exhibits, to the judge.

Statement by arbitrator or umpire

(3) Where the award of an arbitrator or an umpire is based wholly or partly on

(a) his or her physical examination of property, or

(b) special knowledge or skill possessed by him or her,

the arbitrator or umpire shall transmit to the judge a written statement of that physical examination, special knowledge or skill that will enable the judge to form an opinion of the weight that should be attached to the physical examination performed by the arbitrator or umpire or to the special knowledge or skill of the arbitrator or umpire in reaching the award.

Setting aside award

28. (1) Whether or not a submission provides for an appeal from an award, a party to a submission or a person claiming under that party may apply to a judge to set aside an award on the grounds that

(a) an arbitrator or umpire has misconducted himself or herself, or

(b) an arbitration or an award has been improperly procured, and the judge may, in the discretion of the judge, dismiss the application or set aside the award.

Production of exhibits

(2) On an application under subsection (1), a party may by notice require any other party to produce, and the party so required shall produce, on the hearing of the application, any original book, paper or document in his or her possession that has been used as an exhibit or given in evidence on the reference and that has not been filed with the deposition supporting the application.

Time for appeal

29. Unless by leave of a judge, application to set aside an award, other than by way of appeal, shall not be made after six weeks from the delivery of the award to the applicant.

Costs of appeal

30. Where an appeal from an award is allowed or an award is set aside, the judge who allowed the appeal or set aside the award may give directions as to the costs of the appeal or of the application to set aside the award and the costs of the reference and award.

Arbitration Act, Consolidation of Current to: 2012-03-04

7 R.S.N.W.T. 1988,c.A-5

COSTS

Costs of reference and award

31. The costs of a reference and award are in the discretion of the arbitrator or umpire who may direct to and by whom and in what manner the costs or any part of the costs shall be paid.

Order as to costs

32. A judge may make an order under this Act on such terms as to costs or otherwise as the judge thinks just.

FEES

Fees fixed by agreement

33. Where an arbitrator or umpire takes on a reference and award in respect of which a submission or other agreement between the parties to the submission has, to his or her knowledge, set out his or her fees for each day's attendance or a gross sum for the entire reference, the fees or sum set out are substituted for the fees to which he or she would otherwise be entitled under the tariff referred to in subsection 41(2).

Fees specified by the rules

34. Subject to section 33, an arbitrator or umpire is entitled to, but is not entitled to more than, the applicable fees specified by the tariff referred to in subsection 41(2) in respect of his or her attendances and services.

Limit of witness fees

35. No greater fees are taxable in respect of a person called as a witness before an arbitrator than would be taxed in an action.

Where no business done at meeting

36. (1) Where, at an arbitration meeting in respect of which due notice has been given, no proceedings are taken as a result of

(a) the absence of any party to the submission, or

(b) a postponement at the request of any party, the arbitrator shall make up an account of the costs of the meeting, including the proper charges for his or her own attendance and that of any witnesses and of the counsel or solicitor of the party present who does not desire the postponement, and, unless the arbitrator considers that it would be unjust to do so, the arbitrator shall charge the amount of the costs against the party in default or at whose request the postponement is made.

Payment of costs

(2) The party in default or who has requested a postponement shall, where an amount is charged against him or her under subsection (1), pay that amount to the other party, whatever may be the event of the reference, and the arbitrator shall, in the award, make any direction necessary for that purpose and the amount charged may be set off against and deducted from any amount awarded in his or her favour.

Arbitration Act, Consolidation of Current to: 2012-03-04

8 R.S.N.W.T. 1988,c.A-5

Taxation of costs

37. A party to an arbitration is entitled to have the costs of the arbitration, including the fees of the arbitrator or, if the party wishes, the arbitrator's fees alone, taxed by the Clerk of the Nunavut Court of Justice on an appointment, which may be given by the Clerk for that purpose. S.Nu. 2010,c.4,s.4.

Penalty for excessive fees

38. (1) An arbitrator who, having entered on a reference,

(a) refuses or delays after the expiration of one month from the publication of the award to deliver the award until a larger sum is paid to the arbitrator for his or her fees than is permitted under this Act, or

(b) receives for his or her award or for his or her fees as an arbitrator a larger sum than is permitted under this Act, shall forfeit and pay to the party who has demanded delivery of the award or who has paid to the arbitrator the larger sum in order to obtain the award or as a consideration for having obtained it, an amount three times the excess demanded or received by the arbitrator contrary to this Act.

Procedure

(2) The penalty referred to in subsection (1) may be recovered by an action before a judge.

Action for fees

39. Where an award has been made, an arbitrator may maintain an action for his or her fees if the fees have been taxed and, in the absence of an express agreement to the contrary, the arbitrator may maintain that action against all parties to the reference, jointly or severally.

VALUATORS AND APPRAISERS

Appointment of valuator and appraiser

40. (1) A judge may appoint a valuator or an appraiser where it is provided by a written agreement that a valuation or an appraisal shall be made by a valuator or an appraiser.

Powers of valuator and appraiser

(2) A valuator or appraiser appointed under subsection (1) shall have the same powers to make a valuation or appraisal as if he or she had been appointed by consent of all parties to the agreement.

Arbitration Act, Consolidation of Current to: 2012-03-04

9 R.S.N.W.T. 1988,c.A-5

RULES

Rules of practice and procedure

41. (1) The Commissioner may make rules of practice and procedure, including tariffs of fees and costs, for the better carrying out of the purposes of this Act and for regulating the practice under this Act, and, until these rules are made, the Rules of the Nunavut Court of Justice apply, with such modifications as the circumstances require, to all causes, matters and proceedings under this Act. S.Nu. 2010,c.4,s.4.

Tariff of fees

(2) In the rules made under subsection (1), the Commissioner shall establish a tariff of fees covering the matters referred to in sections 33 and 34 and the tariff may make different provision as between persons who are by profession barristers, solicitors, engineers, architects, chartered accountants, certified general accountants or Dominion land surveyors and persons who are not.

ANEXO AB - Consolidation of Arbitration Act, R.S.N.W.T. 1988 (Nunavut)

International Commercial Arbitration Act (Nunavut)

CONSOLIDATION OF INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION ACT

R.S.N.W.T. 1988, c.I-6; as amended by S. Nu. 2011, c 10)

INTERPRETATION

Definitions

1. (1) In this Act,

"Convention" means the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, adopted by the United Nations Conference on International Commercial Arbitration in New York on June 10, 1958, as set out in Schedule A; (Convention)

"International Arbitration Law" means the Model Law on International Commercial Arbitration, adopted by the United Nations Commission on International Trade Law on June 21, 1985, as set out in Schedule B. (Loi internationale sur l'arbitrage)

Corresponding words and expressions

(2) Words and expressions used in this Act have the same meaning as the corresponding words and expressions in the Convention and the International Arbitration Law, as the case may be.

Interpretation

2. (1) This Act shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the Act in their context and in light of its objects and purposes.

Aids to interpretation

(2) In applying subsection (1) to the International Arbitration Law, recourse may be had to (a) the Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its 18th session (June 3-21, 1985), and (b) the analytical commentary contained in the report of the Secretary-General to the 18th Session of the United Nations Commission on International Trade Law (June 3-21, 1985), as published in the Nunavut Gazette.

GOVERNMENT OF NUNAVUT

Government bound by Act

3. (1) This Act binds the Government of Nunavut.

Enforcement of award

(2) An award recognized pursuant to this Act is enforceable against the Government of Nunavut in the same manner and to the same extent as a judgment.

PART I

FOREIGN ARBITRAL AWARDS

Application of Convention in Territories

4. (1) Subject to this Act, the Convention applies in Nunavut.

Application of Convention to arbitral awards and arbitration

(2) The Convention applies to arbitral awards and arbitration agreements whether made before, on or after August 10, 1986, but applies only in respect of differences arising out of commercial legal relationships, whether contractual or not.

Supreme Court

5. For the purpose of seeking recognition of an arbitral award pursuant to the Convention, application must be made to the Nunavut Court of Justice.

PART II

INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION

Interpretation

6. For the purposes of the International Arbitration Law, a reference to "court" or "competent court" means the Nunavut Court of Justice, except in articles 8 and 9 of the International Arbitration Law or where the context otherwise requires.

Application of International Arbitration Law in Territories

7. (1) Subject to this Act, the International Arbitration Law applies in Nunavut.

Application of International Arbitration Law to agreements and awards

(2) The International Arbitration Law applies to international commercial arbitration agreements and awards, whether made before, on or after August 10, 1986.

Status of hearing if arbitrator is replaced or removed

8. (1) Unless the parties otherwise agree, if an arbitrator is replaced or removed in accordance with the International Arbitration Law, any hearing held before the replacement or removal shall be repeated.

Removal of arbitrator

(2) With respect to article 15 of the International Arbitration Law, the parties may by agreement remove an arbitrator at any time before the final award, regardless of how the arbitrator was appointed.

Rules applicable to substance of dispute

9. Despite article 28(2) of the International Arbitration Law, if the parties fail to make a designation under article 28(1) of the International Arbitration Law, the arbitral tribunal shall apply the rules of law it considers to be appropriate given all the circumstances respecting the dispute.

Consolidation of proceedings

10. (1) Where (a) the parties to two or more arbitration agreements agree to consolidate their respective arbitral proceedings, and (b) the parties cannot agree on a matter necessary to conduct the consolidated arbitral proceeding, the Nunavut Court of Justice may, on the application of one party with the consent of all the other parties, make such order in respect of that matter as it considers necessary for the consolidation of the arbitral proceedings.

Consensual consolidation

(2) Nothing in this section shall be construed as preventing the parties to two or more arbitral proceedings from agreeing to consolidate those arbitral proceedings and taking such steps as are necessary to effect that consolidation.

PART III

GENERAL

Stay of proceedings

11. Where, under article II(3) of the Convention or article 8 of the International Arbitration Law, a court refers the parties to arbitration, the proceedings of the court are stayed with respect to the matters to which the arbitration relates.

Regulations

12. The Commissioner, on the recommendation of the Minister, may make regulations for carrying out the purposes and provisions of this Act.

SCHEDULE A (Sections 1, 4, 5, 11)

[...]

SCHEDULE B (Sections 1, 2, 6 to 9, 11)

UNCITRAL MODEL LAW ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION
(As adopted by the United Nations Commission on International Trade Law on 21 June,
1985)

[...]